

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

SOSYAL HAKLARIN YARGISALLAŞTIRILMASI



DOKTORA TEZİ

M. Gözde ATASAYAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

MAYIS 2019

ÖNSÖZ

*“Gülü çiğdemi filan bırak
Sardunyayı karidesi filan bırak
Acıyı ve ölümleri bırak
Oy pusulalarını ve seçimleri bırak
Evet
Seçimleri özellikle bırak
Çünkü açlık çoğunluktadır”*

Turgut Uyar

Neden “yeniden” sosyal haklar? Sosyal haklar nasıl yeniden gündeme geldi ve bu “yoksul”, “ikinci sınıf” olarak görülen haklar nasıl ve neden bu kadar önem kazandı? Neden aslında şimdi tam da sosyal hak kavramını ve yeni bir anlayışı derinlemesine analiz etmeye küresel dünyamızın ve hepimizin bu kadar ihtiyacı var?

21. yüzyılın başlangıç yılları, dünyada önceden kestirilemeyen kapsamlı, ayrıntılı ve hızlı bir değişim yaşandığını göstermektedir. Bu değişimde; sanayi toplumundan bilgi toplumuna, fordist üretimden esnek üretime, ulus devletler dünyasından küreselleşmiş dünyaya ve modernist düşünceden post modernist düşünceye geçişler, en çok dikkat çeken temel süreçler olarak görülmektedir.

Küreselleşmeyle birlikte uluslararası piyasalarda yaşanan değişiklikler, üretim aktörlerinin de değişmesine yol açmaktadır. Küreselleşen rekabet gücünün arttırılmasında, dünya devletlerine ait ekonomi politikaları ve hukuk düzenleri yapısal bir dönüşüm geçirmeye başlamışlardır. Sosyal haklar, küreselleşmenin olumsuz sonuçlarından en çok etkilenen hak kategorisidir. Ekonominin küreselleşmesi ekonomik büyüme konusunda yeni olanaklar sunmakla birlikte, kayıt dışı ve esnek, güvencesiz çalışma, işsizlik, yoksulluk, eşitsizlik, sosyal dışlanma ve insan hakları ihlallerine de yol açmaktadır.

Küreselleşme olgusunun insan hakları ayağı bağlamında ise, sosyal hakların yaşama geçirilmesi adına gittikçe artan uluslararası yardım ve işbirliği ile “küresel sosyal haklar” anlayışına duyulan ihtiyaç ortaya çıkmış, insan haklarının bütünselliği ilkesinin ve ekonomide, sosyal politikalarda ihmal edilen “insani kalkınma” kavramının önem kazanması söz konusu olmuştur. Yine hem küreselleşme dalgası ve sosyo-ekonomik yapıda meydana gelen değişiklik ile beliren “yeni yoksulluk” ve “sosyal dışlanma” kavramları, bu kavramlara yönelik yeni hak taleplerini ve yeni bir “sosyal devlet” ve “sosyal haklar” anlayışı tartışmalarını gündeme

getirmiş; sosyal hakların ulusal ve uluslararası korunması, geliştirilmesi ayrı bir önem kazanmıştır.

Özellikle de derin sosyo-ekonomik uçurumların bulunduğu, gelişmekte olan Türkiye gibi toplumlarda eşitlik ilkesi doğrultusunda sosyal içermeye amacına hizmet eden “hak” temelli bir sosyal devlet ve sosyal haklar anlayışının yakalanması yaşamsaldır. 2014 yılında 301 maden işçisinin yaşamını yitirdiği Soma faciası, hemen her gün gazetelerde çıkan tersane işçilerinin ölüm haberleri, kot kumlama işçilerinin maruz kaldığı silikozis hastalığı, çevre alanında yürütülen mücadeleler de sosyal hakların önemini, hakların bölünmezliğini ve sosyal haklar olmadan medeni ve siyasi hakların da yaşama geçirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Sosyal hakların gerçekleştirilebilmesi için yargısallaştırılabilmesi gerekmektedir. Elbette yargı tek başına bu hakların yaşama geçirilmesini sağlayacak tek yol değildir, ancak sosyal hakların gerçekten “hak” niteliğinde görülebilmeleri açısından “vazgeçilmez” bir yoldur.

Sonuç olarak, günümüzün toplumsal sorunları çeşitlenmiş ama aynı zamanda şekil değiştirmiştir. Buna rağmen, var oluşumuzdaki kaygı değişmemiştir: İnsanın dayanışma ve sosyal adalet çerçevesinde, onurlu ve anlamlı bir hayatı yaşama mücadelesi. Bütün bu olumsuz tablo içerisinde, insanı “araştırılmaktan” çıkaracak, insan onuruna yakışır bir yaşam standardını güvence altına alacak olan sosyal haklara şimdi her zamankinden daha çok ihtiyacımız var.

Bu çalışmada öncelikle, ilgi ve desteklerini benden esirgemeyen başta tez danışmanım Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ’a ve tez izleme jürimde yer alan Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL ile Prof. Dr. Bertil Emrah ODER’e; ayrıca, tezin yazım aşamasındaki değerli katkıları için Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU’na çok teşekkür ederim. Tez jürimde yer alan Prof. Dr. Oktay UYGUN’a da önemli değerlendirmeleri için çok teşekkür ederim.

Bu vesileyle, hukuk yolculuğumun en başından beri hep yanımda olan, bana “sosyal hukuk devleti”ni ve “insan hakları”nı özümseten, akademik yaşamımda daha pek çok şey borçlu olduğum değerli hocalarım Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU’na ve Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU’na; hukuk eğitimim boyunca bana sadece olan hukuku değil de “olması gereken” hukuku da anlatıp hukuk düşüncesini bir yaşam biçimi haline getirebilmemde, içselleştirebilmemde emeği olan bütün hocalarıma da şükranlarımı sunarım.

2011’den beri araştırma görevlisi olarak yer aldığım Kadir Has Üniversitesi’nde, her zaman değerli çalışmalarıyla yoluma ışık tutan, beni yüreklendiren başta Anayasa Hukuku Ana

Bilim Dalı ğretim yeleri Doç. Dr. Olgun AKBULUT, Dr. Hamide BAĞÇECİ ve krs arkadaşım Ar. Gör. Aslı TOPUKCU olmak üzere, bütün Kadir Has aileme de buradan teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Sadece akademik çalışmalarımda değil, bütün yaşamım boyunca yanımda olan ve benden sevgisini, ilgisini esirgemeyen değerli aileme, bilhassa annem Sevim ATASAYAN ve kardeşim zge ATASAYAN’a; bana her zaman, her konuda destek olan değerli eşim Burak ORÇUN’a minnettarlık duygularımı ifade etmek isterim. Onların benim yaşamımdaki değerinin ve emeğinin yanında, burada yer alan kuru bir teekkrn çok çok yetersiz kalacağını bilsem de...

Sosyal hukuk devleti ilkesinin ve insan haklarının bir bütün olarak yaşama geçirebildiği bir hukuki, sosyal ve siyasi iklimi yakalayabilmek umuduyla...

Mayıs 2019

M. Gözde ATASAYAN

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	x
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT	xviii
ÖZET.....	xxiii
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: ULUSAL ÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA SOSYAL HAKLARIN YARGISAL ve YARI-YARGISAL YOLLARLA KORUNMASI	
I. Ulusal üstü Yargısal Koruma Örneği: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.....	26
A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Sosyal Haklar.....	26
B. Örnek Kararlar	38
1. Çalışma Hakkı: İşverenle Çalışan Arasında Adil Bir Denge.....	39
2. Kaynakların Eşgüdümü ve Evrimci Yorum Işığında Sendikal Haklar: Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Hakkı.....	48
3. Mülkiyet Hakkının Bir Uzantısı Olarak Sosyal Güvenlik Hakkı ve Otonom Yorum	50
4. Pozitif Yükümlülüklerin Evrimi: Sağlık Hakkı ve Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı.....	55
a) Yaşam Hakkı: Yaşamın Koruması Yükümlülüğü.....	56
b) İşkence ve Kötü Muamele Yasağı: İnsan Onuru ve Asgari Yaşam Koşullarını Sağlama Yükümlülüğü.....	67
c) Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Çevresel Konular ve Sosyal Yükümlülükler.....	72
5. Konut Hakkı: Ölçülülük İlkesi.....	76
6. Ayrımcılık Yasağı ve Dezavantajlı Gruplar.....	83
a) Sözleşme'nin 14.maddesi Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı.....	85
b) Cinsiyet Ayrımcılığı.....	90
c) Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık.....	97
d) Dezavantajlı Gruplar.....	101

i) Engelliler.....	102
ii) Çocuklar.....	112
iii) Yaşlılar.....	118
iv) Azınlık Grubu Örneği Olarak Romanlar.....	128
C. Değerlendirme.....	136
II. Ulusal üstü Yarı-Yargısal Koruma Mekanizmaları ve Sosyal Haklar.....	143
A. BM Sisteminde Öngörülen Mekanizmalar.....	143
1. BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Sosyal Haklar.....	143
a) BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.....	144
b) İnsan Hakları Komitesi Kararlarından Örnekler.....	145
i) Sosyal Güvenlik Hakkı.....	145
ii) Çalışma Hakkı.....	147
iii) Sendikal Özgürlükler.....	148
iv) Eğitim Hakkı.....	150
v) Konut Hakkı.....	151
vi) Sağlık Hakkı.....	152
vii) Kendi Kültüründen Yararlanma Hakkı.....	154
viii) Kendi Kaderini Tayin Hakkı.....	157
c) Değerlendirme.....	158
2. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Kararlarında Sosyal Haklar.....	159
a) BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.....	159
b) Sözleşme'nin Denetim Organı Olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi.....	161
i) Komite'nin Tarih Sahnesinde Ortaya Çıkışı ve Görevleri.....	161
ii) Periyodik Raporların İncelenmesi	163
iii) Genel Yorumlar	168
iv) Bireysel Başvuru Yolu.....	171
(1) Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı	174
(2) Komite'nin Değerlendirmeleri.....	176
c) ESKHS'de Yer Alan Hakların Gerçekleştirilmesine İlişkin Devlet Yükümlülükleri.....	182
i) Elverişli Kaynakların Azami Düzeyde Kullanılması.....	184
ii) Aşamalı Gerçekleştirme.....	187
iii) Önlemler Alma.....	190
iv) Ayrımcılık Yasağı.....	194

v)	Uluslararası İş Birliği.....	196
vi)	Asgari Öz/ Çekirdek Yükümlülükler Yaklaşımı.....	198
vii)	Örnek Haklar Bağlamında Hakların Özü.....	206
	(a) Sağlık Hakkı.....	206
	(b) Çalışma Hakkı.....	208
	(c) Eğitim Hakkı.....	209
	(d) Su Hakkı.....	210
	(e) Sosyal Güvenlik Hakkı.....	212
viii)	Saygı Duyma, Koruma ve Gerçekleştirme Yükümlülükleri.....	213
ix)	Hakların Geriye Götürülemezliği	216
d)	Değerlendirme.....	217
B.	Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Sosyal Haklar	219
1.	ILO'nun İşleyişi, Üçlü Yapı ve Sosyal Diyalog.....	221
a)	Yasama Faaliyeti.....	223
b)	Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Hazırlanması.....	224
2.	Denetim Mekanizması.....	226
a)	Periyodik Rapor Verme Sistemi.....	227
b)	Özel Denetim Mekanizmaları.....	228
i)	Sendikaların Şikayeti.....	228
ii)	Devletlerarası Şikayet.....	229
iii)	Sendika Özgürlüğüne İlişkin Özel Şikayet Yolu.....	230
3.	ILO Bildirgeleri ve Çalışma Yaşamına İlişkin Temel İlkeler.....	231
4.	Temel İlkelerle İlişkin ILO Birikimi.....	233
a)	Sendikal Özgürlükler.....	235
b)	Zorla ve Zorunlu Çalıştırma Yasağı.....	240
c)	Ayrımcılık Yasağı.....	242
d)	Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılması.....	244
5.	ILO ve Sosyal Güvenlik Hakkı.....	247
6.	Değerlendirme.....	250
C.	Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Tarafından Yapılan Denetim.....	252
1.	Avrupa Sosyal Şartı, Ek Protokoller ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı.....	252
2.	Denetim Organları.....	257
a)	Avrupa Sosyal Haklar Komitesi.....	257
b)	Hükümetler Komitesi.....	258

c) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi.....	259
3. Denetim Mekanizması.....	259
a) Periyodik Raporların İncelenmesi.....	260
b) Toplu (Kolektif) Şikayet Usulü.....	263
4. Avrupa Sosyal Şartı'ndaki Haklar: Yorumlar, Örnek Davalar ve Tavsiyeler.....	265
a) ASHK'nin Şart'ta Yer Alan Hakları Yorumlamadaki Genel Yaklaşımı.....	265
b) Örnek Kararlar.....	268
i) Sağlığın Korunması Hakkı.....	268
ii) Sosyal Güvenlik Hakkı.....	272
iii) Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı.....	278
iv) Engelli Hakları.....	285
v) Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı.....	289
vi) Konut Hakkı.....	296
5. Değerlendirme.....	304

2. BÖLÜM: SOSYAL HAKLARIN ULUSAL ALANDA YARGI YOLUYLA KORUNMASI

I-	Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Yargısallaştırılması Serüveni: Farklı Yargısal Tutum ve Standartlar.....	307
A-	Anayasal Temeller.....	308
B-	Yargısal Tutumlar ve Ölçütler.....	310
	1. Makullük Testi.....	310
	2. Anlamlı Anayasal Diyalog.....	318
	3. Hakların Bütünselliği İlkesi ve Kamu Yararı Davası.....	321
	4. Tutela ve Temel Hakların Geniş Yorumu.....	330
	5. Asgari Gerekliklik Doktrini.....	332
	6. Anayasaya Aykırılık Hali.....	336
C-	Değerlendirme.....	346
II-	Türkiye'de Sosyal Hakların Yargısallaştırılması Serüveni.....	352
A-	Sosyal Hakların Anayasallaşması.....	352
	1. 1961 Anayasası Öncesi: Sosyal Haklırsız Dönem.....	353
	2. 1961 Anayasası'nda Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Anayasallaşması.....	357
	3. 1982 Anayasası'nda Sosyal Haklar: Anti-sosyal Anayasa.....	364
B-	Anayasa'nın 65.Maddesi ve Sosyal Haklar.....	368
	1. Anayasal Çerçeve.....	368

a) 1961 Anayasası Döneminde Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı.....	369
b) 1982 Anayasası Döneminde Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı.....	374
2. Anayasa Mahkemesi'nin Tutumu.....	379
a) Çalışma Hakkı.....	382
b) Sosyal Güvenlik Hakkı.....	399
i) Sosyal Devlet İlkesi, Hakların Bütünselliği İlkesi.....	400
ii) Eşitlik İlkesi.....	409
iii) Değerlendirme.....	414
c) Sağlık Hakkı.....	415
d) Eğitim Hakkı.....	427
e) Konut Hakkı.....	430
3. Değerlendirme.....	439
C- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendikal Haklar.....	445
1. Sendika Özgürlüğü.....	446
2. Toplu Sözleşme Hakkı.....	458
3. Grev Hakkı.....	461
D- Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Sosyal Haklar.....	472
1. Çalışma Hakkı.....	475
2. Sendikal Haklar.....	486
3. Sosyal Güvenlik Hakkı.....	491
4. Sağlık, Çevre ve Konut Hakkı.....	501
5. Ayrımcılık Yasağı.....	520
E- Değerlendirme.....	531
SONUÇ.....	540
KAYNAKÇA.....	556
ÖZGEÇMİŞ.....	623
TEZ ONAY SAYFASI.....	624

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.k.	: Adı geçen karar
ASŞ:	: Avrupa Sosyal Şartı
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
E.	: Esas
Ed.	: Editör(ler)
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESHKK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
E.T.	: Erişim Tarihi
ILO:	: International Labour Organization
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
Md.	: Madde
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

RG : Resmi Gazete
TBB : Türkiye Barolar Birliği
S. : Sayı
s. : sayfa
vd. : ve devamı



RÉSUMÉ

Les droits sociaux font partie de la littérature sur les droits de l'homme à l'international depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. Depuis lors, les droits sociaux sont définis “comme étant le beau-fils sous-développé de la famille des droits de l'homme”. Dans ce contexte, comparé aux droits civils et politiques, on voit que moins d'importance est accordée aux mécanismes de protection pour développer et mettre en œuvre le contenu de ces droits.

Contrairement aux droits civils et politiques, qui sont considérés comme des droits de la première génération des droits sociaux, est de nature « positive » et il est allégué que ces droits ne peuvent être légalement demandés et opposables. Toutefois, dans le domaine des droits civils et politiques, même si les obligations positives de l'État se manifestent dans la réalisation de ce droit ou exigent le transfert de ressources du budget, aucun un résultat tel que la non-réclamation, ne se produit pas. La conséquence d'une telle séparation des droits de l'homme est que le contenu du concept de droits de l'homme est évacué, estompé et que les droits ne peuvent pas être protégés efficacement.

Les classifications dans le domaine des droits de l'homme, même si les catégories sont définies dans un but et un objectif spécifiques, l'interdépendance et le caractère indivisible des droits de l'homme forcent les limites de ces distinctions artificielles et les invalident. La protection et le développement réels des droits de l'homme ne peuvent être réalisés que par l'adoption de l'idée d'interdépendance et d'indivisibilité des droits de l'homme. Comme le soulignent la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, « Tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et étroitement liés. La communauté internationale devrait traiter les droits de l'homme dans le monde, de manière juste et équitable, sur un pied d'égalité et avec la même importance. Bien qu'il soit approprié de ne pas négliger l'importance des caractéristiques nationales et régionales et de la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États de développer tous les droits de l'homme et de protéger toutes les libertés fondamentales, quel que soit leur système politique, économique et culturel. »

Malgré les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'homme, la question de la judiciarisation des droits sociaux, essentielle à la protection de la dignité humaine, fait l'objet de discussions depuis l'émergence de ces droits. Les droits sociaux sont abstraits, vagues; qu'il est positif pour sa structure et nécessite une allocation de ressources, qu'il est lié au domaine des politiques socio-économiques; il est affirmé que le pouvoir judiciaire

ne dispose pas des connaissances et de l'expertise suffisantes pour examiner ces questions et qu'il n'a pas autorité dans le cadre du principe de la séparation des pouvoirs. Cependant, le cumul des juridictions nationales et internationales prouve le contraire; et révèle que les droits sociaux peuvent être judiciarisation comme des droits civils et politiques. La distinction entre les droits positifs et négatifs est une distinction artificielle et elle est perdue son sens face à l'essence de tous les droits de l'homme fondée sur la dignité humaine. La Cour européenne des droits de l'homme a également souligné le principe de la totalité des droits de l'homme depuis la décision Airey selon laquelle il n'y avait plus de séparation nette entre les droits civils et politiques.

Dans cette étude, l'accent est mis sur la judiciarisation des droits sociaux, à la fois en termes de droits de l'homme supranationale et de constitution comparée. Dans ce cadre, la judiciarisation est une condition indispensable à la protection et à la mise en œuvre effectives des droits sociaux. Un droit qui ne peut être revendiqué devant le pouvoir judiciaire et ne peut pas être exercé en conséquence, en fait, il ne peut pas avoir la qualité du « droit ». Bien entendu, cela ne signifie pas que le contrôle juridictionnel est la seule méthode de mise en œuvre des droits sociaux ou que ces droits ne peuvent être complètement et pleinement réalisés que par le biais d'un contrôle juridictionnel. Cependant, le contrôle judiciaire joue sans aucun doute un rôle très important dans la concrétisation de ces droits, dans la détermination de son contenu et donc dans sa mise en œuvre. Les recours légaux et les solutions sont produits à la lumière du contrôle juridictionnel les décisions prises peuvent conduire à des changements institutionnels systématiques visant à prévenir les violations des droits.

Le pouvoir judiciaire est l'organe le plus approprié et le plus créatif pour enquêter sur les pratiques discriminatoires et les lois qui entraînent une violation de ces droits. Bien entendu, ce n'est pas le seul organe à pouvoir appliquer pleinement les droits sociaux; toutefois, la conception de la dignité humaine et de la justice inhérente à tous les droits ne peut être mise en œuvre sans la justice dans le cadre de la totalité des droits de l'homme.

Dans ce contexte, la principale revendication de l'étude;

- Les droits sociaux doivent être réclamés et exercés devant le pouvoir judiciaire (peuvent être judiciarisation).
- La judiciarisation des droits sociaux est impérative pour que ces droits soient vraiment « droits » et soient protégés.

- Dans de nombreuses régions du monde, on constate que les droits sociaux peuvent être judiciarisation par des institutions judiciaires et par des institutions judiciaires supranationales et semi-judiciaires.
- La séparation des pouvoirs, la légitimité démocratique des tribunaux et les objections à l'interdiction du contrôle juridictionnel du pouvoir judiciaire, dans le processus de judiciarisation des droits sociaux, il ne devrait pas agir comme une solution en ne dépassant pas le cadre constitutionnel et les devoirs du pouvoir judiciaire; ne devrait pas s'immiscer dans le domaine du législatif et de l'exécutif afin de remettre en cause sa légitimité.

Aujourd'hui, les débats universitaires sur les droits sociaux ont changé de dimension. Dans ce contexte, le rôle du pouvoir judiciaire dans la judiciarisation et la mise en œuvre de ces droits est souligné, que les droits sociaux ne puissent pas être judiciarisation ou non. Certains avis, en fonction de la structure positive des droits sociaux du pouvoir judiciaire procède à un audit limité, notamment dans le cadre de l'interdiction de la discrimination et du principe d'égalité dans l'accès au pouvoir judiciaire, d'autre part, pour que la réalisation complètement et pleinement des droits sociaux et avoir la qualité véritablement de «droit», les États ont rempli leurs obligations positives dans les domaines de compétence national et international ou non, On a soutenu qu'il devrait être "pleinement compétent" pour pouvoir être audité par le pouvoir judiciaire. C'est sans doute une principe de l'état de droit.

Le concept de judiciarisation renvoie au fait que les personnes qui prétendent que leurs droits ont été violés peuvent s'adresser à une institution indépendante et impartiale pour demander des recours juridiques, les faire appliquer ou les empêcher si une violation est commise ou à réaliser. Compréhension que les droits sociaux devraient être laissés à la discrétion des organes politiques en ne fournissant pas de protection judiciaire ou semi-judiciaire, les droits sociaux dans le domaine judiciaire sont considérés comme la principale raison pour laquelle ils ne valent rien.

Dans cette étude, les décisions de divers organes judiciaires et semi-judiciaires ont été examinées afin de combler le fossé entre les droits civils et politiques et les droits sociaux et de souligner le fait que les droits sont interdépendants et intégraux. Ces décisions montrent également que les droits sociaux sont juridiquement et devraient être; les résultats et les réalisations montrent également leurs effets de cette manière.

Les décisions des organes judiciaires et semi-judiciaires sélectionnés et analysés dans cette étude;

- Les droits liés à la vie professionnelle, tels que le droit à la santé, le droit au logement, le droit à l'alimentation et les droits des groupes défavorisés, il expose la concrétisation des droits sociaux et élimine les préjugés qui ne peuvent être judiciarisation.
- Dans différentes régions du monde, les juridictions nationales et les organes de contrôle internationaux cela montre qu'ils ont suffisamment de connaissances et de compétences pour être efficaces dans le domaine des droits sociaux et pour les examiner.
- Des attitudes judiciaires différentes et créatives sur la protection des droits sociaux dans le domaine de national et international assurent l'interaction mutuelle entre les critères et les principes utilisés.
- Il fournit une analyse de la place particulière et importante des tribunaux dans la réalisation des droits.

Les conclusions de l'analyse de la décision fournit une évaluation du rôle du pouvoir judiciaire dans le domaine de la protection des droits sociaux en Turquie et propose des solutions à cet égard. Dans ce contexte, les efforts des organes judiciaires et semi-judiciaires pour mettre en avant le contenu des droits sociaux, les obstacles à la judiciarisation de ces droits et la manière dont ces obstacles peuvent être surmontés, ainsi que les moyens de protéger ceux dont les droits sociaux sont violés.

Dans cette étude, les débats théoriques sur la judiciarisation des droits sociaux, dans ce contexte, examinent les réponses des organes de contrôle judiciaires et semi-judiciaires, nationaux et internationaux. Les droits sociaux, à compter de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, sont maintenant soumis aux décisions de mécanismes judiciaires et semi-judiciaires, qui sont incluses dans un grand nombre de divers instruments relatifs aux droits de l'homme; dans le cadre de la totalité des droits de l'homme, il est incarné, évolué, en développement et dynamique en termes de contenu et de portée. La Cour européenne des droits de l'homme en tant qu'exemple de protection juridictionnelle dans le domaine des droits de l'homme supranationale dans la section 1; à titre d'exemples de protection semi-judiciaire, les Nations Unies, l'Organisation internationale du Travail et la Charte sociale européenne a abordé les systèmes. Ces mécanismes de protection judiciaires et semi-judiciaires, l'ampleur, contraignant quantitative et qualitative de la zone d'impact, également 1982 Constitution dans le cadre de l'article 90 paragraphe 5, notamment en termes d'être une partie

des lois de la Turquie (ou être candidat à faire partie du droit interne) sont préférés. Le système de Convention européenne des droits de l'homme, dans le cadre de l'application individuelle en Turquie, dans le cadre d'un espace commun de protection par la Constitution devrait également être examinée. Dans la section 2, l'Afrique du Sud, l'Inde et la Colombie, qui sont les tribunaux des pays représentant le Sud Sphérique, sont examinés avec leurs décisions novatrices et initiatrice et leur attitude judiciaire dans le domaine des droits sociaux.

Les cours suprêmes de ces pays ont pris des décisions exemplaires pour soutenir l'idée que les droits sociaux peuvent être jugés sans dépasser le cadre constitutionnel et les devoirs de la justice dans le cadre du « principe de la totalité des droits de l'homme ». À cet égard, ils vont aussi devant nous comme un exemple important pour la Turquie.

La raison principale de l'examen de conduite judiciaire des trois pays, ainsi que démontrer une expérience juridique riche et une expérience pour la protection des droits sociaux de la plus haute autorité judiciaire dans ces pays, en termes du développement humain et de niveau de développement économique sont les similitudes avec la Turquie. Les problèmes rencontrés dans ce contexte sont assez parallèles; une croissance économique durable avec les efforts pour parvenir à un développement humain, l'inégalité des revenus, les inégalités sociales et la pauvreté sont les principaux champs de bataille dans le Sud sphérique que la Turquie. En outre, des problèmes complexes tels que la corruption, des problèmes d'indépendance de la justice, des problèmes institutionnels tels que l'accès à la justice et le manque de ressources ne tombe pas de l'ordre du jour.

Dans cette partie de l'étude, une nature essentiellement similaire avec la Turquie, le développement, l'analyse judiciaire des droits sociaux est fait dans les pays à « revenu intermédiaire ». Dans les pays en développement qui cherchent à instaurer la justice sociale parallèlement au développement économique, les questions d'équilibrage de ces deux phénomènes, qui concernent « principalement les institutions représentatives et politiques », sont également portées devant les tribunaux. À cet égard, la jurisprudence constitutionnelle a mis au point des approches juridiques novatrices et souples dans des sociétés où la répartition de la pauvreté et de l'injustice est généralisée, où les services publics ne sont pas suffisamment développés et les organes législatifs et exécutifs n'accordent pas d'importance aux droits sociaux. Bien que cela puisse créer des points d'interrogation en premier lieu, ces exemples dans le monde, dans le cadre de la réglementation des droits sociaux et des instruments juridiques, qu'ils peuvent établir cet équilibre avec leur judiciarisation; même au-delà des organes des relations de l'État avec l'autre, l'interaction entre la société civile et les tribunaux

peuvent également contribuer révèle à cela, ils constituent également un bon exemple pour la Turquie.

Enfin, à la section 2, l'attitude envers les droits sociaux de la justice constitutionnelle en Turquie est analysée, à la lumière de l'accumulation de juridictions nationales et internationales, des solutions aux problèmes rencontrés ont été recherchées.



ABSTRACT

Socio-economic rights have been part of the language of international human rights since at least the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948. Since then, socio-economic rights have been described as the “underdeveloped stepchild of the human rights family”. Yet, compared to civil and political rights, there has been considerably less attention placed on the need to develop the content of these rights and protection mechanisms to enforce them. It is said that these two sets represent the generations of rights, the former being first generation and the latter second generations. That is, civil and political rights are regarded as justiciable rights. As they entail only negative obligations on states, violations of such rights can readily be invoked before courts of law. On the other hand, some argue that socio-economic rights are non-justiciable rights. They are not rights per se. It said that for these rights deal with state policies and programs, an attempt to adjudicate such before courts or tribunals will amount to judicial legislation contrary to the constitutional doctrine of separation of Powers.

However, the proponents of socio-economic rights argue that there is no philosophical or legal justification to differentiate rights as justiciable or non justiciable. All human rights are concerned with the protection of human dignity. It has been repeatedly affirmed that all human rights are universal, indivisible and interdependent as it is asserted in the Vienna Declaration and Programme of Action which was adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Therefore, classification of rights in to “non-justiciable ESCR and justiciable CPR” has no legal basis rather than ideological perception.

The justiciability of socio-economic rights has been a matter of discussion for legal scholars. Some scholars argued that social and economic rights cannot be legally enforced, because they are vague, inherently of a positive nature, resource dependent and that courts are not institutionally competent to enforce them have been widely discredited. However, a large amount of case law allows us to assess that socio-economic rights are subject to enforcement in the same manner as civil and political rights. Artificial separations of the two sets of rights do not occur in real cases. As stated by European Court of Human Rights in Airey there is no water-tight division separating civil and political rights from socio-economic rights.

My research is intended to focus on justiciability of socio-economic rights both in international human rights law practices and comparative constitutional law practices. It will be argued that judicial enforcement (adjudication) is a necessary condition for effective

protection and realization of these rights. A right without a remedy raises questions of whether it is in fact a right at all. This is not to say that judicial enforcement is the only way of protecting economic, social and cultural rights. However, judicial enforcement has a clear role in developing our understanding of these rights, in affording remedies in cases of clear violations and in providing decisions on test cases which can lead to systematic institutional change to prevent violations of rights in the future. The judiciary is also a fertile and an appropriate institution to deal with both incompatible legislations and persisting discriminatory practices. To put it another way, whether social rights are enforceable is not the key issue, but rather how they can be consistently adjudicated with measure of integrity, respecting the institutional nature of adjudicatory bodies and the call for justice inherent in human rights. The main assertion of my study is that,

- Socio-economic rights should be adjudicated
- adjudication is necessary
- adjudication is already put into practice, to varying degrees, in many courts throughout the world.
- in order to exclude objections based on the separation of powers doctrine, democratic legitimacy of the courts, judges should stay the bounds of law, by showing the violations and breaches, ordering the appropriate measures decreed by law, instead of superseding legislators or administrators.

A more recent academic debates seems to have turned towards the role of courts in realization of ESCR. Some argue that owing to the nature of the rights courts should exercise only a limited adjudicatory power especially to enforce the non-discrimination clauses and equality of access to justice of individuals. On other hand, others argue that in order to affirm the full human rights quality of ESCR; to ensure that states live up to their affirmative legal obligations beyond what the political and administrative organs are prepared to concede on their own accords; to provide appropriate and credible supervision of state's compliance with their treaty obligations under the covenants and as a matter of constitutional and human rights doctrine, it is necessary to entrust the judiciary with full adjudicatory power over ESCR.

The term “justiciability” means that people who claim to be victims of violations of these rights are able to file a complaint before an independent and impartial body, to request adequate remedies if a violation has been found to have occurred or to be likely to occur, and

to have any remedy enforced. Litigation is a separate and independent means to enforce and implement ESC rights, as is it with civil and political rights. The belief that ESC rights should not be granted any kind of judicial or quasi-judicial protection, and should be left to the discretion of political branches of the State, is one of the main reasons why ESC rights have been devalued within the legal hierarchy.

Bridging the gap between the justiciability of civil and political rights and that of ESC rights is key if both sets of rights are to be considered on an equal footing. This study aims to demonstrate that, ESC rights can be and must be adjudicated.

When it is analysed a wide variety of case law, we can see how courts and judges around the world have adjudicated socio-economic rights and their effectiveness to achieve the end results. The case law highlighted in this study has been selected to:

- represent a wide variety of socio-economic rights, including labour-related rights, the right to health, the right to housing, the right to education, the right to food and cultural rights. By examining a broad range of rights this research aims to show that the blanket assumption that socio-economic rights in general are not justiciable is false, and that numerous examples can be shown to contradict that assumption, regardless of the particular right at stake; and
- represent different regions in the world: cases from different high level domestic courts, regional human rights courts, and international monitoring bodies competent to review individual, group or collective petitions.

-Identifying institutions responsible for implementing these norms and their competence in addressing the violations of these rights.

-Analysing national and international judicial practices in relation to socio-economic rights protection

- Analysing the peculiar role of courts to give effect to the rights
- Evaluating the role of judiciary in Turkey on the protection of social rights
- Suggesting measures to be taken in this regard.

Therefore, the case law highlighted in my study takes in hand both judicial decisions (decisions of domestic and international courts) and quasi-judicial decisions (such as UN treaty bodies). It also aims to show that how the content of socio-economic rights has been defined by courts, how the problems posed by the justiciability of socio-economic rights can be

overcome, and how courts have been able to guarantee these rights to claimants. In my study it is also discussed how decisions relating to the justiciability of socio-economic rights in the domestic sphere could help at the international level and vice versa. Socio-economic rights already have been recognized in a number of domestic constitutions and statutes worldwide. Conversely, the development of the content of socio-economic rights by international bodies can assist to overcome prejudices against justiciability in some domestic jurisdictions. Of course, still, there is a long way within a lot of gaps and questions, especially in relation to the vulnerable, marginalised parts of the society including the majority of population living in rural commune. However, all of these experiences and practices open a new window regarding socio-economic rights that can be a guide for judiciary all around the world and particularly Turkey. Therefore, it is a necessity to address such issues through scientific legal research and propose possible solutions in this regard to realize the human rights and democracy.

In the light of international and national experiences how can socio-economic rights be protected effectively in Turkish judicial system, especially by individual application institution? What are the suggestions in this context for Turkey? My thesis is trying to find answers to this question.

The research will be based on general theoretical debates and includes both judicial decisions (decisions of domestic and international courts) and quasi-judicial decisions (such as UN treaty bodies). Firstly, theoretical arguments on the situation of socio-economic rights in human rights law and their justiciability will be assessed with a critical perspective. Also, it will be explained the links between democracy and socio-economic rights. In order to lay down the general theoretical and philosophical background, the existing scholarly writings and jurisprudences will be used. And then the relevant and basic laws and institutional practices of the countries under consideration will be analyzed. The relevant country's reports to different international monitoring organs as well as the reports of international bodies involved in the promotion of socio-economic rights will be considered. The most important international convention regarding to social rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) with comments and reviews of The UN Committee Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the monitoring organ of the covenant, will be considered concerning how to interpret the obligations of Convention. As a quasi-judicial body, the reports and the reviews of the Committee has been an important function to determine the scope and the content of the socio-economic rights in international level, therefore it should be undertaken. It also will be analyzed the judgements of the European Court of Human Rights (ECHR) which have

the effects of socio-economic rights. Because, as one of the most considerable international judicial organ, that will be very nutritious to demonstrate how the role on the protection and develop the human rights of Court reflects to the sphere of socio-economic rights. It is also substantial for Turkey since only the rights which are included in both Turkish Constitution and European Convention on Human Rights protected by individual application. European Social Charter with comments and reports of European Committee of Social Rights is also very important for

socio-economic rights.

In the following chapter, the experiences and law practices of countries of the “global south”; South Africa, India and Colombia will be considered to reflect on some of research questions. The countries to be selected are believed to contribute to the major debates in the research. In the end, Turkish constitutional law and the adjudication practice including individual application practices will be analyzed and there will be suggestions regarding role of judiciary in order to fulfill these rights in Turkey. In this context, a comparative constitutional law will also be held a place in this research.

It will be a major academic contribution to the debates of justiciability of socio-economic rights both especially from practical point of view. The arguments raised can be used in favour of initiatives aimed at increasing the potential options for victims to claim judicial remedies when their socio-economic rights are violated.

It will be a significant step in analysing the role of courts or tribunals for effective implementation of. socio-economic rights The examples from different courts and tribunals around the world, both domestic and international, demonstrate how the justiciability of socio-economic rights is conceivable and is already a reality in many jurisdictions.

It will give a new perspectives both for civil society and government organisations engaged in the promotion of socio-economic rights. The case law contained in my research, while not intended to be exhaustive, may be useful for legal practitioners, advocacy groups and non-governmental organizations. The research can therefore also be used as a comparative tool from which to draw ideas. The cases illustrate some strategies for litigation that have proved to be successful in different jurisdictions. It will also help governments to understand in a practical way what judicial scrutiny of their compliance with duties arising from socio-economic rights entails, both domestically and internationally.

ÖZET

Sosyal haklar 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edilmesinden itibaren uluslararası alanda insan hakları literatürünün bir parçasıdır. O zamandan beri, sosyal haklar “insan hakları ailesinin gelişmemiş üvey evladı” olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede medeni ve siyasi haklarla karşılaştırıldığında, bu hakların içeriğini geliştirme ve onları hayata geçirecek koruma mekanizmalarına daha az önem verildiği görülmektedir.

Sosyal hakların ilk kuşak haklar olarak kabul edilen medeni ve siyasi haklardan farklı olarak “pozitif” nitelikte olduğu ve bu haklar gibi hukuken talep edilebilir ve icra edilebilir olmadığı ileri sürülmektedir. Oysa, medeni ve siyasi haklar alanında, söz konusu hakkın yaşama geçirilmesinde devletin pozitif yükümlülükleri ön plana çıksa da ya da bütçeden kaynak aktarımını gerektirse de, dava edilemezlik gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. İnsan haklarının bu şekilde bir ayrıştırmaya tabi tutulmasının sonucu, insan hakları kavramının içeriğinin boşaltılması, bulanıklaştırılması ve hakların etkin şekilde korunamamasıdır.

İnsan hakları alanındaki sınıflandırmalar, kategoriler belli bir amaçla ve odakla yapılmış olsalar da, insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmez karakteri söz konusu yapay ayrımların sınırlarını zorlamakta, onları geçersiz kılmaktadır. İnsan haklarının gerçek anlamda korunması ve geliştirilmesi, ancak insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği fikrinin benimsenmesiyle gerçekleştirilebilecektir. Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı'nda da vurgulandığı üzere, “Tüm insan hakları evrenseldir, birbirinden ayrılmaz, karşılıklı bağımlıdır ve sıkı biçimde birbirine bağlıdır. Uluslararası topluluk, insan haklarını global olarak, hakça ve dengeli biçimde, eşitlik temelinde ve onlara aynı önemi vererek ele almalıdır. Ulusal ve bölgesel özelliklerin önemini ve tarihsel, kültürel ve dinsel çeşitliliği gözden kaçırmamak uygun ise de, siyasal, ekonomik ve kültürel sistem ne olursa olsun, tüm insan haklarını geliştirmek ve tüm temel özgürlükleri korumak devletlerin ödevidir.”

İnsan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı olarak birbirine bağımlılığı ilkelerine karşın, insan onurunun korunmasında yaşamsal önemi olan sosyal hakların yargısallaştırılması konusu, bu hakların ortaya çıkışından beri tartışılmaktadır. Sosyal hakların soyut, muğlak; yapısı itibarıyla pozitif olduğu ve kaynak tahsisini gerektirdiği, sosyo-ekonomik politikalar alanına ilişkin olduğu; bunlara bağlı olarak yargının bu hususları inceleyecek yeterli bilgi ve uzmanlığının bulunmadığı, erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde buna yetkisinin de olmadığı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte gerek ulusal gerekse uluslararası yargı birikimi bunun aksini kanıtlamakta; sosyal hakların da medeni ve siyasi haklar gibi yargısallaştırılabileceğini ortaya

koymaktadır. Negatif-pozitif hak ayrımı yapay bir ayrımdır ve bütün insan haklarının sahip olduğu, insan onuruna dayalı özü karşısında anlamını yitirmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, Airey kararından bu yana medeni ve siyasi haklar arasında su geçirmez bir ayrımın bulunmadığını belirterek insan haklarının bütünselliği ilkesini vurgulamaktadır.

Çalışmada hem ulusal üstü insan hakları hem de karşılaştırmalı anayasa yargısında sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin gelinen nokta üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede, sosyal hakların etili bir şekilde korunması ve hayata geçirilebilmesi için yargısallaştırma olmazsa olmaz bir koşuldur. Yargı önünde talep edilemeyen ve buna bağlı olarak da icra edilemeyen bir hak, esasen “hak” niteliğinde sahip olamamaktadır. Bu husus, elbette sosyal hakları yaşama geçirmenin tek yönteminin yargısal denetim olduğu ya da sadece yargısal denetim ile bu hakların tam ve eksiksiz olarak gerçekleştirilebileceği anlamına da gelmez. Ancak yargısal denetim şüphesiz ki bu hakların somutlaştırılması, içeriğinin belirlenmesinde ve dolayısıyla da yaşama geçirilmesinde oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Yargı denetimi sayesinde meydana gelen hak ihlalleri karşısında hukuki çözüm ve çareler üretilmekte, verilen kararlar hak ihlallerinin önlenmesi için sistematik kurumsal değişikliklerin yapılmasına yol açabilmektedir.

Yargı, bu hakların ihlaline sebep olan yasaları ile ayrımcı uygulamaları da irdelemek bakımından en uygun ve yaratıcı organdır. Elbette sosyal hakları tam olarak yaşama geçirebilecek olan tek organ değildir; ancak bütün hakların özünde yer alan insan onuru ve adalet anlayışı, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde yargı olmadan gerçekleştirilemeyecektir.

Bu çerçevede çalışmanın temel iddiası;

- Sosyal haklar yargı önünde talep edilebilmeli ve icra edilebilmeli (yargısallaştırılabilmelidir).
- Sosyal hakların yargısallaştırılması bu hakların gerçekten “hak” niteliğine bürünebilmesi ve korunabilmesi için zorunludur.
- Dünyanın pek çok yerinde, gerek ulusalüstü gerekse ulusal yargı ve yarı yargısal kurumlar tarafından çeşitli derecelerde sosyal hakların yargısallaştırılabildiği görülmektedir.
- Erkler ayrılığı, mahkemelerin demokratik meşruiyeti, yargının yerindelik denetimi yasağına ilişkin itirazlara karşı da, sosyal hakların yargısallaştırılması sürecinde

yargının anayasal çerçevesi ve görevlerini aşmayarak bir çözüm yeri gibi davranmamalı; meşruiyetini sorgulatacak şekilde yasama ve yürütmenin alanına müdahale etmemelidir.

Günümüzde sosyal haklara ilişkin yapılan akademik tartışmalar da boyut değiştirmiştir. Bu bağlamda artık sosyal hakların yargısallaştırılabilir olup olmadığı değil, bu hakların yargısallaştırılması ve yaşama geçirilmesinde yargının rolü üzerinde durulmaktadır. Bazı görüşler, sosyal hakların pozitif yapısına bağlı olarak yargının, özellikle de ayrımcılık yasağı ve yargıya erişimde eşitlik ilkesi çerçevesinde sınırlı bir denetim yapması üzerinde dururken öte yandan sosyal hakların tam ve eksiksiz olarak gerçekleştirilmesi ve gerçekten “hak” niteliğine sahip olabilmesi için devletlerin ulusal ve uluslararası alandaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin yargı tarafından “tam yetkili” olarak denetlenebilir olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu, şüphesiz hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Yargısallaştırma kavramı, haklarının ihlal edildiği iddiasında olan kişilerin bağımsız ve tarafsız bir kurum önünde başvuruda bulunabilmesi, ihlal gerçekleşmiş ya da gerçekleşmek üzere ise bunu giderecek ya da önleyecek hukuki çareleri talep edebilmesi ve onların icra edilebilmesini ifade etmektedir. Sosyal haklara yargısal ya da yarı yargısal bir koruma sağlanmayarak onların politik organların takdirine bırakılması gerektiğini savunan anlayış sosyal hakların yargı alanında da değersiz görülmesine yol açan temel sebeplerdendir.

Çalışmada medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar arasında yargısal alanda oluşan bu uçurumun kapatılması ve hakların özü itibarıyla birbirine bağlı ve ayrılmaz bir bütün olduğunun vurgulanması amacıyla çeşitli yargısal ve yarı yargısal organların verdikleri kararlar incelenmiştir. Bu kararlar da sosyal hakların yargısallaştırılabilir olduğunu ve öyle olması gerektiğini ortaya koymakta; elde edilen sonuç ve başarılar da bu yoldaki etkilerini göstermektedir.

Bu çalışmada seçilen ve analiz edilen yargısal ve yarı yargısal organların vermiş oldukları kararlar;

- Çalışma yaşamı ile bağlantılı haklar, sağlık hakkı, konut hakkı, gıda hakkı ve dezavantajlı grupların hakları gibi geniş bir alana yayılarak sosyal hakların somutlaştırılmalarını ortaya koymakta ve yargısallaştırılamayacakları ön yargısını bertaraf etmektedir.

- Dünyanın farklı bölgelerinde, ulusal yargı organları ve uluslararası denetleme organlarının sosyal haklar alanında etkin ve onları inceleyecek yeterli bilgi birikimi ve yetkinliğe sahip olduklarını göstermektedir.
- Ulusal ve uluslararası alanda sosyal hakların korunmasına ilişkin farklı ve yaratıcı yargısal tutumları, kullanılan ölçütleri ve ilkeleri ortaya koyarak bunların karşılıklı olarak etkileşimini sağlamaktadır.
- Mahkemelerin hakların gerçekleştirilmesinde sahip olduğu özel ve önemli konumun analiz edilmesini sağlamaktadır.

Kararların analizi ile varılan sonuçlar Türkiye’de yargının sosyal hakların korunması alanındaki rolünün de değerlendirilmesini sağlamakta ve bu bağlamda çözüm önerileri ortaya koymaktadır. Bu bağlamda yargısal ve yarı yargısal organların sosyal hakların içeriğini ortaya koyma yönündeki çabaları, bu hakların yargısallaştırılması önünde ortaya çıkan engelleri ve bu engellerin nasıl aşılabileceğini, ayrıca sosyal hakları ihlal edilenlerin nasıl korunabileceğini de göstermektedir.

Çalışmada sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin teorik tartışmalara bu bağlamda, yargısal ve yarı yargısal, ulusal ve uluslararası denetim organlarının verdiği cevaplar irdelenmektedir. Sosyal haklar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin kabulünden başlayarak bugün çok sayıda çeşitli insan hakları belgelerinde yer alan ve yargısal, yarı-yargısal mekanizmaların kararlarına konu olmakta; insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, içerik ve kapsam olarak somutlaşmakta, evrilmekte, gelişmekte ve dinamik yönü ortaya konulmaktadır. 1.Bölüm’de ulusal üstü insan hakları alanında yargısal koruma örneği olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; yarı yargısal koruma örnekleri olarak da Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Sosyal Şartı sistemleri ele almıştır. Bu yargısal ve yarı-yargısal koruma mekanizmaları, yarattığı etki alanının niceliksel ve niteliksel olarak genişliği, bağlayıcılığı, ayrıca 1982 Anayasası’nın 90.maddesinin 5.fıkrası çerçevesinde Türkiye’nin iç hukukunun bir parçası olması (ya da iç hukukun bir parçası olmaya aday olması) bakımından da özellikle tercih edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sistemi, Türkiye’de bireysel başvuru çerçevesinde Anayasa ile ortak koruma alanı bağlamında da ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

2. Bölüm’de ise Küresel güney’i” temsil eden ülke mahkemeleri olan Güney Afrika, Hindistan ve Kolombiya’nın sosyal haklar alanında yenilikçi ve öncü kararları ile yargısal tutumları incelenmiştir. Bu ülkelerin yüksek mahkemeleri, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” çerçevesinde sosyal hakların, yargının anayasal çerçeve ve görevlerini aşmadan

yargısallaştırılabileceği düşüncesini destekleyecek örnek kararlar vermişlerdir. Bu bakımdan Türkiye için de önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Bu üç ülkenin yargısal tutumlarının incelenmesinin temel nedeni, bu ülkelerdeki yüksek yargı organlarının sosyal hakların korunmasına yönelik zengin bir hukuki birikim ve deneyimi ortaya koymalarının yanı sıra, insani kalkınma ve ekonomik gelişmişlik düzeyi bakımından Türkiye ile olan benzerlikleridir. Bu bağlamda karşılaşılan sorunlar da oldukça paraleldir; sürdürülebilir bir ekonomik gelişme ile birlikte insani kalkınmayı gerçekleştirme çabası, gelir adaletsizlikleri, sosyal eşitsizlikler ve yoksulluk Türkiye gibi küresel güneyin de ana mücadele alanlarıdır. Bunların yanı sıra, yolsuzluk, yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar, adalete erişim gibi kurumsal sorunlar, kaynak yetersizliği gibi karmaşık konular da gündemden düşmemektedir.

Çalışmanın bu bölümünde esasen Türkiye ile benzer nitelikte, gelişmekte olan, “orta gelirli” ülkelerde sosyal hakların yargısallaştırılmasının analizi yapılmaktadır. Ekonomik kalkınma ile birlikte sosyal adaleti de kurmaya çalışan gelişmekte olan ülkelerde, bu iki olgunun dengelemesine ilişkin -esasen temsili ve siyasi kurumların alanında olan- hususlar mahkemelerin de önüne gelmektedir. Bu bakımdan yoksulluk ve adaletsiz gelir dağılımının yaygın olduğu, kamu hizmetlerinin yeterince gelişmediği, yasama ve yürütme organlarının da sosyal haklara gereken önemi vermediği toplumlarda anayasa yargısı yenilikçi ve esnek hukuki yaklaşımlar geliştirmiştir. Bu durum ilk etapta bazı soru işaretleri yaratsa da, dünyadaki bu örnekler sosyal haklara ilişkin düzenlemeler ve hukuki araçlar çerçevesinde, onların yargısallaştırılması ile mahkemelerin bu dengeyi kurabildiğini; hatta, devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkisinin de ötesinde, sivil toplum ve mahkemeler arasındaki etkileşimin de buna katkı sağlayabileceğini ortaya koymakta, Türkiye için de güzel bir örnek teşkil etmektedirler.

2. Bölüm’de son olarak Türkiye’de anayasa yargısının sosyal haklara ilişkin tutumu değerlendirilmiş, ulusal ve uluslararası yargı birikimi ışığında karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri aranmaya çalışılmıştır.

GİRİŞ

“İnsan bölünmez bir kişiliğe sahiptir. Onun yaşama hakkı, sadece terörizme ve yargısız infaz risklerine karşı güvenlikte olduğu bir toplumsal düzeni gerekli kılmaz. Geçimini sağlayabilmesi... (de) gerekir.” (Enseignement des droits de l’homme, UNESCO, Vol. IV, 1985, s.63.)

“Devletin insan haklarını ihlal biçimlerinden biri, nüfusunun çok büyük bir kısmını fakir bırakmak, hatta sefaletle terk etmektir.” (Robert Duffar)

“Benim kitaplarımı okuyanlar yoksullarla birlik olsunlar, yoksulluk bütün insanlığın utancıdır.” (Yaşar Kemal)

Sosyal haklar, toplumun “umuda en çok ihtiyaç duyan” kesimine yönelik haklar demetidir.¹ Bireyi “insan” olarak kabul eden birinci kuşak insan hakları, varlığı kabul edilen bu bireyin “insan onuruna yaraşır” bir yaşama ulaşmasına yönelik sosyal haklar ile bütünleşmeksizin bir anlam ifade etmeyecektir.

İnsan hakları teorisinde, sosyal haklara ilişkin olarak yapılan çeşitli hak sınıflandırmalarında genellikle “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” veya “ekonomik ve sosyal haklar” başlığı kullanılmaktadır. Bu haklar, genel olarak Birleşmiş Milletler (BM) düzeyinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hariç Anglo-Sakson dünyada sosyo-ekonomik veya ekonomik ve sosyal haklar, ABD’de “refah hakları” ve Kıta Avrupa’ında “sosyal haklar” olarak isimlendirilmektedir.² Ayrıca, öğretide de bu çeşitliliği doğrular. Söz konusu çeşitlilik doğrultusunda, bu çalışmada, Türkiye’deki yaygın kullanıma da koşut olacak şekilde, “sosyal haklar” terimi tercih edilmiş ve bu kapsam ile sınırlı tutulmuştur. Bu haklarla birlikte kategorilendirilen ekonomik ve kültürel haklar ise, temel olarak çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır.

Bu bağlamda, esasen “ekonomik hak” olarak ifade edilen mülkiyet hakkı gibi haklar da çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bilindiği üzere, 1961 Anayasası’nda ekonomik ve sosyal haklar başlığı altında düzenlenen mülkiyet hakkı, ulusal üstü insan hakları hukuku

¹ Gökhan Candoğan, “Teoriden Pratiğe: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III, Bildiriler**, İstanbul: Petrol İş Yay., No: 116, s. 122.

² Bkz. Engin Yıldırım, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, C: 2, Vol: 2, Ankara, 2015, s. 1134, 1. dipnot.

bağlamında, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde (ESKHS) düzenlenen haklar arasında yer almamaktadır.

Bunun dışında sendikal haklar, sosyal hakların gerçekleşmesi bakımından oldukça önemli “araç” haklar olarak, her ne kadar negatif yükümlülükleri ağır bassa da, sosyal nitelikleri bağlamında, çalışmada ayrıca ele alınmıştır.

Sosyal Hakların Tarih Sahnesinde Ortaya Çıkışı

Sosyal haklar iktisaden zayıf konumda olan sosyal sınıfların egemen sınıflar karşısındaki eşitlik ve adalet taleplerinin bir yansıması olarak gelişmişlerdir.³ Bu hakların varlık sebebi, temel insan ihtiyaçlarının karşılanması ve bu şekilde de evrensel bir değer olan “insan onuru”nun korunmasıdır.⁴ Sosyal haklar, onurlu bir yaşam için gerekli asgari koşulları sağlayarak insanın fiziksel, düşünsel ve manevi varlığını güvence altına alacak araçları ifade eder.⁵ Bu haklar, “herkese” tanınmıştır; ancak elbette toplumun yoksul ve marjinalleştirilmiş kesimleri için özel bir önem taşır ve kişilerin özerk bir birey olarak topluma katılabilmesinin önündeki maddi ve manevi engellerin aşılmasını sağlar.

İnsanlığın yapabilirlik gücünden insanlık onuruna geçişin tarihçesi olarak insan hakları, insanın kendisini üretmesi ve yeniden üreterek gelişimini sürekli kılması çabasıyla başka bir şey değildir.⁶ Üstelik bu çabanın gösterilme süreci, etik, felsefi ve sosyolojik boyutları ve yansımaları da içinde barındırır. Öyle bir süreçtir ki bu, insan bütün yaratmaları yanında, kendisini gerçekleştirdiği her an içerisinde kendisini ve içinde yaşadığı dünyayı da yeniden yaratmakta; toplumsallaştırmakta, paylaşmakta ve başkalarıyla dayanışma göstermektedir ki tarihsel gelişim içindeki bu paylaşım süreci zaman içinde sosyal hakların doğuşunu gerekli kılar.⁷

Tarihsel gelişime baktığımızda, insan haklarının gelişiminde şu üçlü aşama vardır: Fikirler, eylemler, hukuki düzenleme. Fikirler mi eylemler mi önce, duruma, zamana ve hakka göre tartışılabilir. Fikir ve eylem diyalektiği, hakkın kazanılmasında çok açıktır. İnsan

³ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yay.,1978, s.66.

⁴ Jeanne M. Woods, “Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm”, **Texas International Law Journal**, 2003/ 38, s.764.

⁵ Rainer Arnold, “Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İbrahim Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s.215.

⁶ Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul: Legal Yay., 2010, s. 697

⁷ Zehra Gönül Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Yay., 2009, s.89

haklarının ortaya çıkışının kuramsal temelleri de önemli olmakla birlikte, sadece kuramsal düzeyde açıklanması yetersiz kalacaktır. İnsan hakları, pozitif hukuk metinlerine konu olmadan önce, toplumbilimsel anlamda, hak talebi ve mücadelesiyle beliren bir “hukuk öncesi oluşum” sürecinden de geçerler.⁸ Hakların hukuk kuralları haline gelmesi, “norm öncesi durumdan norm durumuna geçiş” olarak da ifade edilir.⁹ Bu süreç, insan haklarının toplumsal kaynaklarını da içinde barındırmaktadır; bu çerçevede, özgürlük ve eşitlik adına yürütülen her türlü mücadeleyi içerir.¹⁰

İnsan hakları genel kuramına baktığımızda, sosyal haklar bu fikir-eylem birlikteliğinde öncü haklar olarak görülebilecektir. Özellikle klasik kişi özgürlükleri karşısında sosyal hakların geliştirilmesi ve bu uğurda verilen mücadeleler, 19. yüzyıldaki düşünce akımları ve eylemli mücadele diyalektiğini en somut şekilde doğrulayan alandır. Bu bakımdan çok önemli bir halkasıdır insan haklarının. Bu anlamda, sosyal hakların tarih sahnesinde yerini almasını, insan haklarının “evrim süreci” olarak da ifade edebiliriz.

İnsan haklarının bölünmezliği karşısında, pratikte kuşaklara göre yaygın bir olgudur. Bunun temel nedenleri arasında hakların belirlediği dönemlerdeki mevcut siyasi ve ekonomik iklim yer alır. Medeni ve siyasi haklar, merkezi monarşik yönetim anlayışının devrimci bir dönüşüm geçirdiği bir ortamda doğmuştur. Bununla birlikte, “doğal haklar” ve “toplum sözleşmesi”nin işaret ettiği eşitlik, insan haklarının evrenselliği ilkeleri uygulamada yaşama geçirilememiştir. Yalnızca “beyaz, varlıklı ve erkek” yurttaşlar için söz konusu olan insan hakları anlayışı bunun göstergesidir.¹¹

“Birinci kuşak haklar” olarak da ifade edilen medeni ve siyasi hakların toplumsal kaynaklarında, ekonomik açıdan güçlenen burjuvazinin bu gücünü siyasi alana da taşıma arzusu ile ekonomik açıdan gücünü yitirmiş, siyasal gücünü ise korumak isteyen aristokrasi arasında çıkan bir sınıf çatışması yatmaktadır.¹² Sosyal hakların da yer aldığı ikinci kuşak hakların ortaya çıkışı ise, esasen 18. yüzyıl sonrasında İngiltere’de başlayan, daha sonra Batı Avrupa’ya da yayılan Sanayi Devrimi’dir. Söz konusu dönem, toplumsal sınıfların bir dönüşüm geçirdiği,

⁸ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2007, s.34.

⁹ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku-1**, İstanbul: İmge Yay., 2013, s.29.

¹⁰ Mithat Sancar, **“Devlet Aklı” Kışkırtıcı Hukuk Devleti**, İstanbul: İletişim Yay., 2000, s.115.

¹¹ Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 13.

¹² Mücadelenin galibi, burjuvazi olacak ve 1789 yılında ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, o güne kadar gelen kuramsal birikimlerin ve kazanılan mücadelenin somutlaşmış belgesi olarak, insan haklarını bir liste halinde tüm dünyaya ilan eden bir bildirgedir. Bu haklar, daha sonra “klasik haklar” olarak da ifade edilecek olan haklar listesini oluşturmaktadır. Bkz. B. Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s.35.

sanayileşme ve kentleşmeye bağlı olarak büyük bir işçi sınıfının tarih sahnesinde yerini aldığı; aristokrasi- burjuvazi çekişmesinin yerini burjuvazi-işçi sınıfı çekişmesinin aldığı bir dönemdir.¹³

Klasik liberal anlayış, devletin müdahale etmeyeceği bir sosyo-ekonomik düzende, kendi çıkarlarının peşinde koşan “rasyonel ve eşit” bireylerin “görünmez bir el” aracılığıyla diğer bireylerin gereksinimlerini de karşılayarak toplumun çıkarını gerçekleştirecekleri varsayılmaktaydı.¹⁴ Bununla birlikte, bu şekli eşitlik ve özgürlük anlayışı çerçevesinde hedeflenen sonuç ortaya çıkamamıştır.

İhmal edilen boyut, bireyin kimi haklarını kullanabilmesi için devletin müdahalesini gerekli kılan alanların gerekliliği idi. Bireyin diğer bireylerle, toplumla ve devletle karşı karşıya geldiği alanlarda haklarını kullanabilmesi için yapılması gereken düzenlemeler, yaratılması gereken kurum ve mekanizmalar için devletin aktif müdahalesine ihtiyaç duyulacaktı.¹⁵

Sosyal haklar, ağır sosyo-ekonomik koşullar sonucu ortaya çıkan kitlesel eylemler çerçevesinde belirmiştir. Sanayi Devrimi sonucunda eski üretim biçimleri ortadan kalkmış, makineleşme ile birlikte tarımla uğraşanlar işsiz kalmış, zanaatkarlar iflas etmiş ve kentlere yoğun göçler başlamıştır. Kentlere yığılan bu kişiler, zamanla yeni üretim araçlarının bulunduğu fabrikalardaki ucuz işgücünü oluşturmuştur. 19. yüzyıldaki işçi hareketlerine dek, yaşlarına ve cinsiyetlerine bakılmaksızın sağlıksız koşullarda ve ağır işlerde 16-17 saat boyunca patron gözetiminde çalıştırılan kişilerin iş dışı yaşamları da iş ahlakı, verimlilik ve patrona sadakat gerekçesiyle kontrol edilmekteydi. İş güvencesi, iş ve işçi sağlığı, emeklilik, sosyal güvenlik gibi konulardan söz etme olanağı yoktu.¹⁶

Başlangıçta makineleri sorumlu tutarak onlara saldıran işçi sınıfının tepkisini siyasallaştırması, işçi sınıfının, oy hakkı, sendika kurma hakkı, grev hakkı, düzenli ücret hakkı, sağlıklı koşullarda ve belirli sürelerde çalışma hakkı, izin hakkı gibi hakları elde etmelerini sağlamıştır. Sosyalist nitelikli hareketler karşısında kapitalist üretim tarzının sürdürülebilmesi açısından devlet, toplumsal talepler doğrultusunda bu hakları içeren yasal düzenlemelerle toplumsal çatışmaları dengede tutma işlevini üstlenmiştir.

¹³ Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul: Legal Yay., 2010, s.112-113.

¹⁴ Norman Barry, “The Tradition of Spontaneous Order”, **Literature of Liberty**, (2), 1982, s.7-11.

¹⁵ Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2014, s. 28.

¹⁶ İlkel birikim” ya da “vahşi kapitalizm” çağı olarak adlandırılan bu dönem J. Steinbeck’in “Fareler ve İnsanlar”ı, V. Hugo’nun “Sefiller”i gibi sayısız romana ve filme konu olmuştur.

Bu bağlamda, sosyal haklar, klasik hakların hem yetersiz hem de bazı koşullar yerine getirilmediği zaman geçersiz olduğu yolundaki eleştirilerin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Medeni ve siyasi hakların ortaya çıkışında etkili olan liberal düşünce, sonuç olarak insan haklarının geliştirilmesi noktasında tutuk kalmıştır. Bu noktada kendisine yönelik en güçlü eleştiri Marksizm'den gelmiştir. Klasik Marksist görüş, insan hakları konusunda “biçimsel özgürlükler” ve “gerçek özgürlükler” ayrımına gitmiştir.¹⁷ Bu bakış açısı, medeni ve siyasi hakların liberalizmin özgürlükleri olduğunu ve ancak soyut olarak düzenlendiğini düşünmektedir. Var olan eşitsizlik ortamında bireyin kurtuluşun gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır. Başlangıçta bu şekilde hareket eden Marksizm'in içinden daha sonra klasik hakların, sosyal haklarla desteklenmesi eğilimi de belirmiştir. Bu yönde insan haklarına daha geniş ve somut bir içerik kazandırmak için yoğun entelektüel ve politik çalışmalar sonucu, sosyal haklar insan haklarının bir parçası haline gelmiştir.

Bu çerçevede T.H. Marshall'ın Batı literatüründe yurttaşlık haklarının hangi sıra ile tarih sahnesine çıktıkları konusunda sıklıkla başvurulan tasviri de hatırlanabilecektir. Marshall yurttaşlık haklarının gelişiminde üç aşama belirler: 18.yüzyılda medeni ve siyasi haklar, 19.yüzyılda siyasi haklar; 20.yüzyılda sosyal haklar ortaya çıkmıştır. Medeni haklar, kişi özgürlüğü, düşünce ve inanç özgürlüğü, mülk edinme özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, adalete erişim hakkı gibi bireysel özgürlük için gerekli olan haklardan oluşur. Siyasal haklar, siyasal katılım haklarıdır. Sosyal haklar ise, ekonomik refah ve güvenliğe sahip olma hakkından, sosyal mirastan pay alma hakkına kadar uzanan geniş bir haklar dizisini ifade eder.¹⁸ Sosyal hakların eklenmesi ile yurttaş hakları zinciri tamamlanmıştır. Marshall'a göre refah, sanayi ve toplumun gelişmesi kadar buna paralel olarak ilerleyen yurttaşlık haklarının gelişmesinin de sonucudur.¹⁹

Marshall sosyal hakları, bireylerin sınıfsal konumlarından bağımsız, eşit vatandaşlık statüsü temelinde tanımlanan haklar olarak ele almaktadır. Bunun için de, sosyal hakların temelini oluşturan eşit vatandaşlık statüsünün, kapitalist toplumu belirleyen sınıfsal eşitsizliklerin bireylerin hayatındaki önemini azaltan bir nitelik taşıdığına değinir.

Marshall'ın tasnifi demokratik yurttaşlığın gelişim süreci hakkında fikir vermekte, bunun yanı sıra medeni ve siyasi hakların, bireyin sosyoekonomik güvencesini garantiye alarak

¹⁷ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku-1**, İstanbul: İmge Yayınları, İstanbul, 2013, s. 277 vd.

¹⁸ T.H. Marshall, (1949) “Yurttaşlık ve Sosyal Sınıf”, **Sosyal Politika Yazıları**, (Ed. Ayşe Buğra, Çağlar Keyder), İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, s.20, 21.

¹⁹ Anthony Giddens, **Sosyoloji**, (Ed. Cemal Güzel), İstanbul: Kırmızı Yay., 2008, s.412.

kimseye muhtaç olmadan yaşamasını sağlayan sosyal haklar olmadan işlerlik kazanamayacağını vurgulamaktadır.

Sosyal Devletin Geçirdiği Dönüşüm ve Günümüzde Sosyal Haklar

Sosyal hakların gerçekleşme alanı olarak sosyal devlet, makine tekniği, sermaye birikimi ve rasyonel çalışma şartlarından oluşan bir iktisat sistemine, hakların ekonomik varlık koşullarından bağımsız olarak eşitlik ilkesi doğrultusunda sağlanması gerektiği temelinde örgütlenen bir toplum sistemine, herkese eşit olanaklar sunulmasını garanti eden bir eğitim ve öğretim sistemini simgeleyen kültür sistemine, endüstri toplumunun her bireyinin ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını sağlamak üzere oluşturulmuş idari mekanizmaya sahip, başka bir deyişle liberal “laissez faire, laissez aller” ilkesini temsil eden serbest piyasa ekonomisi koşullarından bağımsız olarak toplumdaki zayıf sınıf ve grupların korunmasına yönelik devlet sistemini temsil eder.²⁰ Diğer bir tanımıyla sosyal devlet, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamaya yönelik olarak ekonomik hayata aktif müdahalede bulunan, devletin görevlerini dışa karşı savunma ve içerde güvenlik sağlama ile sınırlayan liberal jandarma devletten farklı olarak faaliyet gösteren refah devletini simgeler.²¹

Sosyal devleti gerçekleştirmek adına ise karşılaştırmalı hukukta benzer yöntemlerin tercih edildiğini söylemek mümkündür. Sosyal hakları açıkça sayma yoluna gitme ya da bunların yanında veya dışında sosyal devlet/sosyal adalet ilkelerine anayasada yer verme; sosyal devleti gerçekleştirme amacına yönelik program ya da hedef kurallar belirleme; devlete açıkça yetki veren ya da ödev yükleyen kurallar tespit etme bu yöntemlere örnek olarak gösterilebilir.²²

Sosyal devletin ayırt edici özelliği, eşitsizliğin, yoksulluğun, sosyal adaletsizliğin, insan hak ve özgürlükleri merkezinde çözümlenmesinin amaçlanması ve bu amaca yönelik kurumsallaşmış politikalar oluşturulmasıdır. Modern devlet, 18. yüzyıla kadar koruyucu devlet formunda ekonomik ve sosyal alana müdahale etmekteydi. Koruyucu devlet, uygulanan sosyal politikalar ile aşırı yoksulluğun ve kitlesel isyanların önüne geçiyordu. Zira yoksulluk, kapitalizmin ortaya çıktığı 16. yüzyıldan beri varolan bir sorundur ve bu kesime yönelik devlet yardımları da modern sosyal politikanın öncül uygulamalarıdır. Ancak bu politikaların maddi

²⁰ Ernst Rudolf Huber, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, (Çev. Tuğrul Ansay), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3185.pdf>, E.T. 11.12.2016

²¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yay., 2018, s.135.

²² Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, 2008, s.200.

eşitliği, sosyal adaleti sağlamak gibi bir hedefleri yoktur. Hayırseverlik ve gönüllülük gibi unsurlar öne çıkmaktadır.²³ Geçmişte sosyal politika tartışmalarının temelinde yoksullukla mücadele geniş yer tutarken, vatandaşlık haklarının gelişiminin son aşaması olarak sosyal hakların ortaya çıkmasıyla, sosyal hizmetlerin herkes açısından erişilebilir olması anlayışı öne çıkmıştır.²⁴

İnsan haklarının evrensel düzeyde ve tam anlamıyla korunması ve teşvikinde devletin oynayacağı rol, her bir hakka ilişkin tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesidir. Ne var ki seksenli yıllardan itibaren egemen olan neoliberal söylem ve pratik, devletin ekonomik ve sosyal hayattaki rolünü minimize etmeyi hedeflemiş ve bu büyük ölçüde gerçekleştirmiştir. 1980’lerden itibaren kendini güçlü bir biçimde hissettiren neo-liberal politikalar, refah devletlerini krize sokmuştur. Bu nedenle, günümüzde, ekonomik-sosyal hakları doğrudan ilgilendiren konularda devletin etkinlik düzeyi giderek azalmaktadır. Örneğin, sağlık hizmetlerinin, eğitim sisteminin, hatta güvenlik hizmetlerinin, hapisanelerin, özelleştirme ve taşeronlaşma gibi olgular neticesinde piyasa koşullarına terk edilmesi ve devletin bu alanlardan elini çekmesi, devletin doğrudan müdahale olanaklarını ortadan kaldırmakta, böylece hakkı koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerinin önemini daha belirgin kılmaktadır.²⁵ Günümüzde sosyal devletin yeni bir anlayışla, bütün bu ortaya çıkan gelişmelere ve sorunlara cevap verebilecek nitelikte yeniden yapılandırılması, sosyal devletin ayakta kalmasının ön koşulu haline gelmiştir.²⁶

Küreselleşme sürecinin bugünkü boyutları, ekonomik, teknolojik, siyasal alanlardaki sonuçlar gibi, küresel, bölgesel, ulusal ve bireysel düzeylerde olmak üzere birçok alan ve düzeyde çeşitli eşitsizliklerle karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşme, bölgesel eşitsizlikleri arttıran ve derinleştiren, küresel düzeyde çevresel sorunları genişleten, emeğin statüsünü düşüren, sektörlerin “kadınlaşmasına” yol açan, eve iş verme sistemini yaygınlaştıran, enformel sektörü büyüten, geçici çalışma, standart dışı çalışma biçimlerini yaygınlaştıran, kısacası emek açısından kazanılmış sosyal hak taleplerinden geri adım atılmasına yol açan bir olgudur.²⁷

Yaşamakta olduğumuz neoliberal süreç, sosyal hakların amaç ve içeriklerinin gözden geçirilmesini, mevcut normların daha etkili mekanizmalarla denetlenmesini ve küresel

²³ Ayşe Buğra, **Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika**, İstanbul: İletişim Yay., 2008, s. 9-12.

²⁴ A. Buğra, a.g.e., s. 66.

²⁵ Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, 2003, s. 49

²⁶ Şebnem Gökçeoğlu Balcı, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Ankara: Dost Yay., 2007, s.50.

²⁷ Meryem Koray, Hülya Alev, “Yoksulluk ve Yoksunluk Konusunda Bütünlükçü Bir İnsan Hakları Yaklaşımının Gerekliği”, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ankara: TODAİE Yay., 2002, s.447.

dinamiklerin ortaya çıkardığı yeni ihtiyaçları karşılayacak düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Klasik anlamda sosyal haklar anlayışı, günümüzün karmaşık toplumsal sorunlarını karşılamada yetersiz kalmaktadır. 21. yüzyılda işgücü piyasasının geçirdiği büyük değişimle Keynesyen refah devletinin krize girmesi ve tam istihdam hedefine ulaşamayacağını anlaşılmıyla birlikte, çalışma odaklı bir sosyal hak anlayışının ihtiyaçlara cevap vermeyeceği ileri sürülmeye başlanmıştır.

Çağdaş dünyadaki küreselleşme dalgası, devlet ve devletin tüm kurumlarını sosyal devlet penceresinden bakmak yerine kuralsızlaşma penceresinden bakmaya zorlamaktadır.²⁸ Oysa ki; sosyal devlet anlayışının günümüz yorumları, yeni liberal düzenle optimum noktada uzlaşmış insan hakları sentezini gerekli kılmaktadır. Küreselleşme amaç ve araçlarınca zorunlu olarak sağlanacak bu uyum ve mücadele ister istemez hem ulusal hem uluslararası ve uluslar üstü ve hem de yargısal mekanlarda verilecektir.²⁹

Sosyal hakların güvence altına alınması ve herkesin insan haklarından tam ve eşit olarak yararlanmasının sağlanması için yaşanan sürecin doğru değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁰ Küreselleşmeyi; piyasa gerekleri ve tam rekabet şartları yönünde evrilmekten öte, insan haklarının gerçekleştirilmesini sağlamak için denetlemek ve biçimlendirmek şarttır. Bu süreci yalnızca piyasanın gerekleri doğrultusunda değil, insan haklarının gerçekleştirilmesi bakımından da biçimlendirmek gerekmektedir.³¹ Bu bakımdan, küreselleşen sadece ekonomik politikalar değildir; sosyal politikaların küreselleşmesi için yürütülen çalışmaların ve sosyal haklara ilişkin küreselleşen sivil hareketlerin varlığı, hakların hukuki statüsünü güçlendirme yolunda önemli katkılar sağlamaktadır.

Küreselleşme olgusunun insan hakları ayağı bağlamında ise ortaya çıkan sosyal hakların gerçekleşmesinin sağlanmasında gittikçe artan uluslararası yardım ve işbirliği ile “küresel sosyal haklar” anlayışına duyulan ihtiyaç ve ekonomide, sosyal politikalarda ihmal edilen “insani kalkınma” kavramının önem kazanması; yine küreselleşme dalgası ile beliren “yeni yoksulluk” ve “sosyal dışlanma” kavramları, bu kavramlara yönelik yeni hak taleplerini ve yeni bir “sosyal devlet” ve “sosyal haklar” anlayışı tartışmalarını gündeme getirmiş; sosyal hakların ulusal ve uluslararası korunması, geliştirilmesi ayrı bir önem kazanmıştır.

²⁸ Z. Gönül Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s. 236.

²⁹ Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı** 20/2002, Ankara, 2002, s. 281

³⁰ O. Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, s. 266

³¹ O. Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, s. 281

BM, 1997 Kalkınma Raporuyla birlikte, hem yoksulluğun tanımında, hem de yoksulluğa yaklaşımda daha geniş bir perspektif kazanılmıştır. Tüm çağların en büyük sorunlarından biri olan yoksulluk kavramına artık sadece geçim olanaklarının yetersizliği gibi ekonomik bir yoksunluk perspektifinden bakılmamakta (mutlak yoksulluk); yoksulluğun gelir düzeyiyle sınırlı tanımları reddedilmekte ve yoksulluk “yapabilirlik” kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir (göreceli yoksulluk).³² Bu çerçevede bireyin siyasal özgürlükler, toplumsal yaşama katılma olanakları, güvenlik ve çevresel dengeler açısından karşılaştığı yetersizlikleri de yoksulluk kavramı bağlamında düşünülmektedir. Daha doğrusu, yoksulluk kavramını daha geniş bir anlam ifade eden “yoksunluk” kavramı içinde ve onunla birlikte değerlendirilmektedir. Çok zaman da, zaten insan haklarından, demokratik haklardan yoksunluk, yoksullukla birlikte var olmaktadır.

Bugün artık bir “insan hakkı ihlali” olarak kabul edilen yoksulluk, hem teorik hem de pozitif hukuka ilişkin tartışmalarda “sosyal dışlanmayla mücadele” ve “sosyal içerme” kavramları ile birlikte değerlendirilmektedir.³³ Sosyal dışlanma, bireyin toplumla bütünleşmesini ve kendi geleceğini oluşturmada fırsatlara tam olarak erişimini sağlayan temel gereksinimlerden yoksun kalması, dayanışmanın zayıflaması ve hatta ortadan kalkması, toplumla bağlarının kopması, temel yurttaşlık haklarından yoksun bırakılma durum ve süreçleridir. Kısaca, bireylerin topluma katılabilmesini engelleyen toplumsal süreçler olarak da tanımlanabilir.

Sosyal dışlanma, yoksunluğa neden olan kurumsal mekanizmaları, ilişkileri ve sonuçları da içeren dinamik bir süreçtir. Yoksulluğun, ayrımcılığın ve diğer dezavantajların nedenlerini ve etkilerini kapsar. Hem yoksulluğa hem de bunu ortaya çıkaran süreçlere odaklanmıştır. Sosyal dışlanma yaklaşımı, insanların farklı etkinliklerden aynı anda yoksun olduğunu öne sürer ve yoksunluğun politik, ekonomik, kültürel ve sembolik boyutları ile ilgilenir. Bu nedenle çok boyutlu yoksunluğa dikkat çekerek ve yoksulluğu sadece ekonomik değil, toplumsal, kültürel ve politik bir sorun olarak ortaya koyar.³⁴ Bu anlamda ele alındığında sosyal dışlanma,

³² Göreceli yoksulluk herkesin veya her toplumun kendisine uygun bir biçimde kabul edeceği bir yoksulluk kavramıdır. Temel gereksinimlerini mutlak olarak karşılayabilen, ancak kişisel kaynakların yetersizliği yüzünden toplumun genel refah düzeyinin altında kalanları kapsamaktadır. Göreceli yoksulluk, kişinin kendisini biyolojik olarak değil, toplumsal olarak yeniden üretebilmesi için gerekli yaşam düzeyinin saptanmasını içermektedir. Bkz. Fikret Şenses, **Küreselleşmenin Öteki Yüzü Yoksulluk**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s.91; Amartya Sen, **Özgürlükle Kalkınma**, (Çev. Y. Alogan), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2004, s.21.

³³ Bkz. T. Atkinson, **Social Indicators: The EU and Social Exclusion**, Oxford: Oxford University Press, 2002; **Social Rights in Europe**, (Ed. G. de Burca, B. de White), Oxford: Oxford University Press, 2005.

³⁴ L. Demet Yuncu, “İki Yoksulluk Yaklaşımı A. Sen’in Yapabilirlikten Yoksunluk Teorisi ve Toplumsal Dışlanma Çerçevesinin Karşılaştırması” **Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu**, Araştırma Raporu, İstanbul, Aralık 2005, s.16.

bireyin kendi geleceğini oluşturmada fırsatlara tam olarak erişimini engelleyen temel gereksinimlerden yoksunluk; bireyin toplumla olan bağlarının kopması; sivil, siyasal, ekonomik ve sosyal yurttaşlık³⁵ haklarından yoksun olma-bırakılma durum ve süreçleri olarak tanımlanabilir.³⁶

Bu çerçevede sosyal içerme (social inclusion) de, hem gelir düzeyleri toplum ortalamasının çok altında olduğu için, hem de etnik veya dini kökenleri, toplumsal cinsiyetleri, eğitim durumları, fiziksel veya zihinsel engelleri dolayısıyla topluma eşit vatandaşlar olarak katılmakta zorluk çeken insanların durumunu kurumsal düzenlemeler yoluyla çözmeye yönelik bir amaç olarak ifade edilebilecektir. Burada söz konusu olan, sadece istihdam olanakları yaratmak veya insanlara fırsat eşitliği tanımak değil. Söz konusu olan, kendi özellikleri nedeniyle, bu olanak ve fırsatlardan herkes gibi yararlanamayanların durumunda, *eşit vatandaşlık* kavramının içini doldurmaya yönelik, siyasi iradeyle alınmış bir kurumsal önlemler bütünüdür. Başka bir ifadeyle, bu önlemlerin, farklı insanların sahip oldukları hakları, Amartya Sen'in deyişiyle, yapabilirliklere dönüşme konusunda eşit olanaklara sahip olmadıkları gerçeğinin topluma eşit koşullarda katılma hakkını ortadan kaldırmaması gerektiği fikri temelinde biçimlendiklerini söyleyebiliriz.³⁷

Bunun gibi, mahrumiyetin giderilmesi konusunda geniş ve tüm insan haklarını içine alan bütünlükçü bir “insan hakları” yaklaşımını benimsemiş ve yoksulluğu, insan haklarının ihlali olarak tanımlamıştır.^{38 39}

19. yüzyıl Avrupa'sında işçiler yoksuldu, 20. yüzyılın son çeyreği ve 21. yüzyılda ise Avrupa'da işçilerin bir bölümü hala yoksul olmakla birlikte, yoksulların önemli bir bölümü işsiz ve marjinal gruplardan oluşmaktadır. Tam istihdamın artık olanaklı olmadığı ileri

³⁵ Marshall tarafından geliştirilen ve sosyal haklara sahip olmayı ifade eden sosyal yurttaşlık kavramı için bkz. T.H. Marshall, (1949) “Yurttaşlık ve Sosyal Sınıf”, **Sosyal Politika Yazıları**, (Ed. Ayşe Buğra, Çağlar Keyder), İstanbul: İletişim Yayınları, 2018.

³⁶ Faruk Sapanca, **Sosyal Dışlanma**, İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, 2005, s.28.

³⁷ Ayşe Buğra, “Yoksulluk ve Sosyal Haklar”, **Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu**, İstanbul, Aralık 2005, s.10.

³⁸ James Gustave Speth, “Poverty: A Denial of Human Life”, Journal of International Affairs, Vol. 52, No.1, Autumn 1998, s.277. BM'nin yanı sıra, OECD, Dünya Bankası gibi uluslararası örgütlenmelerin de bugün yoksulluk ve küresel eşitsizlikler konusuna daha çok eğildikleri, en azından daha geniş bir yaklaşım benimsedikleri söylenebilir. Örneğin, 1990 sonrasında bu konulara eğilen Dünya Bankası'nın son olarak hazırladığı rapor, “Attacking Poverty” adını taşımakta ve bu raporla Dünya Bankası yoksullukla mücadeleyi kendi uğraş konuları içine almış görünmektedir. Bkz. World Bank, World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty, World Bank, Washington, 2001.

³⁹ Meryem Koray, Hülya Alev, “Yoksulluk ve Yoksunluk Konusunda Bütünlükçü Bir İnsan Hakları Yaklaşımının Gerekliği”, TODAİE Yay., Ankara, s.453.

sürülmektedir.⁴⁰ İşte bu dönüşüm, hukuk sistemlerinde de değişimi zorunlu kılmıştır. Sosyal güvenlik hakkı, klasik haliyle yoksulları korumada yetersiz kalmıştır. Yoksullar, yalnızca toplumun değil hukuk sisteminin de dışında kalmışlardır.⁴¹ Bütün bu gelişmeler, sosyal hakları da dönüşüme uğratmış ve sosyal içerme kavramı ile birlikte kavramsallaşmasını sağlamıştır.

Bu çerçevede, yoksulların ve dışlanmışların sosyal haklarının ayrı ve bağımsız bir sosyal hak olarak düzenlenmesi de gerekmiştir. İşte bu hak, 1.Bölüm’de detaylı olarak değineceğimiz, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 30. maddesinde “yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkı” şeklinde, sosyal haklar katalogunda yerini almıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 30. maddesi uyarınca: Akit taraflar, sosyal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; - sosyal dışlanma ve yoksulluk durumunda yaşayan ya da bu duruma düşme tehlikesinde olan kişilerin ve ailelerinin, özellikle istihdam, konut, eğitim, mesleki eğitim (formasyon), kültür, sosyal ve tıbbi yardım olanaklarına fiilen ulaşmalarını sağlayacak bütüncül ve eşgüdümlü bir yaklaşım çerçevesinde önlemler almayı; - bu önlemleri, uyarlanmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde gözden geçirmeyi; taahhüt ederler.

Çalışmamızda sosyal haklar, geçirdiği dönüşüm ile birlikte, bu yeni eşitlik perspektifinden, toplumun “tutunamayan”, dezavantajlı ve kırılgan gruplarının haklarını da kapsayacak şekilde ele alınacaktır.

Öncelikle, insanı sosyo-ekonomik koşulları içinde ele alan sosyal hakların önemi anlaşılmalı ve gerçek değerinin verilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, küresel düzeydeki ekonomiyi insan haklarını bir bütün olarak kabul eden küresel bir hukuk (insan hakları) sistemi içine alabilmek son derece önem arz etmektedir.

Sonuç olarak, günümüzün toplumsal sorunları çeşitlenmiş ama aynı zamanda şekil değiştirmiştir. Buna rağmen, var oluşumuzdaki kaygı değişmemiştir: İnsanın, insan olmaktan kaynaklanan toplumsal doğası ve toplum halinde yaşamanın gerekli kıldığı dayanışma ve sosyal adalet çerçevesinde, kişinin onurlu ve anlamlı bir hayat yaşama mücadelesi.⁴² Bütün bu olumsuz tablo içerisinde, insanı “araçsallaştırılmaktan” çıkaracak, insan onuruna yakışır bir

⁴⁰ Bkz. André Gorz, **İktisadi Aklın Eleştirisi**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları (Çev. Işık Ergüden), 1995; André Gorz, **Yaşadığımız Sefalet**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları (Çev. Nilgün Tural), 2001.

⁴¹ Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 118, 2013, s.250.

⁴² Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2014, s.12.

yaşam standardını güvence altına alacak olan sosyal haklara şimdi her zamankinden daha çok ihtiyacımız var.

Sosyal Hakların Yargısallaştırılmasına Yönelik İtirazlar ve Bunların Aşılması

Sosyal hakların insan haklarının bir parçası olduğunu ileri sürmek günümüzde pek çok açıdan tartışmalara yol açmaktadır. Küreselleşme olgusuyla birlikte, devletin rolünün azaltılması ve toplumsal ihtiyaçların piyasalar tarafından karşılanması yönünde bir eğilim yaygınlık kazanmasının sonucu tüm dünyada eşitsizlik ve yoksulluk, yoksunluk baş göstermiş iken insan hakları temelinde bunun yansıması, sosyal hakların ikincilleştirilmesi ve hatta inkar edilmesidir. Her ne kadar insan hakları hukuku ve uluslararası belgeler insan haklarının bölünmezliğini ortaya koysa da uygulamada sosyal haklar göz ardı edilmekte ve korumaya değer, yargı önünde talep edilebilir haklar olarak görülmemektedir.

Sosyal hakların ilk kuşak haklar olarak kabul edilen medeni ve siyasi haklardan farklı nitelikte olduğu ve bu haklar gibi hukuken ileri sürülebilir olmadığı iddia edilmektedir. Oysa, medeni ve siyasi haklar alanında, söz konusu hakkın yaşama geçirilmesinde devletin pozitif yükümlülükleri ön plana çıksa da ya da bütçeden kaynak aktarımını gerektirse de, dava edilemezlik gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. İnsan haklarının bu şekilde bir ayrıştırmaya tabi tutulmasının sonucu, insan hakları kavramının içeriğinin boşaltılması, bulanıklaştırılması ve hakların etkin şekilde korunamamasıdır.

İnsan hakları alanındaki sınıflandırmalar, kategoriler belli bir amaçla ve odakla yapılmış olsalar da, insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmez karakteri söz konusu yapay ayrımların sınırlarını zorlamakta, onları geçersiz kılmaktadır. İnsan haklarının gerçek anlamda korunması ve geliştirilmesi, ancak insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği fikrinin benimsenmesiyle gerçekleştirilebilecektir. Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı'nda da vurgulandığı üzere, "Tüm insan hakları evrenseldir, birbirinden ayrılamaz, karşılıklı bağımlıdır ve sıkı biçimde birbirine bağlıdır. Uluslararası topluluk, insan haklarını global olarak, hakça ve dengeli biçimde, eşitlik temelinde ve onlara aynı önemi vererek ele almalıdır. Ulusal ve bölgesel özelliklerin önemini ve tarihsel, kültürel ve dinsel çeşitliliği gözden kaçırmamak uygun ise de, siyasal, ekonomik ve kültürel sistem ne olursa olsun, tüm insan haklarını geliştirmek ve tüm temel özgürlükleri korumak devletlerin ödevidir (para. 5)."

İnsan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı olarak birbirine bağımlılığı ilkelerine karşın, insan onurunun korunmasında yaşamsal önemi olan sosyal hakların yargısallaştırılması konusu,

bu hakların ortaya çıkışından beri tartışılmaktadır.⁴³ Küreselleşme olgusuyla da birlikte, devletin rolünün azaltılması ve toplumsal ihtiyaçların piyasaların insafına bırakılması eğilimi karşısında tüm dünyada eşitsizlik, ciddi boyutlarda yoksulluk, yoksunluk ve sosyal dışlanma baş göstermiştir. İnsan hakları alanında bunun yansıması, sosyal hakların ikincilleştirilmesi ve hatta yok sayılmasıdır. Her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası belgeler “insan haklarının bölünmezliğini” ortaya koysa da uygulamada sosyal haklar hala “insan haklarının Külkedisi”dir⁴⁴ ve yargı önünde talep edilebilir haklar olarak görülmemektedir.

Çalışmanın temel argümanı, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” çerçevesinde sosyal hakların anayasal düzeyde dava edilebileceği ama bu süreçte yargının anayasal çerçevesi ve görevlerini aşmayarak bir çözüm yeri gibi davranmaması gerektiği düşüncesidir.

Sosyal hakların yargısallaştırılmasına karşı gerek öğretide gerekse uygulamada ileri sürülen itirazları şu şekilde özetleyebiliriz: 1) İlk etapta, sosyal hakların özü itibarıyla medeni ve siyasi haklardan farklı oldukları; bu hakların “temel, evrensel⁴⁵ ve hukuksal açıdan açıkça tanımlanabilir ve belirli” olmadıkları⁴⁶, devlete pozitif yükümlülükler yüklemeleri bakımından gerçek hak niteliğinde olmadıkları belirtilmiştir. Bu bağlamda, liberal hak öğretisinin sosyal haklara yönelik eleştirileri⁴⁷ akla gelmektedir. 2) Yargının sosyal haklar konusunda aktif rol alması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmuştur. Bunun “jüristokrasiye” yol açabileceği; kıt kaynakların nasıl tahsis edileceğinin mahkemeler tarafından belirlenmesinin *yetki gaspı* anlamına geleceği ifade edilmiştir. 3) Sosyal haklara ilişkin konuların son derece teknik ve mali konular oldukları; mahkemelerin bu konuda yeterli bilgisinin ve deneyiminin olmadığı ileri sürülmüştür.

⁴³ Şunu da belirtmek gerekir ki, sosyal hakların negatif boyutunun yargı önünde korunması pozitif boyutuna göre daha az tartışmalıdır. Bu çalışmada da “olumlu edim gerektiren” sosyal haklara ilişkin yargısal tutum ve tartışmalar ele alınacaktır.

⁴⁴ Virginia Mantouvalou, “The Case for Social Rights”, **Debating Social Rights**, (Ed. Conor Gearty and Virginia Mantouvalou), Oxford: Hart Publishing, 2010, s.6.

⁴⁵ Örneğin, bu görüşü temsil eden yazarlardan Hayek’e göre, “Köylülere, Eskimolara ve hatta Himalaya’nın Kar Adamı’na ‘ücretli periyodik tatil’i garanti eden bir ‘evrensel hak’ anlayışı tümüyle saçmalaktır.” Bkz. Friedrich A. Hayek, **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı**, (Çev. M. Erdoğan), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayını, 1995, s.145. O. Uygun ise bu görüşü haklı olarak şu şekilde eleştirir: “Birinci kuşak hakların diğerlerine üstün olduğu iddiası, sınıfsal bir tercihin izlerini taşıyor. Yoksul bir insan için beslenme, barınma, sağlık ve çalışma hakları gibi sosyal haklar, birinci kuşak haklar kadar önemlidir. Bu yöndeki gereksinimlerin karşılanamaması, düşünce ya da örgütlenme özgürlüğünün reddedilmesi kadar insan onurunu zedeler. Ayrıca, küçümsenerek söz edilen ücretli periyodik tatil hakkının, 19. yüzyıl vahşi kapitalizminin ağır çalışma koşullarının insan onuruna yönelttiği büyük tehdidi önlemek için formüle edildiği unutulmamalıdır.” Bkz. Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Devletin Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2011, s.258.

⁴⁶ David Beetham, **Demokrasi ve İnsan Hakları**, (Çev. Bilal Canatan), Ankara: Liberte Yay., 2006, s.198.

⁴⁷ Detaylı bir inceleme olarak bkz. O. Uygun, “Küreselleşme ve Devletin Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, s.258.

Söz konusu iddiaların geçersizliği, bugün gerek öğreti gerekse ulusal üstü insan hakları anlayışı ve uygulamaları ile karşılaştırmalı anayasa yargısı bakımından ortaya konulmuş durumdadır. Kısaca değerlendirmek gerekirse; öncelikle, sosyal hakların “insan hakkı” niteliğinde olduğu bugün tartışmasız bir gerçekliktir. Sosyal haklar, en başta İHEB olmak üzere, BM’nin Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, ILO sözleşmeleri, ASŞ gibi pek çok ulusal üstü insan hakları belgelerinde ve birçok anayasada düzenlenmiş; söz konusu kurumların yargısal ve yarı-yargısal nitelikteki organları aracılığıyla da içerikleri belirlenmeye çalışılmış, bir anlamda pozitifleştirilmiştir. Pek çok sosyal hakkın içeriğinin medeni ve siyasi haklara göre daha az tanımlanmış olması, bu hakların niteliğinden kaynaklı olmayıp esasen yargılama sürecinin dışında bırakılmış olduklarının bir yansımasıdır.⁴⁸

Sosyal hakların özü itibarıyla belirsiz, değişken ve muğlak olduğu, içeriğinin tanımlanabilir olmadığı; medeni ve siyasi haklar gerçekleştirilebilmeleri bakımından açık ve belirli bir rehberlik sağlarken sosyal hakların yalnızca politik hedef ve temenniler olarak kalmaları, buna bağlı olarak yargısallaştırılamadıkları iddiaları bu bakımdan çürütülmüştür. Ayrıca, pek çok medeni ve siyasi hak, örneğin; yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı da soyut ve yoruma açık şekilde formüle edilmiştir.⁴⁹ Ancak bu olgu, söz konusu hakların “gerçek haklar” olmadığı ve yargılama konusu yapılamayacağı şeklinde bir yorum ve sonuca yol açmamıştır. Aksine, bu hakların içerik ve sınırlarının belirlenebilmesi için süregiden ulusal ve uluslararası alanda, farklı mekanizma, düzenleme ve organlar aracılığıyla, içtihadi ve doktrinel bir hukuki çabayı yaratmıştır. Esasen bütün inan hakları açısından düzenleniş biçimlerinin “ucu açık” olmasının⁵⁰ olumlu ve gerekli bir özellik olduğu belirtilebilir; çünkü böylelikle mahkemeler hakları somut olaylara ve farklı koşullara göre yorumlayıp somutlaştırabilirler, ki esasen bu da onların temel işlevlerindendir.⁵¹

Bu bakımdan, farklı anayasal sistemlerde yer alan başvuru yollarının çeşitliliği ve erişilebilirliği, sadece metinsel düzeyde ya da lafzi bir mesele olmayıp, esasen yargı yerlerinin belirsiz, soyut normatif değerler sistemini anlamlandırma, içerik kazandırma konusundaki çaba

⁴⁸ Sandra Liebenberg, “Social and Economic Rights”, **Constitutional Law of South Africa**, (Ed. M. Chaskalson), Cape Town; Juta, 1996, s. 41.

⁴⁹ Aoife Nolan, Bruce Porter, Malcolm Langford, “The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal” **CHRGJ Working Paper**, No: 15, 2007, s. 9.

⁵⁰ Bu yönde görüşler için bkz. Herbert Lionel Adolphus Hart, **The Concept of Law**, (Ed. J. Raz & P. Bulloch), Oxford: Oxford University Press, 1994, Chapter VII.

⁵¹ Malcolm Langford, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008, s. 30.

ve rollerinin bir yansımasıdır. *Carmichele v Minister of Safety and Security*⁵² kararında, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi şunu vurgulamıştır: “Anayasamız sadece kamu gücünün kullanılmasını düzenleyen resmi bir belge değildir; aynı zamanda, tıpkı Almanya Anayasası’nda olduğu gibi, objektif, normatif bir değer sistemini de bünyesinde barındırır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere, ‘AYM içtihatları, sürekli olarak yalnızca bireyler için talep edilebilir sübjektif hakları gerçekleştirmez; aynı zamanda yasama-yürütme ve yargıyı da harekete geçiren ve rehber ilke olarak rol oynayan, hukukun bütün alanları için temel anayasal değer olarak, objektif değer sistemini de içerir.’ Aynı durum, bizim Anayasamız için de geçerlidir.”

Bu bakımdan Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, sosyal hakların sadece kağıt üzerinde yazılı olarak var olamayacağını; mahkemelerin onları Anayasal olarak korumak ve geliştirmekle yükümlü olduklarını ifade etmiştir.⁵³

Sosyal hakların devlete pozitif yükümlülük yüklediği, “maliyetli” olduğu, medeni ve siyasal hakların devlet gücünü sınırlandırırken sosyal hakların devlet müdahalesini arttırarak hak kavramına zarar verdiği şeklindeki “negatif özgürlük” anlayışı da bugün artık geçerliliğini yitirmiştir. Çağdaş insan hakları anlayışı, bütün hakların devlete olumlu ve olumsuz yükümlülüklerin bir kombinasyonunu değişen derecelerde kaynak tahsisini gerekli kılar.⁵⁴ Medeni ve siyasal hakların devletin pek çok olumlu yükümlülüğünü içinde barındırdığı gibi sosyal hakların da olumsuz yükümlülükler doğurabileceği de çok sayıda uluslararası, bölgesel ve ulusal yargı organlarının kabul edilmiştir. Örneğin, “oy kullanma hakkı” ve “adil yargılanma hakkı” gibi medeni ve siyasal haklar da “maliyetli” olabilmektedir.⁵⁵ Ancak bu harcama sorgulanmaz ve “görünmez.”⁵⁶ Öte yandan, sosyal haklar alanındaki pek çok olumlu edim, daha uzun bir süreçte değerlendirildiğinde pek bir maliyet doğurmayabilir ya da devleti ileride daha büyük harcamalar yapmaktan koruyabilir. Örneğin, yeterli şekilde eğitim imkanları sağlarsa,

⁵² *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 938(CC) para.54.

⁵³ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001(1) SA 46; 2000(11) BCLR 1169(4 October 2000) para.20.

⁵⁴ Sandra Liebenberg, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Implications for South Africa”, *South African Journal on Human Rights*, Vol: 11 (1995), s.359, 362.

⁵⁵ Paul Nolette, “Lessons Learned from the South African Constitutional Court: Toward a Third Way of Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights”, *12 Mich. St. J. International Law*, 2003, s. 92.

⁵⁶ Medeni ve siyasal hakların harcama gerektirmediği algısı gelişmiş ülkelerde, toplumsal yapının bu hakları sağlamasının gerekli olduğu düşüncesi ile, kısmen de olsa yerleşmiştir. Dolayısıyla, medeni ve siyasal hakların kaynak tahsisi ile yaşama geçirilmesi sıklıkla daha az tartışma konusudur ve var olan kaynakların dağıtılmasına olan etkilerinin daha az ciddi olduğu varsayılır. Bkz. Malcolm Langford “The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal”, Aoife Nolan, Bruce Porter, Malcolm Langford, <http://socialrightscura.ca/documents/publications/BP-justiciability-belfast.pdf>, E.T. 09.05.2018, s.12.

konut edinmenin ya da iş bulmanın önündeki engeller kaldırılırsa, bütün bunlar devletin sosyal güvenlik, işsizlik ve evsizlerle ilgili yapacağı harcamaları önemli ölçüde azaltacaktır.⁵⁷

Pozitif nitelikteki birçok hakkın gerçekleştirilememesi ya da çok az uygulanabilmesinin en önemli nedeni, sanıldığı gibi mali kaynakların yetersizliği değil, kaynakların dağılımındaki dengesizliktir.⁵⁸ “Örneğin, dünyada herkesin beslenmesine yetecek kadar gıdadan daha fazlası vardır; dolayısıyla, yaygın açlık ve beslenme bozukluğu yeterli miktarda yiyecek olmadığından değil, fakat gıdaların dağıtımıyla ilgili siyasal kararlardan dolayı vardır.”⁵⁹

Sosyal hakların yaşama geçirilebilmesi için, medeni ve siyasal haklara göre daha fazla kaynak harcamasının gerekebileceği bir gerçektir. Ancak bu durum, hakların özüne ilişkin bir ayırım olmayıp iki tür hak arasında bir derece farkından ibaret olacaktır.

Diğer itirazlar açısından devam edecek olursak; sosyal hakların yargısallaştırılmasının yargının seçimle iş başına gelmiş yasama organlarının alanlarına girerek ve sosyo-ekonomik meselelere ilişkin alanda politika oluşturma görevini üstlenerek, kuvvetler ayrılığını⁶⁰ ve seçimle iş başına gelen “demokratik” yönetimi dikkate almayabileceği ileri sürülür. Sosyal haklarla ilgili anayasal içtihat, çoğu kez, tehlikeli yargısal aktivizm ile suçlanır. Günümüz anasayacılık ve insan hakları anlayışı çerçevesinde, seçilmemiş yargıçların, seçimle iş başına gelen politikacıların tercihlerini denetlemesine karşı çıkan tez savunulabilir nitelikte değildir. Demokratik devletlerde anayasal insan hakları normlarının özü ve hukuk devleti ilkesinin varlığı demokratik yollardan seçilen temsilcilerin eylemlerini kısıtlar, sınırlar ya da bir yön verir. Yargı erki de, devletin diğer organları gibi egemenlik yetkisini kullanmaktadır. Seçilmiş olanların insan haklarını yok sayma yetkileri yoktur.⁶¹ Egemenlik, artık mutlak nitelikte değildir, insan hakları lehine kayıtlıdır.

Sosyal hakların yargısallaştırılması, demokrasiye zarar vermek yerine tam tersi onu güçlendirir: Bu sayede, demokratik süreçlerde dikkate alınma olasılığı düşük olan toplumun

⁵⁷ Hatta, örneğin gerekli eğitimin sağlanması ile; demokrasinin geliştirilmesi, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, bilinçli ve katılımcı yurttaş kimliğinin oluşumu, oy bilinci, siyasal ve sosyal yaşama katılım bilinci, suçların azalması gibi uzun vadede pek çok olumlu etki doğurabilecektir.

⁵⁸ Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Devletin Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2011, s.258.

⁵⁹ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 42.

⁶⁰ Michael Vile, **Constitutionalism and the Separation of Powers**, Oxford: Clarendon Press, 1967, s. 13; Burt Neuborne, “Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States”, **New York University Law Review**, Vol: 57, 1982/363, s. 370.

⁶¹ Tolga Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin: Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No:119, 2014, s.347.

ötekileştirilmiş kesimlerinin haklarının korunmasını, seslerini duyurmalarını da sağlamaktadır.⁶² Sosyal haklar, insan onurunu çiğneyen marjinalliğe, ayrımcılığa ve tüm benzer meselelere karşı siper görevi görmektedirler. Uygulamada, jüristokrasi yaratması konusundaysa, birazdan inceleyeceğimiz Güney Afrika, Hindistan gibi ülkelerde mahkemelerin yasamanın alanına müdahale etmemek için özel önem gösterdikleri gözlemlenmektedir.

Son olarak, sosyal haklara ilişkin konuların, davanın taraflarını aşan, çok sayıda kişiyi ilgilendirebilecek, kaynak tahsisine ve sosyo-ekonomik konulara ilişkin sistematik ve yapısal sorunları ilgilendiren, “polycentric (çok merkezli)” sonuçlar doğurabileceği ve yargıçların bu konulardaki gerekli uzmanlık bilgisinden yoksun oldukları ileri sürülmüştür.⁶³ Esasen aynı durum medeni ve siyasal haklar için de geçerlidir. Ayrıca, yargıçların her zaman konuyla ilgili uzman bilgisine başvurmalarının mümkün olduğu da unutulmamalıdır. Sonuç olarak, sırf kaynak dağılımını etkileyebilecek ve geniş kapsamlı sonuçları olabilecek konuların varlığı, öncelikli görevi Anayasal değer ve normların, hak ve özgürlüklerin savunulması olan yargının bütüncül olarak sosyal haklar alanından dışlanmasına yol açmaması gerektiği belirtilmelidir.⁶⁴ Yine uygulamada Güney Afrika ve Hindistan mahkemelerinin kaynakların kıtlığına dikkat ettiklerini, dengeleme yapmaya çalıştıklarını; hem devlete ne yapması gerektiğini belirtip, hukuka uygunluğu sağladıklarını ama kıt kaynakları da göz ardı etmediklerini gözlemleyebiliyoruz.

Bireysel ya da toplu şikayetlere dayanan ancak yargısal olmayan denetim yöntemlerinin genellikle etkili olmadığını belirten BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de, kaynak dağılımı gerektiren her konunun siyasi bir konu olarak nitelendirilip mahkemelerin alanı dışında bırakılmasını eleştirerek bunun toplumun en zayıf kesimlerinin haklarını korumada mahkemelerin kapasitesini zayıflattığını ifade etmiştir. Komite, 9 No’lu Genel Yorumunda belli sosyal hakların yerine getirilmesinde mahkemelerin her zaman en uygun ortamlar olamayacağını kabul etmekle birlikte yargı yolu olmadan da bu hakların etkili şekilde korunup gerçekleştirilmesinin çok zor olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ İnsan haklarının hak niteliği taşımasının ön koşulu, hukukta yer alan diğer haklar gibi hukuken öne sürülebilir ve korunabilir

⁶² David Bilchitz, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, New York: Oxford University Press, 2007, s.251.

⁶³ Lon Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, **Harvard Law Review**, Vol: 92, 1978, s.353.

⁶⁴ Sandra Liebenberg, “Social and Economic Rights”, s.41.

⁶⁵ Lerna Uyar, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları- İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2006, s.195.

olmasıdır. Yargı organları, sosyal hakların geliştirilmesi noktasında önemli işlevler üstlenebilirler.

Bütün bu değerlendirmeler çerçevesinde, sosyal hakların yargı önünde ileri sürülebilir olduğunun kabulünün zorunlu olduğu vurgulanmalıdır. Sosyal hak ihlali iddiası içeren çok sayıda davada, farklı hukuk sistemlerinde, mahkemeler ilgili hukuki standartları belirleme yetkilerinin olduğunu göstermiştir ve bu standartları uygulamıştır. Bunu yaparlarken aynı zamanda erkler ayrılığı çerçevesinde, yargının kendi öz alanı sınırlarında kalmaya özen göstermişlerdir.

Çalışmanın temel argümanı, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” çerçevesinde sosyal hakların anayasal düzeyde dava edilebileceği ama bu süreçte yargının anayasal çerçevesi ve görevlerini aşmayarak bir çözüm yeri gibi davranmaması gerektiği düşüncesidir.

Çalışmada, bu kapsamda farklı ülkelerdeki yargısal tutum ve içtihatlar incelenerek ulusal yüksek mahkeme ve anayasa mahkemelerinin sosyal haklara olan bakış açısı, önemli kararları ve bunların etkililiği ele alınacaktır. Bütün bu yargısal tutum ve içtihat çeşitliliği, birikimi Türkiye için de önemli bir rehber olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Ulusal üstü insan hakları hukuku alanına baktığımızda da medeni ve siyasi haklar açısından dünyada başta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve BM İnsan Hakları Komitesi olmak üzere belli ölçüde etkili olan denetim mekanizmalarını gözlemleyebiliyoruz. Sosyal haklar söz konusu olduğunda ise aynı durumdan söz etmek mümkün değildir. Sosyal hakların korunmasına yönelik denetim ve koruma mekanizmaları, medeni ve siyasi haklar ile karşılaştırıldığında oldukça etkisiz kalmaktadır. “İnsan haklarının bölünmezliği ilkesi” doğrultusunda denetim mekanizmalarının etkinleştirilmesine yönelik çalışmalar uzunca bir süredir devam etmektedir; ancak istenilen düzeye ulaşmaktan hala uzaktır. Sosyal hakların, bu şekilde yetersiz sayılabilecek denetimi, ilk kuşak haklar için “bütüncül yaklaşım” olarak ifade edilen, sosyal hakların medeni ve siyasi haklar için öngörölmüş koruma mekanizmaları tarafından korunması olgusuna, uzunca bir süredir İHAM ve İHK kararlarında sıklıkla rastlanmaktadır. Bu yaklaşımla, medeni ve siyasi haklar arasında bir *geçirgenlik* ortaya konulmaktadır. Özellikle ilgili uluslararası sözleşmelerde yer alan ayrımcılık yasağı ilkesi başta olmak üzere, yaşam hakkı, işkence yasağı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı vs. gibi ilk kuşak haklar sosyal hakların korunmasında belli şekillerde kullanılabilmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin öngördüğü koruma mekanizmalarının kararları da sosyal hakların yorumu açısından önem taşımaktadır. Bu mekanizmaların oluşturduğu standartlar, özellikle de sosyal haklarla ilgili olarak, iç hukukta yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği anlamında da yol gösterici olacaktır. Bu açıdan “bütüncül yaklaşım” olarak da ifade edilen, sosyal hakların medeni ve siyasi haklar için öngörölmüş koruma mekanizmaları tarafından korunması, sosyal hakların yaşama geçirilebilmesi ve var olan durumun geliştirilebilmesi açısından önem taşımaktadır. Sosyal haklar, insan haklarının ayrılmaz bir parçasıdır, bu anlamda insan hakları arasında bir hiyerarşi kabul edilemez, İHAM ve İHK gibi organların kararlarından yola çıkarak sosyal hakların korunması açısından kullanılabilir imkanlar ve bu yaklaşımın sınırları üzerinde durmak gerekecektir.

Çalışmada “yargısallaştırma” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Bu kavram ile, sosyal hakların hem yargısal hem de yarı-yargısal organlar eliyle ulusal ve uluslararası düzeyde gerçekleştirilebilmesi yolculuğu mercek altına alınacaktır. Bu bağlamda, sosyal hakların yargılanabilir olup olmadığına ilişkin gerek öğretide gerekse yargısal uygulamalardaki eleştiriler ele alınıp değerlendirilecektir.

İnsan hakları kuramının en çok tartışmalı alanı olan sosyal haklara yönelik eleştirilerden biri, bu hakların sübjektif hak karakteri taşıması ve içeriğinin belirsiz olması gibi gerekçelerle “yargısallaştırılabilir/ yargı önünde talep edilebilir” olma özelliğini taşımasıdır. Liberal öğretiye bağlı yazarlar tarafından pozitif ve gerçek bir hak olarak nitelendirilmeyip “yoksul haklar”, “ikinci sınıf haklar” olarak görülse de, insan hakları bir bütündür ve her hak, bir diğeri ile bir anlam ifade etmektedir.

Çalışmada, “insan haklarının bütünselliği” ilkesinden hareketle, “hak temelli bir yaklaşım” benimsenerek sosyal hakların tam ve etkili şekilde yaşama geçirilebilmesi, bu hakların program hükümler, ya da sadece bir “temenni, dilek” olarak kalmaması için nasıl ve hangi şekillerde “yargı önünde ileri sürülebileceği”, mahkemeler ve yarı yargısal organlar tarafından nasıl yorumlanabileceği, bir başka deyişle nasıl “yargısallaştırılabileceği” incelenecektir. Çalışmanın özünde, sosyal hakların anayasal düzeyde ve ulusal üstü insan hakları hukuku pratiğinde dava edilebileceği ama bunu yaparken yargının meşruluk ve yetki gaspı tartışmasına yer bırakmaksızın, demokratik teori ile liberal teoriyi uzlaştırarak, hakları da etkin bir şekilde koruyarak davranması gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Bu bağlamda, bu alanda farklı denetim organlarının ve uluslararası ve ulusal mahkemelerin kararlarından örneklerle sosyal hakların yargısallaştırılması noktasında gelinen aşama tartışılacak ve bu

hakların yargısal açıdan ileri sürülebilirliği, etkili bir şekilde korunabilmesi, insan hakları ailesi içinde hak ettiği yeri alabilmesi konusunda ne gibi adımlar atılabileceği üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, sosyal hakların hem yargısal hem de yarı-yargısal organlar ve kurumlar eliyle korunması hem uluslararası alanda hem de ulusal alanda karşılaştırmalı bir yöntem ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. İlk olarak ulusal üstü yargısal koruma örneği olan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve onun sosyal hakları dolaylı yoldan nasıl koruduğuna (yansımali koruma) ilişkin yaklaşımı incelenecektir. İHAM'ın kararlarının ve yaklaşımının irdelenmesi, Türkiye için de oldukça önemlidir. 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasal sistemimize dahil olan bireysel başvuru kurumu, başvuru kapsamındaki haklar bakımından Anayasa ile birlikte İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni (İHAS) ortak koruma alanı olarak belirlemiştir. Dolayısıyla İHAM kararları ve bu alandaki tutumu bireysel başvuru kurumu açısından da yol gösterici olacaktır.

Sosyal hakların yarı-yargısal korunması kapsamında, başta sosyal haklarla ilgili en önemli uluslararası sözleşme olan Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni (UESKHS) denetleyen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK), Sözleşme'yi ve bu Sözleşme'den doğan yükümlülükleri nasıl ele aldığı üzerinde durulacaktır. Yargı benzeri (yarı-yargısal) bir organ olan Komite'nin yorumları, raporları, bu hakların içeriğini doldurmak, onları somutlaştırmak ve uluslararası insan hakları bakış açısını ortaya koymak açısından oldukça önemlidir.

Yine sosyal hakların uluslararası alanda korunması açısından özel bir yeri olan ILO'nun öngördüğü sistem, söz konusu hakları koruma mekanizmaları ve bunların sosyal haklar alanına olan katkıları, sistemin eksik ve olumlu yanlarıyla birlikte değerlendirilecektir. Yarı yargısal bir başka kurum olarak, Avrupa Sosyal Şartı (ASS) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (GGASS) denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) kararları da sosyal hakların Avrupa ölçeğinde korunmasına ilişkin uluslararası yaklaşımı göstermesi bakımından incelenmeye değerdir. Bunların ortaya konulması, sosyal hakların yargı organları önünde ileri sürülebilirliği ve yargı organlarının sosyal haklara yaklaşımının nasıl olması gerektiği bağlamında, ulusal yargı sistemlerine ve özellikle de Türkiye'ye de örnek olması bakımından son derece önemlidir. Bu bölümde ayrıca sosyal hakların, esasen medeni ve siyasi haklar için öngörülmüş koruma mekanizmaları tarafından nasıl ve ne kadar korunabildiği de irdelenecektir.

İkinci bölümde, ulusal düzeydeki yargı organlarının da kararları incelenecek, karşılaştırmalı bir anayasa yargısı panoraması ortaya konulacaktır. Burada da “küresel güney”i oluşturan Güney Afrika, Hindistan, Kolombiya gibi gelişmekte olan ülke örnekleri üzerinde durularak ulusal düzeyde yüksek mahkemelerin ve anayasa mahkemelerinin konuya yaklaşımları, nasıl bir yargısal tutum benimsedikleri ve bu hakların yaşama geçirilmesinde kullandıkları ilke, standart ve yorum teknikleri, kararlardan çarpıcı örnekler ve bu kararların doğurduğu sonuç ve etkiler üzerinde durulacaktır. Karşılaştırmalı anayasa yargısına ilişkin olan bu bölümde, hukuk dünyasındaki güçlü konumlarını ve yargı organlarının etkililiğini göz önüne alırsak söz konusu ülkelerdeki yargı organlarının sosyal hakların yargısallaştırılması ile ilgili yorum ve kriterlerinin göz önüne alınması gerekliliği ortadır. Gelişmekte olan diğer ülke örnekleri ise, sosyal haklarla ilgili öncü, yenilikçi, dikkat çekici, hatta kimilerince yer yer yargısal aktivizmle suçlanan tutumları ve bu alanda çığır açan kararlarıyla incelenmeye değerdir.

Karşılaştırmalı anayasa yargısı bağlamında, Türkiye’nin yeri ve konumu da son olarak ele alınmıştır. Türkiye’de anayasal düzeyde ve uygulama düzeyinde sosyal hakların yeri, bu konudaki yargısal tutumlar, bu hakların gerçekleştirilmesine yönelik düşünsel ve uygulamadan kaynaklı engeller, bu engellerin ne şekilde aşılabileceği, Türkiye bağlamında sosyal hakların ulusal üstü insan hakları hukuku birikiminin de ışığında, nasıl etkili şekilde yargısal olarak korunabileceği üzerinde durulacaktır. Özellikle de 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasal sistemimize dahil edilen bireysel başvuru kurumunun bu alandaki etkinliğinin nasıl arttırılabileceği de bu kapsamda tartışılacaktır.

Sonuç olarak, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde sosyal haklar da diğer haklar gibi yargı önünde ileri sürülebilecek ve talep edilebilecek haklardır. Bugüne kadar yargısal ve yarı yargısal organlar, sosyal haklara ilişkin olarak genellikle daha tutuk ve geri planda kalmışlardır. Bununla birlikte, nasıl ki medeni ve siyasi haklar bakımından devletin egemenliği sınırlandırılmış olarak kabul edilebiliyorsa, bu anlayış artık sosyal haklar için de geçerlidir. Çağdaş insan hakları anlayışı ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde de, sosyal haklara ilişkin olarak da devletler ile üçüncü kişilerin eylem ve işlemleri sorgulanabilir, yargısal denetimin konusu olabilir. Bu çalışmada, bu düşüncenin “neden”leri ve “nasıl”ları tartışılmıştır.

1. BÖLÜM: ULUSAL ÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA SOSYAL HAKLARIN YARGISAL ve YARI-YARGISAL YOLLARLA KORUNMASI

Sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda bugün ulusal üstü insan hakları hukuku alanında oldukça zengin ve çeşitli bir birikim karşımıza çıkmaktadır. Bu birikim, sosyal hakların içeriğinin belirsiz, muğlak olduğu; yargılamaya elverişli olmadığı konusunda yapılan itirazlara da bir cevap niteliğindedir. Dolayısıyla, artık bu hakların yargılama konusu olup olamayacakları sorusu değil; yargısal olarak nasıl ele alınıp daha etkili korunabilecekleri, nasıl yorumlanıp yaşama geçirilebilecekleri sorularına cevaplar aranmalıdır.

Sosyal haklar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabulünden başlayarak bugün çok sayıda çeşitli insan hakları belgelerinde yer alan ve yargısal, yarı-yargısal mekanizmaların kararlarına konu olmakta; insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, içerik ve kapsam olarak somutlaşmakta, evrilmekte, gelişmekte ve dinamik yönü ortaya konulmaktadır. Bu hakları koruyan Afrika Birliği Örgütü, Amerikan Devletleri Örgütü gibi bölgesel ölçekte çok farklı sistemler de olmakla birlikte, bu bölümde yargısal koruma örneği olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; yarı yargısal koruma örnekleri olarak da Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Sosyal Şartı sistemleri ele alınacaktır. Bu yargısal ve yarı-yargısal koruma mekanizmaları, yarattığı etki alanının niceliksel ve niteliksel olarak genişliği, bağlayıcılığı, ayrıca 1982 Anayasası'nın 90.maddesinin 5.fıkrası çerçevesinde⁶⁶ Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası olması (ya da iç hukukun bir parçası olmaya aday olması) bakımından da özellikle tercih edilmiştir. Yine, 2.Bölüm'de Türkiye'de bireysel başvuru çerçevesinde detaylı olarak değerlendirileceği üzere, İHAS sisteminin Anayasa ile ortak koruma alanı bağlamında da ayrıca incelenmesi gerekmektedir.⁶⁷

⁶⁶ Bkz. AY, md.90/5: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

⁶⁷ Bkz. AY, md.148/3: "(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

I. Ulusal Üstü Yargısal Koruma Örneği: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Sosyal Haklar

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) esas itibarıyla “birinci kuşak” haklar olarak da nitelendirilen “medeni ve siyasi hak ile özgürlükler”i içermektedir.⁶⁸ Bu bakımdan sosyal haklar Sözleşme’nin kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, Giriş bölümünde de vurgulandığı üzere günümüz insan hakları anlayışında, insan haklarının kategorileştirilerek ayrıştırılması anlayışının yerini, “bütüncül yaklaşım” almıştır.⁶⁹ Bütün insan hakları, karşılıklı olarak birbirine bağlı, birbirini tamamlayan ve ayrılmaz bir bütünün parçalarıdır.⁷⁰ Medeni ve siyasi haklar olmadan sosyal haklar anlamsız kalacağı gibi, sosyal haklar olmadan da medeni ve siyasi haklar tam olarak yaşama geçirilemeyecektir. Hakların öz bakımından eşdeğer nitelikte olduğu anlayışını yansıtan bu bütüncül yaklaşım sosyal hakların yargısallaştırılabilir olduğu fikrinin de temelini oluşturmaktadır.⁷¹

İnsan haklarının bütünselliği ilkesi, insan hakları alanında ulusal üstü düzeyde en etkili güvence sistemini oluşturan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında da uzun zamandan beri yansımaları bulmaktadır.⁷² Sosyal haklar ile medeni ve siyasi hakların kesin ve mutlak bir biçimde ayrılamayacağını ortaya koyan İHAM, bazı sosyal hakları, bir dereceye kadar sözleşme kapsamında korunan haklar ile bağlantılı olarak değerlendirmekte, sosyal haklara yansımaları/ dolaylı bir koruma sağlamaktadır.⁷³ Bu bağlamda, Sözleşme’de tanınan hakların ayrılmaz sosyal uzantısı olarak kabul edildiği ölçüde, sosyal haklar Sözleşme’nin konu bakımından yetki kapsamına girebilmektedir.⁷⁴

⁶⁸ İHAS’ın hazırlanma sürecinde sosyal hakların sözleşme kapsamında yer almaması gerektiği görüşü ağır basmıştır. Bu hususta o dönemde sosyal haklara ilişkin önyargıların da etkisi bulunmaktadır. Bkz. Melda Sur, “İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları”, **DEÜHFD**, İzmir: DEÜHF Yay., 1995, s.8; U. Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: ‘Bütüncül Yaklaşım’”, s.48.

⁶⁹ Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: Bütüncül Yaklaşım”, **Amme İdaresi Dergisi**, C:40, S: 3, Eylül 2007, s.42.

⁷⁰ Bkz. Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Bası, Ankara: İmaj Yay., 2010, İnsan Hakları, s. 221; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yay., 1993, s. 83-84; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 11. Bası, İstanbul: Legal Yay., 2016, s. 247.

⁷¹ T. Akıllıoğlu, **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye**, Ankara: İmaj Yay., 2015, s. 5.

⁷² Airey/ İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, para.26; Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00 - 59330/00, 27.10.2004, para.47.

⁷³ Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 95, Yıl: 2011, s. 37.

⁷⁴ İHAM’ın sosyal hakların dolaylı olarak korunmasına ilişkin kullanmış olduğu yorum yöntemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Duygu Köksal, “AİHM’in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, İstanbul: Seçkin Yay., 2015, s.55-70; Eva Brems, “Indirect Protection of Social Rights by

İHAM'ın sosyal hakların dolaylı olarak korunmasına ilişkin kullanmış olduğu yorumsal mekanizma ve ilkeler şu şekilde özetlenebilir: İnsan haklarının bölünmezliği ilkesi, ayrımcılık yasağı, otonom (özerk) yorum, hakların etkili şekilde yerine getirilmesi (etkililik ilkesi), ölçülülük ilkesi, kaynakların eşgüdümü.⁷⁵ Eşgüdüm bakımından İHAM, pek çok uluslararası belge ve sözleşmelerin yanı sıra esasen sosyal haklara özgülenen Avrupa Sosyal Şartı'na da kararlarında sıklıkla yer vermekte ve sözleşmesel hakları bu perspektiften de değerlendirmektedir.⁷⁶ İHAM, biraz ileride kararların analizinde değineceğimiz üzere, sözleşmesel hakların korunması çerçevesinde davalı taraf devletin henüz onaylamadığı, konuyla bağlantılı uluslararası sözleşmeleri bile kararında dikkate alabilmektedir.⁷⁷

İHAM'ın içtihatları ve bu içtihatlarda kullandığı yorum yöntemleri çerçevesinde Sözleşme metninde yer alan hakların güncel gelişmeler ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda yorumlanması, hak ve özgürlüklerin fiilen de etkili bir şekilde korunması, hakların birbirleriyle olan karşılıklı bölünmezliği ilkeleri yaşama geçirilebilmiş ve insan haklarının evrimci özelliği bu noktada da kendisini göstermiştir.

Çalışmamızda, İHAM kararlarında her bir sosyal hak ile bağlantılı olarak ayrı bir yorum yöntemi ön plana çıkmakta olduğundan, yorum yöntemlerine genel olarak değinmek yerine, hak bazında ve hak temelli bir inceleme yöntemi tercih edilmiş; olabildiğince farklı kararlar analiz edilmeye çalışılmıştır. Böylelikle, örnek kararların analizi üzerinden hakların birbirleri ile olan ayrılmaz bağları ve İHAM'ın kararlarında ortaya koyduğu bakış açısı, olumlu ve olumsuz yanları da daha net bir şekilde irdelenebilecektir.

Mahkeme, 1978 tarihli Tyrer/ Birleşik Krallık (BK)⁷⁸ kararından itibaren, Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olduğunu belirterek burada yer alan hak ve özgürlükleri dinamik bir

the European Court of Human Rights", **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed.) Daphne-Barak Erez, Oxford: Hart Publications, 2007; Luke Clements, Alan Simmons, "European Court of Human Rights, Sympathic Unease", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008, s.409-427; Elizabeth Palmer, "Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights", [Erasmus Law Review, Vol: 2, No: 4, 2009, s. 397-425](#); Jean-Pierre Marguenaud, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (der.) İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Legal Yay., 2012.

⁷⁵ Jean-Pierre Marguenaud, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu", s.227; Jean Mouly, "Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (der.) İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.232.

⁷⁶ Demir ve Baykara/ Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008, para. 45, 49; J. ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 58216/12, 17.01.2017, para. 33; Emel Boyraz/ Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.03.2015, para. 29.

⁷⁷ Marckx/ Belçika, Başvuru No: 6833/84, 13.06.1979, para. 20; Demir ve Baykara/ Türkiye, para. 86.

⁷⁸ Tyrer/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978.

biçimde, değişen ve gelişen şartlara cevap verecek nitelikte yorumlamıştır.⁷⁹ Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’de yer alan haklardan etkin bir şekilde yararlanılmasını sağlamak üzere, amaca uygun yorum yaparak ve durumu gelişen şartlar ışığında değerlendirerek bu haklara sosyal bir çerçeve de çizmektedir.⁸⁰ Böylesi bir yorum, dayanağını İHAS’ın başlangıç kısmında da bulur: Burada, İHAS’ın, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ni (İHEB) ve bu bildirinin açıkladığı hakların evrensel ve *etkin*⁸¹ olarak tanınmaları ve uygulanmalarını hedeflediği ifadesi yer almaktadır. Bu bağlamda, hem hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunabilmesi, hem de İHEB’in sosyal hakları da içerdiği göz önüne alındığında, İHAS’ın sosyal hakların korunmasına kapısının açık olduğu söylenebilir.⁸² Yine, Sözleşme’de yer alan bazı hakların, sosyal haklara yönelik düzenlemeleri de içinde barındırdığı gözlemlenebilir. Örneğin; Sözleşmenin zorla çalıştırma yasağına ve adil bir ücret hakkına ilişkin 4.maddesi; 11.maddede örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki sendikal örgütlenme hakkı gibi. Yine, “negatif yükümlülük” vurgusu olsa da, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2.maddesinde “eğitim hakkı”na yer verilmiştir.⁸³

İnsan haklarının korunması alanında İHAM negatif ve pozitif yükümlülük kavramlarını kullanmaktadır. Mahkeme 1979’dan bu yana, Sözleşmede yer alan hakların hemen bütününde devletlerin pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu kabul etmiştir⁸⁴. Mahkeme Marckx/Belçika⁸⁵ kararı ile ilk defa pozitif yükümlülükler kuramını Sözleşme uygulamasına dahil etmiştir.⁸⁶

İHAM, içtihatlarında İHAS md.1’de yer alan hakları tanıma ödevinin devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklediğini ifade

⁷⁹ George Letsas, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2009, s. 65-68.

⁸⁰ Duygu Köksal, “AIHM’in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, İstanbul: Seçkin Yay., 2015, s.56.

⁸¹ İtalik vurgu yazara aittir.

⁸² Engin Yıldırım, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, Cilt 2, Vol: 2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.1138.

⁸³ Esasen negatif boyutu ile düzenlenmiş olan eğitim hakkının pozitif yükümlülükler getirdiği yönünde kararlar da bulunmaktadır. Kıbrıs v. Türkiye davasında Komisyon, Kuzey Kıbrıs’ta yaşayan Rum çocuklar için ilköğretim imkanları sunulmasına rağmen bu çocukların kendilerine uygun Rumca eğitim yapan ortaokullarının bulunmadığından hareketle Ek 1 No’lu Protokol’ün 2.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve Türkiye üzerinden KKTC makamlarının bu şekilde eğitim veren ortaokullar açmasını talep etmiştir. Bkz. Kıbrıs/ Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001, para. 277, 278, 292.

⁸⁴ İHAS kapsamında pozitif yükümlülüklerin detaylı olarak incelendiği bir eser olarak bkz. Alastair Mowbray, **The Development of the Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004.

⁸⁵ Marckx/ Belçika, Başvuru No. 6833/74, 13.06.1979.

⁸⁶ Kararda, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının yer aldığı 8.maddenin devlete pozitif yükümlülükler de yüklediği vurgulanmıştır. Bkz. Marckx/ Belçika, para. 31.

etmektedir. İHAM'ın geliştirdiği pozitif yükümlülük doktrinine göre devletlerin haklara saygı göstermenin yanında hakları koruma ödevi de bulunmaktadır.⁸⁷ Bu durum medeni haklar ile sosyal insan hakları arasındaki ayrımı azaltmaktadır. Böylelikle, pozitif yükümlülük doktrini ile de İHAM sosyal haklara dolaylı bir koruma sağlamaktadır.⁸⁸ Mahkeme genellikle 2. (yaşama hakkı), 3. (işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı), 6. (adil yargılanma hakkı), 8. (özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı) ve 14.madde (ayrımcılık yasağı) ile Ek 1 No'lu Protokol 1.madde (mülkiyet hakkı) kapsamında bir denetim yapmaktadır.⁸⁹ Mahkeme, genellikle Sözleşme'nin 2., 3., 6. ve Ek 1 No'lu Protokol'ün 1.maddelerindeki düzenlemelerden pozitif yükümlülükleri çıkarmakta; ancak diğer maddelerle ilgili olarak da pozitif yükümlülükler türetebilmektedir.⁹⁰

Pozitif yükümlülükler konusunda İHAM bazen açıkça eşitlik ilkesinin özünden, insan onurunun, fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün korunması değerlerinden yararlanır, ki bu değer ve ilkeler Sözleşme'de yer alan bütün hakların onların özünde vardır. İHAM, kararlarında 2.madde kapsamında kamusal sağlık hizmetinin sağlanması yükümlülüğünün; 3.madde bağlamında olağanüstü koşullarda uygun tıbbi yardım ve kamusal hizmetlerin kırılgan kesimlere sağlanması yükümlülüğünün; 8.madde kapsamında toplumun kırılgan kesimlerine konut edinme konusunda sosyal yardım sağlanması yükümlülüğünün sağlanması konusunda çıkarımlarda bulunmaktadır.⁹¹

Sosyal hakların dolaylı olarak korunmasıyla ilgili İHAM'ın ilk kararı, aynı zamanda insan hakları alanında "bütüncül yaklaşım"ı da yansıtan Airey/ İrlanda⁹² kararıdır. Karar, İHAS md.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi için devlet tarafından kişilere ücretsiz adli yardımın sağlanmasına ilişkindir. Kararda, Sözleşme'de tanımlanan pek çok hakkın sosyo-ekonomik boyutları, etkileri ve sonuçları olduğu vurgulanmış; sosyal haklar

⁸⁷ Tolga Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin: Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler", **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No:119, 2014, s. 343.

⁸⁸ E. Brems, a.g.e., s.136.

⁸⁹ Elizabeth Palmer, "Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights" [Erasmus Law Review, Vol: 2, No: 4, 2009](#), s.398, 399.

⁹⁰ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, and Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2014, s.357.

⁹¹ Bkz. LCB/BK, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 09/06/1998; Cyprus/ Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001; D/BK, Başvuru No: 30240/96, 02.05.1997; O'Rourke/BK, Başvuru No: 39022/97, 26.06.2001; Marzari/İtalya, Başvuru No: 36448/97, 04.05.1999.

⁹² Airey/ İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979. Md. 6/3 kapsamında ücretsiz tercüman hakkına ilişkin olarak da ayrıca bkz. Artico/ İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980; Öztürk/ Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984.

ile Sözleşme kapsamında yer alan medeni ve siyasal hakları ayıran su geçirmez (water tight) bir duvarın olmadığı” ifade edilmiştir.⁹³

“Mahkeme, ekonomik ve sosyal hakların gelişmesinin, devletlerin durumlarına, özellikle de finansal durumlarına son derece bağlı olduğunu dikkate almaktadır. Diğer taraftan, Sözleşme günün yaşam koşullarına göre okunmalıdır. Sözleşme uygulandığı alan içerisinde, bireyin gerçek ve somut bir biçimde korunmasına yönelmiştir. Oysa Sözleşme her ne kadar esas olarak medeni ve siyasal hakları düzenlemekteyse de, bu hakların büyük bölümü ekonomik ve sosyal düzenin uzantısı niteliğindedir. (...) Bu alanı (ekonomik ve sosyal alanı) Sözleşmeyle korunan alanın dışında bırakan su geçirmez bir ayırım yoktur.”⁹⁴

Dolayısıyla Sözleşme sisteminde yer alan bir hakkın gerçekleştirilmesi, devletin sosyal ve ekonomik alana ilişkin düzenleme yapmasını gerektiriyorsa, devlet bu düzenlemeyi yapmak durumundadır. Burada özellikle dar anlamda sosyal haklar olarak tanımladığımız, gerçekleştirilmesi için devletin mali yükümlülükler altına girdiği hakların tanınmasından ziyade, Sözleşme’de düzenlenen kişisel hakların, içinde bulunulan sosyal gerçeklik içerisinde değerlendirilmesi söz konusudur. Başka bir deyişle, Mahkeme bireyi içerisinde bulunduğu toplumdan ayrı bir hak öznesi olarak değil; belli bir toplum içerisinde sözleşmesel hakları kullanan kişi olarak görmektedir.

Airey kararında, maddi imkanları yeterli olmayan, eşinden şiddet gören ve yüksek mahkemeden fiili ayrılık kararı almaya çalışan bir kadına avukat yardımı sağlayacak bir adli yardım sisteminin kurulmamış olması, Sözleşme’nin hem “özel ve aile hayatına saygı”yı düzenleyen 8. maddesine, hem de adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.⁹⁵ Bu kararın bir diğer önemli noktası da İHAM’ın temel haklara “müdahale” kavramını yorumlayış şeklidir:

“Mahkeme’ye göre Bayan Airey, özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkına yönelik olarak İrlanda’nın bir müdahalesine maruz kalmamıştır: Devletin bir hareketinden değil; hareketsizliğinden şikayet etmektedir. Her ne kadar 8. madde bireyi kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı korumayı konu edinse de, devleti sadece bu tür eylemlerden

⁹³ Airey/ İrlanda, para. 26.

⁹⁴ Airey/ İrlanda, para. 26.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. Bakan ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No. 50939/99, 12.06.2007. Konunun yargılama giderlerine ilişkin boyutu açısından Airey kararına benzer bir davadır. Bu dava kapsamında 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 465 ve 469. maddeleri Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Bu kararın ardından Türkiye aleyhine aynı maddelere dayanan pek çok ihlal kararı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oya Boyar, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Ankara: Yetkin Yay., 2009, s. 447-466.

kaçınmaya mecbur etmekle yetinmez; bu negatif yükümlülüğe özel ve aile hayatına etkili bir biçimde saygı gösterilmesini sağlayan pozitif yükümlülükler de eşlik eder.”⁹⁶

Sonuç olarak devlet bu durumda bulunan kişilere hizmet edecek bir adli yardım sistemi oluşturmak durumunda kalmıştır.⁹⁷

Mahkeme’nin Sözleşme’deki hakların etkili şekilde korunmasına ilişkin yorumu ile medeni ve siyasal haklara ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin yorumu, sosyal haklar alanına uzanan bu dolaylı korumanın mihenk taşlarıdır.⁹⁸ Airey kararıyla medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar arasında su geçirmez (water tight) bir ayırım yapılamayacağının vurgulanmasından bugüne, İHAM’ın bazı kararlarında sosyal haklar alanında yansımaları bulunan sonuçlara vardığı görülmekte ve zamanla bir “sosyal hukuk” içtihadının da geliştiğinden söz edilmektedir.⁹⁹

İHAS’ın pozitif yükümlülük içtihadını tamamlayan, devletin bu nitelikteki yükümlülüklerinin bireyler arasındaki ilişkileri de kapsayacak şekilde, “yatay etki”¹⁰⁰ doğuracağına ilişkin yaklaşımıdır. Buna göre, devlet, hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli adımları atmayıp, üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediyse *dolaylı* olarak sorumludur. Bu dolaylı sorumluluk, yine Sözleşme’nin Başlangıç bölümünde ifade edilen “sözleşmesel hakların etkililiği ilkesi”nden; 1.maddede yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğünden” ve 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2. maddelerde, söz konusu hakların meşru sınırlama sebebi olarak öngörülen “başkalarının hak ve özgürlükleri” düzenlemelerinden çıkarılabilecektir. Ayrıca 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünün kullanılması ödev ve sorumlulukları da gerektirdiğine ilişkin ibarede; etkili başvuru hakkını düzenleyen 13.maddede¹⁰¹; ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.maddede¹⁰²; “hakkın kötüye

⁹⁶ Airey/ İrlanda, para.32.

⁹⁷ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s. 63.

⁹⁸ E. Brems, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, s.138.

⁹⁹ Luke Clements ve Allan Simmons, “European Court of Human Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. Malcolm Langford), New York: Cambridge University Press, 2009, s.409-427.

¹⁰⁰ Sözleşme sisteminde benimsenen yatay etkiye ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s.60 vd.

¹⁰¹ Md.13: “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir”.

¹⁰² Md. 14: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve hürriyetlerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ve diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir başka durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”.

kullanılması”nı düzenleyen 17.maddede¹⁰³ de söz konusu kurumun Sözleşmesel dayanakları görülecektir.

Kısacası, İHAS sistemi doğrudan sosyal hakları garanti altına almamış olmakla birlikte¹⁰⁴, Sözleşme kapsamındaki hakların etkili korunması için gerekli olan sosyal ve ekonomik koşullar ile söz konusu hakların sosyal ve ekonomik nitelikli uzantıları koruma kapsamında değerlendirilmektedir. Bu anlamda hakların kapsamında ciddi bir genişleme olmuştur.

Bununla birlikte, Mahkeme, ulusal üstü bir yargı organı olarak kendi sınırlarının da farkındadır: Yukarıda değindiğimiz ilkelerin yanı sıra, sosyo-ekonomik alana ilişkin bazı başvurularda toplumdaki kıt kaynakların dağılımının yerel otoriteler tarafından daha iyi belirlenebileceğini de savunmaktadır. Bu bakımdan bazı içtihatlarında “takdir marjı” doktrinine de yer vermekte; bu ise zaman zaman hakların etkili şekilde gerçekleştirilmesinin önüne geçtiği; hukuki argümantasyon ve koruma düzeyi bakımından daha düşük, tutarsız ve çekingen bir tutum sergilediği yönünde eleştirilerin hedefi olabilmektedir.¹⁰⁵

Elbette ki takdir marjı kavramı, devletlerin ölçülülük ilkesine aykırı ve keyfi bir şekilde davranabilecekleri konusunda kendilerine verilmiş bir “açık çek” değildir. Bununla birlikte, Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, bu doktrinin çok tutarlı bir şekilde uygulanmadığı, hatta her hak için uygulanmadığı ya da bazı haklarda uygulama derecesinin değişebildiği de gözlemlenmektedir.¹⁰⁶

Ulusal makamların sosyo-ekonomik politikalar, çevrenin korunması ile şehir planlamacılığı, genel ahlak, suçla mücadele, vergi ve benzeri katkılar ve kamu görevi niteliğindeki zorunlu çalışmalar, diplomatik nezaket, kamu güvenliği ile ulusal savunma, ticari ve ekonomik hayatın korunması gibi meşru amaçların belirlenmesinde de geniş bir takdir

¹⁰³ Md. 17: “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir Devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçimde yorumlanamaz”.

¹⁰⁴ Mahkeme, Sözleşme’nin ücretsiz barınma, sağlık yardımı, çalışma hakkı ve belli bir yaşam standardını sürdürmek için mali yardım talebinde bulunma gibi hakları garanti altına almadığını belirterek önemli ölçüde kaynak tahsisi gerektiren konularda devletin takdir alanının geniş olduğunu da ifade etmektedir. Bkz. Pancenko/ Letonya, Başvuru No: 40772/98, 28.10.1999; Chapman/ BK, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001; Kyrtatos/ Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22.05.2003; Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005

¹⁰⁵ Burada takdir marjı doktrininin Mahkeme’nin sosyal haklarla bağlantılı başvurularında nasıl ele aldığı kısaca belirtilecek; buna yönelik eleştiriler “Değerlendirme” başlığı altında detaylandırılacaktır.

¹⁰⁶ Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s.5, 7.

marjından yararlandıkları görülmektedir.¹⁰⁷ Bununla birlikte, salt bu meşru amaçlar çerçevesinde de açık ve kesin tespitler yapmak çok da mümkün olamamaktadır. Öğretide de çoğunlukla belirtildiği üzere, takdir marjı doktrinin anlamlandırılması; bu marjın hangi hallerde dar, hangi hallerde daha geniş ve esnek olduğunu belirleyebilmek oldukça zordur. Bununla birlikte, İHAM kararlarında genellikle takdir marjının hakkın niteliği¹⁰⁸, birey için taşıdığı önem ve dava konusu faaliyetlerin içerik ve niteliği çerçevesinde azalıp artabileceği görülmektedir. Hakkın kişi bakımından taşıdığı önem ve niteliği ne kadar fazla ise takdir marjı da o oranda daralmaktadır.¹⁰⁹

Buna karşılık şu konularda ise takdir marjı genişlemektedir: mülkiyet hakkına yönelik, sosyal veya ekonomik politikaların gereği olan; genel ahlakla ilgili olan; özel yaşamın yakın tezahürleriyle ilgili olan; ulusal güvenliğin ve suçun önlenmesiyle ilgili olan; ortak Avrupa Konsensüsünün olmadığı; Mahkeme'nin taraf devletler pozitif yükümlülük getirdiği ve egemenlik yetkilerinin söz konusu olduğu müdahaleler.¹¹⁰

Mahkeme, hakka bir müdahale olup olmadığı, eğer müdahale varsa meşru bir amacının olup olmadığı ve söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığı yönündeki klasik incelemesini yaparken kendi değerlendirmelerinin yerel otoritelerinkinin yerine geçmesini istememektedir. Bunun yerine yerel makamlara belli bir ölçüde takdir marjı tanımaktadır. Mahkeme'nin buradaki temel dayanağı; söz konusu otoritelerin, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli ilişkisi dolayısıyla uluslararası bir yargıca göre daha iyi bir değerlendirme yapabileceğidir.¹¹¹ Mahkeme, sınırlı kaynaklar çerçevesinde önceliklerin belirlenmesinin gerekli olduğu planlama politikaları (hatta zaman zaman bir azınlık grubu olarak, sosyal açıdan dezavantajlı bir grup olan Romanların hakları söz

¹⁰⁷ Bkz. Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı:4, İstanbul: Legal Yay., 2013, s. 378; Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2009, s.481-519.

¹⁰⁸ Öğretide bazı görüşler, doktrinin her hak bakımından uygulanmamasını ya da bazı haklarda farklı derecelerde uygulanmasını Sözleşme'deki haklar arasında var olan hiyerarşiye dayandırmaktadır. Bu bağlamda belli hakların diğerlerine göre daha mutlak olduğunu ifade etmekte ve buna göre hakları çekirdek haklar (md.2-4), usuli haklar (md.5-6) ve kişisel haklar (8-11) şeklinde kategorize etmektedir.¹⁰⁸ Haklar arasındaki "hiyerarşi" anlayışına karşı mesafeli olmakla birlikte, uygulamada bu ayrım çerçevesinde çekirdek haklar kural olarak doktrinin uygulama alanı dışında kalırken, kişisel haklar en çok uygulama alanı bulduğu haklar olarak görülmektedir. Örnek olarak bkz. Howard Charles Yourow, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", **Connecticut Journal of International Law**, Vol: 3, S: 111, 1987, s. 190.

¹⁰⁹ Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Heidelberg Journal of International Law**, Vol: 56, 1996, s. 264.

¹¹⁰ T. Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", s. 378.

¹¹¹ Bkz. Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001, para.91.

konusu olduğunda bile¹¹²), sağlık bakımı gibi konularda devletlerin nispeten daha geniş bir takdir marjından yararlandığını kabul etmektedir.¹¹³

Belli bir konuda Avrupa nezdinde genel bir konsensüs mevcut ise, takdir marjı daralmaktadır; bu tür vakalarda ulusal farklılıklar bakımından daha dar bir alan söz konusudur.¹¹⁴ Örneğin; Mahkeme, Romanlara ilişkin olan Chapman/BK¹¹⁵ kararında, Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme bağlamında, azınlıkların özel ihtiyaçlarının tanınmasına yönelik yeni gelişen bir uluslararası konsensüs olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁶ Bununla birlikte, bu konsensüsün yeteri kadar somut, belirli ve açık olmadığını ve buna bağlı olarak da yerel otoritelere göreceli olarak geniş tanınan takdir marjını etkilemediği sonucuna varmıştır. İHAM, Çerçeve Anlaşma, genel ilkeleri ve amaçları içermekle birlikte, taraf devletler arasında bunların uygulanmasına ilişkin bir görüş birliği bulunmadığını; bu konsensüsün taraf devletlere her durumda yol gösterecek standartları oluşturacak kadar somut bir nitelik taşımadığını belirtmiştir.¹¹⁷

Sonuç olarak, Roman ailelerin kendilerine ait açık alanlarda, karavanları içinde geleneksel yaşamlarını sürdürme taleplerine yetkili kamu otoriteleri tarafından izin verilmemiştir. Yine de, buradaki standartlar yeterince açık ve belirgin olsaydı Mahkeme farklı bir sonuca varmaya hazır görünmekteydi.¹¹⁸

Buradan da genel olarak anlaşılabileceği üzere, İHAM'ın takdir marjı doktrinin temelini oluşturan, özellikle de talilik/ ikincilik ilkesi ve Avrupa konsensüsü olguları, sosyal haklara ilişkin kararlarda ön plana çıkmakta ve temel tartışmaların zeminini oluşturmaktadır.

Bu hususların yanı sıra, Mahkeme'nin sosyal hakların korunmasına ilişkin olarak İHAS'ın ne ölçüde yorumlanabileceğini analiz ederken iki genel ve birbiri ile çakışan kategori olduğunu gözlemlemek mümkündür.¹¹⁹ Bunlardan birincisi, doğrudan ya da dolaylı olarak devlete yüklenilebilen büyük çaplı sosyo-ekonomik yoksunluklar konusudur. Bu tür başvurularda, başvuru üzerinde ciddi derecede kötü sonuçlar doğuran ya da onun haklarına yönelik bir tehdit oluşturan, şiddetli bir sosyo-ekonomik yoksunluk, doğrudan ya da dolaylı

¹¹² Chapman/BK, para.92.

¹¹³ Bkz. Sentges/ Hollanda, Başvuru No: 27677/02, 20.08.2014.

¹¹⁴ Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the CaseLaw of the European Court of Human Rights", **Heidelberg Journal of International Law**, Vol: 56, 1996, s.276.

¹¹⁵ Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001.

¹¹⁶ Chapman/BK, para.93.

¹¹⁷ Kemal Akkurt, "AİHM Kararları Işığında Kimlik ve İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan Hakları Danışma Kurulu Tecrübesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s. 240.

¹¹⁸ L.Clements, A. Simmons, a.g.e., s.410.

¹¹⁹ L.Clements, A. Simmons, a.g.e., s.410-411.

olarak devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Genellikle işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yaşağını düzenleyen 3.madde ile özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddeye ilişkin başvurular bu kategoride yer alır. Bu kategori de 3 gruba ayrılır: İlk grupta, sosyo-ekonomik yoksunluğa açık ve kasti olarak devletin bir eylemi sebebiyet vermiş olabilir. Bu tür başvurularda İHAM, büyük medeni ve siyasi hak ihlallerinin giderilmesi için sosyo-ekonomik nitelikte bir çözüm belirleyebilmektedir. Bu duruma örnek olarak, biraz ileride detaylı olarak inceleyeceğimiz “Haderini başvurusu”¹²⁰ gösterilebilir. Bu başvuruda devletin başvuruçuların evsiz kalmasından ötürü doğrudan sorumlu olduğu ileri sürülmüştür.

2. grupta, şiddetli sosyo-ekonomik yoksunluk durumundan sadece dolaylı olarak devletin sorumlu tutulabilmesi söz konusudur. Bu durum, meşru amacı olan bir eylemin, istenilmeyerek de olsa kişi ya da gruplar üzerinde orantısız sosyo-ekonomik etkiler doğurması sonucu ortaya çıkabilir. Bu tür sonuç ve etkiler genellikle devletin düzenleyici fonksiyonunu yerine getirmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin, devletin arazilerin kullanımı konusundaki denetimini arttırması yerleşim ve barınma konusunda yoksunluk ve hak kayıplarına yol açabilmektedir. Bu durum ağır ise, özel yaşama müdahale anlamına da gelebilecektir. Öngörülen düzen aynı zamanda belli bir grubun aleyhine olacak şekilde ayrımcılık yaratıyorsa, Mahkeme söz konusu düzenlemenin ölçülülüğünü inceleme rolünü de üstlenmektedir. İHAM, bu yaklaşımı G ve E/ Norveç¹²¹ ile Buckley/ Birleşik Krallık¹²² başvurularında uygulamıştır.

3. grup başvurularda, devletler kendi hukuk sistemlerinde belirli bir sosyal hakkı tanımakla birlikte, bu hakkı başvuruçu üzerinde ciddi sonuçlar ya da tehditler doğuracak derecede yerine getirememiştir. Passannante/ İtalya¹²³ ve Van Kück/ Almanya¹²⁴ başvuruları buna örnektir. Devlet burada bir sosyo-ekonomik yararı sağlama kararı almıştır ve daha sonra başvuruçular üzerinde ağır sonuçlar doğmasına sebep olacak şekilde, söz konusu hizmet ya da yararı sınırlandırmış ya da onu sonlandıracak adımlar atmıştır. Bu tür eylemler, devletin pozitif bir müdahalesi olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü devlet, burada mevcut duruma müdahale etmektedir. İHAM bu tür durumların da Sözleşme’ye uygunluğunu incelemektedir. D/ Birleşik Krallık¹²⁵ başvurusu buna örnektir.

¹²⁰ Moldovan ve diğerleri/ Romanya (No:2), Başvuru No: 41138/98, 64320/01, 12.07.2005.

¹²¹ G ve E/ Norveç, Başvuru No: 03.10.1983.

¹²² Buckley/ BK, Başvuru No: 20348/9223, 25.09.1996.

¹²³ Passannante/ İtalya, Başvuru No: 32647/96, 12.09.2003.

¹²⁴ Van Kück/ Almanya, Başvuru No: 35968/9, 26.12.2003.

¹²⁵ D/ BK, Başvuru No: 30240/96, 02.05.1997.

2.kategoride ise geniş çaplı sosyo-ekonomik yoksunluk durumu doğrudan ya da dolaylı olarak devlete yüklenilememektedir. Bu tür başvurularda genellikle Sözleşme'nin 1.maddesi ile 3. ve 8. maddelerin bir kombinasyonu gündeme gelmekte: Sözleşme, 1.madde ile bağlantılı olarak 3. ve 8. maddelerdeki pozitif yükümlülükler çerçevesinde yorumlanmakta ve Mahkeme devlete sosyal yardım sağlamak konusunda ödevler yükleyebilmektedir.

A/ Birleşik Krallık¹²⁶ kararında, üvey babası tarafından şiddetli bir şekilde dövülen bir çocuğun olduğu başvuruda Mahkeme bu tür davranışların yasaklanacağı ve cezalandırılacağı etkili hukuki düzenlemelerin olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, “makul ebeveyn cezalandırması”nın aşırı derecede geniş bir şekilde savunulması durumunun üvey ebeveynlerin ciddi bedensel zarar verme suçlamasından aklanmasına yol açtığını, Birleşik Krallık'ın 3.madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler çerçevesinde gerekli önlemleri almadığı anlamına geleceğini belirtmiştir: “Sözleşme'nin 1.maddesinde öngörülen herkesin Sözleşme'de yer alan haklarının güvence altına alınmasının sağlanması yükümlülüğü ile 3.maddede öngörülen yükümlülükler birlikte ele alındığında, taraf devletler kimsenin, özel bireyler tarafından gerçekleştirilen kötü muameleler da dahil olmak üzere, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalmaması için önlemler alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Çocuklar ya da toplumun diğer kırılgan kesimleri, özellikle devlet tarafından, etkili caydırıcı önlemlerle, bu tür kişisel bütünlük ihlallerine karşı korunmalıdır.

Sonuç olarak, İHAM uygulaması çerçevesinde, İHAS çerçevesinde bir dizi sosyal hak, insan haklarının bütünselliği ilkesi başta olmak üzere, pek çok ilke ve yorum yöntemi ile dolaylı olarak korunmaktadır. Hatta Mahkeme'nin, zaman zaman Sözleşme'yi devletlerin belli temel hakları asgari düzeyde sağlamakla yükümlü tutacak şekilde yorumladığı da görülmektedir: Bu da aslında BM ESKHK tarafından tanımlanmış olan asgari öz/çekirdek yükümlülük kavramı ile örtüşmektedir.¹²⁷ Buna göre, “taraf devletler herkesin temel gıda, temel ilk sağlık hizmetleri, temel barınma ve konut ile temel eğitimden yoksun kalmamasını garanti altına alırlar.”¹²⁸

İHAM'ın sosyal haklar dolaylı/ yansımali olarak koruması pek çok izdüşümünü içinde barındırmaktadır. En başta, İHAM'ın ulusal üstü bir yargı makamı olarak yaptırım gücü, sosyal haklara ilişkin ILO, ASŞ gibi koruma mekanizmalarından daha fazladır ve bu bakımdan daha

¹²⁶ A/ BK, Başvuru No: 35373/97, 23.09.1998.

¹²⁷ Bkz. E. Palmer, “Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, **ERASMUS LAW REVIEW**, Vol: 2, No: 4, 2009, s. 425.

¹²⁸ Bkz. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No:3, The Nature of Statetes parties' obligations, (Fifth Session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III, 86 (1991), para.10.

etkili bir koruma getirmektedir. Yine İHAM kararlarında yer alan “kaynakların eşgüdümü” ilkesi¹²⁹ İHAS ile diğer ulusal üstü insan hakları belgeleri arasında bir bağ kurmakta, hakların bütünselliği çerçevesinde devletlerin pozitif yükümlülüklerini anlamlandırmakta ve bu bağlamda yol gösterici olmaktadır. Ayrıca, Türkiye açısından da bireysel başvuru kurumunun Anayasa ile yalnızca İHAS’ın ortak koruma alanına giren haklara özgülenmesi de İHAM’ın sosyal hakları dolaylı olarak koruyan yaklaşımının önemini arttırmaktadır.

2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasal sistemimize eklemlenen bireysel başvuru kurumu ile birlikte, insan haklarının korunması bağlamında İHAM’ın kararlarının, bu kararlarda kullandığı yorum yöntemlerinin etkisi ve önemi Türkiye açısından daha da artmıştır.¹³⁰

Bireysel başvuru kurumuna ilişkin düzenleme, Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde yer almıştır: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinde ise, İHAS ile birlikte Türkiye’nin taraf olduğu İHAS’a ek protokollerin de konu bakımından bireysel başvurunun kapsamında olduğunu belirtmektedir.

Bu çerçevede bireysel başvuru mekanizmasında AYM’nin konu bakımından yetkisi, Anayasa’da ve İHAS’ta yer alan haklar ile (ortak koruma alanı) sınırlıdır.¹³¹ Anayasa Mahkemesi de buna paralel olarak yalnızca hem Anayasa’da hem de İHAS’ta düzenlenmiş olan hakları bu bağlamda incelemekte, ortak koruma alanı dışında kalan haklar bakımından konu bakımından yetkisizlik dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermektedir.¹³² AYM’nin bireysel başvuru kararlarında ayrıca İHAS metninin yanı sıra Mahkeme’nin İHAM’ın yorumları ve içtihatları ile de bağlı olduğu ifade edilmekte, İHAM’ın konuyla bağlantılı kararlarına sıklıkla atıf yapılmaktadır.¹³³ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin kararlarında

¹²⁹ Jean-Pierre Marguenaud, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, s.222-227; Jean Mouly, “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”, s.231-232

¹³⁰ Bu konuda daha detaylı açıklamalar Türkiye başlığı altında biraz ileride incelenecektir.

¹³¹ Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s. 161-162.

¹³² Bkz. AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013, para. 18; AYM, Atilla İnan Başvurusu, Başvuru No: 2012/615, 21.11.2013, para. 44; AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7063, 05.11.2015, para. 25.

¹³³ Hakan Atasoy, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Ankara: Adalet Yay., 2015, s. 164; Mustafa Selman Çelik, “Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa**

başvurucunun başvurusunda ifade ettiği nitelme ile bağlı olmadığını da vurgulamaktadır.¹³⁴ Bu bağlamda AYM'nin başvuruları otonom (özerk) bir şekilde yorumlayabileceği belirtilebilecektir. Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak nitelemesinden farklı bir hakkın başvuruya konu olduğu kanaatinde olduğu takdirde, bireysel başvuruyu kendi hak nitelemesi doğrultusunda inceleyebilmektedir.¹³⁵

Öte yandan, tüm bu olumlu görünüme biraz mesafe alınarak bakıldığında, bir sosyal hakkı, esasen birinci kuşak hakları koruma alanına alan İHAS aracılığıyla korumanın taşıdığı kimi riskler de fark edilebilir. Değerlendirme başlığı altında söz konusu riskler de irdelenecektir.

B. Örnek Kararlar

Bu başlık altında Mahkeme içtihatları üzerinden sosyal haklar alanında nasıl dolaylı bir koruma sağladığı, yorum yöntemlerini başvurular bazında somut olaylarda ne şekilde uyguladığı incelenecektir. Burada bütün sosyal hakları ve kararlar tüketici bir şekilde ele alınmayıp, İHAM'ın sosyal haklara bakış açısı, hangi hak(lar) ile bağlantılı olarak hangi yorum yöntemleri ve ilkeleri ön plana çıkardığının bir panoraması ortaya konulmaya çalışılacaktır. Buna bağlı olarak da her bir hakkın bağlantılı olduğu hak ya da haklar ile söz konusu hakkın korunmasına temel oluşturan yorum yöntemleri birlikte ele alınmıştır.

Bu çerçevede şunu da belirtmek gerekir ki, oldukça temel bir sosyal hak olan eğitim hakkı burada ayrıca bir başlık olarak değerlendirilmemiştir. İHAS'a Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde¹³⁶ eğitim hakkı esasen negatif bir dille düzenlenmiştir. Hem söz konusu maddede düzenleniş tarzı, hem de İHAM'ın yaklaşımı eğitim hakkının sosyal ve kültürel boyutlarının ortaya konulması ve pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesine ilişkin olarak oldukça yetersiz

Şikayeti), (Ed. Sevtap Yokuş), Ankara: Seçkin Yay., 2014, s. 160; Nazmiye Güveyi, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 73-74.

¹³⁴ Nazmiye Güveyi, a.g.e., s. 83-84.

¹³⁵ Zeynep Kılıçkaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2016, s. 130. Bkz. AYM, Bekir Birol Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2694, 18.09.2014, para. 25; AYM, Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013, para. 16; AYM, Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, 16.09.2015, para. 20.

¹³⁶ Ek 1 No'lu Protokol, md.2: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerinin yerine getirilmesinde, anne ve babaların çocuklarına, kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olan bir eğitim ve öğretim verilmesini isteme haklarına saygı gösterir."

kalmıştır.¹³⁷ Mahkeme'nin bu yaklaşımı, Belçika Dil Davası kararında da açık bir şekilde ortaya konulmuştur.¹³⁸

Bu davada Belçika'da, çoğunluğun Hollandaca konuştuğu bir bölgede yaşayan ancak Fransızca konuşan ebeveynler çocuklarının da zorunlu temel eğitiminin Hollandaca değil, Fransızca verilmesi talebinde bulunmuşlar ancak bu talepleri ilgili makamlarca reddedilmiştir. Mahkeme, kararında Ek 1 No'lu Protokol'ün 2.maddesinde yer alan eğitim hakkının “sadece mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkıyla” ve “bu kurumlarda alınan eğitimin resmi olarak tanınmasıyla sınırlı olduğunu”, ebeveynlerin çocuklarına verilecek eğitim sırasında inanç ve kanaatlerinin dikkate alınmasını talep etme haklarının olduğunu, ancak bu hakkın dil tercihleri açısından söz konusu olmadığını ifade etmiştir.¹³⁹

İHAM kararlarında, eğitim hakkının “belirli bir seviyede ve nitelikte” sunulması gerektiği yönünde devletlere bir pozitif yükümlülük yüklenmediğini; bu bağlamda devletlerin eğitim hizmetini bizzat ya da mali olarak destekleyerek başka kurumlar aracılığıyla sağlama yükümlülüğü bulunmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte bu hakkın ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterildiği, demokratik, sorgulayıcı, nesnel, ve çoğulcu bir eğitimi sağlama yükümlülüğü yüklediğini ifade etmiştir.¹⁴⁰

Bu bakımdan İHAM'ın eğitim hakkına yönelik içtihadında genellikle negatif yükümlülüklerin ön plana çıktığı; sosyal bir hak olarak niteliğinin vurgulanmadığı görülmektedir. Eğitim hakkına yönelik pozitif yükümlülükler, esasen dezavantajlı bireylerin eğitim hakkına ilişkin başvurularda gündeme gelmiş ve ele alınmıştır. Bu kararlar dezavantajlı bireyler başlığı altında değerlendirildiği için eğitim hakkı ayrıca bir başlık altında incelenmemiştir.

1. Çalışma Hakkı: İşveren ile Çalışan Arasında Adil Bir Denge

Sosyal bir hak olarak çalışma hakkı, Sözleşme'de açıkça düzenlenmiş haklar arasında yer almamakla birlikte İHAM, çalışma yaşamının kişinin yaşamındaki, kişiliğinin gelişimindeki önemini göz önüne alarak Sözleşme'deki bazı haklarla olan ilişkisi çerçevesinde

¹³⁷ Konuyla ilgili detaylı bir değerlendirme için bkz. Olgun Akbulut, “Eğitim Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s. 533-542.

¹³⁸ “Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (*Belçika Dil Davası*), Başvuru No: 1474/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 1677/62, 23.07.1968, para. 4.

¹³⁹ Belçika Dil Davası, para.6. Bkz. Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Eğitim Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 90, Mart-Nisan, 2010, s.333.

¹⁴⁰ Bkz. Hasan ve Eylem Zengin/ Türkiye, Başvuru No: 1448/04, 09.10.2007, para. 52.

bu hakkı dolaylı olarak korumakta; insan haklarına bütüncül bir yaklaşım örneği sergilemektedir.

Mahkeme kararlarında çalışma hakkı, devletin bireylere iş sağlama ya da bireylerin istedikleri işte çalışabilme hakkının bulunması olarak değil de¹⁴¹, bireyin çalışma yaşamına erişimini engelleyen halleri ve çalışanların haksız yere işten çıkarılmalarını uygunluk denetimini konu edinmektedir.¹⁴²

İHAM'ın çalışma hakkı ile bağlantılı başvurularda, ağırlıklı olarak İHAS'ın 8., 11. maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 1.maddesinin uygulama alanı bulduğunu görmekteyiz. Söz konusu maddeler çerçevesinde yapılan incelemelerde öncelikle ilgili hakka bir müdahale olup olmadığı; 8. ve 11. maddelerin 2.fıkralarında öngörülmüş olan meşru amaçlardan birinin¹⁴³ güdülmüş olup olmadığı; müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı, yani acil bir sosyal ihtiyaca cevap olup olmadığı, bu anlamda demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılmaktadır.

Mahkeme'nin çalışma hakkı ile ilintilendirdiği hakların başında, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen “özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı” gelmektedir. İHAS'ın en geniş yorumlanan maddelerinden biri olan 8. maddede korunan haklara ilişkin herhangi bir tanım madde metninde yer almamaktadır.¹⁴⁴ İHAM, kesin ve sınırları belli bir şekilde “özel yaşam”ı tanımlamaktan kaçınmaktadır.¹⁴⁵ Mahkeme, dinamik ve evrimci yorum yöntemiyle birçok hukuki yararı, 8. maddenin kapsamına yerleştirmiştir.¹⁴⁶ Bu maddede geçen “özel yaşam”, “aile yaşamı”, “haberleşme” ve “konut” kavramları otonom bir şekilde yorumlanmaktadır.¹⁴⁷

¹⁴¹ National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/ BK, Başvuru No: 31045/10, 08/04/2014.

¹⁴² Z. Kılıçkaya, a.g.e., s.130.

¹⁴³ Mülkiyet hakkı açısından “kamu yararı” meşru amacının güdülmüş olup olmadığına bakılır.

¹⁴⁴ David Feldman, “The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, **E.H.R.L.R.**, Vol: 3, 1997, s.265.

¹⁴⁵ Niemietz/ Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, para. 29; Costello Roberts/ BK, Başvuru No: 13134/87, 25.03.1993, para. 36; Pretty/ BK, Başvuru No: 2346/02, 29.07.2002, para. 61; ECHR, Koch/ Almanya, Başvuru No: 497/09, 17.12.2012, para. 51; Aalt Willem Heringa,/ Leo Zwaak, “Right to Respect for Privacy (Article 8)”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak), 4. Bası, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 664-665; Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 181-182; Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel Inceoglu), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013, s. 303-304.

¹⁴⁶ Sami Sezai Ural, **Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru**, Ankara: Seçkin Yay., 2013, s. 177; Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, İstanbul: Legal Yay., 2013, s. 2-7.

¹⁴⁷ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 361.

İHAM, “özel yaşam” kavramını yalnızca bireyin kişisel alanı içerisinde değerlendirmez. Kişinin haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerinin korunması, özel yaşamının gizliliği ve diğer kişilik haklarının yanı sıra, kişinin çalışma yaşamı ve mesleki faaliyetleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁴⁸ Bireyi içerisinde yer aldığı sosyal alandan soyutlanmak mümkün olmadığından, bu hususlar da özel yaşam kavramının önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Kişinin başkalarıyla diyalog kurma ve ilişkiler geliştirmesi bakımından oldukça önemli olan çalışma yaşamına ilişkin meseleleri de İHAM özel yaşam kavramının kapsamında değerlendirmektedir.¹⁴⁹ Ayrıca Mahkeme, bireyin işe erişim ile mesleki faaliyetlerde yer almasına ilişkin sorunları kendisi ile ailesinin yaşamını sürdürmesi, geçim kaynağını sağlaması bakımından engeller oluşturarak özel yaşamı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabileceğinden hareketle, çalışma yaşamıyla bağlantılı belli hususları özel yaşama saygı hakkı açısından incelemektedir.¹⁵⁰

Kişinin çalışma yaşamına erişimine engel olan ve İHAM’ın ihlal bulduğu başvurulara örnek olarak, Campagnano/İtalya¹⁵¹ kararı belirtilebilir. Mahkeme, İtalyan İflas Kanunu’nda yer alan, iflas eden kişilerin çalışma yaşamına girişine ilişkin engelleri, kişilerin toplumdaki başka insanlarla ilişkilerini etkilemesi sebebiyle 8. madde kapsamında ele almış ve burada yer alan engellerin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı değerlendirmesini yaparak ihlal sonucuna varmıştır.¹⁵²

Sidabras ve Džiautas/Litvanya¹⁵³ kararında da İHAM, Litvanya’nın bağımsızlığını kazanmasından dokuz yıl sonra çıkarılan bir yasaya dayanılarak KGB için çalışanların pek çok kamu ve özel sektör alanında iş bulmalarını engellenmesini, Sözleşme’nin 8. ve

¹⁴⁸ Z. Kılıçkaya, a.g.e., s. 134.

¹⁴⁹ Niemietz/ Almanya, para. 29; Oleksandr Volkov/ Ukrayna, Başvuru No: 21722/11, 27.05.2013, para. 165; C./Belçika, Başvuru No: 21794/93, 07.08.1996, para. 25.

¹⁵⁰ Kyriakides/ Kıbrıs, Başvuru No: 39058/05, 16.01.2009, para. 50; Emel Boyraz/ Türkiye, para. 44.

¹⁵¹ Campagnano/ İtalya, Başvuru No: 77955/01, 23.03.2006

¹⁵² Campagnano/ İtalya, para. 54.

¹⁵³ Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, 24.07.2004.

14.maddelerine¹⁵⁴ aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.¹⁵⁵ İHAM burada başvuruçuların işe erişimine ilişkin olarak öngörülen yasakların özel sektörü de kapsadığı ve dolayısıyla da bireylerin sosyal ilişkiler kurmaları ve yaşamlarını sürdürebilmeleri açısından olumsuz etkilerini olduğunu göz önüne almıştır. Mahkeme, kamuda istihdam için devlete karşı belirli bir bağlılığın aranması koşulunu öngörülebilir bulurken özellikle de özel sektöre yönelik olarak da söz konusu bağlılığın aranmasının ise meşru bir amaç çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini özel yaşama saygı hakkı açısından ihlal kararı vermiştir.¹⁵⁶

Çalışma yaşamına erişim hakkı bağlamında Mahkeme'nin Sözleşme'nin 10.maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile ilintilendirdiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Vogt/ Almanya kararında Almanya'nın Komünist Partisi üyelerinin kamu sektöründe istihdam edilmesini yasaklamasını ifade ve örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulmuştur.¹⁵⁷

Haksız işten çıkarmalar konusu da İHAM'ın kararlarında yer almıştır. Burada da ağırlıklı olarak yine 8.madde ile bağlantılı hususlar değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, bireylerin cinsel yönelimlerine ilişkin başvurular da gündeme gelmektedir. Mahkeme, cinsel yönelimin özel yaşamın önemli bir unsurunu oluşturduğunu belirterek, sırf bu nedenle işinden olan kişilerin, İHAS'ın 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Örnek olarak, silahlı kuvvetlerindeki eşcinselleri işten atan Birleşik Krallık'ın Lusting-Prean ve Beckett¹⁵⁸ ve Smith ve Grady¹⁵⁹ başvurularında Mahkeme 8.maddenin ihlal edildiği sonucuna vararak aslında yalnızca özel yaşama saygı hakkını değil, çalışma hakkını da

¹⁵⁴ İHAS'ın 14. maddesine göre: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." Söz konusu madde, yalnızca İHAS'ta düzenlenen ve korunan hak ve özgürlüklerin kullanımında ayrımcılık yasağına ilişkin olup genel bir ayrımcılık yasağı hükmü değildir. Kişinin bu maddeye dayanarak bir başvuruda bulunabilmesi için Sözleşme kapsamında yer alan bir hakkının kullanımında ayrımcılığa tabi tutulması gerekmektedir. Kişinin genel olarak ayrımcılık yasağından yararlanabilmesi için Ek Protokol No: 12'ye başvurması gerekmektedir. İlgili Protokol Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. Bkz. Aalt Willem Heringa, Fried van Hoof, "Prohibition of Discrimination (Article 14)", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak), 4. Bası, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 1028-1029; Matti Mikkola, **Social Human Rights of Europe**, Porvoo: Karelactio Publ., 2010, s.10; Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 154; Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013, s. 471.

¹⁵⁵ Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, para. 48-50, 62.

¹⁵⁶ Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, para. 57-58. Aynı düzenleme sebebiyle özel sektörde avukat olarak çalışan başvuruçuların avukatlık mesleğinden çıkarılmaları ve yine hem kamuda hem de özel sektörde yer alan birçok alanda çalışmalarının yasaklanmasının İHAS'ın 8'inci ve 14'üncü maddelerinin birlikte ihlali oluşturduğuna dair İHAM karar için bkz. Rainys ve Gasparavičius/ Litvanya, para. 36-37.

¹⁵⁷ Vogt/ Almanya, Başvuru No: 17851/91, 29.09.1995

¹⁵⁸ Lusting-Prean ve Beckett/ BK, Başvuru No: 31417/96 ve 32377/96, 27.09.1999.

¹⁵⁹ Smith ve Grady/ BK, Başvuru No: 33985/96 ve 33986/96, 27.12.1999.

korumuştur. İHAM, kişilerin işten çıkarılmalarının mesleki konumları ile gelecekteki beklentileri açısından oldukça olumsuz ve ağır etkileri olabileceğini göz önüne almaktadır.¹⁶⁰

Yine, 8.madde ile bağlantılı olarak, eşi ile ayrılık kararı vermiş bir kilise şefinin evlilik dışı ilişkisi nedeniyle işten çıkarılmasını konu edinen Schüth/ Almanya¹⁶¹ başvurusunda da işten çıkarma tedbiri özel yaşama bir müdahale olarak nitelendirilmiş ve 8.maddenin 2.fıkası bağlamında, müdahalenin meşru olup olmadığı değerlendirilirken kilise şefinin kiliseye karşı olan sadakat yükümlülüğü ve özel yaşamı arasında bir denge olup olmadığına bakılmıştır. Sonuç olarak, bu dengenin kurulmadığı belirtilmiştir. Bu bakımdan, işçinin işvereni ile iş akdi yaparak yüklendiği sadakat borcunun özel yaşamı bir yere kadar sınırlandırabileceği sonucu çıkarılabilir.¹⁶²

Yine Arzu Özpınar/ Türkiye¹⁶³ başvurusunda da bekar bir kadın hakimin özel yaşamı gerekçe gösterilerek görevinden alınmasını 8.maddeyi ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, yaptığı incelemede Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yapılan soruşturmanın, başvurunun iş yaşamı ile bağlantısı olmayan, özel yaşamına ilişkin unsurların yer aldığını ve söz konusu suçlamaların da sağlam gerekçelerle desteklenmemiş olduğunu tespit etmiştir. Bunlara ek olarak, soruşturmada usulü güvencelerin de sağlanmadığı, başvurunun hakkındaki iddialara ilişkin savunmasını dile getirebileceği çelişmeli yargılama imkanı ile tedbirin hukuka uygunluğunun tespiti ve yetkinin kötüye kullanılması durumunda sorumluların cezalandırılması için yetkili bağımsız ve tarafsız bir denetim organına başvurabilme imkanının sunulmadığı belirtilmiştir.¹⁶⁴ Mahkeme'ye göre, başvurunun görevden alınması sonucunda, otomatik olarak avukatlık yapma hakkından da yoksun bırakılması, söz konusu müdahalenin orantısız olduğunu, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ortaya koymaktadır. Bu gerekçelerle 8.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Çalışanların işyerinde işverenlerce e-postalarının denetlenmesi ve buna bağlı işten çıkarmalar da inceleme konusu olmuştur. İHAM, Barbulescu/Romanya¹⁶⁵ kararında, işyerine tahsisli Yahoo Messenger hesabını kişisel yazışmaları için kullanan çalışanın yazışmalarının

¹⁶⁰ Smith ve Grady/ BK, para. 92, 112; Lustig-Prean ve Beckett/ BK, para. 85, 105. Aynı karar hakkında ayrıca bkz. Evra Çetin, "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, (Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper), Ankara: Seçkin Yay., 2015, s. 103-106.

¹⁶¹ Schüth/ Almanya, Başvuru No: 1620/03, 23.12.2010.

¹⁶² Duygu Köksal, "AİHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", s.63.

¹⁶³ Arzu Özpınar/ Türkiye, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010.

¹⁶⁴ Bu çerçevede 8.madde ile birlikte, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13.maddenin de ihlal edildiğine karar verilmiştir.

¹⁶⁵ Barbulescu/Romanya, Başvuru No: 61496/08, 05.09.2017

izlenmesini ve buna dayanarak işten çıkartılmasını, 8. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Olayda işveren, başvurucunun Yahoo hesabı üzerinden gerçekleştirdiği iletişiminin, denetlendiğini, bu esnada da interneti kişisel amaçları için kullandığının ortaya çıktığını bildirmiştir. Başvurucu ise Yahoo hesabını yalnızca profesyonel amaçlı kullandığını belirtmiş, bunun üzerine işveren, başvurucunun nişanlısı ve kardeşi ile özel yaşamına ilişkin konuşmaların yer aldığı 45 sayfayı başvurucuya sunmuştur. İşveren, şirket iç yönergesinde şirkete ait bilgisayarların kişisel amaçlı kullanımının yasak olarak düzenlenmiş olduğunu belirterek başvurucunun iş sözleşmesini feshetmiştir.

İHAM burada başvurucunun iletişiminin denetlenmesi hususunda makul bir beklentisinin olup olmadığını ve başvurucunun özel yaşamı ve haberleşmesine saygı hakkı ile işverenin menfaati arasında adil denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme somut olayda müdahalenin devletten değil özel bir şirketten kaynaklandığını ve başvurucunun mesajlarının içeriğinin denetlenmesinin iç hukukta hakka müdahale olarak nitelendirilmediğini, hatta işten çıkarmanın haklı olup olmadığını denetleme aracı olarak kullanıldığını ifade etmiştir. İHAM'a göre, olayda işverenin denetiminin direkt ve ana amacı başvurucunun yazışmalarının içeriğine müdahale etmek değildir ama işveren tarafından başvurucunun özel yaşamının bu şekilde denetlenmesini önleyememek, devletin *pozitif yükümlülüğünü* yerine getirmediği anlamına gelmektedir.

İHAM kararında devletlerin özel yaşamının korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin sınırlarını ve içeriğini şu şekilde ifade etmiştir: “Devlet, özel yaşam ve aile yaşamının korunmasını amaçlayan yasal bir çerçeve oluşturarak bireylere bu yönde bir güvence sağlamadığı sürece pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz.”

İHAM, kararında, sadece iş hukuku alanındaki düzenlemelerde değil diğer yasalarda da özel yaşamı korumaya yönelik güvencelerin bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak, iş hukukunda bu hususta boşlukların olması ve Avrupa’da da buna ilişkin bir konsensüsün henüz oluşmaması, işverenlerin hangi durumlarda ve ölçüde çalışanların iletişimini denetleyebileceğine dair yasal bir çerçeve belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Mahkeme’ye göre, yasal çerçeveyi belirleme hususunda da devletlerin takdir marjı sınırsız değildir ve işverenin denetim yetkisinin kötüye kullanılmaması bakımından etkili ve yeterli bir koruma sağlayacak güvenceleri içinde barındırmalıdır. Bu bağlamda yerel makamlar özellikle de şu güvenceleri sağlamalıdır:

- Çalışanlar, iletişimlerinin denetleneceği hususunda önceden bilgilendirilmeli; burada denetimin niteliği ve kapsamı, açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmelidir.

- Yapılacak olan denetimin kapsamı, içeriği ve işçinin özel yaşamına yapılacak olan müdahalenin ölçüsü de belirlenmelidir. Bu bağlamda, bilgi akışı ile içeriği arasında ayırım yapılmalı; iletişimin tümünün mü yoksa bir parçasının mı, herkesin mi yoksa sınırlı sayıda çalışanın mı denetleneceği, denetleme sonucuna kimlerin ulaşabileceği de hesaba katılarak belli bir zaman aralığı bildirilmelidir.

- İşverenin iletişimi denetleme hususunda haklı ve makul bir gerekçesi olup olmadığı belirlenmelidir.

- İletişimin denetlenmesinde önce, hakkı daha az ihlal edici bir yöntem oluşturma mümkün olup olmadığı değerlendirilmeli, işverenin amacına ulaşmasını sağlayacak başka yollar ve araçlar da düşünülmelidir.

- İletişimi denetlenen işçinin, burada belirtilen güvencelerin dikkate alındığı ve iletişimin denetlenmesinde kullanılan ölçütlerin hukuki olup olmadığının denetlenebileceği, yargı organlarından önce başvurabileceği bir başvuru yolu bulunmalıdır.

İHAM, devletin başvuru ile işverenin yarışan hakları arasında adil dengeyi kurmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Yerel mahkemeler, başvuru ile iletişimin denetleneceğinin önceden bilgilendirildiği sorusunun cevabını belirlemek bakımından yetersiz bulunmuştur. İHAM, işyerinde interneti kişisel amaçlar için kullanmayı yasaklayan işyeri iç düzenlemelerinin bulunmasını ve işverenin tüm çalışanlara bilgi notu göndermesini yeterli bulmamıştır. Çünkü başvuru belirli olmayan bir zaman dilimi için haberdar edilmiştir; denetimin kapsamı, içeriği ya da işverenin mesajın içeriğini inceleyip inceleyemeyeceği konusunda yeterli bilgilendirilme yapılmamıştır.

Çalışma yaşamına erişim hakkına ilişkin kararlarında olduğu gibi, haksız işten çıkarılmaya ilişkin olarak da yine Mahkeme'nin hem 8.maddenin, hem de 14.maddenin ihlal edilmiş olduğuna yönelik kararları da bulunmaktadır. Örneğin, İHAM, başvuru ile HIV pozitif olması sebebiyle işten çıkarılmasının İHAM'ın 8. maddesi ile 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁶

Haksız işten çıkarılma ile birlikte ayrımcılık yasağına ilişkin bir diğer örnek ise Emel Boyraz/Türkiye¹⁶⁷ kararıdır. Olayda başvuru, güvenlik görevlisi olmaya hak kazanmış; ancak kadın olduğu gerekçesi ile işin gerektirdiği yükü kaldıramayacağı belirtilerek işe alınmamıştır.

¹⁶⁶ I.B./ Yunanistan, Başvuru No: 552/10, 03.01.2014.

¹⁶⁷ Emel Boyraz/ Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.12.2014.

İHAM burada ayrımcılık yasağına aykırı bir şekilde, kişinin haksız yere işten çıkarıldığını belirterek 8. ve 14. maddelerin birlikte ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁶⁸

Haksız işten çıkarmalar konusunda Sözleşme'nin 10.maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ile bağlantılı kararlar da mevcuttur. Örneğin Komünist Parti'ne üye olduğu gerekçesi ile bir lise öğretmeni hakkında disiplin soruşturması açılarak görevine son verilmiştir. İHAM, olaya ilişkin değerlendirmesinde başvurucunun işten çıkarılmasının 10.maddede düzenlenen ifade özgürlüğü ile ilişkili olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁹ Mahkeme, kararında başvurucunun işten çıkarılmasının hem kendisinin onuru ve saygınlığı üzerindeki etkisini, hem de yaşamını sürdürebileceği ana geçim kaynağından yoksun kalacak olmasını hem de Almanya'da kamu okulları haricinde öğretmenlik yapmanın zor olduğunu dikkate almıştır.

Sonuç olarak başvurucunun öğretmenlik görevinden alınmasının, uzun yıllar eğitim gördüğü, tecrübe kazandığı ve belli bir kariyer oluşturduğu mesleğini sürdürmesi bakımından önemli bir engel olacağı gerekçesi ile “ağır bir ceza” olduğu belirtilmiş ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.¹⁷⁰

Bir başka kararında, Macaristan Yüksek Mahkemesi başkanı olarak görev yapmakta olan bir yargıcın ülkede yargı sistemini etkileyen birçok yargı reformu hakkında görüş bildirdiği ve bu kapsamda hükümetin politikalarını eleştirdiği için görevinden alınmasının ifade özgürlüğü ihlali ettiği kanaatine varmıştır.¹⁷¹ Sendika temsilcilerinin bir belediye başkanını işveren sıfatıyla eleştiren bir ilan hazırlaması sonucunda mahkum olmalarını konu edinen başvuruyu da İHAM ifade özgürlüğü çerçevesinde ele almıştır.¹⁷² Mahkeme, davaya konu ifadelerin olgusal temeli bulunduğunu, kişisel bir saldırı içermediğini ve kamu yararı amacı olan konularda kabul edilebilir bir eleştiri sınırı içinde olduğunu belirtmiştir. 10.maddenin 2.fıkrası çerçevesinde yapılan değerlendirmede, başvurularda uygulanan ceza orantısız bulunmuş ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.¹⁷³ Bu bakımdan, çalışanların sır saklama ve sadakat yükümlülüğü olmakla birlikte, kamu yararını ilgilendiren konularda yaptıkları açıklama ve eleştirilerin güvenilir ve açık olması, olgusal temelinin bulunması ve iyi niyetle hareket edilmesi koşulları çerçevesinde ifade özgürlüğü korunmaktadır. Bununla birlikte, kullanılan ifadelerin işyerinin işleyişini tamamen bozmaması;

¹⁶⁸ Emel Boyraz/ Türkiye, para. 56.

¹⁶⁹ Vogt/ Almanya, para. 44.

¹⁷⁰ Vogt/ Almanya, para.60-61.

¹⁷¹ Baka/ Macaristan, Başvuru No: 20261/12, 27.05.2014.

¹⁷² Vellutini ve Michel/ Fransa, Başvuru No: 32820/09, 06.01.2012

¹⁷³ Benzer bir karar olarak bkz. Rubins/ Letonya, Başvuru No: 79040/12, 13.01.2015; Matúz/ Macaristan, Başvuru No: 73571/10, 21.01.2015

ifadenin açıkça ve fütursuzca diğer çalışanların kişilik haklarını zedeleyecek ölçüde hakaret içermemesi de gerekir.¹⁷⁴ Bunlara ek olarak, bir televizyon kanalının program yayıncısının canlı yayında televizyon yöneticilerini eleştirmesi nedeniyle işten çıkarılmasını konu edinen Fuentes Bobo/ İspanya¹⁷⁵ başvurusunda, kullanılan ifadelerin programda canlı olarak dile getirilmiş olması ve spontane olması da göz önüne alınarak uygulanan cezanın en sert ceza olduğu, dolayısıyla orantısız olduğu belirtilmiştir.

Sonuç olarak, iş akdi gereği işçi ve işveren arasında sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yukarıdaki koşullar çerçevesinde işçinin iyiniyetle hareket ederek işvereni eleştirme hakkı, ifade özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu bağlamda, İHAM'a göre sözleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğünden daha üstün değildir ve somut olayda işten çıkarma, kamu gücü tarafından gerçekleştirilmemiş olsa bile devlet, kişilerin görüşlerini özgürce ifade edebilecekleri bir ortamı yaratma konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etmiştir.¹⁷⁶

Haksız yere işten çıkarılmanın Sözleşme'de düzenlenen haklar işe bağının kurulabileceği örnekler çoğaltılabilir. Örneğin, İHAM bir kararında bir siyasi parti üye olduğu gerekçesi ile işinden olan başvurunun, İHAS'ın 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁷⁷ Yine başvuru sahiplerinin işyerlerinde haç takmaları gerekçesiyle işten çıkarılmalarını da İHAM Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulmuştur.¹⁷⁸ Konuyla bağlantılı olarak haksız yere işten çıkarılan kişinin başvurabileceği etkili bir hukuki yolun bulunmaması, yargı yolunun meşru nedenler olmaksızın kapalı olması ya da açılan davalarda adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin bulunmaması durumunda da İHAS'ın 6. maddesi de gündeme gelebilmektedir.¹⁷⁹

Görüldüğü üzere İHAM, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde Sözleşme kapsamında açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, çalışma yaşamına ilişkin pek çok hak ihlalini incelemektedir.

¹⁷⁴ Palomo Sanchez ve diğerleri/ İspanya, Başvuru No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12.09.2011.

¹⁷⁵ Fuentes Bobo/ İspanya, Başvuru No: 39293/98, 29.02.2000.

¹⁷⁶ Tolga Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını No:119, 2014, s. 358.

¹⁷⁷ Redfearn/ BK, Başvuru No: 47335/06, 06.02.2013, para. 57.

¹⁷⁸ Eweida ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 48420/10-59842/10/ 51671/10-36516/10, 27.05.2013, para. 91

¹⁷⁹ Vilho Eskelinen ve diğerleri/ Finlandiya, Başvuru No: 63235/00, 19.4.2007, para. 62; Cudak/ Litvanya, Başvuru No: 15869/02, 23.03.2010, para. 60-75.

2. Kaynakların Eşgüdümü ve Evrimci Yorum Işığında Sendikal Haklar: Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Hakkı

Sendikalar, İHAS'ın 11.maddesinde yer alan örgütlenme özgürlüğünün özel bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hakkın da hem negatif, hem de pozitif boyutları bulunmaktadır. Örneğin, sendikaya üye olmama hakkı hakkın negatif boyutlarından birini oluşturmaktadır. İHAM'a göre, bu madde düşünce ve ifade özgürlüğü çerçevesinde bir seçim yapabilme özgürlüğünü de bünyesinde barındırır ve bireyleri sendikaya üye olmaya zorlamak söz konusu maddenin amacına aykırıdır.¹⁸⁰

Sendika kurma ve sendikalara üye olma dışında hak kapsamındaki en önemli tartışmayı bu hakkın toplu sözleşme yapma ve grev hakkını kapsayıp kapsamadığı oluşturmıştır. İHAM; “sendikanın üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla dinlenilme hakkının olduğunu”¹⁸¹ ve sendikaların kullanabileceği en önemli araçlardan birinin de toplu sözleşme yapmak olduğu¹⁸² yönündeki içtihatlarına rağmen toplu iş sözleşmesi yapma ve grev hakkı gibi sendikal haklara karşı ilk yıllarda mesafeli ve devletlerin takdir marjını ön plana çıkaran bir tutum sergilemiş olsa da¹⁸³, zaman içinde sendikal örgütlenmeye ilişkin haklar alanında kapsamlı bir genişleme gözlemlenebilecektir.

2008 yılında Büyük Daire Demir ve Baykara/ Türkiye¹⁸⁴ kararıyla beraber bu içtihat değiştirilmiş 11.maddenin kapsamı genişletilmiştir. Bu tarihe kadar, Mahkeme, 11.maddede düzenlenen sendikal hakkın özünün yalnızca kamu görevlilerinin sendikaya üye olmak ve kurmak¹⁸⁵, sendika tekeli yasağı¹⁸⁶ ve sendikanın işvereni ikna etme hakkını¹⁸⁷ kapsadığını belirtirken, bu karar ile birlikte toplu sözleşme yapma hakkı da eklenmiştir.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Young, James ve Webster/ BK, Başvuru No: [7601/76](#), [7806/77](#), 18.10.1982; Gustaffson/ İsveç, Başvuru No: 1107043, 30.07.1998; Sorensen ve Rasmussen/ Danimarka, Başvuru No: 52562/99, 52620/99, 11.01.2006

¹⁸¹ Syndicat National De La Police Belge/ Belçika, Başvuru No. 4464/70, 27.10.1975; Swedish Engine Drivers' Union/ İsveç, Başvuru No. 5614/72, 06.02.1976.

¹⁸² Wilson ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 13004/87, 13.04.1989; Gustafsson/ İsveç, Başvuru No: 15573/89, 25.04.1996.

¹⁸³ Örnek olarak bkz. Swedish Engine Drivers' Union/ İsveç, Başvuru No: 5614/72 06.02.1976; Wilson ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 13004/87, 13.04.1989; Gustafsson/ İsveç, Başvuru No: 15573/89, 25.04.1996. Grev hakkı konusunda da Mahkeme grev hakkı sendikal hakların önemli bir unsuru olmasına rağmen, tek unsuru olmadığını ve md. 11'de de açıkça düzenlenmediğini belirtmiştir. Bkz. Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri/ BK, Başvuru No. 30668/96, 30671/96, 30678/96, 02.07.2002.

¹⁸⁴ Demir ve Baykara/ Türkiye, Başvuru No. 34503/97, 12.11.2008.

¹⁸⁵ Tüm Haber-Sen ve Çınar/ Türkiye, Başvuru No: 28602/95, 21.05.2006

¹⁸⁶ Sørensen ve Rasmussen/ Danimarka, Başvuru No: 52562/99, 52620/99, 11.01.2006

¹⁸⁷ Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 30668/96, 30671/96, 30678/96, 02.10.2002

¹⁸⁸ Duygu Köksal, “AİHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu”, s.68.

Olayda başvuru Tüm-Bel-Sen, Gaziantep belediyesiyle bir toplu iş sözleşmesi yapmış ancak belediye, buradan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Tüm-Bel-Sen'in açmış olduğu davalar da, söz konusu sendikanın tüzel kişiliğinin kabul edilmemesi ve buna bağlı olarak da yapılan toplu sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülerek reddedilmiştir.¹⁸⁹

Bu davada İHAM, toplu görüşme ve sözleşme hakkını 11.madde kapsamında değerlendirmiş; dinamik yorum yöntemiyle, Sözleşme'yi siyasi, hukuki ve toplumsal gelişmelerin ışığında ele almış; Avrupa devletlerinin ağırlıklı çoğunluğunun bazı hassas alanlar ve belirli devlet memurları (silahlı kuvvetler ve kolluk mensupları ile yargıçlar ve diplomatlar gibi) için getirilen istisnalarla toplu sözleşme hakkını tanıdığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, Sözleşme kapsamındaki hakların yorumunda yalnızca Sözleşme hükümleri ile sınırlı kalmayarak ye devletlerce onaylanmamış bir uluslararası belgenin de kaynak olarak kullanılabileceğini belirtmiştir.¹⁹⁰ Bu bağlamda, "kaynakların eşgüdümü" yöntemiyle Sözleşme'yi ASS, ILO Sözleşmeleri, ASHK yorumlarını da esas alarak ele almaktadır.¹⁹¹ Mahkeme, en sonunda toplu iş sözleşmesi yapma hakkının, 11. maddede ye alan sendika hakkının vazgeçilmez ve ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir.

Bu kararın grev hakkı alanındaki izdüşümü ise, bir yıl sonra verilen Enerji Yapı-Yol-Sen/ Türkiye kararıdır.¹⁹² Bu davanın konusu, kamu sektöründe çalışanların toplu olarak işi yavaşlatma, iş bırakma ve grev eylemlerine katılımlarını yasaklayan bir bakanlık genelgesini görmezden gelerek grev eylemlerine katılan  sendika yesi hakkında uygulanan disiplin cezasıydı. İç hukuk yollarıyla bu cezaların iptalini sağlayamayan Sendika, İHAM'a başvurur ve sonuçta Mahkeme Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır. Demir ve Baykara kararında olduğu gibi, ASS ve ILO normları da göz önüne alınarak, toplu görüşme ve sözleşme hakkı gibi grev hakkının da 11.maddeyle bütünleştirilmesi ve sendikal özgürlüğün ayrılmaz bir parçası olduğunun kabulü için yeterli bir Avrupa uzlaşmasını mümkün kılan bir gelişim geçirdiği tespitini yapmıştır.¹⁹³

¹⁸⁹ Tolga şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve öneriler)", s.359.

¹⁹⁰ Bilindiği zere, Türkiye GGASS'nin 5. ve 6. Maddelerine çekince koyduğundan İHAM'ın söz konusu maddeleri davada kullanamayacağını ileri srmştir. Büyük Daire ise, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında İHAS hükümlerinin tek dayanak noktası olmadığını; Avrupa Konseyi'nin bağlayıcı olmayan belgelerinin ve uluslararası hukuk normlarını oluşturan kaynakların ye devletler tarafından imzalanmış ve onaylanmış olup olmadığına bakılmaksızın yorumlamada kullandığını belirtmiştir. Demir ve Baykara/ Türkiye, Başvuru No. 34503/97, 12.11.2008, para. 85, 86.

¹⁹¹ J. Mouly, a.g.e., s.232

¹⁹² Enerji Yapı-Yol-Sen/ Türkiye, Başvuru No: 68959/01, 21.04.2009

¹⁹³ J. Mouly, a.g.e., s.223. Yazara göre: "şüphesiz Mahkeme, grev hakkının mutlak bir yapısı olmayacağını da kabul etmiştir. Böylece Enerji Yapı-Yol-Sen kararı, her ne kadar sınırları henüz tamamen belirgin olmasa da,

İHAM'ın son içtihatları ile, “toplu sözleşme hakkı” 11. maddedeki sendikal hakların zorunlu bir unsuru haline gelmiş, “iş yavaşlatma eylemleri” başkaca bir yolun gözükmeyeceği hallerde sendikanın sesini duyurma yöntemi olarak kabul edilmiş, “grev hakkı” ise 11. maddenin bir zorunluluğu değil ama ulusal hukukta tanındığı oranda madde kapsamında koruma altına alınmış, grev hakkına getirilen sınırlandırmalar genel bir yasak koyduğu ölçüde İHAM tarafından ölçüsüz bulunmaya başlanmıştır.¹⁹⁴

3. Mülkiyet Hakkının Bir Uzantısı Olarak Sosyal Güvenlik Hakkı ve Otonom Yorum

İHAM, pek çok başvuruda 1 No'lu Ek Protokol'ün 1.maddesinde yer alan mülkiyet hakkına dayanarak sosyal güvenlik hakkına ilişkin dolaylı bir koruma sağlamaktadır. İHAS sistemi taraf devletlere herhangi bir sosyal güvenlik hizmeti sunma ödevi öngörmemekle birlikte, iddia konusu hak, malvarlığı ile ilgili olması halinde, mülkiyet hakkının sosyal uzantısı olarak değerlendirilip incelenebilmektedir. Bu alanda Mahkeme'nin içtihatlarına bakıldığında, Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık¹⁹⁵ kararı bir dönüm noktası olarak kabul edilebilecektir. Bu karara kadar Mahkeme, prim ödenen sosyal güvenlik hakları ile devletin genel vergileri ile ödenen sosyal güvenlik hakları arasında bir ayırım yaparak, prim ödenenlerin malvarlığına doğrudan etki ettiğini ve sadece bu türden olanlara mülkiyet hakkının uygulanabileceğini belirtmekteydi.¹⁹⁶ Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık kararı ile birlikte genişletici yorum yaparak, belli koşullar altında prim ödemeksizin de yararlandırılan sosyal güvenlik haklarını da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

İHAM, mülkiyet hakkı için pozitif yükümlülük doktrinini uygulamamakta; devletlerin sosyal güvenlik hizmeti veya sosyal yardım sunma yükümlülüklerinin bulunmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, sosyal güvenlik hakkı ile ilintili iddiaları incelerken işin esasına girmekten kaçınarak ağırlıklı olarak usulü konuları ele almaktadır. Örneğin; karar verme

Demir ve Baykara kararının bir uzantısı olarak, grev hakkını 11.maddeyle birleştirerek bu hakkı net bir biçimde tanınmasını sağlamıştır. Grev hakkı tam olarak diğer haklar gibi bir hak olmadığından; yani bir topluluk gücüne sahip olduğundan ve (bu güç) öncelikli olarak bireylerin haklarını korumayı amaçlayan bir aygıt için ortalık karıştırıcı nitelikte bulunabileceğinden; Mahkeme, bu hakkı böylece adlandırmak konusunda hala birtakım çekinceler göstermektedir. Yine de bu tanımın varlığından şüphe edilemez. Mahkeme tarafından 11.maddeyle birleştirilen grev hakkı, sosyal hukukta çok sık yaşandığı gibi, devamı gelmeyen muğlak bir bildiri olarak Sözleşme'de yer almaz; aksine Enerji Yapı-Yol-Sen, toplu eylem hakkının baskın biçimde tanınması demektir.”

¹⁹⁴ Olgun Akbulut, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Ed. S. İncoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s.381 vd.

¹⁹⁵ Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 65 731/01 ve 65900/01, 12.04.2006. Benzer yönde başka bir karar olarak bkz. Goudswaard-van der lans/ Hollanda, Başvuru No: 75255/01, 22.09.2005.

¹⁹⁶ Duygu Köksal, “AİHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu”, s.58.

süreçlerinin şeffaf ve adil olup olmadığı ve bireyler için erişilebilir, etkili tazmin yollarının bulunup bulunmadığı hususları gibi.¹⁹⁷

Sosyal güvenlikle ilgili olarak, Mahkeme, taraf devletlerin sosyal güvenlik hizmeti ya da sosyal yardım sunma yükümlülüklerinin olmadığını ve sosyo-ekonomik politikalar oluşturmak ve bunları hayata geçirmek konusunda takdir yetkilerinin olduğunu belirtse de, eğer halihazırda kurulmuş ve işleyen bir sosyal güvenlik sistemi varsa artık bu kapsamdaki hakların da egemenlikleri altındaki benzer statüde olan kişilere makul ve objektif bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmasını engelleme yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu durumda, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.madde de gündeme gelebilmektedir. Andrejeva/ Letonya¹⁹⁸ kararında, Sovyetler Birliği döneminde asker olarak çalışmış bir kişiye emekli aylığı bağlanırken söz konusu çalışma dönemlerinin emeklilik aylığının hesaplanmasına katılmaması, meşru bir gerekçe olmaksızın malvarlığına karşı orantısız bir zarar olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, müdahalenin ölçülülüğü de önemlidir.¹⁹⁹

Mülkiyet hakkının ayrımcılık yasağı ile birlikte Mahkeme önüne geldiği bir başka dava da, Gaygusuz/ Avusturya²⁰⁰ davasıdır. Burada, vatandaşlık temelinde bir ayrımcılık söz konusudur; Mahkeme, Avusturya vatandaşı olmaması sebebiyle, yasanın öngördüğü diğer bütün koşulları sağlayan bir Türk vatandaşına işsizlik acil yardım ödeneği verilmemesinin mülkiyet hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini belirtmiştir.

Olumlu ayrımcılık bağlamında ise, Mahkeme Andrie/ Çek Cumhuriyeti²⁰¹ kararında çocuk yetiştirmiş kararlar ve erkekler arasında çocuk sayısına göre gözetilen emeklilik yaşı temelindeki farklı düzenlemeyi tarihsel açıdan kadınların aleyhinde olan bir eşitsizliğin giderilmesi bağlamında, objektif ve makul bir düzenleme olarak değerlendirmiş ve ayrımcılık yasağı ile mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

¹⁹⁷ E. Yıldırım, a.g.e., s.1140.

¹⁹⁸ Andrejeva/ Letonya, Başvuru No: 55707/00, 18.02.2009.

¹⁹⁹ Mahkeme, sosyal güvenlik hakkı ile bağlantılı olarak incelediği başvurularda, mülkiyet hakkı kapsamında her ne kadar taraf devletlerin bir aylık sistemini kurup bunun koşullarını belirlemek konusunda takdir yetkisi olsa da, başvurunun bütün geçim kaynaklarından yoksun bırakılıp bırakılmadığını, başvuru bakımından aşırı ya da orantısız bir yük yüklenip yüklenilmediğini de dikkate almaktadır. Apostolakis/ Yunanistan başvurusunda, hakkında verilen mahkumiyet kararının bir sonucu olarak emeklilik haklarından da yoksun bırakılan başvurunun bütün geçim kaynaklarından mahrum edildiği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir. Bkz. Apostolakis/ Yunanistan, Başvuru No: 39574/07, 22.10.2009. Benzer yönde kararlara örnek olarak bkz. Klein/ Avusturya, Başvuru No: 57028/00, 25.12.2014; Moskal/ Polonya, Başvuru No: 10373/05, 01.03.2010; Kjartan Ásmundsson/ İzlanda, Başvuru No: 60669/00, 30.03.2005.

²⁰⁰ Gaygusuz/ Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996.

²⁰¹ Andrie/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 6268/08, 20.06.2011.

İHAM'ın yaşlılar, hastalar, engelliler, çocuklar gibi dezavantajlı gruplar için sosyal güvenlik sisteminde öngörülen katkılar ya da maddi gücü çok düşük olan ve sosyal yardımlar aracılığıyla geçimini sağlayabilen kişilerin söz konusu maddi desteklerden yoksun bırakılması ve bunun sonucunda da insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyinin altında, ağır koşullarda yaşamaya mahkum kalmalarının açıkça ispatlanması durumunda, insanlık dışı muamele oluşturacağına ilişkin kararları dahi bulunmaktadır.²⁰² Biraz ileride, “dezavantajlı gruplar” başlığı altında daha detaylı inceleyeceğimiz üzere; sosyal hizmet ve bakımla ilgili davalar bağlamında, örneğin bir çocuğun ailesi tarafından istismarı²⁰³, engelli bir kişinin hapishanede tutulma koşulları²⁰⁴ ve bu çerçevede sosyal bakım istemleri işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında incelenebilmiştir. Bir başvuruda da Mahkeme, yaşlı ve hasta kişinin bakımını, insan onuru ile ilişkili olarak özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele almıştır.²⁰⁵

İHAM'ın sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak, usulü güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkı kapsamında vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır.²⁰⁶ Mahkeme, Feldbrugge/ Hollanda²⁰⁷ davasında, sosyal güvenlik yardımını 6.maddenin 1.fikrasında yer alan “medeni hak ve yükümlülükler” ibaresine dahil edecek şekilde, genişleterek yorumlamıştır.²⁰⁸ Davada hastalık tazminatından yoksun bırakılan başvurucu, bu karara karşılık başvuruları reddedilince sağlık sigortası tazminatı alma hakkına ilişkin olarak yapılan yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, öncelikle hastalık tazminatının 6.maddenin 1.fikrasında yer alan “medeni bir hak veya yükümlülük” kapsamına girip girmediğini incelemiş, Hollanda'nın sosyal güvenlik sistemini analiz etmiştir. Mahkeme, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramını sadece iç hukukla sınırlı olmayacak şekilde, “otonom” olarak yorumlamaktadır. Her ne kadar başvurudaki hak Hollanda hukukuna göre kamu hukukuna ilişkin olarak düzenlenmiş ise de, hakkın bireysel ve ekonomik niteliği göz

²⁰² Francine van Volsem/ Belçika, Başvuru No: 1464/89, 09.05.1990; Larioshina/ Rusya, Başvuru No: 56869/00, 23.04.2002.

²⁰³ Z ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 29392/95, 10.05.2001.

²⁰⁴ Price/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

²⁰⁵ Mc Donald/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 4241/12, 20.05.2014.

²⁰⁶ Bkz. Martin Scheinin, “Economic and Social Rights As Legal Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. A.Eide, C.Krause, A.Rosas), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.29-54.

²⁰⁷ Feldbrugge/ Hollanda, Başvuru No: 8562/79, 29.05.1986.

²⁰⁸ Madde 6 (1): “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemeye bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

önüne alındığında, özel hukuk boyutunun daha ağır bastığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, başvurunun 6.maddenin kapsamına girdiği tespit edilmiş ve başvurucunun davası ile bağlantılı bilgi ve belgelere erişiminin sağlanamadığı ve aleni duruşmanın da gerçekleştirilemediğinden bahisle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁰⁹ Bu kararla birlikte, 6.madde, iş kazalarından doğan maluliyet maaşlarında,²¹⁰ engelli ödeneklerinde,²¹¹ savaş sonucu zarar görenler için yapılan ödenekler²¹² için de uygulama alanı bulmuştur.

Bunlara ek olarak, İHAM kararlarında maaş alacakları da dahil, her türlü alacak hakkı da mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte; eşit işe eşit ücret ilkesi ile de bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı ve adil yargılanma hakkı kapsamında dolaylı olarak korunabilmektedir.²¹³ Özellikle son yıllarda ekonomik krizle mücadele amaçlı geliştirilen kemer sıkma önlemleri ve elbette bu bağlamda maaş kesintileri de Mahkeme önüne sıklıkla gelmektedir. Mahkeme, bu tür davalarda ise ikincillik ilkesini ve devletlerin takdir marjını ön plana çıkararak insan hakları alanında daha çekingен ve kendi kendini sınırlayan bir tutum sergilemekte ve bu tür politikaların bir aracı olan maaş kesintilerini mülkiyet hakkı kapsamında görmemektedir.²¹⁴

Özellikle, bazı ülkelerde yaşanan ekonomik krizin yaratmış olduğu zorlu koşullar da göz önüne alınarak, başvuru olan kemer sıkma tedbirlerinin başvuru üzerinde somut olay bazında aşırı bir yük oluşturmadığının tespit edildiği başvurularda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır.²¹⁵ Bununla birlikte,

²⁰⁹ Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s.211 vd. Benzer yönde kararlara örnek olarak bkz. Deumeland/ Almanya; Giancarlo Lombardo/ İtalya; Francesco Lombardo/ İtalya, Salesi/ İtalya, Schuller-Zraggen/ İsviçre, Schouten ve Meldrum/ Hollanda. Mahkeme, başvuru evlenip çocuk sahibi olmasının ardından malullük aylığı kesilmesini ve bu karara itirazı da yerel mahkemece reddedilmesini konu edinen Schuler ve Zraggen/ İsviçre kararında, Feldbrugge/ Hollanda kararının de ötesine giderek 6.maddenin 1.fikrasının refah yardımları da dahil olmak üzere sosyal sigortaları kapsadığını ifade etmiş, hem ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14.maddeden hem de 6.maddeden ihlal kararı vermiştir. Bkz. Schuler ve Zraggen/ İsviçre, Başvuru No: 14518/89, 24.07.1993.

²¹⁰ Schuler-Zraggen/ İsviçre, Başvuru No: 14518/89, 24.06.1993.

²¹¹ Salesi/ İtalya, Başvuru No: 13023/87, 26.02.1993. Bu başvuruda, yargılama süreci sekiz yıldan daha uzun sürdüğü gerekçesiyle makul sürede yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna da varılmıştır.

²¹² Kerojavi/ Finlandiya, Başvuru No: 17506/90, 19.07.1997.

²¹³ Živić/ Sırbistan, Başvuru No: 37204/08, 13.09.2011.

²¹⁴ Duygu Köksal, “Ekonomik Kriz, Kemer Sıkma Tedbirleri ve İnsan Hakları Üçgeni”, **Güncel Hukuk**, Ekim, İstanbul, 2017, s.39.

²¹⁵ Örneğin, Romanya’da altı ay boyunca kamu görevlilerinin maaşlarının %25 azaltılmasını konu edinen Mihaieş ve Senteş/ Romanya başvurusunda açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmiştir. Bkz. edinen Mihaieş ve Senteş/ Romanya, Başvuru No: 44232/11, 06.01.2011. Daha yakın tarihte de, Litvanya’daki ekonomik kriz nedeniyle başvuru olan yararlandığı sosyal yardımın azaltılmasını konu edinen başvuruda, Mahkeme ekonomik krizle mücadele kapsamında alınan bu tedbiri geçici ve sınırlı bularak mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Mockienė/ Litvanya, Başvuru No: 75916/13, 04.07.2017. Benzer yönde kararlara örnek olarak bkz. Koufaki ve ADEDY/ Yunanistan, Başvuru No: 57665/12 ve 57657/12, 07.05.2013; Panfile/ Romanya, Başvuru No: 13902/11, 20.03.2012; Valkov ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 2033/04,

Mahkeme, açıkça keyfilik oluşturan, bireylere aşırı derecede, orantısız bir yük yükleyen ve ayrımcılık yaratan uygulamalar konusunda daha sıkı bir denetim yapmaktadır. Devletin sosyal güvenlik haklarıyla ilgili farklı tutumlar sergilemesi durumunda, objektif ve makul bir gerekçe göstermeleri beklenilmekte, aksi halde bir ihlal durumu gündeme gelebilmektedir.²¹⁶ Mahkeme, Macaristan'da gelir vergisi oranının %16 iken ekonomik krizle mücadele amacıyla, kıdem tazminatından kesilen vergilerin toplam oranının %52'ye yükseltilmesini konu edinen başvuruda, söz konusu uygulamanın bireyler üzerinde orantısız, aşırı bir vergi yükü yüklediği ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.²¹⁷ Mahkeme burada, her ne kadar devletlerin sosyo-ekonomik politikaların belirlenmesinde takdir yetkisi bulunsun da, kıdem tazminatının çalışanlar için önemini de dikkate almıştır.²¹⁸

Mahkeme'nin bir diğer üzerinde durduğu husus da, sosyal güvenlik alanında hukuk güvenliğini zedeleyici, öngörülemezliklerdir.²¹⁹ Özellikle de bir geçiş dönemi dahi oluşturmayan, öngörülemezlikler ya da uygulamalar sonucunda sosyal güvenlik alanında meydana gelen makul ve orantılı olmayan kesintiler ya da bireylere orantısız, aşırı yük yükleyen ve bütün geçim kaynaklarından yoksun kalmalarına sebebiyet veren tedbirler bu kapsamda değerlendirilmektedir.²²⁰

Bu tür başvurulara örnek olarak, N.K.M. / Macaristan²²¹ davası, bir kamu görevlisinin, işten çıkarılmasından 10 hafta önce yürürlüğe giren bir düzenleme uyarınca, kıdem tazminatına %98 oranında vergi uygulanmasının, herhangi bir hukuk yolu olmaksızın, mülkiyetinden haksız bir şekilde yoksun bırakılmasına neden olduğuna dair şikayetine ilişkindir. Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Macar yetkililerin vergilendirme konularında geniş takdir marjı olmakla birlikte, uyguladıkları yöntemlerin ulaşılmak istenen amaçla, yani devlet hazinesini yüksek kıdem tazminatı ödemelerine karşı koruma amacıyla orantılı olmadığı, birey üzerinde aşırı bir yük oluşturulduğu kanaatine varılmıştır. Başvurucuya yeni kıdem tazminatı düzenlemesine uyum sağlayabilmesi için geçici bir süre tanınmadığı da belirtilmiştir.

25.10.2011; Da Conceicao Mateus / Portekiz ve Santos Januario / Portekiz, Başvuru No: 62235/12 ve 57725/12, 08.10.2013; da Silva Carvalho Rico / Portekiz, Başvuru No: 13341/14, 01.09.2015.

²¹⁶ Örnek olarak bkz. Fábán/ Macaristan, Başvuru No: 78117/13, 05.09.2017; Beian/ Romanya, Başvuru No: 30658/05, 06.12.2007

²¹⁷ Bkz. N.K.M./ Macaristan, Başvuru No: 66529/11, 04.11.2013, para. 37- 38; R.Sz/ Macaristan, Başvuru No: 41838/11, 2.06.2013.

²¹⁸ Engin Yıldırım, a.g.e., s.1145.

²¹⁹ Duygu Köksal, "Ekonomik Kriz, Kemer Sıkma Tedbirleri ve İnsan Hakları Üçgeni", s.40.

²²⁰ Bkz. Lakićević ve diğerleri/ Karadağ ve Sırbistan, Başvuru No: 27458/06, 37205/06, 37207/06 ve 33604/07, 13.12.2011; Béláné Nagy/ Macaristan, Başvuru No: 53080/13, 13.12.2016; Markovics ve diğerleri/ Macaristan, Başvuru No: 77575/11, 19828/13, 19829/13, 24.06.2014.

²²¹ N.K.M./Macaristan, Başvuru No: 66529/11, 14.05.2013.

Mahkeme, bunların yanı sıra, sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak, 8.maddede yer alan özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde kararlar da vermektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin kararlarda da belirtildiği üzere, devlet sosyal güvenlikle ilgili bir hakkı iç hukukunda tanımışsa, artık söz konusu hakkı objektif ve makul bir gerekçe bulunmadığı takdirde, ayrımcılık yapmaksızın herkese eşit şekilde uygulamak zorundadır. Bu bağlamda örnek bir karar, Konstantin Markin/ Rusya²²² kararıdır. Burada başvuru, çocuğunun doğumu sonrasında, orduda erkek asker olarak çalıştığı gerekçesiyle babalık izni yardımından yararlanamamıştır. Mahkeme, başvurunun babalık izni ile ilgili bu iddiasını 8.madde kapsamında inceleyerek cinsiyete dayalı ayrımcılık nedeniyle 14.maddede yer alan ayrımcılık yasağı ile birlikte 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²²³

Mahkeme'nin yine 8.madde ile ilişkilendirerek iş sağlığı ve güvenliği konusunda yansımaları olan kararları da vardır. Bu bağlamda, özellikle de işyerindeki riskler ve devletin sorumluluğu konusu gündeme gelmektedir. Örneğin, Vilnes ve diğerleri/ Norveç²²⁴ kararında, Kuzey Denizi'nde derin deniz dalgıcı olarak çalışan başvurucular, çalışma koşulları nedeniyle akciğer kanseri, duyma bozuklukları gibi ciddi sağlık sorunları yaşadıklarını ileri sürmüşlerdir.²²⁵ Mahkeme, burada bir özel şirket söz konusu olsa da devletin denetleme ve bireylerin yaşamlarına ilişkin risklere ilişkin gerekli bilgileri temin etme ve onları bilgilendirme yükümlülüğüne vurgu yapmış ve 8.maddeden ihlal bulmuştur. Brincat ve diğerleri/ Malta²²⁶ kararında da, gemi bakım ve onarımında çalışan başvurucular asbeste maruz kalmışlardır. Mahkeme burada da devletin bireylerin sağlığını olumsuz etkileyecek riskler hakkında 2. madde ve 8.madde bilgilendirme pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiş ve söz konusu maddelerden ihlal bulmuştur.

4. Pozitif Yükümlülüklerin Evrimi: Sağlık Hakkı ve Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

İHAM içtihatlarında sağlık hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, yaşama hakkını düzenleyen 2.madde; işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını düzenleyen 3.madde; özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8.madde ile bağlantılı olarak

²²² Konstantin Markin/ Rusya, Başvuru No: 30078/06, 22.03.2012

²²³ Doğum sonrası izin hakkının yalnızca kadınlara verilmesi sebebiyle izin talebinin reddine ilişkin bir başka başvuruda ise takdir marjı doktrinini çerçevesinde ihlal bulunmamıştır. Mahkemeye göre, devletin her ne kadar aile yaşamının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü bulunsun da, bunun gerçekleştirilme yöntemlerine ilişkin takdir yetkisi de vardır. Ancak elbette takdir yetkisi çerçevesinde de farklı muamelenin makul ve objektif gerekçelerinin olması gerekir. Bkz. Petrovic/ Avusturya, Başvuru No: 20458/92, 27.03.1998

²²⁴ Vilnes ve diğerleri/ Norveç, Başvuru No: 52806/09, 22703/10, 24.03.2014

²²⁵ Duygu Köksal, "AİHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", s.62.

²²⁶ Brincat ve diğerleri/ Malta, Başvuru No: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014

korunmaktadır. Yaşama hakkı ile en yakından bağlantılı hak şüphesiz sağlık hakkıdır. Sağlık hakkı, tutuklu ve hükümlülerin hapisanede tutulma koşulları, sağlık durumlarının kötü olduğu halde alıkonulmaları gibi durumlarda ise işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağıyla ilişkilendirilmektedir. Sağlık hakkının özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ile olan bağı da genellikle hastaların özel yaşamları, engellilerin özerk bir şekilde yaşama ve özel yaşam hakları, üreme hakkıyla ilgili meseleler ve çevre kirliliğine ilişkin problemler çerçevesinde Mahkeme'nin incelemesine konu olabilmektedir.²²⁷

a) Yaşam Hakkı: Yaşamın Koruması Yükümlülüğü

Sözleşme'nin 2.maddesinde düzenlenen yaşam hakkına²²⁸ bakımından temel yükümlülük, “öldürmeme” olarak da ifade edilebilecek olan, kamu görevlilerinin hiç kimseyi keyfi olarak yaşamından yoksun bırakmaması yönündeki negatif yükümlülüktür.

Bu temel yükümlülüğün yanı sıra, yaşam hakkı çok çeşitli pozitif yükümlülükleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu yükümlülükler temel olarak; maddi ve usuli yükümlülükler olarak belirtilmektedir.²²⁹ Sözleşme'nin 2.maddesini 1.madde ile birlikte değerlendiren İHAM, devletin yaşam hakkının gerçekleştirilebilmesine ilişkin pozitif yükümlülükleri olduğunu da ortaya koymuştur. Devlet, egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak ve güvence altına almakla yükümlüdür.²³⁰ Yaşamı koruma yükümlülüğü bağlamında, kişilerin devletin bilgisi dahilinde olan ya da bilebileceği durumlarda, üçüncü kişilerden yaşam hakkına karşı gelecek tehlike ve tehditlere karşı korunması ve bunların önlenmesi gerekmektedir.²³¹ Bunların yanı sıra olağan dışı bir şekilde gerçekleşen ve şüpheli ölümlerin bağımsız yargısal

²²⁷ Özge Yücel Dericiler, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2014, s.67.

²²⁸ İHAS'ta bu madde şu şekilde yer almaktadır: “1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddetle karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

²²⁹ Bu konuda detaylı bir çalışma olarak bkz. Ulaş Karan, “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s.115-136.

²³⁰ LCB/BK, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 09/06/1998.

²³¹ Örnek kararlar için bkz. Osman/ BK, Başvuru No: 23452/94, 28.10.1998, para. 116; Dink/ Türkiye, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010, para. 65; Maiorano ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 28634/06, 15.12.2009, para. 106; Opuz/ Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009, para. 129.

merciler tarafından soruşturulması²³² ve sorumluların cezalandırılması için yargısal usuller oluşturulması gereklidir.²³³

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki söz konusu pozitif yükümlülükleri, sağlık hakkı ile bağlantılı olarak şu şekilde ifade etmiştir: “Devletlerin bütün hastaneleri, hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaya zorlayan düzenlemeler yapmaları”²³⁴ ve “devletlerin, ister özel isterse kamu sektöründe olsun, ölüm sebebinin belirlenmesi ve kusurlu olanların sorumlu tutulabilmeleri için etkili bir bağımsız yargısal sistem kurmaları gerekmektedir.”²³⁵ Bu bakımdan usuli yükümlülük olarak, tıbbi hata nedeniyle gerçekleşen ölümlerde ve özel ya da kamusal hastanelerdeki şüpheli ölümlere karşı devletin etkili bir soruşturma yürütmesini ve etkili-bağımsız bir yargı sistemini sağlama yükümlülüğü²³⁶ de yaşam hakkı ile bağlantılı olarak sağlık hakkının korunmasını ifade eder.²³⁷

Ayrıca, sağlıklı bir çevrede yaşamak, herkesin fiziksel bütünlüğünü koruma, etkin bir sağlık siyaseti gütmeye, hastanın ihtiyacı olan bakımı üstlenme, sağlıklı yaşlanmayı güvenceye alma, sağlık hizmetlerinden mahrumiyeti önleme, hakkın kapsamına giren ödevlerdir.²³⁸

Sağlık hizmetleri hakkına ilişkin başvuruların bir kısmı, devletin doğrudan ya da dolaylı olarak sağlığın bozulmasına sebebiyet verdiği durumlara ilişkindir. Bu tür davalarda taraf devletlerin sağlık hizmetlerine ilişkin çekirdek yükümlülükleri detaylandırılmıştır. Osman/BK²³⁹ başvurusunda, Komisyon ön görüşünde bu yükümlülüğün kapsamını şu şekilde ifade etmiştir: “İster hastalık, ister çevresel faktörler ya da hukuk dışı kasti davranışlardan kaynaklansın, yaşama yönelik riskler karşısında taraf devletlerin amaç ve önceliklerine göre belirleyecekleri,

²³² Etkili soruşturma yapılmaması 2. maddenin ihlalinin yanı sıra 13. maddenin ihlaline de neden olabilmektedir. Etkili bir soruşturma için soruşturmanın bağımsız olması; soruşturmayı yürütenlerin soruşturulan kişiler arasında herhangi bir ast-üst ilişkisi veya mesleki ilişki bulunmaması gerekmektedir. Bu bağımsızlık yalnızca hiyerarşik veya kurumsal bir bağ olmaması anlamına gelmemektedir; aynı zamanda uygulamada da ortaya konulmalıdır. Bkz. Dink/Türkiye, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010, para. 76.

²³³ McCann ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 18984/91, 27/09/1995; Dink/ Türkiye, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010; Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004; Budayeva ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, 20.04.2008; Kolyadenko ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, 28.02.2012; Vilnes ve diğerleri/ Norveç, Başvuru No: 52806/09, 22703/10, 05.12.2013.

²³⁴ Douwe Korff, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 4. baskı, İstanbul: Beta Yay., 2003, s.77; Juliet Chevalier-Watts, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, **European Journal of International Law**, Cilt: 21, Sayı: 3, 2010, s. 709.

²³⁵ Calvelli ve Ciglio/İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17.01.2002 (Büyük Daire), para. 49.

²³⁶ Powell ve Rayner/ BK, Başvuru No: 9310/81, 21.02.1990; Calvelli ve Ciglio/ İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17.01.2002; Šilih/Slovenya, Başvuru No: 71463/01, 09.04.2009 (Büyük Daire); G.N. ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 43134/05, 01.12.2009.

²³⁷ Erikson/ İtalya, Başvuru No: 37900/97, 26.10.1999.

²³⁸ Ulaş Karan, “Yaşam Hakkı”, s.118.

²³⁹ Osman/BK, Başvuru No: 23452/95, 01.07.1997.

kamu kaynaklarının kullanımını da içeren bir dizi siyasi karar, demokratik bir toplumun değerleri ve Sözleşme’de yer alan temel haklarla uyumlu olmalıdır. Bu tür riskleri bertaraf etmeye yönelik önlemler alma yükümlülüğünün kapsamı, yaşama yönelik riskin aciliyeti/ yakınlığı ile bağlantılı olarak artabilir. Kişi ya da grupların yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlike varsa, devletin bu tehlikeyi ortadan kaldıracak önlemler almaması yaşam hakkı ihlalini ortaya çıkarabilecektir.”²⁴⁰

Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, devletler yaşama yönelik gerçek ve yakın bir tehlike söz konusu olduğunda, bunu bertaraf edecek önlemleri almamasının haklı gerekçelerini ispatlamakla yükümlü kılınmışlardır. Bu bakımdan Sözleşme kapsamında, bu tür konuların başlangıç noktasının açıkça sosyo-ekonomik haklara anayasal koruma sağlayan Hindistan ve Güney Afrika gibi yargı sistemleri ile arasında büyük farklılıkların olmadığı söylenebilecektir.²⁴¹

Sağlık hakkının yaşam hakkı ile olan bağı, devletin bireylerin sağlığına yönelik tehlike ve riskleri bertaraf etme yükümlülüğünü de ortaya çıkarmaktadır. Sözleşme’nin 2. maddesi yaşam için tehlike oluşturabilecek faaliyetlerin, ölüm tehlikesinin mümkün olduğunca azaltılabilmesi için uygun bir düzenleyici rejime tabi olmasını gerektirmektedir. Tehlikeli endüstriyel faaliyetlerde ruhsat ve işletmenin düzenlenmesi ve faaliyetlerin denetimi ile ilgili düzenlemelerin yapılması beklenmektedir.²⁴² Devletin tehlikeli faaliyetleri bizzat yerine getirdiği veya onlara izin verdiği hallerde, oluşturduğu yasal çerçeve ve etkili bir denetim sistemi ile yaşam hakkına yönelik risk ve tehlikelerin en aza indirilmesini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁴³

Devlet veya özel sektörde yerine getirilen faaliyetlerin yaşam hakkına ilişkin olarak doğurabileceği risk ve tehditlerin düzeyi arttıkça, devletin söz konusu faaliyet karşısında kişilerin yaşamını güvence altına alma yükümlülüğü de o oranda artmaktadır. Örnek olarak çöp toplama alanları, nükleer faaliyetler, zehirli emisyon üreten gübre fabrikalar bu bağlamda düşünülebilecektir.²⁴⁴ Devletin bu alandaki pozitif yükümlülüklerinin çevresel konulara

²⁴⁰ Osman/BK, para.91.

²⁴¹ L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.418. Güney Afrika ve Hindistan örnekleri, bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. 2.Bölüm.

²⁴² Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, para 90.

²⁴³ Binişan/ Romanya, Başvuru No: 9438/05, 20.05.2014.

²⁴⁴ Brincat ve diğerleri/ Malta, Başvuru No: 60908/11,62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014.

yansıması da, yaşam hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arasında bir bağ kurulmasını sağlamaktadır.²⁴⁵

Devletin sağlık açısından tehlike oluşturabilecek faaliyetlere karşı bireyleri koruma yükümlülüğü, LCB/ Birleşik Krallık²⁴⁶ davasında ortaya konulmuştur. Bu davada başvuru, İngiltere'nin yapmış olduğu nükleer denemeler sırasında babasının radyasyona maruz kalması dolayısıyla kendisinde kan kanseri ortaya çıktığını ileri sürmüştür. İHAM, söz konusu riskin ortaya çıkmasının önlenmesi için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını incelemiştir. Mahkeme, başvurunun sağlığına yönelik çevresel etkiler konusunda uyarılmaması hususunda 2.maddenin ihlal edilmediği sonucuna varsa da, yaşam hakkını korumak bağlamında, sağlığa yönelik tehditlerin önlenmesi konusunda devletin pozitif yükümlülüklerine işaret etmiştir.

Bu konuda Öneriyıldız/ Türkiye²⁴⁷ davasında, 39 kişinin öldüğü çöplük patlamasında, belediye tarafından kullanılan çöp dökme alanının çevresinde oluşan gecekondu yapılaşması ve devletin bu yapılaşmaya karşı pasif kalması sonucunda yaşam hakkının hem maddi, hem de usuli boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir. Olayda, çöp dökme alanında yaşayan kişilerin “gerçek ve yakın bir tehlike” ile karşı karşıya olduklarının devletçe bilindiği ya da bilinmesi gerektiği açık olduğundan gereken önlemlerin alınmadığı sonucuna varılmıştır. Devlet tarafından gecekonduların tahliye edilmesi yoluna gidilmemiş, hatta burada yaşayanlara kamu hizmetleri sunulmaya ve onlardan vergi alınmasına da devam edilmiştir.

Sonuç olarak, devletin çevre ve şehirciliğe ilişkin meselelerde konularında geniş takdir yetkisi olmakla birlikte, var olan tehlikeyi giderme konusunda gerek mevzuat gerekse idari iş birliği ve koordinasyon anlamında etkin bir sistem kurmadığı, imar ve şehircilikte zayıf kaldığı ve gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle yaşam hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.²⁴⁸

İHAM, bu kararlar birlikte, kişinin “güvenlikli bir çevrede yaşam hakkı”yla beraber “sosyal ve ailevi çevresini” de 2. maddenin koruma alanına dahil etmiştir. Başka bir deyişle, yaşam hakkını “belli bir çevrede kullanılan hak” olarak düşünmüştür.²⁴⁹ Mahkeme, patlama tehlikesine karşı alınabilecek önlemlere değinmiş ve bunun 1982 Anayasası'nın 65.maddesine aykırı olmayacağını belirtmiştir. Bir sonraki bölümde detaylı olarak değerlendirileceği üzere, Anayasa'nın 65. maddesi, devletin ekonomik ve sosyal alandaki yükümlülüklerini “mali

²⁴⁵ Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

²⁴⁶ LCB/ BK, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 09/06/1998.

²⁴⁷ Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

²⁴⁸ Öneriyıldız/Türkiye, para. 97-110.

²⁴⁹ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s.62

imkanların yeterliliği” ölçütüne bağlamıştır. Mahkeme bu maddenin anlaşılma şekline ilişkin olarak şu yorumu yapmıştır: Sözleşme’de düzenlenen hakların “etkili” korunması, Sözleşme’nin yorum ve uygulamasında temel ilke olduğuna göre Anayasa’nın 65. maddesini de bu çerçevede yorumlamak gerekir. “Etkili” koruma, öncelikle ilgili hakkın gerçekleştirilmesine elverişli olan korumadır. Hakkı gerçekleştirmeye elverişli koruma ise, her zaman devletin mali imkanlarını zorlamasını ya da büyük mali külfetler altına girmesini gerektirmez; çoğu durumda devletin sadece “düzenleme” yapması ya da var olan mevzuatın “uygulanması”nı sağlaması, başka bir deyişle hakkın gerçekleştirilmesini sağlaması mümkündür. Mahkeme somut olayda devletin alabileceği önlemler için, çöplüğü metan gazından arındırmak gibi, örnekler de vermiştir.²⁵⁰

Bu karar, aynı zamanda çevre ile ilgili düzenlemeleri, planlama ve kontrol sistemleri yeterli güvenceleri içermeyen devletlere de bir uyarı niteliğindedir. Atık alanları gibi çevre ile ilgili konularda etkili ve yeterli yasal düzenlemelerin bulunmaması, yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi anlamına gelir. Yalnızca hukuki düzenlemelerin yapılması da yeterli olmayacaktır. Bu düzenlemelerin uygulamada de gereği gibi yerine getirilmesi ve bunlara uyulmadığı takdirde etkili bir soruşturma ve gerektiğinde de cezalandırma yoluna gidilmesi gerekir.²⁵¹ Bireylerin tehlikeli alanlarda yaşamalarına izin verilmesi, devletin tehlikeli durumdan haberi olması ve ölümlerin meydana gelmesi nedeniyle Öneriyıldız kendine özgü özelliği olan bir karardır.²⁵² Bu örneğe rağmen İHAM genellikle çevreye ilişkin konuları ve bu konuların yaşam hakkına olan etkilerini 2. maddeden çok 8. madde kapsamında değerlendirmektedir.²⁵³

Yaşam hakkı bağlamında gündeme gelen bir başka konu ise gözaltına alınan, tutuklanan veya mahkumiyeti nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin sağlık durumu ile ilgilidir. Bu konu büyük ölçüde, bir sonraki başlıkta örnek kararlarla detaylandıracağımız 3. madde kapsamında ele alınmakla birlikte, kişinin yaşamını yitirdiği durumda yaşam hakkı da gündeme gelebilmektedir. Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişileri öncelikli olarak korunması gereken, toplumun dezavantajlı ve kırılgan kesimleri çerçevesinde

²⁵⁰ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s.63.

²⁵¹ Douwe, Korff, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, İstanbul: Beta Yay., 2003, s. 66.

²⁵² Svitlana Kravchenko, John E. Bonine, “Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, Cilt: 25, 2012, s. 280.

²⁵³ Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, S: 93, 2011, s. 395.

değerlendirmektedir. Özellikle ve öncelikle korunması gereken bir kesim olarak bu kişilerin yaşam hakkının korunması için devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu pozitif yükümlülükler artmakta ve ağırlaşmaktadır. Devletler özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere karşı büyük bir dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Bu bakımdan sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan kişilerin fiziksel, zihinsel ya da ruhsal bütünlüklerine bir zarar gelmesi durumunda söz konusu zararın ne şekilde oluştuğu hususunda devletin ikna edici ve makul bir açıklama yapma yükümlülüğü bulunduğuna ilişkin İHAM'ın yerleşik bir içtihadı bulunmaktadır.²⁵⁴

Mahkeme'ye göre, cezaevlerindeki kişilere yeterli ve gerekli sağlık hizmetlerinin sunulması da ayrıca önemli bir konudur. Cezaevindeki kişilerin yeterli sağlık hizmeti sağlanmaması veya sağlık durumları kontrol edilmemesi nedeniyle, yaşamını yitirmesi durumunda 2. madde ihlal edilmiş olacaktır.²⁵⁵ Örneğin, Mahkeme Huyly/Türkiye²⁵⁶ kararında, cezaevinde bulunan kişilerin yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün buradaki kişilere gereken sağlık hizmetini sunma ve sağlıklı bir şekilde yaşamalarını sağlayacak önlemleri almayı da içerdiğini belirtmiştir. Aynı şekilde kişinin hasta olmasına rağmen cezaevinden salınmaması ve bunun sonucunda yaşam süresinin azalması da 2. madde kapsamında değerlendirilebilmektedir.²⁵⁷

Tutuklu ve hükümlülerle ilgili gündeme gelen bir diğer konu açlık grevleridir. Açlık grevi yapan kişilere yönelik zorla besleme uygulamasının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığı tartışmalıdır.²⁵⁸ İHAM kararlarına göre, ikna edici tıbbi raporlarla ortaya konulmuş bir durum söz konusuysa, zorla besleme uygulaması yapılabilecektir. Ancak elbette böyle kararın yargısal makamların denetimine açık olması ve insan onuruna aykırı bir şekilde uygulanmaması gerekmektedir.²⁵⁹ Devletin bu noktada zorla besleme şeklinde bir pozitif yükümlülüğü de bulunmamaktadır.²⁶⁰ Komisyon bir kararında açlık grevi yapan kişilerin zorla beslenmesini 3. maddenin ihlali olarak görmemiştir. Komisyon'a göre 2. maddedeki pozitif yükümlülükler ceza

²⁵⁴ Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, 27.06.2000, para. 99. Bu gibi durumlarda kamu otoritesinin ikna edici ve tatminkar bir açıklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Salman/Türkiye, para. 100.

²⁵⁵ Anguelova/ Bulgaristan, Başvuru No: 38361/97, 13.06.2002; Saoud/ Fransa, Başvuru No: 9375/02, 09.10.2007.

²⁵⁶ Huyly/Türkiye, Başvuru No: 52955/99, 16.11.2006. Başvuruda Mahkeme, ölenin ciddi bir rahatsızlığı olduğunun idare tarafından bilinmesinin olanaklı olduğu, buna rağmen hastalığın teşhis ve tedavi edilmesi konusunda gerekli özenin gösterilmediği ve acil halde bile hastanın zırhlı araç ile Çankırı'dan Ankara'ya getirmenin konuya bakışlarını gösterdiği gerekçesiyle mahpusun sağlığının korunması adına gerekli pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğini karara bağlamıştır.

²⁵⁷ Grice/ BK, (Komisyon kararı), Başvuru No: 22564/93, 14.04.1994.

²⁵⁸ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s. 46.

²⁵⁹ Nevmerzhtsky/ Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005, para. 94. Ayrıca bkz, Ciorap/ Moldova, Başvuru No: 12066/02, 19.06.2007, para. 77.

²⁶⁰ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s. 46.

ve tutukevlerinde tutulan kişilerin bazı durumlarda yaşam haklarının korunması için müdahale edilmesini gerektirebilir.²⁶¹

Sağlık hakkının dolaylı olarak ele alındığı bir başka alan da üreme ile bağlantılı ilgili konular ile bu bağlamda kürtaj/ gebeliğin sonlandırılması olgusudur. Bu konu hem yaşam hakkı, hem de özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde dolaylı olarak gündeme gelebilmektedir. Hukuken kürtaja izin verilmemesi, özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan bireysel özerkliğe aykırı olacaktır. Hukuki olarak izin verilmesi durumunda ise, 2. madde çerçevesinde fetüsün yaşam hakkı gündeme gelebilecektir.²⁶² Öte yandan İHAM kararlarında ne fetüsün yaşam hakkının olduğunu ve bu bağlamda kürtajın fetüsün yaşam hakkına yönelik bir müdahale olduğunu ne de kürtajın bir hak olduğunu açık bir şekilde kabul eden bir tutum sergilememiştir.

Farklı başvurular çerçevesinde İHAM'ın yaklaşımının ana çerçevesi şu şekilde çizilebilir: Mahkeme'nin bugüne kadar kürtajla ilgili başvurular hakkında verdiği kararlarda taraf devletlerin ulusal hukuk kurallarında kürtaja erişim konusundaki farklı düzenlemelere dikkat çekildiği ve devletlerin diğer sağlık sorunları gibi kürtaj konusunda da geniş takdir marjına sahip olduğunun kabul edildiği, buna karşılık isteğe bağlı kürtajın İHAS kapsamında korunan bir hak olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Kürtaj konusu doğmamış çocuğun kişiliğinin tanınması ve buna bağlı olarak yaşam hakkının korunması ile yakından ilişkili olup, İHAM'ın mevcut kararlarında bu konuda taraf devletlerin sorumlulukları henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.²⁶³

Mahkeme, fetüsün hak sahibi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunu soyut olarak cevaplanabilir bulmamaktadır. Bu bakımdan, fetüsün yaşam hakkının olup olmadığı gibi açık ve kesin tespitlerde bulunmamaktadır. Kürtaj konusunda da, tartışmasız bir şekilde “hak” olduğu ya da tam tersi kürtajın kendisinin bir hak ihlali olduğu şeklinde de yorumlarda bulunmamaktadır. Mahkeme, yaşamın başlangıcı ya da kişiliğin başlama anı hususunda Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerdeki farklı tutumları ve bu konuda bir konsensüse varılamadığını dikkate almış ve bu sorunların çözümünü taraf devletlerin takdirine bırakmaktadır.²⁶⁴ Ancak

²⁶¹ Bkz. S. İnceoğlu, “Ötanazi: Dünyadaki Gelişmeler ve Türk Anayasa Hukukundaki Yeri”, **Hukuk ve Adalet**, Yıl: 4, Sayı: 9, Ocak 2007, s. 144-145.

²⁶² Mark W. Janis, Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley, **European Human Rights Law: Text and Materials**, New York: Oxford University Press, 2008, s.435.

²⁶³ Bkz. Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004, para. 74-95.

²⁶⁴ Konuyla ilgili farklı karar örnekleri için bkz. Open Door Counselling and Dublin Well Women/ İrlanda, Başvuru No: 14234/88, 25.10.1992; Vo/ Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.06.2004; A, B ve C/ İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.11.2010.

bu noktada, farklı etik yaklaşımlar kadar, farklı ahlaki yaklaşımlar da rol oynayabilmektedir.²⁶⁵ Başka bir ifade ile, İHAM'ın bu eğilimi, eğer o ülkenin kültürel mirasında kürtajın yasak olmasının bir ahlaki değer olarak korunması söz konusuysa ahlakın hukuk olarak dayatılmasına olanak sağlayabilmektedir.²⁶⁶

İHAM'ın yasal kürtaja erişimin engellenmesiyle ilgili ihlal tespit ettiği ilk dava, Tysiác/Polonya²⁶⁷ davasıdır. Bu davada başvurunun ileri derecede miyoptur ve üçüncü hamileliğin terapötik kürtaj ile sonlandırılmaması halinde görme duyusunu yitireceğini ileri sürmektedir. Ancak başvurunun buna ilişkin istemi reddedilmiş ve sezaryenle doğum yapan başvuru retina kanaması geçirmiş, ağır engelli konumuna düşmüştür. İHAM, bu olayda başvurucuya yasal kürtaj hakkının tanınmamasını, 8. maddede düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamının korunması hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme, Tysiác/ Polonya davasında öncelikle hamileliğe son verilmesiyle ilgili hukuk kurallarının özel hayat alanıyla ilgili olduğunu, kadının hamileliği sürecinde özel hayatının ceninin gelişimiyle yakından ilişkili olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre dava koşullarında kürtajın reddedilmesinin özel yaşama müdahale teşkil edip etmediğinin incelenmesine gerek olmayıp, davanın annenin fiziksel bütünlüğünün korunması yönündeki devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi daha doğrudur.

İHAM'a göre, yasal kürtajın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda başvuru ile hekimler arasında veya hekimlerin kendi aralarında bir uyuşmazlık olduğunda, bunu çözümleyecek usuli güvencelerinin bulunması gerekmektedir. Kanunla kürtaja izin verildikten sonra bunun pratikte uygulanmasını sınırlayıcı düzenlemelerden kaçınılmalı, bağımsız ve yetkili bir organın anneyi dinledikten sonra gerekçeli olarak karar vereceği etkili bir mekanizma oluşturulmalıdır. Bu kararın annenin sağlığına zarar gelmesini sınırlayacak veya önleyecek şekilde uygun zamanda alınması zorunlu olup, durumun olay gerçekleştikten sonra incelenmesi aynı işlevi görmeyecektir. İç hukukta söz konusu önleyici önlemlerin bulunmaması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurabilir. Somut olayda sağlık çalışanlarının sorumluluğunu tespit etmeye yönelik hukuki düzenlemeler getirilmiş olsa da, başvurunun tedavi amaçlı kürtaj hakkına sahip olup olmadığı konusundaki uyuşmazlık

²⁶⁵ Ö. Yücel Dericiler, Ö. Yücel Dericiler, "AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması", <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/dericiler.pdf> , s.381, E.T. 06.11.2018.

²⁶⁶ Akasya Kansu Karadağ, "Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4), 2016, s. 2054.

²⁶⁷ Tysiác/Polonya, Başvuru No: 5410/03, 20.03.2007.

göz önüne alındığında, davalı devletin başvuranın özel yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varılmıştır.

Yine bu karara paralel olarak A, B ve C/ İrlanda²⁶⁸ davası da irdelenmelidir. Bu davada İrlanda'da yaşayan üç kadın istemleri dışında hamile kalmışlardır. İrlanda'daki yasal düzenlemeler çerçevesinde kürtaj ve kürtaja yardım suç sayılmaktadır. Bu sebeple başvuruçular Birleşik Krallık'a gitmek zorunda kalmışlardır. Başvuruçular bu durumun kendileri için utanç verici, aşağılayıcı ve sağlıkları bakımından tehlikeli olduğunu belirtmişleridir. Başvuruçulardan C, ender rastlanan bir kanser türüne yakalandığını ve hamileliğinin de bu türü nüksettirmesi riskini tetiklediğini, bu bakımdan hayati tehlikesi bulunduğunu iddia etmiştir. İHAM yalnızca kanser sebebiyle hayati tehlikesi olan başvuruçunun hem yargı, hem de sağlık hizmetleri çerçevesinde yasal kürtaj hakkının bulunmamasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiş, diğer hayati riski olmayan başvuruçular için ise herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir.

Bu kararlardan da görüleceği üzere, Mahkeme kürtaj konusunda hem yaşama hakkını düzenleyen 2. madde, hem de özel yaşamı düzenleyen 8. madde kapsamında taraf devletlerin, açık bir ihlal olmadığı sürece, kürtaj konusundaki iç hukuk uygulamalarına geniş bir marj bırakmaktadır.²⁶⁹

Sağlık hakkının dolaylı olarak korunması bağlamında, İHAM'ın acil tedavi hakkını da yaşam hakkı kapsamında değerlendirmektedir.²⁷⁰ Örneğin; Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye²⁷¹ davası, acil tıbbi müdahale bağlamında yaşam hakkının ihlaline ilişkindir. Burada ölen kişi, hamileliğinin ileri safhasındadır. Ağrıları sebebiyle bir devlet hastanesine kaldırılmış, bir ebe tarafından muayene edilmiş ancak doğum vaktinin henüz gelmediği gerekçesiyle hastaneye yatırılmamıştır. Ağrıların şiddetlenerek artması üzerine bu kez üniversite hastanesine gidilmiş ve ceninin ölü olduğu anlaşılarak derhal ameliyata alınmasına karar verilmiş ve ameliyat için ücretin yatırılması istenmiştir. Ama ücretin yatırılmaması üzerine hasta, kamuya ait bir kadın doğum hastanesine ambulans ile sevki sırasında ölmüştür. Mahkeme konu ile ilgili olarak yaptığı inceleme sonrasında acil tıbbi müdahaleye ücret yatırılmadan başlanmamasını eleştirmiştir. Bu kapsamda, sağlık hizmetinin gereği gibi sunulamamasının kurbanı olan ölen kişi, uygun tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum

²⁶⁸ A, B ve C./ İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.01.2010.

²⁶⁹ A. Kansu Karadağ, "Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj", s. 2054.

²⁷⁰ Anguelova/ Bulgaristan, Başvuru No: 38361/9, 13.06.2002.

²⁷¹ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, Başvuru No: 13423/09, 09.04.2013.

bırakılmıştır. Bu tespit, Mahkeme'nin, devletin, ölen kişinin bedensel bütünlüğünü korumaya ilişkin ödevini ihlal ettiği sonucuna varması için yeterlidir.

Devletin sağlık politikasındaki ihmalleri de²⁷² yaşam hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Asiye Genç/ Türkiye²⁷³ davasında, başvurucunun, prematüre olarak dünyaya gelen bebeği, hastanelerin gerekli donanıma sahip olmaması nedeniyle nakil sırasında hayatını kaybetmiştir. Bebeğin ölümünün ardından başlatılan adli ve idari soruşturmaların sonuçsuz kalması üzerine yapılan başvuruda İHAM, devletin sağlık hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği gibi, benzer olayların yaşanmasını önleyecek yeterli ve sorunları belirlemeye yönelik bir soruşturmanın da yapılmadığı vurgulamıştır.²⁷⁴

Kararda, devletin, kamu hastanesi hizmetinin ve daha genel olarak, sağlığın korunması sisteminin iyi organize edilmesiyle ve işleyişiyle yeterince ilgilenmediğini, sorunun sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına bağlı olmadığını göstermektedir, denilerek sağlık sisteminin bütününde devletin yükümlülüğü anımsatılmıştır.

İHAM, ayrıca sağlık hizmetlerinin belirli bir kişiye sağlanmayarak yaşamının tehlikeye atılması durumunda yaşam hakkının ihlalinin gündeme gelebileceğini belirtmiştir.²⁷⁵ Mahkeme, devletlerin bir yargı kararına kaynak yetersizliği nedeniyle uymaktan kaçınamayacağı ilkesinin 2. madde ile korunan bir hakkın *pratik ve etkili bir şekilde korunmasının* güvence altına alınmasına dair bir ihtiyaç söz konusu olduğunda da geçerli olduğunu vurgulamıştır. İHAM Panaitescu/ Romanya²⁷⁶ davasında, kanser hastası olan başvurana iç hukuk kuralları uyarınca ücretsiz tedavi ve ilaç sağlanması gerekirken, tedavisi için gerekli olan iki özel ilacın kendisine ücretsiz olarak verilmemesi, ayrıca Hamburg'da iki ayda bir uygulanacak deneysel ilaç tedavisi giderlerinin karşılanmaması üzerine yerel mahkemede açtığı iki dava sonucunda, sağlık giderlerinin kamu kurumları tarafından karşılanması ve bu amaçla yaptığı harcamaların tazmin edilmesi yönündeki kararların yetkili makamlarca yerine getirilmemesini, usul yönünden yaşam hakkının korunması yükümlülüğüne aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, özellikle insanların hayatının korunması zorunluluğu söz

²⁷² Powell/ BK, Başvuru No: 45305/99, 04.05.2000.

²⁷³ Asiye Genç/ Türkiye, Başvuru No: 24109/07, 27.01.2015.

²⁷⁴ Benzer yönde ayrıca bkz. Panaitescu/ Romanya, Başvuru No: 30909/06, 10.04.2012; Powell/ BK, Başvuru No: 45305/99, 04.05.2000.

²⁷⁵ Cyprus/ Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001. Benzer şekilde, hayati tehlike taşıyan bir hastalıkta yetkililerin kayıtsızlığına ilişkin olarak bkz. Edwards/ BK, Başvuru No: 46477/99, 14.03.2002.

²⁷⁶ Panaitescu/ Romanya, Başvuru No: 30909/06, 10.04.2012.

konusu olduğunda, kişiler lehine verilmiş olan mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusunda taraf devletlerce mali kaynakların yetersizliği, mazeret olarak ileri sürülemez.²⁷⁷

Mahkeme, bunula birlikte, Sözleşme’yi sağlık hizmeti sunmak şeklinde bir pozitif yükümlülük ölçeğinde yorumlamak konusunda tereddütlü davranmıştır. Pek çok kararda Mahkeme teorik olarak Sözleşme’nin bu tür daha geniş yükümlülükleri de kapsayabilme potansiyelini kabul etme konusunda oldukça tutarlı bir yaklaşım benimsemiş; ancak uygulamada, fiilen bir ihlal bulmamıştır.

Mahkeme’nin sağlık hizmetlerinin sunulmasında, kaynak yetersizliği çerçevesinde devletlerin takdir marjını ön plana çıkaran, yeterli dayanaktan yoksun bulunduğu başvurular da mevcuttur. Penticova ve diğerleri/ Moldova²⁷⁸ davasında başvuruçular tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanması gerektiğini ileri sürmüştür. İHAM ise, devletin tedavi masraflarını kısmen karşılamış olması dolayısıyla pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğunu belirterek başvuruyu yeterli dayanaktan yoksun bulmuştur. Mahkeme, kaynak tahsisi konularında topluma sunulmuş olan sağlık hizmetinin başvuruçulara da aynı ölçüde sağlanıp sağlanmadığını incelemekte ve belli bir düzeyde sağlık hizmetlerinin sağlanmasını takdir marjı kapsamında değerlendirmektedir.²⁷⁹

Benzer olarak, Zdzisław Nitecki/Polonya²⁸⁰ başvurusu, Polonya’daki sistemin başvuruçunun kronik ve yaşamını tehdit eden hastalığını tedavi amaçlı kullanmış olduğu ilacın yalnızca %70’ini karşılayabilmesine ilişkindir. Başvuruçucu, kalan %30’luk kısmı ödeyememekte ve sağlığı da kötüleşmekte; bu durumun erken ölümüne sebep olacağını ileri sürmektedir. Mahkeme, 2.madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin söz konusu başvuru kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş ama yaptığı inceleme sonucunda başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. İHAM, kararında, başvuruçunun ödediği sosyal sigorta primleri sayesinde diğer bireyler gibi Polonya’daki kamusal sağlık hizmetlerinden yararlanabildiğini, nitekim uzun yıllar boyunca tedavi ve ilaç yardımından istifade ettiğini, davanın koşulları dikkate alındığında, davalı devletin ilaç giderlerinin büyük bir kısmını karşılamasına rağmen, bu giderlerin %30’unu karşılamadığı için, 2. madde kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılamayacağını belirtmiştir:

²⁷⁷ Panaitescu/ Romanya, para. 27-37.

²⁷⁸ Penticova ve diğerleri/ Moldova, Başvuru No: 14462/03, 04.01.2005. Benzer kararlara örnek olarak ayrıca bkz. Nitecki/ Polonya, Başvuru No: 65653/01, 21.03.2002; Sentges/ Hollanda, Başvuru No: 27677/02, 08.07.2002

²⁷⁹ Eva Brems, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, Exploring Social Rights: Between Theory and Practice, (der.) Daphne-Barak Erez, Hart Publications, Oxford, 2007, s.147.

²⁸⁰ Zdzisław Nitecki/Polonya, Başvuru No: 6563/01, 21.03.2002. (kabul edilebilirlik kararı)

“Başvurucunun kullanmış olduğu ilacın büyük bir oranda ödenmesi bağlamında kendisine sağlanan imkanlar ve tedavi hizmeti göz önüne alındığında, Mahkeme davalı devletin somut olayda, ilacın ücretinin kalan %30’unun ödenmeyerek 2.madde kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir.”²⁸¹

Sonuç olarak, tüm bu gelişmelere rağmen Mahkeme’nin 2. madde kapsamında sağlık hizmeti sunulmasına dair pozitif yükümlülükler konusundaki içtihatlarının gelişiminin ilk aşamalarında olduğu söylenebilecektir.²⁸² Öğretide Sözleşme’nin 2.maddesinin Mahkeme tarafından, bir sonraki bölümde detaylı şekilde değerlendireceğimiz Hindistan Anayasa Mahkemesi’nin de yaptığı gibi, sağlık bakımı, barınma ve sağlıklı bir çevre hakkını da kapsayan “pozitif nitelikli genel bir sosyal hak” sağlamak şeklinde geliştirilebilme potansiyeli olduğu ileri sürülmüştür.²⁸³ Alternatif olarak da, 2.maddenin pozitif boyutunun Avrupa Sosyal Şartı’nın 11.maddesinde düzenlenen sağlığın korunması hakkı biçiminde değerlendirilebileceği de dile getirilmektedir.²⁸⁴ Her ne kadar burada da değindiğimiz içtihatlar bağlamında çevresel konular, devlet gözetiminde olan tutuklu ve hükümlülerle ilgili pozitif yükümlülüklerin varlığı ortaya konulmuş ise de, kamu sağlığı ve sosyal alana bunların yansımaları görece olarak sınırlı kalmıştır ve geliştirilmeye açıktır.

b) İşkence ve Kötü Muamele Yasağı: İnsan Onuru ve Asgari Yaşam Koşullarını Sağlama Yükümlülüğü

İşkence ve kötü muamele yasağı, özü insan onuru olan ve ana varlık sebebi insan onrunun korunması olan bütün haklar için bir temel oluşturmakta ve pek çok hakla bağlantılı olarak son derece geniş bir koruma yelpazesi sunmaktadır. Sözleşme’nin 3.maddesinde düzenlenen bu hak kapsamında göz önüne alınan devletin pozitif yükümlülükleri, sağlık hakkının dolaylı olarak korunmasını sağlamaktadır. Bu maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler şu şekile belirtilebilir: Devletin kötü muameleye karşı bireyleri koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülük, 3. maddenin uygulama alanını sosyal

²⁸¹ Zdzisław Nitecki/Polonya, para.5.

²⁸² A. R. Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 2004, s. 26.

²⁸³ Bu konudaki akademik tartışmaların genel bir panoraması için bkz. D. Harris, M. O’Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s.41.

²⁸⁴ E.Palmer, “Protecting Socio-Economic Rights Through The European Convention of Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, s.409.

alana varıncaya kadar genişletebilmektedir.²⁸⁵ Yine devletin, 2.maddede olduğu gibi usuli bir yükümlülük olarak etkili soruşturma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

İHAM işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddenin uygulanabilmesi için “*ağırlık eşiği*”²⁸⁶ kriterini uygulamaktadır. Bu çerçevede bireyin karşılaştığı muamelenin ya da verilen cezanın 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli bir ağırlık eşiğinin üzerinde olması gerekmektedir. Somut başvurulardaki veriler ışığında belirlenen ağırlık eşiğinin altında kalan muamele ya da cezalar, başka haklarla ilişkilendirilebilecektir.

İHAM’ın yerleşmiş içtihadı uyarınca, devlet, kendi gözetimi altında bulunan kişilerin sağlık ve esenliklerinin korunmasından sorumludur.²⁸⁷ Bu bağlamda, Mahkeme tutuklu ve hükümlülerin sağlık hizmetlerine erişiminde, gerekli tıbbi yardım ve gereçlerin sağlanıp sağlanmadığı hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini 3.madde kapsamında incelemektedir.²⁸⁸ İHAM bazı kararlarında, salt ciddi bir rahatsızlığı olan kişilerin tutuklanmasını 3.maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir.²⁸⁹ McGlinchey ve diğerleri/BK²⁹⁰ davasında Mahkeme hapisane yetkililerinin, eroin bağımlılığını bırakmalarına bağlı olarak sürekli kusan, buna bağlı olarak şiddetli şekilde susuz kalan ve acilen hastaneye yatırılmalarına izin verilmesi gereken kadın mahkumların sağlık durumlarının gerektiği şekilde kontrol edilmediği gerekçesiyle 3.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mental rahatsızlıkları olan mahkumlara gerekli psikolojik bakım ve hizmetin sağlanamaması durumu da Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamındaki meseleleri gündeme

²⁸⁵ Oya Boyar, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s.147, 148.

²⁸⁶ Ağırlık eşiğinin belirlenmesinde somut olay çerçevesinde bazı faktörler dikkate alınmaktadır: “Komisyon tarafından vurgulandığı üzere, kötü muamelenin 3. maddenin kapsamına girebilmesi için minimum bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerekir. Bu asgari eşiğin belirlenmesi olayların akışına göre somut olayın tüm unsurlarına bağlı olarak gerçekleştirilir: muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ve bazı durumlarda cinsiyet, yaş ve kurbanın sağlık durumu ve bunun gibi faktörler dikkate alınır.” Bkz. İrlanda/ BK, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978, para. 162.

²⁸⁷ “...İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 3. maddesi uyarınca, devlet, bir kişinin insan onuruyla bağdaşan koşullarda alıkonmasını, tedbirin infazına yönelik yol ve yöntemin kişiye, alıkonmanın doğasında kaçınılmaz olarak bulunan sıkıntı düzeyini aşacak yoğunlukta ızdırap ve zorluğa maruz bırakmamasını, infazın pratik gerekliliklerini dikkate alarak, diğer şeylerin yanı sıra kişiye gerekli tıbbi yardımı sağlamak suretiyle, sağlık ve refahının yeterince sağlandığını güvence altına almakla yükümlüdür...” Bkz. Kudla/ Polonya, para. 94; Popov/ Rusya, Başvuru No: 26853/04, 13.07.2006, para. 208; İdalov/ Rusya, Başvuru No: 5826/03, 22.05.2012, para. 93.

²⁸⁸ Bir mahkumun hapisanede birkaç ay boyunca gözlüksüz bırakılmasının aşağılayıcı muamele addedildiğine ilişkin olarak bkz. Slyusarev/ Rusya, Başvuru No: 60333/00, 20.04.2010. Ayrıca tıbbi yardım konusunda bkz. Kudla/ Polonya; Paladi/ Moldova, Başvuru No: 39806/05, 10.03.2009.

²⁸⁹ Açlık grevi sonucu Wernicke-korsakoff sendromu oluşan ve cezası ertelenen kişilerin sağlık durumlarında bir gelişme olup olmadığı değerlendirilmeksizin yeniden hapisane koşullarına geri gönderilmelerini Mahkeme 3.maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. Gürbüz/ Türkiye, Başvuru No: 26050/04, 10.11.2005; Kuruçay/ Türkiye, Başvuru No: 24040/04, 10.11.2005

²⁹⁰ McGlinchey ve diğerleri/BK, Başvuru No: 50390/9, 29.04.2003.

getirebilmektedir. Keenan/BK²⁹¹ başvurusunda, başvurucunun zihinsel rahatsızlığı olan oğlu aldığı disiplin cezası sonucu tecrit biriminde iken intihar etmiştir. Mahkeme, hapisane yetkililerinin başvurucunun tecrit ile baş edebilmesini sağlayacak psikolojik bir muayene ile destek sağlamakta ve düzenli olarak başvurucuyu kontrol etmekte ihmali olduğunu belirterek 3.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, bunlara ek olarak akıl sağlığı yerinde olmayan bir hükümlünün, içinde bulunduğu duruma uygun nitelik taşımayan ve yetersiz bir tedavi ünitesinde tutulması²⁹², ağır kanser hastası bir kişinin iki yıldan uzun bir süre boyunca tedavi göremeyecek şekilde tutulması²⁹³, birçok kronik hastalıktan mustarip 84 yaşındaki felçli bir kişinin gerekli sağlık desteği sunulmaksızın 21 ay cezaya mahkûm edilmesi²⁹⁴, kolları ve bacakları olmayan ve buna ek olarak kronik böbrek rahatsızlığı bulunan bir kişinin 3 gece 4 gün boyunca, sert bir yatakta uyumaya zorlanması²⁹⁵ gibi başvurularda da 3.maddeden ihlal kararı vermiştir.²⁹⁶

Bu konuda ilginç bir başvuruda İHAM, tip 2 diyabet ve koroner arter hastası olan bir tutuklunun cezaevi idaresi tarafından diyetine uygun yemek sağlanmamasını aşağılayıcı muamele olarak değerlendirerek 3.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁹⁷ Başvurucu, doktorların reçete ettiği biçimde hazırlanan, beyaz et ve sebze ağırlıklı, içerisinde kırmızı et ve doymuş yağ barındırmayan diyetine uygun yemek verilmesini talep etmiştir. Ancak, hapishanede kaldığı süre boyunca başvurucuya sunulan yemekler ağırlıklı olarak dana eti ve karbonhidratlardan oluşmaktaydı. Cezaevi idaresinin talebini reddetmesi üzerine başvuru ağır ceza mahkemesine itirazda bulunmuştur. Başvurucunun ağır ceza mahkemesine yaptığı başvuru da reddedilmiştir. Mahkeme'nin ret gerekçesinde, “her tutukluya günde birden fazla çeşitli öğün verilemeyeceği ve başvurucuya yağsız, tuzsuz ve baharatsız yemeğin halihazırda verildiği” hususlarına yer verilmiştir.

İHAM, kamu görevlilerinin, başvurucunun sağlığının korunması için gerekli tüm önlemleri almasına dair yükümlülüğü hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre cezaevi idaresi, sağlık problemleri olan ve buna dair raporları bulunan tutuklu/hükümlüye özel diyeteye uygun

²⁹¹ Keenan/BK, Başvuru No: 27229/95, 03.04.2001.

²⁹² Aerts/ Belçika, Başvuru No: 25357/94, 30.07.1998.

²⁹³ Mouisel/ Fransa, Başvuru No: 67263/01, 14.11.2002.

²⁹⁴ Farbtuhs/ Letonya, Başvuru No: 4672/02, 02.12.2004.

²⁹⁵ Price/ BK, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

²⁹⁶ T. Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, s. 352.

²⁹⁷ [Ebedin Abi/ Türkiye](#), Başvuru No: [10839/09](#), 13.03.2018.

yemekleri sağlamada yetersiz kalmıştır. İHAM, başvuruçunun talebinin ekonomik nedenlerle de reddedilemeyeceğini, zira sağlık problemi olan tutuklu/ hükümlülerin ihtiyaçlarının karşılanması için bir *bütçe kalemi* olduğunu ifade etmiştir. İHAM'a göre yürürlükte olan ulusal yasanın sağlık problemi olan mahpuslar için ayrı bir bütçe sağladığı göz önünde bulundurulduğunda, bu gereksinimlerin karşılanmaması hiçbir şekilde ekonomik gerekçelere dayandırılmaz. İHAM, sağlık sorunlarının başvuruçuya ek bir ekonomik yük getirmemesi gerektiğini ifade etmiştir. İHAM'a göre hapisane sistemini, lojistik ve finansal zorluklara göre değil, tutuklu/hükümlünün *insanlık onuruna uygun şekilde* dizayn etmesi hususlarında devletin yükümlülüğü bulunduğunun altını çizmiştir.

İHAM'a göre hapsedilen kişiler her ihtiyaçları olduğu anda istedikleri hastanede tedavi olamayacağından, hapisane idaresinin konuyla ilgili bir uzmana, başvuruçunun sağlık sorunlarıyla ilgili ihtiyaçlarına ve hapisanedeki yemeklere dair inceleme yaptırması gerektirdi. Ancak kamu görevlileri, başvuruçuya sunulan yemeklerin ona uygun olup olmadığına ya da bu yemeklerin onun sağlığını nasıl etkilediğine dair bir araştırma yapmamış ve başvuruçunun sağlığının ve esenliğinin korunmasına dair gerekli önlemleri almamıştır.

Kısacası, Sözleşme, sağlık hizmeti sunulması şeklinde genel nitelikli bir yükümlülük yüklememekle birlikte, yetkili makamlar dezavantajlı bir grup olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin sağlıklarını korumakla yükümlüdürler.²⁹⁸

Koruma yükümlülüğü, bireylerin sınır dışı ya da iade süreçlerine ilişkin kararların uygulanması konusunda da gündeme gelebilmektedir. Bu açıdan anılabilecek diğer davalar, özellikle de başvuranların sığınma talep ettikleri süre içerisindeki tutulma şartlarını konu edinen kararlardır. Bu tutulma şartlarının yeterli sağlık, hijyen, barınma, dinlenme ve yemek koşullarına uygun olmaması aşağılayıcı muamele oluşturmaktadır.²⁹⁹

Mahkeme, özellikle de başvuranların ölümcül hastalıkları (AIDS gibi) nedeniyle, daha kötü koşullarda sağlık ve bakım hizmeti alacakları ülkelere gönderilmeleri konusunda 3. maddeyi devreye sokmak açısından çok yüksek standartlar belirlemiştir.³⁰⁰ D/ Birleşik Krallık davasında, başvuruçunun hastalığının son aşamalarında olması ve iade edileceği ülkedeki kısıtlı

²⁹⁸ Keenan/BK, Başvuru No: 27229/95, 03.04.2001.

²⁹⁹ Özellikle bkz. S.D./ Yunanistan, Başvuru No: 53541/07, 11.06.2009, para. 49-54; Tabesh/ Yunanistan, Başvuru No: 8256/07, 26.11.2009, para. 38-44; A.A./ Yunanistan, Başvuru No: 12186/08, 22.07.2010, para. 57-65 ; M.S.S./ Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21.01.2011, para. 223-234.

³⁰⁰ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s. 88.

tedavi imkanları dolayısıyla başvuruçunun ölümüne sebep olabilecek denli ağır sonuçların doğabilecek olması gibi durumlarda, söz konusu gönderme işleminin 3. maddeye aykırı olabileceği belirtilmiştir.³⁰¹

Bazen verilmesi gereken sağlık hizmetlerinin verilmemesi de 3. madde anlamında kötü muamele oluşturabilmektedir. Örneğin, bir başvuruda hamile kadına, fetüste bir sorun saptanmış olmasına rağmen gerekli olan genetik testlerin aylarca yapılmamış ve bu şekilde kürtaj süresinin geçirilmiş olması, doktorların davranış biçimi de göz önünde bulundurularak aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilip 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³⁰² 14 yaşında tecavüz sonucu hamile kalan başvuruçunun kürtaj yaptırmasını engellemek için karşılaştığı sorunların, kürtajın yapılış şeklinin ve sonrasında hiçbir tıbbi yardım ve danışmanlık hizmeti verilmemesinin 3. maddenin ihlali ile sonuçladığı P ve S/ Polonya kararı da bu kapsamda örnek gösterilebilir.³⁰³

3.madde bağlamında, İHAM kararlarında “devletin asgari yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğü”nden de bahsedilebilecektir. İHAM, her ne kadar İHAS’ta klasik hak ve özgürlükler düzenlenmiş olsa da, bu hakların gerçekleşmesi için gerekli olan sosyal ve ekonomik ortamın yaratılmış olmasının gerekli olduğunu da belirtmektedir.³⁰⁴ Bu nedenle kişinin insan onuruna, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne saygının sağlanması için devletin “asgari yaşam koşullarını” gerçekleştirmiş olması gerekir. Devletin insan onuruna saygının asgari güvencesini oluşturacak bu hususlara uygun davranmaması, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali anlamına gelebilecektir.

Konuya ilişkin olarak Moldovan ve diğerleri/ Romanya³⁰⁵ kararı, devletin Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamındaki “asgari yükümlülüğünü” genişlettiği için birkaç açıdan özellikle değinilmesi gereken bir karardır. “Haderini davası” olarak da bilinen başvuruda, çok sayıda Roman ailesinin emniyet güçleri tarafından evleri yıkılmış; bu olaydan sonra, köylerinden ve

³⁰¹ D./ BK, Başvuru No: 30240/96, 2.05.1997, para. 51-54. Benzer başvurulara örnek olarak bkz. N./ BK, Başvuru No: 26565/05, 27.05.2008; Yoh-Ekale Mwanje/Belçika, Başvuru No: 10486/10, 20.12.2011.

³⁰² R.R./ Polonya, Başvuru No: 27617/04, 26.05.2011, para. 160.

³⁰³ P. ve S./ Polonya, Başvuru No: 57375/08, 30.10.2012, para. 157-169.

³⁰⁴ Bu noktada Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 2000 yılında yayınlamış olduğu bir Tavsiye Kararı’na da değinmek gerekir: Burada, üye devletlere “aşırı derecede yokluk ve maddi sıkıntı içinde kişilere bireysel, evrensel ve uygulanabilir temel maddi ihtiyaçlarının karşılanması hakkı”nın ulusal düzeyde tanınması tavsiye edilmiştir. Bu Tavsiye Kararı çerçevesinde, bu hak asgari olarak beslenme, giyim, barınma ve temel tıbbi bakım haklarını kapsamaktadır. Bkz. Recommendation No. R (2000) 3 of the Committee of Ministers to member states on the Right to the Satisfaction of Basic Material Needs of Persons in Situations of Extreme Hardship, (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of Ministers’ Deputies).

³⁰⁵ Moldovan ve diğerleri/ Romanya (No.2), Başvuru No: 41138/98 64320/01, 12.07.2005, para. 102-114.

evlerinden kovulan başvuruçular, kalabalık ve uygun olmayan koşullarda (bodrumlarda, kümeslerde, ahırlarda vs.) yaşamak zorunda kalmış; sık sık adreslerini değiştirmiş, çok kalabalık koşullarda arkadaş ve ailelerinin yanında yaşamak zorunda kalmışlardır.

Mahkeme, söz konusu insanlık dışı yaşam koşullarından devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kararı verirken özellikle başvuranların maruz kaldıkları muamele hakkındaki soruşturmanın sürdürülüş biçimini dikkate almıştır. Ev ve eşyalarının yakılmasına ilişkin ceza soruşturması ve başvuruçuların zararlarının tazmini için giriştikleri yargı sürecinin (yerel mahkeme kararlarına yansır biçimde) ırk ayrımcılığına ilişkin ciddi bulgular içermesi de dikkate alınmıştır. Bu şekilde Mahkeme başvuruçuların yaşam koşullarının ve resmen maruz kaldıkları ırk ayrımcılığının insan onuruna dokunduğuna ve aşağılayıcı muamele niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Kararda dikkat çekici olan husus, Mahkeme'nin 8. madde kapsamında ihlal bulmuşken, konuyu bir de 3. madde açısından incelemesidir. ırk ayrımcılığı, somut olayda 3. maddenin de ihlal edilmiş sayılmasına neden olan önemli etkenlerden biridir. Kararda ayrıca Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Mahkeme'nin en az onun kadar dikkate aldığı husus "başvurucunun yaşam koşullarıdır". İHAM, bu kararla aslında aşırı yoksul kişilerin kaderlerine terk edilmesini kötü muamele olarak nitelendirmiştir.

c) Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Çevresel Konular ve Sosyal Yükümlülükler

Sözleşme'nin 8.maddesi özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenler. İHAM, 8. maddede geçen "saygı gösterme" ifadesi ile bu kapsamda devlete yüklenilecek olan pozitif yükümlülüklerin³⁰⁶ normatif temelini oluşturmuştur.³⁰⁷ İHAS'ın en geniş yorumlanan maddelerinden biri 8. maddedir.³⁰⁸ Maddede yer alan hakların kapsamı içtihatlarla belirlenmiştir. İHAM, dinamik ve evrimci yorum yöntemiyle birçok hukuksal çıkarı, 8. maddenin kapsamına yerleştirmiştir. Sözleşme'de ayrı bir hak olarak düzenlenmemekle

³⁰⁶ Örnek kararlar için bkz. Marckx/ Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979; W./ BK, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987; Stjerna/ Finlandiya, Başvuru No: 18131/91, 25.11.1994; Johansson/ Finlandiya, Başvuru No: 10163/02, 06.09.2007; Jaggi/ İsviçre, Başvuru No: 58757/00, 13.07.2006; Bevacqua ve S./ Bulgaristan, Başvuru No: 71127/01, 12.06.2008; Sandra Jankovic/ Hırvatistan, Başvuru.No: 38478/05, 5 .03. 2009; Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No: 9718/03, 26.07.2011.

³⁰⁷ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s. 381-382; Colin Warbrick, "The Structure of Article 8", **European Human Rights Law Review**, 1998, s.32-44.

³⁰⁸ David Feldman, "The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights", **European Human Rights Law Review**, Vol: 3, 1997, s.265-274, 265.

birlikte, pozitif yükümlülükler çerçevesinde, fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması bağlamında sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını da korunmaktadır.³⁰⁹

Çevresel kirliliğe ilişkin bir dizi davada Mahkeme, 8. maddede güvence altına alınan hakların uygulanabilir olduğu içtihadında bulunmuştur.³¹⁰ İHAM, çevre kirliliğinin bireylerin sağlığı hakkında ciddi bir risk oluşturmaya da, özel ve aile yaşamlarına saygı hakkını ihlal edebileceğini belirtmektedir. Çevresel konuların 8. madde çerçevesinde İHAM önüne incelenebilmesi için, söz konusu çevresel konuların başvuruçunun özel yaşam ve aile yaşamına saygı ya da konuta saygı haklarından biri ya da birden fazlası üzerinde *doğrudan bir etkisi* olması³¹¹; çevresel kirliliğin “*ciddi boyutta olması*” ve bu kirliliğin başvuruçusu üzerindeki etkisinin *belirli bir şiddet derecesine ulaşmış olması* da gerekmektedir.³¹² Bu asgari şiddet derecesinin değerlendirilmesi her bir somut olayın özgül koşullarında, çevresel rahatsızlığın *yoğunluğu, süresi ve fiziksel ve zihinsel etkileri ile çevrenin genel bağlamı* ölçütleri ışığında belirlenmektedir.³¹³

Bu bağlamda, hava³¹⁴, gürültü³¹⁵, toprak ve su kirliliği³¹⁶ gibi çevresel konular Mahkeme tarafından devletin 8.maddeden doğan pozitif yükümlülükleri çerçevesinde ele alınmaktadır. İHAM’a göre, çevre kirliliği, kişilerin sağlığı üzerinde ciddi bir tehlike oluşturmaya da, özel yaşam ve aile yaşamlarını olumsuz yönde etkileyebilir. Örneğin Lopez Ostra/İspanya³¹⁷ davasında, başvuruçusu, belediyenin evine oldukça yakın olan bir atık su işleme ünitesi hakkında gerekli önlemleri almadığını ileri sürmüştür. Başvuruçunun atık su işletme ünitesine ilişkin şikayetlerine rağmen konuyla ilgili hiçbir somut adım atılmayınca bir doktor tavsiyesi ile de aile taşınmak durumunda kalmıştır. İHAM olayı başvuruçusu ve ailesinin sağlığı üzerindeki olumsuz etkiler bağlamında değil, toplumsal ve bireysel çıkarlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi perspektifinden değerlendirmiştir. Sonuç olarak başvuruçunun kişisel

³⁰⁹ Bu konuda kapsamlı bir çalışma olarak bkz., Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2011, s. 296-335.

³¹⁰ Powell ve Rayner/ BK, Başvuru No: 9310/81, 21/02/1990, para. 40, 46; Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994, para. 51.

³¹¹ Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005, para. 68; Hatton ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 36022/97, 02.07.2003, para. 96; Hardy ve Maile/ BK, Başvuru No: 31965/07, 14.02.2012, para. 187.

³¹² Moreno Gomez/ İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16/11/2004, para.58; Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09/06/2005, para.69.

³¹³ Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09/07/2005; Lars Fägerskiöld ve Astrid Fägerskiöld/ İsveç, Başvuru No: 37664/04, 26/02/2008.

³¹⁴ Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994.

³¹⁵ Hatton ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003.

³¹⁶ Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004.

³¹⁷ Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994.

yararı ile söz konusu bölgenin ekonomik refahı arasında adil bir denge kurulamadığı gerekçesiyle 8.maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kyrtatos/Yunanistan³¹⁸ davası, kentsel gelişim gerekçesi ile başvurunun evine yakın bir bataklık kurutulmasını konu edinmiştir. Başvurucu bu durumun evinin etrafındaki doğal güzelliği bozduğunu iddia etmiştir. Bu başvuruda İHAM'ın 8. maddenin çevrenin korunmasını değil, özel yaşama saygının korunmasını amaçladığını vurgulaması da dikkat çekicidir.³¹⁹ Fadeyeva/Rusya³²⁰ davasında ise, çelik fabrikasının yakınında yaşayan başvuru, fabrikadan yayılan endüstriyel emisyonu uzun süre maruz kaldığını belirterek havadaki zehirli elementlerin sağlığı açısından ciddi bir tehdit oluşturduğunu ileri sürmüştür. İHAM, evi bu fabrikanın çok yakınında bulunan başvurucuya, söz konusu bölgeden taşınması için gerekli yardımın sağlanmadığını ve endüstriyel kirliliğin giderilmesi için makul önlemlerin alınmadığını da belirterek 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Çevresel meseleler bağlamında 8. maddenin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı şeklinde esasa ilişkin boyutunun yanında, bir de usule ilişkin boyutu bulunmaktadır. Bu kapsamda; çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve yargısal yollara başvurma hakkı bulunmaktadır.³²¹

Çevresel bilgi edinme hakkı çerçevesinde, bireylerin karşılaşılabilecekleri çevresel riskler konusunda taraf devletlerin kamuyu bilgilendirme pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.³²² Ayrıca, çevresel politikaların oluşturulması aşamasında, konuyla ilgili gerekli araştırma ve çalışmaların yapılması ve bu çalışmalar hakkında kamunun bilgi edinme hakkı bulunmaktadır.³²³ Konuyla bağlantılı olarak, Guerra ve diğerleri/İtalya³²⁴ davasında, başvuru, evlerinin yakınında bulunan bir kimya fabrikasının tehlike riski taşıdığını, ayrıca kirlilik, kötü koku ve gaz yayılımı dolayısıyla çevre kirliliğine yol açtığını, özel ve aile yaşamlarına saygı hakkını ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. İHAM, devletin bu durumun yol açabileceği riskleri azaltmak konusunda gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle 8.maddeden

³¹⁸ Kyrtatos/ Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22.05.2003.

³¹⁹ Ö. Yücel Dericiler, "AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması", s. 68.

³²⁰ Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 30.11.2005.

³²¹ Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11. 2004, para. 119.

³²² Guerra ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 14967/89, 19.02.1998; Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11. 2004.

³²³ Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11. 2004.

³²⁴ Guerra ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 116/1996/735/932, 19.02.1998. Benzer bir karar olarak ayrıca bkz. Dubetska ve diğerleri/ Ukrayna, Başvuru No: 30499/03, 10.02.2011.

kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtmiş; başvuruçuların kendileri ve ailelerinin söz konusu risklerle ilgili önceden bilgilendirilmemiş olmaları nedeniyle, özel ve aile yaşamlarına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Giacomelli/İtalya³²⁵ davası da atık su işletme ünitesinden kaynaklanan çevre kirliliği sorunlarını konu edinmiştir. İHAM olayda bireylerin konuyla bağlantılı karar alma süreçlerine katılma ve kendilerini doğrudan ilgilendiren bir hususta bilgilendirilme ve değerlendirmelerde bulunma fırsatının tanınmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.

8.maddedeki pozitif yükümlülükler çerçevesinde, sağlık hizmetlerine erişim de başvuru konusu olmuştur. İHAM, devletin kişiler için sağlık riski taşıyan eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunu dikkate alarak tehlikeli işlerin yol açabileceği sağlık risklerini devletin önlemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.³²⁶ Mahkeme, ayrıca 8.maddeyi geniş yorumlayarak bu hakkın kapsamına tıbbi bakım hakkını da dahil etmiştir.³²⁷ İHAM, hayati tehlike söz konusu değilse, tıbbi yardımı devletin karşılaması meselesinin kural olarak 8.madde çerçevesinde değerlendirileceğini kabul etmiştir. Ancak devletin mali imkanları ile kişilerin tıbbi yardım talepleri arasında kaldığında epey tutuk bir tavır sergilediği kararları çoğunlukta kalmıştır. İHAM, kıt kaynakların dağıtımı söz konusu olduğunda genellikle bu sorunların taraf devletlerin kendisi tarafından ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.³²⁸

Valentina Penticova ve diğerleri/ Moldova³²⁹ davasında, kronik böbrek yetmezliğinden muzdarip olan başvuruçucu devletin kendisine yeterli hemodiyaliz tedavisini sağlayamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşme'nin ücretsiz tedavi hakkını sağlamadığını kabul etmekle birlikte, 8.maddenin somut olay bakımından uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, sağlık hizmetlerine yönelik talepler ve bu hizmetlere erişimin sağlanmasındaki ödeme ve bedellerin değerlendirilmesi konusunda yerel otoriteler, uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi bir konumdadır. Elbette herkesin sağlık hizmetleri ve ilaçlara tam olarak erişebilmesi arzu edilmekte ise de, *kaynak yetersizliği yüzünden*, ne yazık ki pek çok kişi, özellikle de sürekli ve pahalı tedaviler söz konusu olduğunda, bu imkanlardan yeterince yararlanamamaktadır.³³⁰

³²⁵ Giacomelli/ İtalya, Başvuru No: 59909, 02.11.2006.

³²⁶ Bkz. Guerra ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 14967/89, 19.02.1998; Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11. 2004.

³²⁷ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2011, s.344.

³²⁸ L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.409.

³²⁹ Valentina Penticova ve diğerleri/ Moldova, Başvuru No: 14462/03, 04.02.2005. (kabul edilebilirlik kararı)

³³⁰ Valentina Penticova ve diğerleri/ Moldova, para.131.

Mahkeme, başvurucunun talebinin, kıt kaynaklar göz önüne alındığında, vergi mükellefleri tarafından finanse edilmiş diğer önemli ihtiyaçlara yönelik kamusal fonlardan karşılanması anlamına geleceğini ifade etmiştir. Mahkeme, hemodiyaliz tedavisinin başvurucunun özel yaşamı ve aile yaşamına getireceği büyük katkıların da altını çizmekle birlikte, Moldova hükümetinin başvuru ile toplumun genelinin yarışan menfaatleri arasında adil bir dengeyi sağladığından bahisle başvuruyu reddetmiştir.

5. Konut Hakkı: Ölçülülük İlkesi

Çok boyutlu bir sosyal hak olan konut hakkı, İHAS'ın 3., 8. Maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 1.maddesi ile bağlantılı olarak Mahkeme'nin inceleme konusu olmuştur.

Sözleşme'nin 8.maddesi, özel yaşam ve aile yaşamına saygının yanı sıra, konutun korunmasını da kapsar. Maddenin temel amacı, bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Bu da hakkın doğurduğu negatif yükümlülüğe işaret eder.³³¹ Bu bağlamda güvenlik güçleri tarafından kasıtlı olarak kişinin konutunun yakılması³³² veya keyfi bir biçimde gerçekleştirilen tahliyeler³³³ konut hakkının negatif boyutunun ihlali anlamına gelecektir. Hatta, söz konusu eylemlerin ağırlığı, gerçekleştirilme şekli, mağdurların özellikleri dikkate alınarak insanlık dışı muamele dahi gündeme gelebilmektedir.³³⁴ Ayrıca sosyal konut gibi bir alacak hakkının elde edilmesi halinde³³⁵ ya da kira ilişkisi, irtifak hakkı gibi konutla bağlantılı hususlarda, mülkiyet hakkı bağlamında da bu hak korunabilmektedir.³³⁶

Bunun yanı sıra, pozitif yükümlülükler de söz konusudur.³³⁷ Bu pozitif yükümlülüklerin normatif dayanağı, maddede yer alan “saygı” ifadesidir. İHAM kararlarında, 8. maddede geçen “saygı gösterme” ifadesi, pozitif yükümlülüklerin temelini oluşturmak için kullanmıştır.³³⁸ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Mahkeme içtihatlarında kişilerin evsiz kalmalarına karşı

³³¹ Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No: 9718/03, 26.07.2011.

³³² Örnek olarak bkz. Akdivar ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 21893/93, 16.09.1996; Selçuk ve Asker/ Türkiye, Başvuru No: 12/1997/796/998-999, 24.04.1998.

³³³ Prokopovich/ Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004.

³³⁴ Selçuk ve Asker/ Türkiye, Başvuru No: 12/1997/796/998-999, 24.04.1998; Dulaş/ Türkiye, Başvuru No: 25801/94, 30.01.2001.

³³⁵ Teteriny/ Rusya, Başvuru No: 11931/03, 30.06.2005.

³³⁶ T. Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, s.353.

³³⁷ Marckx/ Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979; W./ BK, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987; Stjerna/ Finlandiya, Başvuru No: 18131/91, 25.11.1994; Zenhalova ve Zenhal/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 38621/97, 14.05.2002; Johansson/ Finlandiya, Başvuru No: 10163/02, 06.09.2007; Jaggi/ İsviçre, Başvuru No: 58757/00, 13.07.2006; Bevacqua ve S./ Bulgaristan, Başvuru No: 71127/01, 12.06.2008; Sandra Jankovic/ Hırvatistan, Başvuru No: 38478/05, 05.03.2009; Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No: 9718/03, 26.07.2011.

³³⁸ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, a.g.e., s. 381-382.

güvence oluşturan bir dizi pozitif yükümlülük öngörülmüş olmakla birlikte, Avrupa’da da büyük çaplı sosyal bir sorun olarak “evsizler ordusu” konusunda, ulusal üstü bir organ olarak yargısal sınırlar da belirlenmeye çalışılmıştır. Mahkeme, 8.maddedeki konuta saygı hakkının kişilere konut sağlanması hakkını da içerecek şekilde yorumlanamayacağını ilk içtihatlarından bu yana sürdürmektedir.³³⁹ Chapman/BK³⁴⁰ kararında da ifade edildiği üzere, “Elbette ki, herkesin onurlu bir şekilde yaşamını sürdürebileceği, ‘ev’ olarak nitelendirebileceği bir yerde yaşayabilmesi arzu edilir bir durumdur ancak ne yazık ki sözleşmecî devletlerde yaşayan pek çok kişi evsizdir. Devletlerin herkesin bir konut sahibi olabilmelerini sağlayacak fonları temin edebilmesi yargı kararlarının konusunu oluşturmayıp siyasi alana ilişkin kararlardır.”³⁴¹

Bazı başvurularda Sözleşme kapsamında devletlerin, kişilerin evsiz kalmalarına kendisi yol açmamış olsa da, söz konusu kişilere kalacak yer sağlama yükümlülüğü olup olmadığı tartışılmıştır. Burton/BK³⁴² davasında, Roman asıllı kanser hastası olan başvuru, yetkililerin kendisine ömrünün geri kalanını geçirebileceği bir karavan sağlamadığı gerekçesiyle 8.maddedeki yükümlülüklerini ihmal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon, başvuruyu reddederken 8.maddenin bir kişinin tercihiyle uygun kalacak yer sağlama şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklediği şeklinde genişletilemeyeceğini, yerel makamların konutla ilgili kararlarını denetlemenin kendi işi olmadığını belirtmiştir.

Marzari/ İtalya³⁴³ davasında da, her ne kadar 8.maddenin bireylere konut sahibi olma hakkı tanımadığı vurgulanmışsa da, yine 8.maddedeki pozitif yükümlülükler çerçevesinde, yalnızca bu gerekçenin devleti konut ihtiyaçları ile bağlantılı konularda bütün sorumluluklarından bağışık kılacağı anlamına gelmediği de belirtilmiştir. Mahkeme bu başvuruyu kabul edilemez bulmuş olmakla birlikte, ilk defa konut uyuşmazlığına ilişkin bir başvuruda devlete pozitif yükümlülükler yüklenebileceğine işaret etmiştir: “8.madde kişilerin yetkili makamlarla konuta ilişkin yaşadıkları sorunlarını çözmeyi garanti etmese de, yetkililerin *ağır bir rahatsızlığı olan bir kişiye*³⁴⁴ böylesi bir yardımı sağlamayı reddetmesi belli durumlarda, kişinin özel yaşamı alanında da yaratacağı etki göz önüne alınarak, 8.madde kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olarak görülebilir.”

³³⁹ G. Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s.334.

³⁴⁰ Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.02.2001.

³⁴¹ Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.02.2001, para. 99G.

³⁴² Burton/BK, Başvuru No: 31600/96, 10.09.1996. (kabul edilebilirlik kararı)

³⁴³ Marzari/ İtalya, Başvuru No: 36448/97, 04.05.1999 (kabul edilebilirlik kararı).

³⁴⁴ Vurgu yazara aittir.

Davada ender görülen bir hastalığı olan engelli bir başvuru, kendi ihtiyaçları doğrultusunda tasarlanmış olan bir evde yaşamaktadır. Evine el konulduktan sonra, ihtiyaçlarına uygun olan başka bir ev kendisine sağlanamadığından dava açmıştır. İHAM'a göre, Sözleşme'nin 8.maddesinde yer alan konuta saygı hakkı, devlete kişilere konut sağlama yükümlülüğü yüklememektedir. Bununla birlikte, kararda başvuruçunun *ciddi boyutta bir rahatsızlığının bulunması* dolayısıyla kendisine yardım yapılmamasının özel yaşam ve aile yaşamını ihlal edebileceği de belirtilmiştir. İHAM'ın başvuruyu reddetme nedeni, aslında davalı devletin başvuruçuya sağlık kurulunca da uygun bulunan bir evi temin etmesi ancak başvuruçunun bu evi beğenmeyerek reddetmiş olmasıdır. Bu bakımdan devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Karardan, böylesi bir yardımın yokluğu durumunda 8.maddenin ihlal edileceği kanısına varılacağı sonucu da çıkarılabilecektir.³⁴⁵ İHAM, bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak, başvuru tarafından talep edilen önlemler ile onun özel yaşamının korunması arasındaki bağlantının, doğrudan ve ivedilik gerektiren bir bağlantı olmasıdır.³⁴⁶

Kararda belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus da, Mahkeme, engelli bir kişi söz konusu olduğunda, bu durumdaki kişilere kalacak yer sağlamayı reddetmenin haklı nedenlerinin ortaya konulması (meşrulaştırılması) konusunda devletlere daha ağır bir yük yüklendiği; söz konusu başvuruların daha sıkı inceleneceği ortaya konulmuştur.³⁴⁷

Bu alandaki başvuruların bir kısmı da, meşru bir devlet eyleminin kişi ve gruplar üzerinde yarattığı orantısız sosyo-ekonomik etki ve sonuçların dolaylı ayrımcılığın bir türüne yol açmasına ilişkindir. İngiltere'ye karşı yapılan bir dizi başvuruda, buradaki arazi ıslahı kontrollerinin Romanların neredeyse %30'unun evsiz kalmasına yol açarak onlara yönelik ayrımcılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Kontrollerin özellikle de arazilerin üzerine karavanlarını yerleştirmek isteyen Romanların, ki İngiltere'deki Romanların çoğu bu tür bir konaklamayı tercih etmektedir, buna yönelik izin almalarını zorlaştırdığı belirtilmiştir.

Başvuruçular, arazi kullanımına ilişkin bir düzenlemenin gerekliliğini kabul etmekle birlikte buradaki meşru amacı olan devlet eyleminin, istenmeyerek de olsa, orantısız sosyo-ekonomik etki ve sonuçlar doğurduğunu ileri sürmüşlerdir. Buradaki düzenlemenin kendilerinin kalacak bir yer bulabilmelerine olanak tanıyacak şekilde yeniden oluşturulmasını

³⁴⁵ Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2014, s.248.

³⁴⁶ Eva Brems, "Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed. Daphne-Barak Erez), Oxford: Hart Publications, 2007, s.151.

³⁴⁷ E. Palmer, a.g.e., s.416.

ya da devletin kendilerine kalacak bir yer temin etmesini talep etmişlerdir. Bu bağlamdaki ilk başvuru olan Buckley/BK³⁴⁸ başvurusundan beri Mahkeme aşamalı olarak bu kapsamdaki yükümlülüklerin alanını genişletmiştir. İHAM öncelikle ölçülülük testindeki temel ilkeler bakımından inceleme yapar, sonra da devletin takdir marjının kapsamını değerlendirir. Chapman/BK³⁴⁹ kararında üçüncü bir aşama ortaya çıkmış ve buradaki incelemede Romanların ihtiyaçlarının ve kendilerine has, farklı yaşam biçimlerinin de hem ilgili düzenleyici işlemlerde hem de bu tür olaylarda alınacak olan kararlarda özel olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵⁰ Buna ek olarak Mahkeme takdir marjının kapsamını da değerlendirmiştir: “AK’ye üye olan taraf devlerde yeni ortaya çıkan konsensüs azınlıkların özel ihtiyaçlarını da tanımakta ve onların güvenlik, kimlik ve yaşam tarzlarının korunması yükümlülüğünü yüklemektedir.”³⁵¹

Connors/BK³⁵² davasında başvuru ve ailesi neredeyse 33 yıldır aralıksız şekilde bir karavan alanı bölgesinde yaşamıştır. Buradaki yerel makamlar başvuru ve ailesinin bölgeden tahliye edilmesi için gerekli işlemleri başlatmışlardır. Bunun sonucunda başvuru ve ailesi sürekli olarak bir yerden başka bir yere taşınmaya zorlanmış; bunun yarattığı stres ve belirsizlik hali başvuru ve ailesinin evliliğinin bozulmasına yol açmıştır. İHAM, söz konusu bölgede yaşayan Romanlara yönelik usuli güvencelerin eksikliğine özellikle vurgu yaparak 8.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, Romanlara karşı gerçekleştirilen tahliyelerin, arazi sahiplerinin de mağduriyetlerini ileri sürebilecekleri tarafsız ve bağımsız bir yargı yerinde denetime tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olayda başvuru tahliyelerin dayanağı olan iddiaları reddetmiş; ancak bu gerekçelere karşı mahkeme önünde itiraz etme imkanı bulamamıştır.

Bazı davalarda İHAM konut hakkı ile mülkiyet hakkından kaynaklı çatışan menfaatleri uzlaştırmaya çalışmıştır. Bu çatışma genellikle devletin kira kontrolü yasasını kabul ettiği yerlerde, arazi sahipleri ile kiracı arasında doğmaktadır. Böyle bir önlem mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturmaktadır ve 1 No’lu Ek Protokol’ün 1.maddesinde yer alan ölçütlerle uyumlu olmalıdır: Öncelikle, söz konusu müdahalenin toplumun genel yararı çerçevesinde, meşru bir amacı olmalıdır. Kira kontrolü yasasının yoksul kiracıların konuta erişimini sağlama amacını güderken, bir yandan da arazi sahiplerinin arazilerindeki yetersiz ve elverişsiz koşulları

³⁴⁸ Buckley/BK, Başvuru No: 20348/92, 25.09.1996.

³⁴⁹ Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.02.2001.

³⁵⁰ Bununla birlikte, Chapman kararında Mahkeme sonuç olarak bu türden bir konsensüsün henüz kararın verildiği zaman dilimi için, belli bir sonuç elde etmeye imkan verecek kadar somut ve açık olmadığını ifade etmiştir.

³⁵¹ Chapman/BK, para.93.

³⁵² Connors/BK, Başvuru No: 66746/2001, 27.05.2004.

geliştirmek için teşvik edici olması gerekmektedir.³⁵³ İkinci olarak da, toplumun genel yararı ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulmalıdır.

Hutten-Czapska/Polonya³⁵⁴ başvurusunda ilgili yasa başvurucunun arazisinden, mevcut koşulları sürdürmeye yetecek seviyede bir kira bedeli almasına izin vermemektedir. Mahkeme, 1 No’lu Ek Protokol’ün 1.maddesi bağlamında yetkililerin başvuru üzerinde orantısız ve aşırı bir yük yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararına Mellacher ve diğerleri/ Avusturya³⁵⁵ başvurusunda da atıfta bulunmuştur. İHAM, bu davada ise başvurucuya orantısız bir yük yüklenmediğini, hatta yasanın alınacak kira bedelini %82 azalttığında bile bunun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Avusturya’ya karşı olan başvuruda arazi sahipleri kiracılardan arazinin sürdürülebilirliğini sağlayacak bir bedel elde edebiliyorken Polonya’ya karşı olan başvuruda yasa, kontrol altında tutulan kiradan elde edilen gelir ile arazinin sürdürülebilirliğinin maliyeti arasında bir denge sağlayamamıştır.³⁵⁶

İçtihatlarda açıkça görülmektedir ki, taraf devletlerin kamuyu ilgilendiren bir konu olarak kira kontrolü önlemini sağlaması ile bu tür önlemlerin yerine getirilmesini sağlayacak kuralların seçimi konusunda geniş bir takdir marjı vardır. Bununla birlikte, toplumdaki daha yoksul kişilerin konut hakkından yararlanmasını arttıracak önlemler, arazi sahiplerine sağlanan ödemeler çerçevesinde ekonomik nitelikli mülkiyet hakkına göre daha önceliklidir ve her iki tarafın menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalıdır.

Mahkeme aynı zamanda farklı grupların konut hakları arasındaki uyuşmazlıkları da değerlendirmiştir. Blečić/Hırvatistan³⁵⁷ başvurusunda, başvurucunun bir dairedaki kiracılık durumu sona erdirilmiştir. Kendisi İtalya’daki kızını ziyarete gittiği esnada, oturduğu dairenin bulunduğu Zadar şehri de dahil olmak üzere, Hırvatistan’da silahlı çatışmalar tırmanmıştır. Başvurucu silahlı çatışma dolayısıyla başvurduğu yargı sürecinden olumlu bir sonuç alamamıştır ve daire de yokluğunda üçüncü kişiler tarafından işgal edilmiştir. Kendisi de bu nedenlerle geri dönememiştir. İHAM, kira ilişkisinin sona erdirilmesi eyleminin meşru bir amacı olduğunu, yurttaşların konut ihtiyaçlarını karşılamayı hedeflediğini ve bunun da ülkenin ekonomik refahını geliştirmeyi, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumayı amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme, şunu vurgulamıştır: “Devlet otoriteleri toplumdaki farklı grupların yarışan menfaatlerini uzlaştıırken kaçınılmaz olarak belli menfaatler daha ağır basacak ve

³⁵³ Mellacher ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 10522/82, 11011/84 ve 11070/84, 19.12.1989, para.47.

³⁵⁴ Hutten-Czapska/Polonya, Başvuru No: 35014/97, 22.02.2005.

³⁵⁵ Mellacher ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 10522/82, 11011/84 ve 11070/84, 19.12.1989.

³⁵⁶ Hutten-Czapska/Polonya, Başvuru No: 35014/97, 22.02.2005, para.176.

³⁵⁷ Blečić/Hırvatistan, Başvuru No: 59532/00, 29.07.

diğerleri daha geride duracaktır. Böylesi bir belirleme, özellikle de birbiri ile yarışan menfaatlerin dengelenmesi ve devletlerin *takdir marjı* sınırları içerisinde yer alan *sınırlı kaynakların tahsis edilmesi*³⁵⁸ meselelerini de kapsıyorsa, makul gerekçeleri olmalıdır.³⁵⁹

8.maddenin ihlal edilmediği sonucuna varan Mahkeme, burada yetkililerin sosyo-ekonomik politikalarını uygularken takdir marjı kapsamında kaldıkları kanaatindedir. Mahkeme, başvurunun söz konusu karara karşı hem sözlü hem de yazılı olarak itirazlarını ileri sürebildiğini, bu durumun da 8.maddede öngörülen usuli güvencelerle uyumlu olduğunu belirtmiştir.

Bu karar özellikle de 1953 yılından beri sürdürdüğü kira ilişkisi sona erdirildiğinde başvurunun altmış altı yaşında olduğu ve kalacak başka bir yeri olmadığı göz önüne alındığında bir hayal kırıklığıdır. Ayrıca, bu dava Sırp nüfusunun 1991 yılından 2001'e kadar %10'dan %3'e azaldığı Zadar'daki sona erdirilen neredeyse 2000 kira ya da oturma hakkının sadece bir örneğidir. Karar, Mahkeme'nin böylesi karmaşık sosyo-ekonomik konularla ilgili yargısal tutukluğunun ve tutarlı, sağlam hukuki ilke ve argümanlara dayanan bir analizin yerine kullandığı "takdir marjı" ritüeli ile zorlu bir konunun üstünün örtülmesinin bir göstergesidir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Mahkeme yetkili otoritelerin başvurunun kira ilişkisini sonlandırırken, söz konusu daireyi yalnızca geçici olarak konut ihtiyacı olan bir kişiye tahsis ederek daha ılımlı bir çözüm benimseyebileceği yönündeki itirazları da reddetmiştir. Mahkeme, alternatif çözümlerin mevcudiyetinin başlı başına kira ilişkisinin sonlandırılmasını haksızlaştırmadığını belirtmiştir. Hırvatistan otoritelerinin, böylesi bir çözümü benimsemeye mecbur olduğu sonucuna varılmasaydı, Bayan Blečić'in hayatının kalanını geçireceği bir eve sahip olma ihtiyacı ile yarışan evsiz kişilerin daha kalıcı bir çözüm bulununcaya kadar geçici olarak barınma ihtiyaçları uzlaştırılabilir; devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak, mümkün olan en kısa sürede bireylere kalacak yer sağlanabilirdi.

Konut hakkı boyutu ile de ele alınan bir başka çarpıcı karar da, biraz evvel değindiğimiz Önerıldız/ Türkiye³⁶⁰ kararıdır. Burada Mahkeme, devletin yaşam hakkının yanı sıra, mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini de yerine getirmediğine karar vermiş, bu çerçevede her iki hak açısından da ihlal sonucuna varmıştır.

³⁵⁸ Vurgu yazara aittir.

³⁵⁹ Blečić/Hırvatistan, para.64.

³⁶⁰ Önerıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

Bu kararlar İHAM, Türkiye'nin gecekondular politikasını da eleştirmiştir (kararda yer alan “sürekli af kanunlarının çıkarılması”, “gecekondular bölgelerinde yaşayanlara gösterilen tolerans” ifadeleri çerçevesinde). Zira bu politika yürürlükteki mevzuata tamamen aykırı nitelik taşımasına rağmen, kamu makamları tarafından yürütülmektedir. Bu da yurttaşlar açısından *hukukun öngörülebilirliği ve uygulanmasına* dair sorunlar yaratmaktadır.

Mahkeme bu kararlar mülkiyet hakkını da pozitif yükümlülük gerektiren haklar arasına dahil etmiştir. Aslında burada özellikle önem taşıyan husus, gecekondular ve bunun üzerinde yaratılan yaşam alanının Mahkeme tarafından *mülk* kavramı içerisinde değerlendirilmesidir. İHAM, kararın mülkiyet hakkına ilişkin bölümünde, başvuranın gecekondusundan bahsederken klasik olarak kullandığı “mülk” ya da “malvarlığı değeri” gibi maddi kavramlar yerine, daha çok “ev” ve “yaşam alanı” gibi ifadeleri tercih etmiştir.³⁶¹ Bu tür ifadeler ise mülkiyet hakkından çok, konut hakkını çağrıştırmaktadır.³⁶² Mahkeme burada mülkiyet hakkının sosyal işlevi üzerinde durmaktadır.

Bu hususlara ek olarak, konut hakkının Sözleşme'nin 3.maddesi çerçevesinde, devletin bireylere *süre, yaş, mağdurun sağlık durumu* da göz önüne alınarak, *aşırı bir yoksulluk, fiziksel ve zihinsel olarak acı çekme* halinin asgari şiddet eşiğine ulaştığı takdirde, temel barınma ihtiyaçlarını karşılamak durumunda olup olmadığı konusu da tartışılmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak verilecek olumlu bir karşılık, bir sonraki bölümde detaylı olarak inceleyeceğimiz Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin Grootboom³⁶³ kararı ile de uyumlu olacaktır. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, kapsamlı konut programının Güney Afrika Anayasası'nın 26.maddesinin 2.fıkrası uyarınca “toprağa erişimi olmayan, başını sokacak bir yeri olmayan ve ağır koşullarda yaşayan kişilere de bir çözüm sağlayacak” önlemleri içermesi gerektiğini belirtmiştir.³⁶⁴

İHAM, bazı istisnai ve özel durumlarda, özellikle de toplumun kırılgan, dezavantajlı ve azınlık gruplarına ait bireylerin barınma hakkına ilişkin ise daha farklı bir tutum benimseyebilmektedir. Örneğin, bir önceki başlıkta da incelenen Moldovan ve diğerleri/Romanya³⁶⁵ davasında başvurunun evinin yakılması ve evsiz yaşamak zorunda kalmasında

³⁶¹ Bkz. Öneriyıldız/ Türkiye, para. 119, 121, 135, 136.

³⁶² Bazı yazarlar İHAM'ın Öneriyıldız kararıyla açıkça “konut hakkını” tanımış olmasa bile, bunu tanımaya çok yaklaştığını ifade etmektedirler. Bu konuda öğretilerdeki görüş çeşitliliğine ilişkin olarak Bkz. Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s.63.

³⁶³ Government of Republic of South Africa/Grootboom and others 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

³⁶⁴ Government of Republic of South Africa/Grootboom and others 2000 (11) BCLR 1169 (CC), para. 52.

³⁶⁵ Moldovan ve diğerleri/ Romanya, Başvuru No: 41138/98, 64320/01, 12.07.2005.

devletin alması gereken tedbirleri yerine getirmeyerek kusurlu olduğunu tespit etmiş ve 8.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu kararlar çerçevesinde, İHAM konut hakkına Sözleşme’de yer alan çeşitli haklar çerçevesinde dolaylı bir koruma sağlamakla birlikte, hakkın sosyal boyutlarını genellikle sınırlı bir şekilde ele almış; pozitif yükümlülükler doktrini ile belli ölçüde bir sosyal açılım yapmakla birlikte bu doktrini istisnai ve özel durumlarda uygulamış, yer yer çelişkili kararlar vererek yeterli konut hakkının Sözleşme güvencesi kapsamında pekişmesini sağlayamamıştır. Mahkeme bir yandan konut hakkını korumaya hevesli bir görünüm sergilemekteyken, diğer yandan da pozitif önlemler talep eden başvuru sahipleri genellikle Mahkeme’den eli boş göndermektedir.³⁶⁶

6. Ayrımcılık Yasağı ve Dezavantajlı Gruplar

Giriş bölümünde vurgulandığı üzere, sosyal haklar kavramı tarihsel süreçte geçirdiği yolculuk sonucunda toplumun tutunamayan, dezavantajlı kesimlerinin de sosyal ve ekonomik olarak korunması hakkını içerecek şekilde bir dönüşüm geçirmiş; sosyal dışlanma ve yeni yoksulluk olguları karşısında sosyal içerme (social inclusion) kavramını da kapsamına almıştır.

Günümüzde yoksulluk, sosyal güvenceden yoksun bireylerin, ekonomik, sosyal ve kültürel kaynaklara ulaşamaması ve toplum ile bağlarını gitgide yitirmesi, yani çok boyutlu bir sosyal dışlanma sorunu olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁷

Sosyal dışlanma olgusu da yalnızca temel gelir kaynaklarından yoksunluk ile açıklanamamakta, bireylerin kültürel ve siyasi olarak dışlanmalarını da kapsamaktadır. Bu çerçevede karar alma süreçlerine katılmama, siyasi alandan dışlanmaya da yol açmaktadır. Çünkü toplumun bu kesimleri genellikle hak mücadelesine doğrudan katılamamakta, haklarını talep etmek noktasında gerekli araçlardan yoksun kalmaktadır. Ayrıca, inanç, dil, etnik köken, cinsel yönelim, farklı yaşam tarzı gibi özelliklerin toplumun çoğunluğunu oluşturan kişilerden farklı olması da kültürel dışlanmaya yol açabilmektedir. Sosyal adaletsizliğin belirgin olduğu toplumlar, bu tür grupları daha da kırılgan hale getirmektedir. Bütün bu etmenler birlikte çok boyutlu bir sosyal dışlanma sürecini ortaya çıkarmaktadır.

Bu bağlamda, özünde yoksulluk ve sosyal dışlanma bir yurttaşlık ve insan hakkı sorunudur. Bir anlamda, birey siyasi, ekonomik ve sosyal haklarını kullanamaz duruma

³⁶⁶ G. Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 338.

³⁶⁷ Bkz. David Byrne, *Social Exclusion*, Buckingham: Open University Press, 1999, s.21.

düştüğünde, toplum ile bağlarını yitirmekte ve sosyal dışlanma tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır. İnsan haklarının karşılıklı olarak birbirine bağlılığı ve bütünselliği ilkesi ile eşitlik ilkesini tüm boyutlarıyla somutlaştıran bu yaklaşım, bizi sosyal haklar bağlamında devletin rolünü, pozitif yükümlülüklerini ve yoksul, dezavantajlı vatandaşları ile ilişkisini tekrar düşünmeye itmektedir.

Diğer pek çok toplumsal sorunda olduğu gibi sosyal dışlanmanın da temelinde yatan en önemli gerekçe, eşitsizliktir. Günümüzde, ayrımcılık ile yoksulluk ve sosyal dışlanma arasındaki pek çok bağlantının farkına varılmış, birden çok ayrımcılığın bir arada yaşandığı örnekler artmıştır. Toplumsal kimlikler temelinde canlılığını koruyan eşitsizlikler, bir nesilden diğerine aktarılan mahrumiyet, yoksulluk ve toplumsal dışlanma döngüleri yaratmaktadır.³⁶⁸

Sayılanlarla sınırlı olmamak üzere; engelliler, çocuklar, yaşlılar ve bir azınlığa mensup olanlar, bütün haklarından -elbette özellikle de sosyal haklarından- tam anlamıyla yararlanabilmek için devletin özel önlemler almasına ihtiyaç duyan kesimlerdir. Ayrımcılık yasağı bağlamında, söz konusu grupların yanı sıra kadınlara ve cinsel yönelimi farklı olan (LGBTİ+ bireylere) de ayrıca yer verilmiştir. Bunun sebebi, kadın olmanın ya da cinsel yönelimi farklı olan kişilerin diğer dezavantajlı konumlarla kesişerek çoklu ayrımcılığa (multiply discrimination) maruz kalmalarına zemin hazırlayabilmesidir.³⁶⁹ Örneğin engelli bireyler başlı naşına bir risk grubu oluştururken, engelli bireyin aynı zamanda kadın olması alınacak ek önlemlerin farklı boyutlarının hesaba katılmasını da gerektirecektir.

Bugün geline nokta sosyal haklar, her şeyden önce insan haklarının ilişkisel doğasından ötürü *bütün* insanların *tam* anlamıyla faydalanması gereken hakları ifade eder. Sosyal haklar, toplumun risk altında bulunan, kırılgan ya da dezavantajlı grupları olarak nielendirilen kesimi açısından tartışılmakta ve bu grupların sosyal dışlanmaya karşı haklarını tam anlamıyla kullanabilmeleri için özel önlemlerin alınmasının gerekliliği ve önemi vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, ayrımcılık yasağı ile dezavantajlı grupların haklarının da İHAM kararlarında izinin sürülmesi gerekmektedir.

³⁶⁸ Ajit Bhalla, Frédéric Lapeyre, "Social exclusion: Towards an analytical and operational framework," **Development and Change**, Vol: 28, 1997, s. 428; **Ayrımcılığa ve Şiddete Karşı Hakları ve Hayatı Savunmak İçin: Sosyal İçerme**, (Hazırlayan: Murat Köylü), Ankara: Kaos GL, 2018, s.5.

³⁶⁹ Ö. Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, s.257.

a) Sözleşme'nin 14.maddesi Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı

İHAS'ın ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi "...cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde..." şeklinde bir ifadeyle, *açık uçlu* bir yaklaşımı yansıtır.³⁷⁰ Burada belirtilen yasaklar ve taraf devletlerin yükümlülükleri sadece sayılan temellerle sınırlı tutulmamıştır.³⁷¹ İHAM içtihatları da, Mahkeme'nin maddenin bu yaklaşımı doğrultusunda, mümkün olduğunca geniş yorumlamayı tercih ettiğini göstermektedir. Mahkeme kararlarına bakıldığında 14. maddede açıkça sayılmamış olmasına karşın örneğin yaş, engellilik, medeni hal, sendika üyeliği ve cinsel yönelim gibi ayrımcılık temellerinin madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.³⁷² Aynı temeller 2000'te kabul edilen ve 2005'te yürürlüğe giren 12 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde de benimsenmiştir.³⁷³

Doğrudan ayrımcılık yasağı getiren 12 No'lu Ek Protokol sosyal haklarla ilgili başvuruların potansiyel olarak artmasını sağlayabilir. Halihazırdaki uygulamada Sözleşme'nin 14.maddesindeki ayrımcılık yasağıyla ilgili iddiaların Sözleşme'de yer alan başka bir hakla ilişkilendirilerek başvuru yapılabilmektedir. Ek Protokol'ün getirdiği doğrudan ayrımcılık yasağının sosyal hakların İHAM tarafından korunmasında önemli bir katkı sağlayacağı söylenebilecektir.³⁷⁴

İHAS'ın 14. maddesi *yalnızca* Sözleşme'de yer alan haklar açısından ayrımcılığı yasaklamaktadır ve bu nedenle öğretide "parazit madde" (parasitic article) olarak da anılmakta;

³⁷⁰ Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", **Human Rights Law Journal**, Vol: 11, No: 1-2, s. 5.

³⁷¹ James ve diğerleri/BK, Başvuru No: 8793/79, 21.02.1986, para. 74.

³⁷² Örnek kararlar olarak bkz. Schwizgebel/ İsviçre, Başvuru No: 25762/07, 10.06.2010; Pretty/ BK, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002; Petrov/ Bulgaristan, Başvuru No: 15197/02, 22.05.2008; Danilenkov ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 67336/01, 30.07.2009; Salgueiro da Silva Mouta/ Portekiz, Başvuru No: 33290/96, 21.12.1999; Frette/ Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002; S. L. v. Avusturya, Başvuru No: 45330/99, 09.01.2003; Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003; E.B./ Fransa, (Grand Chamber), Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008. Detaylı içtihatlar için bkz. Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s. 459-491.

³⁷³ "Ayrımcılığın yasaklandığı diğer bazı nedenlerin de açıkça sayılması (örneğin fiziksel veya zihinsel engellilik, cinsel yönelim veya yaş) gibi diğer çözümler yerine bu çözümün benimsenmesi, Sözleşme'nin 14. maddesinin kaleme alındığı döneme kıyasla bugünün toplumlarında özellikle önem kazanmış olan bu nedenlere ilişkin bir bilinç yokluğundan değil, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerin tahdidi olarak sayılmamış olması nedeniyle bunların açıkça sayılmasının hukuken gereksiz olduğunun kabul edilmiş olmasından ve bazı ek nedenlerin sayılmasının, sayılmayan diğer nedenlere dayalı ayrımcılığın yasaklanmamış olduğu yönünde yorumlar yapılabilmesine olanak verebilecek olmasından kaynaklanmaktadır." Bkz. 12 No'lu Ek Protokol, Açıklayıcı Rapor, para. 20.

³⁷⁴ Ek Protokol ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Fried van Hoof, "Chapter 30: General Prohibition of Discrimination (Article 1 of Protocol No. 12)", **Theory and Practice of European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk vd.), Antwerpen- Oxford: Intersentia, 2006, s.989-992.

tali ve tamamlayıcı bir karakteri olduğu ifade edilmektedir.³⁷⁵ Başka bir deyişle, 14. madde, bir “eşitlik hakkı” maddesi değildir.³⁷⁶ İHAM da bu yaklaşımını ilk kararlarından bugüne kadar sürdürmüştür.³⁷⁷

Şunu da belirtmek gerekir ki, İHAM karlarında kapsamı dar olan 14. maddenin alanının genişletildiği, bir ölçüde özerk nitelikte yorumlandığı da görülmektedir.³⁷⁸ Buna göre; maddi bir hak ile bağlantılı olarak ele alınan ayrımcılık yasağı hakkın kendisi ihlal edilmemiş olsa bile Mahkeme tarafından incelenebilmektedir.³⁷⁹ Ayrıca İHAM Sözleşme’de korunan haklar kategorisini geniş değerlendirdiği için bu haklarla birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi de mümkündür. İHAS esasen medeni ve siyasi hakları düzenleme konusu yapmış olduğundan sosyal haklar belli bir oranda konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında kalsa da, İHAM geliştirdiği içtihatlarla, bir önceki başlıklarda da değindiğimiz üzere, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,³⁸⁰ çalışma hakkını ise, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında³⁸¹ değerlendirerek bu konuda daha geniş ve kapsamlı bir koruma getirmiştir.³⁸² Böylelikle, İHAS’ın 14. maddesinin konu bakımından sağladığı koruma lafzi olarak sınırlı olsa da, zaman içerisinde ortaya konulan içtihatlarla konu bakımından kapsamı genişletilmiş; “hakların bütünselliği” ilkesi çerçevesinde, Sözleşme’de yer alan diğer haklarla ilintilendirerek, sosyal haklara 14.madde kapsamında da dolaylı bir koruma sağlanmıştır.³⁸³ Ancak tüm bu geniş yorumlara rağmen Sözleşme’nin 14. maddesinin koruma

³⁷⁵ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Intersentia, Antwerpen, 2006, s. 1028; Janneke Gerards, “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, (Ed. Jan Niessen; Isabelle Chopin), Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, s. 5; Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 32 (2015), s.246.

³⁷⁶ Oddny Mjöll Arnardottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 35-37.

³⁷⁷ Örnek olarak bkz. Rasmussen/ Danimarka, Başvuru No: 8777/79, 28.11.1984, para. 29.

³⁷⁸ Frédéric Edel, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, s. 21.

³⁷⁹ Bkz. Thlimmenos/ Yunanistan, Başvuru No: 34369/97, 06.04.2000. Ayrıca bkz. Sommerfeld / Almanya, Başvuru No: 31871/96, 8.07.2003.

³⁸⁰ Bkz. Gaygusuz/ Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996; Stec ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 65731/01, 65900/01, 12.04.2006; Luczak/ Polonya, Başvuru No: 77782/01, 27.11.2007.

³⁸¹ Sidabras ve Dziautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00, 59330/00, 27.07.2004; Rainys ve Gasparavicius/ Litvanya, Başvuru No: 70665/01; 74345/01, 07.04.2005; Bigaeva/ Yunanistan, Başvuru No: 26713/05, 28.05.2009; Emel Boyraz/ Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.12.2014.

³⁸² U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 32 (2015), s. 242, 243.

³⁸³ Bu bağlamda cinsel yönelim ayrımcılığının 8. madde, din veya inanca dayalı ayrımcılığın 9. madde ve siyasi görüşe dayalı ayrımcılığın 10 ve 11. maddeler kapsamında değerlendirilmesi ve böylelikle de 14. maddenin Sözleşme’de yer alan medeni ve siyasi hak ve özgürlüklerin dışında, örneğin çalışma yaşamına ilişkin konularda da uygulanması söz konusu olabilecektir. Bkz. Robert Wintemute, “Within the Ambit”: How Big is the “Gap” in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No: 4, 2004, s. 370, 371.

alanı dardır. Bu sebeple ayrımcılık yasağının bağımsız bir hak olarak korunması için 12. Protokol kabul edilmiştir.³⁸⁴

Ayrımcılık yasağı bakımından da devletlerin bireyler arasındaki ilişkilere yönelik önlemler alma yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmekte; bu bağlamda “yatay etki” ayrımcılık yasağı çerçevesinde de dikkate alınmaktadır.³⁸⁵ Bu bağlamda devletlerin sadece birey-devlet arasındaki ilişkilerde değil, bireylerin kendi arasındaki ilişkilerde de bir dizi pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.³⁸⁶ Örnek olarak bir başvuruda işveren tarafından sendikal özgürlüklerin ihlal edilmesi ve buna ilişkin olarak devletin gerekli önlemleri almaması ve konusu değerlendirilmiştir. İHAM, sendikal örgütlenme hakkının bireyler arası ilişkiler açısından da güvence altına alınması ve sendika üyeliği konusunda da ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın devreye gireceğini ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca ayrımcılığa uğrayan kişilerin ayrımcı işlem ya da eyleme karşı hukuki yollara erişim hakkının sağlanması gerektiğini, bu bağlamda devletlerin ayrımcılığa karşı etkili bir koruma sağlayacak bir yargı sistemi oluşturmakla yükümlü olduklarını vurgulamıştır.³⁸⁷

Mahkeme içtihatlarında Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili olarak, ayrımcılığın, objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeksizin, benzer durumlarda bulunan kişilere farklı muamelede bulunmaktan ibaret olduğunu ve farklı bir muamelenin, “meşru bir amaç” izlenmediğinde veya “hedeflenen amaç ve kullanılan araç arasında makul orantılılık ilişkisi” bulunmadığında, “objektif ve makul gerekçeden” yoksun olduğunu ifade etmektedir.³⁸⁸ Bununla birlikte, Sözleşme’nin 14. maddesi, üye bir devletin, topluluklar arasındaki “olgusal eşitsizliği” düzeltmek amacıyla topluluklara farklı muamelede bulunmasını yasaklamamaktadır. Nitekim, bazı koşullarda, yapılan eşitsizliği düzeltmek için objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeksizin farklı muamelede bulunulmaması, söz konusu hükmü ihlal etmektedir.³⁸⁹ Taraf devletler, diğer benzer durumlar arasındaki farklılıkların

³⁸⁴ Ancak belirtildiği üzere, 6212 sayılı Kanunun 45. maddesi çerçevesinde bireysel başvurular bakımından 12 No’lu Ek Protokol uygulanamayacaktır.

³⁸⁵ Örneğin, X ve Y/ Hollanda, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985, para. 23.

³⁸⁶ Aksu/ Türkiye, Başvuru No: 4149/04, 41029/04, 27.07.2010, para. 50.

³⁸⁷ Danilenkov ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 67336/01, 30.07.2009, para. 124.

³⁸⁸ Bkz. Stec ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 65 731/01 ve 65900/01, 12.04.2006, para. 51; Zarb Adami/ Malta, Başvuru No: 17209/02, 20.09.2006, para. 72; Sejdić ve Finci/ Bosna Hersek, Başvuru No: 27996/06 ve 34836/06, 22.12.2009, para. 42, Çam/ Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016, para. 52. Bkz. **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (Handbook on European non-discrimination law)**, İstanbul: Avrupa Konseyi Yay., 2010, s.35.

³⁸⁹ D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007.

muamele ayrımını haklı çıkarıp çıkarmadığını ve bu ayrımın hangi ölçüde yapıldığını belirlemek için belirli bir takdir yetkisine sahiplerdir.³⁹⁰

İHAS metninde çalışma yaşamına erişim hakkı açıkça ifade edilmemekle birlikte, “çalışma hakkı” bağlamında da belirtildiği üzere, 8. madde, bazı durumlarda istihdam alanını da kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır. İHAM, Sidabras ve Dziautas/Litvanya³⁹¹ davasında, eski KGB ajanlarının kamu ve özel sektörün bazı alanlarında istihdama girişleri üzerinde yasal engellerin konulmasını, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir. Yine, Mahkeme Bigaeva/Yunanistan³⁹² davasında, 8. maddenin “bir mesleğe erişim hakkı dahil” kapsamına istihdamın da dahil olduğu sonucuna varmıştır.

Yine İHAS kapsamında sosyal güvenlik hakkı olmadığı halde, İHAM içtihadında yukarıda da detaylı şekilde ele alındığı üzere, emekli maaşları ve sosyal yardımlar gibi sosyal güvenliğe ilişkin ödemeler Sözleşme’nin 8. maddesi³⁹³ ya da 1 No’lu Protokolün 1. maddesi³⁹⁴ kapsamında değerlendirilmektedir.³⁹⁵ Carson ve diğerleri/BK³⁹⁶ davasında, başvuru, devletin onların emekli maaşlarına İngiltere içinde veya İngiltere’nin bu hususta ikili bir anlaşma yapmış olduğu ülkelerden birinde ikamet eden emekliler ile aynı esasta zam yapmayı reddederek kendilerine karşı ikamet bazında ayrımcılık yapıldığını ileri sürmüştür. İHAM, Sözleşme’de sosyal güvenlik hakkı düzenlenmemiş ise de devletin sosyal güvenlik sisteminde emekli maaşlarının ödenmesi yönünde bir hakkı tanınması durumunda, bunun mülkiyet hakkı kapsamında bir yarar oluşturacağını ve Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında korunacağını belirtmiştir.

Aynı şekilde, İHAS’ta düzenlenen haklar arasında sağlık hizmeti hakkı yer almamasına rağmen, İHAM, sağlık hizmetlerine erişimin engellenmesinin insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturacak kadar ciddi boyutlara varması durumunu 3.maddenin, tıbbi kayıtlara erişim³⁹⁷ gibi sağlık hizmetiyle ilgili konuların ise 8. maddenin kapsamında

³⁹⁰ Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2003.

³⁹¹ Sidabras ve Dziautas/Litvanya, Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004.

³⁹² Bigaeva/Yunanistan, Başvuru No: 26713/05, 28/05/2009.

³⁹³ Örnek olarak, Weller/Macaristan, Başvuru No: 44399/05, 31.03.2009 (çocuklu aileleri desteklemek için bir sosyal güvenlik ödemesi).

³⁹⁴ Örnek olarak, Stec ve diğerleri/BK, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006 (emekli maaşları ve maluliyet ödenekleri); Andrejeva/ Letonya, Başvuru No: 55707/00, 18.02.2009 (emekli maaşları); Koua Poirrez/ Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003 (iş göremezlik ödeneği); Gaygusuz/ Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996 (işsizlik ödeneği).

³⁹⁵ Bkz. Andrejeva/Letonya, Başvuru No: 55707/00, 18.02.2009; Gaygusuz/Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996; Koua Poirrez/ Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003.

³⁹⁶ Carson ve diğerleri/BK, Başvuru No: 42184/05, 16.03.2010.

³⁹⁷ K.H. ve diğerleri/Slovakya, Başvuru No: 32881/04, 28.04.2009.

değerlendirebilmektedir.³⁹⁸ Sağlık hizmetine erişimde ayrımcılık yapıldığı iddiaları da 14. madde kapsamına girmektedir. Seyahat pasoları gibi aynen temin edilen yardımlar biçimindeki sosyal avantajların İHAS kapsamına girip girmeyeceği ise açık değildir; ancak, İHAM'ın 8. maddeye ilişkin geniş yorumu, bunların da özellikle ailenin yararına hizmet maksadına dönük olmaları halinde, kapsam içinde olabileceklerini göstermektedir.³⁹⁹

14.madde, temel eşitlik ilkesinin zengin bir kaynağı olarak Sözleşme'nin bütününe kapsar ve esasen sosyal haklar alanında önemli bir rol oynama potansiyeline sahiptir. Mahkeme'nin Sözleşme'deki haklar ile “dolaylı ya da yansımali koruma” ile “pozitif yükümlülükler” doktrini çerçevesinde sosyal haklar alanına da bu korumanın kısmi olarak yansımaları önemli olmakla birlikte, gerek Mahkeme'nin söz konusu maddeyi oldukça sınırlı olarak uygulaması, gerekse çeşitli hususlarda tanınan geniş takdir marjı ile ulusal otoritelerin ayrımcılığı meşrulaştırabilme imkan ve ihtimalinin bu konuda bir hayal kırıklığı yarattığı da ifade edilmektedir.⁴⁰⁰ Bu hayal kırıklığı, esasen Mahkeme'nin doğrudan ayrımcılık konularına ilişkin şekilci yaklaşımı ile bu alandaki yorum ve uygulamalarını geliştirememesi; 14.madde aracılığıyla üye devletlerdeki sistematik dezavantaj ve ayrımcılıkların altında yatan sebeplerin daha etkili bir şekilde belirlenip karşılanması potansiyelini yaratabilecek olan maddi eşitliğe ilişkin daha sofistike bir model belirleyememesi yüzündendir.

Bununla birlikte, biraz ileride detaylı şekilde ele alacağımız üzere, bir azınlık grubu olarak Romanlara ilişkin verilmiş olan D.H./ Çek Cumhuriyeti⁴⁰¹ kararından itibaren, sosyal yardımlara erişim konusundaki sistematik eşitsizliklerin altında yatan sebepleri belirlemeye yardımcı olacak biçimde, şekilci yaklaşımın aşılması yönünde önemli bir adım atılmıştır. Bu karar, dolaylı ayrımcılığın ispatı için istatistiklerin delil olarak kabul edilmesi ile farklı muamelenin haklı nedene dayandığını ispat külfetinin devlete yüklenmesi çerçevesinde, bundan sonra Sözleşme'nin 14. maddesinin, sosyal haklar yönünden yapılan dolaylı ayrımcılıklara karşı daha etkili bir araç olarak kullanılabilmesi bakımından umut vericidir.⁴⁰²

³⁹⁸ Slawomir Musial/ Polonya, Başvuru No: 28300/06, 20.01.2009; K.H. ve diğerleri/Slovakya, Başvuru No: 32881/04, 28.04.2009.

³⁹⁹ **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı (Handbook on European non-discrimination law)**, s. 69.

⁴⁰⁰ Elizabeth Palmer, “Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, **Erasmus Law Review**, Vol: 2, Issue: 4, 2009, s. 425.

⁴⁰¹ D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007.

⁴⁰² Bkz. E. Palmer, “a.g.e., s. 424. Benzer yönde kararlara örnek olarak bkz. Sampanis ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 32526/05, 05.06.2008; Orsus ve diğerleri/Hırvatistan, Başvuru No: 15766/03, 16.03.2010; Lavida ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 7973/10, 30.05.2013.

b) Cinsiyet Ayrımcılığı

Tüm zamanlarda ve toplumlarda güncelliğini koruyan, kadına yönelik şiddet ve cinsiyetçi ayrımcılık konusunda da Mahkeme duyarsız ve ilgisiz kalmamış; bu konudaki ulusal ve uluslararası akademik çalışmalar, sivil toplum örgütleri ve aktivistlerin çabalarının ürünleri Mahkeme içtihatlarında yansımasını bulmuştur. Özellikle de Mahkeme'nin kadınlara yönelik ayrımcılığın, şiddetin bir türünü oluşturduğunu vurgulayan ve 3.madde ile birlikte 14.maddenin de ihlal edildiğini belirten Opuz/Türkiye⁴⁰³ kararı bu konudaki mihenk taşlarından birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, kadınların sosyal hakları ile de bağlantısını kurarak inceleyeceğimiz cinsiyetçi ayrımcılığa ilişkin olan kararlar, bu yönüyle kadına karşı şiddet perspektifinden de okunabilecektir.

Bütün bu olumlu gelişmelerle birlikte, Mahkeme'nin açıkça cinsiyetçilik unsuru içeren bazı başvuruları İHAS'ın başka bir maddesinin ihlal edildiği ya edilmediği sonucuna varıp ayrıca 14.madde kapsamında inceleme yapmadığı, bu konuda ilkesel bir tutum benimsemeyip çelişkili kararlar verdiği de görülmektedir. Bu tür başvurularda İHAM ya 14. maddenin uygulama alanını ya hiç açmaya gerek görmemiş ya da Sözleşme'deki bir hakkın zaten ihlal edildiğine karar vermiş olduğundan, aynı olguları tekrar incelememek bakımından ayrıca 14. maddenin ihlali yönünde karar vermeye gerek görmemiştir.⁴⁰⁴ Bu tür kararlarda 14. maddenin tamamlayıcılık özelliği ön plana çıkmaktadır.⁴⁰⁵

Sağlık hakkı ile ilişkilendirilen cinsiyetçilik unsuru içeren başvurular, cinsel şiddet ve gözüaltında zorla jinekolojik muayeye ilişkin davalardır. Sağlık hakkına ilişkin kararlarda da incelendiği üzere, Sözleşme'nin 3.maddesi ile sağlık hakkı dolaylı olarak korunabilmektedir. Kadınların tutuklu ya da gözüaltında iken maruz kalabildikleri bu tür vakalarda İHAM'ın 14. maddeden inceleme yapmadığı görülmektedir. Örneğin; Yazgül Yılmaz /Türkiye⁴⁰⁶ davasında başvuru, 16 yaşındayken polis tarafından tutuklu bulundurulduğu sırada cinsel olarak taciz

⁴⁰³ Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009, para. 178-202. İHAM bu davaya ilişkin kararında ilgili uluslararası hukuk belgelerinin arasında CEDAW ve CEDAW Komitesi'nin kararlarına, Avrupa Konseyi'nin kadına yönelik şiddetle ilgili tavsiye kararına, Belém do Pará Sözleşmesi'ne ve Türkiye'den çeşitli STK'ların kadına yönelik şiddetle ilgili raporlarına ve istatistiklerine de yer vermiştir. Ardından verilen Eremia, Mudric ve T.M. ve C.M. kararlarıyla da bu içtihat ileriye taşınmıştır. Bkz. Eremia/Moldova Cumhuriyeti, Başvuru No. 3564/11, 28.05.2013; Mudric/Moldova, Başvuru No. 74839/10, 16.07.2013; T.M. ve C.M./Moldova, Başvuru No. 26608/11, 28.01.2014.

⁴⁰⁴ Şennur Ağırbaşı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.68.

⁴⁰⁵ Nisan Kuyucu, "Kadınların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Adalete Erişim Sorunu: Mahkeme Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Kadına Yönelik Şiddet", **Fe Dergi: Feminist Eleştiri**, KASAUM, Cilt: 7, Sayı: 1, 2015, s.70.

⁴⁰⁶ Yazgül Yılmaz /Türkiye, Başvuru No:36369/06, 01.02.2011.

edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, kızlık zarının bozulup bozulmadığının tespit edilmesi için, kendisinin ya da velisinin rızası alınmaksızın jinekolojik bir muayeneden geçirilmiştir. Beraat ettirilip serbest bırakılmasının ardından, travma sonrası stres bozukluğu yaşamış ve depresyona girmiştir. İlgili cezaevi doktorları hakkında herhangi bir disiplin soruşturması gerçekleştirilmemiştir. Mahkeme, o zaman dilimindeki kanunların, kadın tutukluların muayenelerine ilişkin gerekli koruyucu tedbirleri tesis etmediğini ve özellikle henüz reşit olmayan kişilere yönelik jinekolojik muayeneler için ek güvenceler gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme, hem başvurucunun gözaltındayken yapılan jinekolojik muayenesi, hem de sorumlu kişiler hakkındaki soruşturmanın yetersizliği bakımından, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴⁰⁷ Mahkeme, bu şekilde tutukluluk veya gözaltı sırasında bir görevli tarafından taciz ya da tecavüz iddiaları söz konusu olduğunda, mağdurun bu alanda uzman bağımsız hekimler tarafından gereken tüm hassasiyet gösterilerek muayene edilmesinin gerektiğini de belirtmekte; bunun sağlanmamasının soruşturmanın yeterliliğini de başarısız kıldığını vurgulamaktadır.⁴⁰⁸

Şüphesiz ki bu başvurular, sadece kadınların karşı karşıya kaldığı bir uygulama olarak aslında 14. madde açısından da irdelenmesi gereken başvurulardır. Zorla yapılan bu muayenelere gerekçe olarak buna maruz kalan kadınların daha sonradan gözaltı esnasında tecavüze uğradıklarını ileri sürmelerinin engellenmesi düşüncesinin ortaya konulmasında bu savı desteklemektedir. Burada dolaylı bir koruma sağlanmakla birlikte, başvuruların 3.madde ya da 8.madde incelemesi ile sınırlı kalıp 14.maddeden ayrıca değerlendirilmemesi, hem bu alandaki uluslararası hukuk literatür ve pratiğinde, hem de Opuz kararı ile vurgulanan kadına yönelik ayrımcılığın bir şiddet biçimi oluşturduğu yönündeki vurgu ile çelişmektedir. Opuz kararında vurgulanan anlayış, kadına yönelik şiddeti bireysel olarak tek tek kadınların maruz kaldığı bir problem olmaktan çıkarıp sistematik ve bütünsel çözümlerin ortaya konulmasını gerektiren bir olgu olduğunun altını çizmektedir. Bu nedenle de kadınların karşı karşıya kaldıkları hak ihlallerinin birbirleriyle olan ilişkisinin kurularak bütünlük içinde ele alınması, bu ihlallerle mücadele bakımından çok önemlidir.⁴⁰⁹

Ekonomik şiddete ilişkin davalara bakıldığında ise, yapılan ayrımcı muameleler sayısal verilerle açık bir şekilde belirlenebildiğinden İHAM'ın bu tür başvuruları ayrımcılık yasağı

⁴⁰⁷ Benzer yöndeki başvurulara örnek olarak bkz. Juhnke /Türkiye, Başvuru No: 52515/99, 13.08.2008; Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye, Başvuru No. 15828/03, 17.03.2009.

⁴⁰⁸ Bkz. Aydın /Türkiye, Başvuru No: 23178/94, 25.09.1997.

⁴⁰⁹ N. Kuyucu, "Kadınların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Adalete Erişim Sorunu: Mahkeme Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Kadına Yönelik Şiddet", **Fe Dergi: Feminist Eleştiri, KASAUM**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2015, s.70.

çerçevesinde incelediği; fakat sosyal güvenlik politikalarını oluşturmak hususunda devletlerin *geniş bir takdir marjı* bulunması dolayısıyla ihlal kararı vermediği görülmektedir. Özellikle de emeklilik yaşı ile bağlantılı olarak cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığı iddialarına ilişkin başvurular da bunu kanıtlar niteliktedir. Örneğin; İHAM, Stec ve diğerleri/BK⁴¹⁰ kararında sosyo-ekonomik politikalar alanında devletlerin geniş bir takdir marjının bulunduğunu vurgulayarak 14. madde açısından ihlal bulmamıştır. Olayda başvuru, kadınlar ile erkekler emeklilik yaşının farklı olarak öngörüldüğünü, dolayısıyla da emeklilik yaşına göre belirlenen emekli maaşlarının farklı olduğunu ileri sürmüştür. İHAM, kadınlar ve erkekler için düzenlenen farklı emeklilik yaşlarının esas itibarıyla bir çeşit “özel önlem” olduğunu, kadınların ev içindeki geleneksel rolleri nedeniyle bağımsız bir gelirden yoksun kalarak uğrayabilecekleri mali zorlukları gidermek için tasarlanmış olduklarını belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, söz konusu uygulama takdir marjının sınırlarının dışına çıkmamıştır.⁴¹¹

İHAM’nin 14. madde açısından ihlal bulmadığı bir başka ekonomik şiddet başvurusu da Şerife Yiğit/Türkiye⁴¹² davasıdır. Bu davanın en önemli özelliği 14. madde ihlali iddiasının başvuru tarafından ileri sürülmemiş ve Daire kararında da yer almamış olmasına rağmen Büyük Daire tarafından re’sen incelenmiş olmasıdır.⁴¹³ Büyük Daire, Daire’den farklı olarak dini nikahla evlendiği gerekçesi ile kaybettiği eşinin sosyal güvenlik haklarından faydalanamayan başvuru, iddiasını öncelikle 8. değil 14. madde açısından değerlendirmiştir. Büyük Daire ulaşılmak istenen meşru amaç ile uygulanan farklı muamele arasında makul bir orantılılığın söz konusu olduğu gerekçesiyle ihlal bulmamıştır. Bu çerçevede Daire de sonradan 8. maddeye ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede buna paralel olarak ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme’nin 14. maddenin ihlal edildiğini tespit ettiği davalar da vardır. Örneğin; ekonomik şiddet temelli Schuler Zraggen/İsviçre⁴¹⁴ davasında çalışmasını engelleyen hastalığı nedeniyle devlet tarafından tam malullük aylığı bağlanan başvuru, çocuk doğurduktan ve sigorta makamları tarafından tekrar sağlık kontrolünden geçirildikten sonra, yüzde 60-70 oranında evine ve çocuğuna bakabilecek durumda olduğu gerekçesiyle aylığı kesilmiştir. Bu

⁴¹⁰ Stec ve diğerleri/BK, Başvuru No: 65731/01; 65900/01, 12.04.2006. Benzer yönde, ayrıca bkz. Barrow/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42735/02, 22.08.2006.

⁴¹¹ Benzer yönde, ayrıca bkz. Barrow/BK, Başvuru No: 42735/02, 22.08.2006, para. 20-24, 37; Pearson/BK, Başvuru No: 8374/03, 22.08.2006, para.12-13, 25; Walker/BK, Başvuru No: 37212/02, 22.08.2006, para. 19-20, 37.

⁴¹² Şerife Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010.

⁴¹³ N. Kuyucu, a.g.e., s.65.

⁴¹⁴ Schuler-Zraggen/İsviçre, Başvuru No: 14518/89, 24.06.1993.

karara karşı itirazda bulunması üzerine üst mahkeme, başvurusunun çocuklu bir kadın olduğu ve kadınların da ilk çocuklarını doğurduktan sonra bir süre çalışmadıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak duruşma yapmadan başvurusunun aylık bağlanması yönündeki talebinin reddine karar vermiştir. İHAM, olayda ulusal mahkemelerin hiçbir araştırma yapmaksızın çocuk doğuran kadınların işlerini bıraktıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak hüküm kurmasının, cinsiyete dayalı farklı bir muamele oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. İHAM, kararlarında kadın erkek eşitliğinin demokrasinin kalbinde yer aldığını ve temel hedeflerinden biri olduğunu vurgulamakta ve cinsiyet temelinde farklı bir muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için çok önemli ve ikna edici gerekçelerin varlığının ortaya konulması gerektiğini ifade etmektedir. Somut başvuruda ikna edici ve makul bir gerekçe sunulmadığından 6. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır.

Konuyla bağlantılı olarak Wessels-Bergervoet/Hollanda⁴¹⁵ başvurusunda ise başvuru evli kadınların sadece eşlerinin sigortalı olduğu zaman dilimi içerisinde sigortalı olarak sayılacağına ilişkin düzenlemenin ayrımcılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Çünkü böyle bir düzenleme evli erkekler için öngörülmemiştir. Davalı devlet, düzenlemenin yapıldığı dönemde esasen evin ve ailenin geçimini erkeklerin sağladığı ve bu bakımdan da evli kadınların sigortalı sayılma durumlarının eşlerine göre belirlendiğini belirtmiştir. Toplumsal cinsiyete dayalı gelenekselleşmiş rollere ve önyargılara dayanan, nesnellikten uzak olan bu savunma İHAM'ı tatmin etmemiş ve 14. maddeden ihlal kararı verilmiştir.⁴¹⁶

Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/BK⁴¹⁷ davası da bu kapsamda değerlendirilebilir. Davanın konusu ülke vatandaşı erkeklerin ülke vatandaşları olmayan kadınlarla evlendiklerinde ülkeye giriş ve oturma izinlerinde herhangi bir zorluk çıkarmazken, ülke vatandaşı kadınların yabancı erkeklerle evlenmeleri halinde ülkeye giriş ve oturma izinlerinin verilmemesidir. İHAM olayda 8.madde ile birlikte 14.maddenin ihlali olduğuna ve cinsiyet temelinde bir ayrımcılık yapıldığına hükmetmiştir. Mahkeme, davalı devletin ülkedeki işsizliğin yüksekliği ve o dönemde en çok erkeklerin iş aradığı gerçeğinden hareketle farklı uygulamanın gerekli olduğu gerekçesini haklı görmemiştir.

Yine çalışma hakkı bağlamında da incelendiği üzere, özellikle de cinsiyet temelli haksız işten çıkarılmalar kapsamında 8.madde ile bağlantılı konuların ile 14.madde ilişkilendirilmesi

⁴¹⁵ Wessels-Bergervoet/Hollanda, Başvuru No: 34462/97, 04.06.2002.

⁴¹⁶ N. Kuyucu, a.g.e., s.67.

⁴¹⁷ Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/BK, Başvuru No: 9214/80, 28.05.1985.

de söz konusu olmuştur. Emel Boyaz/Türkiye⁴¹⁸ davasında, başvurunun kamu kuruluşu TEDAŞ'ta üç yıl güvenlik görevlisi olarak çalıştıktan sonra “erkek olmadığı” ve “askerlik hizmetini yapmadığı” gerekçesiyle işine son verilmiştir. Mahkeme, ayrımcılık yasağına ilişkin Sözleşme'nin 14. maddesinin “özel yaşama saygı hakkı”na ilişkin 8. maddeyle bağlantılı şekilde ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'ye göre, “özel yaşam” kavramı kişisel kimlikle ilgilidir ve kişinin cinsiyeti kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, sadece cinsiyete dayanarak işten çıkartma kadar zorlayıcı bir tedbir, kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı, yakın çevresi ile diğer insanlarla olan ilişkileri ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahiptir ve başvurunun özel yaşamına saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir. Davada idari makamlar ve hükümet, Batman Şubesi'ndeki güvenlik görevlilerinin kırıkk kesimlerde geceleri çalışmak zorunda olduklarından ve korudukları bölgeye saldırı olması halinde ateşli silah kullanmak zorunda olduklarından dolayı belirli risk ve sorumluluk gerektiren faaliyetler gerçekleştirdiklerini; kadınların söz konusu risklerle yüzleşemeyecekleri ve böyle sorumluluklar üstlenemeyeceklerini ileri sürmüştür. İHAM, kararında, “Güvenlik görevlilerinin gece ve taşrada çalışmaları gerektiği, saldırı durumunda silaha veya fiziki zora başvurma durumunda kalmaları, kadınlarla erkekler arasında farklı bir muamele yapılmasını gerekli kılmaz.” demiştir. Mahkeme'ye göre, başvurunun TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak görevini cinsiyeti yüzünden yerine getiremediğine işaret eden hiçbir şey yoktur. Bu bakımdan, söz konusu farklı muamelenin meşru bir hedef güttüğü kanıtlanamamıştır ve Mahkeme, başvurunun maruz kaldığı muamele farklılığının, cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğine hükmetmiştir.

Benzer bir şekilde, Hülya Ebru Demirel/ Türkiye⁴¹⁹ davasında da, başvuru kadın olduğu için güvenlik görevlisi olarak ataması iptal edilmiştir. Başvurucu, devlet memurluğu sınavını ve mülakatı kazandıktan sonra Türkiye Elektrik Kurumu'nun Kilis şubesine güvenlik görevlisi olarak atanmış ancak daha sonra askerlik yapmadığı ve erkek olmadığı için ataması iptal edilmiştir. İHAM, davayı Emel Boyraz başvurusu ile ilişkilendirerek yerel mahkemelerin Kilis'de güvenlik memuru olarak görevlendirilmemesine neden olarak Demirel'in cinsiyeti dışında hiçbir sebep göstermediğini, 14.madde ile birlikte 8.maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

⁴¹⁸ Emel Boyaz/Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.12.2014.

⁴¹⁹ Hülya Ebru Demirel/ Türkiye, Başvuru No: 30733/08, 19.06.2018.

Çalışma hakkı bağlamında da değindiğimiz, özel yaşamı ileri sürülerek HSYK kararı ile meslekten ihraç edilen yargıç Arzu Özpınar/ Türkiye⁴²⁰ başvurusu da esasen kadına yönelik cinsiyet ayrımcılığı temelinde incelenebilecek bir başvuru iken ayrımcılık yasağına ilişkin iddia, başvuru süresi içerisinde yapılmadığı için kabul edilemez bulunmuştur. İHAM, Özpınar'ın başvurusunu özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8.madde ile etkili başvuru yolu hakkını düzenleyen 13. madde kapsamında incelemiş ve bu maddelerden ihlal bulmuştur. Başvurucu hakkında yapılan soruşturma süreci ve HSYK tarafından verilen meslekten çıkarma kararı, başvurusunun başarısı ile mesleki olarak yeterliliğine değil, özel yaşamına yönelik, mesnetsiz cinsiyetçi iddialara dayanmaktadır. Açıkça cinsiyet ayrımcılığına dayanan soruşturma sürecinin, kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamadığı için, İHAM tarafından ayrımcılık yasağı bağlamında incelenememiş olması büyük bir talihsizlik olmuştur.⁴²¹

Özpınar, “mini etek giydiği, adliye binasındaki odasında bir erkek avukatla zaman geçirdiği, bir belediye başkanı, belediye meclisi üyesi ve jandarma ile yakın ilişkiler kurduğu, bu kişilerle mesai dışı saatlerde görüştüğü, annesiyle adliye binasında tartıştığı” gibi, tamamen özel yaşamına ilişkin iddialarla HSYK tarafından görevinden ihraç edilmiştir.⁴²² İHAM'ın üzerinde durmadığı ancak dava dosyasında yer alan bir belge, aslında davanın temelini kadına karşı şiddetin bir görünümü olan cinsiyet temelli ayrımcılığı gözler önüne sermektedir: HSYK'nın meslekten çıkarma kararı üzerine Arzu Özpınar'ın ilk işi bir bekaret raporu olarak, kararın gözden geçirilmesini talep ettiği dilekçesine eklemek olmuştur. Bir yargıcın görevine devam edebilmek için bekaret raporu alması ve bunu HSYK'ya göndermesi, hiç kuşkusuz hem onun açısından hem de tüm toplum için utanç verici bir durumdur.⁴²³

Mahkeme'nin cinsiyet ayrımcılığından ihlal bulduğu ilginç bir başvuru da özel yaşama saygı hakkı ile dolaylı olarak korunan kadınların cinsel sağlığına ilişkindir. Carvalho Pinto de

⁴²⁰ Arzu Özpınar/ Türkiye, Başvuru No: Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010.

⁴²¹ Nisan Kuyucu, “Muhafazakarlığın Hedefinde Bir Kadın Yargıç: AİHM'nin Özpınar Kararı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/5, s.297.

⁴²² Aynı HSYK, bir savcının boşanmış bir kadınla ilişki yaşadığını gösteren gizli kamera kayıtlarının açığa çıkması üzerine başlatılan soruşturmada, savcıya yalnızca kınama cezası vermiştir. Özpınar'ın HSYK'nın bu kararını aktaran bir gazete haberini, yaptığı itirazda cinsiyet ayrımcılığı iddialarını temellendirmek için kullanmasına rağmen, HSYK Özpınar hakkındaki tanık beyanlarına dayanarak onun meslekten çıkarılmasında ısrarcı olmuştur. Bkz. Özpınar/Türkiye, para. 27.

⁴²³ İHAM'ın HSYK'nın bağımsız ve tarafsız bir kurul olmadığına yönelik tespitlerinin de etkisiyle, 2010 yılında Anayasa'nın 159. maddesinde yapılan değişiklikten sonra kırılmış ve Özpınar görevine iade edilmiştir. 2010 yılında yapılan değişiklik, önceden yargı denetimine açık olmayan HSYK kararlarını, yalnızca meslekten çıkarma kararlarıyla sınırlı olmak üzere yargı denetimine açmıştır. Bu değişiklikten yararlanan Özpınar'ın meslekten çıkarma cezasının kaldırılması talebiyle yaptığı başvuru sonucunda, HSYK 2011 yılında Özpınar'ın görevine iade edilmesine karar vermiştir. Bkz. N. Kuyucu, “Muhafazakarlığın Hedefinde Bir Kadın Yargıç: AİHM'nin Özpınar Kararı”, s.297.

Sousa Morais/Portekiz⁴²⁴ başvurusunda İHAM, yaşının ilerlemiş olmasını gerekçe göstererek, 50 yaşındaki bir kadının cinsel yaşamının öneminin azaldığı hükmüyle karar veren Portekiz mahkemesinin, “cinsel ayrımcılık” yaptığına karar vermiştir. İki çocuk annesi 50 yaşındaki Maria Morais, 22 yıl önce Portekiz'deki bir hastanede geçirdiği jinekolojik cerrahi müdahale sonrasında, cinsel yaşamını normal şekilde sürdüremez hale gelmiştir. Yaşadığı fiziksel ve zihinsel kayıp dolayısıyla hastaneye karşı açtığı tazminat davasını kazanan Morais, kararı temyize götüren hastanenin davayı kazanmasıyla aldığı tazminatın üçte birini temyizde kaybetmiştir. Lizbon mahkemesi kararında, cinselliğin 50 yaşındaki ve iki çocuk annesi bir kadın için, daha genç bir yaş kadar önemli olmadığı yönündeki genel varsayıma dayanmıştır. İHAM'a göre, bu değerlendirmeler Portekiz'deki yargı sürecinde hakimlerin önyargılarını göstermektedir. Portekiz mahkemesinin kararını, “cinselliğin kadınların kendi kendini gerçekleştirme, fiziksel ve psikolojik önemini göz ardı etme” olarak tanımlayan İHAM, Portekiz'in 8.madde ile bağlantılı olarak 14.maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Kararda ayrıca, Portekiz mahkemelerinin yanlış tıbbi uygulamalar nedeniyle cinsel yaşamlarını sürdüremez hale gelen erkek hastalar lehine vermiş olduğu kararlara da yer verilmiştir. Söz konusu kararlarda, bu durumun yaşına ya da çocuk sahibi olduğuna bakılmaksızın hastaların özgüvenlerini etkilediği ve “çok büyük ya da güçlü psikolojik şoka” neden olduğu belirtilmişti.

Mahkeme önüne olumlu ayrımcılık uygulamalarına ilişkin başvurular da gelmiştir. Örneğin; önceden mevcut bir eşitsizliği ortadan kaldırma amacının farklı muamele için meşru bir neden olduğu kabul edilmiştir. Lindsay/ BK⁴²⁵ kararında, evli kadınları işe geri dönmeye teşvik eden vergi teşviklerinin yasal olarak haklı olduğuna ve bu nedenle de erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

Mahkeme Andrie/ Çek Cumhuriyeti⁴²⁶ kararında çocuk yetiştirmiş kadınlar ve erkekler arasında çocuk sayısına göre gözetilen emeklilik yaşı temelindeki farklı düzenlemeyi tarihsel açıdan kadınların aleyhinde olan bir eşitsizliğin giderilmesi bağlamında, objektif ve makul bir düzenleme olarak değerlendirmiş ve ayrımcılık yasağı ile mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

⁴²⁴ Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portekiz, Başvuru No: 17484/15, 25.10.2017.

⁴²⁵ Lindsay/BK, Başvuru No: 11089/84, 11.11.1986 (Komisyon kararı).

⁴²⁶ Andrie/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 6268/08, 20.06.2011.

İHAM'ın cinsiyet ayrımcılığı içeren başvurulardaki tutumu değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin Sözleşme'deki ilgili haklarla ilintilendirerek kadınların sosyal hakları bakımından ayrımcılığa uğramamaları bakımından dolayı bir koruma getirdiği görülmektedir. Ancak bu korumanın, şiddetin bir türü olan cinsiyet ayrımcılığı ile mücadelede ve genel olarak kadınların sosyal haklarından yararlanabilmelerini sağlamada yeterliliği tartışmalıdır. Mahkeme, cinsiyet ayrımcılığı ve şiddet içeren başvurularda meseleye genellikle toplumsal bir sorun olarak yaklaşıp 14. madde kapsamında incelememekte; yalnızca Sözleşme'nin ilgili maddesi kapsamında sınırlı bir değerlendirme yapmayı tercih etmektedir. İHAM, 14. maddeyi kadına yönelik şiddetin sistematik ve yapısal bir sorun olduğunu gözden kaçırarak uygulamaya devam ettiği sürece hem kadınlar hem de aynı şekilde görmezden geldiği diğer dezavantajlı gruplar bakımından, sosyal haklar da dahil olmak üzere, insan haklarının koruyucusu olma işlevini hiçbir zaman tam olarak yerine getiremeyecektir.⁴²⁷ İHAM'ın ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadının, kadına yönelik şiddetin sistematik ve yapısal bir sorun olduğu gerçeğini göz önüne alarak yenilenmesi ve konuya ilişkin temel ilkelerin bu doğrultuda ele alınması gerekmektedir.

Kadınlara karşı ayrımcılık ve şiddet içeren davalarda 14. maddeden de ayrıca ihlal kararı verilmesi, devletlerin bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmasını ya da mevcut ataerkil cinsiyet rollerine dayanan düzenlemeler ile idari ve yargısal pratikleri değiştirmesini sağlayacaktır. Bu değişiklikler yapılmaksızın Sözleşme'de yer alan yaşam hakkı, özel yaşama saygı hakkı gibi hakların ihlal edildiğini tespit ederek sosyal hakları dolaylı olarak koruyan kararlar ancak bireysel düzeyde etki yaratabilecek ve kadına yönelik şiddet ve hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasına da bir katkı sağlamayacaktır.

c) Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

İHAS'ın 14. maddesi "cinsel yönelim" olgusunu açıkça korunan hukuki menfaatlerden saymasa da, İHAM pek çok kararında cinsel yönelimin de 14. maddeyle korunan "diğer" hukuki menfaatler arasında yer aldığını belirtmiştir.⁴²⁸ İHAM, cinsel yönelimin kişinin özel yaşam alanının bir parçasını oluşturduğu kanaatindedir.⁴²⁹ Cinsel yönelim açısından

⁴²⁷ N. Kuyucu, a.g.e., s.70.

⁴²⁸ Bkz. Kozak/ Polonya, Başvuru No: 13102/02, 02.03.2010; Alekseyev/Rusya, Başvuru No: 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 11.04.2011.

⁴²⁹ Örnek olarak bkz. Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002; Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz, Başvuru No: 33290/96, 21.12.1999.

ayrımcılığa uğrayanların sosyal hakları da genellikle özel yaşama saygı hakkını düzenleyen 8. madde kapsamında korunmaktadır.

Mahkeme'ye göre farklı muamele, kişinin özel yaşamının korunması gereken mahrem alanını ilgilendiriyor ise, bu uygulamanın haklılığını göstermek için ciddi anlamda kuvvetli gerekçeler ortaya koymak gereklidir.⁴³⁰ Farklı muamele cinsiyet veya cinsel yönelim ile ilgili ise, devletin takdir marjı dardır. Bu nedenle, bu tarz durumlarda ölçülülük ilkesi gereğince, hem seçilen önlem izlenen amacı gerçekleştirmeye genel olarak uygun olmalıdır, hem de bu önlemin koşullara bağlı olmadan gerekli olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Eğer farklı muamele gerekçesi olarak ileri sürülen savlar, sadece başvurunun cinsel yönelimleri üzerine bina edilmişse, Sözleşme açısından ayrımcılık söz konusudur.⁴³¹

Cinsel yönelim ayrımcılığı davalarında, tipik olarak bir bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle ayrımcı muameleye uğraması söz konusudur, fakat heteroseksüel olma ya da cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş olma temelinde ayrımcılık da yasaklanmaktadır.⁴³²

Karner/Avusturya⁴³³ davasına konu olan olayda eşcinsel olan başvurunun beraber yaşadığı partneri ölmüştür. Bunun üzerine ev sahibi kira sözleşmesinin sona erdirmek istemiş ve bunun için dava açmıştır. İç hukukta, kiracının ölümü durumunda bir akrabasının ya da “hayat ortağının” kira sözleşmesine doğrudan halef olma imkanı tanınmıştır. Ulusal mahkemeler, söz konusu düzenlemeyi evli olmayan heteroseksüel çiftleri kapsayacak şekilde yorumlamakla birlikte homoseksüel çiftleri bu kapsamda değerlendirmemişlerdir. İHAM, başvuruyu özel yaşama ve konuta saygı hakkı bakımından farklı bir muamele söz konusu olduğundan olayda 14. maddeyi uygulanabilir nitelikte bulmuştur. Mahkeme, geleneksel anlamda ailenin korunmasının, kural olarak farklı muameleyi haklı gösterebilecek ağırlıkta ve meşru bir sebep olduğunu kabul etmiştir, ancak cinsiyete veya cinsel yönelime dayanan farklı bir muamele olduğunda devletin takdir alanı dardır.⁴³⁴ Mahkeme burada meşru ayrımcılık yapıldığı sonucuna vararak 14. maddenin ihlaline karar vermiştir.

⁴³⁰ U. Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2017, s. 43.

⁴³¹ Alekseyev/Rusya, Başvuru No: 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 11.04.2011; X./Türkiye, Başvuru No: 24626/09, 09.10.2012.

⁴³² Sevi Bakım, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 31197.

⁴³³ Karner/Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.10.2013.

⁴³⁴ S. Bakım, a.g.e., s. 31198.

Van Kück/Almanya⁴³⁵ davasında, cinsiyet değiştirme ameliyatı ve hormon tedavisi geçirmiş başvurucuya özel sağlık sigortası şirketi tarafından söz konusu maliyetler için geri ödeme yapılması reddedilmiştir. Başvurucunun sigorta şirketi aleyhine davasına bakan Alman Temyiz Mahkemesi bu ameliyat ve tedavinin sigorta sözleşmesi kapsamında “gerekli” olmadığına ve dolayısıyla başvurucunun geri ödeme alma hakkının bulunmadığına karar vermişti. İHAM, toplumsal cinsiyet kimliğinin niteliğini ve geri dönülemez tıbbi işlemlerden geçme kararının ciddiyetini dikkate alarak, ulusal mahkemenin yaklaşımının başvurucunun adil bir yargılama görmesini sağlamamış olduğunu ve İHAS’ın 6. maddesini ihlal edildiğini, ayrıca 8. madde ile güvencelenen özel yaşama saygı hakkının da ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, cinsiyet kimliğinin, kişinin özel hayatının en mahrem özelliklerinden biri olması nedeniyle; başvurucunun, tedavinin tıbbi anlamda gerekli olup olmadığını kanıtlamaya davet edilmesi, haksız bir eylemdir. Bir taraftan sigorta şirketinin menfaatleri, diğer taraftan bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurulamamıştır. Mahkeme, başvuru esasen cinsel yönelim bakımından bir ayrımcılık unsuru içerse de, 14. madde bakımından inceleme yapmamıştır.

Schlumpf/İsviçre⁴³⁶ davası da başvurucunun cinsiyet değişikliği ameliyatının giderlerinin sigorta tarafından karşılanmaması ile ilgilidir. Sigorta şirketi, bu tür operasyonların giderlerinin karşılanması için içtihatla yer alan iki yıllık bekleme süresinin dolması gerektiğini, fakat başvurucunun bu süreyi doldurmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, burada da 14.madde bakımından ayrıca inceleme yapmaksızın Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bekleme süresi, başvurucunun yaşı (67) göz önünde tutulmaksızın mekanik olarak uygulanmıştır. Ancak bu gecikme, başvurucunun operasyon kararını muhtemelen etkileyecek, bu durum ise cinsiyet kimliğini belirleme özgürlüğünü engelleyecektir.

Cinsel yönelim bakımından ayrımcılık unsuru içeren başvuruların bazıları da, ameliyat ile cinsiyet değiştiren kişilerin hukuken tanınmaması ve buna bağlı olarak da haklarından yoksun kalmalarına ilişkindir. Christine Goodwin/Birleşik Krallık⁴³⁷ davasında başvuru cinsiyet değişikliği durumunun hukuki olarak tanınmamasından ve özellikle de iş, sosyal güvenlik, emeklilik ve evlenme hakları bakımından kendisine gösterilen muameleden şikayetçi olmuştur. Mahkeme, 8.madde ile birlikte evlenme ve aile kurma hakkını düzenleyen

⁴³⁵ Van Kück/ Almanya, Başvuru No:35968/97, 12.06.2003.

⁴³⁶ Schlumpf/ İsviçre, Başvuru No: , 29002/06, 08.01.2009.

⁴³⁷ Christine Goodwin/BK, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002 (Büyük Daire).

12.maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³⁸ Mahkeme, transseksüellerin toplum tarafından kabullenilmesi ve ameliyatla cinsiyet değiştirenlerin, yeni cinsel kimliklerinin hukuki olarak tanınması konusunda, uluslararası bağlamda açıkça artış gösteren bir eğilim olduğu tespitinde bulunduktan sonra, “başvurucunun cinsiyet değişikliğinin hukuki olarak tanınması karşısında, kamu yararını olumsuz etkileyecek kayda değer etkenler bulunmadığı” gerekçesiyle Sözleşme’de belirtilen adil denge kavramının bu davada başvurucunun lehine olduğu sonucuna varmıştır.⁴³⁹ Mahkeme, 14.maddeye ilişkin iddialar bakımından ise, söz konusu iddiaları 8.madde bağlamında incelenip ihlal bulduğundan ayrıca bir inceleme konusu yapmamıştır.

Ameliyatla kadın olan, ancak cinsiyet değişikliği hukuken tanınmadığı için diğer kadınlara 60 yaşından itibaren ödenen emekli maaşını alamadığı, bu nedenle de özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM’a başvuran 68 yaşındaki transeksüel Linda Grant’ın yapmış olduğu başvuru da, cinsiyet değiştirenlerin sosyal hakları bakımından önemlidir.⁴⁴⁰ Mahkeme, söz konusu başvuruda da Christine Goodwin başvurusuna benzer olarak 8. maddeden inceleme yapıp ihlal kararı vermiş, 14.maddeden ayrıca inceleme yapmamıştır. Hükümetin Christine Goodwin kararından sonra bu alanda yeni düzenlemeler yapması gerekirken başvurucunun ameliyet olduğu tarihte henüz somut adımlar atılmamıştı. Başvurucunun ameliyatından 2 yıl sonra ancak Cinsiyetin Tanınması Kanunu yürürlüğe girmiş; cinsiyetinin yerel düzeyde hukuki olarak tanınması için bir usul ortaya konabilmiştir.

Burada incelediğimiz başvurular açısından da İHAM’ın tutumu cinsiyet ayrımcılığı bakımından ayrımcılık unsuru içeren başvurulardan farklı değildir. İHAM cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddialarını bazen 14.madde bakımından ayrıca incelerken bazen yalnızca Sözleşme’nin ilgili maddeleri kapsamında sınırlı bir değerlendirme yapmaktadır. Sözleşme’nin ilgili maddeleri ile çerçevelenmiş bir değerlendirme, ayrımcılığa uğrayan kişilerin haklarının, elbette dolaylı olarak sosyal haklarının da, korunması bakımından kıymetli olmakla birlikte, 14.madde kapsamında yapılacak bir değerlendirme ve verilecek ihlal kararı çok daha etkili bir yaptırım teşkil edip ayrımcılıkla mücadelede daha etkili sonuçlar doğurabilecektir. 14.maddeden verilen ihlal kararının uluslararası alanda devletlerin sahip olduğu insan hakları imajını derinden sarsacağı açıktır. Böylelikle devletler ayrımcılığı önlemeye ve ortadan

⁴³⁸ Aynı gün Büyük Daire tarafından verilen I./BK kararında da Mahkeme, benzer şekilde, Sözleşme’nin 8 ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bkz. I./BK, Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002 (Büyük Daire).

⁴³⁹ 12.madde bağlamında ise Mahkeme, Mahkeme, transseksüel evliliklerin şartlarını ve usullerini belirleme görevinin devlete ait olduğunu kaydetmekle birlikte, “hiçbir gerekçenin transseksüellerin evlenme hakkından yararlanmalarını engellememesi gerektiğini” ifade etmiştir. Bkz. Christine Goodwin/BK, para.103.

⁴⁴⁰ Grant/BK, Başvuru No: 32570/03, 23.05.2006.

kaldırmaya, söz konusu kişilerin haklarının etkili korunmasına yönelik iç hukuklarında etkili hukuki ve idari düzenlemeler yapmak şeklindeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek mecburiyetinde hissedeceklerdir kendilerini. Böylelikle İHAS ve 12 No’lu Ek Protokol’ün güvence altına aldığı ayrımcılık yasağının uygulama alanı da ülkelerin gerek iç hukuklarında gerek değişen ve gelişen İHAM içtihatlarının da etkisiyle genişleyecektir.

d) Dezavantajlı Gruplar

Tarihsel olarak sosyal hakların ikincilleştirilmesi gibi, toplumun bazı kesimleri de ikincilleştirilebilmekte; bu şekilde risk altında olan veya dezavantajlı olarak nitelendirebileceğimiz kişilere yönelik özel önlemlerin alınması gerekebilmektedir. Tüketici bir sayım olmamakla birlikte; engelliler, çocuklar, yaşlılar ve bir azınlığa mensup olanlar bu kırılgan grupların başında yer almaktadır.

Mahkeme, sayılan bu hassas gruplarının dışında da, toplumun dezavantajlı ve kırılgan kesimleri söz konusu olduğunda, hakların çatışmasında bu kırılgan grupların lehine bir tavır takınabilmektedir. Bu bağlamda, sosyal haklara ilişkin olarak örneğin; uzun dönemli kiralamaya dönük bir yasağın adil yargılanma ve mülkiyet haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bir başvuruda söz konusu yasağın devlet tarafından özel olarak korunmasına karar verilen bir toplum kesiminin mağdur olmaması için getirildiği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.⁴⁴¹ Kaynak yokluğu ileri sürülerek Sözleşme’nin sunduğu güvencelerin yerine getirilmekten kaçınılmasını da Mahkeme bu bağlamdaki pek çok kararında kabul etmemektedir. Örneğin Çernobil nükleer kazasında acil operasyona katılan bir görevliye sağlık sorunlarından dolayı hak ettiği tazminatın kaynak yokluğu gerekçesiyle verilmemesinde adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁴²

Mahkeme’nin özellikle de dezavantajlı gruplar söz konusu olduğunda vermiş olduğu kararlar aslında, sosyal haklarla medeni ve siyasi hakların ne kadar iç içe geçmiş olduğunu; pozitif-negatif hak ayrılığının yapaylığını ortaya koymakta ve bu ayrılığın çizgilerini silikleştirmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz kararlarda İHAM bazen ilgili dezavantajlı grupların kendine özgü kırılganlığını da göz önüne alarak ve onu vurgulayarak, bazen ölçülülük testi çerçevesinde, bazen de kaynakların eşgüdümü çerçevesinde ileri bir koruma düzeyi sağlamakta; bazen de bunları tamamen göz ardı edebilmek (?) sosyo-ekonomik meselelerde,

⁴⁴¹ Françoise Tulkens, “Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crises”, https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_ENG.pdf, 2013, s.24, E.T. 11.06.2017.

⁴⁴² Burdov/ Rusya (No.2), Başvuru No: 33509/04, 15.01.2009.

sınırlı kaynaklar göz önüne alındığında, devletlerin esnek bir takdir marjı olduğunu belirterek bir hayalkırıklığı yaratmaktadır.

i) Engelliler

Toplumun kırılgan ve dezavantajlı gruplarından olan engellilere ilişkin başvurulara da İHAM kararlarında rastlanılmaktadır. İHAS'ta korunan hukuki menfaatler listesinde açıkça yer almasa da, engellilik İHAM tarafından 14. madde kapsamında “başka” temellerin yorumlanmasına dahil edilmiştir.

İHAS bir engellilik tanımı yapmamaktadır. Başta BM Engelli Hakları Sözleşmesi olmak üzere, insan hakları hukuku alanında geline nokta engelliliğin “gelişen bir kavram” olduğu görüşü benimsenmiştir.⁴⁴³ Engellilik tanımının dinamik ve çok boyutluluğu, İHAM'ın Glor/İsviçre⁴⁴⁴ kararında da vurgulanmıştır. İsviçre’de zorunlu askerlik hizmeti bulunmaktadır. Olayda diyabet hastası olan başvurucu, yapılan muayene sonucunda askerlik hizmeti için uygun bulunmamıştır. Bunun üzerine başvurucu, alternatif bir kamu hizmetinde görev almak istemiş ancak bu talebi reddedilmiştir. İsviçre’de Vergi Kanunu çerçevesinde de askerlikten muaf olan kişilerden %3 oranında bir vergi de alınmaktadır. Bu vergi ise % 40’ın üzerinde engeli olanlardan istenilmemektedir. Başvurucu, engelinin % 40’ın altında olduğu gerekçesiyle bu vergiden muaf tutulmamıştır.

Bu bağlamda başvurucu hem engelli olduğu gerekçesi ile askerlik hizmetine kabul edilmemiş ve kendisine alternatif bir kamu hizmetinde görev alma imkanı tanınmamış, hem de engeli % 40 orandan daha düşük olduğu ileri sürülerek engellilere tanınan vergi muafiyetinden yararlanamamıştır. İHAM, iç hukukta belirlenen kriterler ile bağlı ve sınırlı kalmaksızın “diyabet”i bir engel olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda belirli bir engel oranının altında ve üstünde olanlar şeklinde tasarlanan bir vergi düzenlemesinin ayrımcı bir düzenleme olduğunu, ayrıca kamu yararına da dayanmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme’nin tutumu, BM Engelli Hakları Sözleşmesi’nde yer alan engellilik tanımının işlevini anımsatmaktadır. Ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde, engelliliği bir ayrımcılık zemini olarak belirtmemiş olsa da, Mahkeme engelliliği burada “herhangi başka bir durum” ibaresi altında ele almıştır. Bu bakımdan, engellilik tanımı üzerinde bir uzlaşının olmaması,

⁴⁴³ Elif Çelik, “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7 Sayı:1, 2016, s.229.

⁴⁴⁴ Glor/İsviçre, Başvuru No: 13444/04, 06.11.2009, para.85-87.

kavramın çok boyutlu ve dinamik yapısı göz önünde tutulduğunda hak sahipliği bakımından bir avantajdır.⁴⁴⁵

Engellilerle ilgili başvuruların dikkate değer bir kısmı, devletin gözetimi altında, cezaevi ya da bakımevinde tutulan engellilerin yaşam koşullarına ilişkindir. Bu bağlamda, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değinmiş olduğumuz kararlar engellilik temelinde de Mahkeme önüne gelmiştir. Örneğin; Price/BK⁴⁴⁶ davasında, iki kolu ve iki bacağından engelli bir talidomit mağduru olan ve aynı zamanda böbrek sorunlarından muzdarip olan başvuru, hukuk yargılamaları esnasında mahkemeye saygısızlık nedeniyle cezaevine konulmuştur. Başvuru, yatağın engelli kişiler için özel adapte edilmemiş olmasından ötürü, tekerlekli sandalyesinde uyumak zorunda kaldığı ve soğuktan şikayetçi olduğu nezarethanede bir gece boyunca tutulmuştur. Ardından tuvaleti kullanmak için erkek cezaevi infaz koruma memurlarının yardımına muhtaç olduğu normal bir cezaevinde iki gün geçirmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme özellikle, ağır engelli bir kişinin tehlikeli bir biçimde soğukta kaldığı, yatağının sertliği ve ulaşılabilir olmaması nedeniyle yara alma riskiyle karşı karşıya olduğu, tuvalete gidemediği ve güçlük çekmeden temizliğini sağlayamadığı koşullar altında tutulmasının, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir aşağılayıcı muamele teşkil ettiğine karar vermiştir.⁴⁴⁷ Bu davada 14. madde kapsamında İHAS'taki maddi haklardan biri temelinde ayrımcılık öne sürülmemiştir.

Mahkeme, bunlara ek olarak akli dengesi yerinde olmayan bir hükümlünün, durumuna uygun nitelik taşımayan ve yetersiz bir tedavi ünitesinde tutulması⁴⁴⁸, ağır kanser hastası bir kişinin iki yıldan uzun bir süre boyunca tedavi göremeyecek şekilde tutulması⁴⁴⁹, birçok kronik hastalıktan mustarip 84 yaşındaki felçli bir kişinin gerekli sağlık desteği sunulmaksızın 21 ay

⁴⁴⁵ Bkz. E. Çelik, a.g.e., s.229.

⁴⁴⁶ Price/BK, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

⁴⁴⁷ Benzer kararlara örnek olarak; felçli olan ve tekerlekli sandalyeye bağımlı olan başvuru kişinin tutulduğu ıslahevi yerleşkesinin sağlık durumuna uygun olmadığı gerekçesiyle 3.maddenin ihlal edildiğine ilişkin olarak bkz. Semikhvostov/Rusya, Başvuru No: 2689/12, 06.02.2014; yine felçli olan başvuru için devletin uygun tutukluluk koşulları sağlama yükümlülüğünün bedensel engelli mahpusların özel ihtiyaçlarını karşılamayı da içerdiğini, aksi durumun 3.maddeyi ihlal ettiğini vurgulayan karar için bkz. Grimaïlovs / Letonya, Başvuru No: 6087/03, 25.09.2013; Arutyunyan/Rusya Başvuru No: 48977/09, 10.01.2012; Helhal/ Fransa, Başvuru No: 10401/12, 19.02.2015 Vincent/Fransa, Başvuru No: 6253/03, 24.10.2006; işitme ve konuşma engelli olan, işaret dilini kullanamayan, okuma yazma bilmeyen ve öğrenme engeli bulunan başvuru kişinin cezaevinde tutulmasının hem 3.madde, hem de 5.maddeyi ihlal ettiğine ilişkin bkz. Z.H. / Macaristan, Başvuru No: 28973/11, 08.11.2011; hem sığınmacı hem de belden aşağısı felçli ve tekerli sandalyeye bağımlı bir Filistin vatandaşı olan başvuru kişinin sınır dışı edilmek üzere Kumkapı Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'nde tutulduğu koşulların asansör ve alaturka tuvalet bulunmaması gibi, kendisi gibi tekerli sandalyeye bağımlı olan tutulan kişiler için yetersiz olmasının 3.maddeyi ihlal ettiğine ilişkin bkz. Asalya/ Türkiye, Başvuru No: 43875/09, 14.04.2014.

⁴⁴⁸ Aerts/ Belçika, Başvuru No: 25357/94, 30.07.1998.

⁴⁴⁹ Mouisel/ Fransa, Başvuru No: 67263/01, 14.11.2002.

cezaya mahkum edilmesi⁴⁵⁰, kolları ve bacakları olmayan ve buna ek olarak kronik böbrek rahatsızlığı bulunan bir kişinin 3 gece 4 gün boyunca, sert bir yatakta uyumaya zorlanması⁴⁵¹ gibi başvurularda da 3.maddeden ihlal kararı vermiştir.⁴⁵²

Engelli çocukların olduğu bir bakımevinde yeterli besin ve ısınma imkanlarının bulunmaması sonucu birkaç çocuğun açlıktan ve soğuktan ölmesini konu edinen Nencheva/ Bulgaristan⁴⁵³ davasında İHAM, yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Sorunları gözlemleyen bakımevi yöneticisi, bakımevine mali kaynak sağlamakla doğrudan yükümlü olan ve harekete geçmesi beklenebilecek tüm kamu kuruluşlarını alarma geçirmeyi pek çok kez denemiş; ancak bir sonuç elde edememiştir. Mahkeme, yetkililerin bakımı altındaki savunmasız çocukların yaşamlarını ciddi ve yakın bir tehlikeye karşı koruma görevini yerine getirmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Yetkililer ayrıca, oldukça istisnai koşullarda meydana gelen ölümlere ilişkin etkin resmi bir soruşturma yürütmemiştir. Mahkeme yetkililerin, bakımevindeki çocukların yaşamlarının gerçek bir risk altında olduğunu bilmesi gerektiği ve yetkisi dahilinde gerekli tedbirleri almadığı kanaatine varmıştır. 22 yaşının altındaki çocuk ve gençler, ya ebeveynleri tarafından terk edilmiş olan ya da bakımevine ebeveynlerinin rızası ile yerleştirilmiş olan ciddi zihinsel ve bedensel engellerden muzdarip savunmasız kişilerdi. Söz konusu kişilerin tamamı bir kamu ihtisas tesisinde devletin korumasına alınmış ve makamların özel denetimi altında tutulmuşlardı. Mahkeme burada, kişinin asgari varlığını tehlikeye sokacak gıda ve ısınma eksikliklerini yaşam hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴⁵⁴

İHAM'ın yaşlılar, hastalar, çocuklar gibi dezavantajlı gruplar için olduğu gibi, engelliler için de sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde yapılan ödemeleri veya sosyal yardımlar ile hayatını sürdürebilen kişilerin söz konusu ödemelerden yoksun bırakılması durumunu, bu nedenle yaşam kalitesinin ağır bir şekilde olumsuz etkilendiği ortaya konulduğu takdirde, “insanlık dışı muamele” olarak nitelendirdiği kararları da mevcuttur.⁴⁵⁵ Sosyal hizmet ve bakımla ilgili davalar bağlamında, örneğin bir çocuğun ailesinin istismarı⁴⁵⁶, engelli bir kişinin

⁴⁵⁰ Farbtuhs/ Letonya, Başvuru No: 4672/02, 02.12.2004.

⁴⁵¹ Price/ BK, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

⁴⁵² T. Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, s. 358.

⁴⁵³ Nencheva/ Bulgaristan, Başvuru No: 48609/06, 18.06.2013.

⁴⁵⁴ E. Yıldırım, a.g.e., s.1148.

⁴⁵⁵ Francine van Volsem/ Belçika, Başvuru No: 1464/89, 09.05.1990; Larioshina/ Rusya, Başvuru No: 56869/00, 23.04.2002.

⁴⁵⁶ Z ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 29392/95, 10.05.2001.

tutulma koşulları⁴⁵⁷ ve bu temelde sosyal bakım istemleri işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında dahi incelenebilmiştir.

Béláné Nagy/ Macaristan⁴⁵⁸ başvurusu, başvurunun yeni getirilen uygunluk kriterleri nedeniyle engellilik maaşı alma hakkını kaybetmesine ilişkindir. Başvurucu özellikle, sağlığının kendisine tanınan ilk konulduğu zamandaki kadar kötü olduğunu iddia etmesine rağmen, önceden engellilik maaşıyla karşıladığı geçim kaynağını kaybettiğinden şikayet etmektedir. Mahkeme kararında, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin (mülkiyetin korunması) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme özellikle, başvurunun engellilik bakımında makul ve orantılı bir kesinti yapılması yerine, engellilik bakımından tamamen mahrum bırakıldığını kaydetmiş; başvurunun bu koşullar altında aşırı ve orantısız kişisel bir yük altına sokulduğunu tespit etmiştir.

Koua Poirrez / Fransa⁴⁵⁹ başvurusunda, Fildişi Sahili vatandaşı olan ve bir Fransız vatandaşı tarafından evlat edinilen başvuru, yedi yaşından beri bedensel olarak engellidir. Fransız yetkilileri kendisine %80 engelli olduğunu belgeleyen bir kart düzenlemişlerdir. Başvuranın Fransız vatandaşı olmadığı ve Fransa ile Fildişi Sahili arasında engelli yetişkin yardımı bakımından karşılıklı bir anlaşma olmadığı gerekçesiyle, Aile Yardımı Bürosu başvurunun bu yardımdan faydalanmasına izin vermemiştir. Başvurucu Fransız mahkemelerinin bu kararına itiraz etmiş; ancak bir sonuç elde edememiştir. Mahkeme, böylesi katılımlı olmayan bir yardımın, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) doğrultusunda maddi bir hakka yol açabileceğini değerlendirmiştir. Mahkeme, Fransız vatandaşları ile karşılıklı anlaşma imzalamış olan ülkelerin vatandaşlarına ve diğer yabancılara farklı muamele gösterilmesinin hiçbir nesnel ve makul gerekçesi olmadığı kanaatine vararak, mevcut davada Sözleşme'nin 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Engellilerin sağlık hakkına ilişkin bir başvuru, 18 yaşındayken vefat eden Valentin Campeanu adına bir sivil toplum kuruluşu tarafından yapılmıştır.⁴⁶⁰ Doğduğunda terk edilen ve yetimhaneye yerleştirilen başvuru küçük bir çocukken kendisine HIV-pozitif ve ciddi bir zihinsel rahatsızlık tanısı konmuştur. Bu davada Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) hem esas, hem de usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme özellikle,

⁴⁵⁷ Price/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

⁴⁵⁸ Béláné Nagy/Macaristan, Başvuru No: 53080/13, 13.12.2016.

⁴⁵⁹ Koua Poirrez/Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003.

⁴⁶⁰ Valentin Campeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya, Başvuru No: 47848/08, 17.07.2014.

Valentin Campeanu'nun rahatsızlığı için yeterli bakımı sağlayacak donanımı olmayan tıbbi kuruluşlara yerleştirildiğine, doğru teşhis konulmaksızın bir birimden diğerine nakledildiğine ve yetkililerin Valentin Campeanu'nun virüslere karşı kullanılan ilaçlarla uygun tedaviyi almasını sağlamadıklarına karar vermiştir. Valentin Campeanu'nun yerleştirildiği ruh ve sinir hastalıklarındaki personel eksikliği, yetersiz yiyecek ve ısınma gibi güç koşulların farkında olan yetkililer, makul olmayan bir şekilde Valentin Campeanu'nun yaşamını tehlike altına sokmuşlardır. Ayrıca, Valentin Campeanu'nun ölümünün gerçekleştiği koşullar hakkında etkili bir soruşturma yapılmamıştır. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca mağdur olduklarını iddia eden zihinsel engelli bireylere tazminat sağlamak üzere uygun bir mekanizmanın Romanya Devleti tarafından sunulmadığını dikkate alarak, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.

BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin, engelli kişilerin insan haklarına ilişkin Genel Yorumunda ortaya konulduğu üzere, kırılgan ve dezavantajlı gruplar özelinde alınacak pozitif tedbirler yapısal dezavantajların giderilmesi, engelli kişilerin tam ve eşit katılımının sağlanması amacıyla engelli kişilere yönelik avantaj sağlayıcı eylemleri içermelidir.⁴⁶¹ Bu bağlamda, konuya özgü ve geniş kapsamlı somut önlemler alınmalıdır.⁴⁶² Sözleşme'nin özünde yer alan maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde toplumun kırılgan ve dezavantajlı kesiminin içinde bulundukları yoksunlukların giderilebilmesi; onların yaşadığı ötekileştirme, etiketlenme, dışlanma ve şiddetle mücadele edecek olumlu önlemlerin alınması ile mümkün olabilecektir.⁴⁶³

Mahkeme'nin önüne de engellilerle ilgili olarak, onların daha fazla bireysel özerklikten yararlanabilmesi ve bağımsız bir yaşam sürdürmesini sağlayan, 8.madde çerçevesindeki pozitif önlemlerin kapsamının tartışıldığı pek çok başvuru gelmiştir.

Pozitif yükümlülükler, sağlık hizmetleri ve çevresel sorunların yanı sıra, sosyal yükümlülükler alanına da uzanmıştır.⁴⁶⁴ Mahkeme Botta/İtalya davasında⁴⁶⁵ 8. maddeyi ilk defa engellilere yönelik sosyal pozitif yükümlülükleri de kapsayacak şekilde değerlendirmiştir. Bu

⁴⁶¹ E. Çelik, a.g.e., s.229.

⁴⁶² General Comment No. 5, Persons with Disabilities (Eleventh session, 1994), U.N. Doc E/1995/22, 19.

⁴⁶³ Sandra Fredman, "Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide", **South African Journal of Human Rights**, 21(2), 163–190, 2005, s. 167; E. Çelik, a.g.e., s.237.

⁴⁶⁴ Alastair Mowbray, **Cases and Materials on the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2007, s.74, 75; E. Palmer, **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act**, Portland: Hart Publishing, 2007, s.74-75.

⁴⁶⁵ Botta/ İtalya, Başvuru No: 153/1996/772/973, 24.02.1998.

davada başvuru fiziksel engelli olup, tatil için gittiği yerdeki özel plajın engellilerin erişimine uygun olmaması nedeniyle plajı ve denizi kullanamamış, bu nedenle özel hayatının ve kişiliğinin gelişiminin zarar gördüğünü ileri sürmüştür. Başvurucu, devletin bunu gidermek için gerekli önlemleri almadığını; bu nedenle de toplumsal yaşama katılamadığını belirtmiştir. Mahkeme, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri olduğunu; kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün 8. madde kapsamında korunduğunu belirtmekle birlikte, başvurunun yaşadığı yerin dışında, tatilleri sırasında plaja erişim hakkının tanınmasının kişiler arası son derece geniş ve belirsiz ilişkilere devletin müdahale etmesi anlamına geleceğini ifade etmiş; söz konusu plajın özel yaşam kavramı dahilinde yorumlanamayacağına karar vermiştir. İHAM, devletin alması gereken önlemlerle özel plaj işletmeleri ve başvurunun özel yaşamı arasında doğrudan bir bağ olmadığı kanaatine varmış ise de, karar fiziksel ve psikolojik bütünlüğün özel yaşamın bir parçası olduğunu ve engelli haklarının Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında ele alınabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.⁴⁶⁶

Botta'nın girişimleri, engelli hakları açısından iki önemli kazanım sağlamıştır. 9 Ağustos 1997'de Comacchio Bölge Konseyi, söz konusu sahilin, yürürlükteki yasa uyarınca en geç 30 Nisan 1999'da tamamlanmak üzere, engellilerle ilgili sorunların çözümüne yönelik bir iyileştirilme planını kabul etmiştir. Asıl önemli kazanım ise, karar ekseninde tartışılan engelli haklarının İtalya'nın sınırlarını da aşarak, uluslararası kamuoyunda daha geniş bir ilgi alanına ulaşması olmuştur.⁴⁶⁷

Zehnalova ve Zehnal / Çek Cumhuriyeti⁴⁶⁸ davasında ise, bedensel engelli başvuru ve onun eşi yaşadıkları yerdeki (postane, karakol, gümrük idaresi, bölge müdürlüğü, bölge sosyal sigorta müdürlüğü, sinemalar, bölge mahkemesi, çeşitli avukat büroları, çok sayıda uzman doktorun muayenahaneleri ve yüzme havuzu da dahil olmak üzere) yüksek sayıda kamu binasına ve halka açık binalara erişemediklerini, bu durumun hareket etme yeteneklerine ve kişisel özerkliklerine zarar verdiğini ve ulusal mahkemelerin de bu durumu düzeltmediğini iddia etmişlerdir. Mahkeme somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olmadığını ve söz konusu maddenin ihlal edildiği iddiasına ilişkin şikayetlerin Sözleşme

⁴⁶⁶ Botta/ İtalya, para.34.

⁴⁶⁷ Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan**, Ankara: TBB Yay., 2008, s.226.

⁴⁶⁸ Zehnalova ve Zehnal / Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 38621/97, 14.05.2002 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

hükümleriyle konu bakımından (*ratione materiae*) bağdaşmazlık nedeniyle reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

İHAM, 8.maddenin kişilerin günlük yaşamlarını kesintiye uğratan her vakada uygulanamayacağını; devletin bireylerin kişisel gelişimi ile diğer kişiler ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme haklarına müdahale eden önlemlerin alındığı, daha istisnai durumlarda uygulama alanı bulacağını vurgulamıştır.⁴⁶⁹ Botta başvurusunun aksine, burada başvuruçular, sürekli olarak ikamet ettikleri bölgedeki günlük ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayacak imkanlara erişimlerinin kısıtlı olduğunu iddia etmişlerdir ve esasen bu durum onların kişisel özerklik ve bağımsızlıklarını etkileyebilecek potansiyeldedir. Ancak Mahkeme'ye göre, başvuruda söz konusu binalara erişememe ile başvuruçuların özel yaşamındaki özel ihtiyaçları arasında somut bir bağlantının mevcut olduğu açık bir şekilde ortaya konulamamıştır.⁴⁷⁰ Başvuruya konu edilen bina sayısının çok fazla olduğu göz önünde bulundurulduğunda, başvuruçunun söz konusu binaları günlük yaşamında kullanmaya ihtiyacı olup olmadığı ve devletin alması gereken tedbirler ile başvuranların özel yaşamı arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı olup olmadığı konularındaki şüphelerin giderilemediği belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca, ulusal makamların bu duruma kayıtsız kalmadıklarını ve başvuruçuların memleketindeki durumun son birkaç yıl içerisinde geliştiğini gözlemlemiştir.

Konut hakkı bağlamında ele aldığımız Marzari/ İtalya⁴⁷¹ davasında da hatırlanacağı üzere, engelli olan başvuruçusu söz konusu olduğunda İHAM, 8.madde bağlamında konuta saygı hakkının devlete kişilere konut sağlama yükümlülüğü yüklemememle birlikte, söz konusu davada başvuruçunun ciddi boyutta bir rahatsızlığının bulunması dolayısıyla kendisine yardım yapılmamasının 8.maddeyi ihlal edebileceğini belirtmiştir.⁴⁷²

Kararda belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus da, Mahkeme'nin engelli bir kişi söz konusu olduğunda, bu durumdaki kişilere kalacak yer sağlamayı reddetmenin haklı

⁴⁶⁹ Zehnalova ve Zehnal / Çek Cumhuriyeti, para.12.

⁴⁷⁰ Clements ve Simmons'a göre, başvuruçular daha somut ve açık bir şekilde söz konusu kamusal yerlere erişememelerinin özel yaşamları üzerindeki etkileri üzerinde yoğunlaşırsalar idi, bu durum İHAM'ın sosyal bakım ve yardım yükümlülüğünün kapsamını daha detaylı şekilde ele almasına yol açabilirdi. Bkz. Clements, Simmons, a.g.e., s.426.

⁴⁷¹ Marzari/ İtalya, Başvuru No: 36448/97, 04.05.1999 (kabul edilebilirlik kararı).

⁴⁷² İHAM'ın başvuru reddetme nedeni, aslında davalı devletin başvuruçuya sağlık kurulunca da uygun bulunan bir evi temin etmesi ancak başvuruçunun bu evi beğenmeyerek reddetmiş olmasıdır. Bu bakımdan devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Karardan, böylesi bir yardımın yokluğu durumunda 8.maddenin ihlal edileceği kanısına varılacağı sonucu da çıkarılabilecektir. Bkz. Ö. Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2014, s.248

nedenlerinin ortaya konulması (meşrulaştırılması) konusunda devletlere daha ağır bir yük yüklediği; söz konusu başvuruların daha sıkı inceleneyeceğinin ortaya konulmuş olmasıdır.⁴⁷³

Engellilere yönelik düşündürücü bir başka karar, Sentges/Hollanda⁴⁷⁴ başvurusunda verilmiştir. Başvuru ağır engelli bir bireyin yaşamında daha çok kişisel özerklik elde edebilmesini konu edinmiştir. Başvurucu, ayakta durmasını, yürümesini imkansız hale getiren bir tür kas distrofisinden muzdariptir ve iki kolu da bulunmamaktadır. Başvurucu Hollanda devletinden kendisine robot protez kol takılmasını⁴⁷⁵ ve bunun masrafını da devletin üstlenmesini istemiştir. Devletin bu talebi tıbbi cihazların teminine ilişkin yasal düzenlemelerde bu tür bir içeriğin yer almadığı gerekçesiyle reddetmesi üzerine İHAM'a başvurmuş ve kolları olmaması nedeniyle özbakım ihtiyaçları dahil olmak üzere birçok konuda bir başkasına bağımlı olduğunu, bu durumun kişisel özerklik hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuru konusu olan tıbbi cihazın temininin Sentges'in özel yaşamı ile bağlantısı olmayacağı kanaatine varmış ve başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuru konusu tıbbi cihaz ile başvurucunun özel yaşamındaki kişisel ihtiyaçları özel bir bağın olduğu kabul edilse bile, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında bütüncül, adil bir denge kurulması gerekmektedir. İHAM, sonuç olarak, özellikle de *sınırlı kamusal kaynakların tahsisinde önceliklerin belirlenmesi* bağlamında, robot protez kolun sağlanmasının reddedilmesinin Hollanda yetkililerinin *takdir marjını* aştığını ifade etmiştir. Mahkeme burada, hakların etkin şekilde korunabilmesi adına pozitif yükümlülükler doktrini yerine daha muğlak ve esnek bir zemin sağlayan takdir marjı doktrinine dayanmıştır. Bu tutumu da esasen, özellikle de yukarıda değindiğimiz yaşam hakkı ile kötü muamele yasağı ve özel yaşama saygı hakkı bağlamında vermiş olduğu kararlardan, ayrıca toplumun dezavantajlı gruplarına ilişkin genel tutumundan bir sapmayı ifade etmektedir.

Engelliliğe dayalı ayrımcılık, eğitim hakkı bağlamında da gündeme gelmiş ve engelli haklarına yönelik olumlu sonuçlar elde edilebilmiştir. Engellilere elverişli ortamın sağlanmaması yoluyla yapılan ihlallere bir örnek, Çam/Türkiye⁴⁷⁶ davasıdır. Başvurucu, eğitim hakkına erişimde ayrımcılıkla karşılaştığı gerekçesiyle İHAS'ın ayrımcılığı düzenleyen 14.

⁴⁷³ E. Palmer, a.g.e., s.416.

⁴⁷⁴ Sentges/Hollanda, Başvuru No: 27677/02, 08.07.2003 (kabul edilebilirlik kararı).

⁴⁷⁵ Başvurucu, robot protez kolun, kendisine çok daha fazla kişisel özerklik alanı sağlayacağını savunmuştur; telefon kullanabilmek, nesneleri yerden kaldırabilmek, oyun oynayabilmek, kapı zillerini çalabilmek ve asansör düğmelerine basabilmek gibi...

⁴⁷⁶ Çam/Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016.

maddesi ile 1. Protokol'ün 2. maddesinde yer alan eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Dava, görme engelli başvuruçunun İstanbul Üniversitesi'ne bağlı konservatuvara kabul edilmemesini konu edinmiştir. Başvuruçucu, giriş koşulu olan müzik sınavından başarılı olmuştur. Başvuruçunun kayıt için almış olduğu sağlık raporunda görme engelinin bağlama enstrümanını çalması açısından bir engel oluşturmadığı, hatta enstrüman çalmak ile görme duyusu arasında zorunlu bir bağ bulunmadığı vurgulanmış ise de, başvurusu reddedilmiştir. Hükümet, konservatuvarın görme engellileri kabul edebilecek yeterli donanımının bulunmadığını belirtmiştir. Öte yandan tam da bu savunmanın kendisi makul uyumlaştırmanın sağlanmaması yoluyla yapılan dolaylı ayrımcılığın altını çizer niteliktedir.⁴⁷⁷ Başvuruçucu, makul uyumlaştırma kavramına başvurusunda yer vermemiş ise de, İHAM kararında BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesine referans yaparak makul uyumlaştırmanın gerçekleştirilmemesi sonucunda oluşan durumun eğitim hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağını da ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Burada Mahkeme'nin BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nde yer alan makul uyumlaştırma/elverişli ortamın sağlanması tanımına⁴⁷⁸ yaptığı atıf son derece önemlidir⁴⁷⁹:

“Sözleşme'nin 14. maddesinin, engellilerin “tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını” sağlamak üzere engelli olan kişilerin beklemekte haklı oldukları – “belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak ifade edilen – makul düzenlemeler bakımından söz konusu metinlerde yer alan gereklilikler ışığında incelenmesi gerektiği kanısına varmaktadır (Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 2. maddesi). Bu türden makul düzenlemeler, haklı gösterilemeyecek ve ayrımcılık teşkil eden olgusal eşitsizlikleri düzeltmeye imkan vermektedir.

...Mahkeme, eğitim alanında, makul düzenlemelerin, okullara mimari yönden erişilebilirlik, öğretmenlerin formasyon görmesi ve uygun müfredatların veya donanımın uyarlanması bakımından, gerek maddi gerekse maddi olmayan, eğitsel veya örgütsel olan farklı şekiller alabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle, Mahkeme, engelli olan gençlerin eğitim

⁴⁷⁷ E. Çelik, a.g.e., s.235.

⁴⁷⁸ Bkz. BM Engelli Hakları Sözleşmesi, md.2: “Makul uyumlaştırma, engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamaları ifade eder.”

⁴⁷⁹ E. Çelik, a.g.e., s.235.

ihtiyaçlarını karşılamak için uygulanması gereken yöntemleri belirlemenin kendi görevi olmadığını vurgulamaktadır. Nitekim, ulusal makamlar, ülkelerindeki dinamik kuvvetler ile doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, bu bağlamdaki yerel ihtiyaçlar ve söz konusu durum hakkında karar vermek için ilke olarak uluslararası yargıca nazaran daha iyi konumdadırlar.

Bununla birlikte Mahkeme, devletlerin seçimlerinin özel ve hassas bir durumda oldukları göz ardı edilemeyen engelli gençler üzerindeki etkilerini dikkate alarak, devletlerin bu alandaki seçimlerinde özen göstermelerinin önem arz ettiği kanısındadır. Dolayısıyla Mahkeme, engele dayalı ayrımcılığın makul düzenlemelerin yapılmamasını da kapsadığı kanısına varmaktadır.”⁴⁸⁰

Eğitim hakkı bağlamında Enver Şahin/ Türkiye⁴⁸¹ başvurusu da engelli bir öğrencinin eğitim hakkının engellenmesi ve buna bağlı olarak da ayrımcılığa uğramasına ilişkindir. Üniversite öğrencisi iken geçirmiş olduğu kaza sonucunda parapleji olan ve bu sebeple eğitimine ara vermek zorunda kalan Enver Şahin, üniversite yönetimine başvurarak fakülte binasının engellilerin de kullanabileceği şekilde düzenlenmesini talep etmiştir. Ancak yapmış olduğu idari ve yargısal başvurular sonucunda; *bütçe yokluğu* gerekçe gösterilerek bina mimarisinde değişikliğin kısa vadede mümkün olamayacağı, ancak Şahin’e fakülte binasının üç katını çıkmak için bir *refakatçi* sağlanabileceği belirtilmiştir. İHAM, öncelikle, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin somut başvuruda uygulanması hususunda, Sözleşme’nin bütün olarak, iç tutarlılığını destekleyecek ve hükümler arasındaki uyumu sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan, eğitim hakkına ilişkin düzenlemeyi, “özel yaşama saygı” hakkının bir unsuru olan “kişisel özerklik” kavramı çerçevesinde değerlendirmiştir.

Mahkeme, burada da “kaynakların eşgüdümü” ilkesi çerçevesinde, Sözleşme’nin uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olan diğer hukuk kuralları ile uygun bir biçimde yorumlanarak Avrupa Sosyal Şartı veya Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi gibi belgelerde eğitim hakkına ilişkin hükümler dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, uluslararası metinlerde yer alan eğitim hakkının kullanılmasında evrensellik ve ayırım gözetmeme, fırsat eşitliği gibi temel ilkeleri de göz önüne almıştır. Mahkeme, ayrıca engelli kişilerin bağımsızlık, onur ve benlik saygısı duygularını tamamıyla yaşayabilmelerinin

⁴⁸⁰ Çam/Türkiye, para. 65, 66, 67.

⁴⁸¹ Enver Şahin/ Türkiye, Başvuru No: 23065/12, 30.01.2018.

büyük önem taşıdığını ve bunun Engelli Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkelerinden biri olduğunu; bunun yanı sıra, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen Tavsiye Kararlarında da vurgulanan hususlar arasında olduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde, Mahkeme, kendi tercihlerini yapma özgürlüğü de dahil olmak üzere insan onurunun ve özgürlüğünün Sözleşme'nin özü olduğunu kabul etmiştir.

İHAM Rektörlük tarafından önerilen çözümü söz konusu ilkeler kapsamında görmemiştir; çünkü dosyada, Mahkeme'yi ikna edecek, başvurucunun somut ihtiyaçlarının gerçek bir değerlendirme önerisi bulunmadığını ve bu durumun, onun güvenliği, onuru ile özerkliği üzerindeki potansiyel etkilerinin samimi olarak düşünülmediğini, bu bakımdan 8. maddenin uygulama alanı dahilinde, makul olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak eğitim hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

ii) Çocuklar

Çocukların sosyal haklarına ilişkin olarak Mahkeme önüne gelen en sık başvurular, pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde devletin koruma yükümlülükleri bağlamında gündeme gelmektedir. Bu tür başvurulara örnek olarak, Z. ve diğerleri/ Birleşik Krallık⁴⁸² başvurusu, küçüklere koruma sağlanması alanında sosyal hizmet kurumları sisteminde ortaya çıkan yetersizlikler ile ilgilidir. Bu davada Mahkeme başvuru dört çocuğun maruz kaldığı ihmal ve istismarın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele eşiğine vardığını tespit etmiştir. Çocuklar ebeveynleri tarafından uzun bir süre boyunca ağır bir şekilde ihmale ve duygusal tacize maruz kalmış, fiziksel ve psikolojik zarar görmüşlerdir. Örnek olarak, duvarlara dışkı bulaşmış halde odalarında kilitli bırakıldıkları ya da çöpten yiyecek çaldıkları ve buna benzer durumlar yaşadıkları tespit edilmiştir. Söz konusu muamele hakkında öncesinde yerel makamlara bilgi verilmiştir. Çocukların ebeveynleri ile ilgili endişeler sosyal hizmetler birimine iletilmiş, ancak çocuklar bundan dört buçuk yıl sonra bakım kurumuna yerleştirilmişlerdir. Yetkililer, çocukları korumak konusunda yasal sorumluluk taşımaktadır ve çocukların bulundukları yerden alınması da dahil, geniş bir yetki yelpazesine sahiptir.

Mahkeme, mevcut sistemin çocukları koruyamadığını ve etkin hukuk yolu bulunmadığını belirterek, Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele

⁴⁸² Z. ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 29392/95, 10.05.2001.

yasağı) ve 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸³ İHAM, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli korumanın sağlanması ve yetkili makamların bilgisi dahilinde olan ve olmayan kötü muameleyi önleyici makul girişimlerin yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁸⁴

İHAM çocukların yaşam hakkı söz konusu olduğunda devlete düşen pozitif yükümlülüklerin kapsamının daha geniş olduğunu kararlarında vurgulamaktadır. Bu bağlamda örnek bir dava, bir ortaokul öğrencisinin başka bir okulun öğrencisi tarafından okulun önünde bıçaklanarak öldürülmesini konu almıştır.⁴⁸⁵ Başvurucular olayda okul idaresinin ihmali bulunduğunu, öğrencilerin güvenliği için gerekli önlemlerin alınmadığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda ölüme sebebiyet veren çocuğun kullandığı bıçağı okulun mutfağından almış olduğu, zaten mevzuat çerçevesinde yaşının daha büyük olması nedeniyle söz konusu okula alınmaması gerektiği ancak buna rağmen ilişkisinin kesilmediği belirtilmiş ve idarenin somut olay bakımından kusurlu olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, öğrencilerin yaşı nedeniyle savunmasız oldukları dikkate alındığında, okul yöneticilerinin, öğrencileri okulun gözetimi altında bulundukları zamanlarda maruz kalabilecekleri her türlü şiddet ögesine karşı korumakla yükümlü olduklarını yinelemiştir. Eğitim çalışanlarından öğrencileri sürekli olarak gözetlemesi beklenemez. Ancak, okulun içinde ve dışındaki faaliyetler daha fazla gözetleme gerektirmektedir. Mahkeme mevcut davada, okul idaresinin, güvenlik sorunlarını yetkili makamlara bildirdiğini ve hatta polis yardımı istediğini ancak herhangi bir sonuç alamadığını vurgulamıştır. Mahkeme, mevcut davanın koşulları altında, yetkililerin okul binalarının denetlenmesini sağlama ve öğrencinin yaşamının korunması çerçevesinde devletin 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine varmıştır.⁴⁸⁶

Öğrencilerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin bir başka örnek olarak İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye⁴⁸⁷ başvurusunda yoğun kar yağışı nedeniyle okulların erken paydos edildiği bir günde, yedi yaşındaki bir öğrenci belediye otobüsü gelmediğinden evine kadar yürümeye çalışmış ve aşırı soğuk nedeniyle donarak yaşamını

⁴⁸³ Yıllarca annelerinin erkek arkadaşı tarafından fiziksel şiddet ve cinsel istismarına maruz kalan çocukların sosyal hizmetler kurumu tarafından korunmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin olarak ayrıca bkz. E. ve diğerleri/BK, Başvuru No:33218/96, 26.11.2002.

⁴⁸⁴ Benzer kararlara örnek olarak bkz. A./BK, Başvuru No: 100/1997/884/1096, 23.09.1998; Nencheva ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 48609/06, 18.06.2013.

⁴⁸⁵ Kayak/Türkiye, Başvuru No: 60444/08, 10.07.2012.

⁴⁸⁶ Kayak/Türkiye, para. 61-66. Mahkeme başvuruda ayrıca, idari yargıda beş yıl üç ay süren tazminat davasının uzunluğunu göz önüne alarak 6.madde kapsamında makul sürede yargılanma hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴⁸⁷ İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye, Başvuru No: 19986/06, 10.04.2012.

yitirmiştir. İdarenin yapmış olduğu soruşturmada tarafından yapılan soruşturma sonucunda, her gün belirli saatlerde öğrencilerin kullanmış olduğu belediye otobüsüne olayın gerçekleştiği gün öğrencilerin erken paydos olacağını bildirmeyen okul idaresinin kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak idare mahkemesinde açılan davada başvuruçuların adli yardım talebi herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiş ve dava harcının ödenmemiş olması sebebiyle dosya kapatılmıştır. Ceza yargılamasında önce soruşturma izni verilmemiş, yapılan itiraz bölge idare mahkemesi tarafından kaldırılmış, daha sonra yapılan yargılamada ceza mahkemesi beraat kararı vermiş, Yargıtay işin esasına girmeden yapılan bir duruşmada katibin tutanakta imzasının olmadığını gerekçe göstererek beraat kararını usulden bozmuş, eksiklik giderildikten sonra tekrar beraat kararı verilmiş ve dosya karar vaktinde halen kesinleşmemiştir.⁴⁸⁸

İHAM kararında devletin pozitif yükümlülüklerinin öğrenciler gibi kırılgan ve savunmasız bireylerin yaşamlarının korunması hususunda *genişlediğini* hatırlatmıştır. Mahkeme, idare mahkemesinde açılan davada bu denli *yoksul ve kırılgan* kişilerin adli yardım taleplerinin reddedilmesini ve böylelikle mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmalarını, olayın üzerinden oldukça uzun bir zaman geçmesine rağmen ceza yargılamasının da hala sonuçlanmadığını belirterek hem 2.maddeden hem de 6.maddeden ihlal bulmuştur.

Okulda cinsel istismar konusu da Mahkeme önünde başvuru konusu olmuştur. O’Keeffe/ İrlanda⁴⁸⁹ başvurusu, dokuz yaşındaki bir kız öğrencinin, İrlanda Ulusal Okulunda bir öğretmen tarafından cinsel tacize maruz kalmasıyla ilgili olarak devletin sorumluluğuna ilişkindir. Başvurucu özellikle, İrlanda devletinin, kendisini tacizden koruyacak ilköğretim sistemini yapılandıramadığını ve kendisine yönelik kötü muameleyle ilişkin soruşturma yürütemediğini ya da uygun bir adli karşılık sağlayamadığını belirterek şikayette bulunmuştur. Mahkeme, özellikle de ilköğretim bağlamında çocukların kötü muameleden korunmasının, bir devletin esas yükümlülüğü olduğunu belirterek 3. maddenin ve ayrıca 13. maddenin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

Çocukların korunması bağlamında, sığınma talep eden refakatsiz küçüklerin durumu da özellikle önemlidir. Bu konuda bir örnek, Yunanistan’a sığınma talep eden 15 yaşında bir Afgan çocuğun başvurusudur.⁴⁹⁰ Mahkeme bu refakatsiz küçüğün ilk başta gözetim altına alınması ve

⁴⁸⁸ S. Kızılyel, a.g.e., s. 259.

⁴⁸⁹ O’Keeffe/ İrlanda, Başvuru No: 35810/09, 28.01.2014.

⁴⁹⁰ Rahimi/Yunanistan, Başvuru No: 8687/08, 05.04.2011.

serbest bırakılmasını takiben yetkililerin ona sahip çıkmamasının, özellikle de çocuk günlerce aç ve evsiz kaldığından, 3. maddeye aykırı şekilde aşağılayıcı muamele olduğunu belirtmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesi, devletlerin muhtaç durumda olan bu sığınmacılara barınma ve asgari maddi koşulları sağlamasını gerektirmektedir. Konu hakkında referans noktası haline gelen hükmünde⁴⁹¹ Mahkeme, iltica prosedürünü beklerken başvurucuya uygun kabul koşulları sağlamadığı için, Yunanistan'ın 3. madde kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu sonuca varırken özellikle şunları gözetmiştir: Öncelikle, başvurucunun ilk başta gözetim altına alındığı göçmen kabul merkezinin *aşırı kalabalık* olması ve *yetersiz sağlık koşulları*; ikincisi, serbest bırakılmasını takiben, çocuğun aylarca bir parkta, aşırı sefil koşullarda, en temel ihtiyaçlarını bile karşılayamadan kalmış olması gerçeği ve üçüncü olarak, bu durumun, başvurucunun sürekli olarak saldırıya uğrama veya soyulma ve durumunda iyileşme olmayacağı korkusu içinde yaşaması ile daha da kötüleştiği değerlendirilmesi.

Çocukların ekonomik yönden istismar edilmesine yönelik başvuruları ise Mahkeme 4.maddede düzenlenen kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışmaya tabi tutma yasağı kapsamında incelemiştir. Örneğin, Siliadin/Fransa⁴⁹² davasında öğrenim görmek için Fransa'ya giden Togo vatandaşı başvurucu, Paris'te bulunan bir evde hizmetçi olarak çalıştırılmıştır. Pasaportuna el konulmuş, herhangi bir ücret almadan ve izin kullanmadan günde on beş saat boyunca yıllarca çalışmıştır. Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükte olan ceza kanununun başvurucuyu yeterince korumadığını ve kanunun daha sonra değişmesine rağmen, onun durumuna uygulanmadığını belirterek başvurucunun kul durumunda tutulduğu sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Benzer olarak, C.N. ve V./Fransa⁴⁹³ davası, 16 ve 10 yaşlarındaki Burundili yetim iki kız kardeşin, köleleştirildikleri veya zorla çalıştırıldıkları ya da zorunlu çalışmaya tabi tutuldukları (herhangi bir ücret ödenmeden teyzeleri ve enişterinin evinde günlük ev işlerini yapma) iddialarıyla ilgilidir. Mahkeme, ücret karşılığı çalışan bir kişi tarafından icra edilse iş olarak tanımlanacak faaliyetleri, Burundi'ye geri gönderilme tehdidiyle icra etmek zorunda kalmaları nedeniyle, başvurucuların zorla ya da zorunlu olarak çalıştırıldığı; ayrıca kendilerinin durumunun değişmediğini ve değişmeyeceği düşüncesinin oluşturulması nedeniyle kul durumunda tutuldukları kanısına varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, burada da devletin kulluk

⁴⁹¹ M.S.S./Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21.01.2011.

⁴⁹² Siliadin/Fransa, Başvuru No: 73316/01, 26.06.2005.

⁴⁹³ C.N. ve V./Fransa, Başvuru No: 67724/09, 11.10.2012.

ya da zorunlu çalışmayla etkin bir şekilde mücadele edilmesini mümkün kılacak yasal ve idari mekanizmaları devreye sokmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bunların yanı sıra, çocuklara ilişkin 1 No'lu Protokol'ün 2.maddesinde yer alan eğitim hakkına yönelik başvurular da incelenmiştir. İHAM, “çocuklar” yönünden eğitim hakkını, büyüklerden daha fazla önemsemektedir.⁴⁹⁴ Bu kapsamda Mahkeme, ilköğretim seviyesinde eğitim hakkına ayrı bir önem vermekte ve çocukların gelişimi için temel öneme sahip olan bu seviyedeki öğretime erişimin eğitim hakkı kapsamında güvence altına alındığında hiçbir tereddüdün bulunmadığını ifade etmektedir.⁴⁹⁵

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, İHAM eğitim hakkını pozitif yükümlülükler çerçevesinde sosyal boyutları ile ele almamaktadır. Bu bağlamda eğitim hakkının yalnızca “*hali hazırda mevcut olan*” eğitim kurumlarına erişim hakkından yoksun bırakılmayacağı güvence altına alınmaktadır.⁴⁹⁶ Başka bir deyişle, devlete bizzat kendisi tarafından ya da özel kurumlar aracılığıyla⁴⁹⁷ belli bir standartta ve kapsamdaki bir eğitim hizmetini sunma yükümlülüğü yüklenmemiştir.⁴⁹⁸ Mahkeme bu tutumunu Belçika Dil Davası'nda⁴⁹⁹ da dile getirmiştir. Davada, çoğunlukla Flemenkçe konuşulan Belçika'nın bazı bölgelerinde yaşayan ve Fransızca konuşan 800'den fazla çocuğun ebeveyni olan başvuruçular, çocuklarının Fransızca eğitime erişimlerinin engellendiğinden şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme, Sözleşme'nin “*eğitim hakkını*” garanti altına almış olduğunu buna karşın bu hakkın “*sadece mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkıyla*” ve “*bu kurumlarda alınan eğitimin resmi olarak tanınmasıyla sınırlı olduğunu*”, ebeveynlerin çocuklarına verilecek eğitim sırasında kanaat ve dini inançlarının

⁴⁹⁴ Bkz. D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, para. 182.

⁴⁹⁵ Timishev/Rusya, Başvuru No: 55762/00 55974/00, 13/12/2005, para. 64

⁴⁹⁶ Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Eğitim Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 90, Mart-Nisan, 2010, s.333.

⁴⁹⁷ Mahkeme, S.P./BK kararında da başvuruçunun disleksi (öğrenme güçlüğü) hastası olan oğlu için İngiltere tarafından özel bir eğitimin sağlanmadığı yakınmasına hususunda, devlet tarafından hali hazırda sağlanan eğitim kurumlarından yararlanma hakkının engellenmediği gerekçesiyle kabul edilmezlik (incelenemezlik) kararı vermiştir. Bkz. S.P./BK, Başvuru No: 28915/95, 17.01.1997.

⁴⁹⁸ İHAM'a göre, eğitim, modern bir devlette en önemli “kamu hizmetlerinden biri”dir. Bununla birlikte, eğitim, organizasyonu karmaşık ve yürütülmesi pahalı bir faaliyettir, oysa yetkililerin bunun için tahsis edebilecekleri kaynaklar sınırlıdır. Eğitime erişimin nasıl düzenleneceğine, ücretli mi ücretsiz mi olacağına veya kimlerden ücret alınacağına karar verirken, devletin, yetkisi altındakilerin eğitim ihtiyaçları ile bunu karşılayacak sınırlı kapasitesi arasında denge oluşturmalarıdır. Bununla birlikte, devletler, diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak eğitim hakkının Sözleşme'de doğrudan koruma altına alındığını da görmezlikten gelemeyiz. Bkz. Ponomaryovi ve diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 5335/05, 18.09.2007, para. 55.

⁴⁹⁹ Belçika Dil Davası, Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 ve 2126/64, 23.07.1968.

dikkate alınmasını talep etme haklarının mevcut olduğunu buna karşın bu hakkın dil tercihleri açısından mevcut olmadığını ifade etmiştir.⁵⁰⁰

Bununla birlikte kararlarda devletin kendisi ya da özel kurumlar aracılığıyla sunmakta olduğu eğitim ve öğretim hizmetinde ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösteren, sorgulayıcı, nesnel, ve çoğulcu bir eğitimin oluşturulmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰¹

Bununla birlikte, İHAM, başvuruyu diğer unsurlar bakımından 14.madde bağlamında ayrıca değerlendirmiş ve bazı çocukların Brüksel'in varoşlarında yer alan altı komündeki özel statüye sahip Fransızca eğitim veren okullara devam etmesini sırf ebeveynleri bu komünlerin dışında yaşadığı için engellemenin eğitim hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, özel statülü beldelerde ikamet etmeyen ve anadili Felemenkçe olan çocukların Felemenk sınıflarına kabul edilirken anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflara kabul edilmemesi, ikametten çok dil ölçüsü üzerine kurulan ayrımcılık niteliğinde bir muameledir. Bu konudaki mevzuatın Felemenk ve Fransızca konuşan ailelere aynı şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu tedbirde, gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık bulunmamaktadır.⁵⁰²

Timishev/Rusya⁵⁰³ davasında da askeri bir operasyon sonrası Çeçenistan'dan Rusya'nın başka bir bölgesine göç etmek zorunda kalan başvurucunun çocuklarının yasal oturma izni veya göçmen kartı bulunmaması nedeniyle daha önce iki yıl devam ettikleri okula sonradan kabul edilmemelerinin eğitim hakkının ihlali olduğu sonucuna varılmıştır.

Kıbrıs/Türkiye⁵⁰⁴ davasında ise Kuzey-Güney bölünmesinden sonra KKTC makamlarının, Kuzey'de, Rumca ilköğretimi devam ettirmelerine karşılık Rumca ortaöğretimi kaldırmış olmalarını, bu çocukların ya bazı zorlukları göğüsleyerek Güney'de Rumca eğitim veren ortaöğretim kurumlarına ya da Kuzey'de Türkçe veya İngilizce eğitim veren ortaöğretim kurumlarına gitmek zorunda kaldıklarını, Kuzey'de yaşayan ve ilköğretimi burada Rumca eğitim veren kurumlarda tamamlamış Rum çocukları yönünden bu seçeneklerin gerçekçi olmadığını dikkate alarak, eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁵⁰⁰ Belçika Dil Davası, para. 6. Bkz. S. Cengiz, a.g.e., s. 333.

⁵⁰¹ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, Başvuru No: 09.10.2007, para.52.

⁵⁰² Bkz. S. Cengiz, a.g.e., s.335.

⁵⁰³ Timishev/Rusya, Başvuru No: 55762/00 ve 00/55974, 13.12.2005.

⁵⁰⁴ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001 (Büyük Daire kararı), para. 273-280.

Çocuklara ilişkin ayrımcılık unsuru içeren bir başka başvuru kategorisi olarak, evlilik içinde ve dışında doğan çocuklar konusuna da değinilmelidir. Örneğin; Marckx/ Belçika⁵⁰⁵ davasında evli olmayan bir Belçikalı anne, evli anne ve çocuklarına tanınan hakların kendisine ve kızına verilmediğinden şikayetçi olmuştur. İHAM, başvurucunun kızının nesep oluşturması, annesinin ailesiyle ve miras haklarıyla yasal bağ olmaması ve annesinin mülkiyetini istediği gibi dağıtma özgürlüğü bakımlarından 8. ve 14. maddelerin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁰⁶

Benzer şekilde, Inze/Avusturya⁵⁰⁷ davasında başvuru evlilik dışı doğduğu için annesi vasiyetname bırakmadan ölünce annesinin çiftliği üzerinde yasal olarak miras hakkına sahip olmadığından şikayetçi olmuştur. İHAM, burada mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁰⁸

iii) Yaşlılar

Dezavantajlı bir grup olarak yaşlı bireylere ilişkin sosyal hak unsuru içeren başvuruların önemli bir kısmı, bakım ve gözetim altında bulunanlara ilişkindir. Örneğin; Dodov/ Bulgaristan⁵⁰⁹ davası, başvurucunun Alzheimer hastası olan annesinin devlet tarafından işletilen bir huzurevinde ortadan kaybolması ile ilgilidir. Başvurucu, huzurevi çalışanlarının ihmali yüzünden annesinin yaşamının tehlike altına girdiğini; polisin, ortadan kaybolmasının hemen ardından annesi için arama çalışması yapılması konusunda gerekli tüm tedbirleri almamış olduğunu ve yürütülen soruşturmanın cezai yaptırım ya da disiplin yaptırımları ile sonuçlanmamış olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca, tazminat alınmasına yönelik hukuk yargılamalarının aşırı uzun olduğundan şikayetçi olmuştur. İHAM, başvurucunun annesinin vefat etmiş olduğunu varsaymanın makul olduğuna karar vererek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, başvurucunun annesinin asla yalnız bırakılmaması yönündeki talimatlara rağmen, annesinin gözetilmemesi ile ortadan kaybolması arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu kanaatine varmıştır. Ayrıca, hukuk sistemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, devlet usuli yükümlülüklerinin gerektirdiği şekilde zamanında ve yeterli bir yanıt vermede başarısız olmuştur.

⁵⁰⁵ Marckx/ Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979.

⁵⁰⁶ Benzer kararlara örnek olarak bkz. Camp ve Bourimi/ Hollanda, Başvuru No: 28369/95, 03.10.2000; Pla ve Puncernau/Andora, Başvuru No: 69498/01, 13.07.2004.

⁵⁰⁷ Inze/Avusturya, Başvuru No: 8695/79, 28.10.1987.

⁵⁰⁸ Benzer olarak, ayrıca bkz. Mazurek/Fransa, Başvuru No: 34406/97, 01.02.2000; Merger ve Cros/Fransa, Başvuru No: 68864/01, 22.12.2004.

⁵⁰⁹ Dodov/Bulgaristan, Başvuru No: 59548/00, 17.01.2008.

Watts/Birleşik Krallık⁵¹⁰ davası ise, başvurucunun farklı bir huzurevine gönderilmesini konu edinmiştir. 106 yaşındaki başvurucu, sahibi ve işletmecisi olan Şehir Konseyi'nin bütçesel nedenlerle kapatmaya karar verdiği bir huzurevinde kalmaktadır. Başvurucu, istemi olmaksızın yerel yetkililer tarafından yeni bir huzurevine gönderilmesinin kendisinin sağlığına ve hayatına karşı bir risk teşkil ettiğinden şikayetçi olmuş, özellikle de söz konusu nakil işleminin kendisinin ortalama yaşam süresini %25 oranında azaltacağını ileri sürmüştür. Mahkeme, şikayetlerinin dayanaktan yoksun olduğuna karar vererek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, bir huzurevinin yaşlı sakinlerinin bir yerden bir yere gönderilme işlemlerinin kötü bir şekilde yönetilmesinin, yaşlı insanların genellikle hassas ve kırılgan olmaları ve değişikliğe karşı dirençleri sonucu ortalama yaşam süreleri üzerinde olumsuz bir etkisi olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, somut olayda başvurucunun hayatına dair herhangi bir risk unsurunu en az düzeye indirmek için yapılan dikkatli planlama ve atılan adımlar dikkate alındığında, yetkililerin Sözleşme'nin 2. maddesi (yaşam hakkı) kapsamındaki pozitif yükümlülükleri yerine getirmiş oldukları kanaatine varılmıştır.

Yaşlıların sınırdışı veya iade edilmesine ilişkin olarak 3.madde kapsamında Mahkeme önüne gelen başvurular da vardır. Örneğin; Chvzhevskaya/İsveç⁵¹¹ başvurusunda 91 yaşında bir Ukrayna vatandaşı olan başvurucu, kendisinin Ukrayna'ya geri gönderilmesi halinde, sağlık durumunun kötü olması ve Ukrayna'da akrabası ya da başka sosyal bağlantılarının olmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 3. ve 8.maddelerinin ihlal edileceğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, başvurucuya daha sonradan İsveç'te daimi oturma izninin verilmiş olması ve bu nedenle kendisinin Ukrayna'ya geri gönderilme riskinin bulunmaması nedeniyle, Mahkeme Sözleşme'nin 37. maddesi (kayıttan düşürme) uyarınca başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Nitekim, İsveç Gözmenlik Dairesi, başvurucunun sağlık durumunun daha da kötüye gittiğini ve geri gönderilmek üzere uçağa bindirilmesi halinde hayatının büyük risk altına gireceğini kaydeden sağlık raporunu dikkate alarak, iade emrinin yerine getirilmesinin önünde tıbbi engellerin bulunduğu sonucuna varmıştır.⁵¹² Aksi durumun gerçekleşmesi halinde, Mahkeme'nin yerleşik içtihadı çerçevesinde ihlal kararı verileceği şüphesizdir.

⁵¹⁰ Watts/BK, Başvuru No: 53586/09, 04.05.2010 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

⁵¹¹ Chvzhevskaya/İsveç, Başvuru No: 25.09.2012 (kayıttan düşme kararı).

⁵¹² Benzer yönde bir karar olarak bkz. Frolova/Finlandiya, Başvuru No: 47772/11, 14.01.2014 (kayıttan düşme kararı). Yine benzer bir başvuru olan Senchishak/Finlandiya davasında ise Mahkeme başvuruyu 3.madde bakımından kabul edilebilir bulmuş; ancak kişinin Rusya'ya iade edilmesi durumunda 3.madde kapsamında bir ihlalin oluşmayacağı sonucuna varmıştır. Başvurucu, Rusya'da yeterli tedavi göremeyeceği iddiasını temellendirecek herhangi bir şey sunamamıştır. Mahkeme, Rusya'da da hem kamu hem de özel sağlık kuruluşlarının bulunduğunu belirterek başvurucunun sağlık bakımı ve tedavi ihtiyacının 3.madde kapsamında bir risk oluşturmayacağı kanaatine varmıştır. Bkz. Senchishak/Finlandiya, Başvuru No: 5049/12, 23.03.2015.

Yine 3.madde kapsamında, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tutulma koşulları ve bu durumun kişinin yaşı ile uygunluğu konusu da Mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme, somut olay bazında incelemeler yapmış ve 3.madde kapsamındaki eşiğin aşıp aşılmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme Sözleşme’de, ilerlemiş yaştaki kimselerin cezaevinde tutulabileceklerini, buna ilişkin genel bir yasağın yer almadığını belirtmekle birlikte, gerekli tıbbi tedavinin uygulanmamasının insanlık dışı muamele teşkil edebileceğini ve devletlerin özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin sağlığının korunmasına ilişkin tedbirler alma konusunda pozitif yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamaktadır.⁵¹³

Kötü muamelenin ya da ihmal düzeyinin Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamındaki eşiğe erişip erişmediği, ilgili kişinin yaşı, sağlık durumu, tedavinin süresi ve niteliği ile fiziksel ve ruhsal etkileri de dahil olmak üzere davanın kendine özgü koşullarına dayalı olacaktır. Örneğin; Farbtuhs/Letonya⁵¹⁴ davasında, başvuru uzatılmış olan hapis cezasının yaşı ve sağlığı göz önüne alındığında, Letonya cezaevlerinin kendisinin özel ihtiyaçlarını karşılayabilecek yeterlilikte olmaması bakımından, Sözleşme’nin 3. Maddesi kapsamında aykırı muamele teşkil ettiğinden şikayetçi olmuştur. Yerel mahkemeler daha sonradan başvuru kişinin cezaevinde kaldığı süre esnasında iki hastalığa daha yakalanmış olduğunun ve sağlık durumunun genel olarak kötüye gittiğinin tespit edilmesi üzerine kalan hapis cezasını affetmiştir ve başvuru serbest bırakılmıştır. İHAM, bu davada Sözleşme’nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağı) ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Başvuru cezaevine gönderildiğinde 84 yaşında, paraplejik ve günlük görevlerini yardım almadan yerine getiremeyecek düzeyde engellidir; bu bakımdan gözaltına alındığında bir dizi ciddi hastalığı bulunmakta ve bu hastalıkların çoğunluğu kronik ve tedavi edilemez nitelikteydi. Mahkeme, ulusal makamların bu şekilde hasta bir kimseyi hapis cezasına mahkum ettiklerinde, tutukluluk koşullarının mahpusun zayıflık durumundan doğan özel ihtiyaçlarına uygun olmasını sağlamak için özellikle dikkat göstermek durumunda olduklarını belirtmiştir. Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, başvuru kişinin yaşı ve sağlık durumu bakımından, tutukluluk haline devam edilmesi kararının yerinde olmadığına karar vermiştir. Başvuru kişinin maruz bırakıldığı durumun, kendisi için daimi mahiyette bir kaygı oluşturacağı ve aşağılayıcı muamele düzeyine varacak nitelikte ciddi bir aşağılık duygusuna ve küçük düşürülmeye neden olacağı kesindir. Cezaevi yöneticisinin başvuru kişinin serbest bırakılması için tıbbi delillerle desteklenen resmi bir başvuruda bulunmasına rağmen, Letonya makamları başvuru kişinin

⁵¹³ Bkz. Sawoniuk/BK, Başvuru No: 63716/00, 29.05.2001.

⁵¹⁴ Farbtuhs/Letonya, Başvuru No: 4672/02, 02.12.2004.

serbest bırakılması işlemini bir yıldan uzun bir süre ertelemiş ve bu nedenle, başvurucuya Sözleşme'nin 3. maddesinin hükümlerine aykırı olacak şekilde muamelede bulunmuşlardır.⁵¹⁵

Mahkeme, her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaktadır. Bu bağlamda, bazı başvurularda 3.maddedeki eşige ulaşılmadığı sonucuna varmıştır. Örneğin; Papon/Fransa⁵¹⁶ davasında 90 yaşındaki başvurucu kendi yaşındaki bir kişinin cezaevinde tutulmasının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu ve tutulduğu cezaevindeki tutukluluk koşullarının aşırı ölçüde ilerlemiş olan yaşına ve sağlık durumuna uygun olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksunluk dolayısıyla kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, belirli koşullar altında yaşlı bir kişinin uzun bir süre tutuklu bulundurulmasının Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir mesele oluşturabileceği olasılığını da göz önüne almış; ancak, bu durumun her bir davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye taraf devletlerden hiçbirinin tutukluluk için bir üst yaş sınırı koymamış olduğunu da belirtmiştir. Ancak Mahkeme somut davada, başvurucunun genel sağlık durumu ve içinde bulunduğu tutukluluk koşulları bakımından, tedavisinin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girmesini gerektirecek şekilde bir ciddiyet düzeyine erişmemiş olduğuna karar vermiştir. Başvurucunun kalbiyle ilgili sorunlarının olmasına karşın, bir uzman tarafından düzenlenmiş olan tıbbi raporda genel sağlık durumu "iyi" olarak nitelendirilmiştir.⁵¹⁷

Bakım ve gözetim altında tutulan yaşlılara yönelik ihmali davranışların aksine, kendisine bakamayacak durumda olan yaşlı bireylerin yetkililerce bakım evine yerleştirilmesinin Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal ettiğine yönelik iddialar da başvuru konusu olmuştur. H.M./İsviçre⁵¹⁸ davasında 1912 doğumlu olan başvurucu, ihmal yüzünden bir bakım evine yerleştirilmesi sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka aykırı olduğundan şikayetçi olmuştur. Mahkeme, mevcut davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde, başvurucunun söz konusu bakım evine yerleştirilmesinin 5.madde kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma anlamına gelmediğine; aksine, başvurucuya gerekli sağlık hizmetlerinin, tatmin edici nitelikte yaşam koşullarının ve hijyen standardının sağlanması amacıyla yetkili makamlar tarafından kendisinin menfaati için

⁵¹⁵ Benzer bir başvuru olarak ayrıca bkz. Contrada (No:2) / İtalya, Başvuru No: 92/1997/876/1088, 24.08.1998.

⁵¹⁶ Papon/Fransa, Başvuru No: 6466/01, 07.06.2001 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

⁵¹⁷ Ayrıca bkz. kabul edilebilirliğe ilişkin Priebke/İtalya, Başvuru No: 48799/99, 05.04.2001; Enea /İtalya, Başvuru No: 74912/01, 17.09.2009 (Büyük Daire). Mahkeme, bazı başvuruları ise kabul edilebilir bulmakla birlikte, 3.madde kapsamındaki eşige erişmediği gerekçesiyle ihlal bulmamıştır. Bkz. Haidn/Almanya, Başvuru No: 6587/04, 13.04.2011.

⁵¹⁸ H.M./İsviçre, Başvuru No: 39187/98, 26.02.2002.

alınmış sağduyulu bir tedbir olduğuna karar vererek, Sözleşme'nin 5.maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme başvurunun kendi evinde bakım görme imkanının olduğunu ancak kendisinin ve oğlunun bu konuda iş birliği yapmayı reddettiklerini kaydetmiştir. Bunun ardından, başvurunun yaşam koşulları o kadar kötüleşmiştir ki, yetkililer bu konuda kendiliğinden harekete geçmeye karar vermişlerdir. Somut olayda, başvurunun bildiği bir çevrede yer alan söz konusu bakım evinin kendisine gerekli bakımı sağlayabileceği ve dış dünya ile olan sosyal ilişkilerini sürdürebilir bir konumda olduğu belirtilmiştir.

Yaşlı bireylerin adil yargılanma hakkına ilişkin başvurular da Mahkeme önüne gelmiştir. Bu tür başvurularda da Mahkeme, yaşlıların dezavantajlı ve kırılgan bir grup olmaları özelinde de değerlendirmelere yer vermiştir. Örneğin; Jablonská/Polonya⁵¹⁹ davasında 81 yaşındaki başvuru, bir noter senedinin feshedilmesi hakkındaki yargılamaların uzunluğu dolayısıyla makul bir süreyi aşmış olduğundan şikayetçi olmuştur. Başvuru, ilerlemiş olan yaşına ve Bölge Mahkemesi önüne çıkmak için her seferinde uzun ve yorucu bir yolculuk yapması gerekmesine rağmen duruşmalara katıldığını, gerekli olduğunda her zaman delil sunduğunu ve yargılamalar esnasında usule aykırı hiçbir gecikmeye neden olmadığını ileri sürmüştür. İHAM, Polonya mahkemelerinin dava başladığında 71 yaşında olan başvurunun ilerlemiş olan yaşına daha fazla önem vererek, davasının görülmesine özellikle dikkat göstermiş olması gerektiğini değerlendirerek, yargılamaların uzunluğu bakımından makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁵²⁰

Bir başvuruda da Mahkeme, hasta ve yaşlı bir kişinin bakımını, insan onuru ile de bağlantı kurarak özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele almıştır. McDonald/ Birleşik Krallık⁵²¹ davasında 71 yaşındaki hareket etme yeteneği ciddi ölçüde kısıtlı olan başvuru, yerel bir makamın haftalık bakım giderlerini karşılamak üzere kendisine tahsis edilen miktarda kesinti yapılmasından şikayetçi olmuştur. Ödenekte yapılan kesinti, yerel makamın başvurunun gece tuvalet ihtiyaçlarının, lazımlık iskemlesini kullanmasına yardımcı olan bir gece bakıcısının yerine kendisine idrar pedleri ve emici yatak pedleri temin edilmesi yoluyla

⁵¹⁹ Jablonská/Polonya, Başvuru No: 60225/00, 09.06.2004.

⁵²⁰ 1916 doğumlu olan başvurunun tamamlayıcı emeklilik aylığında kesinti yapılmasına ilişkin olarak Federal Anayasa Mahkemesi'nde yürütülen yargılamaların uzunluğundan şikayetçi olduğu başvuruda ise İHAM, Sözleşme'nin 6.maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, başvuru için önemli olan emeklilik aylığında kesinti yapıldığını ve yaşı göz önüne alındığında, Federal Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamaların kendisi için inkar edilemez ölçüde önemli olduğunu kabul etmekle birlikte, tamamlayıcı emeklilik aylıklarının ödeme planında yapılan değişikliklerin başvuru ile ilişkili olarak, ilgili mahkemeye davasının, belirli dava türlerinde olacak şekilde, büyük bir ivedilikle ele alması görevini yükleyecek düzeyde bir zarara neden olmadığı kanaatine varmıştır. Bkz. Süßmann/Almanya, Başvuru No: 20024/92, 16.09.1998.

⁵²¹ Mc Donald/BK, Başvuru No: 4241/12, 20.05.2014.

karşılanabileceği yönündeki kararına dayanmaktadır. Başvurucu, gece idrar pedleri kullanabileceği gerekçesine dayanılarak bakım giderleri için kendisine verilen ödenekte kesinti yapılması kararının, özel yaşama saygı hakkına yapılan haksız ve orantısız bir müdahale anlamına geldiğini ve kendisini önemli ölçüde onur kırıcı bir duruma düşürdüğünü iddia etmiştir. Mahkeme, başvurunun bakım giderleri için kendisine verilen ödenekte kesinti yapılması kararının, idrarını tutamama rahatsızlığı olmamasına rağmen kendisinin idrar pedleri kullanmaya zorlanması bakımından, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme, 21 Kasım 2008 ile 4 Kasım 2009 tarihleri arasındaki dönem bakımından, başvurunun haklarına yapılan müdahalenin bu süre esnasında yürürlükte olan iç hukuk hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurunun 4 Kasım 2009 tarihinden sonraki döneme ilişkin şikayetini, ki bu tarihten itibaren Bakım Planı Revizyonu çerçevesinde, söz konusu durumun hukuki dayanağının bulunduğunu ve buradaki düzenleme bağlamında, ülkenin ekonomik refahının sağlanması ve bakıma muhtaç başka kişilerin de haklarının korunması meşru amacının bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, devletlerin *kısıtlı kaynakların* tahsisine ilişkin önceliklerin belirlenmesine yönelik kararlar konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu ve söz konusu müdahalenin, yerel mahkemelerin de ele aldığı üzere, yerel makamların başvurucuya danışarak, onun güvenliği ve diğer bakıma muhtaç kişileri de dikkate alması bakımından orantılı olduğunu belirterek başvuruyu kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) bulmuştur.

Her ne kadar söz konusu periyot bakımından 8.maddeden ihlal bulunmamışsa da, karar yaşlı kişilere sağlanan yardım ve bakımlarda kesiti yapılması konusunda gelecek davalar bakımından önemli tespitlere yer vermiştir. Kararda diğer ilgili uluslararası enstrümanların yanı sıra BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesi ile AB Temel Haklar Şartı'nın 1.maddesine yapılan atıflarla birlikte “insan onuru” kavramına yapılan vurgu dikkat çekicidir. Mahkeme, başvuruda Sözleşme'nin özünün ve varlık sebebinin insan onuru ve özgürlüklerine saygı olduğunun tekrar altını çizmiş ve ilk defa bu ilkeleri engelli ve yaşlı bireylerin bakım ve yardım hizmetleri meselesine uygulamıştır.

Kararda dikkat çekici olan bir diğer husus da, Mahkeme'nin yaşlılara bakım paketi ödeneklerindeki kesintinin, kişinin özel yaşamına saygı hakkı bağlamındaki negatif yükümlülüğü ihlali edebileceği yönündeki yaklaşımıdır. Şüphesiz, kararda yapılan “insan onuru” vurgusu, Mahkeme'nin diğer kararları da göz önüne alındığında pozitif yükümlülüklerle

ilişkin etraflı bir değerlendirme yapmak için uygun bir zemin sağlamaktaydı. Ancak İHAM, başvuruyu pozitif yükümlülükler bağlamında değerlendirebilecek iken bunu tercih etmemiş; ancak negatif yükümlülük ihlali ile başvurucuya dolaylı ve sınırlı bir koruma sağlamış, sınırlı kaynakların tahsisi bağlamında takdir marjı doktrinini uygulamıştır.

İHAM yaşlı bireylere ilişkin başka bir başvuruda ise 8.madde çerçevesinde, insan onuru kavramını “*yaşam kalitesi*” ile birlikte değerlendirmiş ve devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin bu amaçları gerçekleştirecek nitelikte olması gerektiğinin altını çizmiştir.⁵²² Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya davasında 71 yaşında olan ikinci başvurucu, Bükreş’te bir yerleşim bölgesinde bir sokak köpeği sürüsü tarafından saldırıya uğramış; bu olayın ardından amnezi hastası olmuş, omuz ve kasıklarında ağrılar oluşmaya ve yürümekte zorluk çekmeye başlamıştır. Sürekli bir endişe içerisinde yaşamış ve başka bir saldırıya daha uğrayacağı korkusuyla evden hiç ayrılamamış; bir süre sonra ise tamamen hareket edemez hale gelmiştir. Başvurucunun eşi ve mirasçısı, başvurucunun vefat etmesi sonrasında davasının takibini yapmaya devam etmiştir. Mahkeme, davanın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurulduğunda, yetkililerin sokak köpekleri konusunda yeterli tedbir almamak ve başvurucunun yaralarına ilişkin uygun tazmini sağlamamak suretiyle, özel yaşama saygı hakkı çerçevesindeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme, kararda özellikle de çocukların ve yaşlıların bu tür sokak köpeklerinin saldırısına karşı kırılgan gruplar olduğuna işaret etmiştir. 8.madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin kapsamı belirlenirken, başvurucunun *sosyal açıdan dezavantajlı olup olmadığının* de dikkate alınması gereken faktörlerden biri olarak ifade edilmesi Mahkeme kararlarında kırılgan gruplar için önemli bir gelişimi göstermektedir.⁵²³ Ayrıca, başvurucunun saldırı için mahkemede tazminat davası açma imkanından yoksun bırakılması dolayısıyla da 6.madde kapsamında mahkemeye etkili erişim hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır.

Son olarak, Mahkeme, mevcut davada zararlar bakımından hükmedilecek tazminatın miktarına ilişkin olarak, Sözleşme’nin 41. maddesi (adil tazmin) uyarınca, başvurucunun çekmiş olduğu acıların düzeyinin değerlendirilmesinde, onun kırılganlığını da göz önüne almıştır; başvurucunun ekonomik açıdan çok güç bir durumda olduğu, ilerlemiş yaşı, gittikçe

⁵²² Bkz. Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No: 9718/03, 26.10.2011, para.49.

⁵²³ Frédéric Mégret, “The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge”, **Human Rights Law Review**, Vol: 11, Issue: 1, 2011, s. 37–66.

kötüye giden sağlık durumu ve olayın meydana gelmesinden iki buçuk yıl sonrasına kadar ücretsiz tıbbi yardım ve ilaç yardımından yararlanamamış olması gibi konuların da dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.⁵²⁴

Yaşlıların bakım hizmetine ilişkin tespitlerin yapıldığı, ifade özgürlüğünü konu edinen bir başvuru, Heinisch/ Almanya⁵²⁵ başvurusudur. Bu dava, bir geriatri hemşiresinin, sunulan bakım hizmetinde eksiklikler olduğu iddiasıyla işverenine karşı suç duyurusunda bulunması sonucu işten çıkarılması ile ilgilidir. Başvurucu, işten çıkarılmasının ve mahkemenin kendisinin işe iadesine hükmetmeyi reddetmesinin Sözleşme'nin 10. maddesini (ifade özgürlüğü) ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurunun bildirimde bulunulmaksızın işten çıkarılmasının orantısız bir uygulama olduğunu ve yerel mahkemelerin işverenin itibarının korunması ihtiyacı ile başvuranın ifade özgürlüğü hakkının korunması ihtiyacı arasında adil bir denge kuramadığını belirterek, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle de, yaşlı hastaların savunmasız olduklarını ve istismarın önlenmesi ihtiyacını göz önüne alarak, ifşa edilen bilgilerin mutlak bir şekilde kamu menfaatini ilgilendirdiğini değerlendirmiştir. Bunun yanı sıra, devlete ait bir şirket tarafından yaşlılara kurumsal bakım hizmeti sağlanmasındaki eksiklikler hakkında bilgilendirilmeye ilişkin kamu menfaati, sahip olduğu önem bakımından, bir şirketin iş konusundaki itibarını ve çıkarlarını korumaya ilişkin menfaate üstün gelmiştir.

Son olarak, bu yaptırımın başvurunun kariyeri üzerinde olumsuz etkilerinin olmasının yanı sıra, hem şirketin diğer çalışanları hem de genel olarak tüm bakım hizmeti çalışanları üzerinde caydırıcı bir etkisi bulunmaktadır. Genellikle kendi haklarını savunamayacak durumda olan hastaların olduğu ve bakım hizmetine ilişkin eksikliklerden ilk başta haberdar olacak personelin bulunduğu bir ortamda bu türden bir ihbar, önem arz etmektedir.

Yine ifade özgürlüğüne ilişkin olan Tešić/Sırbistan⁵²⁶ davasında da yaşlı bireylere ilişkin Mahkeme'nin önemli tespit ve değerlendirmeleri vardır. Davada çeşitli hastalıkları bulunan emekli bir başvuru, avukatına hakaret etmekten suçlu bulunmuş ve yüklü miktarda tazminat ödemesine karar verilmiştir. Yerel mahkeme hükmedilen miktarlar tam olarak ödenene kadar, başvurunun emeklilik aylığının üçte ikisinin her ay avukatın banka hesabına aktarılmasını gerektiren bir icra emri çıkarmıştır. Bu kesintiler sonrasında, başvurunun

⁵²⁴ Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No: 9718/03, 26.10.2011, para.80.

⁵²⁵ Heinisch/ Almanya, Başvuru No: 28274/08, 21.07.2011.

⁵²⁶ Tešić/Sırbistan, Başvuru No: 4678/07 ve 50591/12, 11.02.2014.

geçinmesi için aylık olarak elinde çok az bir miktar kalmıştır. Mahkeme, bu davada da Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme özellikle, başvurucunun ödemesine hükmedilen tazminat miktarı ile masraf ve giderlerin, kendisinin aldığı emeklilik aylığının % 60'ından fazlasına karşılık geldiğini gözlemlemiştir. Ayrıca, başvurucunun eski avukatı hakkında söylediği ifadelerin nedensiz bir kişisel saldırı olmadığı da belirtilmiştir. Başvurucu, elinde kalan para ile ilaçlarının bile ücretini artık karşılayamaz hale gelmiştir. Mahkeme, böylesi bir kararın çok sayıda ciddi hastalıkları bulunan yaşlı bir kimse için özellikle tehlikeli bir durum oluşturduğunu kaydetmiştir. Bu nedenle Mahkeme, alınan söz konusu tedbirlerin kanunla öngörülmüş olmasına ve başka bir kimsenin itibarının korunması gibi meşru bir amaç gütmesine rağmen, başvurucunun ifade özgürlüğüne ilişkin olarak yapılmış bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı ve orantısız olduğu sonucuna varmıştır.

Yaşlılara ilişkin sosyal hakların bir kısmı da, emekli maaşları, yaşlılık aylıkları ve bunların düzenlenme biçimlerine ilişkindir. Bu konuda İHAM başvuruları insan onuruna yaraşır, asgari bir yaşam düzeyi açısından, 3.madde kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin; Larioshina/Rusya⁵²⁷ davasında başvuru, yaşlılık aylığı ve diğer sosyal yardımlarla geçinen yaşlı bir kadındır. Başvurucu bu aylık ve yardımların uygun bir yaşam standardını korumak için yetersiz kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme, yaşlılık aylığı ve diğer sosyal yardımların tamamen yetersiz miktarda olmalarına dair bir şikayetin, ilke olarak, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca bir sorun oluşturabileceğini değerlendirmiş; ancak, somut olayda başvurucunun aldığı aylığın ve ek sosyal yardımların miktarının 3. maddenin kapsamına girecek asgari eşige ulaşacak şekilde fiziksel veya ruhsal sağlığına zarar verdiğine dair bir bulgu saptamamıştır. Buna bağlı olarak başvuru kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) bulunmuştur.

Yine bu kapsamda, Budina/Rusya⁵²⁸ davasında başvuru emeklilik yaşına erişmesi ve kendi talebi üzerine, daha önceden almış olduğu maluliyet ödeneğinin yerine yaşlılık aylığı verilmeye başlanmıştır. Başvurucu, yaşlılık aylığının ihtiyaçları karşısında yetersiz kaldığını belirterek, aldığı aylık miktarının mahkeme kararıyla artırılması için başvuruda bulunmuş ancak istediği sonucu alamamıştır. İHAM, ekonomik yönden tamamen devlet desteğine bağımlı bir bireyin, resmi yetkililerin insanlık onuruna aykırı bir mahrumiyet veya fakirlik durumunda kendisine karşı kayıtsız kalmaları halinde, söz konusu muamele bakımından devletin

⁵²⁷ Larioshina/Rusya, Başvuru No: 56869/00, 23.04.2002 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

⁵²⁸ Budina/Rusya, Başvuru No: 18.06.2009 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

sorumluluğunun doğabileceği kanaatindedir. Ancak, başvuru, mutlak verilere göre gelir düzeyinin yüksek olmamasına rağmen, ödeneğin yetersiz olmasının kendisi için gerçek anlamda bir güçlük oluşturduğu iddiasını kanıtlanamamıştır. Mahkeme kendisine sunulan belgeler içerisinde, başvurucuya verilen ödeneğin ve sosyal yardımların miktarının, kendisini fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin zararlardan ya da insanlık onuruna aykırı aşağılayıcı bir durumdan korumada yetersiz kaldığına dair bir gösterge bulamamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru içinde bulunduğu durumun zor olmasına rağmen, mevcut davadaki koşulların 3. madde bağlamındaki eşiğe erişmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) bulmuştur.

Sosyal yardım düzenlemeleri bağlamında, mülkiyet hakkına ilişkin Klaus ve Iouri Kiladze/Gürcistan⁵²⁹ davasında başvuru, Sovyetlerin siyasi baskı dönemi mağdurları olarak kabul edilen ve sırasıyla 1926 ve 1928 yılı doğumlu iki erkek kardeştir. Başvurucular 1998 yılında, mağdur statüsünün tanınmasına ilişkin Kanun (“1997 Kanunu”) ve siyasi baskıya maruz kalan kişilere yönelik sosyal yardım düzenlemeleri temelinde maddi ve manevi zararlar bakımından bir tazminat davası açmış ancak bir sonuç alamamışlardır. Başvurucular, kendilerini söz konusu Kanun kapsamındaki ekonomik haklardan yoksun bırakan “yasal boşluk” (birkaç yıllık bir dönem boyunca hiçbir eylemde bulunulmaması koşulu) sebebiyle şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme somut davada, devlete atfedilebilecek olan ve başvuru manevi tazminat haklarını makul bir sürede etkili bir şekilde kullanmaktan yoksun bırakmış olan yasal boşluğun başvuru orantısız ve aşırı bir yük yüklediğini değerlendirerek, mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle de Gürcistan’ın söz konusu meseleyi değerlendirme sürecinde ve bu konuda bir eyleme geçmeye başlama konusunda açık bir şekilde isteksiz olduğunu, bu nedenle de yaşlı bireyler olan başvuru hayattayken, 1997 Kanunu’nun 9. maddesi kapsamında kendilerine verilen haklardan faydalanmaktan yoksun bıraktığına karar vermiştir.

Yine mülkiyet hakkına ilişkin olarak Da Conceição Mateus/Portekiz ve Santos Januário/Portekiz⁵³⁰ davaları Portekiz hükümeti harcamalarında yapılan kesintiler sonucunda, başvuru 2012 yılında kesinti yapılan emekli aylıklarının ödenmesi konusu ile ilgilidir. Sırasıyla 1939 ve 1940 yılı doğumlu başvuru, emekli aylıklarında yapılan kesintinin ekonomik durumları ve hayat koşulları üzerindeki etkisinden şikayet etmişlerdir. İHAM,

⁵²⁹ Klaus ve Iouri Kiladze/Gürcistan, Başvuru No: 7975/06, 02.02.2010.

⁵³⁰ Da Conceição Mateus/Portekiz ve Santos Januário/Portekiz, Başvuru No: 62235/12 ve 57725/12, 08.10.2013 (kabul edilebilirlik hakkında karar).

emekli aylıklarında yapılan kesintilerin başvurucuların mülkiyet hakkına ilişkin orantılı bir kısıtlama olduğunu belirterek başvuruları kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) bulmuştur. Portekiz'in söz konusu zamanda karşı karşıya kaldığı mali sorunların *istisnai* nitelikte olması ve yapılan kesintilerin *sınırlı ve geçici mahiyette* olduğu göz önüne alındığında, toplumun genel yararı ile başvurucuların emekli aylıklarının ödenmesine ilişkin bireysel haklarının korunması arasında adil bir denge sağlanmış olduğu kanaatine varılmıştır.

iv) Azınlık Grubu Örneği Olarak Romanlar

Mahkeme kararlarında dinsel, dilssel, etnik vb. çok çeşitli azınlık gruplarının farklı türden hak ihlallerine ilişkin hususlar yer almıştır. Burada, özellikle de sosyal haklar bağlamında, en yaygın olarak kararlarda yerini bulan Romanlar örnek olarak inceleme konusu yapılmıştır.⁵³¹ İHAM içtihatlarında, “Romanlar” dezavantajlı ve korunmaya muhtaç bir azınlık grubu olarak kabul edilmekte, onlara özel bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmektedir. “Çalkantılı geçmişleri ve sürekli yaşadıkları yeri terk etmek durumunda kalmaları nedeniyle Romanlar, dezavantajlı ve savunmasız bir azınlık türüdür... Mahkeme’nin önceki davalarda kaydettiği üzere, Romanların özel korumaya ihtiyacı bulunmaktadır...”⁵³²

Mahkeme içtihatlarında, bu koruma çok çeşitli hak alanlarını kapsamaktadır. Örneğin; eğitim alanında D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti⁵³³ davasına konu olayda, çocukların genel eğitimen özel okullara aktarılmasının gerekli olup olmadığını belirlemek için bir dizi zeka ve

⁵³¹ Farklı bir örnek olarak, dinsel azınlıklara ilişkin Thlimmenos/Yunanistan davasında, başvurucu askerlik hizmeti esnasında askeri üniforma giymeyi reddetmesi nedeniyle cezai mahkumiyet almıştı. Çünkü pasifizme bağlı bir dini grup olan Yehova Şahitlerinin bir üyesiydi. Ulusal hukuka göre, cezai mahkumiyet yeminli muhasebecilik mesleğine girişte engel teşkil ediyordu, zira cezai mahkumiyet almış bir kişinin bu mesleği ifa etmek için gereken dürüstlük ve güvenilirliğe sahip olmadığı zımnen kabul edilmekteydi. İHAM, cezai mahkumiyetleri güvenilirlik veya dürüstlük konularıyla ilgisiz olan kişilerin bu meslekten dışlanması için haklı bir sebep olmadığına karar verdi. Mahkeme’ye göre hükümet, ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında dini inancı gösterme hakkını ihlal ederek, bu türden durumlar için kurala bir istisna getirmek suretiyle başvurucuya karşı ayrımcılık yapmıştır. Bkz. Thlimmenos/Yunanistan, Başvuru No: 34369/97, 06.04.2000.

⁵³² D.H. ve diğerleri/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007 (Büyük Daire kararı), para.182.

⁵³³ D.H. ve diğerleri/ Çek Cumhuriyeti, para. 182, 13/11/2007. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Romanların, Avrupa’daki en geniş azınlık olduğunu ve Avrupa Konseyine üye devletlerin hemen hemen hepsinde bulunduklarını, onların durumlarını iyileştirmek ve temel haklarına saygının tam olarak sağlanması için somut ve sürekli bir çaba göstermenin her üye devletin ahlaki ve hukuki görevi olduğunu belirtmiş, bu yönde çaba gösterilmesi gereken alanlardan birini de eğitim alanı olarak göstermiştir. Bkz. The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe, Resolution 1740 (2010) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1740.htm>, (E.T.16.05.2017). Romanların eğitim hakkıyla bağlantılı olarak uğradıkları ayrımcılıklara ilişkin ayrıntılı bilgi ve ilgili İHAM kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Sandor Szemesi, “From Hajduhadhaz to Strasbourg: Article 14 of the European Convention on Human Rights in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, with Special Regard to Roma Educational Cases”, **Miskolc Journal of International Law**, Vol: 5, No: 2, 2008, s. 64-72; Ramona Duminica, Andreea Tabacu, “Brief Reflections on the Exercise of the Right to Education of the Romany Minority”, **AGORA International Journal of Juridical Sciences**, 2010, s. 33-41.

uygunluk testi yapılmaktadır. Bu özel okullar, zihinsel engelli olan veya farklı öğrenme zorlukları çeken öğrenciler için tasarlanmıştır. Özel okullara yerleştirilmesi düşünülen bütün çocuklara aynı test uygulanmakla birlikte, pratikte bu test genel olarak Çek nüfusuna dayalı olarak tasarlanmıştır ve sonuçta Roman öğrenciler düşük performans gösterdiklerinden bunların %50 ila % 90'ı genel eğitim sistemi dışında eğitim görmekteydi. Anılan okullardan mezun olanların iş bulmaları da kolay olmamaktadır. İHAM, doğrudan bir ayrımcılık niyeti olmasa bile, Romanların durumlarını dikkate almayan bir test sonucu özel okullara yönlendirme yapılmasının, Roman azınlığa dahil başvurululara karşı “dolaylı ayrımcılık” teşkil ettiği, eğitim hakkı ile bağlantılı olarak Sözleşme’nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵³⁴ 14.madde bağlamında bu karar, ayrımcılık yasağı konusunda dar ve şekilci bir bakış açısından kopuşu ifade eder; Mahkeme’nin kırılgan ve marjinal bireylere yapılacak sosyal yardım ve hizmetlerin dağıtımı konusundaki ayrımcılığa ilişkin konularda sistematik eşitsizlikleri ele alabileceğini, irdelleyebileceğini gösterir.⁵³⁵

Dolaylı ayrımcılık vakalarında ayrımcılık olduğunun kabul edilmesinin nedeni, ilgili farklılıklar dikkate alınmadan aynı kuralın herkese uygulanmasıdır. Bu tür durumları düzeltmek ve önlemek için, hükümetler, işverenler ve hizmet sağlayıcılar, kural ve uygulamalarını, ilgili farkları dikkate alacak şekilde ayarlamak zorundadır. Hükümetler, özel tedbirler almak yoluyla, sadece “biçimsel eşitlik” değil, “maddi eşitlik”, yani toplumda mevcut olan imkanlara erişim fırsatlarından eşit ölçüde yararlanmayı da temin edebilirler. Hükümetler, işverenler ve hizmet sağlayıcılar, özel tedbirler almanın yerindeliğini gözden geçirmediklerinde, kural ve uygulamalarının dolaylı ayrımcılık oluşturma riskini arttırmış olurlar. İHAM’a göre “İHAS kapsamında garanti edilen hakların kullanılmasında ayrımcılığa uğramama hakkı... devletler durumları önemli farklılık gösteren kişilere farklı muamele etmediklerinde de ihlal edilir”.⁵³⁶

Horváth ve Kiss/Macaristan⁵³⁷ davası da, Roman kökenli iki genç adamın, zihinsel engellilere yönelik okullarda eğitim görmelerinin yanlış yerleştirilmeden kaynaklandığına ve

⁵³⁴ D.H. ve diğerleri, para. 182 vd. Bu karar, dolaylı ayrımcılığı ispat için istatistiklerin delil olarak kabul edilmesi ile farklı muamelenin haklı nedene dayandığını ispat külfetinin devlete yüklenmesi, bundan sonra Sözleşme’nin 14. maddesinin, sosyal ve ekonomik haklar yönünden yapılan dolaylı ayrımcılıklara karşı daha etkili bir araç olarak kullanılabilmesi imkân tanınması nedeniyle olumlu karşılanmıştır. Bkz. E. Palmer, a.g.e., s. 424; U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 32 (2015), s.243. Benzer yönde kararlara örnek olarak bkz. Sampanis ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 32526/05, 05.06.2008; Orsus ve diğerleri/Hırvatistan, Başvuru No: 15766/03, 16.03.2010; Lavida ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 7973/10, 30.05.2013.

⁵³⁵ E. Palmer, a.g.e., s.402. Bu konuda detaylı yorumlar için ayrıca bkz. R. O’Connell, “Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non Discrimination in the ECHR”, **Legal Studies**, 29(2), 2009, s. 211.

⁵³⁶ U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 32 (2015), s. 242, 243.

⁵³⁷ Horváth ve Kiss/Macaristan, Başvuru No: 11146/11, 29.01.2013.

ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin şikayetleriyle ilgilidir. Mahkeme, eğitim hakkı ile birlikte ele alındığında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. İHAM özellikle, Roman çocukların Macaristan’da uzun bir süredir özel okullara yerleştirildiğini vurgulamıştır. Mahkeme, başvuruçuların eğitim planında, yetkililerin dezavantajlı bir grubun mensupları olarak özel ihtiyaçlarını dikkate almadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuruçular soyutlanmış ve toplumla bütünleşmelerini güçleştiren bir eğitim görmüşlerdir.

İHAM, bazı istisnai ve özel durumlarda, toplumun kırılgan, dezavantajlı ve azınlık gruplarına ait bireylerin barınma yükümlülüğünü ilgili devlete yüklemekten çekinmemiştir.⁵³⁸ Örneğin, yukarıda detaylı olarak incelenen Moldovan ve diğerleri/Romanya⁵³⁹ davasında Mahkeme 3. ve 8.maddelerin ihlal edildiği sonucuna varırken ev ve eşyalarının yakılmasına ilişkin ceza soruşturması ve başvuruçuların zararlarının tazmini için giriştikleri tazminat sürecinin *ırk ayrımcılığına* ilişkin ciddi bulgular içermesini ve başvuruçuların içinde bulunduğu *kötü yaşam koşullarını* da dikkate alınmıştır. Bu şekilde Mahkeme başvuruçuların *ağır yaşam koşullarının* ve resmen maruz kaldıkları *ırk ayrımcılığının* insan onuruna dokunduğuna ve aşağılayıcı muamele niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Kararda ayrıca ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁵⁴⁰

Romanlarla bağlantılı olarak yaşam tarzı, zorla tahliyeler ve alternatif barınma ile ilgili başvurular da inceleme konusu olmuştur. Konut hakkına ilişkin yukarıda incelediğimiz kararların bazıları Roman azınlık gruplarına da ilişkindir. Özellikle de gezgin Romanların karavanlarını diledikleri yere park edip edemeyecekleri konusunda İngiltere’ye karşı çok sayıda başvuru Mahkeme önüne gelmiştir.⁵⁴¹

Bu bağlamdaki ilk başvuru olan Buckley/BK⁵⁴² davasında yerleşik yaşam düzenine geçmek isteyen bir Roman, bunun için İngiltere’de bir arsa satın alarak buraya üç karavanı getirmiş ve geçici oturma izni için başvuruda bulunmuştur. Başvurucudan sonra başka karavanlar da legal veya illegal olarak aynı bölgede yaşamaya başlamıştır. Arsanın sahibinin

⁵³⁸ Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 25446/06, 24.04.2012.

⁵³⁹ Moldovan ve diğerleri/ Romanya (No.2), Başvuru No: 41138/98 64320/01, 12.07.2005.

⁵⁴⁰ Ayrıca bkz. Lâcâtus ve diğerleri/Romanya, Başvuru No: 12694/04, 13.11.2012.

⁵⁴¹ İngiltere’de Çevre Bakanlığı’nın 2000 yılı verilerine göre Roman’lara ait 13.134 adet karavan bulunmakta ve bunların 6.118’i yerel yönetimlerce belirlenen ve “Karavan Kentler” olarak anılan özel alanlara yerleştirilmiş bulunmaktadır. Burada planlama ilkeleri oluşturulurken Romanların yaşam koşulları, birlikte konaklama yerleri belli bir işte çalışmak, çocuklarını okutmak, yaşlılarını dinlendirmek ve ailece sağlık olanaklarından yararlanmak açısından insan onuruna yaraşır nitelikte öngörülmemiştir. Romanların belli yerlerde oluşturulan “Karavan Kentlerde” toplanması sağlanarak başka kasaba ve köylere entegre olmaları engellenmiş ve neredeyse diğer kişilerden ve yaşam alanlarından izole edilmişlerdir. Bkz. Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan Hakları”, **TBB Yay.**, 2008, s.131.

⁵⁴² Buckley/BK, Başvuru No: 20348/92, 25.09.1996.

kendi mülkü üzerinde üç karavanın daha yerleştirilmesi için planlama izni verilmesi talebini Belediye Meclisi karavanların sayıca artmasının planın kullanım kararlarına aykırı olacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucu ailesiyle birlikte kendi topraklarında karavanda yaşamaktan ve gezici yaşam tarzını izlemekten alıkondduğu gerekçesiyle özel yaşamı, aile yaşamı ve konut dokunulmazlığına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

İHAM, bu davada yasal olmayan yerleşimlerin Sözleşme'nin 8.maddesinin kapsamına girip girmeyeceğini de değerlendirmiş ve başvurucunun taşınmazını konut olarak kullanmak için alığını, başka bir alanda da konutunun olmaması sebebiyle başvuruyu “konut” a saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuruyu ölçülülük ilkesi ve devletin takdir marjı bağlamında ele almıştır. Bu bakımdan, yetkililerin yarışan menfaatleri tartmaları; kararları için makul ve yeterli gerekçeler vermeleri çerçevesinde, karayolu güvenliğine ilişkin planlamaların kontrolü ile çevre ve kamu sağlığının korunması için alınan tedbirlerin makul olduğu kanaatine vararak Sözleşme'nin 8. maddesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Yine bu bağlamda, Chapman/Birleşik Krallık, Coster/Birleşik Krallık, Beard/Birleşik Krallık, Lee/Birleşik Krallık, Jane Smith/Birleşik Krallık⁵⁴³ davalarında da başvurucular özellikle, karavanlarında kendi arazilerini işgal etmelerine ilişkin olarak planlama tedbirlerinin uygulanması amacıyla haklarında alınan tedbirlerin özel yaşama saygı haklarını ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğinden şikayetçi olmuşlardır. İHAM başvurucular hakkında alınan tedbirlerin “yasaya uygun olduğuna” ve söz konusu arazinin planlama ruhsatı olmaksızın işgal edilmiş olmasından ve davaların bazılarında yeşil alan veya özel peyzaj alanı olarak planlanmış olmasından ötürü çevrenin korunması “meşru amacını” güttüğüne hükmetmiştir. Bu bakımdan burada da 8. ve 14. maddelerden ihlal bulunmamıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinde herkese konut tahsis edilmesine ilişkin bir hak söz konusu olmadığından, devletin Roman topluluğuna yeterli sayıda ve uygun biçimde düzenlenmiş alan tahsis etme gibi bir yükümlülüğü bulunduğu konusunda ikna olmamıştır.

Her iki kararda da, kamu yararı ile Romanların çıkarları arasındaki dengede genel kamu yararına daha fazla ağırlık vermiştir. Sözleşme'nin 8.maddesinin kırılgan bireylerin korunmasına ilişkin öngördüğü pozitif yükümlülüklerin potansiyeline rağmen, konut ihtiyacı söz konusu olduğunda, bu içtihatlar bu bağlamdaki konut hakkının, hala mevcut bir konuta karşı yapılan negatif müdahaleleri kapsadığını ifade eden bir önyargıyı yansıtmaktadır. Burada

⁵⁴³ Chapman/BK, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001; Coster/BK, Başvuru No: 24876/94, 18.01.2001; Beard/BK, Başvuru No: 24882/94, 18.01.2001; Lee/BK, Başvuru No: 25289/94, 18.01.2001; Jane Smith/BK, Başvuru No: 25154/94, 18.01.2001.

esasen, belki de sosyal haklara ilişkin başka diğer alanlarda olmadığı kadar, temelinde “negatif-pozitif” haklar ayrımının bulunduğu bir yargısal yaklaşımın sınırlarını görmekteyiz.⁵⁴⁴ Yer yer tutarsız sonuçların doğmasına yer açan takdir marjı doktrini de bu durumu beslemektedir adeta.

Bunun yerine, “değerlendirme” başlığı altında detaylı şekilde tartışacağımız üzere, devletin sorumluluğunun belirlenmesinde haklara yönelen *tehlikenin yapısı ve kapsamının* dikkate alındığı; devletin ilgili haklardan yoksunluktan hangi kapsamda sorumlu tutulabileceğinin sorgulanabilirliğine imkan tanıyan daha normatif bir çerçevenin benimsenmesi, insan haklarının bir bütün olarak gerçekleştirilebilmesi hedefi açısından daha uygun olacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu kararlar Romanların aleyhine sonuçlanmış ise de, kararlara ulaşılrken kullanılan argümanlar oldukça dikkat çekicidir. Örneğin Chapman kararında İHAM şunu vurgulamıştır: “Geleneksel yaşam biçimine sahip bir azınlık üyesi olmak, çevre gibi bütün topluma ait malları korumak amacıyla çıkarılan genel yasalardan bağışıklık sağlamaz ancak bu yasaların uygulanması üzerinde etkili olabilir... Bir azınlık olarak içinde bulundukları *savunmasız durum* nedeniyle hem düzenleyici çerçeve plan da ve hem de somut vakalarda kararlar alırken Romanların *gereksinmelerine ve değişik yaşam biçimlerine*⁵⁴⁵ özel bir dikkat gösterilmelidir. Bu bakımdan, 8. madde taraf devletlere Roman yaşam biçiminin kolaylaştırılması amacıyla pozitif bir yükümlülük getirir.”⁵⁴⁶

Chapman kararı iki yeni unsur içermektedir: İlk olarak, İHAM bu kararıyla, Romanların çoğunluğun yaşam biçiminden farklı bir yaşam biçimine sahip olduklarını ve farklı gereksinimleri bulunduğunu kabul etmiş ve devletlerin bu konuyu dikkate almalarını, kent planlamalarını buna göre yapmalarını istemiştir.⁵⁴⁷ Buna ek olarak Mahkeme takdir marjının kapsamını da değerlendirmiştir: “Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme bağlamında, AK’ye üye olan taraf devlerde yeni ortaya çıkan konsensüs azınlıkların özel ihtiyaçlarını da tanımakta ve onların güvenlik, kimlik ve yaşam tarzlarının korunması

⁵⁴⁴ E. Palmer, a.g.e., s.418.

⁵⁴⁵ Vurgular yazara aittir.

⁵⁴⁶ Chapman/BK, para. 96.

⁵⁴⁷ Bununla birlikte, Chapman kararında Mahkeme sonuç olarak bu türden bir konsensüsün henüz kararın verildiği zaman dilimi için, belli bir sonuç elde etmeye imkan verecek kadar somut ve açık olmadığı; buna bağlı olarak da yerel otoritelere göreceli olarak geniş tanınan takdir marjını etkilemediği sonucuna varmıştır. İHAM, Çerçeve Anlaşma, genel ilkeleri ve amaçları içermekle birlikte, taraf devletler arasında bunların uygulanmasına ilişkin bir görüş birliği bulunmadığını; bu konsensüsün taraf devletlere her durumda yol gösterecek standartları oluşturacak kadar somut bir nitelik taşımadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, Roman ailelerin kendilerine ait arazilerde, karavan içinde geleneksel yaşamlarını sürdürme taleplerine ilgili makamlar izin vermemişlerdir. Yine de, buradaki standartlar yeterince açık ve belirgin olsaydı Mahkeme farklı bir sonuca varmaya hazır görünmekteydi. Bkz. L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.410.

yükümlülüğünü yüklemektedir.”⁵⁴⁸ Bu bakımdan, Chapman kararıyla İHAM ayrıca, devletlerin, Romanların değişik yaşam biçimlerini korumak amacıyla gerekli önlemleri almalarını öngörmüştür. Bu konuda devletlere 8. madde çerçevesinde bir pozitif yükümlülük getirmiştir. Yani Mahkeme'ye göre, devletlerin, bireylerin konutuna, aile ve özel yaşamına müdahale etmemek dışında bir de bunları korumak yükümlülüğü vardır.

Mahkeme'nin ihlal bulduğu kararlara örnek olarak, Connors/Birleşik Krallık⁵⁴⁹ davası, başvurunun ve ailesinin kendilerine yerel makamlarca tahsis edilen ve uzun bir süredir daimi olarak ikamet ettikleri Cottingley Springs'teki (Leeds, İngiltere) Roman bölgesinden, uygunsuz davranışlar gösterdikleri ve etrafa oldukça rahatsızlık verdikleri gerekçesiyle tahliye edilmelerine ilişkindir. Mahkeme, söz konusu yargısız tahliye işleminin gerekli usuli tedbirlere, yani başvurunun haklarına yapılan ciddi müdahalenin tam bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekliliğine riayet edilmeksizin yapıldığını tespit ederek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Başvuruda, verilen tahliye kararının orantılı olmadığı ve demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı kanaatine varılmıştır. İHAM'a göre, 8.maddedeki yükümlülüklerle uyumlu olabilmesi için, yerel hukukun kişilerin evsiz kalmalarına yol açan tahliye kararlarının orantılılığının bağımsız bir yargı yeri tarafından belirlenebilirliğine olanak tanınması gerekmektedir. Mahkeme özellikle, Romanların bir azınlık olarak *savunmasız* konumunun, ihtiyaçlarının ve farklı yaşam tarzlarının hem ilgili düzenlemelerde hem de açılan davalarda özellikle dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda, devletin Romanların yaşam tarzını koruma konusunda bir *pozitif yükümlülüğü* söz konusu olmuştur.

Yordanova ve diğerleri/Bulgaristan⁵⁵⁰ başvurusu, bu konudaki önemli kararlardandır. Dava, Bulgar yetkililerin Sofya'da Batalova Vodenitsa bölgesi içerisindeki belediye arazisinde bulunan bir yerleşim biriminden Romanların tahliye edilmesi planına ilişkindir. Kararda, İHAS çerçevesinde başvuru sahiplerine barınma sağlama zorunluluğunun bulunmadığı; ancak özellikle *korunmasız ve kırılğan* kişilere barınma güvencesi yükümlülüğü konusunda istisnai davalarda 8. maddeden hareket edilebileceği vurgulanmıştır. İHAM, tahliye kararının iç hukuktaki bir yasaya dayalı olarak verildiğini ve karar alma usulüne göre incelendiğini, ancak bunların hiçbirinde yetkililerin farklı çıkarları içeren dengeyi göz önüne almadığı; bu bakımdan söz konusu uygulamanın *orantısız* olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu bağlamda, sosyal açıdan

⁵⁴⁸ Chapman/BK, para.93.

⁵⁴⁹ Connors/BK, Başvuru No: 66746/2001, 27.05.2004.

⁵⁵⁰ Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 25446/06, 24.04.2012.

avantajsız grup olan başvuru sahibi davacıların, belirli ihtiyaçları kadar özel durumunun da yetkililerin orantılılık tespiti içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵¹

Yasadışı işgalcilerden toprakların geri alınmaya çalışılmasının kentsel kalkınma amacı ve yetkililer için meşru olarak değerlendirildiği, yetkililerin yasadışı olarak belediye topraklarını işgal eden başvuru sahiplerini tahliye etmesinin ilkesel olarak hakları olduğu konusunda şüphe olmadığı ifade edilen kararda, bununla birlikte yetkililerin, Batalova Vodenitsa'da yasadışı Roman yerleşimlere onlarca yıldır müsamaha gösterdiğine, burada bir topluluk yaşamı kurmalarına izin verdiğine ve bunun da başvuru sahiplerinin bu yerle güçlü bağlar geliştirmelerine yol açtığına dikkat çekilmiştir.

İHAM kararında, 8. madde çerçevesinde davayı şöyle değerlendirmiştir: “Mahkeme, işgal ettikleri evlerin yasal olup olmadığına bakılmaksızın başvuru sahiplerinin yıllardan beri bu derme çatma evlerde aileleriyle birlikte yaşadıklarını ve bu evlerin onların evi (yuvası) olduğunu gözlemlemiştir. Başvuru sahiplerinin yerleşim biriminden ve topluluklarından tahliye edilmeleri, yalnızca konuta saygı hakkının değil; özel ve aile yaşamlarının olumsuz yönde etkilenmesine yol açacaktır.”⁵⁵² Davada, aynı olguların incelenmesi söz konusu olacağından bahisle, 14.maddeden ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

Winterstein ve diğerleri/Fransa⁵⁵³ davası, aynı yerde yıllarca yaşamış olan göçer aileler aleyhine başlatılan tahliye işlemlerine ilişkindir. Yerel mahkemelerde ailelerin tahliyesi için kararlar verilmiştir. Kararların icra edilmemiş olmasına rağmen, ailelerin çoğu taşınmıştır. Sadece dört aileye sosyal konutlarda alternatif barınma imkanı sunulmuş olup; geri kalan ailelerin barındırılacağı aile tesisleri kurulmamıştır. Başvurucular özellikle, uzun yıllardır ikamet ettikleri araziye boşaltmalarını gerektiren kararın, özel ve aile yaşamları ile konutlarına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. İHAM özellikle, mahkemelerin, başvuru sahiplerinin oturduğu uzun süreyi dikkate almadığını, belediye yetkililerinin durumu hoş gördüklerini, barınma hakkını, Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin hükümlerini ve buna ilişkin içtihadını dikkate almıştır. Mahkeme bu bağlamda, Romanların veya göçerlerin tahliyesi olaylarında kişilere alternatif barınma imkanı sunulmasına yönelik ihtiyacın pek çok uluslararası ve Avrupa Konseyi belgesinde vurgulandığına dikkat çekmiştir. Ulusal yetkililerin bu türden başvuru sahiplerinin *savunmasız* bir azınlığın mensubu olduklarını dikkate almaları gerekirdi; bu da arazide hukuka

⁵⁵¹ Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 25446/06, 24.04.2012, para.129.

⁵⁵² Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan, para.105.

⁵⁵³ Winterstein ve diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013.

aykırı olarak ikamet edilmesine çözüm üretirken veya olası alternatif barınma imkanları hakkında karar verirken söz konusu kişilerin ihtiyaçlarının ve farklı yaşam tarzlarının özellikle dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir.⁵⁵⁴

Dimitrova ve diğerleri/Bulgaristan⁵⁵⁵ davası üç Roman ailenin yirmi yıldır yaşadığı belediye konutlarından zorla tahliye edilmesine ilişkindir. Aynı aileden altı başvuru özellikle, devletin kendilerine derhal barınma imkanı sağlamadığından, bunun da iki aylık bir bebeğin ölümüyle sonuçlandığından şikayet etmektedir. Tüm başvurucular ayrıca, tahliye sırasında makam temsilcilerinin kendilerine sözlü tacizde bulunduklarını ve evlerini imha ettiklerini, hem kendilerini hem de çocuklarını aşırı sıkıntı içerisine soktuklarını ileri sürmektedirler. Başvurucular ayrıca, kendilerine daha sonra sağlanan barınaktaki kötü yaşam koşullarından da şikayet etmektedirler. Mahkeme, burada yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mülkiyet hakkı bağlamında dul ve yetim aylığının bağlanılmasını konu edinen Muñoz Díaz/İspanya⁵⁵⁶ davasında Roman topluluğuna mensup bir İspanyol vatandaşı olan başvuru, Roman topluluğunun törelerine göre evlenmiştir. İspanyol vatandaşı ve söz konusu topluluğun bir üyesi olan kocasının bir süre sonra vefat etmesi üzerine başvuru, dul ve yetim aylığı bağlanması için başvuruda bulunmuş; ancak bu talebi reddedilmiştir. Başvuru İspanya hukuku uyarınca evliliğinin herhangi bir medeni etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle yetkililerin kendisine dul ve yetim aylığı bağlamayı reddetmelerinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme, başvuru ve ailesini sağlık sigortası kapsamına dahil eden ve kocasından 19 yıldan uzun bir süre boyunca sosyal güvenlik primi alan İspanyol Devleti'nin sonradan Roman usulüne göre akdedilen bir evliliği kabul etmeyi reddetmesinin ve kocasının ölümünün ardından dul ve yetim aylığı bağlamamasının *orantısız* olduğunu tespit ederek, mülkiyet hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Sağlık hakkı bağlamında Roman kadınlarının zorla kısırlaştırılması da Mahkeme önüne gelmiştir. V.C./Slovakya⁵⁵⁷ davasında Roman kökenli başvuru, bir kamu hastanesinde ikinci çocuğunu dünyaya getirdikten sonra tam olarak bilgilendirilmeden ve onamı alınmaksızın kısırlaştırılmıştır. Başvuru bu olaydan sonra Roman topluluğu tarafından dışlanmış ve eşinden boşanmıştır. Mahkeme, başvurunun kısırlaştırılması sonucunda ve kısırlaştırma işlemini kabul etmesi için yapılan isteğin biçimi nedeniyle çok büyük ihtimalle korku, ıstırap

⁵⁵⁴ Benzer olarak bkz. Stenegry ve Adam/Fransa, Başvuru No: 40987/05, 22.05.2007 (kabul edilemezlik kararı) Farkas ve diğerleri/Romanya 17.06.2014 (kabul edilemezlik kararı)

⁵⁵⁵ Dimitrova ve diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 39084/10, 27.04.2011.

⁵⁵⁶ Muñoz Díaz/İspanya, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009.

⁵⁵⁷ V.C./Slovakya, Başvuru No: 18968/07, 08.11.2011.

ve aşağılık duyguları yaşamış olduğuna karar vermiştir. Başvurucu uzun bir süre fiziksel ve psikolojik acılar çekmiş ve ayrıca o sırada boşanmamış olduğu kocası ve ait olduğu topluluk ile ilişkilerinde sıkıntılar yaşamıştır. İlgili sağlık personelinin kendisine kötü muamelede bulunma niyetinde olduğuna dair herhangi bir delil bulunmamasına rağmen, personel, bir hasta olarak başvurunun özerklik ve seçim hakkını göz ardı etmiştir. Dolayısıyla başvurunun kısırlaştırılması Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme ayrıca, söz konusu tarihte bir Roman olarak başvurunun üreme hakkını özellikle koruma altına alan yasal güvenceler bulunması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu davada *dolaylı* olarak Romanlara uygulanan kısırlaştırma işlemleri konusunda devletin özel yaşam ve aile yaşamına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi ihlal olarak değerlendirilmiştir. Esasen 3.maddenin ihlali de söz konusu olduğundan 8.maddenin ihlali iddiasının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Ancak Mahkeme özellikle Slovakya'da yoğunlaşan ve Romanların nüfus artışlarının frenlenmesine ilişkin olarak bazı sorunları da saptamıştır. Bu bağlamda devletin 8.maddeden kaynaklanan özellikle Roman kadınların üreme sağlığını garanti eden yasal düzenleme yapma pozitif yükümlülüğüne dikkat çekmektedir.⁵⁵⁸ Mahkeme, belgelerin kısırlaştırma işleminin uygunsuz kullanımının belli bir etnik grupta yer alan *savunmasız* insanları işaret ettiğini not etmiştir.⁵⁵⁹ Doğu Slovakya'daki Roman nüfusu bu çerçevede risk altındadır. Kısırlaştırma davaları genellikle Roman nüfusu hedef almaktadır.⁵⁶⁰ İHAM'a göre olayın gerçekleştiği dönemde bu konuda devletin pozitif yükümlülüğü olan yasal koruma gerçekleşmediğinden 8.maddenin ihlali söz konusudur.

C. Değerlendirme

İnsan hakları, önem bakımından değil ancak nitelikleri bakımından kimi farklılıklar gösterir. Hakların devlete hangi yükümlülükleri yüklediğini ise, o hakkın hangi kategoride yer aldığından ziyade, somut durumda neyi gerektirdiği ekseninde belirlemek gerekir.⁵⁶¹

Bu çerçevede, Henry Shue'nun detaylı sınıflandırmasında temelleri bulunan⁵⁶² ve uygulamada biraz ileride değineceğimiz BM sisteminde kabul edilen, devletlerin insan

⁵⁵⁸ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.258.

⁵⁵⁹ V.C./Slovakya, para. 146.

⁵⁶⁰ Benzer yönde ayrıca bkz. K.H. ve diğerleri/Slovakya, Başvuru No: 32881/04, 28.04.2009; N.B. / Slovakya, Başvuru No: 29518/10, 12.06.2012; I.G., M.K. ve R.H. / Slovakya, Başvuru No: 15966/04, 13.11.2012.

⁵⁶¹ T. Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin: Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler", s. 350.

⁵⁶² Bkz. Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996, s.21 vd.

haklarına ilişkin üç tür yükümlülüğü üstlendiği kabul edilmektedir: Bir hakkın kullanımının engellenmemesi anlamına gelen “saygı gösterme yükümlülüğü”, bir hakkın üçüncü kişilerin eylemlerine karşı “korunması yükümlülüğü” ve bir hakkın etkin bir şekilde kullanılması amacıyla belirli tedbirlerin öngörülmesi ve alınması anlamında “gerçekleştirme yükümlülüğü”.⁵⁶³ Ancak esas itibarıyla sosyal haklara yönelik yapılan bu üçlü tasnif İHAM tarafından doğrudan benimsenmek yerine, İHAS’ta yer alan medeni ve siyasi hakları ilgilendiren; negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımı kabul edilmiştir. İHAS’ın 1. maddesinde yer alan, “taraf devletlerin yetki alanlarında bulunan herkesin sözleşme haklarından yararlanacağını güvence altına alan” yükümlülük; Sözleşme’de yer alan hakları ihlal etmekten kaçınma ve bunlara saygı gösterme yükümlülüğüne denk gelen negatif yükümlülükler işaret etmektedir. Pozitif yükümlülükler ise Sözleşme’nin lafzında doğrudan yer almamakla birlikte, İHAM’ın içtihatlarıyla geliştirilen ve Sözleşme’deki her bir hak için öngörülen bir doktrindir.⁵⁶⁴ İHAM’ın içtihatlarında pozitif yükümlülüklerin tek tek listelendiği bir tanım ve yorum tercih edilmediği gözlemlenmekle birlikte; bunlar devletlerin takdir yetkisi kapsamında; normatif düzenlemeleri ve güvenceleri yapma, hakların ihlal edilmesini önleyecek tedbirler alma, etkin bir soruşturma yürütme, hakların ihlalini düzeltmeye yönelik etkili hak arama mekanizmalarını kurma, gerekli cezai ya da hukuki yaptırımları uygulama olarak sıralanmıştır.⁵⁶⁵

Bununla birlikte, temelde negatif-pozitifler hak ayrımı bulunsa da, İHAM uygulamada, bir kişiyi sadece haklarını kullanmaktan yoksun bırakmama (saygı gösterme yükümlülüğü) değil, aynı zamanda hakların geliştirilmesi için önlemler alma, yöntemsel ve usuli adımlar atma yükümlülüklerine (koruma ve gerçekleştirme yükümlülüklerine) denk düşen bir dizi usuli ve maddi yükümlülük de tanımlamıştır.⁵⁶⁶ Mahkeme, “sözleşmesel hakların etkili kullanılması”nı sağlamak için içtihat yoluyla bireyi içinde bulunduğu sosyal gerçeklik içinde ele alan pozitif yükümlülükler tanınmakta ve korunmaktadır. Bu bakımdan, İHAM yargılamasında bütünsel yaklaşım ile pozitif ve negatif yükümlülükler ölçütünden hareket edilmektedir. Özellikle de Mahkeme’nin içtihadında Sözleşme’de yer alan hakların devletin pozitif yükümlülüklerini

⁵⁶³ Jean Francois, Akandji Jombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Çeviren: Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya, Belçika: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7, 2008, s.5.; O. Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, s. 71.

⁵⁶⁴ Marckx/Belçika, para. 31.

⁵⁶⁵ Keir Starmer, **European Human Rights Law**, London: LAG, 1999, s. 196.

⁵⁶⁶ Bkz. A. Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s.221-228; H. Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy**, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996, s.155 vd.

yerine getirmesi ile gerçekleştirebileceği anlayışına oldukça geniş yer verilmekte, bazı sosyal hakların dolaylı olarak korunabilmesi de bu sayede mümkün olabilmektedir.

Bununla birlikte, İHAM'ın gelişen pozitif yükümlülük doktrini ile söz konusu yükümlülüklerin Sözleşme'deki hakların özünde yer alan "insan onuru, eşitlik, kişisel özerklik" gibi temel, evrensel standartlar doğrultusunda belirlendiği, daha ilkesel ve normatif bir yaklaşımın oluşturulması süreci birlikte aynı hızda ve düzeyde ilerleyememiştir. Bu bakımdan, sosyo-ekonomik yoksunluklara ilişkin meselelerin söz konusu ilke ve değerler aracılığıyla, bölünmez bir bütün olarak belirlenmesi yerine daha çok Sözleşme'nin kapsadığı sosyal hakların yapay bir şekilde genişletilmesi üzerinde odaklanılmıştır. Özellikle de 3. ve 8.maddeler bağlamında verilen kararlar bakımından, insanlık sınırında yaşayan, dezavantajlı ve kırılgan bireylerin haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerle dair içtihatların ilkeselleşmesi ya da ilkesel, normatif bir temele oturması yönünde bir gelişim sürecinden bahsedilebilecek ise de, hala devletin bu çerçevedeki sorumluluğunun sınırları konusu tartışmalı ve bulanıktır.⁵⁶⁷

Bu bağlamda, pozitif yükümlülük doktrinin ve bütüncül yaklaşımın sosyal hakların dolaylı olarak korunmasına sağladığı katkılar göz ardı edilemeyecek ise de, İHAM'ın "pozitif ve negatif yükümlülük" dilini kullanması eleştirilmekte; taraf devletlerde sosyo-ekonomik menfaatlerin adil bölüşümü konularına ilişkin uyuşmazlıkların daha teorik ve ilkesel temelde çözümü için Sözleşme'nin bir enstrüman olarak evrimine engel olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁶⁸

Pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'de yer alan hakların etkili şekilde korunması ve Sözleşme'nin dinamik olarak yorumlanmasında önemli bir doktrin olduğu göz ardı edilemez. Yine de, Sözleşme'deki hakların, özellikle de sosyo-ekonomik ihtiyaçlar alanında korunmasında devletin sorumluluğunun sınırlarını daha açık şekilde tanımlanmasını sağlayacak, pozitif yükümlülüklerle ilişkin ilkesel bir teorinin olmayışı bu konudaki kaygıları devam ettirmektedir.⁵⁶⁹ Bu bağlamda sözleşmesel hakların özünde yer alan, "insan onuru, eşitlik ve kişisel özerklik" gibi temel evrensel standartlar doğrultusunda oluşturulacak, pozitif

⁵⁶⁷ O'Conneide de, İHAM'ın sosyal hakları özellikle de, devletin eylemi ya da ihmalinin insan onuruna aykırı, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye yol açabileceği ya da devletin eylemi ile bireyin özel yaşamı ve aile yaşamına saygı hakkına yönelik tehlike arasında "doğrudan ve yakın bir bağ" bulunduğu, ivedilik gerektiren hallerde koruduğunu ifade etmektedir. Bkz. C. O'Conneide, "A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and European Convention on Human Rights", **European Human Rights Law Review**, 2008/5, s. 583-585.

⁵⁶⁸ Clements ve Simmons'a göre artık bu şekilde ikili bir ayırım artık kullanışlı ve yararlı değildir; onun yerine şöyle bir yaklaşım daha iyi olacaktır: "Bireylerin haklarından yoksunluğunun şiddeti ne ölçüdedir ve devlet hangi derecede ve kapsamda sorumlu tutulabilir?" L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.412. Bu yöndeki tartışmalar için ayrıca bkz. Bkz. E. Palmer, a.g.e., s.425.

⁵⁶⁹ Bkz. J. G. Merrills, **The Development of International Law by The European Court of Human Rights**, Manchester: MUP, 1993, s.102; D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Oxford: OUP 2002.

yükümlülüklerin de geliştirilmesine yönelik daha teorik alt yapısı olan, ilkesel bir yaklaşıma da ihtiyaç duyulmaktadır.⁵⁷⁰

Öte yandan bir sosyal hakkı, İHAS aracılığıyla korumaya çalışmak da, elbette tam anlamıyla yeterli ve güçlü bir koruma sağlamamakta ve bazı sorunları gözden kaçırmamıza da neden olabilmektedir. Bu açıdan da, sosyal haklar demetinin hepsi bu korumadan yararlanamamakta; ancak Sözleşme kapsamında yer alan medeni ve siyasi haklarla olan bağlantıları çerçevesinde, onların sosyal uzantıları olarak dar bir koruma alanından yararlanabilmektedir. İHAM, yapmış olduğu incelemede, dolaylı ya da yansımali olarak koruduğu sosyal hakkın değil, ileri sürülen birinci kuşak hakkın kapsamına dair bir analizde bulunmaktadır.

Sosyal hakları da ilgilendiren ihlal iddialarının sadece İHAM içtihatlarında işaret edilen alana sıkıştırılması, başvuru konusu olayın sosyal adalet gibi sosyal hakların özünü oluşturan boyutlarını görünmez kılarken, kültürel değer yargılarının belirleyici olması olasılığını artırabilmektedir.⁵⁷¹ Bu bakımdan, zaman zaman yerel uygulama ve düzenlemelere, dolayısıyla da değer yargılarına ağırlık veren takdir marjı doktrininin uygulanması da bu hakların koruma alanı bakımından bir tehlike olarak karşımıza çıkabilmektedir. Mahkeme'nin esnek bir şekilde kullandığı takdir marjı doktrininin de insan haklarının sosyo-ekonomik alanda da korunması için normatif, ilkesel bir temele oturan, hakları güvenceleyen bir yargılama modelinin oluşum sürecine zarar verdiği ileri sürülmektedir.⁵⁷² İHAM'ın pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesi konusunda, 47 üye ülkedeki farklı kültürel, siyasi, sosyo-ekonomik yapıları ve ulusal üstü bir yargı organı olduğu göz önüne alındığında, sosyal hakların korunması için yargısal açıdan ortak standartların belirlenmesi elbette oldukça zordur. Bununla birlikte, takdir marjı doktrininin esnek bir şekilde uygulanması yerine, daha sağlam bir hukuki yaklaşımın benimsenmesi gerektiği; daha yoğun şekilde kaynak tahsisini gerektiren hakların içeriğinin İHAS'ta yer alan değer ve ilkelerin gelişimi aracılığıyla, normatif olarak şekillendirilmesi önerilmektedir.⁵⁷³

Takdir marjı ile bağlantılı olarak, yine “pozitif-negatif yükümlülük” ayrımı çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin kaynak tahsisini gerektirebileceği hususunda, İHAM kısıt kaynakların dağıtımı söz konusu olduğunda, genellikle bu sorunların her bir taraf devletin

⁵⁷⁰ E. Palmer, a.g.e., s.408.

⁵⁷¹ Ö. Yücel Dericiler, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, s. 382.

⁵⁷² E. Palmer, a.g.e., s.399.

⁵⁷³ S. Fredman, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford: OUP 2008.

kendisi tarafından ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁷⁴ Gerçekten de İHAM devletin pozitif yükümlülüklerini tanıyor olmasına ve bunların dava edilebilirliğini sıklıkla sorguluyor olmasına rağmen, sosyal hakları korumayı açıkça reddettiği kayda değer bir içtihat da üretmiştir. İHAM, Haderini kararı ya da Öneriyıldız kararı gibi devletin sorumluluğunda gerçekleşen, geniş çaplı kayıpların ve felaketlerin yaşandığı olaylarda, hayati tehlikenin bulunduğu, ivedilik gerektiren hallerde ve toplumun dezavantajlı ve kırılgan kesimlerine, sınır dışı veya iade edilecek göçmenlere, tutuklu ve hükümlülere ilişkin kararlarında istisnai olarak devletin kaynak yetersizliği iddialarını yeterli bulmamaktadır.

Yine şunu da belirtmek gerekir ki, “hukuk devleti ilkesi” çerçevesinde, devletlerin hukuki düzenlemelerinde olumlu edim gerektiren bir hakkı bireylere tanınması veya bu çerçevede bir hizmeti bireylere sunmaya başlaması halinde de, kaynak yetersizliği ya da başkaca sebepler ileri sürerek bu hakkı gereği gibi yerine getirememesi de Sözleşme’deki hakların ihlaline sebep olabilecektir. Bu bağlamda takdir marjı doktrini, İHAM uygulamasında da sadece bireylerin devletten olumlu edim gerektiren bir hakkı hukuken tanınması ya da bu doğrultuda bir hizmeti sunmaya başlamasını talep etmesi aşamasında bir işlev görmektedir.⁵⁷⁵

Bununla birlikte, burada belirtilen tüm bu riskler göz önüne alındığında, her ne kadar korunan haklar ve korumanın kapsamı bu başlık altında irdelenen karar ve örneklerle sınırlı olmasalar da, örneğin sağlık hakkının bütün boyutlarıyla, tam olarak korunabildiğinden söz edilemeyecektir. Mahkeme içtihatlarında özel yaşam kavramının sadece kişisel ve mahrem alan çerçevesinde değerlendirilmeyip kişiyi başkalarıyla ilişki içinde ve sosyal açıdan da ele alınması, dolayısıyla da maddenin sağlayacağı korumanın sınırını genişletmesi olumlu olmakla birlikte, yine burada da takdir marjı doktrininin özellikle de kürtaj konusunda uygulanması tartışılmaktadır. İHAM kürtajı ne sadece fetüsün yaşam hakkı ne de sadece özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı bağlamında değerlendirmekte, her ikisiyle de bağlantılı olarak haklar arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmekte, nihai kararı ise yerel otoritelere bırakmaktadır. Bununla birlikte kürtajın kadınların sağlık hakkıyla olan bağı da unutulmamalıdır. Konunun sadece İHAM içtihatlarında işaret edilen alana sıkıştırılması ise,

⁵⁷⁴ L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.409.

⁵⁷⁵ Buna paralel olarak, anayasa yargısı ve idari yargıda da benzer yaklaşımlar için bkz. M. Gözde Atasayan, “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 1, S: 1, Haziran 2013, s. 17.

kürtajın -ve daha geniş anlamda da üremenin- sosyal adaletle ilgili boyutlarını görünmez kılarken, kültürel değer yargılarının belirleyici olması olasılığını artırmaktadır.⁵⁷⁶

Çevreye ilişkin konular bakımından da, çevre hakkının İHAM’da düzenlenmemiş olması özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı bağlamında sağlanan dolaylı koruma yetersiz kalabilmekte, çevre kirliliği ya da çevreye verilen zararlar her zaman İHAM yargılamasında bir ihlal teşkil etmeyebilmektedir. Çevreyle bağlantılı bir sorunun ihlal oluşturabilmesi için, özel yaşam ve aile yaşamı ile konuta saygı hakkı arasında ciddi ve doğrudan bir bağının kurulabilmesi gerekir. Ayrıca “ülkenin ekonomik refahı”, da 8(2). maddede sayılan meşru sebeplerdendir. İHAM çevreye ilişkin bazı konularda da takdir marjı çerçevesinde, kişinin özel ve aile yaşamına ya da konutuna verilen zarar ile ekonomik refah arasında adil bir dengeye olup olmadığına bakmakta ve bazı hallerde bu dengenin kurulabildiği sonucuna vararak ihlal bulmayabilmektedir. Bununla birlikte, ihlal kararı verilmemiş olması, başvuru konusunun sağlık hakkı açısından bir sorun oluşturmadığı anlamına gelmemektedir. Yine bazen de çevresel bir konu sağlık konusunda önemli bir risk oluşturmaya da özel ve aile yaşamına saygı hakkına karşı meşru amaçlara dayanmayan bir müdahale şeklinde değerlendirilebilmekte ve ihlal sonucuna varılabilmektedir. Çünkü Sözleşme’nin asıl olarak korumayı amaçladığı hak, *özel yaşama saygıdır*. Diğer yandan, ekonomik refah ölçütünün çoğu durumda insan haklarının gerekleri ekseninde anlaşılmadığı da söylenebilecektir.⁵⁷⁷

Sonuç olarak Mahkeme’nin pozitif edim gerektiren sosyal haklar içtihadının genel olarak ilkesel bir nitelik kazanamadığı, İHAM’ın sosyal haklara yönelik olarak tutarlı bir doktrin geliştiremediği ifade edilmektedir. Bu çerçevede devletin pozitif yükümlülüklerine karşı gösteilen aşamalı yaklaşım ve takdir marjı doktrininin değişken biçimde kullanılması nedeniyle sosyal hakların korunması için ilkesel bir yargılama modeli oluşturmaya yönelik gelişimin içini boşalttığı belirtilmektedir.⁵⁷⁸ Sosyal haklar bakımından açık ve ilkesel kriterlere sahip olmayan İHAM’ın sosyal adalet sorunlarını somut olaya göre ele aldığı ifade edilmektedir.⁵⁷⁹

Bütün bu hususlar da esasen insan hakları arasında yapılan ayırmada, hala hakların nitelik ve özü itibarıyla aynı değerde olduğu anlayışının ve bütünsel bir yaklaşımın tam olarak

⁵⁷⁶ Ö. Yücel Dericiler, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, s.382.

⁵⁷⁷ Ö. Yücel Dericiler, a.g.e., s. 382.

⁵⁷⁸ E. Palmer, a.g.e., s.398.

⁵⁷⁹ L. Clements, A. Simmons, a.g.e., s.408.

benimsenemediğini ve haklar arasında örtülü ve göreceli bir şekilde de olsa bir önem hiyerarşisinin devam ettirildiğini ortaya koymaktadır.

İHAS, esasen sosyal hakları içermez. Sosyal hakların esas olarak ASŞ ve GGASŞ⁵⁸⁰ kapsamında düzenlenmiş olması da İHAM’ın bu haklarla ilgili içtihat geliştirmek konusunda geride durmasının nedenleri arasında gösterilebilir.⁵⁸¹ ASŞ ve BM’nin ilgili sözleşmeleri de yalnızca tamamlayıcı bir enstrüman olarak göz önüne alınmaktadır. Sosyal hakların İHAM içtihatları ile kısmen ve dolaylı bir şekilde korunması olumlu olmakla birlikte sosyal hakları tam olarak koruyabilmek, geliştirebilmek ve söz konusu haklara ilişkin yükümlülüklerin içeriğini somutlaştırabilmek için daha bütünsel ve kapsamlı bir bakış açısı gereklidir. Bu bakımdan, özel olarak sosyal hakları korumaya özgülenen sistemlerin sağladığı ya da sağlayabileceği koruma alanının bu başlık altında incelediğimiz birinci kuşak hakların içinde, onların sosyal uzantıları ya da boyutları olarak elde edilen koruma ile sağlanmaya çalışılması yetersiz kalacaktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, sosyal hakların kısmen de olsa İHAM yargılamasına konu olması önemlidir. Çünkü İHAS, sosyal hakları düzenleyen diğer araçlardan farklı bir yaptırım gücü taşır.⁵⁸² Bu bakımdan, sosyal hakların medeni ve siyasi haklardan yansımali olarak, dolaylı yoldan da olsa korunması önemli bir basamaktır.

2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasal sistemimize eklemlenen bireysel başvuru kurumu ile birlikte, insan haklarının korunması bağlamında İHAM’ın kararlarının, bu kararlarda kullandığı yorum yöntemlerinin etkisi ve önemi Türkiye açısından daha da artmıştır.⁵⁸³ Çünkü, bireysel başvuru mekanizması konu bakımdan Anayasa ve İHAS’ta yer alan haklarla (ortak koruma alanı) sınırlıdır.⁵⁸⁴ Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi’nin

⁵⁸⁰ İlerleyen başlıklarda inceleneceği üzere, GGASŞ’ın denetimi, yarı yargısal bir organ olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu denetim organının bir mahkeme olmaması ve dolayısıyla vermiş olduğu kararların yargısal nitelikte olmaması etkililiğini azaltmaktadır. 1998’de yürürlüğe giren ve toplu şikayete dayanan yarı yargısal mekanizma da henüz etkin şekilde uygulanamamaktadır. Türkiye GGASŞ’yi 2004’te imzalayıp 2007’de onaylamış ama toplu şikayet prosedürünü henüz kabul etmemiştir.

⁵⁸¹ Jean-Pierre Marguenaud, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012 s.222.

⁵⁸² Özge Yücel Dericiler, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, **Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2014, s.367-385.

⁵⁸³ Bu konuda daha detaylı açıklamalar, bir sonraki bölüm olan “Sosyal Hakların Ulusal Alanda Yargı Yoluyla Korunması” başlığı altında, Türkiye bağlamında biraz ileride incelenecektir.

⁵⁸⁴ Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s. 161-162.

İHAM yorum ve içtihatları ile de bağlı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸⁵ Sonuç olarak, bu tekniğin bireysel başvuru yargılamalarında uygulanmaması için bir neden yoktur. Hatta bu koruma asgari eşik olarak kabul edilmeli, bunun ötesine geçilmelidir.

II. Ulusal Üstü Yarı-Yargısal Koruma Mekanizmaları ve Sosyal Haklar

A. BM Sisteminde Öngörülen Mekanizmalar

1. BM İnsan Hakları Komitesi ve Sosyal Haklar

BM İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK)⁵⁸⁶ de tıpkı İHAM gibi insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, sosyal hakları medeni ve siyasi haklardan yansımali olarak, dolaylı şekilde korduğu kararları bulunmaktadır. MSHS'nin ikizi olan ve sosyal haklara özgülenen BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) kapsamında öngörülen mekanizmalar ve güvence sisteminden önce, bu dolaylı koruma yaklaşımını da irdelemek gerekir.

Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, adil yargılanma hakkı gibi medeni ve siyasi haklar, özellikle de çalışma, sosyal güvenlik ve sağlık hakkı gibi sosyal haklarla ve elbette ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirme konusu olmuştur.⁵⁸⁷ Bu haklara ilişkin bazı örnek kararlar ve Komite'nin yaklaşımı bu başlık altında irdelenecektir.

⁵⁸⁵ Hakan Atasoy, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Ankara: Adalet Yay., 2015, s. 164; Mustafa Selman Çelik, "Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri", **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Ankara: Seçkin Yay., 2014, s. 160; Nazmiye Güveyi, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 73-74.

⁵⁸⁶ İHK, MSHS'nin denetim organı olarak görevlendirilmiştir. Komite, uzmanlık esasına göre seçilen 18 bağımsız uzmandan oluşmaktadır. İHK'nin dört ana işlevi bulunmaktadır: (a) Taraf devletlerin periyodik raporlarını inceleyerek MSHS kapsamında öngörülmüş olan hakların yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmek; (b) Bu hakların yorumlanmasında yol gösterecek amacıyla Genel Yorumlar oluşturmak ve yayımlamak; (c) Devletlerarası başvuruları incelemek ve karara bağlamak; (d) Ek Protokol çerçevesinde öngörülmüş olan bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamak. Bkz. Martin Scheinin, "Human Rights Committee: Not Only a Committee on Civil and Political Rights", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008, s.540.

⁵⁸⁷ Bard Andres Andreassen, "Article 22", **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**, (Ed. Asbjorn Eide, Gudmundur Alfredsson), Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, s.487.

a) BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler sözleşmeleri, insan haklarının ulusal üstü açıdan korunması için ana dayanaklardandır. İHEB'in kabul edilmesi ile birlikte, devletleri hukuken sorumlu kılacak, temel hak ve özgürlükler ihlal edildiğinde bunu tespit edecek bir denetim ve yaptırım mekanizması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. BM Genel Kurulu, İHEB'i oluşturan İnsan Hakları Komisyonu'na, bütün devletlerin üzerinde anlaşılabileceği, temel hak ve özgürlükleri açık bir şekilde ifade eden ve bu hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda alınması gereken tedbirleri de içeren bir insan hakları sözleşmesi oluşturma yetkisini de vermiştir.⁵⁸⁸ İnsan Hakları Komisyonu da bu çerçevede 1950'de hazırladığı sözleşme taslağını Genel Kurul'a iletmıştır. Ancak Doğu-Batı Bloku'ndaki görüş ayrılıkları dolayısıyla sözleşme taslağı Genel Kurul'da reddedilmiştir.⁵⁸⁹ Daha sonra Komisyon'dan iki farklı sözleşme taslağı oluşturma istenmiştir. Komisyon, medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin sözleşme taslaklarını, Genel Kurul'a 1954'te sunmuş ve "ikiz sözleşmeler" olarak da ifade edilen 16 Aralık 1966'da Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) kabul edilmiştir.

Prensip olarak birinci kuşak hakları düzenleyen ve BM sistemindeki en etkili koruma mekanizmasını içeren sözleşme, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir. MSHS ile devletlerarası şikayet ve periyodik raporların incelenmesi dışında, Ek Protokol ile öngörülmüş olan bireysel başvuru yolu, hakların korunmasında daha etkili bir yol olarak karşımıza çıkar.

Bu Sözleşme de İHAS gibi esas olarak medeni ve siyasi hakları güvence altına almakla birlikte, yalnızca medeni ve siyasi haklara ilişkin sözleşme değildir. Biraz ileride değinilecek olan BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ile benzerlikler taşımaktadır. Örneğin, MSHS'nin 1.maddesinde yer alan kendi kaderini tayin hakkı;

⁵⁸⁸ Tacettin Çalık, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 24, S: 1, 2016, s. 73.

⁵⁸⁹ Sürecin uzamasındaki temel sebep, Doğu ve Batı Bloğu arasındaki insan hakları anlayışındaki farklılıkların bulunmasıdır. Ayrıca, liberal özgürlükçü düşünceye sahip Batılı Devletler, yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, vb. gibi klasik hakların, çalışma hakkı, eğitim hakkı, vb. gibi sosyal ve ekonomik hakları dışarıda bırakarak kaleme alınmasını ve ihlallerin uluslararası denetimini bir İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından desteklenen bir uluslararası mahkemenin denetimine bırakılmasını istemekteydiler. Buna karşın Doğu Bloğunu oluşturan Sosyalist Devletler Grubu, bütün insan haklarının eşdeğer olduğunu ve karşılıklı olarak birbirlerine bağlı olduklarını ifade ediyorlardı. Bu bakımdan, içinde sosyal, ekonomik ve kültürel hakların da bulunduğu ortak bir sözleşmenin oluşturulmasını istemekteydiler. Bununla birlikte, devletlerin egemenliğine müdahale niteliğinde bir uluslararası yargısal denetime karşı çıkmaktaydılar. Bkz. Markus Schmidt, "United Nations", **International Human Rights Law**, (Ed. Daniel Moeckli, Sangeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 395.

18.maddesindeki (eğitim alanını da kapsayacak şekilde) inanç, vicdan ve kanaat özgürlüğü; 22.maddesindeki (sendika kurma ve onlara üye olma hakkını da içerecek şekilde) örgütlenme özgürlüğü; 27.maddesindeki (kendi kültürlerinden yararlanma hakkı da dahil olmak üzere) azınlık haklarına ilişkin düzenlemeler metin düzeyinde de ekonomik, sosyal ve kültürel haklara atıfta bulunmaktadır. Bunlara ek olarak, bağımsız bir madde olarak ayrımcılık yasağına ilişkin 26.madde de sosyal güvenlik hakkı başta olmak üzere pek çok sosyal hak ile bağlantılı başvuruların incelenmesine kapı aralamaktadır.

b) İnsan Hakları Komitesi Kararlarından Örnekler

i) Sosyal Güvenlik Hakkı

MSHS'nin 26.maddesinde yer alan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağına ilişkin bağımsız düzenleme, genel olarak MSHS çerçevesindeki sosyal haklara ilişkin başvuruların incelenmesinin temel ilkesel zemini olarak düşünülmektedir.⁵⁹⁰ MSHS, İHAS'taki düzenlemenin aksine, ayrımcılık yasağını yalnızca Sözleşme'de düzenlenen hakların kullanılması bakımından ayrımcılığa uğramama ile sınırlı tutmamış; ayrımcılığa uğramamayı başlı başına bir insan hakkı olarak düzenlemiştir. Buna göre: "Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."

İHK, 9 Nisan 1987 tarihli kararlarında Hollanda'ya karşı yapılmış olan üç başvuruda, Sözleşme'nin 26.maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının sosyal haklar için de uygulanabileceğini belirtmiştir.⁵⁹¹ Anılan kararlarda sosyal güvenlik açısından evli kadın/ evli olmayan kadın ayırımı yapılmasının ayrımcılık teşkil ettiği görülmektedir.

Komite, F.H. Zwaan-de Vries/ Hollanda⁵⁹² kararında ayrımcılık yasağına ilişkin 26.maddenin ESKHS'nin 9.maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkını talep etmek için kullanılamayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, madde kapsamında her ne kadar devlet

⁵⁹⁰ Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s.541.

⁵⁹¹ Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", s.44.

⁵⁹² F.H. Zwaan-de Vries/ Hollanda, Communication No: 182/1984, Views, 09.04.1987. Benzer bir karar olarak ayrıca bkz. W.M. Broeks/ Hollanda, Communication No: 172/184, Views, 09.04.1987.

sosyal güvenlik hakkını gerçekleştirmek için önlemler almaya zorlanamasa da, bu hak bir kere tanındıktan sonra ayrımcılık yapılamayacağını da belirtmiştir. Konuya ilişkin ilginç bir başka karar da eşcinsel bir çift ile ilgili olarak verilmiştir. Uzun süre birlikte yaşadından sonra eşlerden birinin ölmesi üzerine diğer eşin, ölen eşin emekli maaşının kendisine bağlanması için yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine verilmiştir.⁵⁹³ Bu başvuruda, ayrımcılık yasağının sosyal haklar alanında da uygulanması söz konusudur.

Komite'nin 26.maddenin ayrımcılık yasağına ilişkin bağımsız bir düzenleme olduğuna yönelik görüşü, daha sonra 1989 tarihli 18 No'lu Genel Yorum'unda da teyit edilmiştir: "2. madde, ayrımcılığa karşı korunacak hakların içeriğini Sözleşme'de düzenlenen haklarla sınırlarken, 26. madde bu tarz sınırlandırmalara değinmemektedir. 26. maddeye göre herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur ve hukuk kuralları her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı sağlamalıdır. Komite'ye göre, 26. madde sadece 2. maddede yer alan güvenceleri tekrarlamaz, aynı zamanda bağımsız bir hakka da yer verir. Madde, hukuk kurallarında yer alan ve ayrıca kamu otoritelerince düzenlenen ve korunan her alandaki ayrımcılığı önlemeye yöneliktir. Bu nedenle 26. madde, taraf devletlerin yasama ve yürütme faaliyetleriyle üstlendiği sorumluluğa ilişkindir. Taraf devletin yasal düzenlemeleri, 26. maddedeki gerekliliklere uymalı ve ayrımcı bir nitelik taşımamalıdır. Diğer bir deyişle, 26. maddedeki ayrımcılık yasağının uygulanması, sadece Sözleşme'de yer alan hakların korunmasıyla sınırlı değildir."⁵⁹⁴

Bu kararları takip eden başka bir karar da vatandaşlık temelinde sosyal güvenlik hakkının uygulanmasına ilişkin ayrımcılık iddialarına yöneliktir. Gueye⁵⁹⁵ kararında Fransa'nın orduda görev yapmış olan 743 Senegalli emekli askerin emekli maaşlarına yönelik farklı muamelenin 26.madde kapsamında vatandaşlık temelinde ayrımcılık yaptığı sonucuna varmıştır. Komite salt sonradan vatandaşlığın değişmesi gerekçesinin makul ve objektif bir kriter olmaktan uzak olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için objektif, makul bir gerekçesi olmalı, orantısız etki ve sonuçlara yol açmamalıdır.

Komite, daha sonraki tarihli kararlarında dolaylı ayrımcılığın da 26.madde kapsamında yasak olduğunu kabul etmiştir. Burada da farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edebilmesi için makul ve objektif kriterlere dayanmaması ve orantısız olması gerekmektedir. Komite'ye göre,

⁵⁹³ Young/ Avustralya, Communication No: 941/2000, Views, 18.09.2003.

⁵⁹⁴ Human Rights Committee, General Comment No.18 (27), reproduced in UN document HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1 (2006), para.12.

⁵⁹⁵ Gueye/ Fransa, Communication No: 196/1985, Views, 03.04.1989.

bir yasal düzenleme ya da uygulamanın görünüşte objektif olmasına ve ayrımcılık amacı gütmese dahi eğer pratikte belli bir etnik köken, renk, cinsiyet, dil, inanç, siyasi ya da başka temelde farklı bir görüş mensubu, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da farklı bir temelde, objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın, dışlayıcı ya da orantısız olacak şekilde kötü etki ve sonuçlar doğuruyorsa bu dolaylı ayrımcılık oluşturur.⁵⁹⁶ Örneğin Derksen ve Bakker⁵⁹⁷ kararında Komite, ölen kişinin emeklilik gelirinden yararlanmak konusunda evlilik içinde ve dışında doğan çocuklar arasında, makul ve objektif olmayan bir temelde, yasal düzenlemeden kaynaklanmasa da, uygulama sonucu dolaylı ayrımcılık meydana geldiği sonucuna varmıştır. Olayda Bayan Derksen Bay Bakker ile birlikte yaşamakta iken sonradan Bay Bakker'in vefatıyla ikisinin ortak kızı olan Katja Bakker'in babasının emekli aylığından yararlanamaması söz konusudur. Hollanda her ne kadar evlilik içinde ve dışında doğan çocuklara eşit muamele yapılmasına ilişkin yasal düzenlemeye sahip olsa da, buradaki düzenlemeler ancak söz konusu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra doğan çocuklar için etki etmiştir.

ii) Çalışma Hakkı

Komite'nin çalışma hakkının çeşitli boyutlarına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Love⁵⁹⁸ kararında Komite 26.maddede açıkça ifade edilmemiş olan yaş temelli ayrımcılığa ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur. Komite, 26.maddede ayrımcılık temeline ilişkin ifadenin tüketici olmadığı; bu bağlamda makul ve objektif bir gerekçeye dayanılmadığı takdirde yaş olgusu temelindeki farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, somut olayda pilotlar için zorunlu emeklilik yaşı olarak öngörülmüş olan 60 yaşın objektif ve makul kriterleri karşıladığı gerekçesiyle ayrımcılık bulunmadığı sonucuna varmıştır. Uçuştan etkilenebilecek olan yolcular, uçak personeli ve diğer kişilerin güvenliğinin en yüksek düzeyde korunabilmesi bakımından söz konusu düzenlemenin meşru bir amacı bulunmaktadır. Komite, zorunlu emeklilik yaşı öngörülmesinin esasen işçilerin ömür boyu çalışmalarının önüne geçilmesini sağlamak bakımından işçilerin korunması meşru amacını güttüğünü ifade etmiştir. Özellikle de söz konusu yaşa erişen kişilerin geçimlerinin sağlanmasını da güvence altına alan, detaylı düzenlemeler içeren sosyal güvenlik sistemleri bakımından durum böyledir. Ayrıca istihdam politikalarına ilişkin tercihler de söz konusu yasal düzenlemelerin gerekçesini oluşturabilmektedir. Komite, konuya ilişkin olarak çalışma yaşamında ayrımcılığın önlenmesi konusunda önemli bir birikime sahip olan ILO'nun belge ve

⁵⁹⁶ Rupert Althammer/ Avusturya, Communication No: 998/2001, Views, 08.08.2003, para.10.2.

⁵⁹⁷ Derksen ve Bakker/ Hollanda, Communication No: 976/2001, Views, 01.04.2004.

⁵⁹⁸ John K. Love., William L. Bone, William J. Craig, Peter B. Ivanoff/ Avusturya, Communication No: 983/2001, Views, 25.03.2003.

kararlarını da dikkate alarak zorunlu emeklilik yaşının yasaklanmasına dair bir düzenleme göremediğini de belirtmiştir.

Çalışma hakkı aynı zamanda kişinin çalışmak istediği iş ya da mesleğini seçebilme özgürlüğünü de içermektedir. Bu bakımdan MSHS'nin zorla çalıştırma yasağına ilişkin 8.maddesi ile de bağlantılıdır. Şu ana dek Komite önüne bu konuda gelen başvurular oldukça sınırlı kalmıştır. Faure⁵⁹⁹ kararında Komite işsizlik yardımından yararlanabilmek için bir işte çalışma koşulunun 8.maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Komite, söz konusu çalışmanın insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluşturacak unsurları olmadığı gerekçesiyle 8.maddenin öngördüğü yasak kapsamına girmediği kanaatine varmıştır. Bununla birlikte, başvurunun ileri sürdüğü iddiaların, bu kapsamda ileri sürebileceği bir ulusal başvuru yolu bulunmaması bakımından 8.madde ile bağlantılı olarak 2.maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlalini oluşturabileceğini belirtmiştir.

iii) Sendikal Özgürlükler

MSHS'nin 22.maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğü, açık bir şekilde kişilerin “kendi çıkarlarını korumak için sendikalar kurmak ya da bunlara girmek hakkı”nı da içerdiğini belirterek büyük ölçüde ikiz sözleşmesi olan ESKHS'nin 8.maddesi ile örtüşmektedir. Ayrıca, ilgili maddenin 3.paragrafında da buradaki düzenlemenin ILO'nun 1948 tarihli Sendika Kurma Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesi'ne atıf yapılarak bu sözleşmeye taraf olan devletlere, orada öngörülen güvencelere zarar verecek yasama tedbirleri alma ya da hukuki uygulamalarda bulunma yetkisini vermediği belirtilmiştir.

Bu örtüşmeye rağmen İHK, ilk kararlarında 22.maddenin grev hakkını içerecek şekilde yorumlanamayacağı yönünde bir kanaat oluşturmuştur.⁶⁰⁰ ESKHS'nin 8.maddesinde açık bir şekilde sendikal hakların bir unsuru olarak grev hakkından da bahsedildiğini belirten İHK, MSHS'nin 22.maddesinde yer alan “sendika kurmak ya da bunlara üye olmak” hakkından grev hakkının da doğacağı sonucuna varılamayacağını belirtmiştir.

İHK, zaman içinde İHAM gibi görüşünü değiştirmiştir. Örneğin, Ekvator'un raporuna ilişkin Kasım 1991 tarihli gözlemlerinde, konuyla ilgili ILO sözleşmelerine de referans yaparak, 22. madde kapsamında, sendika hakkı ile birlikte grev hakkına ilişkin de değerlendirmeler yapmış ve hükümete, “memurların da grev hakkının bulunup bulunmadığı”

⁵⁹⁹ Bernadette Faure/ Avustralya, Communication No: 1036/2001, Views, 31.10.2005.

⁶⁰⁰ Örnek olarak bkz. J.B./ Kanada, Communication No: 118/1982 (kabul edilebilirlik kararı).

sorusunu yöneltmiştir.⁶⁰¹ Komite, Mart 1996'da Guatemala'nın raporuna ilişkin gözlemlerinde de, "yasa dışı" olarak nitelendirilen grevlerin sayıca yüksek olduğunu ve bu durumun endişe verici olduğunu belirtmiştir.⁶⁰² Almanya'nın Kasım 1996 raporunu incelediğinde de Komite, "devlet adına kamusal otorite kullanmayan ve temel hizmetlerde görev almayan kamu görevlilerinin mutlak grev yasağını" eleştirmiş ve 22. maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁶⁰³ Şili'nin 1999 yılına ilişkin raporunu incelediğinde de kamu görevlilerinin, grev hakkını da içerecek biçimde, sendika kurma ve toplu sözleşme haklarına getirilen genel, bütüncül yasakların 22.madde ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır.⁶⁰⁴

İHK, Litvanya'ya ilişkin Mart 2004 gözlemlerinde, özellikle "temel hizmet" niteliğinde olmayan hizmetler bakımından grev yasağı getiren ve grev kararı alabilmek için üçte iki çoğunluk arayan iş kanununun 22. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmış, Litvanya'dan yasal düzenlemelerinde değişiklikler yapmasını istemiştir.⁶⁰⁵

Görüldüğü üzere İHK de, ileride değineceğimiz ESKH Komitesi gibi, 22. maddeye uygunluk denetiminde, bu maddenin Sözleşme'nin ikizinin 8. maddesine göre son derece dar olan pozitif metniyle sınırlı kalmamıştır.⁶⁰⁶ Sözleşme'nin, "herkes"e tanıdığı sendika hakkı çerçevesinde, grev hakkıyla ilgili değerlendirmeler de yapmış ve hatta bunun yanında ILO Uzmanlar Komisyonu'nun dar anlamda kamu görevlisi tanımını benimseyerek, grev hakkının özneleri arasında "kamu görevlilerini" de saymıştır. Bu, vurgulanması gereken ve kamu görevlilerinin sendikal haklarının uluslararası dayanakları arasında MSHS'nin de bulunduğunu ortaya koyan önemli bir noktadır. Temelde, İHAM gibi, MSHS'de güvenceye bağlanan "birinci kuşak" insan haklarının denetimini yapan İHK, Sözleşme'de amaç ögesine yer verilmemiş olmasına karşın, sendika hakkını geniş yorumlayarak, biraz ileride detaylı olarak değerlendireceğimiz ILO denetim organları ile Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin yaklaşımlarını benimsemiş, bu bakımdan İHAM'ın da geride bıraktığı 1970'li yılların ortasındaki dar yorum anlayışından ayrılmıştır.⁶⁰⁷

⁶⁰¹ HRC, Ecuador, Concluding Observations / Comments, 07/11/1991, A/47/40, para. 247 ve250.

⁶⁰² HRC, Guatemala, Concluding Observations / Comments, 03/04/1996, CCPR/CO/79/Add.63, 03.04.1996, para. 23.

⁶⁰³ HRC, Germany, Concluding Observations / Comments, 18/11/1996, CCPR/C/79/Add.73, 18.11.1996, para. 18 ve 19.

⁶⁰⁴ HRC, Chile, Concluding Observations/ Comments, CCPR/C/79/Add.104, para.25.

⁶⁰⁵ HRC, Lithuania, Concluding Observations / Comments, 04/05/2004, CCPR/CO/80/LTU, 04.05.2004, para. 18.

⁶⁰⁶ M. Gülmez, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, s.145.

⁶⁰⁷ M. Gülmez, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", s.145.

iv) Eğitim Hakkı

Eğitim hakkına ilişkin olarak MSHS’de detaylı bir düzenleme bulunmamakla birlikte Sözleşme’nin 18.maddesinin 4.paragrafında “taraf devletlerin, anne-babaların ve uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü” oldukları belirtilmiştir. Düşünce, inanç ve vicdan özgürlüğüne ilişkin olan 18.maddedeki diğer hükümler ile birlikte ayrımcılık yasağına ilişkin 26.madde de eğitim hakkı ile ilgili meseleler bağlamında gündeme gelmiştir.

Sosyal haklarla bağlantılı olarak, örneğin eğitimde ayrımcılık yasağına ilişkin olarak da Komite Waldman kararında devletin sadece belirli bir dine ilişkin eğitim verilen okulların kamu bütçesinden desteklenmesini, diğer dinsel azınlıklara yönelik böyle bir uygulamanın bulunmadığı gerekçesiyle 26.maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Roma Katolik okulları, diğer dinsel azınlıkların aksine, kamusal eğitim sisteminin bir parçası olarak geçmişten bu yana devletten sübvansiyon almaktadır. Başvurucu olan Musevi bir baba ise çocuğunun dini eğitimini ise kendisi karşılamak durumunda kalmıştır. Komite bu durumun ayrımcılık oluşturduğu sonucuna varmıştır. Komite, Sözleşme’nin taraf devletlere dinsel temelli eğitim veren okullara mali destekte bulunma yükümlülüğü yüklediğini; ancak bir devlet dini okullara mali yardımda bulunma tercihinde bulunmuşsa bu yardım ve desteği ayrımcılık yaratmayacak şekilde yerine getirmek durumundadır. Bir grup dinsel azınlığın okullarına mali destek sağlarken diğerlerinden bunu esirgemesi objektif ve makul bir kritere dayanmamaktadır.

Eğitime erişim bazen doğrudan ve açıkça ırk veya etnik kökene dayalı olarak reddedilmekte, bazı hallerde eğitim ayrı okul veya sınıflarda verilmektedir. Bazı durumlarda, eğitime erişim ile ırk ya da etnik köken arasındaki ilişki bu kadar doğrudan ve açık değildir. İHK, belirli bir ırka veya etnik kökene sahip olanların eğitim hakkından yararlanma bakımından diğer kişilerden ayrı tutulmasının, bir amaç değil, bazı düzenleme ve fiili durumların sonucu olabileceğini ifade etmektedir. Komite, örneğin büyük kentlerde mahallelerin birbirlerinden etnik olarak ayrılabilmesini, buralardaki okullardaki çocukların da tek bir etnik gruba mensup olma ihtimalleri olduğunu, böylece etnik kökene dayalı bir ayrımın gerçekleşebildiğini belirtir. Komite, burada ayrımcı bir amaç güdülmüyor olmasının ayrımcılığı önlemeye yetmediğini ifade eder. İHK, Slovakya, Bulgaristan ve Çek Cumhuriyeti’nin raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde, Roman çocukların önemli bir oranının zihinsel engelli çocuklara yönelik okullara kayıtlı olmasının, Sözleşme’nin 26. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal eden bir etki yarattığını ifade etmiştir.

İHK, eğitim imkanlarının bölgelere göre değişmesinin de Sözleşme'nin ayrımcılığı yasaklayan 26. maddesi bakımından sorun yaratacağını ifade etmiştir.

v) Konut Hakkı

İHK, periyodik raporlara ilişkin sonuç gözlemlerinde konut hakkını unsurlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. MSHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 6.maddesi, Komite'nin Kanada'nın 1999 tarihli raporunu incelerken konut hakkını da ele almasına zemin hazırlamıştır. Komite, burada evsiz olmanın ciddi sağlık sorunlarına, hatta ölüme bile yol açabileceğini belirtmiş ve söz konusu sorunları aşabilmesi için Kanada'nın 6.maddenin öngördüğü pozitif önlemleri almasını tavsiye etmiştir.⁶⁰⁸

2005 yılında da İHK, Kenya'yı Sözleşme'nin 17.maddesinde yer alan özel yaşama saygı ve konuta saygı hakkından hareketle zorla tahliye uygulamaları konusunda eleştirmiş ve hem Nairobi hem de ülkenin diğer kesimler açısından önceden müzakere etmeden ya da yeterli bir bildirimde bulunmaksızın yüzlerce gayri resmi şekilde ikamet eden kişilerin keyfi olarak zorla tahliye edilmesinin 17. maddeye aykırı olacağını belirtmiştir.⁶⁰⁹

Komite, bu sonuca varırken ESKHK'nin Zorla Tahliyelere İlişkin 7 No'lu Genel Yorumundan çok da farklı kavramlar kullanmamıştır. Komite'ye göre, "taraf devletler tahliyelere ilişkin şeffaf politika ve usuller geliştirmeli, tahliyeden etkilenecek olan kişilerle müzakere edilmeden ve uygun yeniden iskan düzenlemeleri yapılmadan söz konusu kişilerin tahliye edilmemeleri sağlanmalıdır."

İnsan Hakları Komisyonu'nun 1993/77 sayılı kararı ile zorla tahliyelerin elverişli konut hakkının ilk görünüşte (prima facie) ihlalleri olduğunu ve evsizlik olgusuna katkıda bulunan bir etmen olduğunu kabul edilmiştir. ESKHK'nin 1997'de benimsediği 7 No'lu Genel Yorum zorla tahliyeler terimini, "Kişilerin, ailelerin ve/veya toplulukların kendi iradeleri olmaksızın oturdukları evden ve/veya topraktan geçici ya da daimi olarak, ve uygun hukuki veya diğer koruma biçimleri sağlanmaksızın ve bu biçimlere erişim olmaksızın çıkarılmaları" şeklinde tanımlamıştır. Komite'nin 7 No'lu Genel Yorumu ayrıca taraf devletler'i "ilgili mevzuat ve diğer tedbirlerin özel kişi veya kuruluşlarca, uygun koruyucu tedbirler olmaksızın icra edilen zorla tahliyeleri önlemek ve gerekli olduğu durumlarda cezalandırmak için yeterli olmasını" sağlamaya teşvik etmektedir.

⁶⁰⁸ Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/79/ADD.105, para.12.

⁶⁰⁹ Concluding Observations on Kenya, 28.03.2005, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN.

vi) Sağlık Hakkı

İHK, yaşam hakkı kapsamındaki devlet yükümlülüklerini oldukça geniş bir şekilde değerlendirmektedir. Buna bağlı olarak da 6.madde çerçevesinde sağlık hakkının pek çok boyutu ele alınabilmektedir. Örneğin Komite'nin 6.maddeye ilişkin 1982'de kabul ettiği ilk Genel Yorumunda yaşam hakkının dar bir şekilde anlaşılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu hakkın aynı zamanda, bebek ölümlerinin azaltılması ve yaşam süresinin uzatılması gibi hedeflere yönelik, yetersiz beslenme ve salgın hastalıkların ortadan kaldırılması gibi pozitif yükümlülükleri de beraberinde getirdiği belirtilmiştir.⁶¹⁰

Sağlık hakkı ile bağlantılı olarak İHK önüne özgürlüğünden yoksun bırakılan mahpusların cezaevlerindeki tutulma koşullarına ilişkin çok sayıda başvuru gelmiştir. Örneğin; Lantsova/ Rusya⁶¹¹ kararında yaşam hakkını düzenleyen 6.maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır. Olayda çok kötü koşullarda tutulan başvuru cezaevine girmesinden bir ay sonra zatürre olup hayatını kaybetmiştir. Devlet gözetimi altındaki kişinin tedavi edilmesini sağlayacak önlemler almamıştır. Bu karar, verem ya da diğer bulaşıcı hastalıklara maruz kalan mahkumların cezaevinde tutulma koşullarına dair oldukça geniş kapsamlı yükümlülükler ortaya koymaktadır. Burada da görüleceği üzere, Komite pek çok kararında devletlerin hakları etkili şekilde yerine getirilmesi konusunda olumlu edim yükümlülüğü olduğunu da ifade etmiştir. Lantsova/ Rusya⁶¹² kararında da Komite, “gözaltı sistemini, tutukluların sağlık durumundan haberdar olabilecek şekilde düzenlemek de, taraf devletin sorumluluğundadır. Mali yetersizlikler bu sorumluluğu azaltmaz.” diyerek mali olanakların sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Başka bir kararında İHK, açık bir şekilde bir devletin ekonomik gelişim düzeyinin sağlık hakkı ve mahkumların tutulma koşullarına ilişkin uluslararası standartlara uyum sağlayamaması konusunda bir mazeret oluşturup oluşturamayacağını irdelemiştir. Mukong⁶¹³ kararında Komite, taraf devletlerin gelişmişlik düzeylerine bakılmaksızın cezaevinde tutulma koşullarına ilişkin belli asgari standartlar olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu standartların Mahkumlara İlişkin Asgari Standart Kurallar'ı da yer alan kuralları da kapsayacak şekilde, cezaevlerindeki her bir mahkum için asgari yüzölçümünün ve nefes alabilecek alanının

⁶¹⁰ HRC, General Comment No:6 (16), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 8, para.5.

⁶¹¹ Yekaterina Pavlovna Lantsova, Vladimir Albertovich Lantsova/ Rusya, Communication No: 763/1997, Views, 26.03.2002.

⁶¹² Lantsova/ Rusya, CCPR/C/74/D/763/1997, 26.03.2002.

⁶¹³ Albert Womah Mukong/ Kamerun, Communication No: 458/1991, Views, 18.07.1996.

bulunması, yeterli sağlık tesislerinin olması, giysilerin aşağılayıcı ya da onur kırıcı bir tarzda olmaması, ayrı yatakların olması, sağlık için yeterli gıdanın sağlanması gibi hususları karşılaması gerekmektedir. İHK'ye göre, ekonomik ya da bütçeye ilişkin konular bunları yerine getirmeyi zorlaştırırsa da Komite bu asgari standartları daima göz önüne alarak bir değerlendirmede bulunacaktır.

İHK'nin mahkumların sağlığını ciddi bir biçimde tehdit eden koşullar altında tutulmasını MSHS'nin işkence, zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı ile ilgili olan 7. ve/veya özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve her insanın doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek muamelede bulunulması ile ilgili olan 10. maddesinin ihlali olarak nitelendirdiği kararları da bulunmaktadır.⁶¹⁴ Örneğin “bir hücredeki mağdurun tıbbi bakım talebinin kasti olarak reddedilmesi”⁶¹⁵ Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olarak ifade edilmiştir. Komite'nin bir mahkumun ilaçlı tedavisinin ortadan kaldırılmasının⁶¹⁶; şizofren bir mahkumun yeterli tedavi imkanı bulamayacağı başka bir bölgeye nakledilmesinin⁶¹⁷ de söz konusu ihlalleri oluşturacağına dair kararları da bulunmaktadır.

Yeterli barınma, beslenme ve giyecek hakkı ile sağlık hakkı da özellikle Sözleşme'nin 10.maddesi kapsamında, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin tabi tutulacağı muameleler bağlamında gündeme gelmektedir. Kelly/ Jamaika⁶¹⁸ kararında, cezaevinde tutulan kişilerin yeterli gıda, barınma ve giyecek haklarının devletçe karşılanması gerektiği ifade edilmiştir. Kalenga/Zambiya⁶¹⁹ başvurusunda ise, siyasi sebeplerle gözaltına alınan başvuru, bu esnada sık sık besin, havalandırma ve tıbbi yardım gibi temel ihtiyaçlarından yoksun bırakıldığını ileri sürmüştür. Komite, söz konusu muamelenin Sözleşme'nin 7.maddesi anlamında zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturmayıp 10.maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.

Cabal ve Pasini/ Avustralya⁶²⁰ başvurusunda, başvuru bulaşıcı hastalığı olan mahpuslarla aynı yerde tutulmalarının sağlık haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Komite sağlık hakkının özel olarak Sözleşme kapsamında korunan haklar arasında olmadığını

⁶¹⁴ Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **AÜHFD**, 59 (4) 2010, s. 717.

⁶¹⁵ Uton Lewis/ Jamaika, Communication No: 527/1993, Views, 18.07.1996.

⁶¹⁶ Christopher Brown/ Jamaika, Communication No: 775/1997, Views, 23.03.1999.

⁶¹⁷ J./Avustralya, Communication No: 900/1999, Views, 28.10.2002.

⁶¹⁸ Kelly/ Jamaika, Communication No: 537/1993, Views, 08.04.1991.

⁶¹⁹ Kalenga/Zambiya, Communication No: 326/1988, Views, 27.07.1993.

⁶²⁰ Cabal ve Pasini/ Avustralya, Communication No: 1020/2001, Views, 07.08.2003.

belirtmiştir. Bununla birlikte, bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin diğerlerinden ayrı tutulmamasının Sözleşme'nin 6. ve 10.maddeleri çerçevesinde incelenilebileceğini ifade etmiştir. Ancak somut başvuruda, başvuruçular iddialarını yeterince delillendiremediklerinden, başvuru bu açıdan da kabul edilemez bulunmuştur.

Bu bakımdan, alıkonulan kişilerin yeterli beslenme ve tıbbi yardımdan yoksun bırakılmaları, tıpkı İHAM kararlarında da olduğu gibi belirli bir şiddet eşiğinin üzerinde ise 7.madde; söz konusu eşiği aşamaması halinde ise 10.madde kapsamında ele alınmaktadır. Devletler, alıkoydukları kişilerin temel besin ve sağlık haklarını korumakla yükümlüdürler. İHK, mali kaynakların yetersizliği durumunun söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyi zorlaştırsa bile, tutuklu ve göz altına alınan kişiler bakımından belli asgari koşulların yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶²¹ Bir başka ifade ile İHK, devletin gözetiminde özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin tıbbi yardımdan yoksun kalmasını, MSHS'nin 6., 7. ve 10. maddelerinin ihlali olarak değerlendirmektedir.

Komite önüne kürtajla ilgili başvurular da gelmiştir. Örneğin, K.N.L.H.⁶²² başvurusu hamileliğinin kendi yaşamı için ciddi risk oluşturduğu ve fetüsün de ölümcül şekilde engelli doğması riskinin yetkililerce bilinen reşit olmayan bir küçüğün kürtaj olmak istemesinin reddedilmesini konu edinmiştir. Bu koşullar çerçevesinde Komite kürtajın reddinin 7.maddenin ihlaline yol açacağı sonucuna varmıştır. Yasal düzenlemeler çerçevesinde, söz konusu kürtaj hukuka da uygun olacaktır. Komite, bu bakımdan ayrıca özel yaşama saygı hakkını düzenleyen 17.maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

vii) Kendi Kültüründen Yararlanma Hakkı

MSHS'nin azınlık haklarına ilişkin 27.maddesinde "Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleri ile birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme, ya da kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılmayacaklardır." denilmektedir. Söz konusu madde MSHS'nin açıkça ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanına doğru genişlediğini göstermektedir. İHK de 27.maddedeki kültür kavramını "yerli hakların ya da diğer kendine özgü toplulukların, maddesel yönleri de dahil olmak üzere, geleneksel ya da diğer özgün yaşam biçimlerinin korunması şeklinde yorumlamış ve uygulamıştır. Belli alanlarda

⁶²¹ Bkz. Albert Womah Mukong/ Kamerun, Communication No: 458/1991, Views, 21.07.1994.

⁶²² K.N.L.H./ Peru, Communication No: 1153/2003.

toprak ve doğal kaynakların kullanımını gerektiren avcılık, balıkçılık, ren geyiği besiciliği gibi faaliyetler bu kapsamda yer almakta ve toplumdaki belirli bir yaşam biçiminin korunması açısından önem taşımaktadır. Komite, 27.maddeye ilişkin Genel Yorumunda buradaki kültür kavramının pek çok farklı şekillerde dışavurumunun söz konusu olabileceğini; özellikle de yerli haklar için özgün yaşam biçimleri ile bağlantılı olarak arazi kaynaklarının da kullanımının gerekli olabileceğini belirtmiştir. Bu hak, balıkçılık, avlanma gibi geleneksel faaliyetleri ya da hukuken korunan rezerv bölgelerde yaşama hakkı gibi hususları içerebilir. Söz konusu hakların kullanımı, azınlık toplumunu oluşturan bireylerin kendilerini etkileyecek kararların alınmasına etkin şekilde katılımını da sağlayacak pozitif yükümlülükler doğurabilecektir.⁶²³

Lubicon Gölü Kabilesi şefi Ominayak tarafından Kanada'ya karşı yapılan başvuruda⁶²⁴ Kanada'nın Alberta eyaleti sınırları içerisinde yaşayan Lubicon Gölü Kabilesi topluluğunun federal hükümetin izniyle başlatılan petrol ve gaz arama, ağaçların kesilmesi, yolların yapımı ve benzeri şekillerde büyük oranda engellendiği, söz konusu faaliyetlerin topluluğun doğal yaşama alanını ve bu kapsamda kendi kültüründen yararlanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Komite, her ne kadar 27.maddenin negatif bir dille kaleme alınmış olsa da pozitif yükümlülükleri de içerdiğini, ayrıca yatay etki çerçevesinde yalnızca devletlerin değil özel şirketler de dahil olmak üzere üçüncü kişilerin faaliyetlerinin de söz konusu hakkın kullanımını engellememesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶²⁵ İHK, kültürüne göre yaşama hakkının kişilerin grubun diğer üyeleriyle birlikte ait olduğu topluluğun kültürünün bir parçasını oluşturan ekonomik ve sosyal faaliyetlere katılım hakkını da içerdiğini belirterek Lubicon Gölü Kabilesi'nin kültürüne verilen geri dönülemez zararı 27.maddeye aykırı bulmuştur.

Bir başka örnek de Finlandiya'ya karşı ülkenin kuzeyinde yaşayan Saami grubunca yapılan bir dizi başvurudur. Söz konusu başvuruların konusu Fin hükümetinin özel bir şirket ile anlaşarak Saamilerin yaşadıkları bölgede giriştiği taş ocağı kurma ve çıkartılan taşın sevkiyatı için ormanlık arazinin bir kısmını biçip yol yapma faaliyetlerinin Saamilerin yaşam alanına müdahale oluşturmaya idi. Saamilerin kültürlerini yaşadıkları arazi, hukuken hazinenin arazisiydi ve Merkezi Ormancılık Kurulu tarafından yönetilmekteydi. Saamiler, geleneksel olarak ren geyiği besiciliği yapmakta ve geçimlerini bu şekilde sağlamaktaydılar. Olayda Saamiler bölgede başlatılan taş çıkarma ve taşıma faaliyetlerinin ren geyikleri için ayrılmış alanlara zarar vereceği, çevreye gürültü ve kirlilik yayacağını ileri sürerek ren geyiklerini

⁶²³ HRC, General Comment No:23 (50), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1 (2006), para.7.

⁶²⁴ Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band/ Kanada, Communication No: 167/1984, 26.03.1990.

⁶²⁵ HRC, General Comment No:23 (50), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1 (2006), para.6.1.

otlatma alanı olan bir ormana Merkezi Ormancılık Kurulu tarafından taşocağı işletmelerine ruhsat verilmesine itiraz etmişlerdir. Özel işletmelere o zamana dek açılmamış olan bu ormanlar, ren geyiklerinin beslenmesi için zengin bir liken kaynağıdır aynı zamanda. İHK, başvurularda şu sorunun izinden gitmiştir: Azınlığın yaşadığı coğrafi bölgeye yönelik hükümetin planladığı ve yaşama geçirdiği faaliyetler Saamilerin 27.madde kapsamında korunan kendi kültürlerinden yararlanma hakkını ihlal eder mi?⁶²⁶

Söz konusu başvuruların ilki olan Lansman⁶²⁷ kararında İHK ulusal kaynakların kullanımı ve bu kapsamda verilecek ruhsat ve izinlerin grupların kültürlerinden yararlanmalarını hangi dereceye kadar engellenmesi durumunda 27.maddenin ihlali anlamına gelebileceğini belirlemeye yönelik kriterler ortaya koymuştur. Bu kapsamda, ilgili grup ile etkili şekilde yürütülecek müzakere süreci ile alınan önlemlerin azınlık topluluğunun ekonomisinin sürdürülebilirliğine olan etkileri belirleyici olacaktır.⁶²⁸ Komite, aynı zamanda “kültür” kavramının yalnızca grupların geleneksel olarak geçimlerinin sağlanması biçimleri ile sınırlı olmayıp modern teknolojilerin yeni kullanım yöntemlerini de kapsayacak biçimde genişletilebileceğini ifade etmiştir. Komite, Saamiler ile söz konusu planlamanın müzakere edilmiş olduğunu ve bu durumdan ren geyiği besiciliğine dayanan kazançlarının etkilenmediğini belirtmiştir. Komite, hükümetin özel şirket ile yaptığı anlaşmada taşocağı işletmesinin ren geyiği besiciliği faaliyetlerine olan etkisinin asgari düzeyde olmasına yönelik hükümlerin bulunduğunu da kaydetmiştir. Bununla birlikte, gelecekte geniş kapsamlı ağaç kesme ve madencilik faaliyetlerinin 27.maddeyi ihlal edebileceği uyarısında bulunmuş ve bu hususta Saamilerle önceden müzakere etmenin önemini vurgulamıştır. Bu kararlar dizisinin, müzakere sürecinin daha sıkı şekilde denetlenmesinin sağlanması gibi ulusal düzeyde önemli etkisi olmuştur.

Bu başvurularda Komite taş ocağı kurulması ve yol yapımı faaliyetlerinin azınlığın yaşama alanına zarar verip vermediğini değerlendirirken niteliksel değil, niceliksel bir inceleme yapmış ve verimlilik tartışmasına hiç girmemiştir. Oysa müdahale edilen küçük alan müdahale edilmeyen geniş araziye göre daha verimliydi.

Mahuika⁶²⁹ kararında da Komite ülke çapında balıkçılığa kota konulmasına ilişkin düzenlemeyi değerlendirirken etkili müzakere ve ekonomik sürdürülebilirlik kriterlerini

⁶²⁶ Olgun Akbulut, **Barış İçinde Birlikte Yaşamın Hukuki Zemini**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2008, s.122.

⁶²⁷ Lansman/ Finlandiya (No:2), Communication No: 671/1991, 30.10.1996.

⁶²⁸ Ilmari Lansman/ Finlandiya, Communication No: 511/1992, 26.10.1994.

⁶²⁹ Apirana Mahuika/ Yeni Zelanda, Communication No: 547/1993, 27.10.2000.

uygulamıştır. Bu başvuru şunu göstermiştir ki, 27.maddenin uygulama alanı, yalnızca yerli grupların değil, söz konusu grubun özel bir bağlantısı olması durumunda, ulusal ekonomi için büyük öneme sahip faaliyet ve alanlarda da söz konusu olabilecektir.

viii) Kendi Kaderini Tayin Hakkı

MSHS ile ESKHS'nin çakıştığı bir başka alan da MSHS'nin 1.maddesinde yer alan kendi kaderini tayin hakkıdır. Bu maddeye göre: “1. Bütün halklar kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahiptirler. Bu hak gereğince halklar kendi siyasal statülerini özgürce kararlaştırırlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sağlarlar.”

Maddenin özellikle de 2.paragrafı, bu hakkın sosyal ve ekonomik boyutuna ilişkindir: “Bütün halklar, kendi amaçları doğrultusunda, karşılıklı yarar ilkesine dayanan uluslararası ekonomik işbirliği ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine hâle getirmemek kaydıyla, kendi doğal zenginlik ve kaynaklarından özgürce yararlanabilirler. Bir halk hiçbir durumda, kendi varlığını sürdürmesi için gerekli olanaklarından yoksun bırakılamaz.”

Uygulamada genellikle bir devlette azınlık statüsünde bulunan gruplar bu maddeye dayanarak başvuruda bulunmaktadır. Yerli halkların İHK'ye yapmış oldukları başvurular da sıklıkla 1.madde ve/veya 27.madde kapsamında olmaktadır. Her ne kadar MSHS'de kendi kaderini tayin hakkı tanınmış ise de, İHK'nin gelenekselleşmiş yaklaşımı bu maddenin usule ilişkin olarak Sözleşme'deki diğer maddelerden farklı bir konumda olduğu yönündedir. Ek Protokol'de bireysel başvurulara ilişkin kabul edilebilirlik koşullarından biri olan, Sözleşme kapsamındaki haklardan birinin ihlal edildiği iddiasında bulunan başvurucunun söz konusu ihlalden kişisel olarak mağdur olması gerektiği hususu, kendi kaderini tayin hakkı bireysel hak sahiplerine ilişkin olmayıp kolektif bir hak olduğundan Komite tarafından karara konu olamamaktadır. Bununla birlikte, 1.madde ekonomik ve sosyal boyutlarıyla birlikte raporlama usulünde değerlendirilebilmektedir. Örnek olarak Kanada'nın 1999 yılına ilişkin periyodik raporunda Komite “kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde, diğer hususların yanı sıra, halkların kendi doğal zenginlik ve kaynaklarından özgürce yararlanabileceklerini, kendi varlığını sürdürmesi için gerekli olanaklarından yoksun bırakılamayacağını ifade etmiştir. Komite, Aborijinlere İlişkin Kraliyet Komisyonunun kaynak kullanımı ve toprağa ilişkin tavsiyelerini yaşama geçirecek somut eylemlerin derhal yerine getirilmesini önermiştir. Ayrıca,

aborijinlerin temel haklarını ortadan kaldıracak uygulamaların Sözleşme'nin 1.maddesiyle uyumlu olmayacağından yasaklanması gerektiğini belirtmiştir.⁶³⁰

Bunların dışında Komite 1.maddenin pek çok başvuruda yorumlayıcı ve açıklayıcı bir etkiye sahip olduğunu da kabul etmektedir.⁶³¹

c) Değerlendirme

Hem MSHS'nin metni düzeyinde hem de İHK'nin kararları çerçevesinde MSHS ile sosyal haklar arasında pek çok alanda çakışma ve karşılıklı olarak birbirine bağıllık durumu söz konusudur. Sözleşme'nin 28.maddesinde Komite'ye üyelik için gerekli özelliklerin “insan hakları alanında yetkili” (sadece medeni ve siyasi haklar alanında değil) olma koşulu olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Ayrımcılık yasağına ilişkin bağımsız bir düzenleme olan 26.madde, İHK'nin sosyal hakların korunmasına yönelik katkı sağlayabildiği en önemli alandır. İHK kararlarında sosyal haklara ilişkin önemli açılım ve kesişimler bulunmaktadır. Kendi kültüründen yararlanma hakkı (md.27), örgütlenme özgürlüğü kapsamında sendikal haklar (md.22), yaşam hakkının ekonomik ve sosyal boyutları (md.6), kanaat, vicdan ve inanç özgürlüğüyle bağlantılı eğitim hakkı (md.18) bu alandaki örneklerden birkaçını oluşturmaktadır.

BM İHK kararları da, tıpkı İHAM gibi sosyal hakların insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, medeni ve siyasi haklardan yansımali, dolaylı koruma örneği olarak, sosyal içeriğinin somutlaştırılması, belirlenmesini sağlaması ve bu haklara BM şemsiyesi altında bir yarı-yargısal koruma sağlayabilmesi bakımından önemli olsa da, İHAM sistemi için yapmış olduğumuz sosyal hakların medeni hakların kapsamı ile sınırlı olarak korunmasına yönelik eleştiri ve riskler buradaki denetim için de geçerlidir.

⁶³⁰ Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 105, para.8.

⁶³¹ Bkz. Apirana Mahuika/ Yeni Zelanda, Communication No: 547/1993, 27.10.2000; Marie-Helene Gillot/ Fransa, Communication No: 932/2000, 15.07.2002.

2. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Kararlarında Sosyal Haklar

a) BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), ulusal üstü insan hakları koruma sistemi içerisinde sosyal hakları korumayı güvence altına almayı ve bu hakları geliştirmeyi hedefleyen temel sözleşmedir. BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde bir alınan kararla, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ile birlikte kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), 3 Ocak 1976'da 35 üye devletin onayı şartı gerçekleştikten sonra yürürlüğe girmiştir.⁶³² Sözleşme, 1948 tarihli İHEB'i tamamlayan, uluslararası anlamda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geniş bir şekilde düzenleyen ilk belge niteliğini taşımaktadır.⁶³³

İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkeleri çerçevesinde, MSHS ile ESKHS birbirlerini tamamlamaktadırlar. Sözleşme'nin MSHS'ye benzer Başlangıç bölümünde sosyal hakların önemi belirtilir. Ayrıca, İHEB'e göre "korkudan ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğünü kullanabilen özgür insan ideali"nin ancak bireyin tüm haklarını bir arada kullanabilmesiyle mümkün olabileceğine ilişkin ifadesi yer bulur.⁶³⁴

31 madde ile 5 bölümden oluşan Sözleşme'nin birinci bölümü, kendi kaderini tayin hakkını düzenlemektedir. İkinci bölüm ise "genel hükümler" başlığı altında kadın-erkek eşitliği, taraf devletlerin yükümlülükleri ile hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere yer vermektedir. "Maddi haklar" başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve sendika hakkı gibi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlenmiştir. Dördüncü bölümde, taraf devletlerin rapor sunma yükümlülüğü, son bölümde de sözleşmenin yürürlüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Sözleşme şu hakları içermektedir:⁶³⁵

⁶³² Ülkü Halatçı Ulusoy, "Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kivılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., No: 379, 2014, s.73

⁶³³ T. Çalık, a.g.e., s. 75.

⁶³⁴ Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, 12 Levha Yay., İstanbul, 2014, s.142.

⁶³⁵ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1995, s. 200.

- Halkların kendi kaderlerini tayin hakkı (md. 1),
- Taraf devletlerin uygulamaya yönelik önlemler alma ödevi, ayırım yapmama güvencesi, vatandaş olmayanların hakları (md. 2),
- Cinsiyet/kadın-erkek eşitliği (md.3),
- Hakların sınırlanması (md. 4),
- Hakları kötüye kullanma ve daraltma yasağı (md. 5),
- Çalışma hakkı; herkesin kendi seçtiği işte çalışarak geçimini sağlama hakkı (md. 6),
- Adil ve uygun işte çalışma koşulları; asgari gelir, eşit işe eşit ücret, dinlenme, ücretli izin hakları (md. 7),
- Sendika kurma, katılma ve grev hakkı (md. 8),
- Sosyal güvenlik hakkı (md. 9),
- Ailenin, anne, çocuk ve gençlerin korunması (md. 10),
- Yaşama standardı hakkı; yeterli beslenme, giyinme, barınma, yaşama koşullarının sürekli geliştirilmesi hakları (md. 11),
- En yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı (md. 12),
- Eğitim hakkı; zorunlu ve ücretsiz ilköğretim hakkı, orta ve yüksek öğretime girişlerin kolaylaştırılması, öğretmenlerin maddi koşullarının iyileştirilmesi (md. 13),
- Taraf devletlerin zorunlu ilköğretim sağlama yükümlülüğü (md. 14),
- Kültürel yaşama katılma, bilimsel gelişmelerden yararlanma hakkı (md. 15).

Sözleşme'deki cinsiyet eşitliği, eşit işe eşit ücret, sendikal haklar, çocuk ve gençlerin ayırım gözetmeksizin korunması, zorunlu ve ücretsiz ilköğretim, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler özgürlüğü gibi bazı haklar Komite tarafından hemen uygulamaya konulmaya elverişli haklar olarak tanınmıştır.⁶³⁶

⁶³⁶ Mutlu Dulkadir, “Sosyal Hakların Uluslararası Korunması: Taraf Temeline Dayalı Sistemler ve Türkiye”, <http://www.abchukuk.com/makale.html> , s. 3, E.T. 22.05.2018.

Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise, Sözleşme’nin 4.maddesi çerçevesinde, “demokratik bir toplumda, sadece kamunun yararını korumak amacıyla ve yalnızca bu hakların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, ancak hukuk tarafından tespit edilmiş” olan sınırlamalara konu edilebileceklerdir.” Bununla birlikte, gerek devletler gerekse gruplar ve bireyler, Sözleşme hükümlerini, Sözleşme’de bulunan haklardan birini ortadan kaldırmaya yönelik veya Sözleşme’de öngörülenden daha kapsamlı bir şekilde sınırlamayı mümkün kılacak bir şekilde yorumlayamaz.

b) Sözleşme’nin Denetim Organı Olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi

i) Komite’nin Tarih Sahnesinde Ortaya Çıkışı ve Görevleri

BM Antlaşması çerçevesinde Genel Kurul’a bağlı olarak 54 üyeden oluşan Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur. Bu Konsey, insan haklarının korunması amacıyla tavsiye kararları alabilir ve sosyo-ekonomik konular ile insan haklarının geliştirilmesi hedefi ile komiteler oluşturabilir (md. 62/2). Ekonomik ve Sosyal Konsey çerçevesinde öncelikle Daimi Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Ancak Sözleşme’de yer alan denetim faaliyetinin getirdiği zaman ve işyükü sıkıntısı ve üye devletlerin temsilcilerinden oluşması dolayısıyla siyasi etkilere açıklığı neticesinde bu çalışma grubunun faaliyetleri öngörülen sonucu vermemiştir. ESKHS’de düzenlenen sosyal hakların yaşama geçirilmesinin gözetimi için 28 Mayıs 1985’te Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından bağımsız uzmanların yer aldığı bir komite oluşturulmuştur.⁶³⁷ Başka bir deyişle, ESKHS’nin resmi denetim organı Ekonomik ve Sosyal Konsey iken, fiili denetim organı ise Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK)’dir.⁶³⁸ ESKHK, coğrafi dağılım esasına göre seçilen 18 bağımsız üyeden oluşmaktadır.⁶³⁹ Başka bir deyişle, ESKHK, ESKHS’nin taraf devletlerce uygulanmasını denetleyen bağımsız uzmanlar organıdır.

Komite üyelerinin seçimi ise Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından, üye devletlerce gösterilen adaylar arasından dört yıllık bir süre için yapılmaktadır. Komite’nin kuruluş biçimi

⁶³⁷ ECOSOC Resolution 1985/17, 28.05.1985, 1985 UN E.S.C.O.R Supp. (No.1), s.15, UN. Doc. E/1985/85

⁶³⁸ Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri*, s.144.

⁶³⁹ ECOSOC Resolution 1985/17, 28 May 1985, para.b.

ve üyelerinin belirlenmesi usulü, bu Komite'nin aslında Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı olarak çalışan ve yine Konsey'e karşı sorumlu olan bir organ olduğunu göstermektedir.⁶⁴⁰

Komite, senede iki kez kamuya açık bir şekilde Cenevre'de toplanmaktadır. Ana işlevi taraf devletlerin Sözleşme ile ilgili yükümlülüklerine ilişkin sunmuş oldukları raporları değerlendirmek ve tavsiye kararları vermek olan Komite, ESKHS'nin çeşitli hükümlerine dair “genel yorum” kararları da almaktadır. Komite, Ekonomik ve Sosyal Konsey adına, devletler ve uzman kuruluşlarca iletilen insan haklarına ilişkin raporları, değerlendirmesi ve tavsiyelerde bulunması için İnsan Hakları Komisyonu'na sunabilir. Bunun yanı sıra Komite, devletlerin daveti üzerine, bilgi toplama ve araştırma yapma amacıyla ziyaretler de yapabilir.⁶⁴¹

ESKHK, diğer insan hakları komitelerinden farklı olarak bağımsız bir BM organı tarafından kurulmuş olması bakımından farklılık taşır; çünkü Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından sadece kendisine devletlerin göndermiş olduğu raporları incelemede yardımcı olmak amacıyla kurulmuştur.⁶⁴² Bir başka ifade ile Komite'nin ana görevi, taraf devletlerin ESKHS'nin gereklerini yerine getirip getirmediğini denetlemektir.⁶⁴³ Komite, taraf devletlerin raporlarını inceleyerek “genel gözlemler” şeklinde tavsiyelerini bildirmektedir.

Periyodik raporların incelenmesinden sonra Komite, nihai gözlemlerini (concluding observations) taraf devlete bildirir. Nihai gözlemlerde hem ilgili devletin ekonomik ve sosyal haklar alanında attığı adımlar, alınan önlemler değerlendirilir, hem de gelecekte yapılması gerekenler konusunda tavsiyelerde bulunulur.⁶⁴⁴

Taraf devletlerin göndermiş oldukları raporların Komite tarafından tatmin edici bulunmaması ya da raporun yokluğu halinde ise Komite hükümetler arası ya da hükümet dışı kuruluşlardan bilgi alarak bir rapor oluşturur ve o ülkedeki sosyal haklara ilişkin durumu değerlendirir.⁶⁴⁵

Konsey'in 1987/5 ve BM Genel Kurulu'nun 42/102 sayılı kararlarına göre Komite, taraf devletler ve uzman kuruluşlardan aldığı raporları incelemesinin ardından ESK'ya *genel*

⁶⁴⁰ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2007.

⁶⁴¹ T. Çalık, a.g.e., s. 75.

⁶⁴² Matthew Craven, “The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A textbook**, (Ed. Asbjorn Eide, Katarina Krause, Allan Rosas), Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.461.

⁶⁴³ Ü. Halaççı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, Bildiriler**, İstanbul: Petrol İş Yay., No:116, 2011, s.253.

⁶⁴⁴ Kitty Arambulo, **Strengthening the Supervision of the International Covenant o Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects**, Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia Publications, 1999, s.42.

⁶⁴⁵ K. Arambulo, a.g.e., s.44.

tavsiyeler sunmaktadır. Komite çoğu durumda sözleşmenin çiğnendiği sonucuna varmış ve taraf devletlerden sözleşme ihlallerini durdurmalarını talep etmiştir.⁶⁴⁶ Komite'nin sonuç ve tavsiyelerin hukuksal bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte özellikle taraf devletlerin hukuk, uygulama ve politika alanlarında değişikliklere yol açabildiği görülmektedir.⁶⁴⁷

Bunların dışında, Komite, Sözleşme'deki belirli bir konu ya da hakkı tartışmak üzere genel tartışma (general discussion) günleri düzenlemektedir. Bu şekilde Komite üyeleri, belirlenen konu üzerine bilgilerini derinleştirme ve diğer üyelerle paylaşma fırsatı bulmaktadırlar.

Her ne kadar Komite, MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin gölgesinde görülse de ESKHS'nin yorumu ve gelişmesinde oldukça önemli bir role sahiptir.⁶⁴⁸

ii) Periyodik Raporların İncelenmesi

Periyodik raporların incelenmesi, BM sistemi içerisinde en sık başvurulmuş insan haklarını koruma mekanizmasıdır. Bu sistem içerisinde yer alan bütün sözleşmelerde yer alan bu mekanizma, sosyal haklar için de kabul edilmiştir. ESKHS'nin 16. vd. maddelerinde taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan hakların yerine getirilmesi için uygulamaya koydukları önlemlere dair beş yılda bir rapor sunmakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.⁶⁴⁹ Buna ilişkin ilk rapordan önce devletlerin, ESKHS kendi iç hukuklarında yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıl içerisinde bir rapor sunmaları da gerekmektedir. 16.maddenin 2.bendi ise, raporların öncelikle BM Genel Sekreterliği'ne sunulacağını belirtir. Genel Sekreterlik de raporların birer örneğini inceleme yapmak üzere Ekonomik ve Sosyal Konsey'e gönderir. Ekonomik ve Sosyal Konsey, bu raporların değerlendirilmesi görevini ilkin hükümet temsilcilerinden oluşan bir Çalışma Grubuna vermişti. Ancak bu Çalışma Grubunun çalışmalarının, hükümet temsilcilerinden oluşmasının da etkisi ile etkili bir sonuç doğuramayacağı anlaşılmış ve bağımsız üyelerden oluşan bir Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi oluşturularak devletlerden gelen raporların incelenmesi ve değerlendirilmesi görevi bu Komite'ye bırakılmıştır. Komite, bu görevi 1987 yılından beri sürdürmektedir.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ M. Dulkadir, a.g.e., s. 4.

⁶⁴⁷ M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004, s. 242.

⁶⁴⁸ M. Craven, a.g.e., s.455.

⁶⁴⁹ ECOSOC Resolution 1988/4, 24 Mayıs 1988; Roses ve Scheinin, 2001: 426-427.

⁶⁵⁰ Bülent Algan, a.g.e., s.183.

Sunulan raporlar öncelikli olarak, Komite Başkanınca coğrafi dağılım ve diğer unsurlar dikkate alınarak Komite üyeleri arasından atanan beş kişilik bir çalışma grubu tarafından ele alınır. Komite toplantıları öncesinde beş günlük bir süre için toplanan “Toplantı-öncesi/Ön-toplantı Çalışma Grubu”nun başlıca görevi, rapor sunan devlet temsilcisiyle yapılacak diyalogda öncelikli odak noktasını oluşturacak soruları belirlemektir.⁶⁵¹ Bunun amacı, taraf devlet temsilcisinin Komite’deki tartışmalar için hazırlık yapmasını sağlamak ve böylelikle de sistemin etkililiğini arttırmaktır. Çalışma grubunda yer alan üyeler belirli bir sayıda raporu detaylı bir şekilde değerlendirerek bir liste taslağı sunması gerekmektedir. Böylelikle ilgili taraf devlet ile de bir diyalog kurulmuş ve önemli meseleler tartışılmış olur.⁶⁵²

Sözleşme’nin içeriği göz önüne alındığında raporlar pek çok farklı konuya ilişkin olabilmektedir, bu bakımdan Komite genellikle sunulan raporlarda açık, kesin ve detaylı bilgilere yer verilmesi eğilimindedir. Komite toplantıdan evvel, çalışma grubunun ortaya koymuş olduğu konuların ilgili devletçe açıklanması istenir.⁶⁵³ Hükümet dışı kuruluşların da yine Komite’nin toplantısından önce, çalışma grubu basamağında özel endişelerini iletmeleri mümkündür.⁶⁵⁴

Bir sonraki adımda taraf devlet Komite toplantısına davet edilerek rapora ilişkin kısa tanıtıcı açıklamalar yapması ve Toplantı-öncesi Çalışma Grubu tarafından yöneltilen sorulara yazılı yanıtlar vermesi istenir. Ardından Komite raporu madde kümelerine (genellikle 1-5, 6-9, 10-12, 13-15) ve sorulara verilen yanıtları da dikkate alarak inceler.⁶⁵⁵ Başkan toplantıda taraf devletin temsilcisinden, Komite üyelerinin sormuş olduğu soruları cevaplandırmasını ister. Toplantıda yanıtlanması mümkün olmayan sorular ise bir sonraki toplantıda ya da gerekli görülürse ek bilgi şeklinde Komite’ye yazılı olarak sunulabilir. Konuyla bağlantılı özel organlar ile diğer uluslararası kuruluşlar da bu diyalogun herhangi bir aşamasında katkıda bulunmak üzere çağrılabilirler.⁶⁵⁶

Son aşamada da Komite kısa bir kapalı oturum gerçekleştirir ve üyelerinin ön-görüşlerini bildirmelerini ister. Ülke raportörü Komite’ye son gözlemlerini içeren bir taslak

⁶⁵¹ M. Dulkadir, a.g.e., s. 5.

⁶⁵² M. Craven, a.g.e., s.463.

⁶⁵³ M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 240.

⁶⁵⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, http://www.stopvaw.org/UN_Committee_on_Economic_Social_and_Cultural_Rights.html , E.T.05.01.2017.

⁶⁵⁵ M. Dulkadir, a.g.e., s. 5.

⁶⁵⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights-Working Methods, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/workingmethods.htm> , 05.01.2017.

sunar. Son gözlemlerin içeriği şu şekildedir: Giriş; olumlu yönler; Sözleşme'nin uygulanmasını engelleyen etmenler ve güçlükler; kaygı duyulan başlıca konular ile öneri ve tavsiyeler.⁶⁵⁷ Komite sunulan bu taslağı tartışarak bir konsensüse varır. Varılan sonuçlar resmi olarak kapanış oturumunun yapıldığı gün 18:00'de açıklanarak bütün taraflara iletilmiş olur. Komite'nin raporu ile birlikte en kısa sürede ilgili taraf devlete sunulur. Taraf devlet isterse Komite'ye ek bilgi sunabilir.

Raporların sosyal haklarla ilgili olarak ilgili taraf devlette karşılaşılan sorunları ve bunlara ilişkin çözüm önerileri kapsamında alınan önlem ve gelişmeleri bünyesinde barındırması gerekmektedir. Alınan önlemlerin başında, yasal düzenlemeler, politika ve uygulamalar belirtilmelidir. Ayrıca sözleşmesel hakların ne şekilde yerine getirildiğini veya getirilemediğini denetleyen bir organ olup olmadığı da raporda yer almalıdır.⁶⁵⁸ Komite de değerlendirmesini verilen bu bilgilerin ışığında yapar. Komite görüşlerini, öncelikle bir giriş bölümü ile rapora ilişkin olumlu yönleri, hakların yerine getirilmesinde yaşanan zorlukları belirtir, son olarak da tavsiyelerini içerecek şekilde açıklar.⁶⁵⁹

Devletlerin Komite'ye sunacakları raporları hakların yerine getirilmesinde karşılaşılan tüm sorunları ortaya koyacak şekilde, özenli, iyi niyetli ve detaylı bir şekilde hazırlanması söz konusu sistemin etkililiği için yaşamsal önemdedir.

ESKHK, 1 Numaralı Genel Yorumu'nda devletlerin hazırlayacakları raporların neleri içermesi gerektiğini belirtmiştir. Komite'ye göre, rapor gönderme yükümlülüğünün temel işlevleri ve devletlere yüklediği ödevler yedi madde halinde şu şekilde sayılmıştır:⁶⁶⁰ 1) Sözleşme'nin ilgili taraf devlet nezdinde yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde sunulması gereken "ilk rapor"un tüm ilgili kurum ve birimlerin işbirliği içinde, devletin tüm yasal düzenlemelerinin ve uygulamalarının detaylı bir şekilde incelenmesi niteliğini taşıması ve söz konusu düzenleme ve uygulamaların mümkün olabilecek en üst düzeyde Sözleşme ile uyumunun sağlanması gerekmektedir. 2) Taraf devletin Sözleşme'de yer alan haklara ilişkin durumu sistematik ve düzenli bir şekilde değerlendirmesi ve hangi hakların ne ölçüde gerçekleştirilip hangilerinin gerçekleştirilemediğini belirlemesi gerekir. 3) Taraf devletin, önceliklerin belirlemesi hususu da dahil olmak üzere, açıkça ve titiz bir şekilde belirlenmiş

⁶⁵⁷ M. Dulkadir, a.g.e., s. 7.

⁶⁵⁸ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>, E.T. 26.05.2017

⁶⁵⁹ Leila Choukroune, "Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: The UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights' Review of China's First Periodic Report on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", **Columbia Journal of Asian Law**, Vol:19/1, 2005, s.37.

⁶⁶⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No:1, Reporting by States Parties, UN Doc. E/1989/22, 1989, para.1.

politikalar oluşturması ve bunları göstermesi gerekir. 4) Taraf devletin ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin politikaların kamuoyu tarafından değerdendirilmesi ve denetlenmesini kolaylaştırması ve toplumun farklı kesimlerinin söz konusu politikaların oluşumuna katılımını sağlaması gerekir. Böylelikle toplum ile hükümet arasında bir diyalog da sağlanmış olur. 5) Gerek taraf devletin kendisi, gerekse Komite'nin Sözleşme'de öngörülen yükümlölüklerin yerine getirilebilmesi için nasıl bir ilerleme kaydettiğini değerdendirilebilmesine imkan tanınmalıdır. Böylelikle yine Sözleşme'de öngörülen “zamanla gerçekteşirme” ödevinin de, raporlarda nicel ve nitel verilere de yer verilerek nasıl gerçekteşirildiğinin görülebilmesi gerekir. 6) Taraf devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel hakları tam olarak gerçekteşirme çabalarında karşılaştıkları sorunları ve aksaklıkları daha iyi anlamasına imkan tanınması gerekir. 7) Komite ve taraf devletin ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekteştirilmesinde karşılaştıkları zorluklar ve ortak sorunlar konusunda bilgi ve fikir alışverişinde bulunmaları; uluslararası iş birliği çerçevesinde, birlikte ortak çözümler üretebilme sürecinde yer almaları gerekmektedir.

Rapor sisteminin etkili ve amacına uygun bir şekilde işleyebilmesi için uygulamada ilgili taraf devletin temsilcilerine sorular da sorulabilmektedir. Komite, “yapıcı ve karşılıklı yarar sağlayan bir diyalog” geliştirmek şeklinde bu usulün temel işlevini açıklamaktadır.⁶⁶¹

Taraf devletlerin aynı anda pek çok farklı sözleşmeden kaynaklanan yükümlölüklerinin çakişması, rapor sisteminde problemler doğurabilmektedir. Bu bağlamda, aynı zaman dilimi içerisinde çok sayıda rapor hazırlanması söz konusu olabilmekte, bu durum da raporların yetersiz ve üstünkörü kalmasına neden olabilmektedir.⁶⁶²

Rapor sunma konusunda herhangi bir hukuki yaptırımın bulunmaması ve buna bağlı olarak da devletlerin bu yükümlölüklerini yerine getirmekten kaçınması sonucunda⁶⁶³ bu sistemi uygulamada etkili olamamaktadır.⁶⁶⁴ Taraf devletlerden beklenen, sosyal hakların gerçekteştirilmesinde karşılaştıkları güçlükler ve bunların sebepleri konusunda bir değerdendirme yapmasıyken, taraf devletler çoğu kez Sözleşme'den doğan yükümlölüklerini yerine getirdiklerini ispatlamaya çalışmaktadır.⁶⁶⁵ Uluslararası düzenlemelerin belirsiz niteliği,

⁶⁶¹ Report of the Committee's Seventh Session, UN Doc. E/1993/22: para.32.

⁶⁶² B. Algan, a.g.e., s.167-168.

⁶⁶³ Phillip Alston, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol:9, 1987, s. 332-333.

⁶⁶⁴ M. Craven, a.g.e., s. 64; Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında BM'nin Rolü”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, Bildiriler**, İstanbul: Petrol İş Yay., No:116, 2011, s.253.

⁶⁶⁵ Scott Leckie, “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform”, **The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring**, (Ed. Philip Alston, James Crawford), Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2000, s.53.

devletlerin kararsız ve çelişen tutumları, söz konusu haklar alanındaki güçlü ideolojik yaklaşımlar da rapor verme sistemini olumsuz etkileyen etmenler arasında yer almaktadır.⁶⁶⁶ Ayrıca sistem, pahalılığı ve zaman kaybına yol açması dolayısıyla da eleştirilmektedir. ESKHK'nin, rapor sisteminin işleyişi ile ilgili İHK gibi diğer organların uygulamalarını kopya ettiği de ileri sürülmektedir.⁶⁶⁷ Oysa sosyal hakların farklı niteliklerinin göz önünde bulundurulması, bu hakların yaşama geçirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu sakıncaları gidermek için Komite zaman içinde alternatif bilgi kaynaklarından da yararlanmaya başlamıştır. ILO, Dünya Sağlık Örgütü, UNICEF gibi BM ile ilgili uzman kuruluşlardan ve diğer BM kurumlarından sağladığı bilgileri ve sivil toplum örgütlerinin katkısından yararlandığı dikkat çekmektedir.⁶⁶⁸ Söz konusu örgütler sayesinde elde edilen veriler çerçevesinde ESKHK, BM'nin başka komiteleri ile de karşılaştırıldığında raporlama sistemini daha etkili kılmayı başarmıştır. Komite'nin sivil toplum örgütleri aracılığıyla bilgi toplamasına 1993 tarihli Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı ile karar verilmiştir. Sivil toplum örgütleri Komite'ye gölge raporları (shadow report) sunabilmekte ve önceden bilgilendirmek kaydıyla, Komite çalışma gruplarında sözlü sunum yapabilmektedirler. Çoğunlukla taraf devletin resmi raporuna alternatif olarak kendi raporlarını hazırlayan sivil toplum örgütleri, söz konusu ülkedeki sorular hakkında ilk elden bilgi edinmeyi sağlamak ve hükümetin politikalarına karşı eleştirel bir tutum takındıklarından raporlarında daha tarafsız analizlere yer vermeleri mümkündür.⁶⁶⁹

Sözleşme'nin ilk halinde temel denetim mekanizması olarak öngörülen rapor sunma usulü, ilk başta MSHS'dekiler ile kıyaslandığında daha zayıf bir denetim mekanizması ortaya koymakta ve sosyal haklar alanında Komite'nin denetimini önemli derecede zayıflatmaktaydı. Fakat daha sonradan kabul edilen ek protokollerle, özellikle de bireysel başvuru usulünün kabulü ile birlikte, denetim mekanizmasının güçlendirildiği görülmektedir. Sözleşme kapsamındaki hakların en azından asgari düzeyde tanınması veya herkesin makul bir yaşam standardı hakkının olması gibi yoruma açık düzenlemelerin içeriği ancak, bu haklara ilişkin içtihatlarla ve ülkelerin özelliklerine göre farklılaşabilecek politikalarla netleşebilecektir. Periyodik raporlar, taraf devletlerin somut sorunlarla baş etmek için geliştirebilecekleri farklı yöntemleri sergilemesi ve tartışmaya açması bağlamında önemli katkılar sağlayabilir. Ancak

⁶⁶⁶ B. Algan, a.g.e., s.184.

⁶⁶⁷ P. Alston, a.g.e., s.333.

⁶⁶⁸ B. Algan, a.g.e., s. 185; M. Craven, a.g.e., s.467; S. Leckie, a.g.e., s.133.

⁶⁶⁹ Ö. Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, s.154.

bu usulün diğer denetim usulleriyle, özellikle de bireysel başvuru usulü ile desteklenmesi gerekmektedir.⁶⁷⁰

iii) Genel Yorumlar

Periyodik raporların incelenmesinin yanında, Komite Sözleşme hükümlerinin nasıl anlaşılması ve yerine getirilmesi gerektiği hususunda ayrıntılı “genel yorumlar” (general comment) da yayınlar. Genel yorumlar, ESKHK’nin, Sözleşme ile korunan hakların güvence altına alınması amacıyla herhangi bir rapora bağlı olmayan ve hukuki bağlayıcılığı da bulunmayan yorumlarıdır.⁶⁷¹ Sözleşme hükümlerinin içeriğini ortaya koymak ve taraf devletlerin rapor verme edimini olması gereken şekilde yerine getirmelerini sağlamak açısından yol göstericidir. Burgenthal, genel yorumlar kabul edilmesi uygulamasını mahkemelerin danışma görüşü verme yetkisine benzetir.⁶⁷² Genel yorumlar, özellikle Sözleşme’de koruma altına alınan sosyal haklara ilişkin düzenlemelerin ortaya koyulması ve Sözleşme hükümlerini aydınlatılıp somutlaştırması, böylelikle de sosyal hakların yargısallaştırılması açısından önemli bir rol oynamaktadır.

Komite tarafından şu ana kadar yayımlanan genel yorumlar (GY) şunlardır:⁶⁷³

- Taraf devletlerin periyodik rapor gönderme yükümlülüklerine ilişkin 1 No’lu GY (1989),
- Uluslararası teknik yardım tedbirlerine ilişkin 2 No’lu GY (1990),
- Taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliğine ilişkin 3 No’lu GY (1990),
- Yeterli barınma hakkına ilişkin 4 No’lu GY (1991),
- Engelli kişilerin haklarına ilişkin 5 No’lu GY (1994)
- Yaşlıların ekonomik, sosyal ve kültürel haklarına ilişkin 6 No’lu GY (1995),
- Zorla yerinden etme bağlamında yeterli barınma hakkına ilişkin 7 No’lu GY (1997),

⁶⁷⁰ Ö. Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, s.154.

⁶⁷¹ Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletler’in Rolü”, s. 255.

⁶⁷² Thomas Burgenthal, “International Human Rights in a Nutshell”, **GWU Legal Studies Research Paper**, No: 2013-34, St. Paul, MN: West Publishing, 1995, s.46.

⁶⁷³ Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, s.146.

- Ekonomik yaptırımlarla, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ilişkiye ilişkin 8 No’lu GY (1997),
- Sözleşmenin iç hukukta uygulanmasına ilişkin 9 No’lu GY (1998),
- Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunmasında ulusal kurumların rolüne ilişkin 10 No’lu GY (1998),
- İlköğretimle ilgili eylem planları üzerine 11 No’lu GY (1999),
- Yeterli besin hakkına ilişkin 12 No’lu GY (1999),
- Eğitim hakkına ilişkin 13 No’lu GY (1999),
- Sağlık hakkına ilişkin 14 No’lu GY (2000),
- Su hakkına ilişkin 15 No’lu GY (2002),
- Kadın ve erkeklerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından eşit derecede yararlanmalarına ilişkin 16 No’lu GY (2005),
- Herkesin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma hakkına ilişkin 17 No’lu GY (2005),
- Çalışma hakkına ilişkin 18 No’lu GY (2005),
- Sosyal güvenlik hakkına ilişkin 19 No’lu GY (2008),
- Ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda ayrımcılık yasağına ilişkin 20 No’lu GY (2009),
- Herkesin kültürel yaşama katılma hakkına ilişkin 21 No’lu GY (2009)

Genel yorumlar aracılığıyla Sözleşme hükümlerinin aydınlatılması işlevi, Sözleşme’de yer alan hakların sert çekirdeğinin ya da asgari düzeyinin belirlenmesine de yardımcı olmaktadır. Komite, böylelikle Sözleşme’de yer alan hakların sert çekirdeğini ya da asgari gereklerini de ortaya koymaktadır. Komite, Sözleşme’de yer alan hakların kapsam ve içeriklerini geliştirerek Sözleşme’nin yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda devletlere

takdir yetkisi tanındığı yönündeki tutumu reddetmiş; bunun yerine söz konusu yükümlülüklerin önemini ve ivediliğini ön plana çıkarmayı tercih etmiştir.⁶⁷⁴

Komite tarafından genel yorumların amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “Devlet raporlarının şimdiye dek incelenmesiyle kazanılan deneyimleri, Sözleşme’yi daha ileri derecede uygulamaları ve ilerletmelerinde yardımcı olması amacıyla tüm taraf devletler için ulaşılır kılmak; pek çok rapor tarafından ortaya konulan eksiklikler konusunda taraf devletlerin dikkatini çekmek; rapor verme usullerine ilişkin gelişmeler önermek; Sözleşme’de yer alan hakların giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirilmesi ve uygulamada tam anlamıyla sağlanması için taraf devletlerin, uluslararası örgütlerin ve ilgili uzman kuruluşların eylemlerini desteklemek.”⁶⁷⁵

Bu bakımdan genel yorumlar, insan haklarının korunması geliştirilmesi hedefine yönelik olarak önemli bir araç haline gelmiştir. Örneğin, rapor verme sisteminde de ifade edildiği üzere, ESKHK, taraf devletlerin rapor sunma ödevlerine ilişkin olarak 1 No’lu Genel Yorumu’nda önemli hususların altını çizerek bu sistemin önemini ve işlevini ortaya koymuştur. İlgili genel yorumda, devletlerin üzerine düşen görevler ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş, Sözleşme’de yer alan hakların güvence altına alınıp alınmadığı ile ilgili geniş ve düzenli bilgi verilmesi gerektiği ve kamuoyunun bilgilendirilerek toplumun da ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile ilgili oluşacak politikalara katılmasının önemi vurgulanmıştır.⁶⁷⁶ Bu bakımdan, genel yorumlar aracılığıyla Komite, periyodik raporlar sonucu yapmış olduğu sonuç gözlemlerine oranla daha geniş ve daha derin değerlendirmeler yapabilmektedir.⁶⁷⁷ Bir Komite üyesi olan Eibe Riedel de, belli bir hakka ilişkin sonuç gözlemlerinin niteliğinin Genel Yorum’a konu olmasından sonra arttığını belirtmiştir.⁶⁷⁸ Ayrıca Komite, genel yorumlarında taraf devletlerin iç hukuklarında ne gibi düzenlemeleri yapmaları hususunda da açıklamalarda bulunmaktadır.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ B. Algan, a.g.e., s.188.

⁶⁷⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Report on the Twenty-Second, Twenty-Third and Twenty-Fourth Sessions of Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, Official Records of Committee on Economic and Social Council, Supplement No. 2, (E/2001/22), s.25.

⁶⁷⁶ Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletler’in Rolü”, s. 256.

⁶⁷⁷ Bkz. M. Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development**, Oxford: Oxford University Press, 1995, s.90; M. Sepúlveda, **The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Antwerp: Intersentia, 2003, s.41.

⁶⁷⁸ Malcolm Langford, Jeff A. King, “Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Past, Present and Future”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2009, s.480.

⁶⁷⁹ Asbjorn Eide, “The Use of Indicators in the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.546

Örnek olarak, 3 No’lu Genel Yorum’da sözleşmesel hakların doğrudan “icra edilebilir/ uygulanabilir olduğu” belirtilmiştir.⁶⁸⁰

iv) Bireysel Başvuru Yolu

ESKHK’nin işlevi, yakın zamana kadar taraf devletlerin Sözleşme’de tanınan hakların yerine getirilmesi konusunda yaptıklarını anlattıkları bu raporlama sistemi ile sınırlıydı. Komite, taraf devletlerin eylem ya da eylemsizliğinin Sözleşme’ye aykırılı olduğunu çok ender rapor etmekte olduğundan, değindiğimiz diğer sebeplerle de birlikte, bu denetim şekli şu ana kadar etkili olamamıştır.⁶⁸¹ Sosyal hakların yargısallaştırılması bağlamında en önemli aşamalardan biri olan ve İHK denetimine benzer bir bireysel başvuru oluşturulmasına olanak tanıyan Ek Protokol 10 Aralık 2008’de kabul edilmiş; 41 devlet tarafından imzalanmış, 10 devlet tarafından onaylanmış ve 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶⁸² Şimdiye kadar 23 devlet protokole taraf olmuştur.⁶⁸³

Yukarıda da incelediğimiz üzere, İHK bireysel başvuru yolu aracılığıyla MSHS kapsamındaki hakların somutlaştırılması ve yargısallaştırılması yönünde önemli bir mesafe kat etmiştir. Sosyal haklar alanında ise MSHS’nin ikizi olan ESKHS’nin böylesi önemli bir mekanizmadan yoksun bırakılmış olması, bu hakların içeriklerinin belirsiz, soyut ve muğlak olduğu ve buna bağlı olarak da dava konusu edilemeyeceği iddialarını güçlendirme aracı olarak kullanılmış; sosyal haklar insan hakları ailesinin külkedisi olarak uygulamada da uzun süre yalnızca program hükümler olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan, her ne kadar ESKHK’nin vereceği kararların İHAM’daki kadar bir yaptırım gücü olmasa ve etkisi daha sınırlı kalsa da, bu alanda da bireysel başvuru yolunun tanınması sosyal hakların içeriklerinin belirlenmesi,

⁶⁸⁰ Örneğin 4 No’lu Yorum’unda barınma hakkı, 12 No’lu yorumunda gıda hakkı, 13 No’lu yorumunda eğitim hakkı ile ilgili taraf devletlerin neler yapması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>, E.T. 25.05.2017.

⁶⁸¹ Manisuli Ssenyonjo, “Reflections on state obligations with respect to economic, social and cultural rights in international human rights law”, *The International Journal of Human Rights*, 15(6), 2011, s.975.

⁶⁸² Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted by the General Assembly resolution A/RES/63/117, on 10 December 2008. Bkz. www.treaties.un.org, E.T. 06.05.2017. Ek Protokol ile birlikte, bireysel başvuru usulünün yanı sıra, devletlerarası başvuru (interstate complaints) ve soruşturma usulü (inquiries on grave and systematic violations) de getirilmiştir. Taraf devletin, Protokol’e taraf olan başka bir devlete karşı devletlerarası başvuruda bulunması da söz konusu olabilecektir. Şikayetin ilgili devlete iletilmesinden itibaren altı ay içinde bir sonuca varılamaz ise şikayetçi devletin söz konusu durumu Komite’ye bildirme hakkı vardır. İç hukuk yollarının da tüketilmesinden sonra, Komite başvuruyu inceler, öncelikle taraflar arasında dostane çözüme ulaşılması için çaba gösterir; dostane çözüme varılamazsa başvuru hakkındaki görüş ve verilerini raporunda belirtir. Soruşturma usulünde ise Komite, Sözleşme’de yer alan hakların sistematik veya yaygın şekilde ihlal edildiği yönünde bir izlenim ya da bilgi edinirse ilgili devleti söz konusu ihlal konusunda bilgi sağlamak üzere iş birliğine davet eder ve duruma ilişkin gözlemlerini devlete sunar. Komite, bunun dışında diğer taraf devletlerin bir veya birkaçını söz konusu devlette soruşturma yürütmekle de görevlendirebilmektedir.

⁶⁸³ Bkz. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBTPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>, E.T. 15.09.2018.

somutlaştırılması, dolayısıyla da yargısallaştırılması konusunda oldukça önemli bir adımdır. Sosyal haklar alanında bir içtihat hukukunun gelişimi, bu hakların yalnızca devlete yön gösteren hedefler ya da temenniler olarak değil, dava yoluyla talep edilebilen haklar olarak görülmelerini mümkün kılarak diğer insan haklarına ilişkin koruma sistemlerinde ve ulusal düzeyde de daha güçlü bir şekilde korunabilmesi mücadelesine destek olacaktır.

Bireysel başvuru (individual communications) yolu, uzmanlardan oluşan uluslararası bir komite önünde gerçekleştirilen bir şikayet usulüdür.⁶⁸⁴ Böylelikle, somut ihlal tespiti yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. ESKHK, sosyal hakların hukuki olarak bağlayıcı, uygulanabilir oldukları ve dava edilebilir nitelik taşıdığını ifade eder.⁶⁸⁵ Biraz ileride değineceğimiz, Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan toplu şikayet usulü de bu konuda yok gösterici olabilecektir. Bu yöntem, özellikle de ayrımcılık içeren yasal düzenlemeler ve uygulamalara karşı çıkmak için yenilikçi bir mekanizma öngörerek Avrupa Sosyal Şartı'na yeni bir soluk getirmiştir.⁶⁸⁶ Bireysel başvuru usulü öngören bu yeni Protokol ile de aynı sonucun sağlanması mümkün olabilecektir.⁶⁸⁷

Sosyal haklar alanında da bireysel başvuru mekanizmasını olumlayan ve karşı çıkan farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeyi olumlu karşılayanlara göre, bireysel başvuru kurumu sosyal hakların uluslararası açıdan da gerçek değerini bulması bakımından önemli bir araçtır. Bireysel başvuru kurumunu getiren Protokol'ün onaylanması teşvik edilmelidir. Bu yolla taraf devletlerin hangi koşullarda ESKHS'de yer alan hakları ihlal etmiş sayılacağı somut başvuruların ışığında daha net ve açık bir şekilde belirlenebilecektir. Böylelikle ESKHS'nin etkililiği artacak, sosyal hakların içeriklerinin somutlaştırılması ve yaşama geçirilmesi daha güçlü ve etkin bir şekilde sağlanabilecektir.⁶⁸⁸

MHS'de kabul edilen bu kurumun, ikiz sözleşmesi ESKHS'ye de eklenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu gelişme, sosyal hakların insan hakları ailesinin vazgeçilmez bir üyesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği yönündeki tartışmalara da bir cevap niteliğindedir.

⁶⁸⁴ Ülkü Halatçı Ulusoy, "Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., 2014, s.80.

⁶⁸⁵ Adil Şahin, "Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", **AÜHFD**, C:59, S: 4, 2010, s.14.

⁶⁸⁶ Mark Bell, "Avrupa Sosyal Şartı Bağlamında Toplu Şikayetler Yoluyla Mücadele Etmek", **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa**, (Ed. Oliver De Schutter), Ankara: Şen Matbaa, 2010, s.43.

⁶⁸⁷ Ülkü Halatçı Ulusoy, "Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", s.80.

⁶⁸⁸ Beth A. Simmons, "Should States Ratify? Process And Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR", **Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter**, Vol:27, No:1, 2009, s.65.

Bireysel başvuru, diğer mekanizmalarla kıyaslandığında somut olarak ihlallerin tespit edilmesi ve ortadan kaldırılmasında en iyi yol olarak karşımıza çıkmaktadır; çünkü verilen bilgiler doğrultusunda başvuruyu değerlendirecek olan organ konuyu derinlemesine değerlendirme olanağı bulabilecektir.⁶⁸⁹

Ek Protokol'ün 3.maddesi çerçevesinde, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşulları, insan haklarına ilişkin diğer organ ve kurumlara başvuru koşulları ile paraleldir: -İç hukuk yollarının tüketilmesinden bir yıl içinde başvuru yapılmalıdır. Ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi makul olmayacak kadar uzun süreceksse tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. – Başvuru konusu olay, zaman bakımından Komite'nin yetkisi dahilinde olmalı; Ek Protokol taraf devletçe onaylandıktan sonra gerçekleşmiş olmalı ya da önceden gerçekleşmiş ise, etkisinin hala devam ediyor olması gerekmektedir. – Aynı olayın Komite ya da başka bir uluslararası insan hakları denetim organı tarafından incelenmemiş olması gerekmektedir. - Başvuru, yeterli dayanaktan yoksun olmamalı; açık, somut bulgu ve verilere dayanmalı, yalnızca toplu iletişim araçları tarafından hazırlanan raporlara dayanmamalıdır. – Başvuru, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamalı; Sözleşme hükümleri ile uyumsuz olacak şekilde ve isimsiz olmamalı, yazılı olmalıdır.

Bireysel başvuru süreci ile birlikte, Komite, 6.madde çerçevesinde, ihlal iddialarını taraf devlete iletir. Taraf devlet altı ay içinde iddiaya ilişkin açıklamalarını ve varsa hukuki çözüm yollarına ilişkin önerilerini Komite'ye sunar. Başvurucu mağdur bakımından telafisi mümkün olmayan zararların doğması ihtimalinde, 5. madde çerçevesinde Komite, bildirim yapıldıktan sonra ve esasa ilişkin kararını vermeden önce, taraf devletin geçici tedbirler almasını isteyebilir.

Günümüzde hala sosyal hakların içeriklerinin ve uygulanma alanları ile ilgili söz konusu olan belirsizliklerin giderilmesinde somut olayların yol gösterici olacağı açıktır. Bireysel başvuru kurumu ile ilgili en önemli sorunlardan biri ise yapılan başvuruların sıklıkla ve kolaylıkla kabul edilemez bulunmalarıdır. Ayrıca kabul edilebilirlik incelemesi de çok zaman alabilmekte, bu süre iki yılı bulabilmektedir.⁶⁹⁰

Komitelerin bireysel başvuru sonucunda yapmış olduğu değerlendirme de “karar” değil “görüş” ya da “düşünce”den ibaret olmaktadır.⁶⁹¹ Bir başka ifade ile BM komiteleri hukuki bir

⁶⁸⁹ B. Algan, a.g.e., s.169.

⁶⁹⁰ Hillary Charlesworth, “Individual Complaints: An Overview and Admissibility Requirements” **Indigenous Peoples, The United Nations and Human Rights**, (Ed. Sarah Pritchard), Sdney: Federation Press&Zed Books, 1998, s.75.

⁶⁹¹ Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında BM'nin Rolü”, s. 356.

yaptırımı bulunmayan bir “görüş” çerçevesinde ihlal tespitinde bulunmakta ve bu hususta ilgili devlete yalnızca tavsiyelerde bulunabilmektedir. Bu konuda İHAS’ın öngördüğü sistem, bağlayıcılık açısından, yargısal bir kurum ve tazminat gibi güçlü bir yaptırım mekanizması ile desteklenmekte olduğu için çok daha ileridir. Öte yandan İHAS temel olarak kişisel ve siyasal hakları güvence altına almaktadır. Sosyal haklar ise daha önce de ifade edildiği üzere, esas itibarıyla BM ESKHS ile Avrupa Sosyal Şartı’na konu olmuştur.

Bireysel başvuru sosyal hakların etkililiği yolunda atılmış çok önemli bir adımdır. Ne yazık ki devletlerin bu konuda çok hevesli olmadıkları görülmektedir. Bu konuda protokole taraf olan devlet sayısının çoğalması için bireylerin ve sivil toplum örgütlerinin bu konuda çalışmalar yapması büyük önem taşımaktadır.⁶⁹²

Şimdiye kadar Komite’ye yapılmış toplam yirmi üç bireysel başvurudan üçü İtalya, Lüksemburg ve Portekiz’e karşı, dördü Ekvador’a karşı, on altısı ise İspanya’ya karşı yapılmıştır. Komite’nin esasa ilişkin vermiş olduğu üç karar da İspanya’ya karşı yapılmış olup bunlardan ikisinde Sözleşme’nin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁶⁹³ Aşağıda söz konusu iki karar, Komite’nin sosyal hakların içeriğinin belirlenmesi ve yargısallaştırılması alanındaki katkısına örnek olarak incelenecektir.

(1) Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı

Komite’nin şu ana kadar vermiş olduğu iki ihlal kararı da yaşamaya elverişli konut hakkına ilişkindir. Komite’nin bireysel başvuru uygulamasına örnek olarak bu kararları irdeleyebilmek için öncelikle bu hakkın Sözleşme ve Genel Yorumlar çerçevesinde içeriğine değinmek gerekir.

Yaşamaya elverişli konut hakkı, ESKHS’nin 11.maddesinde düzenlenen adil yaşam standardı hakkı kapsamı içerisinde yer almaktadır. Buna göre: “Bu Sözleşmeye taraf olan devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.”

⁶⁹² Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında BM’nin Rolü”, s. 357.

⁶⁹³ Bkz. <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=9&sortOrder=Date> , E.T. 15.09.2018.

Bu düzenlemenin yanı sıra, Komite'nin yaşamaya elverişli konut hakkına ilişkin 4 ve 7 No'lu genel yorumları hakkın somutlaştırılması, içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi ve diğer haklarla ilişkisinin ortaya konulması mümkündür.⁶⁹⁴

Burada dikkat çekici olan husus, Sözleşme'nin salt konut ya da barınma hakkını değil; yaşamaya elverişli konut hakkını düzenlemesidir. Komite, "insan onuruna yaraşır bir yaşam standardı" bakış açısıyla konuya yaklaşmış ve ayrıca da konutu mülkiyetten bağımsız ve kullanım hakkı üzerinden değerlendirmiştir. Bu bakımdan, burada söz konusu olan, "kişinin yalnızca maddi anlamda başını sokacağı bir konutun olması değil; aynı zamanda güvenli bir yerde, barış ve esenlik içinde, onurlu bir şekilde yaşayabilmesidir."⁶⁹⁵ Komite, "yaşamaya elverişlilik" kavramının içeriğinin belirlenmesinde şu hususları irdeler: - Konut kiralamanın hukuki güvence altına alınması; - imkan, hizmet, malzeme ve altyapı sağlanması; - konut bedelinin ödenebilirliği; - konutun oturmaya elverişli olması; - konutun erişilebilirliği; - mevki; - kültürel yeterlilik.⁶⁹⁶

Komite, ekonomik açıdan zor dönemlerde devletin uygulayacağı konut politikası bakımından, sözleşmesel yükümlülüklerin devam ettiğini; hatta daha da önem kazandığını vurgular.⁶⁹⁷

Bunlara ek olarak, iç hukukta yaşamaya elverişli konut hakkının korunmasına yönelik etkili hak arama yollarının varlığı da önemlidir. Zorla tahliye yasağındaki temel sorun, tahliye edilenin uygun hukuki ve diğer koruma yollarına başvuru ya da erişim imkanının olmamasıdır. Bu çerçevede, asgari olarak şu hususlar sağlanmalıdır: Kararlaştırılmış tahliye işlemlerini veya yıkımları mahkeme emriyle engellemeye yönelik etkili hukuki başvuru yolları ve yasadışı bir tahliye sonucunda oluşan zararları ortadan kaldırmaya yönelik usuller.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, E/1992/23, Sixth session, 1991; CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, E/1998/22, annex IV, Sixteenth session, 1997.

⁶⁹⁵ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.7.

⁶⁹⁶ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.7.

⁶⁹⁷ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.11. Komite'nin bu yaklaşımı, 3 No'lu Genel Yorum'u ile de paraleldir; Komite, bu genel yorumunda da sosyal hakların ekonomik kriz gerekçesiyle gerçekleştirilememesi bahanesine karşılık söz konusu hakları özellikle de kırılgan gruplar için güvence altına almanın tam da böyle zamanlarda gerekli olduğunun altını çizer. Bkz. CESCR, General Comment No: 3, The Nature of Statetes parties' obligations, (Fifth Session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III, 86 (1991).

⁶⁹⁸ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.17.

Bu bakımdan, Komite zorunlu tahliye işlemlerinin, ilk planda Sözleşme'deki yükümlülöklere aykırı olduğunu ve ancak çok istisnai durumlarda mümkün olabileceğini belirtmektedir.⁶⁹⁹

Zorla tahliyeler 7 No'lu Genel Yorum'da şu şekilde ifade edilmiştir: “Zorla tahliyeler, mevcut genel yorumda kullanıldığı şekliyle, bireylerin, ailelerin ve/veya toplulukların iradeleri dışında, uygun hukuki yollara veya diğer uygun koruma yollarına başvuru veya erişim imkanına sahip olamadan evlerinden ve/veya topraklarından sürekli veya geçici şekilde ayrılmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Zorla tahliye yasağı, hukuka ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun şekilde ve fakat zorla gerçekleştirilen tahliyeleri kapsamamaktadır.”⁷⁰⁰

(2) Komite'nin Değerlendirmeleri

Yaşamaya elverişli konut hakkına ilişkin Komite'nin ilk kararı I.D.G./ İspanya⁷⁰¹ kararıdır. Bu kararın önemi, insan haklarının bütünselliğı ve karşılıklı olarak birbirine bağıllığını çok net bir şekilde yansıtması; özellikle bazı hak ve özgürlükler bakımından devletin usule ilişkin yeterli bir koruma sağlama yükümlölüğünün hakkın özüne ilişkin bir korumayla nasıl birbirine bağılı olduğunu göstermesidir.

Başvuru konusu olayda İspanya vatandaşı Bayan I.D.G., yaşamaya elverişli konut hakkının korunması için etkili bir hukuki başvuru yoluna erişim imkanının bulunmadığı gerekçesiyle Komite'ye başvurmuştur. Mortgage kredisi ile bir mülk satın alan başvuru, o dönemde ölkede yaşanan ekonomik kriz ve kendi özel koşulları dolayısıyla söz konusu kredinin birkaç taksidini ödeyememiş, bunun üzerine de banka, borcun tamamının ödenmesi için dava açmıştır. Başvurucuya göre mahkemenin gerekli özeni göstermemesi dolayısıyla açık arttırma sürecine kadar kendisinin süreçten haberdar olamamış ve böylece de konut hakkını yargı önünde savunmasına engel olmuştur. Mahkemeye erişim hakkından yoksun kalması da kredi sözleşmesinin adil olmayan hükümlerine karşı hakkını aramaktan mahrum kalmasına yol açmıştır.

Başvurucuya göre icra takibine ilişkin usul yeterli hukuki güvencelerden yoksundur ve kişiler genellikle zorla tahliye edilene kadar alacaklının açtığı davadan haberdar olamamaktadırlar. Ayrıca, yine usul hukuku çerçevesinde mahkemeler nihai kararın etkililiğini

⁶⁹⁹ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.18.

⁷⁰⁰ Bkz. CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, para. 3.

⁷⁰¹ I.D.G./ İspanya, CESCR, Communication No: 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13.10.2015.

sağlayacak tedbirler de alamamaktadır. Bu bakımdan, başvuru devleti ESKHS'nin 2.maddesi bağlamında, Sözleşme'nin 11.maddesinde yer alan konut hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak, başta yasal önlemler olmak üzere gerekli önlemleri almadığını ileri sürmüştür.

Komite, esasa ilişkin değerlendirmesinde buradaki temel meselenin, başvurucuya gerektiği şekilde tebligat yapılamamış olması nedeniyle konut hakkının korunması için gerekli hukuki güvencelerden yoksun olan icra süreci olduğunu vurgulamıştır. Somut olayda mahkeme ihbarı başvurucuya tebliğ etmek için çeşitli girişimlerde bulunmuştur ancak kendisine şahsen tebliğ edilmek üzere, medeni usul yasasında da yer alan bütün yolların denenmediği tespit edilmiştir. Komite, bu bağlamda hakkın hukuki yollardan korunmasına yönelik hususları ele almış ve ihbar usulündeki bu eksikliğin başvuru konut hakkının korunabilmesine yönelik savunma hakkını ortadan kaldırma biçiminde ciddi ve ağır etkilerinin olup olmadığını değerlendirmiştir.

Komite, biraz ileride detaylı şekilde değerlendireceğimiz, ESKHS'nin 2.maddesinde yer alan⁷⁰² devletin özellikle de yasal önlemler dahil olmak üzere, gerekli bütün önlemleri alma yükümlülüğünün derhal uygulama etkisine sahip olduğunu belirtir. Elverişli konut hakkına ilişkin devlet yükümlülüklerinin pozitif boyutunu oluşturan ve konutun herkes için erişilebilir olmasını gerektiren yükümlülük ancak zaman içinde, aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek iken, yeterli bir yasal dayanak olmaksızın kişilerin zorla tahliye edilmesinden kaçınmak, hakkın negatif boyutunu oluşturur. Yasal düzenlemelere de vurgu yapan, tüm haklara ilişkin bu genel yükümlülük kişinin evinden zorla tahliye edilmesi durumunda yaşamsal önem taşımaktadır. Yine bu çerçevede, hukuki güvencelerden yoksun bir hak anlamını yitirecektir. 2.madde çerçevesinde, zorla tahliye dolayısıyla elverişli konut hakkı etkilenebilecek kişilere devletin etkili hak arama yolları ve hukuki güvenceleri sağlaması gerekmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere, Komite 4 No'lu Genel Yorum'u çerçevesinde elverişli konut hakkının tam olarak gerçekleştirilmesinin bunu güvence altına alacak iç hukuk yollarıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir.⁷⁰³ Zorla tahliye, ilk bakışta (prima facie) Sözleşme'ye aykırı bir eylemdir ve ancak çok istisnai durumlarda, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak, ilgili taraflarla müzakere edilerek ve onların makul bir zaman dilimi öncesinde icradan haberdar olmalarını sağlamak da dahil olmak üzere, gerekli usuli güvenceler sağlanarak

⁷⁰² Komite, buradan hareketle hemen sonuç doğuran yükümlülükler ile aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek yükümlülükler ayrımını yapmaktadır.

⁷⁰³ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.17, 18.

gerçekleştirilebilecektir. Bu bakımdan yeterli ve gerekli usuli güvenceler ve yargı süreci bir bütün olarak insan haklarının, özellikle de zorla tahliye gibi hususlarda vazgeçilmez unsurdur.⁷⁰⁴ Taraflara makul ve uygun bir süre öncesinde bildirimde bulunulması ve haklarını savunabilme olanaklarının sağlanması için adli yardım kurumunun tanınması da bu kapsamda düşünülmektedir. Komite, idari ve yargısal süreçlerde gerekli bildirimlerin uygun ve zamanında yapılması için gerekli özen ve çabanın gösterilmesi suretiyle ilgili kişilerin haklarını savunabilmek adına bu sürece katılımlarının sağlanması gerektiğini belirtir. Kamuya açık ilan yolu, başvurulması gereken son yoldur ve öncesinde bütün bildirim yollarının kullanılmış olması gerekir.⁷⁰⁵

Komite, mahkemenin başvurucuya bildirimde bulunmak için gerekli olan bütün tedbirleri almadığı, buna bağlı olarak da başvurucunun icra sürecinin başlangıcından haberdar olamadığı ve haklarını savunma imkanlarından yoksun kaldığı sonucuna varmıştır. Sözleşme'nin 2.maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde 11.madde ihlal edilmiştir.

I.D.G./ İspanya kararı, Komite'nin esasa ilişkin vermiş olduğu ilk karar olmasının yanı sıra, başvuru konusu olay küresel düzeyde etkisini gösteren 2008 ekonomik krizi ve işsizlik nedeniyle İspanya'da pek çok kişinin evini kaybettiği bir dönemde yaşandığından, başvurucunun ülkesindeki sistematik bir sorunu tartışmak bakımından da bir foruma dönüştüğü düşünülmektedir.⁷⁰⁶ Bu bakımdan karar emsal niteliğindedir.⁷⁰⁷

Karar, ayrıca usuli güvencelerin yeterince sağlanamaması nedeniyle bir sosyal hakkın ihlal edilmesi sonucunu doğuran hususların tartışılmasına da yol açmıştır. Olayda dikkat çeken husus, başvuru sırasında başvurucunun konutundan zorla tahliyesinin henüz gerçekleştirilmemiş olduğudur. Ancak burada önemli olan, tahliyenin gerçekleştirilmiş olması değil, konut hakkına ilişkin bir müdahale karşısında başvurucunun kendini savunma hakkından mahrum kalmış olmasıdır. Bu çerçevede, bütün haklar bakımından usuli korumanın ve etkili hak arama yollarının varlığının önemini vurgulamaktadır.

⁷⁰⁴ Bkz. CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, para. 3.

⁷⁰⁵ I.D.G./ İspanya, para. 12 (1), 12 (2), 12 (3).

⁷⁰⁶ M. Langford, B. Porter, R. Brown, J. Rossi, "Introduction", **The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary**, (Ed. M. Langford, B. Porter, J. Rossi), Pretoria Law University Press, 2016, s.223.

⁷⁰⁷ Ö. Yücel Dericiler, "Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin I.D.G./ İspanya Kararı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 163-164, 2018, s.228.

Komite'nin yine yaşamaya elverişli konut hakkı çerçevesinde değerlendirmiş olduğu ikinci başvuru da Mohammed Ben Djazia ve Naouel Bellili/ İspanya⁷⁰⁸ başvurusudur. Başvurunun konusu, kiraya verenin kira sözleşmesinin süresi dolduktan sonra kira ilişkisini sona erdirmek amacıyla başvurucudan konutunu tahliye etmesini istemesi ve başvuru bu gerçekleştirilmezince mahkemeye başvurarak zorla tahliye edilmesine yol açmasıdır. Başvurucu, yargılama sürecinde ve sonrasında kendisi ile birlikte ailesine alternatif bir barınma imkanının sağlanmadığı, bu bakımdan tahliye sonucu evsiz kaldığı, ayrıca özellikle de tahliyenin Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde de özel olarak korunmaları gerektiği vurgulanan iki küçük çocuğu üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilerinin göz ardı edildiği gerekçesiyle devletin 11.maddeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu, bu çerçevede tahliyesi ile sonuçlanan hukuki usul ve prosedürlerin gerekli hukuki güvence ve korumalardan yoksun olduğunu, İspanyol hukukunun kira sözleşmesinin sona erdirilmesine bağlı olarak gerçekleştirilen tahliyelere ilişkin yargısal usuller çerçevesinde konut hakkını güvence altına alan açık düzenlemelere sahip olmadığını belirtmiştir. Yürürlükte olan medeni usul yasası çerçevesinde mahkemeler karar verirken zorla tahliyelerin her bir somut olayın koşulları çerçevesindeki etkilerini göz önüne alamamaktadırlar. Çünkü yasa kendilerine böyle bir değerlendirme yetkisi ya da ilgili kişilere alternatif bir konut tahsis edilinceye kadar tahliye kararını askıya alma yetkisi tanımamaktadır. Buna bağlı olarak da başvurunun tahliyesi ile sonuçlanan yargılama sürecinde kendisinin alternatif bir konutunun olmadığı ve tahliyenin iki küçük çocuğu üzerinde yaratabileceği etkiler göz önüne alınmamıştır.

Bunlara ek olarak, düşük gelirli ya da hiçbir geliri olmayan kişiler için öngörülen pozitif önlemler de yaşamaya elverişli konut hakkının korunması için yetersizdir. Bay Ben Djazia'nın sosyal konut için Madrid Konut Kurumu başta olmak üzere ilgili otoritelere yapmış olduğu başvuruların 10 yıldır sonuçsuz kalması bunun kanıtı niteliğindedir.

Komite yapmış olduğu değerlendirmeler sonucunda, başvurunun da belirttiği üzere yargısal mekanizma ve usullerin başvurunun konut hakkını korumak bakımından yeterli güvencelere sahip olmadığı ve ilgili kamusal otoritelerin de yine aileye alternatif bir barınma imkanı sağlayamadığı kanaatine varmıştır. Şiddetli ekonomik kriz ortamında toplu konut sağlayacak kamusal otoritelerin kamu konutu stoklarının önemli bir bölümünü özel şirketlere ve yatırım fonlarına satmış olduğu tespit edilmiştir.

⁷⁰⁸ Mohammed Ben Djazia ve Naouel Bellili/ İspanya, CESCR, Communication No: 5/2015, E/C.12/61/D/2/2015, 20.02.2015.

Komite, bu kararında da *insan haklarının bölünmezliği ilkesi* çerçevesinde konut hakkına yaklaşmıştır. İnsan onuruna uygun şekilde, yeterli niteliklere sahip bir konut hakkı diğer bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi bakımından çok önemli bir haktır ve ayrılmaz bir biçimde, MSHS'dekiler dahil olmak üzere, diğer bütün insan hakları ile de bağlantılıdır.⁷⁰⁹ Konut hakkı, kişilerin gelirinden ya da ekonomik kaynaklara erişiminden bağımsız olarak herkese sağlanmalıdır ve taraf devletler erişilebilir kaynaklarının azamisini kullanarak, hakkın tam olarak gerçekleştirilmesinde yönelik gerekli olan bütün önlemleri almalıdır.⁷¹⁰

Bu çerçevede konut hakkı, diğer insan hakları ile birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle de zorla tahliyeler bağlamında Sözleşme'nin 10.maddesinde yer alan ailenin korunması hakkının da göz önüne alınması gerekir. Taraf devletlerin erişilebilir kaynaklarının azamisini kullanarak zorla tahliye edilen kişilere alternatif bir konut sağlaması yükümlülüğü, özellikle de bakmakla yükümlü olunan çocuklar söz konusu olduğunda, ailenin korunmasını kapsar.

Komite, öncelikle zorla tahliyelere ilişkin kuralların kira ilişkileri bakımından da geçerli olacağını belirtmiştir. Her ne kadar kira sözleşmesinin sona erdirilmesine bağlı olarak bireyler arasında bir uyuşmazlık söz konusu olsa da, bu durum ilgili devletin hukuk düzeni içerisinde ortaya çıkmıştır ve yine bu çerçevede çözümlenecektir. Bu bakımdan zorla tahliyelere ilişkin 7 No'lu Genel Yorum'da ifade edilen hususlar kiracılar için de uygulama alanı bulacaktır. Zorla tahliyeler ilk bakışta Sözleşme'ye aykırıdır ancak çok istisnai durumlarda, Sözleşme'de de yer alan insan onuruna uygun olan yasal düzenlemeler çerçevesinde ve makuliyet ile ölçülülük ilkelerine uygun şekilde yürütüldükleri takdirde meşrulaştırılabilecektir. Zorla tahliyelere ilişkin usuli süreçler, bunun sonucunda etkilenebilecek kişiler ile gerçek ve etkili bir müzakere imkanını da bünyesinde barındırmalıdır.⁷¹¹ Komite, bir önceki kararında olduğu gibi etkili başvuru hakkı bulunmaksızın bir hakkın tam olarak gerçekleştirilemeyeceğini burada da hatırlatır ve ESKHS'nin 2.maddesi ile de bağlantılı olarak taraf devletlerin, zorla tahliyeler ya da kira sözleşmesinin sonlandırılması gibi sebeplere bağlı olarak yeterli konut hakkı etkilenebilecek olan kişilere etkili ve uygun yargısal başvuru yollarına erişimin sağlanması gerektiğini belirtmektedir.

Komite, özellikle de gerçekleştirilen tahliyelerin kişilerin evsiz kalmalarına veya diğer insan hakları ihlalleri karşısında zayıf bir konuma düşmelerine yol açmamaları gerektiğini

⁷⁰⁹ Mohammed Ben Djazia ve Naouel Bellili/ İspanya, para. 13 (1).

⁷¹⁰ Bkz. CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, para.7 ve 12.

⁷¹¹ Bkz. CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, para. 15.

vurgulamaktadır. Zorla tahliyeden etkilenenlerin ihtiyaçlarını tek başlarına karşılayamadıkları hallerde, taraf devlet, mevcut bütün kaynaklarının azamisini kullanarak, olayın şartlarına göre elverişli alternatif konut, yeniden yerleştirme veya verimli arazilere erişim imkanları sunmalıdır.⁷¹² Komite, ayrıca zorla tahliyelerden etkilenebilecek olan kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler ve diğer dezavantajlı ve kırılgan grupların da bu süreçte özellikle dikkate alınmaları gerektiğini de belirtir.

Komite, zorla tahliyelerle bağlantılı olarak alternatif bir konutun sağlanması konusunda, mali konut yardımı da dahil olmak üzere, taraf devletlerin çeşitli politikalar benimseyebileceklerini, bu anlamda bir takdir marjlarının olduğunu belirtir. Ancak alınacak önlemler, önceden düşünülmüş, somut olaydaki ihtiyaçları dikkate alan ve hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi amacına yönelik, mümkün olan en hızlı ve etkili şekilde oluşturulmalıdır. Yine, bu alandaki politikalar ilgili kişilerin ihtiyaçları ve durumun aciliyeti ile doğru orantılı ve insan onuruna uygun olmalıdır. Taraf devletler, yeterli konut tahsis edilememesine yol açan kurumsal eksiklikleri ve yapısal sorunları çözecek uygun ve eşgüdümlü önlemleri de almalıdır.

Sonuç olarak Komite, devletin kaynaklarının azamisini kullanarak başvurucunun konut hakkını gerçekleştirmeye yönelik bütün makul önlemleri aldığı konusunda ikna edici bir açıklama getiremediğinden Sözleşme'nin 2.maddesi ile bağlantılı olarak hem yaşamaya elverişli konut hakkını düzenleyen 11.maddenin, hem de ailenin korunmasına ilişkin 10.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Somut olayda, zorla tahliyelerden başvurucunun kırılgan bir grup olarak iki küçük çocuğu da etkilendiğinden ve ortada ivedilik gerektiren bir ihtiyaç durumu söz konusu olduğundan devletin daha güçlü argümanlar ve gerekçeler ortaya koyması beklenilmiştir. Yine devletin, Madrid'deki ilgili otoritelerin, Madrid Konut Kurumu da dahil olmak üzere, Madrid'de çok sayıda ihtiyaç sahibi olmasına rağmen kamu konut stoğunun çoğunu özel yatırım şirketlerine satarak kamu konutlarına erişimi sınırlandırdığı konusunda da makul bir açıklama yapamadığı ifade edilmiştir.

Komite, taraf devletlerin Sözleşme'deki hakların tam olarak gerçekleştirilmesi amacı çerçevesinde vergi gelirlerini en uygun şekilde kullanmak konusunda belirli bir derecede takdir marjına sahip olduğunu,⁷¹³ hatta belli durumlarda haklardan geriye götürücü önlemler (retrogressive measures) de alabileceğini belirtir. Ancak bu halde de devletler bu yönde bir kararın mümkün olduğunca ayrıntılı ve titiz bir inceleme ve değerlendirmeye dayandığını,

⁷¹² Bkz. CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, para. 16.

⁷¹³ Bkz. Communication No: 1/2013, Lopez Rodriguez/ İspanya, Views, 04.03.2016, para. 13.3.

mevcut bütün kaynaklarının azamisini kullandığını, Sözleşme’de yer alan bütün hakların göz önüne alındığını ortaya koyarak haklılaştırmalıdır. Şiddetli ekonomik kriz durumlarında, bu doğrultuda oluşturulacak politikaların geçici, zorunlu, ölçülü olması ve ayrımcılık unsuru barındırmaması gerekmektedir.⁷¹⁴ Somut başvuruda devlet, özellikle de ekonomik krize bağlı olarak kamu konutu ihtiyacının arttığı bir dönemde neden sosyal konut stoğunu azaltma yoluna gittiğini ikna edici bir şekilde açıklayamamıştır.

Komite’nin yaşamaya elverişli konut hakkına ilişkin her iki kararı da hem insan haklarının bütünselliği ilkesi, hem de hakkın usuli ve esasa ilişkin boyutlarını ortaya koyması, bunu yaparken genel yorumları ve sonuç gözlemlerinden de yararlanması bakımından önemli bir süreci yansıtır. Bireysel başvuru yolu yaygınlaştıkça ve Komite önüne daha çok başvuru geldikçe sosyal hakların da somutlaştırılması, diğer insan hakları ile ilişkilerinin ve kesişimlerinin ortaya konulması, dolayısıyla da yargısallaştırılması sağlanabilecektir.

c) ESKHS’de Yer Alan Hakların Gerçekleştirilmesine İlişkin Devletin Yükümlülükleri

Sözleşme’de yer alan haklara ilişkin olarak taraf devletlerin yükümlülükleri konusu Sözleşme’nin 2.maddesinde düzenlenmiştir. ESKHS’nin 2.maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Bu Sözleşme’ye taraf her devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve iş birliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt ederler.”

ESKHS’de yer alan bu genel yükümlülük normu, ikiz kardeşi olan MSHS’den önemli ölçüde farklılaşır. MSHS ile karşılaştırıldığında, söz konusu düzenlemenin bir “yükümlülük koyucu” değil, daha çok bir “tanıma”yı ifade ettiği belirtilmiştir.⁷¹⁵ Oysa MSHS’de devletlerin yükümlülüklerine ilişkin 2. maddede medeni ve siyasi hakların “derhal” yerine getirilmesi (immediate realization) gerektiği ifadesi yer almaktadır. Ayrıca, söz konusu hakların ihlali durumunda etkili başvuru yollarının bulunması da ayrı bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.⁷¹⁶ Buna karşın ekonomik, sosyal ve kültürel hakların doğrudan doğruya

⁷¹⁴ Mohammed Ben Djazia ve Naouel Bellili/ İspanya, para. 17 (6).

⁷¹⁵ B. Algan, a.g.e., s.178.

⁷¹⁶ Bkz. MSHS, md. 2: “1. Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu

devletlerin sahip olduğu ekonomik kaynaklarla ilişkilendirilmesi nedeniyle, devletlerin ESKHS’de tanınan haklara ilişkin yükümlülüklerinin daha esnek bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu esnekliğe izin veren “aşamalı gerçekleştirme” (progressive realization)⁷¹⁷ kavramı, devletlerin bu haklara ilişkin yükümlülüklerini hemen değil, mevcut erişilebilir kaynakları çerçevesinde, zaman içerisinde aşamalı olarak yerine getirebileceklerini ifade etmektedir. Bu kavramın, devletlerin ekonomik gerçeklerini göz önünde bulunduran esnek bir yaklaşımı benimsemesi, uygulamada sosyal hakların, medeni ve siyasi haklar karşısında ötekileştirilmesine; devletlerin yükümlülüklerini ertelemesine ve hatta bazı durumlarda hiçbir şekilde dikkate alınmamasına yol açmaktadır.

Özellikle de “aşamalı gerçekleştirme” kavramına dayanarak Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınan devletlerin, bu yaklaşımlarının önüne geçebilmek, gerek Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerin gerekse Sözleşme’nin yorumu niteliği taşıyan Genel Yorumların detaylı bir analiz ile ele alınmasıyla mümkündür. Bu bağlamda, aşamalı gerçekleştirme kavramının uygulamada doğurduğu sorunlar, Sözleşme’de ifade edilen önlemler alma yükümlülüğü (duty to take steps), mevcut kaynakların azami şekilde kullanılması yükümlülüğü (duty to devote maximum available resources), ayrımcılık yasağı (prohibition of discrimination) ve asgari öz/ çekirdek yükümlülük (minimum core obligation), devletlerin saygı gösterme (obligation to respect), koruma (obligation to protect) ve gerçekleştirme (obligation to fulfil) yükümlülükleri gibi olguların içeriklerinin ortaya konulması ile giderilebilecektir.

haklara saygı göstermekle yükümlüdür. 2. Mevcut mevzuatta ve diğer yasal tedbirlerde henüz düzenleme bulunmayan durumlarda, bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet, kendi anayasal kurallarına ve bu Sözleşme’nin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşme’de tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür. 3. Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet: (a) Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla; (b) Böyle bir telafi talebinde bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasama organlarınca ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal telafi olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla; (c) Bu hukuki yollardan sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla yükümlüdür.”

⁷¹⁷ Aşamalı sağlama kavramı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hayata geçirilmesi bakımından Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinde ve Engelli Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinin 2. fıkrasında da kabul edilmiştir. Benzer bir şekilde, söz konusu hakların hayata geçirilmesinin ekonomik kaynaklara olan bağlılığı, Anayasamızın 65. maddesi’nde “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmü ile dile getirilmiştir.

i) Elverişli Kaynakların Azami Düzeyde Kullanılması

ESKHS çerçevesinde, devletlere sahip oldukları kaynakları azami bir biçimde Sözleşme’de yer alan hakların gerçekleştirilmesi amacıyla kullanma yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu kapsamda, devlet kaynaklarının azami ölçüde bu hakları yerine getirecek önlemlere tahsis edilmesi ve daha sonrasında da bu kaynakların başka alanlara yönlendirilmemesi gerekmektedir.⁷¹⁸ Ayrıca, bir hakkın yerine getirilebilmesi için tahsis edilen oranın, bir başka hakkın ihmal veya feda edilmesine neden olmaması gerekmektedir.⁷¹⁹

Mevcut kaynakların azami bir biçimde kullanılması yükümlülüğü, anlam ve içeriğinin belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilere konu olmuş, hatta bu belirsizliğin devlet üzerinde hiçbir yükümlülük doğurmayacak nitelikte olduğu ileri sürülmüştür.⁷²⁰ Bununla birlikte, söz konusu yükümlülük doğru bir şekilde yorumlandığında, içeriğinin muğlak ve belirsiz olmadığı, tam terine devletlere somut yükümlülükler yüklediği anlaşılmaktadır.

Mevcut kaynakların azami bir biçimde kullanılması yükümlülüğü, devletlerin sahip oldukları kaynakların tamamını Sözleşme’de tanınan hakların sağlanmasına ayırmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. İlgili yükümlülük devletlerin sahip oldukları kaynakları kullanırken tamamen serbest olmadıklarını, kaynakların harcanmasında Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye öncelik vermelerini gerektirmektedir.⁷²¹ Bu bakımdan, söz konusu yükümlülüğün devletlere kaynakların dağılımı konusunda tek bir yöntemi empoze etmediği, ancak önceliğin Sözleşme’den kaynaklanan hakların sağlanmasına verilmesini gerektirdiği söylenebilecektir.⁷²²

Buradaki yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin belirlenebilmesi için öncelikle devletin mevcut erişilebilir kaynakları değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, “mevcut kaynaklar”ın ne anlama geldiği sorusuna yönelik olarak ESKHK, bu kavramın yalnızca devletin sahip olduğu kaynaklar olmadığını, bunun yanı sıra uluslararası iş birliği ve yardım aracılığıyla uluslararası toplumdan edinilen kaynakları da kapsadığını belirtmektedir.⁷²³ Bu

⁷¹⁸ Rabia İlay Akbulut Peerzada, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak ‘Aşamalı Sağlama’ Kavramı”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 2018/1, s.24.

⁷¹⁹ Philip Alston, Gerard Quinn, “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol: 9, 1987, s. 178.

⁷²⁰ Philip Alston, “International Law and the Right to Food”, *The Right to Food*, (Ed. Philip Alston, Katarina Tomaševski), SIM: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 38.

⁷²¹ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.25.

⁷²² General Comment No:3, para. 10.

⁷²³ General Comment No: 3, para. 13; Limburg Principles, para. 26.

anlayış, Sözleşme’de özel olarak vurgulanan uluslararası iş birliğine duyulan ihtiyaçla adeta birbirini tamamlamaktadır. Bu bağlamda taraf devletlerin yükümlülükleri ekonomik gelişmişlik düzeyleriyle orantılı olarak düşünülmektedir.⁷²⁴ Sözleşme’de yer alan haklar, özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından tek başına kendi kaynakları ile sağlayabilecekleri nitelikte değildir. ESKHS’de yer alan yükümlülüklerin tam olarak yaşama geçirilebilmesi, bu anlamda uluslararası iş birliğini de zorunlu kılmaktadır.

“Kaynaklar” ifadesi, nitelik bakımından da geniş bir şekilde yorumlanmakta olup mali kaynaklar bu kaynakların sadece bir boyutunu oluşturmaktadır.⁷²⁵ Bu bağlamda, kaynaklar ifadesi, hakkın sağlanması için devletin sahip olduğu insan kaynakları, kurumsal ve bilimsel kaynaklar, hatta ülke dışından temin ettiği kalkınma yardımları da dahil olmak üzere tüm fiili kaynakları içermektedir.⁷²⁶

Devletlerin elverişli kaynaklarını azami düzeyde kullanmaları yükümlülüğü, söz konusu kaynakların rasyonel kullanılması gereğini de beraberinde getirir. Kaynakların rasyonel kullanılması, yolsuzlukla mücadeleyi içerdiği gibi⁷²⁷, fayda maliyet oranının da yüksek olmasını gerektirir.⁷²⁸

Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için mevcut kaynakların azami ölçüde bu haklara tahsis edilmesi yükümlülüğü, aşamalı biçimde gerçekleştirme yükümlülüğü ile birlikte okunduğunda, bu yükümlülüğün aynı zamanda mevcut kaynakların en etkin biçimde kullanılması yükümlülüğünü de içerdiğini söylemek mümkündür.⁷²⁹ Bu bağlamda, ilgili hakların sağlanması açısından, devletin sadece sahip olduğu kaynakları bu hakkın sağlanmasına aktarması yeterli olmayıp, ayrıca aktarılan bu kaynakların haktan yararlanan birey ve grupların sayısını arttıracak biçimde kullanılması gerekmektedir. Örneğin; sosyal güvenlik, gıda veya konut desteği programlarının daha çok kişiye ulaşacak şekilde uygulanması, sahip oldukları

⁷²⁴ İzzet Mert Ertan, “Sosyal Hakların Özütü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE, 2014, s.91.s.87.

⁷²⁵ P. Alston, G. Quinn, a.g.e., s. 178

⁷²⁶ Robert E. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the ‘Maximum Available Resources’ to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 16, 1994, s. 699; R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.26.

⁷²⁷ Manisuli Ssenyonjo, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Great Britain: Hart Publishing, 2009, s.63.

⁷²⁸ İ. Mert Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.64.

⁷²⁹ Asbjørn Eide “Economic and Social Rights: Symonides”, **Human Rights: Concepts and Standards**, (Ed. Janusz), Burlington, Ashgate: UNESCO, 2000, s.126, Limburg Principles, para. 27.

haklar konusunda daha çok kişiyi bilinçlendirecek eğitici programların hazırlanması kaynakların verimli bir şekilde kullanıldığını göstermektedir.⁷³⁰

Şunu da belirtmek gerekir ki, 1997 tarihinde kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlaline İlişkin Maastricht Rehber İlkeleri⁷³¹ çerçevesinde de kaynak yetersizliği, taraf devletlerin Sözleşme’de yer alan hakların asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerinin ortadan kaldırılması için geçerli bir mazeret değildir.⁷³²

Ayrıca, taraf devletin bir hakkı yerine getirememesi durumunda bile, söz konusu hakkı mümkün olan en kısa sürede ve mevcut kaynaklarının azamisi çerçevesinde tam olarak gerçekleştirebilmeye yönelik, gerekli ve yeterli derecede almış olduğu önlemlerin tamamını göstermesi gerekmektedir.⁷³³

Alınan önlemlerin pek çoğu, genel olarak kaynak tahsisi ve politik öncelikler tercihi meselelerini bünyesinde barındıracaktır.⁷³⁴ İlkesel olarak, taraf devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerine, diğerlerine oranla öncelik tanımaları gerekmektedir. Komite, sosyo-ekonomik hakları gerçekleştirmeyi amaçlayan programlardaki kamusal harcamaların sınırlandırılması için makul bir gerekçe gösterilememesi durumunda da ilgili devletin Sözleşme’yi ihlal edebileceğini vurgulamıştır.⁷³⁵

Sonuç olarak, mevcut kaynakların azami biçimde kullanılması yükümlülüğü içerik olarak, devletlere tanınmış bir “açık çek” ya da belirsiz bir yükümlülük olmayıp, devletlerin sahip oldukları kaynakların miktarı ne olursa olsun, önceliklerini Sözleşme’de yer alan hakların gerçekleştirilmesine vermelerini gerektiren hukuki bir yükümlülüktür ve taraf devletçe ileri sürülen kaynak yetersizliği iddiaları, Sözleşme kapsamında denetlenmektedir.⁷³⁶ Kamusal harcamaların azaltılması için daima makul ve meşru gerekçeler gösterilmelidir.⁷³⁷

⁷³⁰ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s. 27.

⁷³¹ The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, Vol. 20, 1998.

⁷³² Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, guideline 10.

⁷³³ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 4 on the right to adequate housing, para. 14.

⁷³⁴ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 4 on the right to adequate housing, para. 15.

⁷³⁵ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 4 on the right to adequate housing, para. 15.

⁷³⁶ Eibe Riedel, “The Human Right to Health: Conceptual Foundations”, **Realizing the Right to Health**, (Ed. A. Clapham, M. Robinson, C. Mahon, S. Jerbi), Zurich: Ruffer & Rub: Swiss Human Rights Book, Vol: 3, 2009, s. 30.

⁷³⁷ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 4 on the right to adequate housing, para. 15.

ii) Aşamalı Gerçekleştirme

Devletin yükümlülüklerine ilişkin düzenlemede yer alan en tartışmalı ve sosyal hakları medeni ve siyasi haklar karşısında ikincilleştirdiği, güçsüzleştirdiği, ötelenmelerine yol açtığı ileri sürülen ifade, “aşamalı gerçekleştirme” ifadesidir. Bununla birlikte, “aşamalı gerçekleştirme”, hakların sonsuz belirsizlikteki bir gelecekte gerçekleştirilebileceği anlamına da gelmemektedir; taraf devletler, hakları geriye götürmeksizin (kötüleştirmeksizin) sürekli olarak artan şekilde onları gerçekleştirme yükümlülüğü altındadırlar.⁷³⁸

İnsan haklarının aşamalı olarak gerçekleştirilebilmesinin, yaşama geçirilmelerinin geciktirilmesi şeklinde anlaşılamayacağına dikkat çekilen 1986 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Limburg İlkeleri⁷³⁹ çerçevesinde de vurgulandığı üzere, taraf devletler Sözleşme’de yer alan hakların gerçekleştirilmesi hedefine yönelik olarak, olabildiğince hızlı ve etkili şekilde ilerlemek yükümlülüğü altındadır.⁷⁴⁰ Ayrıca, taraf devletler mevcut kaynaklarını Sözleşme’deki hakların tam olarak gerçekleştirilebilmesi amacına yönelik olarak, etkili bir şekilde kullanmakla yükümlüdürler.⁷⁴¹ Her ne kadar Sözleşme’de yer alan haklar aşamalı bir şekilde yerine getirilebilirse de, taraf devletler bu hakların gerçekleştirilebilmesi için “derhal” adım atmalıdırlar.⁷⁴²

Sosyal ve ekonomik göstergelere de aşamalı gerçekleştirmeyi ölçmede bir araç olarak başvurulmaktadır. Limburg İlkeleri bağlamında, aşamalı gerçekleştirme yalnızca, kamusal kaynakların maddi olarak artışını ifade etmemekte; aynı zamanda Sözleşme’de yer alan haklardan herkesin yararlanabilmesi için gerekli olan sosyal kaynakların gelişimini de kapsamaktadır.⁷⁴³ Komite, taraf devletlerin benimsemiş oldukları politikaların ve aldıkları yasal

⁷³⁸ Manisuli Ssenyonjo, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Great Britain: Hart Publishing, 2009, s.58-59. Ayrıca bkz. Alison Taylor, Steve George, “Affordable Health: The Way Forward”, **The International Journal of Human Rights**, Vol: 2, No. 2, 1998, s. 12-13.

⁷³⁹ The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/ CN.4/1987/17.

⁷⁴⁰ Limburg Principles, para. 21. ESKHK’ye göre, aşamalı olarak gerçekleştirme kavramı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kısa sürede gerçekleşmeyeceğinin göstergesidir; fakat bu durum, Sözleşme’nin anlamını değiştirecek şekilde yorumlanmamalıdır; Sözleşme, amaca ulaşmak için mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili olarak harekete geçmeyi öngörmektedir (para. 9). Kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, taraf devletin, hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devam etmektedir (para. 11). ESKHK’nin 3 No’lu Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

⁷⁴¹ Limburg Principles, para.23.

⁷⁴² Limburg Principles, para.16.

⁷⁴³ Limburg Principles, para.24.

önlemlerin, zaten avantajlı olan grupların lehine, diğer grupları öteleyecek şekilde oluşturulmamaları gereğine de işaret eder.⁷⁴⁴

ESKHK, mevcut kaynakların yetersizliği sonucu oluşabilecek zorlukları kabul etmektedir; fakat Sözleşme, taraf devletler üzerinde derhal etki doğuran yükümlülükler de getirmektedir. Limburg İlkeleri çerçevesinde, en başta ayrımcılık yasağı, Sözleşme'nin derhal uygulanması gereken hükümlerindendir.⁷⁴⁵ Ayrımcılık yasağının yanı sıra, hakların gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü de, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra gerçekleştirilmeli; ve bu önlemler, üzerinde dikkatlice düşünülmüş, planlı ve somut olmalı, Sözleşme'deki yükümlülükleri mümkün olduğunca açıkça ve tam olarak gerçekleştirme hedefine yönelik olmalıdır (para. 2); ayrıca ulusal hukuk sisteminde etkili hak arama yolları da bulunmalıdır (para.5). Hakların geriye götürülemezliği yükümlülüğü de yine bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁷⁴⁶

Komite'nin taraf devletlerin yükümlülüklerinin içeriğine ilişkin 3 No'lu Genel Yorumu⁷⁴⁷ ile de “derhal gerçekleştirme (hemen uygulama)” yükümlülüğü vurgulanmıştır:

“2. maddenin 1. paragrafında dile getirilen temel sonuç sorumluluğu, “Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla” gerekli tedbirleri almaktır. “Aşamalı olarak sağlama” bu hükmün amacını dile getirmek için sıkça kullanılan bir kavramdır. Aşamalı olarak sağlama kavramı tüm ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam anlamıyla hayata geçirilmesinin kısa sürede gerçekleşemeyeceğinin göstergesidir. Bu bağlamda yükümlülük, belirtilen hakların hemen hayata geçirilmesi sorumluluğunu içeren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’den belirgin ölçüde ayrılır. Ancak, zamanla hayata geçirebilme, ya da aşamalı olarak sağlayabilmenin mümkün olduğu gerçeği Sözleşme’de yer alan yükümlülüklerin anlamını değiştirecek şekilde yorumlanmamalıdır. Aslında, kavram hayatın gerçeklerini ve bir ülke için ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam anlamıyla hayata geçirilmesinin ne denli zor olduğunu yansıtan ve esneklik sağlayan bir kavramdır. Öte yandan hüküm, Sözleşme’nin tüm amacı olan, *raison d’etre*, belirtilen hakların tam anlamıyla sağlanması konusunda taraf devletlerin kesin ve açık bir yükümlülük altında olduğu gerçeği dikkate alınarak okunmalıdır. Bu nedenle Sözleşme amaca ulaşmak için mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili olarak harekete geçmeyi öngörür. Ek olarak, bu bağlamda

⁷⁴⁴ General Comment Number 4 on the right to adequate housing, para.11.

⁷⁴⁵ Limburg Principles, para.2-3.

⁷⁴⁶ Limburg Principles, para.22.

⁷⁴⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 3, The Nature of States Parties Obligations (Art.2, para.1), UN Doc. E/199/23, 1990.

geriye götürücü tedbirlerin (retrogressive measures) gerekliliği çok dikkatli bir gözden geçirme neticesinde, Sözleşme’de düzenlenen tüm hakların toplamı ve mevcut kaynakların tamamı dikkate alınarak kanıtlanabilmelidir.”⁷⁴⁸

Komite’nin yapmış olduğu hemen sonuç doğuran ya da derhal gerçekleştirilecek yükümlülükler ile zaman içinde aşamalı olarak gerçekleştirilecek yükümlülükler ayrımı, sosyal hakların bütçeden kaynak tahsisi başta olmak üzere, çeşitli pozitif önlemleri gerekli kılan haklar olmaları sebebiyle ancak zaman içinde ve aşamalı olarak gerçekleştirilebileceğine yönelik kabulün, bazı sosyal hakların hemen yerine getirilebilir nitelikte oldukları gerçeğinin yok sayılmasını önleme isteğidir. Bu bakımdan Komite’nin hemen sonuç doğuracak hükümler ile zaman içinde gerçekleştirilecek yükümlülükler ayrımının, özellikle de maddi kaynak tahsisini gerekli kılan hususları diğerlerinden ayırmak ve böylece hükümetlerin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten yalnızca kaynak yetersizliği gerekçesiyle kaçınmalarının önünü kesmek açısından sahip olduğu işlev göz ardı edilmemelidir.

Komite’ye göre, hemen uygulanacak hükümler, sayılanlarla sınırlı olmamak üzere şunlardır: Kadın-erkek eşitliğini düzenleyen 3.madde; adil ücret ile kadın ve erkeğin eşit işine eşit ücret ve çalışma koşullarını düzenleyen 7/a (i) maddesi; sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını düzenleyen 8.maddesi; çocukların ve gençlerin korunmasını düzenleyen 10.maddenin 3.bendi; zorunlu ve parasız ilköğretim hakkını düzenleyen 13/2 (a) düzenlemesi ile aynı maddenin velilerin çocuklarını kendi inançlarına uygun şekilde eğitim verebilecek okullara gönderebilme hakkını düzenleyen 3. bendi ile eğitim kurumları kurma ve yönetme serbestliğinin düzenlendiği 4.bendi; kültürel yaşama katılma, bilimsel ilerlemeden ve uygulamalardan yararlanma, kendi yarattığı bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden doğan her türlü çıkarının korunması gibi hakları düzenleyen 15.maddede yer alan haklar derhal uygulanır.⁷⁴⁹

Komite, zaman içinde derhal gerçekleştirilmesi gereken haklar alanını genişletmiştir. Bu genişlemeyi biraz ileride değineceğimiz öz/ çekirdek yükümlülükler doktrini ile sağlamıştır: Komite, aşamalı gerçekleştirme kapsamına girmeyip derhal uygulanması gereken bazı öz/ çekirdek yükümlülükler tespit etmektedir.

⁷⁴⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 3, para.9.

⁷⁴⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 3, The Nature of States Parties Obligations (Art.2, para.1), UN Doc. E/199/23, 1990, para.5.

iii) Önlemler Alma

Yukarıda belirttiğimiz, 3 No’lu Genel Yorum’da da vurgulanan, devletlerin *derhal* yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden biri de Sözleşme’de yer alan hakların gerçekleştirilmesi için önlemler alma yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, Sözleşme’de düzenlenen hakların yerine getirilmesi aşamalı olarak sağlanabilecek olsa da, önlem alma yükümlülüğünün Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren makul olan en kısa süre içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁰

3 No’lu Genel Yorum’da “aşamalı gerçekleştirme” ifadesi, bir yandan gerçek dünyanın realitelerini tanıyan bir esneklik aracı olarak tanımlanırken, diğer taraftan bu kavramın, Sözleşme’nin varlık amacının devletlere bağlayıcı yükümlülükler yüklemek olduğu gerçeğinin göz önünde bulundurularak okunması gerektiğinin altı çizilmektedir.⁷⁵¹ Bu nedenle, devletlerin aşamalı sağlama amacına ulaşmaları için en hızlı ve etkin bir şekilde önlem alma yükümlülükleri bulunduğu vurgu yapılmaktadır.⁷⁵²

Önlemler alma yükümlülüğü devletlerin ekonomik gelişmişlik düzeyleri ne olursa olsun, mevcut kaynakları ile, sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli adımları atmaları şeklinde ifade edilebilecektir. Bu kapsamda alınan önlemlerin planlı, somut ve hedefe yönelmiş nitelikte olması da gerekmektedir.⁷⁵³

Sözleşme’de “özellikle yasal düzenleme şeklinde alınacak önlemleri de içerecek şekilde” denilerek, yasal önlemlerin vurgulandığı görülmektedir. 3 No’lu Genel Yorum’da da Sözleşme’de yer alan hakların yerine getirilmesi bakımından yasal önlemler alınmasının önemi dile getirilmektedir.⁷⁵⁴ Ayrıca, devletlerin gerekli yasal önlemleri aldıklarını ESKHK’ye

⁷⁵⁰ General Comment No: 3, para. 2; Limburg Principles, para. 21.

⁷⁵¹ General Comment No: 3, para. 9

⁷⁵² General Comment No: 3, para. 9. Devletlerin ESKHS’de tanınan hakları aşamalı sağlama hususunda yol kat edip etmediklerini tespit etmek amacıyla BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights- OHCHR) tarafından hazırlanan göstergeler kullanılmaktadır. Bu göstergeler, yapısal göstergeler (structural indicators), işleyiş göstergeleri (process indicators) ve çıktı göstergeleri (outcome indicators) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. OHCHR, Manual on Human Rights Monitoring, Chapter 20 Monitoring Economic, Social and Cultural Rights, s. 9-10. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter20-48pp.pdf>>, E.T. 15.11.2017. Örneğin; gıda hakkı bakımından devletlerin açlıkla mücadele bağlamında yasal adımlar atması, konuya ilişkin strateji ve eylem planı hazırlaması yapısal göstergelere örnek gösterilebilir. Gıda hakkından yararlanma hususunda ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin atılan adımlar işleyişe ilişkin göstergelere örnek olurken; bebek ölüm oranlarında azalış çıktı göstergelerine örnek verilebilir.

⁷⁵³ General Comment 3, para. 2.

⁷⁵⁴ General Comment 3, para. 3

sundukları raporlarında dile getirmeleri, devletlerin Sözleşme’de hakların sağlanması bakımından böyle bir genel uygulama içinde olduklarını göstermektedir.

Sosyal hakların sağlanması bakımından, yasal düzenlemeler şeklinde alınan önlemler arasında bütçe kanunlarının, devletin sahip olduğu kaynakların ne şekilde dağıtıldığını göstermesi bakımından ayrı bir önem taşıdığını söylemek mümkündür.⁷⁵⁵ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin de ifade ettiği üzere, “bütçe, devlet kaynaklarının miktarını, bunların ne şekilde tahsis edildiğini ve ileriye yönelik masrafları gösteren bir belge olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması ile özellikle bağlantılıdır.”⁷⁵⁶ Bütçe aynı zamanda, devletin ekonomik tercihlerini ve önceliklerini göstermesi bakımından da önem arz etmektedir. Bu bakımdan, devletlerin Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için bütçelerinde asgari ücret, işsizlik aylığı gibi hususlara ne miktarda pay ayırdıkları Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediikleri bakımından belirleyici niteliktedir.⁷⁵⁷

Yasal düzenlemelerin kabul edilmesi de derhal etkiye sahip bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir. Örneğin Komite konut hakkına ilişkin olarak 4 No’lu Genel Yorumunda: “Kiralama şekline bakılmaksızın, herkes zorla tahliye, taciz veya diğer tehditlere karşı hukuki korumaya sahip olmalıdır. Bu nedenle, taraf devletler, böyle bir hukuki korumadan faydalanamayan kişilerle ve ailelerle irtibata geçerek onların hukuki güvenliğini sağlamaya yönelik tedbirleri almalıdır.” demiştir.⁷⁵⁸ Bu kapsamda ayrıca devletlerin zorla tahliyelere ilişkin yasaları da kabul etmeleri gerektiği de belirtilmiştir. Ayrıca, sendikal hakların -bu kapsamda grev hakkının da-, kadın-erkek eşitliğine ilişkin yasaların kabul edilmesi de derhal etkiye sahip yükümlülüklerdendir.⁷⁵⁹ Yeterli beslenme hakkına ilişkin 12 No’lu Genel

⁷⁵⁵OHCHR, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, UN Fact Sheet 33, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>>, E.T. 16.11.2017; Jim Schultz, Promises to Keep: Using the Public Budgets as Advance Economic, Social and Cultural Rights, Mexico City, Fundar, 2002, s. 31. Bütçe kanunlarının, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından taşıdığı önem bazı ulusal anayasalarda, hükümete kaynaklarını sosyo-ekonomik hakların sağlanmasına yönlendirmesi yönünde yükümlülükler yüklemek suretiyle teyit edilmiştir. Örneğin, 2008 Ekvador Anayasası’nın Geçiş Hükümleri (Transitional Provisions), devletin sahip olduğu kaynakları aşamalı bir şekilde sağlık hizmetlerine ve eğitime aktarmasını öngörmektedir. Brezilya Anayasası’nın 212. maddesinde ise devletin sahip olduğu kaynakların bir kısmını ilk ve orta öğretime aktarması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Benzer bir şekilde Filipin Anayasası’nın 5(5) Bölümünün XIV. maddesinde en yüksek bütçe önceliğinin (highest budgetary priority) eğitime ayrılması gerektiği ifade edilmektedir. Örneklerin detayları için bkz. Aoife Nolan, Mira Dutschke, “Article 2 (1) ICESCR and state parties obligations: whiter the budget?” **European Human Rights Law Review**, Vol:3, 2010, s. 281-282.

⁷⁵⁶ OHCHR, Report of the High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights, (June 8, 2009), UN. Doc. E/2009/90, par. 46. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/362/90/PDF/N0936290.pdf?OpenElement> , E.T. 15.11.2017.

⁷⁵⁷ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s. 18.

⁷⁵⁸ General Comment No:4, para.8.

⁷⁵⁹ M. Sepulveda, a.g.e., s.180.

Yorum'da da dolaylı olarak da olsa, anne ve çocukların korunması kapsamında çocukların yeterli beslenme hakkına ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.⁷⁶⁰ Bu kapsamda bebekler ve çocukların yeterli beslenme hakkına erişimi ile ilgili mevzuat, anne sütü ve anne sütü yerine geçen gıdaların satış ve pazarlanması gibi hususları da içermelidir.

Benzer şekilde, Komite en başından beri taraf devletlerin hakların tam olarak gerçekleştirilmesine yönelik olarak acil eylem planları ya da stratejiler geliştirmeleri ve bunları yerine getirecek önlemler almaları gerektiğini vurgulamaktadır.⁷⁶¹ Komite, bazı genel yorumlarında, söz konusu eylem planları ve programlarının insan hakları bakış açısıyla geliştirilmesi, bu çerçevede amaç ve hedeflere, süre sınırına yer vermesi, usuli bir güvence olarak kurumsal sorumluluğu ve hesap verme mekanizmalarını düzenlemesi, erişilebilir kaynakları belirtmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶² Komite, ulusal raporlara ilişkin pek çok sonuç gözlemlerinde eylem planlarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Örneğin; Fas, devletin sağladığı sağlık hizmetlerinin toplumun yüzde yirmisi tarafından erişilebildiği gerekçesiyle sağlık üzerine ulusal bir eylem planı ve stratejisi benimsememiş olduğundan eleştirilmiştir.⁷⁶³ İrlanda'ya da ulusal sağlık stratejisinin, hem kamu hem de özel sigortası olan hastalar için kamu hastanelerinde ortak bir bekleme listesinin oluşturulmasını da içerecek şekilde, insan hakları bakış açısıyla yeniden gözden geçirilmesi gerektiği tavsiyesinde bulunulmuştur.⁷⁶⁴

Bu şekilde, ulusal eylem planlarının sivil toplum grupları ile müzakere edilerek oluşturulması ve geliştirilmesi yükümlülüğünün varlığı Sözleşme'nin yargısallaştırma alanında önemli bir boyutunu oluşturur. Bir hakkın gerçekleştirilmesine yönelik eylem planının yokluğu Sözleşme'de yer alan bir hakkın ihlalin doğmasına yol açabilecektir. Aynı şekilde, gerekli yasal düzenlemelerin bulunmaması ya da kabul edilen bir eylem planının gereği gibi yerine getirilmemesi de ihlale yol açabilecektir. Bu yükümlülüklerin en önemli boyutu, kaynak sınırlılığı meselesinin ileri sürülebilirliğini zayıflatmaktır. Bir kere bir devlet hedeflerini ortaya koyacağı bir eylem planı tespit edip onu gerçekleştirebilecek mevcut kaynaklarını belirledikten sonra kaynak yoksunluğu temelinde hareketsiz kalmasını meşrulaştırması oldukça zordur (elbette ki devletlerin kaynaklarını yeniden değerlendirebilecekleri ve

⁷⁶⁰ General Comment No:12, right to adequate food (20th session, 1999), UN Doc. E/C.12/1999/5, 1999, para.30.

⁷⁶¹ Bkz. General Comment No:12, para.21; General Comment No:4, para.12; General Comment No:13, The right to education (Twenty-first session, 1999), UN Doc. E/C.12/1999/10, para.52.

⁷⁶² Örneğin bkz. General Comment No:15, para.47-49; General Comment No:14, para.53-62.

⁷⁶³ Conclusions and recommendations of the CESCR, Morocco, UN Doc. E/C.12/1/Add.55, 2000, para.28.

⁷⁶⁴ Conclusions and recommendations of the CESCR, Ireland, UN Doc. E/C.12/1/Add.77, 2002, para.35.

belirleyebilecekleri bir alan kalsa da). Bu tür olayları değerlendirecek kurum ya da organın rolü de bu açıdan kolaylaşmaktadır.⁷⁶⁵

Sözleşme metninde, yasal önlemlere vurgu yapılmasına rağmen, hakların sağlanması için devletlerin alması gereken önlemlerin neler olduğu konusunda, ilgili maddenin sınırlayıcı bir dil kullanmak yerine, yol gösterici bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. “Her türlü uygun araçlarla” (by all appropriate means) ifadesi, devletlerin kendi ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmak suretiyle alacakları önlemlerin yöntemine kendilerinin karar vermelerine imkan tanımaktadır. Hakların yerine getirilmesi bakımından devletlere araç ve yöntemlerini seçme konusunda tanınan bu takdir yetkisine rağmen, seçilen araçların her zaman en uygun araç olduğunu söylemek mümkün olmayabilmektedir. Bu nedenle, devletler Sözleşme’den kaynaklanan rapor sunma yükümlülüklerini yerine getirirken, Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için aldıkları önlemleri ve kullandıkları araçları açıklamanın yanı sıra, bu araçların ilgili hakların sağlanması bakımından neden en uygun araç olduğunu da açıklamak durumundadırlar.⁷⁶⁶ Bu bakımdan Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için ekonomik ve yasal önlemlerin yanı sıra idari, sosyal ve eğitici nitelikte önlemlerin de alınması gerektiğinin ifade edilmesi, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları (travaux préparatoires) ile uyumlu olduğu gibi,⁷⁶⁷ 3 No’lu Genel Yorum ile de teyit edilmektedir.⁷⁶⁸

Sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin olarak devletlerin Sözleşme’de yer alan hakları gerçekleştirmek amacıyla yargısal önlemler alma yükümlülüğü olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur. Sosyal hakların medeni ve siyasi haklara göre “yoksul” ya da “ikinci sınıf” haklar olarak görülmesi anlayışını pekiştiren İkiz Sözleşmelerin 2. maddelerinin farklı şekilde kaleme alınmasından da yargısal önlemlerin alınması gerekliliği devletler tarafından uzun süre göz ardı edilmiştir. Ancak artık günümüzde “insan haklarının bütünselliği” anlayışı çerçevesinde ulusal üstü insan hakları hukukunda geline nokta, ESKHS’de de yer alan sağlık, barınma ve beslenme gibi pek çok sosyal hakkın yargı önünde ileri sürülebilmeleri bakımından teorik ve pratik olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁷⁶⁹ Bu nedenle, devletlerin MSHS’de öngörüldüğü gibi, ESKHS’de tanınan hakların ihlali

⁷⁶⁵ M. Langford, J. A. King, a.g.e., s.489.

⁷⁶⁶ General Comment No: 3, para. 4.

⁷⁶⁷ P. Alston, “International Law and the Right to Food” The Right to Food, (Ed. P.Alston Philip, K.Tomaševski) SIM, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 38.

⁷⁶⁸ General Comment No: 3, para. 7. Bkz. R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.18.

⁷⁶⁹ Bkz. Malcolm Langford “Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness”, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, (Ed. Eibe, Riedel, Gilles Giacca, Christophe Golay), Oxford: Oxford, Oxford University Press, 2014; David Marcus, “The Normative Development of Socioeconomic Rights Through Supranational Adjudication” **Stanford Journal of International Law**, Vol:42, s. 57.

durumunda da bireylerin başvurabilecekleri yargısal ve idari başvuru yolları tanınmaları, alınması gereken önlemler arasında düşünülmelidir.⁷⁷⁰ Sözleşme'nin ulusal hukukta nasıl uygulanması gerektiğini ortaya koyan 9 No'lu Genel Yorum'da da ESKHK, Sözleşme'de tanınan hakların ihlali durumunda hakkı ihlal edilenlerin başvurabilecekleri idari ve yargısal başvuru yollarının olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁷⁷¹ Hakkı ihlal edilen bireylerin başvurabilecekleri hiçbir mekanizmanın olmaması durumunda, alınan diğer tedbirlerin de anlamını yitireceğini söylemek mümkündür.⁷⁷²

Sonuç olarak, aşamalı gerçekleştirme ilkesi, Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak sağlanmasının zaman içerisinde mümkün olabileceğini, devletlerin ekonomik gerçeklerini göz önünde bulundurmak suretiyle kabul etse de önlem alma yükümlülüğü *derhal* yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması bakımından mevcut durumun altına düşülüp düşülmediğine, aksine mevcut koruma düzeyinin zaman içerisinde haklardan yararlanan birey sayısının tüm toplumsal kesimleri kapsayacak biçimde artırılıp arttırılmadığına bakılması gerekmektedir.⁷⁷³

iv) Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, devletlerin *derhal* yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerden biri olup Sözleşme'nin 2. maddesinde de ayrıca düzenlenmiştir.⁷⁷⁴

“Bu Sözleşme'ye taraf devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasal ya da başka bir fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.”

ESKHS'deki ayrımcılık yasağına ilişkin bu hükümlerin, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin olarak kabul edilen Limburg İlkeleri ile birlikte okunması yerinde olacaktır. Limburg İlkeleri'nde ayrımcılık yasağı de jure ve de facto ayrımcılığa dikkat çekilmek suretiyle detaylı

⁷⁷⁰ Maastricht Guidelines, para. 22-23.

⁷⁷¹ CESR General Comment No: 9, The Domestic Application of the Covenant, Adopted at the Nineteenth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/24 3 December 1998), para. 9-10.

⁷⁷² ESKHS'de tanınan haklar bakımından, hakkı ihlal edilenler için başvuru mekanizmaları sağlanması gerektiği hususu BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri tarafından da altı çizilen bir husustur. Bkz. OHCHR, Report of the High Commissioner for Human Rights, para. 33. Aktaran: R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.23.

⁷⁷³ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.24.

⁷⁷⁴ Ayrımcılık yasağının Sözleşme bağlamında ne şekilde yorumlandığına ilişkin olarak ayrıca bakınız CESR General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) UN. Doc.E/C.12/GC/20 (2009).

bir şekilde ele alınmıştır.⁷⁷⁵ İlgili İlkeler göre: “Devletler, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanılmasını etkileyen icrai fiiller ve ihmal suretiyle yapılan fiiller de dahil olmak üzere, ayrımcı yasaları, düzenlemeleri ve uygulamaları gecikmeksizin yürürlükten kaldırmak suretiyle de jure ayrımcılığı ortadan kaldıracaklardır... Kaynak yoksunluğu nedeniyle ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit olmayan bir biçimde yararlanma sonucunu doğuran de facto ayrımcılık mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmelidir.”⁷⁷⁶

De jure ve de facto ayrımcılığın kaldırılabilmesi, hem de ayrımcılığa yol açan yasal düzenleme ve idari uygulamaların kaldırılmasını⁷⁷⁷, hatta ayrımcılıkla mücadeleye hedefleyen özel yasalar hazırlamasını, hem de mevcut eşitsizlik durumu ortadan kaldırılınca kadar pozitif önlemler alınmasını gerektirmektedir.⁷⁷⁸ Ayrımcılık bazen tarihi bazen ise sosyo-kültürel nedenlerden doğmaktadır. Bu bağlamda devletlerin özellikle de toplumdaki kırılgan ve dezavantajlı bireylerin haklarını koruyucu önlemler almasını gerekli kılmaktadır.⁷⁷⁹

Ayrımcılık yasağının, Sözleşme’nin 3.maddesinde cinsiyetler arası eşitliğe vurgu yapılarak da ayrıca düzenlenmiş olduğu görülmektedir: “Bu Sözleşme’ye taraf devletler, bu Sözleşme’de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler.”

Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması bağlamında kadın-erkek eşitliğinin ayrı bir önem taşıdığını söylenebilecektir. Birçok toplumda halen süregelen geleneksel ataerkil uygulamalar, kadınların erkeklere göre birçok sosyo-ekonomik haktan yararlanmakta daha dezavantajlı konumda olduklarını göstermektedir. Örneğin, gıda hakkı bakımından bazı ülkelerde kadınlar ve kız çocukları halen, ancak hanedeki erkekler karınlarını doyurduktan sonra yemek yiyebilmekte, mülkiyet ve miras haklarından mahrum bırakıldıkları için gıda üretimi dahil olmak üzere geçimlerini sağlamak için gerekli olan kaynaklara erişim imkanından yoksun bulunmaktadır.⁷⁸⁰ Pek çok ülkede süregelen ekonomik, sosyal ve yapısal eşitsizlikler

⁷⁷⁵ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.28.

⁷⁷⁶ Limburg Principles, para. 37-38.

⁷⁷⁷ Limburg Principles, para. 37.

⁷⁷⁸ Limburg Principles, para. 38.

⁷⁷⁹ General Comment 3, para. 12; General Comment 12, para. 26 ve 28.

⁷⁸⁰ BM Gıda Hakkı Raportörü Hilal Elver’in gıda hakkından yararlanma bakımından kadınların bu dezavantajlı durumlarını detaylı bir şekilde ele alan ve çözüm için devletlerin cinsiyete duyarlı (gender-sensitive) politikalar üretmesi gerektiğine dikkat çeken değerlendirmeleri için bkz. Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Human Rights Council Thirty-first session Agenda item 3 Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/31/51, 14 December 2015. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/26/PDF/G1529326.pdf?OpenElement>, E.T. 16.11.2017.

açlığın kadın nüfusunu erkeklere nazaran daha çok etkilemesine neden olmaktadır.⁷⁸¹ Benzer biçimde, eğitim hakkı, çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, sosyal güvenlik hakları gibi diğer sosyo-ekonomik haklardan yararlanmakta kadınların toplum içinde dezavantajlı durumda oldukları örnekleri çoğaltmak mümkündür.⁷⁸²

Bu haklardan mahrum bırakılan kadınların maddi yoksunluk içinde kalmaları, kadınların diğer insan haklarından yararlanma kapasitelerini de zayıflatmaktadır. Günümüzde süregelen bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için, kadınların sosyo-ekonomik haklarını kullanmaları önündeki yasal ve pratik engellerin ortadan kaldırılması uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'den (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women- CEDAW) doğan yükümlülüklerle beraber ele alınmalıdır.⁷⁸³ Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı, ayrımcı yasaların yürürlükten kaldırılması ile birlikte, gerekli hallerde mevcut durum düzeltilene kadar pozitif ayrımcılık önlemlerinin alınmasını da gerekli kılabilir. Ayrımcılık yasağı, aşamalı sağlama kavramının sınırlarını anlamak bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Bu çerçevede ayrımcılık yasağı, hakların sağlanması bakımından toplum içinde var olan yasal ve fiili ayrımcılıkların ortadan kaldırılması için devletlere *derhal etki* doğuran yükümlülükler yüklemekte olup, aşamalı sağlama kavramının sınırlarını netleştirmektedir.⁷⁸⁴

v) Uluslararası İş Birliği

Pogge'ye göre, sosyal hakların büyük oranda gerçekleştirilemediği var olan uluslararası düzende, güçlü ülkeler milyarlarca kişinin insan haklarını ihlal etmektedir.⁷⁸⁵ Uluslararası iş birliği yükümlülüğü, üçlü yükümlülük (saygı gösterme, koruma, gerçekleştirme) tipolojisi bağlamında değerlendirilebilecektir. Saygı gösterme yükümlülüğü, taraf devletlerin diğer ülkelerde hakların gerçekleştirilmesini engelleyecek tasarruflardan kaçınmalarını; koruma yükümlülüğü, taraf devletlerin diğer kuruluşların, örneğin şirketlerin diğer bir ülkedeki bireylerin haklarını kullanmalarına saygı göstermelerini sağlamalarını; gerçekleştirme yükümlülüğü ise, taraf devletlerin diğer taraf devletlere sağladığı yardım miktarının belirli bir

⁷⁸¹ Report of the Special Rapporteur on the Right to Food.

⁷⁸² R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.30.

⁷⁸³ Maastricht Guidelines, para. 12.

⁷⁸⁴ R. İ. Akbulut Peerzada, a.g.e., s.30.

⁷⁸⁵ Thomas Pogge, "Access to Medicine", **Public Health Ethics**, Vol: 1, No: 2, 2008, s.75.

düzeyin altına düşmemesini ifade eder.⁷⁸⁶ Bu yükümlülüğün öznesi, ekonomik açıdan daha güçlü olan ülkeler iken, muhatabı az gelişmiş ülkelerdir.⁷⁸⁷

ESKHK, uluslararası iş birliği yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını 3 No’lu Genel Yorumu’nda saymıştır. Komite’ye göre bunlar, Sözleşme’nin yanı sıra, BM Şartı md. 55 ve 56 ile “uluslararası hukukun yerleşik ilkeleri”dir. Bu bağlamda Komite, devletlerin başka devletlere yardım etme yükümlülüğüne ilişkin 1969 tarihli Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi’ne⁷⁸⁸ de göndermede bulunmaktadır.⁷⁸⁹

ESKHS’nin 22.maddesinde sosyal hakları gerçekleştirme konusunda zorluklar yaşayan taraf devletlerin uluslararası teknik yardım ve iş birliği yoluna başvurabileceği ifade edilmektedir. Yine, Limburg İlkeleri çerçevesinde de, taraf devletler Sözleşme’deki hakları tam olarak gerçekleştiremeyecek durumda ise, söz konusu hakları aşamalı gerçekleştirme programı için uluslararası yardım ve iş birliğini kabul etmelidir. Böylesi harici bir yardım, yine Limburg İlkeleri’nde de belirtildiği üzere, devletlerin erişilebilir kaynakları arasında yer alır. Kısacası, taraf devletler sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerini karşılayamıyorlar ve uluslararası yardım da mevcut ise, bir soyutlama politikası benimsemeleri kabul edilemez.⁷⁹⁰ Uluslararası yardım ve iş birliği taahhüdü iki boyutludur: Buna göre yeterli kaynak ve araçları olan devletler de diğer devletlere yardım etme yükümlülüğü altındadır; aksi halde söz konusu ihmallerinden ötürü sorumlu tutulabileceklerdir.⁷⁹¹

Komite’nin 2 No’lu Genel Yorumu da uluslararası teknik yardım tedbirlerine ilişkindir.⁷⁹² Buna göre, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Komite’nin de yardımı ve önerileri çerçevesinde, Sözleşme’nin daha etkin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla uluslararası teknik yardım taleplerinin gerekli olup olmadığına karar verir. Teknik yardım sunabilecek kuruluşlar, uluslararası kalkınma ve işbirliği alanında görev yapan İnsan Hakları Komisyonu, Sosyal Kalkınma Komisyonu, BM Kalkınma Fonu, UNİCEF gibi BM kuruluşlarını; Dünya

⁷⁸⁶ M. Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Great Britain: Clarendon Press, 1998, s.147-150.

⁷⁸⁷ İzzet Mert Ertan, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE, 2014, s.91.

⁷⁸⁸ M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, 2.Cilt, Uluslararası Sistemler**, İstanbul: Legal Yay., 2010, s.1135-1158.

⁷⁸⁹ General Comment No: 3, para.14.

⁷⁹⁰ Limburg Principle 40.

⁷⁹¹ Limburg Principle 46.

⁷⁹² CESR General Comment No:2, International Technical Assistance Measures (Art.22), UN Doc. E/1990/23, 1990.

Bankası, IMF gibi kuruluşları ve ILO, UNESCO, Dünya Sağlık Örgütü gibi uzmanlık kuruluşlarını kapsar.⁷⁹³

Komite, söz konusu uluslararası kalkınma ve iş birliği kuruluşlarının faaliyetleri çerçevesinde iki hususun üzerinde durmaktadır⁷⁹⁴: Öncelikle, insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı birbirine bağımlılığının göz önüne alınması ile uluslararası kuruluşların sosyal haklara ilişkin uluslararası standartlara aykırı projelerden kaçınmalarıdır. İkinci olarak ise, kalkınma alanındaki faaliyetlerin insan hakları alanında ters yönde etkiler doğurmaması için ESKHS’de yer alan tüm hususların dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.⁷⁹⁵ Komite, ayrıca, devletlerin üzerindeki borç yüklerine ilişkin uluslararası tedbirlerin ve yapısal uyum programlarının uygulanması sırasında da sosyal hakların öncelikli olarak göz önüne alınması gerektiğini vurgular; hatta gerekiyorsa devletin borçtan büyük oranda kurtarılabilceğini ifade eder.⁷⁹⁶

vi) Asgari Öz/ Çekirdek Yükümlülükler

Aşamalı gerçekleştirme olgusu ele alınırken de belirtildiği üzere, ESKHS’nin 2.maddesinin birinci fıkrası, sosyal hakların mali kaynaklara bağlı ve aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek haklar olarak düzenleyerek taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. MSHS’deki derhal gerçekleştirme ile karşılaştırıldığında, aşamalı gerçekleştirmenin daha esnek ve gevşek bir yükümlülük yüklediği belirtilebilecek ise de, yukarıda da ifade edildiği üzere, ESKHK’nin 3 No’lu Genel Yorumu bunun aksini ifade etmektedir.

Komite, bu bağlamda devletlerin içinde bulundukları ekonomik ve sosyal gelişme seviyesi çerçevesinde önceliklerini tespit ederek Sözleşme’deki hakları aşamalı olarak gerçekleştirmelerini kabul etmekle birlikte, aşamalı gerçekleştirilmeyi beklemeyip derhal yerine getirilmesi gereken asgari öz/ çekirdek (minimum core) yükümlülükler belirlemiştir.⁷⁹⁷

⁷⁹³ CESR General Comment No:2, para. 1-2.

⁷⁹⁴ Ö. Yücel Dericiler, a.g.e., s.170.

⁷⁹⁵ CESR General Comment No:2, para. 4-7.

⁷⁹⁶ CESR General Comment No:2, para.9.

⁷⁹⁷ Manisuli Ssenyonjo, “Reflections on state obligations with respect to economic, social and cultural rights in international human right law”, **The International Journal of Human Rights**, 15 (6), 2011, s.977. Ayrıca bkz. K. Arambulo, **Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Practical Aspects**, Antwerp: Intersentia, 1999, s.136-141; A. Eide, “Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach”, **Human Rights Law Journal**, Vol: 10, 1989, s.43-47.

Bu yaklaşım medeni ve siyasi hakların sınırlandırılmasında kullanılan hakkın özüne dokunmama ilkesinin bir yansıması olarak geliştirilmiştir. Bilindiği üzere, hakkın özü/ çekirdeği kavramı medeni ve siyasi hakların sınırlandırılması rejimi çerçevesinde, “sınırlamanın sınırı ölçütü” olarak işlev görmektedir.⁷⁹⁸ Medeni ve siyasi haklar alanı için geliştirilen hakkın özü kavramı, hakkın sınırlandırılmasının ölçütü olarak kullanılırken, asgari öz/ çekirdek yükümlülükler, sosyal haklar açısından hakkın olmazsa olmazı olarak görülmektedir. Bütün insan hakları gibi, sosyal hakların da gerçekleştirilmemesi ya da müdahale edilmemesi durumunda varlık sebebinin ortadan kalkacağı unsurları bulunmaktadır.⁷⁹⁹

Asgari öz/ çekirdek üç farklı şekilde yorumlanabilir:⁸⁰⁰ İlk olarak asgari özün sosyal hakların mutlak bir temelini oluşturduğu ve buradan hareketle, insan onuru, eşitlik, özgürlük ve temel ihtiyaçlarla ilişkili olduğu söylenebilir. İkinci olarak bu yaklaşım tüm sosyal tarafların ve devletin asgari olarak yerine getirmesi hususunda üzerinde anlaştığı bir düzey anlamında kullanılabilmektedir. Son olarak hakkın kendisinden ziyade haktan kaynaklanan yükümlülükleri ifade ettiği belirtilebilecektir.⁸⁰¹

ESKHS, genel yorumları ile Sözleşme’de yer alan çeşitli hakların getirdiği asgari öz/ çekirdek yükümlülükleri belirleyerek taraf devletlerin yerine getirmekten kaçınamayacağı, gerçekleştirilmemelerinin hiçbir şekilde haklı görülemeyeceği asgari öz/ çekirdek yükümlülük alanları oluşturmuştur.⁸⁰²

Komite, öz/ çekirdek yükümlülükler kategorisini yaratarak Sözleşme sisteminde iki önemli gelişmeye yol açmıştır: İlk olarak sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesini haklılaştıran kaynakların elverişliliği ve aşamalı gerçekleştirme kayıtlarının alanını daraltmıştır. Bir taraf devletin asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerini yerine getirememesini mevcut kaynakların yetersizliğine dayandırabilmesi için o devletin yetki alanı dahilindeki tüm kaynakları kullanmak için her türlü çabayı harcadığını göstermesi gerekmektedir.⁸⁰³

İkinci olarak da, ilk gelişme ile bağlantılı bir şekilde, sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sözleşmenin ihlali tespitiyle karşılanmasına imkan tanımıştır. Bu iki

⁷⁹⁸ İ. Mert Ertan, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/ Çekirdek Yükümlülükler”, s.85.

⁷⁹⁹ Esin Örüçü, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, (Ed. Tom Campbell), Great Britain: Basil Blackwell, 1986, s.37-59.

⁸⁰⁰ Katharina G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, **The Yale Journal of International Law**, 33, 2008, s.116.

⁸⁰¹ K. G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, s.124.

⁸⁰² İ. Mert Ertan, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/ Çekirdek Yükümlülükler”, s.85.

⁸⁰³ L. Uyar, a.g.e., s. 140.

olumlu sonucun yanı sıra, bu yükümlülük kategorisinin Komite'nin taraf devletlerin sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespitinde daha kesin ve net değerlendirmeler yapmalarına imkan sağlaması sonucunu doğurabileceği de ileri sürülebilecektir.⁸⁰⁴

Öz/ çekirdek yükümlülükler, ESKHS'nin etkinleştirilmesi için yaşamsal öneme sahiptir. ESKHK de söz konusu yükümlülük kategorisini geliştirdiği 3 No'lu Genel Yorumu'nda, Sözleşme'nin taraf devletlere asgari öz/ çekirdek yükümlülük yüklediği şeklinde okunmasının Sözleşme'yi varlık sebebinden yoksun bırakmak anlamına geleceğini belirterek söz konusu kategorinin ESKHS bakımından önemini ortaya koymuştur.⁸⁰⁵

Komite, 3 No'lu Genel Yorumu'nda, Sözleşme'nin 2.maddesinin birinci fıkrasının taraf devletlere, "Sözleşme'de tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için", gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünü getirdiğini vurgulamıştır.⁸⁰⁶ Aşamalı olarak gerçekleştirme ifadesi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kısa bir süre içinde gerçekleştirilemeyeceğinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Komite'ye göre bu ibare hakların giderek artan bir şekilde gerçekleştirilmesi yükümlülüğünün içini boşaltacak şekilde değil, Sözleşme'nin genel hedefi olan hakların tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır.⁸⁰⁷ Taraf devletlerden beklenen, imkanları ölçüsünde aşamalı olarak yükümlülüklerini gerçekleştirmeleridir.

Her bir sözleşmesel hakkın taraf devletlere derhal gerçekleştirilmesi gereken öz/ çekirdek yükümlülükler içerdiğini benimseyen Komite, böylelikle taraf devletlerin kaynakların elverişliliğine tabi olmayan ve derhal yerine getirilmeleri gereken sözleşmesel yükümlülük kategorisini genişletmiştir.⁸⁰⁸ Komite, yoğun kaynak kullanımına ihtiyaç duymayan kadın-erkek eşitliği, eşit işe eşit ücret, örgütlenme özgürlüğü, çocukların korunması, emek hakları ve eğitim konularındaki hakların derhal uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir.⁸⁰⁹ Örneğin, ESKHK 3 No'lu Genel Yorumunda eğitim hakkıyla ilgili olarak ayrımcılığa maruz kalmamanın

⁸⁰⁴ Steven D. Jamar, "The International Human Right to Health, *Southern University Law Review*, Vol: 22, 1994-1995, s.3.

⁸⁰⁵ CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations (Art. 2, para. 1), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C. 12/1990/8, 14.12.1990, para. 10.

⁸⁰⁶ Lerna Uyar, **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları- İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, No: 145, s.140.

⁸⁰⁷ L. Uyar, a.g.e., s.140.

⁸⁰⁸ İzzet Mert Ertan, "Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/ Çekirdek Yükümlülükler", s.86.

⁸⁰⁹ L. Uyar, a.g.e., s.138.

zaman içinde gerçekleşen veya kaynakların tahsisine bağlı olmayan, derhal yerine getirilmesi gereken bir hak olduğunu vurgulamıştır.

Öz/ çekirdek yükümlülüklerin açık bir normatif dayanağı esasen bulunmamaktadır. Söz konusu kavram, ESKHK kararlarında yer almasının yanı sıra, uluslararası öğretide de ele alınmıştır. Öz/ çekirdek yükümlülükler kategorisine normatif bir dayanak bulunması şu açıdan önemlidir: Bu yükümlülüklerinin yerine getirilememesi, taraf devletler açısından hiçbir şekilde haklılaştırılamamaktadır. Hakkın özü/ çekirdeği, medeni ve siyasi haklarda olduğu gibi, ESKHS bakımından da hakkın uygulanmamasının sınırını oluşturmaktadır.

Öğretide bir görüş, ESKHS’de yer alan hakkın özüne 4.madde ile işlev kazandırılabilceğini ileri sürmüştür.⁸¹⁰ Bu bakımdan, bu maddede sayılan sınırlamanın sınırı ölçütlerinden biri olan “hakkın niteliği”, hakkın özü ya da temel özelliği olarak yorumlanmalıdır. Benzer bir ifadeye Limburg İlkeleri’nde de rastlanmaktadır. Buradaki ilkeler 3 No’lu Genel Yorumdan üç yıl önce hazırlanmıştır. Limburg İlkeleri uyarınca “bu hakların niteliğiyle bağdaşabilir kayıtlama, bir sınırlamanın ilgili hakkın temel özelliğini (essence) tehlikeye atacak şekilde yorumlanmayacak ya da uygulanmayacak olmasını gerektirir.”⁸¹¹

Asgari öz/ çekirdek yükümlülükler kavramsallaştırmasıyla Komite, Sözleşme yükümlülüklerini mevcut kaynaklar ve aşamalı gerçekleştirmeye bağlayan sınırlandırmaları azaltmakta, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit etmeyi kolaylaştırmakta; medeni ve siyasi haklarda olduğu gibi, ESKHS’de de hakkın yerine getirilmemesinin sınırını çizebilmektedir.⁸¹²

Asgari öz/ çekirdek kavramının temelinde bazı ihtiyaçların karşılanmasının diğerine göre aciliyet ve öncelik taşıdığı düşüncesi yer almaktadır. Örneğin, evsiz olup sokaklarda yaşayanlar için bir barınma imkanı sunmak barınma hakkının asgari özünü oluşturmaktadır.

Komite, sosyal haklar için iki temel asgari düzey öngörmektedir. Bunlardan ilki asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerken, ikincisi bu hakların onurlu bir yaşam için gerekli olan yeterlilik düzeyinde karşılanmasıdır.⁸¹³ Hakkın asgari özü/ çekirdeği somutlaştırılabildiğinde sorulacak

⁸¹⁰ Fons Coomans, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, **The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Fons Coomans, Fried van Hoof), Utrecht: SIM Special, No:18, 1995, s.17.

⁸¹¹ Limburg Principles, “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 9, No.2, 1987, para. 56, s. 129.

⁸¹² İ. M. Ertan, a.g.e., s.92, 93.

⁸¹³ Gillian MacNaughton, “Beyond A Minimum Threshold: The Right to Social Equality”, **The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview**, (Ed. Lanse Minkler), New York: Cambridge University Press, 2013, s.284.

en temel sorulardan biri asgari özün/ çekirdeğin hak sahibinin temel ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığıdır. Bu soru gerekli ama yeterli olmayan bir yaklaşımı simgelemektedir. Sorunun aslında insan olmak ne anlama gelir, onurlu bir yaşam sürdürmek nedir şeklinde genişletilmesi uygun olacaktır.⁸¹⁴ Asgari özün/ çekirdeğin sadece biyolojik veya fiziksel anlamda hayatta kalmaya yetecek temel ihtiyaçlara odaklanması sorunlu bir bakış açısıdır, çünkü hakların temelinde yer alan insan onuru kavramını göz ardı etmektedir. Sokaklarda yaşayan, karnını zar zor doyurabilen birinin yaşamının insan onuruna uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Kısacası, asgari öz/ çekirdek, temel biyolojik ihtiyaçların yanı sıra insan onuruna uygun bir yaşamın sağlanması için gerekli en az düzeyi de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

Hakkın asgari özüne yapılan vurgu, asgari fiziksel varlığın güvence altına alınması şeklinde anlaşılırsa MSHS ve ESKHS'nin başlangıçlarında güvencelenen hakların insan onuru için gerekli olduğuna dair yaklaşım da zayıflamış olacaktır. Çünkü İkiz Sözleşmelerin ve İHEB'in amacı sadece asgari düzeyde bazı hakları korumak değildir.⁸¹⁵ Örneğin, ESKHS, 2.maddesinin birinci fıkrasında, "... mevcut kaynakların azamisini kullanarak ... hakların tam olarak kullanılmasını..." md. 11/1'de "... yaşam koşullarını sürekli geliştirme...", md. 12/1'de "... ulaşılabilecek en yüksek", "tam olarak gelişmesine" ibareleri buna işaret etmektedir. Bütün bunları dikkate alıp bir örnek vermek gerekirse barınma hakkı sadece hava koşullarından korunmayı sağlayacak bir asgari düzeyi değil; güvenlik, mahremiyet ve diğer sosyal işlevleri karşılayacak bir düzeyi de içermelidir. Bu durumu dikkate alan ESKHK de asgari öz/ çekirdek yükümlülükler yerine sadece öz/ çekirdek yükümlülükler kavramını kullanmaya başlamıştır.⁸¹⁶

Sonuç olarak, ESKHK'nin bir standart olarak kabul ettiği öz/ çekirdek yükümlülükler doktrini, sosyal hakların hukuki korumadan yararlanması bağlamında iki noktada işlev görebilir: Ek Protokol ile birlikte işlemeye başlayacak olan bireysel başvuru usulü bakımından Komite'nin ihlal tespitinde bulunabileceği bir alan yaratılmış olmaktadır.

Bunun yanı sıra, bu doktrin ESKHS'de yer alan "aşamalı gerçekleştirme" ilkesinin etkisini zayıflatan bir araç olarak kullanılabilir. Bu bakımdan öz/ çekirdek yükümlülükler, derhal gerçekleştirmeye tabi olan sözleşmesel yükümlülük alanının genişlemesinde bir hareket noktası olabilecektir.⁸¹⁷

⁸¹⁴ K. G. Young, a.g.e., 2008, s.133.

⁸¹⁵ Gillian MacNaughton, "Beyond A Minimum Threshold: The Right to Social Equality", **The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview**, (Ed. Lanse Minkler), New York: Cambridge University Press, 2013, s. 281.

⁸¹⁶ K. G. Young, **Constituting Economic and Social Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2012, s.75.

⁸¹⁷ İ. M. Ertan, a.g.e., s.100.

Asgari öz/ çekirdek yükümlülük doktrinine ilişkin öğretide çeşitli yönlerden eleştiriler de yapılmıştır. Örneğin Porter, bu yaklaşımın teorik temellerinin sağlam olmadığına işaret etmiştir.⁸¹⁸ Yazar, medeni ve siyasi haklar da dahil olmak üzere, günümüzde insan haklarının temellerine ilişkin daha modern kavramlar ve insan haklarının tarihsel bağlamı da göz önüne alındığında, söz konusu yaklaşımın uyumsuz olduğunu, hak sahiplerinin özellikle de insan onuru ile bağlantılı olan hakları bakımından gündeme gelebilecek olan “asgari” yorumu tartışabileceklerini belirtmiştir.

Bir başka eleştiri de, daha çok uygulamaya dönük olarak, her bir hakka ilişkin asgari yaşamsal düzeyin belirlenebilirliği hususundadır. Craven, bu bağlamda Komite’nin uluslararası düzeyde asgari bir eşik belirleyip belirleyemeyeceğini sorgulamaktadır.⁸¹⁹ Bazı genel yorumlar aracılığıyla belli bir derecede asgari öz somutlaştırılmaya çalışılmakla birlikte (örneğin, belirli bir ilaç ya da hizmete erişimin sağlanması gibi), genellikle bu alanda detaylı ifade ve nitelermelerden kaçınıldığı görülmektedir. Bu alanda daha çok sonuç gözlemlerinde belirli bir bağlamda değerlendirmelerde bulunulduğu gözlemlenmektedir.

Komite, devletin asgari düzeyleri (yoksulluk sınırı ya da yardımların düzeyi gibi) belirleyip belirlemediği üzerinde odaklanmakta ve buradan hareketle bu düzeylerin makuliyetlerini ve uygulanabilirliklerini irdelemektedir. Bu noktada Porter şu eleştiriye de getirmektedir: Ulusal alanda, asgari öz yükümlülük kavramı, sosyal hakların yargısallaştırılmasının aleyhinde hükümetler tarafından bir silah olarak kullanılabilir. Bunu yaparken de özellikle şu gerekçeye dayanılmaktadır: Evrensel düzeyde uygulanabilecek, üzerinde anlaşmaya varılmış ve açıkça tanımlanmış bir yoksulluk sınırını ya da düzeyini belirlemek konusunda uzmanlar yetersiz kalmaktadır, bu durum da mahkemelerin bu politika alanına müdahale edemeyeceğinin bir kanıtıdır.⁸²⁰ Örneğin, diğer bölümde ele alınacağı üzere Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de konut hakkı bağlamında ihtiyaçların ve grupların çeşitliliği bağlamında asgari düzeyin belirlenmesinin zorluğu karşısında asgari öz yükümlülüğü kavramına dayanmamayı tercih etmiştir: Başvurucuların bazılarının araziye, bazılarının hem araziye hem de konuta, bazılarının ise mali desteğe ihtiyacı vardır. Bununla birlikte Sandra Liebenberg’in de belirttiği üzere, Mahkeme’nin hakkın aşamalı gerçekleştirilmesi çerçevesinde uygulamış olduğu makuliyet testi aynı zamanda yaşamsal ihtiyaçları da kapsayacak şekilde

⁸¹⁸ B. Porter, “The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It”, **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. J. Squires, M. Langford, B. Thiele), Sydney: Australian Human Rights Centre and University of NSW Press, 2005, s.48-55.

⁸¹⁹ Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, s.143.

⁸²⁰ B. Porter, “The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It”, s.51.

düşünülebilecek, asgari öz yaklaşımı ile birlikte uyarlanabilecektir. Bu bağlamda, belli asgari koşulları ve durumları karşılayamayan hükümet programlarının makuliyet testinden de geçemeyeceği söylenebilecektir.⁸²¹

Bir sosyal hakkın dava edilebilir olması için en azından asgari özün/ çekirdeğinin belli bir belirlilik ve kesinlik içermesi yararlı olacaktır. Öte yandan, sırf dava edilebilirliği göreceli olarak kolay diye sosyal hakların asgari özünün/ çekirdeğinin vurgulanmasının bu hakların negatif yönlerini ön plana çıkarırken pozitif yükümlülükler boyutunu ikinci plana atma riski içerdiği de ileri sürülmüştür.⁸²² Asgari özün/ çekirdeğin vurgulanması, bu özün sağlanması halinde hakkın tamamen gerçekleştirildiği anlamına gelmemelidir ama uygulamada böyle bir tehlike söz konusudur. Asgari özün/ çekirdeğin ne olduğu haktan hakka değişebilmektedir ve her hak için belirlenebilmesi çeşitli güçlükler içermektedir. Örneğin, eğitim hakkının asgari özünün/ çekirdeğinin herkese ücretsiz zorunlu temel eğitim sağlamak olduğu konusunda bir uzlaşma oluşmuştur ama sağlık hakkı açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Sağlık veya sosyal güvenlik haklarında kimin en kötü durumda olduğu veya önceliği hak ettiğini tespit etmek çok zordur. Örneğin sağlık hakkının asgari özünü/ çekirdeğini sağlık hizmetlerine erişim oluşturmakla birlikte, ciddi sağlık sorunları olanlar için pahalı tedavi olanaklarının sürekli erişilebilir olması da bu hakkın özünü/ çekirdeğini oluşturabilecektir.

Asgari öz/ çekirdek durağan, değişmez bir özellik taşımamakta; yeni gelişmeler ve durumlarla değişebilmektedir. Asgari özün/ çekirdeğin evrensel bir nitelik taşıyıp taşımadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Bu bağlamda zengin bir ülkedeki herhangi bir sosyal hakkın asgari öz/ çekirdeği ile fakir bir ülkedeki aynı hakkın asgari öz/ çekirdeği farklı olabilecektir.

Yine şu da belirtilebilir ki, asgari öz yükümlülükler, her bir somut olay bağlamında ve özelinde düşünülmeli; yeknesak, tek tip bir kavram olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin kaynakları daha bol bir ülke için Sözleşme'deki hakları gerçekleştirmek bakımından daha yüksek bir standart öngörülebilecektir. Başka bir deyişle, asgari yaşamsal seviye, kaynakların da izin verdiği ölçüde, gittikçe artan bir olgu olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin, açlıktan ölen kişilerin belirlenmesi bir ülkede asgari özü oluşturabilirken bir başka ülke açısından yetersiz beslenmenin ortadan kaldırılması asgari öz olabilir. Bu nüans, Komite'nin ulusal raporların değerlendirilmesindeki sonuç gözlemlerinde de göz çarpar. Özellikle de geçiş

⁸²¹ S. Liebenberg, "Enforcing Positive Social and Economic Right Claims: The South African Model of Reasonableness Review", **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. J. Squires, M. Langford, B. Thiele), Sydney: Australian Human Rights Centre and University of NSW Press, 2005, s.73-88.

⁸²²K. G. Young, a.g.e., 2008, s.161.

dönemi yaşamış olan ülkelerde, örneğin Komite Gürcistan'ın asgari emekli maaşı düzeylerinin yükseltilmesi gerektiğini belirtmiş ve asgari düzeyi mevcut durumun karşılamadığı gerekçesiyle eleştirmiştir.⁸²³ Kanada için ise herkes için yeterli bir yaşam düzeyini sağlayacak seviyede bir sosyal yardım sistemini kurması gerektiği ifade edilmiştir.⁸²⁴ Yine Senegal için de, toplumdaki marjinal ve dezavantajlı bireyler için oluşturulan bir sosyal güvenlik ağı olan 20/20 Girişimi'ne daha fazla fon ayrılması için uyarıda bulunmakla yetinmiştir.⁸²⁵ Bu bakımdan Komite daha gelişmiş olan devletlerden daha kapsamlı bir sosyal güvenlik ağı oluşturulmasını beklemektedir; sistem, herkes için yeterli bir yaşam standardını sağlamalıdır. Bununla birlikte, Komite ulusal raporların incelenmesi sonucunda varmış olduğu sonuçlar ile asgari öz yükümlükler doktrini arasında bir bağ kurmak konusunda yetersiz kalmıştır.⁸²⁶

ESKHK, 2007'de taraf devletlerin mümkün olabilen kaynakların azami düzeyde tahsisi için gerekli önlemleri alıp almadığının tespiti için bazı ölçütler geliştirmiştir: Devlet tarafından alınan tedbirler yeterli ve makul mü? Kaynakların tahsis edilip edilmemesi uluslararası insan haklarına uygun mu? Belli sosyal ve ekonomik hakların geliştirilmesi hedefi var mı? Devlet takdir yetkisini ayrımcılığa yol açmayacak şekilde kullanıyor mu? Hakkı en az düzeyde ihlal edecek alternatif politikaların varlığı tartışılmış mı? Mağdur birey ve grupların durumu ayrıntılı olarak ele alınmış mı?⁸²⁷ Komite, sosyal haklarla ilgili yükümlülüklerin taraf devletlerce yerine getirilip getirilmediğinin belirlenebilmesi için yeterlilik, temin edilebilirlik, erişilebilirlik ve kalite temelli bazı uluslararası göstergeler oluşturmaya çalışmakta ama veri toplama sistemlerinin eksik ve zaman alıcı olması ile ülkelerin bu konulardaki farklılıkları, karşılaştırılabilir uluslararası standartların oluşturulmasını zorlaştırmaktadır.⁸²⁸

Medeni ve siyasi haklar gibi sosyal haklar da mutlak olmayıp sınırlandırılabilir. ESKHK, ekonomik kriz, silahlı çatışma, doğal afetler ve genel kalkınmışlık düzeyini kaynakların varlığını etkileyen ve gerektiğinde hakların geriye götürülmesine neden olacak tedbirler alınmasını meşrulaştıracak gerekçeler olarak değerlendirilmektedir.⁸²⁹ ESKHS, 4.madde ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda sınırlamalar getirebileceğini ama bunu yapmak

⁸²³ Conclusions and recommendations of CESCR: Georgia, UN Doc E/C.12/1/Add.83, 2002, para.17.

⁸²⁴ Conclusions and recommendations of CESCR: Canada, UN Doc E/C.12/1/Add.53, 2001, para.9.

⁸²⁵ Conclusions and recommendations of CESCR: Senegal, UN Doc E/C.12/1/Add.62, 2001, para.12.

⁸²⁶ M. Langford, J. A. King, a.g.e., s.495.

⁸²⁷ Waruguru Kaguongo, "Resource allocation towards socio-economic rights: Lessons from domestic courts", **Human Rights Review**, 13, 2012, s.102.

⁸²⁸ Judith V. Welling, "International indicators and economic, social and cultural rights", **Human Rights Quarterly**, 33 (2), 2008, s.950, 951.

⁸²⁹ Amrei Müller, "Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights", **Human Rights Review**, 9(4), 2009, s.588.

isteyen taraf devletin bu sınırlamaların genel refahı geliştirmek amacıyla yapıldığını göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Kamu düzeni ve genel ahlak gibi sınırlama nedenleri genel refahı geliştirmek kavramının içinde değerlendirilmemektedir.⁸³⁰ Sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olarak hukuki bir temele dayanmaları, şeffaf ve erişilebilir olmaları, hakkın asgari özü/ çekirdeği ile çatışmamaları, sınırlamayla sağlanmak istenen genel refahı arttırmak amacıyla orantılı olmaları ve demokratik toplum düzeni için gereklilik ölçütlerini karşılaması beklenmektedir. Bu bağlamda Komite sağlık hakkıyla ilgili 14 No’lu Genel Yorumda, asgari öz/ çekirdek yükümlülükleri geriye götürecek şekildeki tedbirlerin alınmasının kabul edilemez olduğuna işaret etmiştir.⁸³¹ Hükümetlerin, ekonomik durgunluk ve kriz dönemlerinde sosyal hakların gerçekleştirilmesinde geriye götürücü sonuçlar doğuracak tedbirlerinin ESKHS ile uyumlu sayılabilmesi için ESKHK bir dizi ölçüt geliştirilmiştir. Bu ölçütler Komite başkanınca taraf devletlere 2012’de iletilen bir mektupta belirtilmiştir. Buna göre, tedbirlerin sadece kriz dönemiyle sınırlı geçici bir tedbir olması, uygulanmamasının uygulanmasıyla karşılaştırıldığında sosyal haklara daha çok zarar vermesi ve ayrımcılık doğurmaması gerekmektedir.⁸³²

vii) Örnek Haklar Bağlamında Hakların Özü

BM ESKHK’nin sosyal hakların özünü ortaya koyan yorum ve değerlendirmelerinin incelenmesi son derece önemlidir. Bu şekilde sosyal hakların içeriği somutlaştırılmakta ve yargısallaştırılması için önemli bir adım atılmaktadır. Burada çeşitli sözleşmesel haklara ilişkin olarak belirlenmiş olan öz/ çekirdek yükümlülükler irdelenecektir.

(a) Sağlık Hakkı

ESKHK’nin Genel Yorumundaki saptamasına göre sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükler şunlardır (para. 43):⁸³³

- Özellikle korunmasız ve dışlanmış gruplar için, sağlık tesislerine, ürünlerine ve hizmetlerine ayrımcı olmayan bir temelde erişim hakkının temin edilmesi,

⁸³⁰ A. Müller, a.g.e., 2009, s.600.

⁸³¹ L. Uyar, a.g.e., s.238.

⁸³² Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani, Christian Courtis, “Two step forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s.137.

⁸³³ CESCR, General Comment No:14, The right to the highest attainable standard of health, Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/ 2000/4, 11.08.2000, para. 43.

- Tüm sağlık tesislerinin, ürünlerinin ve hizmetlerinin eşit dağıtımının temin edilmesi,
- Herkesin açıktan korunmasını temin etmek üzere, yeterince besleyici ve güvenli olan asgari temel besinlere erişimin temin edilmesi
- Temel barınma, konut ve sanitasyona ve yeterli bir güvenli ve içilebilir su kaynağına erişimin temin edilmesi
- Temel İlaçlara İlişkin Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Eylem Planı çerçevesinde muhtelif zamanlarda tanımlanan temel ilaçların sağlanması

Dikkat edileceği üzere ESKHK'nin öngördüğü öz/çekirdek yükümlülükler WHO'nun ilk derece sağlık bakımı çerçevesinde belirlemiş olduğu temel unsurlarla büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Komite'ye göre de sağlık hakkının özü, sağlık bakımı ile sınırlı değildir ve sağlığın belirleyicilerini de içerir. Ayrıca Komite belirleyicilere barınma ve konutu da ekleyerek bu alanı daha geniş şekilde ele almış olmaktadır. Bunun yanı sıra Komite'nin saydığı ilk iki unsur ayrımcılık yasağı/eşitlik ilkesi ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla WHO'nun öngördüğü unsurlar ayrımcılık yasağı bakımından da geliştirilmiş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetlerine erişim, bir önkoşulu gerektirmektedir. Taraf devlet, sağlık hizmetlerini sağlayabilmek için bir dizi yatırımda bulunacak, faaliyetleri gerçekleştirecek, tedbirleri alacaktır. Bütün bunlar, ancak devlet bütçesinde sağlık hizmetleri kalemi için makul ve kayda değer miktarda tahsisatı gerektirmektedir. Bundan kasıt, özel olarak sağlık hizmetlerini sağlayacak mali kaynağın ayrılmasıdır. Devletlerin söz konusu çekirdek yükümlülükleri yerine getirmemelerini hiçbir şekilde haklılaştıramayacakları dikkate alındığında, bu mesele daha da önemli hale gelmektedir.

Özellikle dezavantajlı ve kırılgan gruplar için sağlık bakımına erişimin temin edilmesi öz/çekirdek yükümlülüğü devletin kaynaklarının yeterliliğinden bağıştır. Dolayısıyla da her şart altında devletten talep edilebilir ve yerine getirilmemesi sağlık hakkının ihlalini oluşturur.

Çekirdek/öz yükümlülüklerin, sağlık hakkının kapsamının sınırlı bir bölümüne tekabül ettiğine şüphe yoktur. Ancak söz konusu sınırlılık özneler bakımından geçerli değildir. Sağlık hakkına sahip tüm özneler aynı zamanda hakkın öz/çekirdek yükümlülüklerinden yararlanmaya hak sahibidirler. ESKHK içtihadında bu meselenin ayrıntılı olarak ele alınmış olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bununla birlikte saptanabilen tek örnek, yukarıdaki tespiti soyutlama yoluyla ulaşmaya imkan tanıyan veriyi sağlamaktadır. Söz konusu örnek kayıt dışı göçmenlerdir. Komite bir sonuç gözleminde taraf devlete kayıt dışı göçmenlere yönelik olarak

Sözleşme çerçevesindeki öz/çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmeyi ve, inter alia, sağlık hakkına ilişkin asgari temel seviyeyi temin etmeyi şiddetle tavsiye etmiştir.⁸³⁴ ESKHK'nin kayıt dışı göçmenler için göstermiş olduğu söz konusu yükümlülüklerden diğer hak öznelere mahrum bırakacağını ileri sürebilmek mümkün değildir. Yukarıda ayrımcılık yasağı bahsindeki içtihatların göz önüne alınması bu yönde bir çıkarsama yapmak için yeterli malzemeyi sağlamaktadır.

(b) Çalışma Hakkı

ESKHK'ye göre Sözleşme'nin 6.maddesinde düzenlenen çalışma hakkına ilişkin öz yükümlülük, çalışma yaşamında ayrımcılık yasağı ve eşit korumanın sağlanmasıdır.⁸³⁵ Bu yükümlülüğe ilişkin olarak taraf devletlerin asgari olarak şu gereklilikleri de yerine getirmesi gerekmektedir:

- Özellikle dezavantajlı ve toplum dışına itilmiş birey ve grupların işe erişim haklarının güvence altına alınması ve böylece onurlu bir şekilde yaşamalarının sağlanması,
- Toplumda dezavantajlı konumda olan ve toplum dışına itilmiş bireylerin ve grupların özel sektör ve kamu sektöründe ayrımcılık ya da eşit olmayan muamele ile karşılaşmaları sonucunu doğuracak veya bu bireyler ve gruplar için koruma mekanizmalarını zayıflatacak herhangi bir tedbirden kaçınılması;
- Tüm çalışanların beklentilerini karşılamaya yönelik, işveren ve işçi organizasyonlarını da içeren katılımcı ve şeffaf bir sürece dayalı ulusal istihdam stratejisi ve eylem planı kabul etmek ve uygulamak. Söz konusu istihdam stratejisi ve eylem planı özellikle dezavantajlı ve toplum dışına itilmiş birey ve grupları hedef almalı ve çalışma hakkı ile ilgili olarak kaydedilen aşamanın ölçülebileceği ve düzenli şekilde gözden geçirilebileceği göstergeler ve hedefler içermelidir.

Bunların yanı sıra Komite Genel Yorumunda uluslararası belgeler ile hakkın özünün iç hukukta uygulanması arasında bağ kurmaktadır. Buna göre çalışma hakkına ilişkin uluslararası belgelere taraf olunarak bunların iç hukuka dahil edilmesi hukuk yollarının kapsamını ve etkililiğini artırır. Bu durum da ulusal mahkemelere ESKHS'den doğan yükümlülükleri

⁸³⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 67-68, para. 324.

⁸³⁵ CESCR, General Comment No:18, The right to work, Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/ GC/18, 06.02.2006.

uygulayarak çalışma hakkının özüne dokunulması halinde ortaya çıkacak ihlalleri yargılayabilme imkanı tanıyacaktır.⁸³⁶

(c) Eğitim Hakkı

Eğitim hakkının önemi ve diğer haklarla olan ilişkisi, özellikle de dezavantajlı ve kırılgan gruplar için taşıdığı vazgeçilmez değer Komite'nin eğitim hakkına ilişkin Genel Yorumunda şu şekilde ifade edilmiştir: "Eğitim hem başlı başına ayrı bir insan hakkı hem de diğer insan haklarının gerçekleştirilmesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Güçlendirici bir hak olarak eğitim, ekonomik ve sosyal açıdan toplum dışına itilmiş olan yetişkin ve çocukların yoksulluktan kurtulup, topluma tam anlamıyla katkıda bulunma yollarını edinmelerini sağlayan araçtır. Eğitim, kadınların güçlendirilmesinde, çocukların tehlikeli işlerde çalıştırılmasının ve çocuk işgücünün sömürülmesinin ve cinsel sömürünün engellenmesinde, insan hakları ve demokrasinin geliştirilmesinde, çevrenin korunmasında ve nüfus artışının kontrolünde yaşamsal bir rol oynamaktadır. Eğitim, devletlerin gerçekleştirebileceği en iyi maddi yatırım olarak kabul edilmektedir. Ancak, eğitimin sadece pratik bir değeri yoktur: İyi eğitilmiş, aydınlanmış, özgürce ve engin düşünen aktif bir zihin insan yaşamının en değerli ödülllerinden biridir."⁸³⁷

ESKHS'nin iki maddesi, 13. ve 14. maddeler, eğitim hakkına ayrılmıştır. 13. madde, Sözleşme'deki en uzun madde ve eğitim hakkına dair uluslararası insan hakları hukukundaki en geniş kapsamlı maddedir. Komite, 14. maddeye dair (ilköğretime yönelik eylem planı) 11 No'lu Genel Yorumu kabul etmiştir. Komite'nin eğitim hakkına ilişkin kabul ettiği Genel Yorum ile 11 No'lu Genel Yorum birlikte ele alınmalı ve değerlendirilmelidir.

Genel Yorum çerçevesinde, her tür ve her düzeyde eğitimin birbiriyle bağlantılı ve şu niteliklere sahip olması gerektiği belirtilmektedir: Mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve uyarlanabilirlik.⁸³⁸

Komite'nin Sözleşme'nin 13.maddesinde yer alan eğitim hakkına ilişkin belirlemiş olduğu öz yükümlülükler ise şu şekildedir:

- Herkesin hiçbir ayırım gözetilmeden kamusal eğitim kurumlarına ve programlarına erişim hakkının sağlanması,

⁸³⁶ CESCR, General Comment No:18, The right to work, para. 49.

⁸³⁷ CESCR, General Comment No: 13, The right to education, E/CN.4/1999/49, para. 50.

⁸³⁸ CESCR, General Comment No: 11, The right to education, E/C - 12/199/4.

- Eğitimin 13. maddenin 1. paragrafında belirtilen hedeflere uygunluk göstermesi,
- 13. maddenin (2) (a) paragrafına uygun şekilde herkese ilköğretim olanağının sağlanması;
- Ortaöğretim, yükseköğretim ve temel öğretimi de kapsayan bir ulusal eğitim stratejisinin kabul edilmesi ve uygulanması;
- Devletin veya üçüncü kişilerin bir müdahalesi olmadan “azami eğitim standartlarına uygun” eğitimin özgürce seçilebilmesidir (13. maddenin 3. ve 4. paragrafları).

(d) Su Hakkı

Su hakkı Sözleşme’de açıkça düzenlenmiş bir hak olmamakla birlikte Komite tarafından bir Genel Yorum⁸³⁹ ile bu kapsamda korunduğu kabul edilmiştir.

Daha sonra 15 No’lu Genel Yorum ile su hakkına ilişkin ayrı ve detaylı düzenlemeler kabul edilmiştir.⁸⁴⁰ Bu çerçevede su, sınırlı bir doğal kaynak, yaşam ve sağlık için vazgeçilmez bir kamu malı olarak ifade edilmiş ve su hakkının insan onuruna yaraşır bir yaşam için vazgeçilmez olduğu, diğer insan haklarının sağlanmasının ön koşulu olduğu vurgulanmıştır.⁸⁴¹

Su hakkı, herkesin kişisel ve ev içi kullanımları için yeterli, güvenli, kabul edilebilir, erişilebilir ve bedeli ödenebilir suya sahip olma hakkını öngörmektedir. Yeterli miktarda güvenilir su, susuzluk sonucu gerçekleşen ölümleri engelleme, suyla ilgili hastalık riskini azaltma ve tüketim, yemek pişirme, kişisel ihtiyaçlar ve ev içi hijyenik ihtiyaçlar için gereklidir.

Sözleşme’nin 11. maddesinin 1. paragrafı “yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere” yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkının hayata geçirilmesi için bu haktan doğan ve bu hakkın ayrılmaz parçası olan hakları içermektedir. “Dahil olmak üzere” şeklindeki bir anlatım belirtilen haklar kataloğunun tüketici olmasının hedeflenmediğini göstermektedir. Su hakkı, özellikle insanın yaşamını sürdürebilmesinin en temel koşullarından biri olması sebebiyle, açıkça yeterli bir yaşam düzeyinin sağlanması için gerekli olan güvenceler kategorisinde değerlendirilmelidir. Aynı zamanda en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı (12. madde 1. paragraf) ile yeterli konut ve yeterli beslenme (11. madde, 1. paragraf)

⁸³⁹ Bkz. CESCR, General Comment No: 6, The economic, social and cultural rights of older persons, Annex IV, 1995, para.5 ve 32.

⁸⁴⁰ CESCR, General Comment No:15, The right to water (arts. 11 and 12 of the ICESCR), Twenty-ninth session, E/C.12/2002/11, 20.01.2003.

⁸⁴¹ CESCR, General Comment No:15, The right to water, para.1.

haklarının da ayrılmaz bir parçasıdır. Hak, yaşama hakkı ve insan onuru başta olmak üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan diğer haklarla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.⁸⁴²

Komite'ye göre, su hakkıyla ilgili olarak derhal etki doğuracak en azından birkaç temel yükümlülük belirlenebilir:⁸⁴³

- Hastalıkları önlemek amacıyla, kişisel kullanım ve ev içi kullanım için gerekli ve yeterli olan asgari miktardaki suya erişimin güvence altına alınması;
- Özellikle dezavantajlı kişiler ve toplum dışına itilmiş kimseler için, su hakkı ve suyla ilgili hizmetlerden ve olanaklardan faydalanma hakkının herhangi bir ayırım gözetilmeksizin güvence altına alınması;
- Yeterli, güvenli ve sürekli su sağlayan olanaklar ve hizmetlere fiziksel erişimi güvence altına alma. Çok uzun bekleme sürelerini önlemek amacıyla, evlerden makul uzaklıkta yeterli sayıda su tedarik yerlerinin sağlanması;
- Suya fiziksel erişimde kişisel güvenliğin tehdit edilmemesi;
- Mevcut bütün su olanakları ve hizmetlerinden faydalanmanın eşit şekilde olmasının güvence altına alınması;
- Toplumun tamamına yönelik bir ulusal su stratejisi ve eylem planının kabulü ve uygulanması; strateji ve eylem planı katılımcı ve şeffaf bir süreç içerisinde yapılmalı, periyodik olarak gözden geçirilmelidir, su hakkıyla ilgili göstergeler ve kıyas gibi metotlar kullanılarak ilerleme yakından takip edilmelidir. Strateji ve eylem planının yapıldığı süreç ve içerik özellikle dezavantajlı konumda olan ve toplumun dışına itilmiş kimselere özel önem vermelidir;
- Su hakkının gerçekleşme veya gerçekleşmeme düzeyinin takibi;
- Toplumun risk altındaki kesimlerini ve toplum dışına itilmiş grupları korumak için daha düşük masraflı hedefleyen programların kabulü;
- Suya bağlı olarak olufları hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü için tedbirlerin alınması. Özellikle yeterli sağlık imkanlarına erişimin güvence altına alınması.

⁸⁴² CESCR, General Comment No:15, The right to water, para.3.

⁸⁴³ CESCR, General Comment No:15, The right to water, para. 37.

(e) Sosyal Güvenlik Hakkı

Komite'nin 19 No'lu Genel Yorumu sosyal güvenlik hakkına ilişkindir. Komite, Genel Yorumunda sosyal güvenlik hakkının Sözleşme'den kaynaklanan haklarını tam anlamıyla kullanma olanağından yoksun kaldıkları durumlarla karşılaşan tüm insanların insan onurunun güvence altına alınması açısından temel önem taşıdığını vurgulamıştır (para.1.)

Komite'nin uygulamasında sosyal güvenlik hakkının içeriği büyük oranda bu alandaki ILO standartlarına yapılan atıflar çerçevesinde belirlenmiştir. Örneğin biraz ileride detaylı olarak değineceğimiz 102 No'lu ILO Sözleşmesi çerçevesinde düzenlenen dokuz temel sosyal risk grubu (hastalık, malullük, analık, iş kazası, işsizlik, yaşlılık, ya da aile üyelerinden birinin ölümü) burada da aynen benimsenmiştir. Komite, sosyal güvenlik hakkının evrensel olarak kabul edilen sosyal riskler (hastalık, malullük, analık, iş kazası, işsizlik, yaşlılık, ya da aile üyelerinden birinin ölümü) sonucunda geçim imkanlarının kalmadığı; sağlık bakımına erişim bedelinin karşılanabilir düzeyde olmadığı; özellikle çocuklar ve bakıma ihtiyaç duyan yetişkinler için aile desteğinin yetersiz olduğu durumlara karşı ayrımcılık yapılmaksızın koruma sağlamaya yönelik ayni ya da nakdi yardımlara erişim ve bu tür yardımlardan yararlanma hakkını içerdiğini belirtmiştir (para.2)

Sosyal güvenlik hakkının artık yalnızca çalışanların haklarını kapsadığı anlayışını yitirdiği günümüz anlayışına uygun olarak, gelirin yeniden bölüşümünü sağlayan sosyal güvenliğin, bu özelliğiyle yoksullukla mücadele ve yoksulluğun ortadan kaldırılması, sosyal dışlanma ile mücadele ve sosyal içermenin desteklenmesi açısından önemli bir rol oynadığı da ifade edilmektedir (para.3)

Sözleşme'de tanımlanan her bir hakkın en azından gerekli asgari düzeylerde gerçekleştirilmesini güvence altına almak taraf devletlerin temel yükümlülüklerinden birisidir. Bu yükümlülük uyarınca taraf devletler:

- Tüm bireyler ve aileler için, bu kişilerin en azından temel sağlık bakım hizmetlerine,⁸⁴⁴ temel düzeyde barınma ve konut, su ve çevresel sağlık, beslenme olanağına ve en temel düzeyde eğitim olanaklarına erişimini mümkün kılan asgari düzeyde gerekli yardımları sağlayan bir

⁸⁴⁴ Ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkına dair 14 No'lu Genel Yorum (2000) (12. madde), 43 ve 44. paragraflarla birlikte değerlendirildiğinde, bu yükümlülük ayrımcılığa maruz kalmadan sağlık olanaklarına, mallara ve hizmetlere erişimi, gerekli ilaçların sağlanmasını; üreme, doğum öncesi ve doğum sonrası ve çocuk sağlık bakımına erişimin sağlanmasını ve toplumda görülen temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık sağlanmasını içerir.

sosyal sigorta sistemine erişimi güvence altına almalıdır. Bir taraf devletin tüm risklere ve beklenmedik durumlara karşı mevcut kaynaklarının azamisini kullanarak bu tür bir asgari koruma sağlayamaması söz konusuysa, Komite taraf devletin geniş katılımlı bir istişare sürecinden sonra belirli bir grup sosyal riski ve beklenmedik durumu tanımlayıp dikkate almasını önerir;

- Özellikle dezavantajlı ve toplum dışına itilmiş birey ve grupların ayrımcılığa maruz kalmaksızın sosyal güvenlik ya da sigorta sistemlerine erişim hakkının sağlanmasını güvence altına almalıdır;⁸⁴⁵

- Mevcut sosyal sigorta sistemlerine saygı göstermek ve bunları makul olmayan müdahalelere karşı korumalıdır;⁸⁴⁶

- Ulusal sosyal güvenlik stratejisini ve eylem planını hazırlamalı ve uygulamalıdır;⁸⁴⁷

- Sosyal güvenlik hakkının ne ölçüde gerçekleştiğini izlemelidir.⁸⁴⁸

viii) Saygı Duyma, Koruma ve Gerçekleştirme Yükümlülükleri

ESKHS'nin 2.maddesinde açık olarak belirtilen yükümlülük ve kavramların dışında, sosyal hakların hukuki çerçevesi bağlamında bazı genel yükümlülükler de bulunmaktadır. Maastricht İlkeleri bağlamında da vurgulandığı üzere, medeni ve siyasi haklarda da olduğu gibi, sosyal haklar da üç farklı türde yükümlülük yükler devletlere: Saygı duyma, koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri. Devletler, bu yükümlülüklerinden birini yerine getirmediğinde Sözleşme'yi ihlal etmiş sayılırlar.

Saygı duyma yükümlülüğü, devletlerin bireylerin sosyal haklarından yararlanmalarına engel olacak eylemlerde bulunmaktan kaçınmalarını ifade eder. Örneğin; kişi keyfi olarak konutundan tahliye edilmemeli; keyfi olarak eğitim hakkı ya da sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı elinden alınamamalıdır. Burada söz konusu yükümlülüğün bir başka boyutu da devletin sosyal yardım girişimlerine halkın katılımına olanak sağlayan sosyo-ekonomik koşulları yaratmasıdır. Aynı şekilde, toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne saygı da bu

⁸⁴⁵ Bkz. 29-31. paragraflar.

⁸⁴⁶ Bkz. 44-46. paragraflar.

⁸⁴⁷ Bkz. 68-70. paragraflar.

⁸⁴⁸ Bkz. 74. paragraf.

yükümlülük kapsamında görülebilir; böylelikle sosyal haklara ilişkin farklı grupların taleplerinin dile getirilmesi sağlanabilecektir.⁸⁴⁹

Koruma yükümlülüğü, devletin ve kurumlarının bireylerin sosyal haklarının diğer kişi ve kuruluşlar tarafından ihlal edilmesini önleme yükümlülüğünü ifade eder. Üçüncü kişiler tarafından hakları ihlal edilen bireylerin hukuki başvuru yollarına erişimi mümkün olmalı ve devlet söz konusu ihlalin devam etmemesi için gerekli önlemleri almalıdır. Yine bu kapsamda, bireylerin sosyal haklarından yararlanmasını önleyecek, ayrımcılığın bütün türlerinden, ayrımcılık tehdidinden ve tacizlerden korunması için gerekli bütün etkin önlemlerin alınması bir zorunluluktur.⁸⁵⁰

Burada özel kişilerin sosyal hakları ihlal eden eylemlerine karşı devletin bireyleri koruma yükümlülüğünün olduğunun vurgulanması önemlidir. Devletin bu konudaki ihmali de koruma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir.⁸⁵¹

Gerçekleştirme yükümlülüğü ise, devletin sosyal hakları yerine getirmek için daha önceden almış olduğu önlemler yetersiz ya da başarısız olmuşsa, söz konusu hakları tam olarak gerçekleştirebilmek için olumlu önlemler alması anlamına gelir. Başka bir deyişle, sosyal hakların korunmasındaki boşlukları doldurmaya çalışır. Örneğin; gelirin yeniden bölüşümünü/dağılımını hedefleyen vergilendirme politikalarının benimsenmesi, temel kamu hizmetlerinin sağlanması, altyapı programlarının hazırlanması, sosyal hakların tam olarak yerine getirilmesi üzerinde olumsuz etkileri olan mevcut yasa ve düzenlemelerin, politikaların gözden geçirilmesi bu kapsamda düşünülebilecektir.⁸⁵²

Eide'nin çalışmalarında kullanmakta olduğu yükümlülük tipolojisi Komite'nin yeterli beslenme hakkına ilişkin 12 No'lu Genel Yorumunda da ifadesini bulmuştur. Komite, "saygı duyma, koruma ve gerçekleştirme" yükümlülüklerini buradan itibaren bütün genel yorumlarında kullanıştır:

"Yeterli beslenme hakkı, diğer bütün insan hakları gibi taraf devletlere üç tür yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülükler, saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, yerine getirme yükümlülüğü, hem destek olma hem de sağlama yükümlülüğünü içermektedir. Mevcut ve yeterli gıdaya erişim hakkı taraf devletlerin böyle bir

⁸⁴⁹ Audrey R. Chapman, "A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Quarterly**, 1996, 18.1, s. 43.

⁸⁵⁰ Maastricht Guidelines, para. 16 ve 18.

⁸⁵¹ Maastricht Guidelines, para. 16 ve 18; Limburg Principle, para. 40.

⁸⁵² Maastricht Guideline, para. 17.

erişimi engelleme sonucunu doğuracak tedbirler almamalarını gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü devletin, kurumların veya bireylerin yeterli gıdaya erişime müdahale etmelerini engelleyecek tedbirler almalarıdır. Yerine getirme (destek olma) yükümlülüğü, devletin bireylerin kaynaklara erişimini, kaynakların kullanımını ve gıda yeterliliği de dahil olmak üzere yaşamlarını sürdürebilme kaynaklarını güçlendirecek faaliyetlerde bulunması anlamındadır. Son olarak, bir birey veya bir grubun kendi kontrolü dışındaki nedenlerden dolayı yeterli gıdaya erişim hakkından faydalanamaması halinde, devletler bu hakkı doğrudan sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, doğal afet ve benzeri felaket mağdurları için de geçerlidir.”⁸⁵³

Komite, bu tutumunda yalnız da değildir. Bir sonraki bölümde karşılaştırmalı anayasa yargısı çerçevesinde ele alacağımız üzere, Güney Afrika da apartheid sonrası kabul ettiği 1996 tarihli Anayasası ile birlikte bu yaklaşımı benimsemiştir. Ayrıca Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesi Komitesi tarafından da günümüzde kullanılmaktadır.⁸⁵⁴

Üçlü yükümlülük tipolojisi özellikle de pedagojik bir araç olarak, mahkemeler için de oldukça kullanışlı ve elverişli bir araçtır. Ve elbette orijinal çıkış noktası da, sosyal haklar ile medeni ve siyasi hakların, her iki tür hakkın da üç tip yükümlülüğü içerdiğinden benzer olduğunun kabul edilmesidir: Saygı duyma (hakkın kullanımına müdahale etmekten kaçınma), koruma (hakkın üçüncü kişilerin müdahalesinden korunması), gerçekleştirme (fiili olarak sağlama/ yerine getirme) olguları insan haklarının tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için zorunludur. Bu yükümlülük tipolojisi, aynı zamanda artık geçerliliğini yitirmiş olan ve çokça eleştirilen pozitif/ negatif hak ayrımını da aşmak için kullanılmaktadır.⁸⁵⁵

Saygı duyma ve koruma yükümlülükleri, medeni ve siyasi haklar için de geçerli olduklarından Komite, bu iki yükümlülük kategorileri açısından prima facie olarak kaynak yetersizliği iddialarının geçerli olamayacağı varsayımına dayanabilecektir. Örneğin Komite zorla tahliyelere ilişkin uygulamaları prima facie olarak Sözleşme’nin gereklilikleri ile uyumsuz bulmuştur.⁸⁵⁶ Komite, yaşamaya elverişli konut hakkı (zorla tahliyeler) meselesine ilişkin 7 No’lu Genel Yorumunda zorla tahliye emirlerinin yeterli ve sağlam gerekçeleri olması gerektiğini, zorla emrinden etkilenen herkese hak arama yolları ve usulleri sağlanması gerektiğini, gerektiğinde devletin mevcut bütün kaynaklarının azamisini kullanarak elverişli

⁸⁵³ General Comment No: 12, Right to adequate food (20th session, 1999), UN Doc. E/C. 12/1999/5, 1999, para.15.

⁸⁵⁴ Güney Afrika Anayasası, Bölüm 7(2); General Recommendation No:24 (20th Session, 1999), UN Doc. A/54/38, 1999, para.14-17.

⁸⁵⁵ M. Langford, J. A. King, a.g.e., s.484.

⁸⁵⁶ General Comment No:7, Forced evictions and right to adequate housing (16th session, 1997), UN Doc E/1998/22, annex IV, 1997, para.2.

alternatif konut, yeniden yerleştirme veya verimli arazilere erişim imkanları sunması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan zorla tahliyeler, bireylerin evsiz kalması veya diğer insan hakları ihlalleri karşısında zayıf bir konuma düşmeleri ile sonuçlanmamalıdır.

Koruma yükümlülüğü ise pozitif önlemler alınmasını gerektirir ve zaman zaman önemli ölçüde kaynak tahsisini gerekli kılabilir. Bununla birlikte Komite bu yükümlülüklerin de çoğu kez derhal uygulama etkisine sahip olduğu görüşündedir. Bu bakımdan taraf devletler yüksek bir uyum standardına tabidirler.

ix) Hakların Geriye Götürülemezliği

Hakları geriye götürecek şekildeki önlemler, Sözleşme’de yer alan haklarla ilgili olarak doğrudan ya da dolaylı olarak olumsuz şekilde geri adım atılması niteliğinde olan uygulamaları ifade eder. Örneğin, eğitim konusunda kamusal harcamaların azaltılmasına yol açan yeni bir yasal düzenleme, toplumdaki bilgisizlik ve cehaletin artmasına yol açacaktır.

Amartya Sen, devletin almış olduğu pozitif önlemlerden geriye dönülmesi hususunun değerlendirilmesinin önemini şu şekilde vurgular: “Bazı hususları dengeleme ihtiyacı sıklıkla abartılmakta ve tam olgunlaşmamış tipik gerekçelerde dayandırılmaktadır. Hatta, gerçekten bir dengeleme, ödün verme ihtiyacı ile karşılaşıldığında bile, sadece bir grubun ihtiyaçlarına tam olarak öncelik verilmesi yerine, yarışan ihtiyaçları dengeleyecek, daha bütünlükçü ve kapsayıcı bir yaklaşımın benimsenmesi gereği daha makul ve haklı görülebilecektir.”⁸⁵⁷

Komite, söz konusu önlemlerin alınamaması konusundaki yasağı, sadece “kasdi” olanlar ile sınırlandırır. Komite, 3 No’lu Genel Yorumunda Sözleşme’yi ihlal eden durumlar arasında, “haklardan yararlanma konusundaki aşamalı gelişmeyi kasdi olarak yavaşlatmak ya da durdurmak”; “Sözleşme’de yer alan hakların yerine getirilmesine yardımcı olan yasaları veya programları ertelemek ya da zayıflatmak, başka bir deyişle elde edilen ilerlemeyi geriye götürmek” de sayılmıştır. Komite’ye göre, hakları geriye götürecek önlemler, “erişilebilir kaynakların azamisinin kullanımı bağlamında ve Sözleşme’de yer alan hakların bütününe yapılacak atıfla meşrulaştırılmalıdır.”⁸⁵⁸

Bir haktan yararlanmayı istenmeyen şekilde azaltan önlemler bu kapsamda değerlendirilmeyecek ve Sözleşme’nin ihlali anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte, devlet Sözleşme’deki genel yükümlülükleri çerçevesinde, haklardan yararlanmayı azaltan istenmeyen

⁸⁵⁷ Amartya Sen, “Work and Rights”, *International Labour Review*, Vol: 139, No:2, 2000, s.120, 121.

⁸⁵⁸ CESR, General Comment No 3, para.9.

sonuçları fark ettiğinde artık derhal bu önlemi düzeltmekle yükümlüdür. Bu tür önlemlerin yasaklanması, aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğünün de bir parçasını oluşturmaktadır.

Komite, bu çerçevede şu hususları da göz önüne almaktadır: 1) Başka alternatif önlemler yeterince araştırılıp değerlendirilmiş midir? 2) Hakları geriye götürecek önlemler ve başka alternatifler değerlendirilirken bundan etkilenebilecek olan grupların gerçek ve fili olarak katılımı sağlanmış mıdır? 3) Alınan önlemler doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılığa yol açmakta mıdır? 4) Alınan önlemler ilgili hakkın tam olarak gerçekleştirilebilmesine karşı sürekli bir etki yaratmakta mıdır? 5) Erişilebilir maksimum kaynaklar kullanılmadığı takdirde kişiler hakkın asgari yaşamsal düzeyinden mahrum kalmakta mıdır? 6) Ulusal düzeyde denetim mekanizmaları söz konusu reformları incelemiş midir?⁸⁵⁹

Bu ölçütlere ek olarak, Komite kaynak boyutu ile de hakları geriye götürebilecek önlemler konusunda ülkenin gelişmişlik düzeyi, iddia konusu olan ihlalin şiddeti -bu bağlamda, özellikle de Sözleşme'deki asgari öz yükümlülükleri etkileyip etkilemediği-, ülkenin mevcut ekonomik durumu ve bir iktisadi gerileme tecrübesi olup olmadığı, devletin sınırlı kaynaklarına ilişkin diğer ciddi iddiaların varlığı, ilgili devletin daha düşük maliyetli seçenekleri ve uluslararası yardım ile iş birliğini araştırıp araştırmadığı hususlarını da dikkate almaktadır.⁸⁶⁰

d) Değerlendirme

Sosyal hakların yargısallaştırılmasında BM önemli bir rol oynamaktadır. ESKHS'nin kabul edilmesi çok olumlu bir adım olmakla birlikte Sözleşme'nin içinde barındırdığı sosyal hakların anlam ve içeriğini açık ve yeterli bir şekilde ortaya koyamaması, taraf devletlerin bu hakların yaşama geçirilmesi konusundaki yükümlülüklerini kısmen daha belirsiz ve hafif belirlemesi ve etkili, yaptırım gücü olan bir denetim mekanizmasının bulunmaması sebepleri ile eleştirilmiştir.⁸⁶¹ Yine de ESKHS sistemi sosyal haklar alanında ayrıcalıklı bir yere sahiptir ve çeşitli yenilikçi yaptırım mekanizmaları ile güçlendirilmesi önemli bir ihtiyaca cevap verebilir. Bu yolda önemli bir gelişme olarak bireysel başvuru kurumunu getiren İhtiyari Protokol'ün hayal de olsa tüm taraf devletlerce onaylanması bu konuda uluslararası toplulukta önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.⁸⁶²

⁸⁵⁹ Bkz. M. Langford, J.A. King, a.g.e., s.502.

⁸⁶⁰ Bkz. M. Langford, J.A. King, a.g.e., s.502.

⁸⁶¹ B. Algan, a.g.e., s. 310.

⁸⁶² Ü. Halatçı Ulusoy, "Sosyal Hakların Korunmasında BM'nin Rolü", s. 259.

ESKHK'nin yargı benzeri bir organ olması, yaptığı denetimin ve geliştirdiği genel yorumların yeterince etkili olmasının önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Periyodik rapor verme sistemi hem devletlerin bu raporların hazırlanması konusunda yeterince özen göstermemeleri, hem de bu raporlara yönelik Komitelerin yaptığı değerlendirmelerin “tavsiye” niteliğinde olması dolayısıyla etkili olamamaktadır. Devlet başvurusu yolu da sözleşmede yer almasına rağmen politik nedenlerle pratikte işlevsel olamamaktadır. Bireysel başvuru kurumu da, taraf devletin yetkilendirmesine bağlı olması ve yine verilen kararların bağlayıcı olmamasından dolayı tam olarak kendisinden beklenen etkiyi yaratamamaktadır. Söz konusu usullerin bağlayıcı kılınması, işlevselliği bakımından yaşamsal önemdedir.

ESKHS'nin, ikizi olan MSHS'nin gölgesinden kurtulması gerekmektedir.⁸⁶³ Bu konuda daha etkili yaptırımları olan mekanizmaların geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Eğer BM, insan hakları konularında bağlayıcı ve yaptırım gücü olan kararlar verebilen, İHAM'a benzer nitelikte bir yargı organına sahip olsaydı, böyle bir yargı organının varlığı, örgüte üye devletlerin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmaları için etkili bir zorlayıcı güç olurdu.

Bütün bu eksikliklere ve eleştirilere karşılık, çalışmanın başında detaylı şekilde analiz edilen, sosyal hakların yargısallaştırılmasına yönelik yapılan itirazlara karşı, bugüne dek Komite tarafından değerlendirilen periyodik raporlar ve her bir somut hak çerçevesinde oluşturulan genel yorumların sağladığı bilgi ve tecrübe birikimi sosyal hakların somutlaştırılması; bu hakların içeriği ve devletlerin buna karşılık gelen yükümlülüklerinin belirlenmesi hususunda önemli bir rol oynamıştır. Aynı şekilde, bireysel başvuru kurumu ile de birlikte, sosyal hak ihlalleri Komite tarafından incelenebilecek ve bu alana ilişkin normların içeriği zaman içinde netliğe kavuşabilecektir. Ayrıca, her bir somut durum çerçevesinde ihlal iddialarının ve ilgili sözleşme hükümlerinin yorumlanması, sosyal hakların dinamik yönünü ortaya çıkaracaktır. Her ne kadar kararların yaptırım gücü bir yargı organının vermiş olduğu kararların gücünde olamasa da, insan haklarının korunmasına ilişkin küresel sistemin BM sistemi olduğu da göz önüne alındığında, alınan kararların etki düzeyi açısından çok daha yaygın olabileceği de söylenebilir.⁸⁶⁴

⁸⁶³ Ü. Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında BM'nin Rolü”, s. 259.

⁸⁶⁴ Ö. Yücel Dericiler, a.g.e., s.255.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Sosyal Haklar

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), BM'nin bir özel uzmanlık örgütü olmakla birlikte kuruluşu, BM öncesi döneme dayanmaktadır. 1919 tarihli Versailles Barış Antlaşması ile kurulan ve anayasası Versailles Antlaşması'nın bir parçası olan ILO, “sosyal adaletin ve uluslararası insan ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışan” bir BM uzmanlık kuruluşudur.⁸⁶⁵ BM'nin kurulmasından sonra BM'nin özel bir uzmanlık örgütü haline gelmiştir.

İnsan haklarının ulusal üstü korunması olgusunun, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan gerek uluslararası (BM), gerekse de bölgesel sistemler (Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Birliği gibi) ile ortaya çıktığı dikkate alındığında, bu dönemden çok daha önce kurulan ILO'nun bu yoldaki katkısını inkar etmek mümkün değildir.⁸⁶⁶ Bu bakımdan, Gülmez'in de belirttiği üzere, “insan haklarının, ulus devletlerin yurttaşları ile kendisi arasında bir ‘iç işi’ olmadığı yaklaşımı, ILO'nun kurulmasıyla uluslararası insan hakları yazılı hukukuna girmiş; insan hakları, sosyal haklardan başlayarak uluslararasılaşmıştır.”⁸⁶⁷ Böylece, sosyal haklardaki uluslararasılaşma, Birleşmiş Milletler'i ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni öncelemiştir.⁸⁶⁸ ILO, BM'nin en eski uzmanlık kuruluşu olmasının yanı sıra, sosyal haklar alanında çalışan en önemli insan hakları kuruluşlarından biri olarak da kabul edilmektedir.⁸⁶⁹

ILO, kurucu belgesi olan Anayasası'nın ilk paragrafında, sosyal adalete dayalı sosyal barışı kurmadan siyasal barışın kurulamayacağını, kurulsu da kalıcı olamayacağını, kısacası siyasal ve sosyal barışın bölünmezliğini açıkça vurgulamıştır.⁸⁷⁰ “Evrensel ve sürekli bir barış, ancak sosyal adalet temeline dayalı olarak kurulabilir.”

⁸⁶⁵ Ingrid Liebeskind Sauthier, “Modern İşsizlik: Kavramının Oluşumundan Uluslararası Çalışma Ofisi'nin İlk Standartlarına”, **Sosyal Hakların Küreselleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Diğerleri**, (Ed. Sandrine Kott ve Joelle Droux), ILO Yüzyıl Serisi, Ankara: Efil Yay., 2015, s. 69. Türkiye 1932 yılında Millet Cemiyeti'ne üye olmuş, buna paralel olarak ILO'nun da üyesi olmuştur.

⁸⁶⁶ Özlem Özmen, **Türk Sendikacılığında İşçi ve Memur Ayrımı Uluslararası Belgeler ve Ülke Uygulamaları Çerçevesinde Değerlendirme**, Ankara: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2014, s.47.

⁸⁶⁷ Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu-Bildiriler**, Ankara: Belediye-İş Sendikası Yay., 2009, s.12.

⁸⁶⁸ Gülmez'e göre, “Oysa, ‘ulusal’ nitelikli 18. yüzyılın insan hakları belgelerinde, ilk aşamada sosyal haklara değil kişisel haklara yer verilmişti. Birinci ve ikinci kuşak nitelemeleri, ulusal insan hakları belgelerindeki bu tarihsel evrime dayanır. ‘Uluslararası insan hakları hukuku’ alanında ise, bunun tersine bir gelişmeye tanık olunmuştur. Bu nedenle de kanımca, uluslararasılaşma açısından, sosyal haklar ‘birinci kuşak’ haklardır.” M. Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu-Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yay., 2009, s.12.

⁸⁶⁹ Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s.141.

⁸⁷⁰ Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, Ankara: Hatiboğlu Yay., Ankara, 2008, s.144; Tonia Novitz, **International and European Protection of the Right to Strike**, Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 99.

ILO'nun dört temel stratejik hedefi vardır: Çalışma yaşamında standartlar, temel ilkeler ile haklar geliştirmek ve gerçekleştirmek; kadın ve erkeklerin insana yakışır işlere sahip olabilmeleri için daha fazla fırsat yaratmak; sosyal koruma programlarının kapsamını ve etkinliğini artırmak; üçlü yapıyı ve sosyal diyalogu güçlendirmek.⁸⁷¹

Bu hedefler bir dizi yolla gerçekleştirilmektedir: Temel insan haklarını geliştirmek, çalışma ve yaşam koşullarını iyileştirmek, istihdam olanakları yaratmak üzere uluslararası politika ve programların oluşturulması; uluslararası çalışma standartlarının oluşturulması; bu standartların uygulanmasının izlenmesi için uygun mekanizmanın oluşturulması, standartların ulusal mercilere, söz konusu politikaların hayata geçirilmesinde yol gösterici olmaktadır.

ILO, bugüne dek toplam 189 sözleşme, 201 tavsiye kararı kabul etmiştir. Aşağıda sıralanan 8 sözleşme ILO'nun temel sözleşmeleri olarak nitelendirilmekte ve temel çalışma standartlarını kapsamaktadır.⁸⁷²

No:29 (Zorla Çalıştırma Sözleşmesi- 1930): Sözleşme zorla ya da zorunlu çalıştırmanın her tür biçimine son verilmesini öngörmektedir. Ancak, askerlik hizmeti, mahkumların belirli bir denetime göre çalıştırılmaları, bu arada savaş, yangın ve deprem gibi olağanüstü durumlarda gerek duyulan çalıştırma biçimleri için istisna tanınmaktadır.

No:87 (Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi-1948): Bütün işçi ve işverenlerin, önceden izin almaksızın ve serbestçe kendi örgütlerini kurma ve bu örgütlere katılma haklarını güvence altına almakta ve bu örgütlerin resmi görevlilerin müdahalelerinden bağımsız, serbestçe işlev görebilmelerini sağlayacak güvenceler getirmektedir.

No:98 (Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi-1949): Sendika ayrımcılığı gözetilmesine, farklı kesimlerin örgütlerinin birbirlerinin çalışmalarına müdahale etmelerine karşı ve toplu sözleşme düzeninin geliştirilmesine yönelik önlemler getirmektedir.

No:100 (Eşit Ücret Sözleşmesi-1951): Erkek ve kadınların, eşit işlerde eşit ücret ve sosyal haklara sahip olmalarını öngörmektedir.

No:105 (Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi-1957): Zorla ya da zorunlu çalıştırmanın herhangi bir biçiminin siyasal zorlama ve eğitime, siyasal ya da ideolojik görüşlerin açıklanması nedeniyle cezalandırma, işgücünü harekete geçirme, çalışma disiplinini

⁸⁷¹ www.ilo.org, E.T. 05.11.2017.

⁸⁷² www.ilo.org, E.T. 05.11.2017.

sağlama, ayrımcılık ve greve katılanları cezalandırma aracı olarak kullanılmasını yasaklamaktadır.

No:111 (Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi-1958): İş verme, eğitim ve çalışma koşullarının düzenlenmesinde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal kimlik ve sosyal köken temelinde ayrımcılık yapılmasının ulusal politikalarla önlenmesi, fırsat ve uygulama alanında eşitliği geliştirme çağrısında bulunmaktadır.

No:138 (Asgari Yaş Sözleşmesi-1973): İşe kabulde asgari yaştan zorunlu temel eğitimin tamamlandığı yaştan daha düşük olamayacağını öngörerek çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır.

No:182 (Çocuk İşçiliğinin En kötü Biçimleri Sözleşmesi-1999): Çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerinin acilen ve etkili biçimde ortadan kaldırılmasını sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri arasında kölelik ve benzeri koşullarda çalıştırılma, silahlı çatışmalarda kullanılmak üzere zorla askere alınma, fuhuş ve pornografi amaçlarıyla ve yasa dışı işlerde kullanılma ve bu arada çocukların sağlığına, güvenliğine ve ahlaki değerlerine zarar verecek işler yer almaktadır.

1. ILO'nun İşleyişi, Üçlü Yapı ve Sosyal Diyalog

ILO, uluslararası sosyal politikanın ve kurallar düzeninin evrensel ölçekteki başlıca aktörüdür. ILO, Anayasası'nın başlangıç bölümünde ve Anayasası'nın eki olan Philadelphia Bildirgesi'nde yer alan amaçlarını gerçekleştirmek için uluslararası düzeyde kurallar üretme, yani yasama yetkisine sahiptir. ILO, çalışma yaşamını hemen her yönüyle hukuksal olarak düzenleyen ve geniş bir sosyal uzlaşmanın ürünü olan çok zengin bir uluslararası çalışma hukuku oluşturmuştur ve oluşturmaya da devam etmektedir. Bunun dayanakları ve kaynakları, başta ILO Anayasası'nın Başlangıç bölümü ile Anayasanın eki ve anayasal bir belge olan Philadelphia Bildirgesi olmak üzere, sözleşmeler, tavsiyeler ve denetim organları kararlarıdır.⁸⁷³

ILO'nun temel ve en önemli fonksiyonlarından biri, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın uluslararası standartları belirleyen Sözleşme ve Tavsiye Kararları'nın üçlü yapı (işçi-işveren-hükümet) tarafından kabul edilmesidir. ILO'nun çalışmalarını hükümet, işveren ve

⁸⁷³ M. Gülmez, *Uluslararası Sosyal Politika*, s.129.130.

işçi kesimi temsilcilerinin de yer aldığı üç ana yapı gerçekleştirmektedir: Uluslararası Çalışma Konferansı, Uluslararası Çalışma Bürosu ve Yönetim Kurulu.

ILO, BM sistemi içinde üçlü yapıya sahip tek uluslararası organdır. ILO'nun en ayırt edici özelliği olarak düşünülebilen üçlülük ilkesi, bu bakımdan ILO'yu evrensel ve bölgesel düzeydeki tüm uluslararası kuruluşlardan ayırmaktadır. Sosyal ve ekonomik ilerlemenin sağlanmasında hükümetlerle işveren ve işçi kuruluşlarının işbirliği, ILO'nun çalışmalarını belirleyen en önemli temel unsurdur.⁸⁷⁴ Bu üçlü yapı, haklarından yararlanabilmesi ve korunabilmesinin amaçlandığı kesimlerin ihtiyaçlarını da yansıtarak, sosyal hakların gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesine imkan sağlamaktadır.⁸⁷⁵ Aynı zamanda, üye devletlerin hükümetlerinin ve sosyal ortakların çalışma standartları ile politikalarını serbestçe ve açıkça tartışabildikleri kendine özgü bir forum niteliğindedir. İşçi ve işveren temsilcileri, politika ve programların şekillenmesinde üçüncü tarafı oluşturan hükümet temsilcileri ile eşit söz hakkına sahiptir.

ILO'nun amacı, hükümetleri, işverenleri ve işçileri çalışma standartları oluşturmak, politikalar ve programlar geliştirmek üzere bir araya getirerek çalışanların ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamaktır. İşçilerin ve işverenlerin hükümetlerle birlikte alınacak kararlarda eşit söze sahip oldukları ILO'nun yapısı sosyal diyalogu etkin olarak ortaya koymaktadır. Sosyal ortakların görüşlerinin çalışma standartlarında, politikalarda ve programlarda yansıma bulması ILO'nun önceliklerindendir.

ILO, sosyal, ekonomik ve daha birçok alanda ulusal politikalar geliştirilmesinde ve yerine göre uygulanmasında sendikalar ile işverenler arasında sosyal diyalogu yaygınlaştırarak üye devletlerde de bu üçlü yapıyı desteklemekte; bu yapıyı üye ülkelere de önermektedir. Her ikisi de anayasal bir ilke olan sendika özgürlüğü ile üçlü yapı arasında önemli bir bağın olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda üçlülük ilkesinin özünü geniş anlamda sendikal hak ve

⁸⁷⁴Sandrine Kott, Joelle Droux, "ILO'dan Yazılmış Küresel Bir Tarih", **Sosyal Hakların Küreselleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Diğerleri**, (Ed. Sandrine Kott ve Joelle Droux), ILO Yüzyıl Serisi, Ankara: Efil Yay., 2015, s.1.

⁸⁷⁵ Bununla birlikte, işçi ve işverenlerin örgütün faaliyetlerine katılmasında, kısmen üretim biçimindeki küreselleşmenin etkileri çerçevesinde, bazı kısıtlamalar da bulunmaktadır. Yine bununla bağlantılı bir mesele olarak, sendika hareketleri son yıllarda üye kaybı yaşamaktadır. Bu bakımdan, ILO yapısı içindeki işveren ve sendika katılımcılarının bütün işçileri ne derecede temsil edebildiği sorgulanabilir. Bu soruların sorulması, aynı zamanda gelişmekte olan dünyadaki informal ekonomi içerisinde, nadiren belli bir işverene bağlı olarak tam zamanlı çalışabilen büyük çoğunluktaki işçilerin durumu ile de bağlantılıdır. Bkz. Colin Fenwick, "The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008, s.593; S. Cooney, "Testing Times for ILO: Institutional Reforms for the New International Political Economy", **Comparative Labour Law and Policy Journal**, Vol: 20, 1999, s.365-399.

özgürlüklerin oluşturduğu vurgusu yapılmaktadır. Sendikal hak ve özgürlüklerin bir bütün olarak tanınmaması, üçlülük ilkesinin anlamını kaybetmesine sebep olacağı ifade edilmektedir.

Uluslararası Çalışma Konferansı (UÇK), Örgütün yasama faaliyetini yürüten en üst ve yetkili organdır. UÇK, Cenevre’de her yıl haziran ayında toplanarak çalışma yaşamına ilişkin sorunlarda diğer sosyal meseleleri ele almaktadır. Yönetim Kurulu (YK) da Örgütün yürütme organı olarak UÇK’nın vermiş olduğu yetkiler çerçevesinde faaliyetlerde bulunmaktadır. Uluslararası Çalışma Bürosu ise Örgütün sekretaryasını oluşturmakta, toplantı ve konferanslara temel oluşturacak raporları düzenlemektedir.⁸⁷⁶

Sosyal adaleti sağlamak hedefinde ILO organları tarafından oluşturulan normlar, farklı bölgelere ve farklı gelişmişlik seviyelerine sahip ülkelere göre değişiklik göstermeyen asgari standartlardır ve aynı zamanda esnek hükümler de içermektedir. Örgütün Anayasası çerçevesinde, üye ülkelerin bu normların daha altındaki koşulları öngörmeleri ya da uygulamaları söz konusu değildir.⁸⁷⁷ Bununla birlikte çalışanlar için daha güvenceli koşulları öngören bir iç hukuk düzenlemesine ve uygulamasına, eş deyişle bu standartların üzerine çıkılması önünde bir engel bulunmamaktadır.

a) Yasama Faaliyeti

Uluslararası Çalışma Konferansında uluslararası çalışma standartları belirlenmektedir. ILO’nun yasama faaliyeti, tavsiyeler ve sözleşmeler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Norm olarak düzenlenmesi düşünülen konunun Konferans gündemine alınması hususunda Yönetim Kurulu belirleyici olmaktadır. Üye devletler, onayladıkları sözleşmeler çerçevesinde Konferans Komitesi ile Uzmanlar Komitesi tarafından düzenli aralıklarla denetlenmektedir. Evrensellik, esneklik ve sosyal adalet ilkelerinden hareket eden ILO, uluslararası düzeyde güncellik kazanmış çalışma hayatı ile ilgili ekonomik ve sosyal gelişme farklılıklarını da göz önüne alarak değişik ülkelerde ortaya çıkan benzer sorunlara çözüm bulmak amacıyla yasama faaliyetinde bulunmaktadır.⁸⁷⁸

Sözleşme ve tavsiyeler nitelik bakımından önemli farklara sahiptir. Bu bağlamda sözleşmeler, üye devletlerin yasama organları tarafından onaylandıklarında artık onlar için

⁸⁷⁶ Savaş Taşkent, **İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları**, İstanbul: Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, No: 27, 1995, 219-221; Cahit Talas, **Toplumsal Politika**, Ankara: İmge Kitabevi Yay., 1990, s.159-161.

⁸⁷⁷ ILO Anayasası, md.19(8).

⁸⁷⁸ Ali Kemal Sayın, “ILO Normlarının ve Örgütün Denetim Mekanizmasının Türk İş Hukukuna Etkisi”, **ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Temmuz-Eylül 2013, s.14.

bağlayıcı olan hukuki belgelerdir. Tavsiyeler ise, bağlayıcı gücü bulunmayan, yol gösterici ilkelerdir. Bununla birlikte tavsiye kararlarının da daha sözleşme olarak onaylanacak konumda olmayan bir sorun hakkında kamuoyu yaratmak, sözleşmelerin uygulanış biçim ve yöntemlerini açıklamak,⁸⁷⁹ teknik meselelerde detaylı bilgi ve veriler sunmak gibi önemli rolleri bulunmaktadır.⁸⁸⁰ Şunu da belirtmek gerekir ki, üye devletler bir bütün olarak sözleşmeleri onaylamak durumundadır, oysa tavsiyeler bakımından bu zorunlu değildir. Tavsiyelerin bir kısmı yasa, ya da idari düzenlemelerle de uygulamaya konulabilmektedir.⁸⁸¹

b) Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Hazırlanması

Sözleşme ve tavsiye kararları Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından incelenip kabul edilmektedir. Sözleşme veya tavsiye kararı olabilecek bir Konferans gündem konusu, üye ülke hükümetlerince ya da işçi veya işveren örgütlerince teklif edilebileceği gibi, Örgüt'ün Konferans ve Komite toplantıları sırasında yapılan tartışmalardan da çıkabilir.⁸⁸²

Ayrıca BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, Atom Enerjisi Ajansı, Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) ile Dünya Sağlık Örgütü (WHO) gibi uluslararası kuruluşlar ile yapılan işbirliği faaliyetlerinin sonucunda ya da ICFTU, WFTU gibi uluslararası işçi örgütlerince de Konferans gündemine yönelik teklifler gelebilmektedir. Sorun bulunan herhangi bir konunun gündeme alınması için kullanılan temel ölçütler; sorunun aciliyeti, güncelliği, olgunluğu, etkilenen çalışan sayısı, en elverişsiz ekonomik kesimlerin menfaati ve sorunun ağırlığıdır.⁸⁸³

Tavsiye ya da sözleşme olarak düzenlenecek bir meselenin Konferans'ın gündemine alınmasına YK karar verir. YK buna ilişkin karar alırken, üye devletlerdeki yasal düzenlemeler ile uygulamalar hakkında Uluslararası Çalışma Bürosu Genel Müdürü tarafından sunulan araştırma raporu ile işveren, işçi ve hükümet temsilcilerinin oluşturduğu kurulların fikirlerinden de yararlanmaktadır. YK meselenin Konferans gündemine alınması kararını verdiğinde, üye devletlere, bu husustaki tutum ve değerlendirmelerini öğrenmek için bir soru formunu gönderir.

⁸⁷⁹ Ali Güzel, "ILO Normları ve Türk İş Hukuku", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara, s.6.

⁸⁸⁰ Metin Kutal, "Uluslararası Çalışma Teşkilatının Yasama Faaliyeti ve Türkiye Cumhuriyetinin Durumu (1919-1969)", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C: 21, İstanbul, 1970, s.175-176.

⁸⁸¹ C. Talas, **Toplumsal Politika**, s.161-162.

⁸⁸² Cihan Selek Öz, **Küreselleşen Dünyada Uluslararası Sosyal Politika**, (Ed. Ali Seyyar, Cihan Selek Öz), Sakarya Yayıncılık: Sakarya, 2013, s.151.

⁸⁸³ Yener Şişman, "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Faaliyet Alanları ve Belgeleri", **Uluslararası Çalışma Normları**, (Ed. Yener Şişman), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1566, Eskişehir, 2014, s. 53.

Buradan gelen yanıtlar da göz önüne alınarak Uluslararası Çalışma Bürosu tarafından bir tasarı hazırlanmaktadır.⁸⁸⁴

Gündeme alınan tasarı, toplantı öncesi üye devletlere gönderilir, Konferansa katılan işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinden oluşan bir komisyon oluşturulur ve ilk görüşme yapılır. Tasarıya ilişkin olarak Komisyonda dile getirilen görüşler, yapılan değerlendirmeler tekrar üye devletlere iletilerek, yapılmasını istedikleri değişiklik ve eklemelerle düşünceleri alınarak Konferansın ikinci toplantısı sırasında görüşülecek hale getirilir. Gelecek yıl toplanan Konferansta, tekrar bir komisyon oluşturulur ve tasarının maddeleri tek tek görüşülüp oylanarak son halini almak üzere Konferans Yasama Komitesine, sonra da Konferans Genel Kuruluna iletilir. Konferans, oluşturulan tasarının tavsiye ya da sözleşme olarak hazırlanması konusunda, üyelerin bu husustaki tutumları göz önüne alarak karar verir.⁸⁸⁵ Genelde üyelerin çalışma yaşamına ilişkin yasal düzenlemeleri ile paralellik gösteren tasarılar sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁸⁸⁶ Sözleşmelerin de tavsiyelerin de onaylanmaları için Konferansta hazır bulunan üyelerin üçte iki çoğunluğu gereklidir.⁸⁸⁷

Sözleşmeler, üye devletler tarafından onaylandıktan sonra bağlayıcılık kazanmaktadır. ILO Anayasası'na göre, UÇK'nın hazırladığı bir sözleşmeyi üye devletler azami 1 yıl içerisinde yasa haline getirerek ya da daha farklı önlemler alarak konunun yetki alanlarına girdiği makam veya makamlara sözleşmeyi sunmakla yükümlüdür.⁸⁸⁸ Devletlerin bu anlamda ILO'ya üye olmaktan doğan bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu süre çok özel durumlarda en çok 18 aya kadar uzatılabilir.

Bir sözleşme metninin üye devletlerin yasama organlarında değiştirilmeksizin aynen onaylanması gerekir. Sözleşmeyi onaylayan devletin ulusal mevzuatlarını sözleşme hükümleri doğrultusunda gecikmeksizin düzenlemesi bu onay süreci kapsamında irdelenir. Böylece Örgüt'ün benimsediği bir ilke ya da kural üye devletlerde ulusal hukuk kuralları ile işlerlik kazanmış olur. Bir sözleşmeyi onaylamakla üye devletlerin yükümlülükleri bitmez. Uygulamaya konulan norma ilişkin bilgi ve verilerin sürekli ve düzenli olarak Örgüt'e iletilmesi gerekir.⁸⁸⁹

⁸⁸⁴ A. Kemal Sayın, a.g.e., s.15.

⁸⁸⁵ A. Kemal Sayın, a.g.e., s.15.

⁸⁸⁶ Pir Ali Kaya, **Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri**, Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yay., No: 34, 1999, 26-31.

⁸⁸⁷ ILO Anayasası, md.19 (2).

⁸⁸⁸ ILO Anayasası, md.19 (5-b).

⁸⁸⁹ C. Selek Öz, a.g.e., s.153.

Sözleşme onaylanmadığı takdirde, ilgili üye devlet sözleşme hükümlerin toplu sözleşme ya da yasal düzenlemeler aracılığıyla hangi oranda uygulandığını, onaylanmasının neden engellediğini, YK'nın bildireceği dönemlerde rapor olarak iletmek durumundadır.⁸⁹⁰

Tavsiye kararları ise üye devletlerin onayını gerektirmeyen, çoğu kez sözleşmeleri tamamlama amacı güden belgelerdir. Kabul edilmek istenen tavsiye kararı, sözleşmeler için geçerli olan sürede yetkili organa sunulur. Kabul edilmesi halinde Genel Müdür'e alınan önlemler ve uygulama konusunda bilgi verilir. Eğer kabul edilmez ise, tavsiye konusu ile ilgili alanda mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamalar konusunda Yönetim Kurulu'nun uygun göreceği dönemlerde Genel Müdür'e rapor sunulur.⁸⁹¹

Tavsiye kararları ile sözleşmeler 1919'dan günümüze kadar, çalışma yaşamına ilişkin neredeyse konuyu kapsamına almış; bu alanda politikalar üretme, yasama ve uygulama konularında yol gösterici olmuştur. Bunlar arasında, istihdam politikası, çalışma yönetimi ile çalışma koşulları, sosyal güvenlik, iş güvenliği ve sağlığı, bazı temel haklar (özellikle dernek kurma, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı, zorla çalıştırma ve çocuk emeğinin yasaklanması, çalışma hayatında ayrımcılığın yok edilmesi), endüstriyel ilişkiler, kadınların istihdamı ile göçmen işçiler ve denizciler gibi bazı özel kategorilerin istihdamı yer almaktadır. Bu belgeler, BM ESKHS'de yer alan ilkelerin kapsamlı bir şekilde yaşama geçirilmesini de sağlamaktadır.⁸⁹²

2. Denetim Mekanizması

ILO, sözleşmelerin pratikte hukuki olarak geçerliliğinin denetimi ile ilgili etkin bir yöntem geliştirmiştir. Denetim, sözleşmelerle gelen yükümlülöklere ne ölçüde uyulduğunu nesnel temeller bazında değerlendiren bağımsız uzmanlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, örgütlenme özgürlüğünün ihlali ile ilgili şikayetlerin değerlendirildiği özel bir prosedür de bulunmaktadır. Buna göre, ILO'nun denetim yetkisi hükümet raporlarının incelenmesine dayalı periyodik rapor verme ile şikayetlere dayalı özel denetim şeklindedir. Bu mekanizmaların çoğunda, işçi ve işveren örgütleri aktif bir rol oynayabilmektedir.

⁸⁹⁰ ILO Anayasası, md.19(5-e).

⁸⁹¹ Y. Şişman, a.g.e., s. 55.

⁸⁹² C. Selek Öz, a.g.e., s.153.

a) Periyodik Rapor Verme Sistemi

Genel denetim, temel olarak ILO sözleşmelerinin üye devletler tarafından onaylanma ve uygulanma durumlarını kapsamaktadır. ILO Anayasası'na göre üye devletler onayladıkları her sözleşme ve tavsiye kararının yürürlüğe konulması için yaptıkları çalışmalar hakkında ILO'ya yıllık rapor vermekle yükümlüdürler. Ayrıca üye devletlerin onaylanmayan sözleşme ve tavsiye kararları için de belli aralıklarla rapor verme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁸⁹³

Uluslararası Çalışma Konferansı sırasında, bir yandan hükümet raporlarının Genel Müdür tarafından hazırlanan özeti, diğer yandan Uzmanlar Komisyonu'na hazırlanan raporu incelemek üzere üçlü temsil esasına uygun olarak 150 delegeden oluşan bir Uygulama Komisyonu kurulur. Tam adı Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Uzmanlar Komisyonu olan, "Uygulama Komisyonu" olarak da anılan komisyon ILO'nun her toplantı döneminde Genel Konferansça oluşturulur. Bu komisyon, iş hukuku alanındaki uluslararası birikim ve uzmanlıklarıyla tanınmış 20 yetkin üyeden oluşur. Uzmanlar Komisyonu, hükümet raporları üzerinde "hukuksal ve teknik" bir denetim yapar. Çalışmalarını belgeler üzerinde yürütür, yorumlar yaparak rapor hazırlar.⁸⁹⁴ Hazırladığı raporu üye devletin, Yönetim Kurulu'nun ve Uluslararası Çalışma Konferansı'nın bilgisine sunar.⁸⁹⁵

Uygulama Komisyonu çalışmalarına, Uzmanlar Komisyonu'nun raporu ışığında ILO normlarının uygulanması ile ilgili sorunlar ve üye ülkelerin ILO Anayasası'na göre üzerine düşen görevleri yerine getirip getirmediğinin gözden geçirileceği bir genel görüşme ile başlanır. Ardından ise, sorun bulunan ülkeler tek tek ele alınır ve ilgili hükümetler Uzmanlar Komisyonu'nun belirlediği aykırılıklar ve bunların giderilmesi için aldıkları ya da alacakları önlemler hakkında açıklama yapmaya çağılır. Bu aşamada işçi ve işveren temsilcilerinin de katılımıyla tartışmalar yapılarak sorunun çözümü doğrultusunda olumlu sonuçlar alınmaya çalışılır.⁸⁹⁶

Tüm tartışmalar ve ulaşılan sonuçlar ise Uygulama Komisyonu tarafından raporlaştırılarak Uluslararası Çalışma Konferansı'na sunulur. Rapor, Konferansta kabul edilirse tüm üye ülkelere gönderilir ve ilgili hükümetlerin dikkati çekilir. Uygulama Komisyonu'nun bu raporunda ILO Anayasası'ndan ve onaylanmış sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini

⁸⁹³ M. Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, s.260.

⁸⁹⁴ Kamil Ateşoğulları, **Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 44, 1997, s.16.

⁸⁹⁵ A. Kemal Sayın, a.g.e., s.17.

⁸⁹⁶ C. Selek Öz, a.g.e., s.155.

yerine getirmeyen ülkeler “özel liste” içinde belirtilir. Eğer Uzmanlar Komisyonu raporunda onaylanmış sözleşmelerin tam olarak uygulanmaması durumunun sürdüğünü “büyük bir kaygı” ile tespit ettiğini ifade etmişse, ilgili ülke “özel paragrafa (kara liste)” alınır.⁸⁹⁷ Özel liste ve özel paragraf uygulaması yaptırım içermemekle birlikte ilgili hükümet için moral bir baskı oluşturulmasını sağlamaktadır.

Komisyon’un, ILO’nun onayladıkları sözleşmelerini ihlal eden ülkeleri kara listeye almaktan ve bazı raporlarda ülke mevzuatını ve uygulamalarını eleştirmekten başka bir yaptırım gücü bulunmamaktadır.⁸⁹⁸

b) Özel Denetim Mekanizmaları

ILO sisteminde kullanılan şikayet yolu, diğer yarı yargısal uluslararası mekanizmalardan farklı olarak bireysel başvurulara açık olmayıp devletlerin sözleşme hükümleri ile çelişen yasal düzenleme ve uygulamalarına karşı genel çözümler üretmeyi hedeflemektedir. Bu bakımdan, başvuruçunun doğrudan zarar görmüş olması ya da iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi koşullar aranmamaktadır.⁸⁹⁹

Şikayetler, hükümet temsilcileri, işçi veya işveren temsilcileri tarafından yapılabilmektedir. Bunun dışında şikayetlerin kabul edilebilirlik koşulları: Şikayet edilen devletin ILO üyesi olması; şikayetlerin yazılı olması, isimsiz olmaması ve delillerle desteklenebilmesidir.

i) Sendikaların Şikayetleri

ILO Anayasası’nın 24.maddesi uyarınca, sendikal örgütler, üye devletlerden birinin onayladığı bir sözleşmeyi gereği gibi yerine uygulamadığı konusunda Uluslararası Çalışma Bürosu’na şikayette bulunabilirler.

Şikayetler, Yönetim Kurulu tarafından değerlendirilir; kabul edilebilir bulunurlarsa, üçlü bir komite tarafından değerlendirilir. Komite’nin sonuçlara ve tavsiyelere ilişkin raporu

⁸⁹⁷ C. Selek Öz, a.g.e., s.156.

⁸⁹⁸ Hülya Uzuner, *Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)*, Ankara, Türk-İş Eğitim Yayınları No: 23, 1999, s.27

⁸⁹⁹ Ö. Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, s.190.

Yönetim Kurulu'na gönderilir. Daha sonra yayımlanan bu raporlarda tespit edilen sorunlar ve çözüm önerileri yer alır.

Bu denetim yolu çok seyrek olarak işletilmiştir. Şikayet, sendika özgürlüğüne ilişkin bir sözleşmeye uyulmamasıyla ilgili ise Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne gönderilmektedir.⁹⁰⁰ Sendika Özgürlüğü Komitesi, Yönetim Kurulu tarafından yine üçlü temsil ilkesi gözetilerek seçilen 9 kişiden oluşmaktadır. Bu Komite'nin amacı, bir ihlal olup olmadığını tespit ederek, ihlal söz konusu ise hükümete bu sorunun çözülebilmesi için yardımcı olmaktır. Hükümetten makul bir sürede ihlalin giderilmesi için atılan adımların belirtilmesi istenir.⁹⁰¹

ii) Devletlerarası Şikayet

ILO Anayasası'nın 26.maddesi uyarınca, bir ILO sözleşmesini onaylayan üye devlet, yine bu sözleşmeyi onaylayan başka bir üye devlete karşı sözleşmenin gereği gibi uygulanmadığı gerekçesiyle Uluslararası Çalışma Bürosuna şikayette bulunabilir. Devletlerarası şikayet, aynı Sözleşme'yi onaylamış olan başka bir devlet tarafından yapılabileceği gibi Genel Konferans işçi ve işveren delegeleri tarafından da yapılabilir.

Gülmez'e göre, onayladığı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getiren ülkeler zararına bozulma olasılığı bulunan rekabet koşullarının eşitlenmesine olanak sağlamak amacıyla, raporlar üzerinden yapılan denetime ek olarak böyle bir mekanizma da benimsenmiştir.⁹⁰²

Şikayet üzerine Yönetim Kurulu ilgili hükümetle ilişkiye geçebilir, olumlu bir cevap alamazsa, konuyu incelemek ve bir rapor sunmak üzere bir Soruşturma Komisyonuna gönderebilir. Soruşturma Komisyonu, üç hukukçudan oluşmaktadır.⁹⁰³ Komisyon bunun üzerine bir rapor hazırlar ve raporunda alınması gereken önlemleri belirtir.

Soruşturma Komisyonu, bir yargı organı gibi çalışsa da, yargı benzeri bir kurumdur⁹⁰⁴ ve vermiş olduğu kararlar yargı kararı niteliğinde olmayıp kendiliğinden icra kabiliyeti yoktur.

⁹⁰⁰ K. Ateşoğulları, a.g.e., s.17.

⁹⁰¹ M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004, s.99.

⁹⁰² M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s.77.

⁹⁰³ Virginia A. Leary, "Labor", **The United Nations and International Law**, (Ed. Christopher C. Joyner), Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1997, s.221.

⁹⁰⁴ M. Gülmez, "Uluslararası Çalışma Örgütü Koruma Sistemleri", **İnsan Hakları**, (Ed. Korkut Tankuter), İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2000, s.507.

ILO Anayasası'nın 29. maddesinin 2. fıkrası gereğince konu gerektiğinde ilgili hükümet tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na götürülebilir.⁹⁰⁵ Uluslararası Adalet Divanı, Soruşturma Komisyonu'nun raporundaki görüş ve önerileri onaylayabileceği gibi değiştirebilir ya da iptal edebilir. Divan'ın kararı kesindir.

Şikayet edilen devlet, Soruşturma Komisyonu ya da Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen karara uymaz ise Yönetim Kurulu'nun önerisiyle, Genel Konferans tarafından ILO temsilciliğinin başka bir ülkeye kaydırılması, ortak toplantılar düzenlenmemesi, ülkeye sağlanan teknik yardımın kısıtlanması ya da kaldırılması şeklinde tedbirler ya da yaptırımlar uygulanabilecektir. Ancak uygulamada daha çok diyalog ve ikna yolu tercih edilmektedir.⁹⁰⁶

iii) Sendika Özgürlüğüne İlişkin Özel Şikayet Yolu

ILO Anayasası'nda sayılmış olan rapor verme ve şikayetlere dayalı genel denetim mekanizmalarının yanında, sendikal özgürlükleri korumaya yönelik özel bir denetim yolu da bulunmaktadır. Özel denetim mekanizması, sendikal hak ve özgürlükleri korumak ve konuyla ilgili sözleşmelerin uygulanmasını sağlamak amacıyla oluşturulan bir sistemdir. Hükümet raporlarının incelenmesine dayalı genel denetim ile şikayete dayalı genel denetim onaylanmış sözleşmeler üzerinde yapılırken, bu özel denetim, sendikal hak ve özgürlüklerin çok sık biçimde çiğnenmesi olgusu karşısında, herhangi bir sözleşmenin onay koşuluna bağlı olmaksızın işletilen bir denetim mekanizmasıdır.⁹⁰⁷

Bu denetimin dayanağı, ILO Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan ve Philadelphia Bildirgesi'nde de vurgulanan sendika özgürlüğü ilkesidir. Örgütlenme özgürlüğü ve toplu sözleşme ILO'nun kurucu ilkelerindendir ve buna bağlı olarak da 2.Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde, 87 ve 98 No'lu ILO Sözleşmelerini onaylamayan ILO üyesi devletlerdeki ya da o dönem BM üyesi olup da ILO'ya üye olmayan devletlerdeki ihlalleri inceleyebilmek adına bu özel denetim yolu oluşturulmuştur.⁹⁰⁸ Bu bakımdan, ILO'ya üye devletler sendikal özgürlüklere ilişkin 87 ve 98 No'lu Sözleşmeleri onaylamasalar dahi bu denetime tabidirler.⁹⁰⁹

⁹⁰⁵ K. Ateşoğulları, a.g.e., s.17, 18.

⁹⁰⁶ M. Gülmez, "Uluslararası Çalışma Örgütü Koruma Sistemleri" s.508.

⁹⁰⁷ K. Ateşoğulları, a.g.e., s.18; C. Selek Öz, a.g.e., s.155.

⁹⁰⁸ M. Gülmez, "Uluslararası Çalışma Örgütü Koruma Sistemleri" s.511.

⁹⁰⁹ M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s.80-81.

Bu özel denetim, Yönetim Kurulu üyeleri arasından üçlü temsil esasına göre seçilen ve 9 kişiden oluşan Sendikal Özgürlükler Komitesi tarafından yürütülür. Komite yılda üç defa toplanarak, işçi ve işveren örgütleri ile hükümetlerin şikayetlerini tam bir yargı organı gibi inceler. Yapılan şikayeti, görüşlerini almak üzere ilgili hükümete iletir. Şikayette bulunan taraftan ise şikayetiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi vermesi ister. Hükümetlerin Komiteye cevap vermede gecikmesi durumunda ilgili hükümet uyarılır ve gecikme nedenleri hakkında bilgi istenir. Eğer ilgili hükümet cevap vermemekte ısrar ederse Komite durumu bir rapor ile Yönetim Kurulu'na bildirir. Hükümetin cevap vermesi durumunda, Komite çalışmalarına devam ederek görüş ve önerilerini de belirten raporu son aşamada hazırlar.⁹¹⁰ Hükümetlerin de bu öneriler doğrultusunda atılan adımları hemen bildirmeleri gerekir.

Bu özel denetim, uluslararası hukukun geleneksel ilkelerinden bir kopuşu da ifade ederek insan haklarının uluslararası korunmasında yeni bir kilometre taşı oluşturmıştır. Uluslararası kuruluşlara üye devletlerin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin sadece sözleşmelerin onaylanmasından kaynaklanmadığı, aynı zamanda “üye devlet” olarak da anayasal yükümlülüklerinin bulunduğu anlayışını ortaya koyar. Bu denetim yoluyla, ulusal egemenlik ile uluslararası denetimi bağdaştıran “onay” koşulu aranmadığı gibi, aynı amaçla getirilen “siyasal olur” koşulu da, deyim yerindeyse “by-pass” edilip işlevsizleştirilmiştir.⁹¹¹

3. ILO Bildirgeleri ve Çalışma Yaşamına İlişkin Temel İlkeler

ILO, kuruluşundan itibaren dört bildirme kabul etmiştir. Bu bildirgeler üçlü yapı ile de bağlantılı olarak sosyal ortakların görüşlerini ve ILO'nun resmi politikasını yansıtır. Bildirgeler, genel olarak bağlayıcı metinler olmayıp uluslararası çalışma standartlarının uygulanması ve sağlanmasını teşvik etmeye yöneliktir.⁹¹²

ILO Bildirgeleri'nin ilki, 1944'te Uluslararası Çalışma Konferansı'nda ortaya çıkan Philadelphia Bildirgesi'dir.⁹¹³ Bu Bildirge, aynı zamanda ILO Anayasası'nın bir parçasını oluşturur ve bu bakımdan bağlayıcıdır. Bildirge'de ILO'nun temel ilke ve amaçları şu şekilde ifade edilmiştir:

- Emek bir mal değildir.

⁹¹⁰ C. Selek Öz, a.g.e., s.156.

⁹¹¹ M. Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s.86.

⁹¹² Ö. Yücel Dericiler, a.g.e., s.182.

⁹¹³ Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation. Bkz. Antony Alcock, **History of International Labour Organisation**, London: MacMillan Press, 1972, s.12.

- Dernek kurma ve ifade özgürlüğü desteklenen bir ilerlemenin vazgeçilmez şartıdır.
- Yoksulluk, bulunduğu yerlerde, herkesin refahına yönelik bir tehlike oluşturur.
- İhtiyaca karşı mücadele, her ulusun kendi ülkesi içerisinde tükenmez bir güçle ve kamu yararının sağlanması amacıyla işçi ve işveren temsilcilerinin hükümet temsilcileri ile eşit şartları içinde katılımlarıyla yapacakları serbest tartışmalara ve alacakları demokratik kararlara hakim olarak sürekli ve ortak bir uluslararası gayretle yürütülecektir.⁹¹⁴

Bu bakımdan, Philadelphia Konferansı'nda, evrensel düzeyde barışın kalıcı olarak sağlanabilmesi için sosyal adaletin gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Daha sonra, 1964'te Güney Afrika'daki Irk Ayrımcılığına Karşı Eyleme İlişkin ILO Bildirgesi⁹¹⁵, 1977'de Çokuluslu İşletmeler ve Sosyal Politikanın İlkelerine İlişkin Üçlü Bildirge⁹¹⁶ kabul edilmiştir.

18 Haziran 1998'de Cenevre'de toplanan ILO Genel Konferansı'nda Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi kabul edilmiştir.⁹¹⁷ Bildirge; ekonomik büyümenin, eşitliği, toplumsal ilerlemeyi ve yoksulluğa son verilmesini sağlamak için gerekli, ancak yeterli olmadığı, ILO'nun güçlü sosyal politikalarının adaleti ve demokratik kurumları teşvik etmesine olan gereksinimi teyit etmektedir.

Söz konusu Sözleşmeleri *onaylamamış olsalar dahi*, bütün üyelerin, Örgüt üyesi olmakla, bu Sözleşmelerle düzenlenen ve aşağıda sayılan temel haklara ilişkin ilkelere, iyi niyetle ve Anayasa'nın gereği olarak *saygı göstermek, bu ilkeleri geliştirmek ve gerçekleştirmekle yükümlü olduklarını* açıklar:

- Sendikalaşma özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması;
- Zorla ya da zorunlu çalıştırmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması;
- Çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesi ve
- İstihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması.

⁹¹⁴ www.ilo.org , E.T. 06.12.2017.

⁹¹⁵ Declaration Concerning Action Against Apartheid in South Africa, bkz. www.ilo.org , E.T. 06.12.2017.

⁹¹⁶ Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, bkz. www.ilo.org , E.T. 06.12.2017.

⁹¹⁷ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, bkz. www.ilo.org , E.T. 06.12.2017.

Uluslararası Çalışma Konferansı, Bildirge’de bütün üyelerin, ILO’ya serbestçe katılmakla, ILO Anayasası’nda ve Philadelphia Bildirisi’nde belirtilen ilkeleri ve hakları kabul ettiklerini ve Örgüt’ün genel hedeflerine ulaşmak için kaynakları imkan verdiği ölçüde ve özel koşullarına tam olarak uygun biçimde çalışma yükümlülüğünü üstlendiklerini; bu ilkelerin ve hakların Örgüt içinde ve dışında temel kabul edilen Sözleşmelerde belirli hak ve yükümlülükler biçiminde ifade edildiğini ve geliştirildiğini hatırlatır.⁹¹⁸ Bu hedeflere ulaşmak için, üye devletlerin dile getirdiği gereksinimlere cevap olarak dış kaynakların ve desteğin harekete geçirilmesi ile ILO Anayasası’nın 12. maddesi çerçevesinde ILO ile ilişkisi bulunan diğer uluslararası örgütlerin teşvik edilmesi de dahil olmak üzere, anayasal, yasal ve bütçe kaynaklarını tam olarak kullanarak, aşağıdaki yollarla bu çabaları desteklemek amacıyla, Örgüt’ün, üyelerine yardımcı olma yükümlülüğünü kabul eder:

- Temel Sözleşmelerin onaylanmasını ve uygulanmasını teşvik etmek için teknik işbirliği ve danışmanlık hizmetleri sunarak,
- Bu Sözleşmelerin bazılarını ya da hiçbirini onaylamaya hazır olmayan üyelerin, bu Sözleşmelerde yer alan temel haklara ilişkin ilkelere saygı gösterme, bu ilkeleri teşvik ve gerçekleştirme çabalarına yardım ederek,
- Üyelerin ekonomik ve sosyal kalkınma için ortam yaratma çabalarına yardımcı olarak.

Bu Bildirge’yi tam anlamıyla hayata geçirebilmek için, anlamlı, etkin ve teşvik edici bir izleme mekanizmasının, bu metnin ekinde yer alan ve bu Bildirgenin ayrılmaz parçası sayılacak belgede belirtilen önlemlere uygun olarak uygulamaya konmasını kararlaştırır.

Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi ile, heterojen ve geniş kapsamlı bir dizi çalışma hakkı yerine, yeni normatif bir hiyerarşi oluşturulmuştur. Buna göre; örgütlenme özgürlüğü, zorla çalıştırma ile çocuk işçiliğin ortadan kaldırılması ve istihdamda ayrımcılığın engellenmesi, dört “çekirdek çalışma standardı” olarak belirlenmiş ve tüm diğer standartların üzerinde tanımlanmıştır. Uluslararası çalışma ilişkilerinde “anayasal bir hareket” olarak tanımlanan bu bildirge ile ILO, çok büyük bir ilgiyi üzerine çekmiş ve çalışma hakları üzerinden uluslararası düzeyde devam eden tartışmalarının yönünü tamamen değiştirmiştir.⁹¹⁹

Bu çerçevede, Bildirge’nin temel ilkeleri önceleyen bir hiyerarşi oluştururken, bir taraftan da, kaçınılmaz olarak, diğer tüm standartları ikinci sınıf bir statüye düşürmesi

⁹¹⁸ Bkz. www.ilo.org , E.T. 23.05.2018.

⁹¹⁹ Philip Alston, “Core Labour Standards and the Transformation of The International Labour Rights Regime”, *European Journal of International Law*, Vol: 15, No:3, 2004, s. 458, 459.

eleştirilmiştir.⁹²⁰ Öte yandan, yıllar içerisinde üzerinde çokça çalışılan ve bir içtihat oluşturulan haklar, bildirge ile “ilke”⁹²¹ olarak tanımlanmakta, bu durum da “hak” olarak tanımlanan hususların statülerinde de bir düşüşe neden olmaktadır. Teşvike dayalı mekanizmanın, ILO’nun geleneksel “zorlayıcı” gücünü kıracağı da ifade edilmektedir. Bunun yanında, izleme mekanizmasına diğer aktörleri davet eden yaklaşımın da, ILO’nun etkinliği noktasında zarar verici olacağı belirtilmektedir.⁹²²

Ayrıca, bir eleştiri konusu da çalışma hakları üzerinde küreselleşmenin neden olduğu erozyonla mücadele etmede yetersiz kalan ilkelerin uygulanmasına dönük düzenlemelerin varlığı olmuştur. İlkelerin nasıl uygulanacağına dair bu belirsizlik ve yetersizlik ortadayken, yeni oluşumun, sözleşmelerin izlenmesine dönük mekanizmalarda yapılması gereken reformları da ötelediği ileri sürülmüştür.⁹²³

Öte yandan, mevcut durumda ILO sisteminin işlemediğini ve Bildirgenin ILO’nun farklı araçlar kullanarak Dünya Ticaret Örgütü ve Dünya Bankası gibi örgütlerin içinde bulunduğu merkezi pozisyona dahil olmasını sağlayacak etkinliği ve desteği kazanmayı amaçladığı da belirtilmektedir. Ayrıca, hakların, “ilke” olarak tanımlanarak, bir yerde statü kaybına uğramaları değil; aksine, uluslararası çalışma standartlarından uluslararası çalışma ve insan haklarına dönüşümü söz konusudur: “Çekirdek haklar”, işçilerin diğer sosyal haklarının yaşama geçirilmesi için talepte bulunabilme sürecine zemin hazırlaması bakımından dönüştürücü olabilecektir.⁹²⁴ Bu, gerçek bir yaptırım mekanizmasından yoksun yasal düzenlemeler yerine, temel ilkelere yapılan vurguyla mümkün olacaktır.⁹²⁵

Bütün bu olumlu ve olumsuz görüşlerin yanında, Bildirge’de ifade bulan temel ilke ve haklar, uluslararası düzeyde ciddi yankı bulmuş ve Birleşmiş Milletler, Dünya Ticaret Örgütü ve Dünya Bankası gibi kuruluşların, en azında söylem olarak, desteğini almıştır. Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu (ITUC) gibi yapılar da, temel haklar üzerinden, özellikle uluslararası kuruluşların politikalarını takip etmeye ve eleştirmeye başlamıştır. Benzer biçimde

⁹²⁰ B. Creighton, “The Future of Labour Law: Is There a Role for International Labour Standards?”, **The Future of Labour Law**, (Ed. C. Barnard, S. Deakin, G. Morris), Oxford: Hart Publishing, 2004, s.268.

⁹²¹ “İlke” kavramının tanımının yarattığı bir sorun olarak, Bildirge’nin değerlendirildiği 2004 tarihli raporda ifade bulduğu şekliyle, ilkeleri genel hatlarıyla kabul eden ülkeler, uygulamada birçok istisna tanımlayarak ilkelerin içinin boşalmasına neden olmakta ve yine birçok ülkenin bunun çözümüne ilişkin bir çözüm aramamaktadır. Bkz. Review of annual reports under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, s. 17, http://www.ilo.org/gb/GBSessions/WCMS_152684/lang--en/index.htm, E.T. 01.10.2017.

⁹²² Brian Langille, “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, **The European Journal of International Law**, Vol: 16, No: 3, 2005, s.416, 417.

⁹²³ P. Alston, a.g.e., s.520.

⁹²⁴ P. Alston, a.g.e., s.464, 466.

⁹²⁵ B. Langille, “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, a.g.e., s.422.

üye ülkelerdeki sivil toplum örgütlerinin, kendi hükümet politikalarının Bildirge'ye uygun hale gelmesi için de baskı yapmaya başladıkları gözlemlenmiştir.⁹²⁶

4. Temel İlkelerle İlişkin ILO Birikimi

a) Sendikal Özgürlükler

ILO, örgütlenme özgürlüğüyle ilgili bir dizi ilkenin geliştirilmesini sağlamıştır. ILO'nun sendikal haklarla özdeşleşmiş sözleşmeleri, 1948 tarihli 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme ile 1949 tarihli 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin Sözleşme'dir.⁹²⁷ Bu Sözleşmelerin uygulanmasında ortak olarak ortaya çıkan temel iki mesele vardır: Bunlardan birincisi, ILO'nun normlarını yorumlarken geliştirmiş olduğu genişletici yorumu göstermesi açısından önemli olan grev hakkının kullanılmasıdır. Diğerisi ise, ILO'nun örgütlenme özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde bir ön koşul olarak "sivil özgürlükler iklimi"nin varlığının önemini vurgulayıdır, ki bu husus, bütün insan haklarının karşılıklı olarak birbiri ile bağlantılı olduğunun ILO tarafından da ifade edilmesi anlamına gelmektedir.⁹²⁸

87 Sayılı Sözleşme, sendikal haklar ile ilgili en önemli ILO sözleşmesidir.⁹²⁹ Amacı, sendika hakkını devlet ve diğer kamu otoritelerinden gelebilecek müdahale, engelleme veya yasaklama karşı korumaktır.⁹³⁰ Sözleşme'nin 2. maddesi sendika hakkının kişi bakımından kapsamını şu şekilde belirtmektedir: "Herhangi bir ayırım yapılmaksızın çalışanlar ve işverenler, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile üye olmak hakkına sahiptirler."

87 sayılı Sözleşme'de örgütlenme hakkı, yalnızca dar anlamda işçilere değil, geniş anlamda bütün çalışanlara tanınmıştır. Bu bakımdan Sözleşme istihdam türlerine, statülerine ve

⁹²⁶ P. Alston, a.g.e., s.467.

⁹²⁷ ILO'nun örgütlenme özgürlüğü ile ilgili diğer Sözleşmeleri: 1921 tarihli 11 No'lu Tarımda Örgütlenme Hakkına İlişkin Sözleşme; 1971 tarihli 135 No'lu İşçilerin Temsilcilerine İlişkin Sözleşme; 1975 tarihli 149 No'lu Tarım İşçilerinin Örgütlenmesine İlişkin Sözleşme; 1978 tarihli 151 No'lu Kamu Hizmetlerinde İş İlişkilerine Dair Sözleşme'dir.

⁹²⁸ Colin Fenwick, "The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights", s.597.

⁹²⁹ Türkiye Sözleşmeyi 1993 yılında onaylamıştır. Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Kasım 1992 / 3847, Resmi Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 22 Aralık 1992 / 21432 mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 8 Ocak 1993 / 93-3967, Resmi Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 25 Şubat 1993 / 21507

⁹³⁰ M. Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 4, 2005/1, s.144.

yaptıkları işin niteliğine bakılmaksızın tüm çalışanları kapsamaktadır. Sözleşme’de yer alan “herhangi bir ayırım yapılmaksızın” ifadesi de bunu vurgulamaktadır. Buna paralel olarak denetim organları da “çalışanlar” ifadesini işsizleri ve serbest meslek çalışanlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlamakta ve “hiçbir ayırım yapılmaması” ilkesinin gereği olarak da, iş veya hizmetin niteliği, istihdam biçimi, memur, işçi veya sözleşmeli personel, göçmen işçiler, hiyerarşik konum vb. açısından sınırlama yapılamayacağı görüşünü benimsemektedir. Sözleşme’nin 9. maddesi silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri açısından ise sınırlamaya olanak tanımaktadır. Ancak bu sınırlama dar anlamdadır, silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri bünyesindeki sivil çalışanları kapsamaz.⁹³¹

87 Sayılı Sözleşme’de grev hakkına açıkça yer verilmemiş ise de, ILO denetim organları grev hakkını 87 sayılı Sözleşme’nin güvence altına aldığı sendika hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmektedir.⁹³²

ILO’nun sendikal haklara ilişkin bir diğer sözleşmesi olan 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi⁹³³ ise, 87 sayılı Sözleşme’nin tamamlayıcısı olarak sendika özgürlüğünü işverenlere ve işveren örgütlerine karşı korumayı amaçlamıştır. Sözleşme’nin 1. maddesi, çalışanların sendika özgürlüğüne zarar vermeye yönelik her türlü ayırım gözetici eylem ve işleme karşı tam bir korumadan yararlanması gerektiğini düzenlemektedir. İşçilerin işe alınmasının ve çalıştırılmasının sendikaya üye olmama ve/veya sendikadan ayrılma şartına bağlanmasını yasaklamaktadır. Madde işçilerin, bir sendikaya üye olmalarından, çalışma saatleri dışında veya işverenin onayı ile çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmalarından dolayı işten çıkarılma veya başka yollarla zarar verme amacı güden davranışlara karşı özellikle korunmasını güvence altına almaktadır.

Sözleşme’nin 1.maddesinde çalışanların sendika özgürlüğünden tam ve eksiksiz bir biçimde yararlanmalarını, sendika üyeliği ve faaliyeti dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalmamaları gereğini düzenlerken 2. madde de sendikaların bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde işveren örgütlerinin müdahalesine karşı güvenceleri içerir. Bu bağlamda, “işçi ve işveren

⁹³¹ Aziz Çelik, “Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye’nin Uyumsuzluğu”, **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları**, (Ed. Selda Çağlar), İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s.35.

⁹³² ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006.

⁹³³ Kanun Tarih ve Sayısı: 8 Ağustos 1951/5834, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 14 Ağustos 1951/7884. Sözleşmenin adı resmi çeviride “Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik Sözleşme” olarak yer almaktadır.

örgütleri gerek doğrudan doğruya, gerekse temsilcileri ya da üyeleri aracılığıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerine müdahalede bulunmalarına karşı korunacaklardır.” (md.2)

Burada hangi eylemlerin müdahale sayılacağı da ayrıca belirtilmiştir: “İşçi kuruluşlarını bir işverenin veya bir işveren kuruluşunun kontrolüne tabi kılmaya, bir işverenin veya bir işveren kuruluşunun kendi nüfuzu altına alınmış işçi kuruluşları oluşturmaya yönlendirmeye veya işçi kuruluşlarını mali yollarla veya başka bir şekilde desteklemeye yönelik önlemler, bu maddedeki anlamıyla ile müdahale sayılır.”

Sözleşme’nin kişi bakımından kapsamı, özellikle kamu görevlilerinin sendikal hakları açısından önemlidir. Sözleşme’nin 5. maddesi 87 sayılı Sözleşme’ye paralel olarak silahlı kuvvetler ile polislerin sözleşmeden yararlanması meselesini iç hukuka, bu bağlamda yerel otoritelerin takdirine bırakmaktadır. 6. maddede ise, “Bu Sözleşme, devlet memurlarının durumları ile alakalı değildir ve hiçbir surette, onların haklarına veya statülerine halel getirmez.” hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hükümden hareketle bütün kamu görevlilerinin 98 sayılı Sözleşme’nin kapsamı dışında olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. ILO denetim organlarının kararlarında da vurgulandığı üzere, 98 sayılı Sözleşme “devlet adına otorite işlevi yerine getirmeyen” kamu görevlilerini kapsamaktadır.⁹³⁴ Diğer bir ifadeyle, sadece “devlet adına otorite kullanan” kamu görevlileri, dar anlamda devlet memurları olarak 98 sayılı Sözleşmenin kapsamı dışındadır.⁹³⁵

98 sayılı Sözleşme’nin 4. maddesinde ise toplu pazarlık hakkı düzenlenmiş, gönüllü ve özerk toplu pazarlığın geliştirilmesine ilişkin ilkeler belirtilmiştir. Burada devlete sendikalar ile işverenler veya işveren örgütleri arasında yapılacak toplu sözleşmeler için “gönüllü toplu pazarlık” ilkesinden yararlanılmasını, bunun teşvik edilmesini ve bunun gerçekleşmesi için gerektiğinde uygun önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu çerçevede toplu pazarlıkta “gönüllük ilkesi” benimsenmiş ve devlete de bunun gerçekleşmesi için pozitif yükümlülükler yüklemiştir.

ILO denetim organları, özellikle de Sendika Özgürlüğü Komitesi (SÖK), kararlarıyla 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri bir bütün olarak sendikal hakları kapsayacak şekilde genişletmiştir.⁹³⁶ SÖK, sadece sözleşmelerdeki hükümlerin uygulanmasının denetimiyle sınırlı

⁹³⁴ A. Çelik, a.g.e., s. 37.

⁹³⁵ M. Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 4, 2005/1, s.150.

⁹³⁶ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006.

kalmamakta, burada yer alan normatif düzenlemeleri tamamlama, anlamlandırma ve genişletme işlevini de gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda SÖK, uluslararası çalışma hukuku içtihadının oluşmasında eşsiz bir rol oynamaktadır.

Örneğin SÖK, 87 sayılı ve 98 sayılı Sözleşmelerin metninde yer almayan grev hakkı, sendikaların siyasi faaliyetlerine ilişkin olarak bu Sözleşmelerin güvencesi kapsamında olduğunu kabul etmiştir.⁹³⁷ Komite, 87 sayılı Sözleşme’de açık bir şekilde düzenlenmemiş olan grev hakkını çalışanların sosyo-ekonomik yararlarını korumanın hukuki bir aracı olarak kabul etmiştir.⁹³⁸ Komite, 1954’ten bu yana grev hakkının 87 Sözleşme tarafından korunan örgütlenme hakkına içkin olduğunu vurgulamaktadır.⁹³⁹

Komite, grevi 87 sayılı Sözleşme’nin özünde var olan bir hak olarak tanımlamakla yetinmemiş, bu hakkı oldukça geniş bir perspektiften yorumlamıştır. Komite grev hakkını sadece mesleki bağlamda ve ekonomik çıkarlarla sınırlı bir hak olarak değerlendirmemiş; sendikaların, üyeleri ve genel olarak işçiler ve çalışma yaşamı üzerinde doğrudan etkileri olan sosyal ve ekonomik politikalara karşı da grev eylemini kullanabileceklerini kabul etmiştir.⁹⁴⁰ Bu bağlamda Komite’ye göre, grev hakkı, sadece toplu iş sözleşmesi uyuşmazlığı ile sınırlandırılmaz, işçilerin ve sendikaların daha geniş bir ekseninde, sosyo-ekonomik politikalara ilişkin görüşlerini ifade etme hakları vardır.⁹⁴¹ Dar anlamda salt siyasal grevleri 87 kapsamında görmeyen Komite, hükümetin sosyo-ekonomik politikasını eleştirmeyi amaçlayan protesto grevlerinin ise Sözleşme’nin güvencesinde olduğunu vurgulamıştır.⁹⁴² Örneğin, ücretleri ödenmeyen işçilerin yaptığı protesto grevleri;⁹⁴³ asgari ücretin artırılması, mevcut toplu sözleşmelerin gereğinin yerine getirilmesi ve ekonomik politikaların değiştirilmesi amacıyla yapılacak genel grevler meşrudur ve sendikaların olağan faaliyetlerinden sayılmaktadır.⁹⁴⁴

Grev hakkına ilişkin ILO ilkeleri, özellikle de devletlerin bu hakkın kullanımının kontrolü ve sınırlandırılmasının kapsamına ilişkindir. Bu bağlamda, grev türleri konusunda genel bir yasaklama kabul edilmemektedir. Sendika denetimi dışında yapılan düzensiz grevler

⁹³⁷ A. Çelik, a.g.e., s. 40.

⁹³⁸ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006, para.521, 522.

⁹³⁹ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006, para.523.

⁹⁴⁰ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006, para.526, 627.

⁹⁴¹ A.g.e., para.531.

⁹⁴² A.g.e., para.528, 529; A. Çelik, a.g.e., s.42.

⁹⁴³ A.g.e., para.536.

⁹⁴⁴ A.g.e., para.543.

(wild-cat strike), işi yavaşlatma, işi durdurma, işyeri işgali gibi eylemler, ancak barışçıl olmaktan çıktığında sınırlandırılabilir.⁹⁴⁵ Başka bir deyişle, Komite *barışçıl* olması koşuluyla işi yavaşlatma, işi durdurma ve işyeri işgali eylemlerini örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁴⁶

SÖK grev hakkının sınırlandırılması konusunda titiz davranmakta, ancak sınırlı bir çalışan kategorisi için ve bazı özel koşullar altında değerlendirmektedir. Komite genel bir grev yasağını ancak şiddetli bir olağanüstü halin varlığında ve geçici bir süre için kabul etmektedir.⁹⁴⁷ Milli güvenlik ve kamu sağlığı gerekçesiyle bir grevin ertelenmesi sorumluluğu hükümete bırakılamaz; bu kararın tarafların güven duyduğu bağımsız bir organ tarafından alınması gerekir.⁹⁴⁸ Komite grev hakkının iki durumda sınırlandırılabilir veya yasaklanabileceğini kabul etmektedir: 1) devlet adına otorite icra eden kamu görevlilerinin (public servants exercising authority in the name of the State) çalıştığı kamu hizmetlerinde veya 2) durması nüfusun tümünün veya bir bölümünün yaşamını, kişisel güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek, kelimenin dar anlamıyla, zorunlu/temel hizmetlerde.⁹⁴⁹

98 sayılı Sözleşme, kamu görevlilerine ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte, Komite sadece devlet adına otorite kullanan memurlar için grev hakkının sınırlandırılması ve yasaklanmasını kabul etmekte, kamu görevlisi (memur) kavramının çok geniş olarak tanımlanmasının bu çalışanların grev hakkının oldukça geniş biçimde sınırlandırılmasına veya yasaklanmasına yol açabileceğini belirterek kamu hizmetinde bulunanlara ilişkin grev yasağının devlet adına yetki kullanan memurlarla sınırlı olması gerektiğini vurgulamaktadır.⁹⁵⁰ Örnek olarak, Komite adliye personeli ve gümrük görevlilerin devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri arasında olduklarını ve bu nedenle grev haklarının sınırlandırılabilir veya yasaklanabileceğini kabul etmektedir.⁹⁵¹ Yine örnek olarak, Komite Almanya'ya ilişkin bir

⁹⁴⁵ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva, 2006, para.545.

⁹⁴⁶ A. Çelik, a.g.e., s. 43.

⁹⁴⁷ A.g.e., para.570.

⁹⁴⁸ A.g.e., para.571.

⁹⁴⁹ A.g.e., para.576. SÖK zorunlu/temel hizmetlerle ilgili alanlarda çalışanlar için grevin yasaklanabileceği durumları somutlaştırmada, nüfusun tamamının veya bir bölümünün yaşamına, kişisel güvenlik ve sağlığına yönelik açık ve yakın bir tehdidin varlığı ölçütünü kabul etmektedir. Zorunlu hizmetin dar anlamda yorumlanması gerekir. Komite kararlarında zorunlu olan ve olmayan hizmetler konusunda örnekler vermektedir. Komiteye göre hastane sektörü, elektrik hizmetleri, su sağlama hizmetleri, telefon hizmeti, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye hizmetleri, cezaevi hizmetleri, hava trafik kontrolü zorunlu/temel hizmetler arasında sayılabilir. Bkz. a.g.e., s.581-585; A. Çelik, a.g.e., s. 46.

⁹⁵⁰ A.g.e., para.575.

⁹⁵¹ A.g.e., para.578, 579.

başvuruda, öğretmenlerin devlet adına yetki kullanan bir kamu görevlisi olmadığını, bu bakımdan grev hakkı açısından kapsam dışı bırakılamayacağını belirtmiştir.⁹⁵²

Diğer bir mesele olan “sivil özgürlükler ortamı” konusunda da, ILO çalışma yaşamına ilişkin haklar ile diğer insan hakları arasındaki bağlantıların öneminin farkındadır. Hem SÖK, hem de Uygulama Komisyonu devletlerin bireylerin medeni ve siyasi özgürlüklerinden yararlanabildikleri genel bir iklimi sağlaması gerektiği konusunda ısrarcıdır. Aksi halde sendikal özgürlüklerin kullanımı da imkansızlaşacaktır. Bu durum, SÖK’e yapılan şikayetlerin neredeyse yarısının sendikacılara karşı yapılan ihlallere ilişkin olduğu göz önüne alındığında pek de şaşırtıcı değildir.⁹⁵³ Örneğin, Kolombiya’da çıkan sivil isyan sürecinde çok sayıda sendikacı öldürülmüştür.⁹⁵⁴ ILO’nun medeni ve siyasi hakların gerçekleştirilebildiği bir ortamın zorunluluğu hususundaki ısrarı, örgütün salt çalışma hakları ile sınırlı kalmayıp onların ötesine geçebildiğinin ve sosyal haklara ilişkin daha geniş ve detaylı meseleleri de ele aldığı bir göstergesidir. Bu bakımdan, ILO, daha geniş olarak medeni ve siyasi haklar alanında da bir rol oynamaktadır; bütün insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı birbirine bağımlılığı ILO tarafından da kabul edilmektedir.

b) Zorla ve Zorunlu Çalıştırma Yasağı

1930 tarihli, 29 No’lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, 1926 tarihli Köleliğe Karşı Sözleşme’yi takiben kabul edilmiştir: Milletler Cemiyeti bu konuyu özellikle ILO’ya havale etmiştir. 29 No’lu Sözleşme, prensip olarak sömürge olarak yönetilen topraklarda yaşayan nüfusun zorla çalıştırılmasını yasaklamaktadır. Bütün ILO Sözleşmeleri arasında en geniş çapta onay almış olan bu Sözleşme’nin 1.maddesinde taraf devletler, *mümkün olduğu kadar kısa bir sürede* her ne şekil altında olursa olsun cebri veya mecburi çalıştırmanın kaldırılmasını taahhüt etmektedirler. Bununla birlikte, 2.madde açısından, olağanüstü koşullarda ve genel olarak halkın bütünün veya bir kısmının normal yaşama şartlarını veya hayatını tehlikeye koyan tehlikeli veya zarar verici her türlü şartlarda yapılması mecburi bir iş veya hizmetler; kanunlar çerçevesinde öngörülen zorunlu askerlik hizmeti gereği tutulan kişiler, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği iş veya hizmetler “zorla çalıştırma” kapsamına girmeyecektir. 25.madde uyarınca da, devletler zorla çalıştırmayı ceza

⁹⁵² T. Novitz, **International and European Protection of the Right to Strike**, s.305.

⁹⁵³ Breen Creighton, “Freedom of Association”, **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, Hague: Kluwer Law International, 2001, s.305.

⁹⁵⁴ Bkz. C. Fenwick, “The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights”, s.598.

kanunlarında bir suç olarak düzenlemek ve hukuk sistemlerinde öngörülen yaptırımların gerçekten etkili ve tam olarak uygulanmasını sağlanmakla yükümlüdür.

Daha sonra, Stalin rejimini de içeren pek çok ülkedeki uygulamalar ışığında, 1957 tarihli 105 No’lu Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu Sözleşme de, 1.maddesinde siyasi baskı sonucu, bir eğitim tedbiri olarak, ekonomik gelişme sağlamak amacıyla veya el emeğini seferber etme ve el emeğinden faydalanma amacıyla ya da çalışma disiplini olarak, grev hakkını kullananları bir cezalandırma aracı olarak ya da bir ayrımcılık aracı olarak devletlerin zorla çalıştırmaya başvurmayacağını güvence altına almaktadır.

29 No’lu Sözleşme’ye ilişkin ILO birikimi de, başlangıçta oldukça sınırlı bir normatif alandan nasıl kapsamlı ilkeler geliştirilebildiğini ve insan haklarının bütünselliğini, karşılıklı olarak birbirine bağlılığını ortaya koymaktadır.

ILO, mahkumların yaptıkları işlerin özel işletilen kurumlarda kullanımına ilişkin çok sayıda şikayeti incelemiştir.⁹⁵⁵ Buradaki mesele, Sözleşmenin 2.maddesinde yer alan “bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet” olgusunun zorla çalıştırma sayılmayacağı hükmüdür. Bu hükme uygunluğun sağlanabilmesi için üç koşul gerçekleştirilmelidir: Öncelikle, mahkumun hukuka uygun bir şekilde suçlu bulunup hüküm giymiş olması gerekmektedir. Mahkumlarca yapılan işin kamu otoritelerinin gözetim ve kontrolü altında yapılması gereklidir. Ayrıca, bu kişilerin özel kişiler, şirketler ya da kurumlar tarafından çalıştırılmaması, emeklerinin bedel karşılığı kullanılmaması gerekmektedir. Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Uzmanlar Komisyonu, neredeyse cezavelerindeki bütün özel çalıştırma biçimlerinin 2.maddeye aykırı olduğunu tespit etmiştir; çünkü bu tür çalışma ve kullanımlar özel çıkarlara hizmet etmektedir.⁹⁵⁶ Ancak 29 No’lu Sözleşme, bir mahkumun özel yararlar elde edilmesine yönelik gönüllü olarak çalışmasını yasaklamamaktadır. Bu açıdan, Uzmanlar Komisyonu, çalışma koşullarının serbest emek piyasasındaki benzer bir iş ile yaklaşık olarak eşdeğer olması da dahil olmak üzere, çalışmanın gönüllü olduğunun ortaya konulabilmesi için geniş kapsamlı ilkeler geliştirmiştir.

⁹⁵⁵ Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Uzmanlar Komisyonu, bu alandaki süreçte, önceden kamu hizmeti olarak nitelendirilen hizmetlerin özelleştirilmesinin etkileri de dahil olmak üzere, hükümetler ve işverenlerle birlikte yer almak istediğini ortaya koymuştur. Böylelikle de, ekonomik küreselleşmenin önemli bir boyutununun merkezini ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinde karşılaşılan zorlukları ele almıştır. Bkz. C. Fenwick, “Private Use of Prisoners’ Labour: Paradoxes of International Human Rights Law”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 27, 2005, s.249-293.

⁹⁵⁶ ILO, Report of Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 1995 (Fransa’ya karşı özel şikayet).

Mahkumlara ilişkin değerlendirme ve kararlar göz önüne alındığında, Uzmanlar Komisyonu zorla çalıştırma yasağını, daha geniş kapsamlı olarak, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ele almıştır. ILO, pek çok kararında 29 No’lu Sözleşme’ye “emredici hüküm” kaynağı olarak atıfta bulunmuştur. Uzmanlar Komisyonu, cezaevlerinin özel olarak işletilmelerinden ve bu bağlamda mahkumların çalışmalarının kullanılmasının kaçınılmaz olarak *ticari* yararlar hizmet etmesinin “serbest iş piyasasının evrensel olarak kabul gören ilkelerinden” ortaya çıktığı iddialarına yönelik olarak, “Uzmanlar Komisyonu, böyle bir yaklaşımın “temel insan hakları sözleşmelerinin hukuki gerekliliklerini hükümsüz, uygulanamaz hale getirebileceğini; uluslararası hukuktaki temel insan hakları ilke ve standartlarının emredici niteliğini göz ardı ettiğini ve bu durumun kabul edilemez olduğunu” belirtmiştir.⁹⁵⁷

Soruşturma Komisyonu da Burma’daki zorla çalıştırma hakkında benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Zorla çalıştırmaya ilişkin uluslararası hukuktaki belgeleri ve tutumu genel olarak araştırdıktan sonra Komisyon, “artık uluslararası hukukta zorla çalıştırma yasağının emredici bir hukuk kuralına dönüştüğünü; zorla ya da zorunlu olarak çalıştırılmama hakkının temel insan haklarından biri olduğunu” vurgulamıştır.⁹⁵⁸

c) Ayrımcılık Yasağı

Çalışma yaşamında ayrımcılık yasağı ile kadınlarla erkekler arasında eşit işe eşit ücret verilmesi ilkeleri ilk olarak ILO’nun Anayasası’nda tanınmıştır ve o zamandan itibaren çeşitli özel belge ve düzenlemelerde de yer almıştır. 1951 tarihli, 100 No’lu Eşit Ücret Sözleşmesi, 2.maddesinde taraf devletlerin mümkün olduğunca eşit değer iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesini teşvik ve bu ilkenin bütün işçilere uygulanmasını güvence altına alacağını belirtmektedir. Aynı zamanda, 3.maddesinde de işlerin objektif bir şekilde değerlendirilmesini teşvik için tedbirler alınacağı, 4.maddede ise Sözleşme hükümlerinin yaşama geçirilmesi amacıyla ilgili işçi ve işveren örgütleri ile işbirliği yapılacağı vurgulanmıştır.

Çalışma yaşamında eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesine ilişkin diğer ana ILO belgesi ise 1958 tarihli 111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi’dir. Bu Sözleşme’den doğan temel yükümlülük, 2.madde çerçevesinde “her türlü ayırımı ortadan kaldırmak amacıyla iş veya

⁹⁵⁷ ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of the Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2002, s.96.

⁹⁵⁸ Report of the Burma Commission of Inquiry, s.66.

meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan ulusal bir politika benimsenip uygulanmasıdır.” Bu yükümlülük bağlamında, ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyecek iki husus belirtilmiştir: Sözleşme’nin 4.maddesinde, “devletin güvenliğine zarar verici faaliyetlerden ötürü zanlı bulunan veya bu faaliyetlere girişen bir kişi hakkında alınan tedbirler, ilgili kişinin yetkili bir makama başvurma hakkı saklı kalmak şartıyla, ayırım sayılmaz.” Yine, 5.maddede de “Uluslararası Çalışma Konferansı’nca kabul edilmiş olan diğer sözleşme veya tavsiyelerle öngörülmüş bulunan özel koruma ve yardım tedbirlerinin” ayrımcılık oluşturmayacağı ifade edilmiştir.

ILO’nun 111 No’lu Sözleşme’nin Romanya’da uygulanmasına ilişkin değerlendirmeleri incelendiğinde, ILO’nun sosyal-ekonomik politikalar alanında geniş kapsamlı şekilde yer almak istediği görülmektedir. ILO, sıklıkla Romanlara ve aynı zamanda Macarca ile Almanca konuşan azınlıklara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için sosyal-ekonomik politikalar alanında daha ilerici bir yaklaşımın geliştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. İşçi temsilcileri, 1989’da Konferans’a bir şikayette bulunmuşlardır. Ceaucescu rejiminin çöküşüne rağmen, ILO bir Soruşturma Komisyonu oluşturmuştur ve bu Komisyon 1991’de bir rapor hazırlamıştır.⁹⁵⁹ O zamandan beri Uzmanlar Komisyonu buradaki durumu izlemeye devam etmiştir.

Soruşturma Komisyonu Romanların çalışma yaşamında hem doğrudan hem de dolaylı olarak ayrımcılığa maruz kaldıkları sonucuna varmıştır. Doğrudan ayrımcılık; Romanların en ağır ve zorlu işlerde, düşük sosyal statüde çalıştırılmaları ya da farklı ücretlendirilmeleri veya terfi ettirilmede zorluklarla karşılaşmalarının bir sonucu olarak tespit edilmiştir. Dolaylı ayrımcılık ise, işe erişim ile mesleki eğitim ve staj bakımından söz konusu olmuştur. Komisyon, bazı Romanların düşük gelirleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kaldıklarını belirtmiştir. Onların içinde bulundukları bu durum, çocuklarının yeterli mesleki eğitim ve staj olanaklarına erişmemelerine de yol açmakta ve buna bağlı olarak da kalifiye ve daha yüksek ücretli işlerde çalışmalarını engellemektedir.⁹⁶⁰

Komisyon, sosyal haklara ilişkin kavramsal herhangi bir atıfta bulunmamakla birlikte, açıkça medeni ve siyasal haklar ile sosyal haklar, hatta daha dar kapsamlı olan çalışma hakları

⁹⁵⁹ ILO, Report of the Commission of Inquiry Appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No:111), Geneva, ILO, 1991.

⁹⁶⁰ ILO, Report of the Commission of Inquiry Appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No:111), Geneva, ILO, 1991, para.592.

arasındaki önemli karşılıklı bağlantıları “sosyal haklar penceresinden” görmüş ve sosyal-ekonomik politikaların bütün alanlarına yayılan kapsamlı pek çok tavsiyede bulunmuştur. Örneğin Komisyon azınlıkların kültürel ve ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması için dil politikalarının oluşturulmasını tavsiye etmiştir. Ayrıca, Romanların sosyal statülerinin geliştirilmesi için, onların temsilcileri ile iş birliği içerisinde, eğitim, iş, konut ve gerekli diğer unsurları da içerecek şekilde, bütünleştirici bir program oluşturulmasını tavsiye etmiştir.⁹⁶¹

Uzmanlar Komisyonu da benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Örneğin, Romanya’nın farkındalık artırıcı, bir hoşgörü iklimini destekleyici eğitim, çalışma yaşamının bütün alanları ve bunların da ötesinde sosyo-ekonomik alanda önlemler alması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁶² Daha sonra Komisyon, hükümeti Romanların ekonomik olarak marjinalleştirilme ve sosyal dışlanma ile mücadelelerinde ilerleme sağlanması önkoşuluna yönelik olarak, saygı ve hoşgörü iklimini destekleyici çabalarının güçlendirilmesi konusunda teşvik etmiştir.⁹⁶³ Normatif bir bakış açısıyla, 111 No’lu Sözleşme’nin 1.maddesinde “iş” ve “meslek” kavramlarının işe ve mesleki eğitime erişimi de kapsayacak şekilde tanımlanmış olmasının da ILO’nun bu şekilde daha geniş bir yaklaşım benimsemesine zemin hazırladığından söz edilebilecektir. Bu husus, daha da geniş olarak eğitim, dil ve kültür meselelerine de işaret etmektedir. Bu yaklaşım da yine tutarlı olarak insan haklarının karşılıklı olarak birbirleriyle olan bağı ve bütün insan haklarının birlikte korunmasının önemini yansıtmaktadır.⁹⁶⁴

d) Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılması

Bu alanda iki temel ILO belgesi bulunmaktadır: 1973 tarihli 138 No’lu Asgari Yaş Sözleşmesi ile 1999 tarihli 182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi.

138 No’lu Sözleşme, kendisinden önceki tarihli, belli ekonomik sektörlerde işe alınmada asgari yaşa ilişkin düzenlemeleri güçlendiren bir belgedir. Farklı iş alanlarında

⁹⁶¹ ILO, Report of the Commission of Inquiry Appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No:111), Geneva, ILO, 1991, para.617, recommendations 9, 14.

⁹⁶² ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2000, s.350 (Romanya’ya karşı özel şikayet).

⁹⁶³ ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2003, s.517 (Romanya’ya karşı özel şikayet).

⁹⁶⁴ Soruşturma Komisyonu bu bağlamda, sonraları sıklıkla BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin 27 No’lu Romanlara Karşı Ayrımcılığa İlişkin Genel Tavsiyesi’ndeki ifadeleri tekrarlamıştır. Burada da devletlerin hukuk, politika, eğitim, iş, medya ve kamusal yaşam alanlarında önlemler almaya teşvik edildiği görülmektedir. Bkz. Committee on the Elimination of Racial Discrimination against Roma, UN Doc. A/55/18, annex V, 2000.

çocukların işe alınma yaşına ilişkin emredici kurallar getirmektedir.⁹⁶⁵ Sözleşme'nin 1.maddesi çerçevesinde taraf devletlerin öncelikli görevi, çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasını güvence altına almak, istihdama ve çalışmaya kabul için asgari yaşın giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika benimsemektir. 2.maddede ise belirlenen asgari yaş sınırının, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükarda 15 yaşın altında olmayacağı; ancak gelişmekte olan, ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş ülkelerde asgari yaşın başlangıçta 14 olarak belirlenebileceği belirtilmiştir. 3.maddede tehlikeli işlerde çalıştırılma düzenlenmiş ve burada da doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işler için asgari yaş 18 olarak belirlenmiştir. Ancak burada da söz konusu genç kişilerin sağlığının, güvenliğinin güvenceye alınması ve ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görülmesi koşuluyla 16 yaşından itibaren çalışmalarına izin verebilecektir.

138 No'lu Sözleşme, 6.madde kapsamında mesleki eğitim ve staj açısından; 7.madde kapsamında çocukların sağlık ve gelişimlerine zarar vermeyecek işlerde ve 8.madde kapsamında sanatsal faaliyetlere katılmada asgari yaşın altında çocukların yer alabilmesine izin vermektedir.

138 No'lu Sözleşme, belli derecede esneklik içeren hükümlere de sahiptir. Az evvel de belirtildiği üzere, 2.maddesinde gelişmekte olan ülkeler için asgari yaşın daha düşük belirlenebilmesine imkan tanımaktadır. Yine 4.madde açısından da devletler özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı belirli çalışma kategorilerinin; 5.maddede de belirli ekonomik sektörlerin Sözleşme'nin uygulama alanı dışında tutabileceği ifade edilmiştir. 138 No'lu Sözleşme, belirli ekonomik sektörler açısından ise her halükarda Sözleşme'nin uygulanacağını belirtmekle birlikte, taraf devletlere “düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri” açısından da Sözleşme'nin uygulama alanı dışında tutulabilmesi imkanını tanımıştır. ILO'nun günümüzün dünyasındaki çocuk işçilere ve onların çalıştırıldıkları işlere dair çeşitli sayısal verileri çerçevesinde bu hükümlerin içsel sınırları görülebilecektir. Örneğin; 2002 yılına ilişkin raporunda ILO dünyadaki 245 milyon çocuğun yüzde 70'inin tarım, balıkçılık, avcılık ya da ormancılık alanlarında çalıştırıldığını belirtmiştir.⁹⁶⁶ 2006 yılına ilişkin olarak ise, ILO dünyadaki

⁹⁶⁵ David Mark Smolin, “A Tale of Two Treaties: Furthering Social Justice Through the Redemptive Myths of Childhood”, **Emory International Law Review**, Vol: 17, 2003, s.983.

⁹⁶⁶ ILO, A Future Without Child Labour, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, ILO, Geneva, 2002, s.22-27.

ekonomik olarak aktif 317 milyon çocuktan 218 milyonunun çocuk işi olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. Bunların yüzde 69'unu yine tarım, balıkçılık, avcılık ya da ormancılık sektörü oluşturmaktaydı.⁹⁶⁷

1999 tarihli 182 No'lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi'ne bakıldığında daha farklı bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Burada temel yükümlülük, “acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemlerin” alınmasıdır (md.1). “En kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği”, çocukların alım-satımı ve ticaretini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını; uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını kapsamaktadır (md.3). Devletler, 4.madde çerçevesinde bu tür çalıştırmaları ulusal hukuklarında tanımlamalı ve 6.madde kapsamında en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin öncelikli olarak ortadan kaldırılması için eylem programlarını belirlemeli ve yaşama geçirmelidir. 182 No'lu Sözleşme aynı zamanda eğitime erişimin sağlanması, en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması, sosyal uyum ve rehabilitasyonlarının sağlanması, özellikle de kız çocuklarının özel durumunun dikkate alınması gibi özel önlemlerin alınmasını da gerekli kılar (md.7).

182 No'lu Sözleşme bağlamında Uzmanlar Komisyonu özel şikayetlerde çeşitli şekillerde hükümetlerin ivedi ve etkili önlemler alması gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, Sri Lanka'ya ilişkin olarak bilgi edinmek için HIV/AIDS ile ilgili BM programından da yararlanmıştır. HIV virüsünü taşıyan ya da virüsten etkilenen çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği bağlamında suistimale daha açık ve kırılgan oldukları gerekçesi ile buna yönelik gözlem ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.⁹⁶⁸

Türkiye'ye ilişkin olarak ise, Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılması İçin Uluslararası Program (IPEC)'ın etkisi görülmektedir: Uzmanlar Komisyonu bu programın raporlarından yararlanmıştır ve ayrıca Türkiye'nin programa katılımının sağlanmasının uygun olacağı yönünde görüş bildirmiştir.⁹⁶⁹ Bütün bu tespit ve değerlendirmelerde de, yine ILO'nun,

⁹⁶⁷ ILO, A Future Without Child Labour, s.6-8.

⁹⁶⁸ ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2005, s.248, 249 (Sri Lanka'ya karşı özel şikayet).

⁹⁶⁹ ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2005, s.250 (Türkiye'ye karşı özel şikayet).

özellikle de çocuk işçiliği konusundaki kaygıları ile de bağlantılı olarak, sosyal ve ekonomik politikalar alanında yer almak konusundaki isteğini görmekteyiz.

5. ILO ve Sosyal Güvenlik Hakkı

ILO, kuruluşundan bu ana sosyal güvenlik konusunun üzerine eğilmiştir: Anayasası'nın orijinalinin önsözünde, diğer hususların yanı sıra işsizlik, mesleki hastalıklar, işyeri kazaları, engellilik, emekli maaşlarına yönelik alınacak önlemlerden de bahsedilmiştir. Daha sonra Philadelphia Deklarasyonu'nda da, temel gelir ve kapsamlı tıbbi bakımın sağlanması da dahil olmak üzere, sosyal güvenlik önlemlerinin oluşturulması konusu pekiştirilmiştir.⁹⁷⁰

Sosyal güvenliğe ilişkin ILO belgelerinin sayısı ve yürürlük süreleri göz önüne alındığında, diğer insan hakları belgelerini de etkileyecek şekilde, bu alandaki normatif çalışmalarının önemi daha da iyi anlaşılmaktadır. Bazı ILO belgeleri, aynı zamanda devletlere sosyal hakları gerçekleştirmek için somut önlemler alma yükümlülüğü yaratması bakımından dikkat çekicidir. Bugün sosyal güvenliğe ilişkin çok eski tarihli ILO belgeleri bile denetim organlarınca kullanılmaktadır.⁹⁷¹

Bugüne kadar ILO sosyal güvenlikle ilgili yirmi iki sözleşme kabul etmiştir. 1935 yılı itibarıyla bunlardan on beşi kabul edilmişti⁹⁷², ki bu da 25.maddesinde sosyal güvenlik hakkını da içeren İHEB'in kabulünden on yıldan daha önceki bir zaman dilimine işaret etmektedir. Önceki tarihli ILO belgeleri dokuz farklı sosyal risk kategorisi tanımlamıştır: Hastalık ve tıbbi bakım, işsizlik, yaşlılık, iş kazası, aile ve doğum, engellilik ve ölüm yardımları.⁹⁷³ ILO, daha sonra sosyal güvenlikle ilgili 1952, 1962 ve 1964 yıllarında üç sözleşme daha kabul etmiştir.⁹⁷⁴

⁹⁷⁰ Philadelphia Deklarasyonu, para. I (d) ve III (f). Bkz. J.M. Servais, *International Labour Law*, Kluwer Law International, Hague, 2005, s.256.

⁹⁷¹ Bkz. C. Fenwick, a.g.e., s.606.

⁹⁷² 12 No'lu İş Tazminatı (Tarım) Sözleşmesi, 1921; 17 No'lu İş Tazminatı (Kazalar) Sözleşmesi, 1925; 18 No'lu İş Tazminatı (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesi, 1925; 19 No'lu Eşit Muamele (İş Kazaları Tazminatı) Sözleşmesi, 1927; 24 No'lu Hastalık Sigortası (Sanayi) Sözleşmesi, 1927; 25 No'lu Hastalık Sigortası (Tarım) Sözleşmesi, 1925; 35 No'lu Yaşlılık Sigortası (Sanayi vs.) Sözleşmesi, 1933; 36 No'lu Yaşlılık Sigortası (Tarım) Sözleşmesi, 1933; 37 No'lu Malüllük Sigortası (Sanayi vs.) Sözleşmesi, 1933; 38 No'lu Malüllük Sigortası (Tarım) Sözleşmesi, 1933; 39 No'lu Ölüm Sigortası (Sanayi vs.) Sözleşmesi, 1933; 40 No'lu Ölüm Sigortası (Tarım) Sözleşmesi, 1933; 42 No'lu İşçi Tazminatı (Meslek Hastalığı) Sözleşmesi (Gözden Geçirilmiş), 1934; 44 No'lu İşsizlik Ödenği Sözleşmesi, 1934; 48 No'lu Göçmenlerin Emeklilik Haklarının Sürdürülmesine İlişkin Sözleşme, 1935.

⁹⁷³ Lucie Lamarche, "The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", **Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. A. Chapman, S. Russell), Antwerp: Intersentia, 2002, s.90.

⁹⁷⁴ 102 No'lu Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi, 1952; 118 No'lu Eşit Muamele (Sosyal Güvenlik) Sözleşmesi, 1962; 121 No'lu İş Kazası Yardımı Sözleşmesi, 1964.

Bu süreç, Avrupa Sosyal Şartı ve BM ESKHS'nin içeriğini etkileyebilecek yeterli bir zaman dilimidir.

Philadelphia Bildirgesi'nin tavsiyeleri 1952 tarihli 102 No'lu Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiştir. 102 No'lu Sözleşme, sosyal güvenlik alanında ILO belgeleri arasındaki en önemli ortak sosyal politika belgesidir.⁹⁷⁵ Sözleşme'de dokuz risk sayılmıştır: Hastalık halinde sağlık yardımı, hastalık halinde tazminat, işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, doğum, sakatlık, ölüm ve aile yardımlarıdır. Böylelikle, sosyal güvenliğin dokuz farklı kolu tek bildirgede toplanmış ve daha sonra BM ESKHS'nin 9.maddesine ilişkin raporlar için bir rehber olmuştur.⁹⁷⁶

102 No'lu Sözleşme, koruma kapsamına alınacak kişileri hukuki bir terminolojiyle tanımlayarak daha önceki belgelerden daha geniş kapsamlı bir koruma sağlamıştır. Bu bakımdan Sözleşme, kapsama alınacak nüfusun oranını belirlemektedir. Devletler çoğu kez, çalışanların yüzde 50'sini ya da yetki alanlarında yaşayan bütün kişilerin yüzde 20'sini sosyal güvenlik kapsamına dahil etmek durumundadır.⁹⁷⁷ 102 No'lu Sözleşme, aynı zamanda "seçimlik" bir yaklaşım da benimsemiştir.⁹⁷⁸ Sözleşme, devletlere sosyal güvenliğin dokuz sosyal riskinden üçünü onaylamasına izin vermektedir. Ancak herhalükarda şu sosyal risklerden birisi, asgari minimum olarak onaylanmış olmalıdır: İşsizlik yardımları, iş kazaları ile meslek hastalıkları haline yapılacak yardımlar, yaşlılık yardımları, malullük ya da ölüm yardımları (md.2). Bu yaklaşım, ileride değinileceği üzere, Avrupa Sosyal Şartı tarafından da benimsenmiştir. 102 No'lu Sözleşme, ayrıca ekonomisi ve tedavi imkanları yeteri derecede gelişmemiş olan devletlerin Sözleşmeyi uygularken daha esnek önlemler alabilmesine de imkan tanımaktadır (md.3). Bu bağlamda, devletin sosyal güvenlik hedeflerine ulaşması bakımından daha önceki tarihli ILO belgelerinden daha esnek bir yaklaşımı yansıtmaktadır.⁹⁷⁹

102 No'lu Sözleşme, belli durumlarda sağlanacak yardımların asgari düzeyi konusunda oldukça somut ve özel hükümleri de içermektedir. Örneğin, 10.maddede yer alan sağlık yardımlarının vakanın devamı süresince sağlanacağı; ancak, hastalık halinde her vaka için

⁹⁷⁵ Bu belgeye, sosyal güvenlik alanındaki temel kaynak olarak atıfta bulunmaktadır. Bkz. L. Lamarche, "The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", s.90.

⁹⁷⁶ M. Schenin, "The Right to Social Security", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. A. Eide, C. Krause, A. Rosas), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.162.

⁹⁷⁷ Albrecht Otting, "International Labour Standards: A Framework for Social Security", **International Labour Review**, Vol: 132, No:2, 1993, s.167.

⁹⁷⁸ M. Schenin, "The Right to Social Security", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. A. Eide, C. Krause, A. Rosas), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.162.

⁹⁷⁹ A. Otting, a.g.e., s.167.

yardım süresinin 26 hafta olarak sınırlandırılabilceği belirtilmiştir (md.12). 19.maddede öngörülen işsizlik yardımları bakımından ise korunan kişiler, işçi ve hizmetli kategorilerinden iseler, yardımın 65 veya 66. maddelerine uygun olarak hesaplanan bir periyodik ödeme şeklinde olacağı belirtilmiştir (md.22). Söz konusu hükümler işçi ya da onunla birlikte ailesinin de desteklenmesi bakımından yapılacak ödemenin düzeyi hakkında daha detaylı düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, yapılacak olan işsizlik yardımının işçinin önceki çalışmasından kazanmış olduğu ücretin en az yüzde 45'ine eşdeğer olması da gerekmektedir.

Bütün bu detaylı düzenlemeler göz önüne alındığında, sosyal güvenliğe ilişkin ILO sözleşmelerinin, özellikle de diğer insan hakları belgelerinde de yer alan sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirmek bakımından ne kadar özel bir yere sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu belgeler, sosyal güvenlik hakkına ilişkin devlet yükümlülüklerini somutlaştırarak da özel normatif gereklilikleri tanımlamakta, bu husus da onları sosyal haklara ilişkin uluslararası düzenlemeler arasında önemli bir noktaya taşımaktadır. Teknik temel ölçütleri de kapsamına alarak bir sosyal hakkın içeriğini somutlaştırmayı güvence altına almayı amaçlayan sosyal güvenlik hakkına ilişkin tek sözleşme olma özelliğine sahiptirler.⁹⁸⁰ Bu bakımdan devletlerin yoksulluk ve sosyal dışlanma ile mücadele etmek için politika ve stratejiler benimsemelerine yardımcı olmakta ve böylelikle de sosyal güvenlik hakkının somut olarak gerçekleştirilmesine de katkı sağlamaktadır.⁹⁸¹

Sosyal güvenliğe ilişkin ILO denetim organlarının tutumu da bu sözleşmelerin yaşama geçirilmesi, buradaki hükümlerin ve dolayısıyla da sosyal hakların içeriğinin somutlaştırılması açısından ilham vericidir. Örnek olarak, Uzmanlar Komisyonu, Şili'deki bireysel emeklilik sistemine yönelik yapılan şikayetleri ILO'nun sosyal güvenlik hakkına ilişkin çeşitli sözleşmeleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu bağlamda Komisyon, emeklilik fonlarının kar elde etme amacı güden kurumlar tarafından yönetmelerini önleyici önlemler alması gerektiğini, 24⁹⁸² ve 25⁹⁸³ No'lu Sözleşmelerin 7.maddesi çerçevesinde işverenlerin işçilerin lehine olacak şekilde sağlık sigortası sisteminin mali kaynaklarının sağlanmasına doğrudan katılması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁸⁴ Yine, ILO Anayasası'nın 24.maddesi çerçevesinde Şili ile ILO

⁹⁸⁰ L. Lamarche, "The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", s.95.

⁹⁸¹ L. Lamarche, "The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", s.95.

⁹⁸² 24 No'lu Hastalık Sigortası (Sanayi) Sözleşmesi, 1927.

⁹⁸³ 25 No'lu Hastalık Sigortası (Tarım) Sözleşmesi, 1927.

⁹⁸⁴ ILO, CEACR: Individual Observation Concerning Convention No:24, Sickness Insurance (Industry), 1927 Chile (ratification:1931) and Convention No:25, Sickness Insurance (Agriculture), 1927 Chile (ratification:1931), Geneva, ILO, 1993, 1996, 2002.

organları arasında gelişen diyalog da, ILO denetim sisteminin taraf devletlerin yürütmüş oldukları sosyal-ekonomik politikalara ilişkin olarak nasıl detaylı bir inceleme yaptığını göstermektedir. Bu husus, ILO'nun taraf devletlerin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerine yönelik olarak üstlendiği role de işaret etmektedir.

Sosyal güvenliğe ilişkin olarak 35 No'lu Yaşlılık Yardımı (Sanayi vs.) Sözleşmesi çerçevesinde Şili'ye karşı yapılan şikayetlere yönelik olarak da Uzmanlar Komisyonu, ilgili Sözleşme'nin 19.maddesi gereğince emekli maaşlarının düzeyinin emeklilerin temel, yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması bakımından yeterli olup olmadığının incelenmesi için gerekli bilgilerin sağlanmasını istemiştir. Komisyon, özellikle de kişilerin geçimlerini sağlayabilmesi için gerekli olan mali durum ile asgari emekli maaşının miktarı da dahil olacak şekilde yardımların kapsamının gelişimi konusunda istatistiksel bilgi istemiştir.⁹⁸⁵ Şili'nin emeklilik sisteminin özelleştirilmesi bağlamında, ILO'nun denetim organları, ilgili devletin bu Sözleşmeleri onaylamak ile çalışanları sosyal güvenlik alanında korumakla yükümlü olduklarını taahhüt ettiklerini vurgulamıştır. Burada ILO ulusalüstü insan hakları hukuku ile benzer şekilde kavramları kullanmıştır.

ILO'nun konumu; sosyal güvenlik hakkına ilişkin oldukça eski tarihli sözleşmelerinin bugün hala etkisini sürdürmesi ve denetim organlarının da bu sözleşmeleri yorumlayış ve uygulama biçimleri özellikle de küreselleşme bağlamında özelleştirme ve sosyal devlet kavramının yeniden yapılandırılması olgularının insan hakları, elbette özellikle de sosyal haklar alanındaki olumsuz etkileri düşünüldüğünde, sosyal hakların yaşama geçirilmesi hedefi bakımından oldukça önemlidir.⁹⁸⁶

6. Değerlendirme

ILO, temel ilke olarak belirlediği sosyal adalet ve evrensel düzeyde çalışma haklarının korunması işlevini, sözleşme ve tavsiye kararı şeklinde uluslararası çalışma standardı belirleyerek gerçekleştirmektedir.⁹⁸⁷ Standartların oluşturulması ve yerel düzeyde gerçekleştirilebilmesi konusunda önemli bir yeri olan ILO'nun, özellikle de sendikal özgürlüklere ilişkin norm ve standartları çoğulcu demokrasinin de yaşama geçirilmesine katkıda bulunmaktadır.

⁹⁸⁵ ILO, CEACR: Individual Observation Concerning Convention No:35, Old-Age Insurance (Industry, etc.), 1993 Chile (ratification:1935), Geneva, ILO, 2000.

⁹⁸⁶ C. Fenwick, a.g.e., s.611.

⁹⁸⁷ A. K. Sayın, a.g.e., s. 33.

Hedeflerin gerçekleştirilmesinde ideal düzeye ulaşamamakla birlikte, ILO norm oluşturma ve onların uygulanmasını denetleme konusunda göreceli olarak başarılı bulunmaktadır. ILO'nun öngördüğü koruma sistemine ilişkin olarak öncelikle, kabul edilen çok sayıda sözleşme ile birlikte, ILO'ya üye ülkelerin, özellikle de çalışanların haklarına yönelik çok sayıda hukuken de bağlayıcı olan yükümlülükler altına girmesi, bu hakların uluslararası alanda korunmasına sağladığı katkı bakımından oldukça önemlidir.⁹⁸⁸

ILO, yapısı ve çalışma biçimi, denetim mekanizmaları ile olduğu kadar kararlarının etkililiği bakımından da insan hakları alanında faaliyet gösteren diğer ulusal üstü kurum ve kuruluşlardan ayrılır. Bu etkililiğin temel dayanağı, bizzat kurumun üçlü yapısı ve bunun sağladığı sosyal diyalog ortamıdır. Bu yapı sayesinde, hükümet temsilcileri ile birlikte işçi ve işveren örgütleri de sürece dahil olmaktadır.⁹⁸⁹ Denetim mekanizmasının etkililiğinin temelinde; taraf devletlerle kurulan yapıcı diyalog, mevcut denetim mekanizmalarının etkili bir şekilde işletilmesi ve genişletilmesi göze çarpmaktadır.⁹⁹⁰

Bunun yanı sıra, denetim organlarında görev yapan uzmanlar, kendi hükümetleri tarafından atanmayıp ILO Başkanı'nın önerisi ile Yönetim Kurulu tarafından atanan, bağımsız ve alanında yetkin kişilerden oluşmaktadır.⁹⁹¹

Bununla birlikte, ILO karar ve tavsiyelerinin üye devletler üzerinde daha çok moral etkisi olduğu söylenebilecektir. BM sistemindeki denetim mekanizmaları gibi ILO sisteminde de denetim süreci yarı-yargısal niteliklidir ve dolayısıyla da kararların hukuken bağlayıcılığı zayıftır. Bu bağlamda, denetim devletlerin onayladıkları sözleşmelerden doğan ya da üye devlet olarak üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlamak için onlarla sürekli diyalog, işbirliği ve ikna temellerine dayanır.⁹⁹²

ILO'nun faaliyetlerinde son derece önemli bir yeri olan sendikaların da küreselleşme ve sosyal devlet anlayışında oluşan aşınma ile birlikte dünya çapında eski gücünü yitirmesi, işverenlerin uluslararasılaşması, hükümetlerin tutumlarındaki değişim de sistemin işleyişini ve

⁹⁸⁸ B. Algan, a.g.e., s.208.

⁹⁸⁹ Virginia Leary, "Lessons from the Experience of the International Labour Organisation", **The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal**, (Ed. P. Alston), Oxford: Clarendon Press, s.580-619.

⁹⁹⁰ Klaus Samson, Kenneth Schindler, "The Standard-Setting and Supervisory System of the International Labour Organisation", **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, (Ed. Raija Hanski, Markku Suksi), Turku/ Åbo: Åbo Akademi University Press, 2002, s.214-216.

⁹⁹¹ Nicolas Valticos, "International Labor Standards and Human Rights: Approaching the Year 2000", **International Labor Law**, Vol: 137, No:2, 1998, s.143.

⁹⁹² Mesut Gülmez, **BM Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: TBB Yay., 2004, s.44-45; William R. Simpson, "The ILO and Tripartism: Some Feflections", **Monthly Labor Review**, Vol: 117 (9), 1994, s.44.

güçlendirilmesini zorlaştırmaktadır.⁹⁹³ Ayrıca, artık üçlü yapının da işçi ve işverenleri yeterince temsil edemediği ileri sürülmektedir.⁹⁹⁴

Bununla birlikte, ILO'nun kurumsal yapısı ve sosyal hakların korunmasına ilişkin yaklaşımından öğrendiğimiz, bugün de hala önemini ve güncelliğini koruyan noktalar bulunmaktadır. Öncelikle, sözleşmelerinden doğan önemli ilkeler ve alanında uzman kişilerin oluşturduğu organlar, işçilerin sosyal ve ekonomik haklarının korunmasında önemli bir araç olarak hala uygulanan oldukça eski tarihli belgeleri bunun kanıtıdır.

ILO, kendi anayasal yapısında hiçbir gruba ayrıcalık tanımaksızın, hepsinin menfaatlerini uzlaştırmanın yollarını bulmuştur. Belki de en önemlisi, kesin bir şekilde şu görüşü desteklemesidir: Çalışma yaşamına ilişkin haklar, diğer sosyal haklarla; sosyal haklar da medeni ve siyasi haklarla karşılıklı olarak birbirine bağlıdır.⁹⁹⁵ Her ne kadar ILO yapmış olduğu değerlendirmelerde açıkça bu şekilde bir insan hakları dili kullanmasa da, geliştirdiği oldukça kapsamlı ve önemli ilkeler ile diğer insan haklarına ilişkin sistemlerin de yararlanacağı derin bir birikim ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan, ILO'nun uluslararası çalışma standartlarının belirlenmesine ilişkin faaliyetlerinin önemi göz ardı edilemez. Bu standartlar, artık uluslararası örf adet hukuku haline dönüşmüştür.⁹⁹⁶

C. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ve Sosyal Haklar

1. Avrupa Sosyal Şartı, Ek Protokoller ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı (ASS), Avrupa Konseyi'nin sosyal haklar alanındaki temel sözleşmesidir.⁹⁹⁷ Kapsamı gittikçe genişleyen Şartı'nın ilk metni Torino'da 18 Ekim 1961'de imzaya açılmış, 26 Şubat 1965'te yürürlüğe girmiştir.⁹⁹⁸

⁹⁹³ Lee Swebston, "The Future of ILO Standards", *Monthly Labor Review*, 1994, s.20-11

⁹⁹⁴ B. Creighton, "The Future of Labour Law: Is There a Role for International Labour Standards?", s.275.

⁹⁹⁵ C. Fenwick, "The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights", s.612.

⁹⁹⁶ Ö. Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, s.196.

⁹⁹⁷ Bkz. Ian Brownlie, Guy S. Goodwin-Gill, *Basic Documents on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002, s.398; David J. Harris, "A Fresh Impetus for the European Social Charter", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol: 41, No.3, 1992, s.659; Urfan Khaliq, Robin Churchill, "The European Committee of Social Rights, Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter", *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge: Cambridge University Press, s.428.

⁹⁹⁸ I. Brownlie, G. Goodwin-Gill, a.g.e., s. 423; Tom Kenny, *Sosyal Hakları Avrupa'nın Her Yerinde Uygulatalım*, (Çev. Tekin Akıllıoğlu), Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1998, s. 8.

Şart'ta 19 adet hak koruma altına alınmış olup, bu haklar şu şekildedir: Madde 1 - Çalışma hakkı, Madde 2 - Adil çalışma koşulları hakkı Madde 3 - Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı, Madde 4 - Adil bir ücret hakkı, Madde 5 - Örgütlenme hakkı, Madde 6 - Toplu pazarlık hakkı, Madde 7 - Çocukların ve gençlerin korunma hakkı, Madde 8 - Çalışan kadınların korunma hakkı, Madde 9 - Mesleğe yöneltme hakkı, Madde 10 - Mesleki eğitim hakkı, Madde 11 - Sağlığın korunması hakkı, Madde 12 - Sosyal güvenlik hakkı, Madde 13 – Sosyal ve tıbbi yardım hakkı, Madde 14 - Sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı, Madde 15 - Engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı, Madde 16 - Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı, Madde 17 - Çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı, Madde 18 - Diğer akit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı, Madde 19 - Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı.

Genel olarak bakılacak olursa, Şart'ın üç alanda koruma getirdiği görülmektedir⁹⁹⁹: Çalışma ortamında koruma; zayıf kesimlerin çalışma ortamı dışında da özel olarak korunması; toplumdaki herkesin korunması.

Şart, dönem dönem protokollerle güçlendirilmiş, yeni haklar Şart'ın kapsamına alınmıştır.¹⁰⁰⁰ 1961 yılında başlayan sürece, daha sonra dört grup yeni hak 5 Mayıs 1988 tarihli bir Ek Protokol (Protokol No: 1) ile eklenmiştir.¹⁰⁰¹ Bu haklar şunlardır: - İstihdam konularında eşit fırsat ve eşit muamele ve cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın çalışma hakkı (Madde 1) - Bilgi ve danışma hakkı (Madde 2) - Çalışma koşulları ve çalışma ortamının tespit ve iyileştirilmesinde yer alma hakkı (Madde 3) - Yaşlı kişilerin sosyal korunma hakkı (Madde 4)¹⁰⁰²

21 Ekim 1991'de ASS'da Değişiklik Öngören Protokol (Torino Protokolü/ Protokol No.2)¹⁰⁰³ ile denetim sistemi gözden geçirilmiştir. Torino Protokolü'nün amacı Şart'ın bağımsız uzmanlardan oluşan denetim sistemini (Avrupa Sosyal Haklar Komitesi) iyileştirmektir.

⁹⁹⁹ T. Kenny, a.g.e., s. 9.

¹⁰⁰⁰ Bkz. **European Social Charter - Short guide, Directorate of Human Rights**, Edited and Published by Council of Europe, September 2000; Kitap aynı zamanda Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber adıyla Türkçeye çevrilmiştir: **Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber**, (Çev. Bülent Çiçekli), Ankara: Seçkin Yay., 2001.

¹⁰⁰¹ Bu protokol ise 1992'de yürürlüğe girmiştir. Additional Protocol to the European Social Charter, European Treaty Series-No.128. Bkz. I. Brownlie, G. Goodwin-Gill, a.g.e., s.439.

¹⁰⁰² **European Social Charter - Short guide, Directorate of Human Rights**, s.25.

¹⁰⁰³ Protocol Amending the European Social Charter, European Treaty Series No: 142.

9 Kasım 1995 tarihli ASŞ'nın Toplu Şikayet Sistemi Öngören Ek Protokolü¹⁰⁰⁴ (Protokol No.3) ile toplu şikayet usulü kabul edilmiş bu Protokol de 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe girmiştir. Bu Protokolün 6. ve 7. maddeleri gereğince, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, şikayetlerin kabul edilebilirliği hakkında karar vermeye ve durumun ASŞ ile uyumlu olup olmadığına ilişkin olarak ulaştığı sonuçları içeren bir rapor hazırlamaya yetkilidir.

Daha sonra gelinen aşamada ise Avrupa Sosyal Şartı, 3 Mayıs 1996 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı (GGASŞ) olarak yeniden oluşturulmuştur.¹⁰⁰⁵ “Şart ile güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların korunma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması” hedeflenmiş ve yeni düzenlemeler de koruma altında olan sosyal ve ekonomik hakların genişletilmesi yönünde yapılmıştır.¹⁰⁰⁶

GGASŞ, toplam 31 sosyal hakkı güvence altına almıştır. Bu haklardan 8'i yeni olup, diğerleri ise ASŞ'da öngörülen 19 sosyal hak ile 1988 Protokolü'nde eklenen 4 sosyal haktan oluşmaktadır.¹⁰⁰⁷ Ayrıca GGASŞ, genel bir hükümle bu hakların kullanılmasını ayrımcılığa karşı korumaktadır. GGASŞ, Şart'ın orijinal halinden farklı olarak çeşitli zeminlerde Şart'ta düzenlenen hakların uygulanması konusunda ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir maddeyi de içerir.¹⁰⁰⁸ Böylelikle GGASŞ'da Şart'ta düzenlenen haklar bağlamında bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi Şart sistemine eklenmiştir.¹⁰⁰⁹ Ayrımcılık yasağı, ASŞ'nın Başlangıç bölümünde bir ilke olarak yer almaktaydı. GGASŞ, bunu ayrı bir hüküm olarak düzenlemekte; aynı zamanda ayrımcılığa temel oluşturabilecek unsurları da genişletmektedir. Irk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, etnik köken zeminlerine dil, düşünce, sağlık, ulusal azınlık olma durumu, doğum ya da başkaca bir statü kavramları da dahil edilmiştir.

Bu bakımdan Sözleşme'nin kapsadığı haklar, Sosyal Şart'ta yapılan değişiklikler ve getirilen eklerle zamanla artmıştır. Taraf devletlerin Şart'ta yer alan hakların hepsini onaylamak zorunda olmadığı ilkesi, en başından beri benimsenen bir ilkedir. ASŞ, taraf devletlere belirli

¹⁰⁰⁴ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, European Treaty Series No: 158.

¹⁰⁰⁵ GGASŞ, 1 Temmuz 1999'da yürürlüğe girmiştir. European Social Charter Revised, European Treaty Series-No: 163.

¹⁰⁰⁶ Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 77, 2008, s. 124.

¹⁰⁰⁷ G. Erdoğan, a.g.e., s.139.

¹⁰⁰⁸ Bkz. Şart'ın E maddesi. 13/2002 No'lu şikayette Komite E maddesinin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasakladığını ve engellilik temelinde ayrımcılığı da, her ne kadar bu zemin açıkça maddede bahsedilmemiş ise de, bu kapsamda yasakladığını ifade etmiştir. Şikayet No: 13/2002, International Association Autism-Europe/ Fransa, 04.11.2003, para. 51, 52.

¹⁰⁰⁹ İ. Mert Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, İstanbul: Beta Yay., 2015, s.104.

maddeleri seçmeli olarak onaylama, başka bir deyişle bazı maddeler için çekince koyma imkanı tanımaktadır. Hem Şart’ın orijinal halinde, hem de GGASŞ’da “çekirdek” haklar ile “çekirdek olmayan haklar” ayrımı yapılmıştır. Şart’ın orijinal halinde çekirdek haklar yedi tane olarak sayılmıştır: Şart’ın 1, 5, 6, 12, 13, 16 ve 19. maddeleri¹⁰¹⁰ çekirdek maddeler olarak kabul edilmekte, bu yedi maddeden en az beşinin ve toplamda 19 maddeden 10 tanesinin ya da 72 paragraftan 45’inin üyelerce kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁰¹¹

GGASŞ da, bu haklara ek olarak iki tane daha çekirdek hakkı eklemiştir: Madde 7- Çocukların ve genç kişilerin korunma hakkı; Madde 20- İstihdam ve iş konularında cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın eşit fırsat ve eşit muamele görme hakkı.¹⁰¹² GGASŞ’nın 2. Bölüm’ünde yer alan 31 maddeden toplam 9 tanesi çekirdek madde olup, bunlardan en az 6 tanesinin ve 2. Kısım’dan en az 16 maddenin veya 63 paragrafın taraflarca kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁰¹³

ASS, diğer insan hakları sözleşmeleri arasında bünyesinde barındırdığı hakların hepsini kabul etme zorunluluğu getirmeyen tek sözleşme olarak görünmektedir. Bunun sebebi de, Şart kaleme alındığı sırada AK üyeleri arasındaki sosyo-ekonomik gelişim düzeyleri arasındaki göze çarpan farklılıktır.¹⁰¹⁴

BM ESKHS’nin aksine Şart’ta yer alan hakların gerçekleştirilmesi genel olarak “aşamalı” bir nitelik taşımaz; bu bakımdan taraf devletin kaynaklarının ve gelişmişlik düzeyinin

¹⁰¹⁰ Madde: 1- Çalışma Hakkı, Md:5-Örgütlenme Hakkı, Madde: 6- Toplu Pazarlık Hakkı, Madde: 12- Sosyal Güvenlik Hakkı, Madde: 13- Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı, Madde: 16- Ailenin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunma Hakkı, Madde: 19- Çalışan Göçmenlerin ve Ailelerinin Korunma ve Yardım Alma Hakkı.

¹⁰¹¹ Bu yedi çekirdek hak, en önemli haklar olmaları sebebiyle belirlenmiş olmayıp çeşitli hak grupları arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Bkz. Donna Gomien, David Harris, Leo Zwaak, **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Strasbourg: Council of Europe, 1996, s.380.

¹⁰¹² Diğer haklar; Adil Çalışma Koşulları Hakkı (md. 2), Güvenli Ve Sağlıklı Çalışma Koşulları Hakkı (md. 3), Adil Bir Ücret Hakkı (md. 4), Çalışan Kadınların Analığının Korunması Hakkı (m. 8), Mesleğe Yöneltilme Hakkı (md. 9), Mesleki Eğitim Hakkı (md. 10), Sağlığın Korunması Hakkı (md. 11), Sosyal Refah Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı (md. 14), Özürlülerin Toplumsal Yaşamda Bağımsız Olma, Sosyal Bütünleşme ve Katılma Hakkı (md. 15), Çocukların ve Gençlerin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunma Hakkı (md. 17), Diğer Akit Tarafların Ülkelerinde Gelir Getirici Bir İş Edinme Hakkı (md. 18), Bilgilendirilme ve Danışılma Hakkı (md. 21), Çalışma Koşullarının ve Çalışma Ortamının Düzenlenmesine ve İyileştirilmesine Katılma Hakkı (md. 22), Yaşlıların Sosyal Korunma Hakkı (md. 23), İş Akdinin Sona Erdiği Durumlarda Korunma Hakkı (md. 24), İşverenlerinin İflası Halinde Çalışanların Haklarının Korunması Hakkı (md. 25), Onurlu Çalışma Hakkı (md. 26), Ailevi Sorumlulukları Olan Çalışanların Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı (md. 27), Çalışanların Temsilcilerinin İşletmede Korunma ve Kolaylıklardan Yararlanma Hakkı (md. 28), Çalışanların Toplu İşten Çıkarma Sürecinde Bilgilendirilme ve Danışılma Hakkı (md. 29), Toplumsal Dışlanma ve Yoksulluğa Karşı Korunma Hakkı (md. 30), Konut Hakkı (md. 31).

¹⁰¹³ 1988 Protokol’üne taraf olan devletlerin de ayrıca Protokol’de yer alan dört haktan birini kabul etmiş olmaları gerekmektedir.

¹⁰¹⁴ D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Strasbourg: Council of Europe, 1996, s.379.

izin verdiği oranda, aşamalı bir şekilde yerine getirilmezler, *derhal* uygulama etkisine sahiptirler. Şart, sosyal haklarına ilişkin pek çok sözleşme ile benzer olarak, düzenlediği hakları soyut, ucu açık ve gerçekleştirilmesi umulan temenniler şeklinde ifade etmiştir. Sosyal hakların kişilere bir talepte bulunma yetkisi vermekten ziyade, devletlere o hakkı yerine getirmek üzere önlemler alma yükümlülüğü getirecek şekilde ifade edilmesi anlayışı ASS yazımında da kendisini gösterir. Öte yandan, özellikle de çalışma yaşamına ilişkin haklar göz önüne alındığında, pek çok hüküm de yargısal olarak da ileri sürülebilecek ve yerine getirilebilecek şekilde, yeterince açık ve kesin ifadelerle kaleme alınmıştır. ILO ile karşılaştırıldığında ise kapsam bakımından farklılık göze çarpmaktadır; Şart ILO Sözleşmelerinin aksine yalnızca “çalışanlar”ın haklarını düzenlemekle kalmamakta, spesifik olarak çalışma yaşamına özgülenmiş olanlar dışında *herkesin* hak ve özgürlüklerini düzenlemektedir.

Şart’ın ekonomik ve sosyal haklar konusunda, oldukça geniş bir koruma sağlamakla birlikte, söz konusu koruma alanının üç bakımdan sınırlı olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰¹⁵ Öncelikle Konsey üyeliği bağlamında ASS’yi onay zorunluluğu bulunmamaktadır. Oysa, AK üyesi olabilmek için İHAS’ı ve onun denetleme organı olan İHAM’ın yargı yetkisini kabul etmek şarttır. Ayrıca taraf devletlerin Şart’ın orijinal halini ve 1988 tarihli Ek Protokol ile 1996 tarihli GGASS’yi onaylayıp onaylamamasına göre korunan hakların kapsamı değişmektedir. Son olarak, taraf devletler “çekirdek olan-olmayan haklar” ayrımı temelinde Şart’ın bazı hükümlerini onaylamama imkanına sahiptir. Bu anlamda GGASS’yi kabul eden devletlerin dokuz temel haktan altısını ve geriye kalan yirmi iki haktan on altı madde ya da 63 fıkrayı onaylaması yeterli görülmektedir. Şart’ı ilk haliyle onaylayan devletlerin ise yedi temel haktan beşi ile beş madde ya da 45 fıkrayı onaylaması zorunludur.¹⁰¹⁶

GGASS’nin Şart’ın kapsamı ve denetim mekanizmasına getirdiği yenilikler Şart’a bir kurum olarak yeni bir güç kazandırmıştır. Burada belirtilen söz konusu sınırlılığın Şart’ın koruduğu hakların etkisini zayıflatmaması için başta sosyal haklar alanında faaliyet gösteren uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere sivil ve siyasi irade desteği şarttır.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ Konuyla ilgili detaylı tartışmalar için bkz. T. Kenny, a.g.e., s.11-12.

¹⁰¹⁶ M. Dulkadir, a.g.e., s. 18.

¹⁰¹⁷ T. Kenny, a.g.e., s.11, 12.

2. Denetim Organları

ASŞ sistemi ESKHS ile karşılaştırıldığında denetim organları bakımından politik müdahalelere daha açıktır. Her ne kadar iki enstrümanın da ana denetim mekanizması bağımsız uzmanlardan oluşmakta ise de, ASŞ’de yer alan Parlamenterler Meclisi, Hükümetler Komitesi ve Bakanlar Komitesi gibi politik organların önemli yetki ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu bağlamda ESKHS politik bir organ olarak sadece Ekonomik ve Sosyal Konsey’in yer aldığı göz önüne alındığında daha bağımsız ve nesnel bir denetim yapısına sahiptir.

a) Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

Eski adıyla Bağımsız Uzmanlar Komitesi ve yeni adıyla da Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK), sosyal politika ve hukuk alanında bağımsız uzmanlardan oluşan ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından seçilen bir organdır. Komite, politik bir organ olan ve tavsiyeleri üye devletlere iletebilen tek organ olan Bakanlar Komitesi’ne bağlı olsa da hem rapor sisteminde hem de toplu şikayet usulünde ana rolü oynar.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi oluşturulduğunda, Bakanlar Komitesi üye sayısını yedi idi. Daha sonra 1991 tarihli Değişiklik Protokolü ile Şart’ın 25. maddesinde değişiklik yapılarak Komite’nin en az dokuz üyesinin bulunmasına, Bakanlar Komitesi tarafından da tam olarak üye sayısının belirlenmesi öngörülmüştür.¹⁰¹⁸ Bu sayı 2001 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin kararıyla 15’e yükseltilmiştir.¹⁰¹⁹ Protokol’ün 6. maddesi çerçevesinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi denetim organı olmaktan çıkarılmıştır. Ancak yine denetim süreciyle ilişkili bir organ olarak görev yapmayı sürdürmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin sonuç kararlarını sosyal politikalar hakkındaki periyodik müzakereler konusunda bir temel olarak kullanmaktadır.¹⁰²⁰

Torino Protokolüyle birlikte ASŞ’nin denetim mekanizmasını güçlendirmek adına bazı yenilikler getirilmiştir. Burada Hükümetler Komitesi ile Şart’ın bağımsız uzmanlar komitesi olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin işlevleri hususunda açıklık getirmektedir: Protokol’ün 2. maddesine göre, sadece Avrupa Sosyal Haklar Komitesi hukuki bir bakış açısı ile ulusal

¹⁰¹⁸ **European Social Charter - Short guide**, s. 37.

¹⁰¹⁹ European Committee of Social Rights (ECSR), The Council of Europe Web Site, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp, E.T. 12.07.2018.

¹⁰²⁰ Bkz. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, (Hazırlayan: Hakan Ataman), Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2010, a.g.e., s. 35.

hukuk ve uygulamanın Şart'ın öngördüğü yükümlülüklerle uyumlu olup olmadığını belirlemeye yetkilidir.

Komite, devletlerin sunmuş olduğu raporları incelemesi sonucunda vardığı sonuçları yayınlar. İlgili taraf devletin hukuki düzenlemeleri ya da uygulamaları Şart'ta yer alan hükümler ile kısmi olarak ya da bütünüyle uyumsuz bulunursa sonuç “olumsuz”, uyumlu bulunursa ise sonuç “olumlu” olur. Bir karara varabilmek için yeterli bilgi ve veri yoksa sonucun açıklanması ertelenir. Bu aşamada Komite ilgili taraf devlete açıklayıcı ek sorular da sorabilir. Bütün taraf devletleri ilgilendiren bir durum söz konusu ise, Komite “genel soru” da sorabilir.¹⁰²¹

BM'nin insan hakları denetim organlarının aksine, Komite Şart ile bağlantılı denetleme organının görüşlerini gösteren “genel yorumlar” üretmemekle birlikte, Şart'ı yorumlamaya yetkili bir organ olan Komite'nin Şart'ı yorumu, Şart'ın ulusal raporlar ya da toplu şikayetler bağlamında nasıl uygulanacağına dair görüşleri ile birlikte, Şart'ın bir anlamda hukuk ve yargı alanını oluşturur.

b) Hükümetler Komitesi

Her taraf devletin bir temsilciyle yer aldığı Hükümet Komitesi yılda üç kez toplanmaktadır. Taraf devletlerin sunduğu raporlar çerçevesinde ASHK'nin vardığı sonuçlar Hükümetler Komitesi'ne gönderilir.

İnceleme sürecinde Hükümetler Komitesi iki uluslararası işçi işveren örgütüne de çağrıda bulunarak onların da gözlemci olarak yer almalarını sağlar. Gerekli görüldüğü takdirde Konsey'e kayıtlı ve ilgili konuda uzmanlığı olan hükümet dışı iki uluslararası kuruluşun temsilcisi de bu sürece katılabilir. Sonuçlar rapor halinde düzenlenerek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.¹⁰²² Bu rapor Parlamenterler Meclisi'ne de Bağımsız Uzmanlar Komitesi (Avrupa Sosyal Haklar Komitesi) raporu ile birlikte iletilir.

Hükümetler Komitesi, Bakanlar Komitesi'ne her yıl bir rapor sunmaktadır. 2002'den itibaren 1961 tarihli ASŞ ile bağlantılı rapora ek olarak, GGASŞ'ye ilişkin bir rapor da sunulmaktadır. Hükümetler Komitesi bu raporda ASHK'nin Şart'ı ihlal ettiği sonucuna vardığı,

¹⁰²¹ T. Kenny, a.g.e., s. 13-14.

¹⁰²² T. Akıllıoğlu, “Avrupa Sosyal Şartı Üzerine Bazı Gözlemler”, www.idare.gen.tr/akillioglu-sosyalsart.htm, E.T.02.11.2017.

taraf devletlerde karşılaşılan sorunların içinden tavsiyeye konu edilecek hususları belirlemektedir.

c) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Avrupa Konseyi'nin “karar organı” Bakanlar Komitesi'dir. Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi ile iş birliği içerisinde, AK'nin temel değerlerinin ve üye devletlerin üstlendikleri taahhütlerle olan uyumluluğunun koruyucusudur.¹⁰²³ Üye devletlerden gelen, genellikle dışişleri bakanları olan, birer temsilci ile oluşan organ, sunulan rapor ve değerlendirmeleri, gerçekleştirilen denetim dönemini de bir bütün olarak dikkate alarak, taraf devletlere tavsiyeler verilmesine yönelik bir karar almak için oylama yapmaktadır.¹⁰²⁴ Bakanlar Komitesi tavsiyesi, günümüzde AK'ye üye olan devletlerin çoğunluğu ile değil, şu an için oy kullananların üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmektedir.¹⁰²⁵ Eskiden AK üyesi olan bütün devletler oy kullanabiliyor iken artık yalnızca Şart'a üye olan taraf devletler oy kullanabilmektedir.

Tavsiye kararları devletlerin ulusal mevzuatlarında değişiklikler yapmalarını hedeflemektedir.¹⁰²⁶ Tavsiye kararlarının hukuki bir yaptırım gücü olmasa da, moral etkisi yadsınamaz. Ayrıca, Şart'ta açıkça yer almamakla birlikte, AK'nin insan haklarını ağır bir şekilde ihlal eden devletleri üyelikten çıkarma noktasına varabilen yaptırımlara başvurusu söz konusu olabilmektedir.¹⁰²⁷

3. Denetim Mekanizması

Şart, üye devletlerin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uygunluğunun denetimi için 2 tür denetim öngörmüştür: İlk sistem, Şart'ın 1961'de kabul edilmesinden bu yana var olan ve Şart'ın her iki versiyonunda da bütün üye devletler için zorunlu olan raporlama mekanizmasıdır. İkinci sistem ise, 1995'te Ek Protokol ile yürürlüğe giren ve onaya bağlı olan toplu şikayet usulüdür.

¹⁰²³ G. Erdoğan, a.g.e., s. 156.

¹⁰²⁴ T. Kenny, 1998, s. 14.

¹⁰²⁵ G. Erdoğan, a.g.e., s. 156.

¹⁰²⁶ İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Cilt:1, İstanbul: İmge Yay., 2013, s. 267.

¹⁰²⁷ T. Akıllıoğlu, “Avrupa Sosyal Şartı” Üzerine Bazı Gözlemler, www.idare.gen.tr/akillioglu-sosyalsart.htm , E.T. 02.11.2017.

a) Periyodik Raporların İncelenmesi

Bu usul çerçevesinde, Şart'a taraf olan devletlerin iki yılda bir Şart'ta yer alan ve kabul ettikleri çekirdek hakların kendi ülkelerinde uygulanmasına dair rapor sunmaları beklenilmektedir. Çekirdek olmayan ve kabul ettikleri haklara ilişkin olarak ise dört yılda bir AK Genel Sekreteri'ne rapor sunmaları gerekmektedir. Bu şekilde, Şart'ın 21.maddesinde yer alan “kabul edilmiş olan hükümlere ilişkin raporlar”ın sunuluş biçimini Bakanlar Komitesi belirleyecektir. Ayrıca, Şart'ın 22.maddesi çerçevesinde devletlerin “kabul etmedikleri hükümler” bakımından da uygun zaman aralıklarında Bakanlar Komitesi'nin talep ettiği raporları da sunmaları gerekmektedir.¹⁰²⁸

Taraf devletlerin raporlarının incelendiği usul ve organlar zaman içinde değişime uğramıştır. 1990'ların başında sistem şu şekildedir: Raporlar, onlara ilişkin ulusal sendika ve işveren örgütlerinin gözlemleri ile birlikte, orijinal olarak Uzmanlar Komitesi olarak bilinen (daha sonra adı 1991 Protokolü ile Bağımsız Uzmanlar Komitesi olarak da değiştirilen) ve uluslararası sosyal meselelere ilişkin yetkili bağımsız uzmanlardan oluşan organ tarafından, danışman sıfatıyla bir ILO temsilcisinin de katılımı ile birlikte incelenirdi. 1998'de bu Komite, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) adını almıştır ve başlangıçta “en fazla yedi” olarak belirlenen üye sayısı önce dokuza¹⁰²⁹ ve daha sonra bu sayı 2001'de de 12 üyeye, günümüzde ise 15 üyeye¹⁰³⁰ yükseltilmiştir.

Daha sonra bu raporlar, Uzmanlar Komitesi'nin raporlarıyla birlikte Hükümetler Komitesi'nin alt komitesine gider. Alt Komite, raporları değerlendirerek Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Kamu görevlilerinden oluşan Hükümetler Komitesi de, Komite gibi devletlerin taahhüt ettikleri yükümlülükleri değerlendirmektedir. Ancak bu organ bağımsız değildir. Bu nedenle Hükümetler Komitesi, devletlerin yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını belirlemek konusunda isteksiz davranmakta ve oldukça sınırlı yorumlar yaparak bir devletin yükümlülüklerini ihlal ettiğine çok nadiren karar vermektedir. Sendikaların ve işveren

¹⁰²⁸ Bkz. ASŞ, md.21 ve 22. GGASŞ'da ise C maddesi. Uygulamada, son tür raporlamalara çok sık rastlanılmamaktadır. Bu raporların amacı, taraf devletlerin neden söz konusu maddeleri kabul etmediklerinin sebeplerini bulmaya çalışmak ve onları da kabul etmeleri için teşvik etmek/ cesaretlendirmektir. Bkz. **25 Years European Social Charter**, (Ed. T. Jaspers, L. Betten), Deventer: Kluwer Law Publishers, 1988, s.14.

¹⁰²⁹ 1991 tarihli Ek Protokol'ün Şart'ın 25.maddesinde değişiklik öngören 3.maddesinde düzenlenmiştir. Bkz. Decision adopted by Committee of Ministers in March 1994 at the 509th meeting of the Ministers' Deputies. Bkz. European Social Charter-Collected Texts, Council of Europe Publishing, Germany, 2003, s.185.

¹⁰³⁰ Decision 4.2. adopted by Committee of Ministers in March 1994 at the 751th meeting of the Ministers' Deputies (2, 7 May 2001), ESC-Collected Text, s.185.

kurumlarının kısmen sistemin bu zayıflığından, kısmen de ILO'nun daha iyi işlemesinden kaynaklı ilgisizliği ise, ASŞ'dan beklentilerin karşılanmasını engellemiştir.¹⁰³¹

İkinci etapta, Hükümetler Komitesi, uluslararası işveren örgütleri ile uluslararası sendikaların katılımıyla toplanmaktadır. Hükümetler Komitesi, ekonomik, sosyal ve siyasi görüş ve değerlendirmeleri çerçevesinde her bir taraf devlete yönelik olarak yapılacak tavsiyelerin (recommendations) konusunu oluşturacak hususları belirler ve Bakanlar Komitesi'ne iletilecek olan kararları hazırlar.¹⁰³² Üçüncü etapta, Bakanlar Komitesi, denetim sürecinin bütününe dair kararlar (resolution) alarak tavsiyelerde bulunur ve Şart'a uyumun sağlanabilmesi için taraf devletlerden yasal düzenlemeleri ile uygulamalarında değişiklik yapmalarını ister.¹⁰³³

Görüldüğü üzere, sürecin karmaşıklığı ve çok başlılığı hem denetimi yavaşlatmakta, hem de farklı organlar arasında yetki gaspı yaşanması nedeniyle çatışmalara yol açabilmektedir.¹⁰³⁴ Şart'a değişiklik getiren 1991 tarihli Protokol (Torino Protokolü), denetim sürecindeki karışıklığı giderecek şekilde Bağımsız Uzmanlar Komitesi ile Hükümetler Komitesi'nin görevlerini netleştiren düzenlemeler getirmiştir. Ayrıca Bağımsız Uzmanlar Komitesi sonuçları ile devletlerin raporlarının iletileceği yerler arttırılmıştır. Söz konusu belgelerden birer örneğin kuramsal olarak danışılabilir konumda yer alan uluslararası sivil toplum kuruluşlarına doğrudan iletilmesi öngörülmüş, söz konusu kuruluşların sayısına yönelik olan sınırlamalar sona erdirilmiş ve böylelikle de bu usulün önündeki fiili engeller kaldırılmıştır.¹⁰³⁵ Daha sonra GGASŞ ile periyodik raporları inceleme yetkisi esas olarak, Bağımsız Uzmanlar Komitesi'nin Komite'nin 1998'de yapılan 158.oturumla aldığı bir kararla artık adı ASHK olan Komite'ye verilerek denetimi daha da etkili ve işlevsel hale getirmek

¹⁰³¹ A. Eide, "Future Protection of Economic, Social and Cultural Right in Europe", **Monitoring Human Rights in Europe, Comparing International Procedures and Mechanisms**, (Ed. Arie Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak, Allan Rosas), Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s.204, 205.

¹⁰³² Rules of Procedure, Governmental Committee of the European Social Charter, the Council of Europe, Strasbourg, 30 June 2008, T-SG (2008) 5 rev. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/GovernmentalCommittee/Rules2008_en.pdf, E.T.05.12.2017.

¹⁰³³ The Committee of Ministers and the Reporting System, European Social Charter, the Council of Europe, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CMReporting/CMIndex_en.asp, E.T. 05.12.2017.

¹⁰³⁴ David Harris, "The Council of Europe (II): The European Social Charter", **An Introduction to the International Protection of Human Rights**, (Ed. Riaja Hansk, Markku Suksi), Institute for Human Rights, Turku/ Abo: Abo Academi University Press, 2002, s.319, 322.

¹⁰³⁵ Tom Kenny, **Sosyal Hakları Avrupa'nın Her Yerinde Uygulatalım, Avrupa Sosyal Şartı: Sivil Toplum Kuruluşları için Bir Araç**, (Çev: Tekin Akıllıoğlu), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Merkezi, Ocak 1998, s. 16.

amaçlanmıştır. ASHK'nin denetim sürecindeki rolü ön plana çıkmış ise de nihai karar organı olmadığı da unutmamak gerekir.¹⁰³⁶

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin temel işlev ve görevi, taraf devletlerin Şart'tan doğan yükümlülükleri ile uyumlu davranıp davranmadıklarını değerlendirmektir. Yapılan değerlendirme, sonuçlar (conclusions) olarak ifade edilmektedir. Komite taraf devletin davranışlarının Şart ile uyumlu olduğu kanaatine varırsa sonuç olumlu, uyumlu olmadığı kanaatine varırsa sonuç olumsuzdur. ASHK'nin durumu değerlendirmek hususunda yeterli bilgisinin bulunmadığı hallerde, sonuç karar bir sonraki değerlendirme dönemine ertelenir.¹⁰³⁷

Görüldüğü üzere, politik bir organ olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, taraf devletlere tavsiyelerde bulunabilecek yetkili tek organdır. Bağımsız uzmanlardan oluşan ASHK de sosyal politika ve hukuk alanında gerekli düzenlemelerin yapılması için önemli bir role sahiptir.¹⁰³⁸

Komite periyodik rapor ve toplu (kolektif) şikayet usulleri aracılığıyla bu işlevini yerine getirir. ASHK, Şart'ın hükümlerini yorumlayabilme hususunda yetkilendirilmiş tek yapıdır. Şart'ın hükümleri soyut bir dille ve geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olduğundan yoruma açıktır. ASHK tarafından yapılan yorumları, değerlendirmelerine temel olan ulusal raporlar ve toplu şikayetler, Şart'ın nasıl uygulanabileceği konusunda yol göstericidir. İHK gibi BM mekanizmalarından farklı olarak, ASHK Şart ile ilgili olarak genel yorumlar üretmemektedir. Bununla birlikte, Aralık 2006'da ASHK, GGASS ile ilgili olan içtihat hukukunun bir derlemesini yayınlamıştır.¹⁰³⁹ Geline aşamada Komite'nin periyodik raporlara ilişkin sonuçları ve toplu şikayete ilişkin kararlarında yapmış olduğu yorumlar taraf devletler için de bağlayıcı nitelikte olduğundan giderek daha yargısal bir organ niteliğine de bürünmektedir.¹⁰⁴⁰

ASHK, Eylül 2008'de kendi içtihatlarından oluşan derlemesini gözden geçirmiştir. Bu yeni derleme, GGASS'nin farklı hükümlerine ilişkin yorumları da kapsamaktadır.¹⁰⁴¹ Sivil toplum kuruluşlarına ilişkin sınırlamalar konusunda ilerlemeler vardır. Bu konudaki sınırlamalar Şart'ın başlangıçta çalışanların haklarının korunması üzerinde odaklanmasından,

¹⁰³⁶ Ö. Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, s.210, 211.

¹⁰³⁷ **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, s. 43.

¹⁰³⁸ G. Erdoğan, a.g.e., s. 157.

¹⁰³⁹ U. Khaliq, R. Churchill, a.g.e., s.428-429.

¹⁰⁴⁰ Regis Brillat, "The Supervisory Machinery of ESC: Recent Developments and their Impact", **Social Rights in Europe**, (Ed. Grainne de Burca, Bruno De Witte), Oxford: Oxford University Press, 2005, s.34.

¹⁰⁴¹ Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, the Council of Europe, 1 September 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf , 31.11.2017.

dolayısıyla sendikalara ve işveren kuruluşlarına uygulamanın denetiminde önemli rol verilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁴²

b) Toplu (Kolektif) Şikayet Usulü

Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü, toplu şikayet usulünü getirmiştir. 9 Kasım 1995'te imzaya açılan Ek Protokol, 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe girmiştir. Ek Protokol, var olan raporların incelenmesi usulünün yanında, Şart'a ilişkin ihlal iddialarının toplu şikayet usulü ile de incelenmesini sağlayarak Şart'ın denetim mekanizmasının etkililiğini arttırmayı hedeflemiştir.¹⁰⁴³ Böylece Komite'nin yargısal işlevi daha ön plana çıkmıştır.

Toplu şikayetleri şu örgütler yapılabilir¹⁰⁴⁴: - Hükümetler Komitesi'nin çalışmalarına katılan uluslararası işveren örgütleri ve sendika kuruluşları, yani Avrupa Sendikalar Konfederasyonu (ETUC), BUSINESSEUROPE (Eski adıyla Avrupa Endüstri Toplulukları Birliği UNICE) ve Uluslararası İşverenler Örgütü (IOE) ; -Avrupa Konseyi'nde danışmanlık statüsüne sahip ve bu amaçla Hükümetler Komitesi tarafından hazırlanan listede gözüken uluslararası hükümetdışı kuruluşlar (STK'lar); -İlgili devletten gelen ulusal işveren örgütleri ve sendika kuruluşları (md.27/2).

Ayrıca, her bir devlet, AK Genel Sekreterliği'ne bildirmek suretiyle kendi aleyhlerine şikayetlerde bulunabilmek üzere ulusal sivil toplum kuruluşlarını yetkilendirebilir.

Bu mekanizma ile sivil toplum kuruluşları ASHK önünde Şart'a ilişkin ihlal iddialarını ileri sürebilmektedir. Toplu şikayet mekanizması sosyal hakların içeriğinin belirlenmesi, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ortaya konulması ve bu alandaki ihlallerin azaltılması bakımından yargısallaştırma açısından oldukça önemlidir.

Ulusal üstü insan hakları hukukunda yer alan pek çok denetim mekanizmasında yer alanın aksine, şikayette bulunan örgütlerin ileri sürdükleri ihlal konusuyla doğrudan doğruya ilgili olmaları veya kendilerinin mağdur olmaları koşulu aranmamaktadır. Yine, ikincilik/talilik ilkesi çerçevesinde şikayet öncesi mevcut iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu da bulunmamaktadır. Ayrıca şikayetin yapılması, ihlalin meydana geldiği andan itibaren hesaplanacak herhangi bir süre sınırına da tabi tutulmamıştır. Sosyal Şart toplu şikayet

¹⁰⁴² G. Erdoğan, a.g.e., s. 157.

¹⁰⁴³ **European Social Charter - Short guide**, s. 67.

¹⁰⁴⁴ Organisations qualified to register complaints, Collective Complaints, the Council of Europe, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/OrganisationsIndex_en.asp, E.T.12.11.2017; **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, (Hazırlayan: Hakan Ataman), Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2010, s. 38.

mekanizmasını, şikayetin yapılmasını böylece çok rastlanan üç büyük uygulama engelinden uzak tutmuştur.

Toplu şikayetlere ilişkin kabul edilebilirlik incelemesini Avrupa Sosyal Haklar Komitesi yapmaktadır. Kabul edilebilirlik kararının ardından Komite esas hakkındaki incelemesine geçer. Burada öncelikle şikayette bulunanlardan, ilgili taraf devletten, Şart'a üye diğer devletlerden, yetkili işveren örgütleri ile sendikalardan gerekli bilgileri toplar. Daha sonra, aleyhine şikayette bulunulan ilgili devletin ihlal edildiği öne sürülen düzenlemeyi yerine getirip getiremediğine ilişkin Komite sonuçlarını da içeren detaylı bir raporu Bakanlar Komitesi'ne sunar. ASHK'nin ihlal sonucuna varması durumunda, Bakanlar Komitesi süreci kapatan bir karar (resolution) almak ve gerekli hallerde, ilgili taraf devlete bir tavsiye yöneltmekle görevlidir. Bakanlar Komitesi bazı özel istisnai hallerde Hükümetler Komitesi'ne de danışabilmektedir.¹⁰⁴⁵

Sosyal alanda etkin bütün sivil toplum kuruluşları için şikayetler hakkındaki Protokol'ü önemli kılan beş sebep bulunmaktadır:¹⁰⁴⁶

1. Şikayetler hakkındaki Protokol, sosyal haklar alanında toplu şikayet öngören bir sözleşme mekanizması kurarak, bu haklara kişisel ve siyasal halklara eşit bir statü sağlayacaktır ve bu hakların uygulanması ve korunmasını güçlendirecektir. Bu usul; sosyal hakların uygulanması yönünde daha genel bir hareketin önemli bir ögesi olarak düşünülmelidir ve bütün hak kesimlerini kapsayan bölünmezlik ve karşılıklı bağlılık ilkelerini somut biçimde göstermektedir.
2. Şikayetler hakkındaki Protokol, Şart metnindeki sosyal hakların niteliğini ve sözleşmeci tarafların ödevlerini belirginleştirmekte yardımcı olacaktır. Resmi kararlar hakların niteliğini belirttiği ölçüde sivil toplum kuruluşları bu hakları daha açık biçimde tanımlayabilecektir ve çeşitli bağlamlarda, yerel bağlamda olsun, diğer üye devletlerde veya uluslararası veya bölgesel kuruluşlarda olsun, yer alan bu hakların içerikleri hakkında oluşacak tartışmalarda taleplerini daha açık belirleyeceklerdir.
3. Belli bir şikayet lehine alınacak en küçük karar, bunu yalnızca kendisi hakkında, şikayette bulunulan sözleşmeci tarafın yetkisi olmaktan çıkaran sonuçlar yaratacaktır. Bir içtihata yol

¹⁰⁴⁵ **European Social Charter - Short guide**, s. 69.

¹⁰⁴⁶ T. Kenny, Sosyal Hakları Avrupa'nın Her Yerinde Uygulatalım, Avrupa Sosyal Şartı: Sivil Toplum Kuruluşları için Bir Araç, (Çev: Tekin Akıllıoğlu), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Merkezi, Ocak 1998, s. 18; **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, (Hazırlayan: Hakan Ataman), Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2010, s. 42.

açabilecek her olay, Şart'a ve Avrupa Konseyi'ne taraf öteki devletlerin mevzuat ve uygulamasının değerlendirilmesinde kullanılacak bir uluslararası hukuk örneği oluşturacaktır.

4. Hukuksal kapsam sorunlarının ötesinde, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin bir şikayet lehinde vardığı sonuçlar, Bakanlar Komitesince alınacak bir kararla desteklendiği takdirde, caydırıcı bir güç ve önemli bir manevi ağırlık kazanacaktır. Bu sonuç ve kararlardan inatçı hükümetler üzerinde bir baskı oluşturması için yararlanmak sivil toplum kuruluşlarına düşmektedir.

5. Şikayetler hakkındaki Protokol, sosyal alanda öteki uluslararası belgelere de benzer şikayet mekanizmalarının konulması gündeme geldiği için önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle tartışmasız önemli bir örnek oluşturmaktadır.

4. Avrupa Sosyal Şartı'ndaki Haklar: Yorumlar, Örnek Davalar ve Tavsiyeler

a) ASHK'nin Şart'ta Yer Alan Hakları Yorumlamadaki Genel Yaklaşımı

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, üye devletlerin ASŞ ile uyumlu olup olmadıklarını değerlendirirken, Şart'ta yer alan haklara ilişkin bazı genel yorumlar da geliştirmiştir. Söz konusu yorumlar, taraf devletlerin raporları çerçevesinde, yasal düzenlemeleri ile uygulamalarında Şart'a ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği konusundaki değerlendirmelere ve toplu şikayet başvuruları sonucunda alınan kararlara dayanmaktadır. Bu yorumlar, aynı zamanda sosyal haklarla, medeni ve siyasi hakların birlikte ele alınması gerektiğine dair somut birer örnek oluşturmaktadır.¹⁰⁴⁷

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, güvence altına alınan hakları yorumlarken, yeri geldikçe İHAS'a ve İHAM'ın almış olduğu kararlardaki Sözleşme yorumlarına atıflarda da bulunmaktadır.

ASHK, Fransa'ya karşı yapılan bir toplu şikayet başvurusunda, Şart'ı yorumlarken Antlaşmalar Hukuku Üzerine Viyana Konvansiyonu'nda yer alan yoruma ilişkin hükümleri temel aldığını vurgulamıştır. Komite, Şart'ın "İHAS'ın insan hakları alanında tamamlayıcı belgesi olarak tasarlandığını ifade etmiştir. Şart, insan onuru, özerkliği, eşitlik ve dayanışma gibi esinlenmiş olduğu belli değerlere kendini adayan, yaşayan bir belgedir. Burada güvence altına alınan haklar İHAS'ta yer alan hakları tamamlarlar... Bu bakımdan, Şart sosyal haklara

¹⁰⁴⁷ G. Erdoğan, a.g.e., s. 159.

anlam kazandıracak ve onları yaşama geçirecek biçimde yorumlanmalıdır. Haklar üzerindeki sınırlamalar da kısıtlayıcı şekilde, dar yorumlanmalıdır; hakkın özü korunmalı ve Şart'ın bütüne yayılmış olan amaca uygun şekilde yorumlanmalıdır.¹⁰⁴⁸

ASHK, daha sonraki şikayet başvurularında da Şart'ı “yaşayan belge” olarak gördüğüne ilişkin yorumunu tekrarlamış ve buna bağlı olarak da AK üyesi devletlerdeki hukuki gelişmeler ve diğer ilgili uluslararası belgelerdeki gelişmeler ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁴⁹

ASHK'nin bu yaklaşımı, kendisini Şart'ın lafzi anlamı ile sınırlı görmediğini ortaya koyar. Örneğin, GGASŞ'daki ayrımcılık yasağına ilişkin E maddesini yorumlarken, her ne kadar söz konusu maddede açık bir şekilde engellilik bir ayrımcılık zemini olarak açıkça belirtilmemiş ise de, engelliliği de bu kapsamda değerlendirmiştir.¹⁰⁵⁰ Aynı şekilde, sosyal ve tıbbi yardım hakkın düzenleyen 13.maddedeki açık ifadeyi de göz ardı ederek, ki bu düzenlemede tıbbi yardımın yalnızca ülkelerinde yasal olarak bulunan göçmenlere de sağlanabileceği belirtilmektedir, bu tür bir yardımın yasal olarak bulunmayan göçmenler bakımından da kapsamının genişletilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁵¹ ASHK, bu bakımdan sıklıkla teleolojik yaklaşımı benimsemiştir. Örneğin; sözleşmenin amacını ve hedefini gerçekleştirmek için en uygun yorumun araştırılması gerekmektedir, taraf devletlerin üstlenmiş olduğu yükümlülükleri mümkün olan en geniş derecede sınırlandırmak için değil.¹⁰⁵² Bu şekilde, ASHK, sıklıkla İHAM içtihatlarına ve diğer AK belgelerine atıfta bulunmaktadır.¹⁰⁵³

ASHK'nin Şart'ı yorumlayışında önemli bir başka özellik de, böylesine geniş bir şekilde kaleme alınmış hakları ve yükümlülükleri somutlaştırmaya çalışmasıdır. Örneğin; “çalışanların kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlayacak adil bir ücret hakkı”na ilişkin olarak ASHK, “insan onuruna yaraşan iyi bir yaşam düzeyi”nin eşiğini, ulusal maaş ortalamasının yüzde altmışı olarak belirlemiştir; söz konusu düzey aynı zamanda yoksulluk sınırının üzerinde

¹⁰⁴⁸ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, 05.12.2000, para. 63.

¹⁰⁴⁹ World Organisation against Torture/ İrlanda, Şikayet No: 18/2003, 25.05.2005, para. 63.

¹⁰⁵⁰ International Association Autism-Europe/Fransa, Şikayet No: 13/2002, 04.11.2003.

¹⁰⁵¹ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, para. 32.

¹⁰⁵² World Organisation against Torture/ İrlanda, para.60.

¹⁰⁵³ Örneğin bkz. World Organisation against Torture/ İrlanda, para. 61-62; International Association Autism-Europe/ Fransa, para. 51-51; Conclusions XVII-2, Vol.1, 2005, s.10.

ise, bu oranın altındaki maaşlar hakkın ihlali anlamına gelmeyecektir; ancak maaşlar bu sınırın altında ise hakkın ihlali söz konusu olacaktır.¹⁰⁵⁴

Bir diğer önemli husus da Şart'ta yer alan hakların yerine getirilmesinde devletlerin üzerine düşen yükümlülüklerinin açıklanması ve yorumlanmasıdır. ASHK, hakların yasalarla güvence altına alınması gerektiğini vurgulamıştır; yalnızca idari düzenlemelere yansıtılması yeterli değildir.¹⁰⁵⁵ Aynı zamanda, yasa da tek başına yeterli değildir: Yasanın uygulanması da Şart'ta yer alan hakları güvence altına almalıdır. ASHK'nin de belirttiği gibi, "Şart'ın amaç ve hedefi, bir insan hakları belgesi olarak, insan haklarını sadece teorik ve soyut olarak değil; gerçek, fiilen ve etkili olarak korumaktır."¹⁰⁵⁶

GGASŞ'nin engelli haklarını düzenleyen 15.maddesi ile ilgili olan 13/2002 numaralı Autism-Europe/Fransa şikayet başvurusunda¹⁰⁵⁷ ASHK, "bir hakkın gerçekleştirilmesi olağanüstü derecede karmaşık ve özellikle de maliyetliyse, devlet makul bir sürede, aşamalı olarak, erişilebilir kaynakların azamisini kullanarak Şart'ta yer alan amaç ve hedeflere ulaşılmasına olanak verecek önlemleri almalıdır. Taraf devletler, özellikle de yapacakları seçimlerin, kurumsal eksiklikler ve aksaklıklar söz konusu olduğunda toplumun kırılgan gruplarına ve bundan etkilenen diğer bireylere, özellikle de ailelerine olan etkilerinin bilincinde olmalıdırlar." demiştir.¹⁰⁵⁸

Sonuç olarak, ASHK Şart'ı yorumlarken diğer insan hakları sözleşmeleri ile yakın bir ilişki kurar ve onları da dikkate alır. Özellikle de, sıklıkla İHAM içtihatlarına atıfta bulunur.¹⁰⁵⁹ Şart'ta yer alan bir hakkın İHAS'ta bir karşılığı var ise, ASHK, Şart'ı İHAS ile uyumlu olacak şekilde yorumlar.¹⁰⁶⁰ Aynı derecede olmasa da, diğer insan hakları sözleşmeleri söz konusu olduğunda da ASHK benzer bir tutum sergiler.¹⁰⁶¹ Bununla birlikte, ASHK Şart'a taraf bir devletin Şart'ta yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemeyi içeren başka bir insan hakları

¹⁰⁵⁴ David John Harris, John Darcy, **The European Social Charter**, New York: Ardsley, 2001, s.74-77; Lenia Samuel, **Fundamental Social Rights: Case Law of the European Social Charter**, Strasbourg: Council of Europe, 2002, s.73-81.

¹⁰⁵⁵ Örneğin, World Organisation against Torture/ İrlanda, para.64; Confederation Francaise de l'Encadrement/ France, Şikayet No: 16/2003, 31.03.2005, para. 35-38.

¹⁰⁵⁶ International Commission of Jurists/ Portekiz, Şikayet No: 1/1998, 09.09.1999, para.32; Syndicat National des Professions du Tourisme/ Fransa, Şikayet No: 6/1999, para.26.

¹⁰⁵⁷ International Association Autism-Europe/Fransa, Şikayet No: 13/2002.

¹⁰⁵⁸ International Association Autism-Europe/Fransa, Şikayet No: 13/2002, para.53.

¹⁰⁵⁹ Örneğin; International Association Autism-Europe/ Fransa, para.52; European Roma Rights Center/ Yunanistan, Şikayet No: 15/2003, 08.12.2004, para. 20 ve 25.

¹⁰⁶⁰ Örneğin; Quaker Council of European Affairs/ Yunanistan, Şikayet No: 8/2000, para.22 (zorla çalıştırma yaşağına ilişkin)

¹⁰⁶¹ Örneğin; World Organisation against Torture/ İrlanda, Şikayet No: 18/2003, para.63. Burada ASHK, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur.

sözleşmesine de taraf olması durumunda taraf devletin de otomatik olarak Şart ile uyumlu olduğu sonucunu kabul etmez.¹⁰⁶²

Aşağıda, Komite'nin Şart'ta düzenlenen sosyal haklarla bağlantılı olarak vermiş olduğu kararlardan örneklere yer verilerek bu konudaki birikim incelenecek ve analiz edilecektir. Elbette Şart'ta yer alan hakların çeşitliliği ve sayıca çokluğu göz önüne alındığında, burada bir sınırlandırmaya gidilerek belli haklar seçilmiş ve söz konusu haklar üzerinden yargı yetkisi ele alınmıştır. Komite kararlarından örnek olarak seçilmiş haklar, özellikle de toplumun en kırılgan üyelerinin korunması amacıyla düzenlenmiş olan haklardır; sağlığın korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık ve sosyal yardım hakkı, engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı, toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı, konut hakkı.

b) Örnek Kararlar

i) Sağlığın Korunması Hakkı

Sağlığın korunması hakkını düzenleyen 11.madde, esasen GGASS ile ASS bakımından aynıdır ve ikisinde de “çekirdek olmayan” haklar arasında yer alır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesine göre, herkes ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, taraf devletlere üç temel yükümlülük yükler. GGASS'da bu yükümlülükler şu şekildedir: “Taraf devletler sağlığın korunması hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra, 1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2. Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma olanaklarını sağlamak; 3.Salgın (epidemik) hastalıkları, yöresel ve süreklilik arz eden (endemik) hastalıkları ve başka hastalıkları ve *bunların yanı sıra kazaları* mümkün olduğunca önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.”¹⁰⁶³

ASHK'nin Şart'ın 2005 yılına ilişkin sonuç kararlarına baktığımızda, Komite'nin md.11'in uygulanması ve yorumlanmasına yönelik olarak genel yaklaşımını şu şekilde ortaya koyduğunu görüyoruz: “11.maddede düzenlenen sağlığın korunması hakkı, İHAS'ın 2. ve 3.maddelerinin tamamlayıcısıdır; İHAM tarafından da ortaya konulduğu üzere, etkili şekilde

¹⁰⁶² Örneğin; STTK ry and Tehy ry/ Finlandiya, Şikayet No: 10/2000, 17.10.2001, para.25 (ILO Sözleşmeleri ile bağlantılıydı bu başvuru); Şikayet No: 16/2003, Confederation Française de l'Encadrement/ Fransa, para.30 (Bu toplu şikayet başvurusu ise AB direktifi ile ilgilidir).

¹⁰⁶³ Şart'ın orijinal halinde, md.11/3, “kazalar”dan söz etmemektedir.

yerine getirilebilmesini sağlamak üzere oluşturulan bir dizi pozitif yükümlülüğü de bünyesinde barındırmaktadır. Bu iki belge arasındaki normatif ilişki, ASHK'nin insan onuruna ilişkin vurgusu ile de belirginleştirilmiştir.¹⁰⁶⁴ Komite her iki sözleşmede yer alan sağlık hakkı ilgili düzenlemelerin “-ister ASS, isterse İHAS'ın kapsamında olsun- Avrupa insan hakları hukukunun pozitif özü olması ve sağlık bakımının insan onurunun korunması için bir ön koşul olması” nedeniyle ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰⁶⁵ Sözleşme'nin tamamlayıcılık işlevi ve İHAM başta olmak üzere diğer ulusal üstü insan hakları mekanizmalarının günümüzde sağlığın korunması ve sağlıklı çevre arasında yaptığı bağlantı birlikte düşünüldüğünde Şart'ın 11. maddesi (sağlığın korunması hakkı) sağlıklı bir çevre hakkını içerecek şekilde yorumlanmalıdır.”¹⁰⁶⁶

Sağlığın korunması hakkının etkili bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesinde, AHK, toplumdaki dezavantajlı ve kırılgan grupların durumuna özel bir önem vermektedir. Komite, bu hakka yönelik sınırlandırmaların, bu tür gruplar için söz konusu hakkı etkili bir şekilde yerine getirilmesini önleyecek biçimde yorumlanmaması gerektiğini belirtir.¹⁰⁶⁷ Böylesi bir yorum, GGASS'nin ayrımcılık yasağına ilişkin E maddesinin ve ASS'nin Başlangıç bölümünün de bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

11.maddenin her üç paragrafında da yer alan yükümlülükler oldukça geniş kapsamlıdır ve Komite de bu şekilde geniş yorumlamaktadır. ASS'nin 11. maddesinin 1. paragrafına göre, sağlığın korunması hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler taraflar, hem doğrudan hem de kamusal veya özel örgütlerle iş birliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra, sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmayı garanti ederler.

İlk dönem sonuç kararlarında, Komite, “sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri ortadan kaldırmak” yükümlülüğü bakımından, esasen devlet tarafından karşılanması gereken, ulusal sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bir dizi unsuru listelemiştir. Bunlar; sağlık

¹⁰⁶⁴ Conclusions XVII-2, Vol. 1, (2005), s.10; Conclusions on the Revised Charter 2005, Vol. 1, s.10.

¹⁰⁶⁵ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, 03.11.2004, para. 31.

¹⁰⁶⁶ Komite, yaşayan bir belge olarak Şart'ın amacının hakları sadece teorik olarak korumak değil, aynı zamanda fiili olarak da korumak olduğunu belirtir. Bu nedenle Şart'ta yer alan haklar ve özgürlükler bu eğilim ışında yorumlanmalıdır. Komite bundan dolayı Şart'a ve diğer uluslararası yapılara taraf devletlerin sağlığın korunması ve sağlıklı çevre arasında giderek artan oranda yaptıkları bağlantıyı dikkate almakta ve Şart'ın 11 maddesini (sağlığın korunması hakkı) sağlıklı bir çevre hakkını içerecek şekilde yorumlamaktadır. Bkz. International Commission of Jurists/ Portekiz, Şikayet No: 1/1998, 09.09.1999, para.32; Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR)/ Yunanistan, Şikayet No: 30/2005, 06.12.2006, para. 194–195.

¹⁰⁶⁷ Conclusions XVII-2, Vol. 1, (2005), s.10; Conclusions on the Revised Charter 2005, Vol. 1, s.10.

bakımını toplumun tümü için yaygınlaştıran, hastalıkların önlenmesini ve teşhisini sağlayan; gençlerin, yaşlıların ve annelerin sağlığının korunması için özel önlemler alınmasını içeren ve çevresel kirliliğin çeşitli türleri ile mücadele edilmesini sağlayan, alkolizm ve madde bağımlılığını kontrol etmeye yönelik, tıp doktorlarına ve sağlık hizmeti sunulan yerlerde yeterli donanım erişilebilirliğin sağlanmasını da içeren kamu sağlığı düzenlemelerini de kapsamaktadır.¹⁰⁶⁸ Komite, bu hususlara uygunluğun değerlendirilmesinde genellikle toplumun sağlığını ayrıntılı olarak belirleyecek genel verilere bakmaktadır. İsveç'in 2003 yılına ilişkin değerlendirmesinde, örneğin Komite İsveç'teki durumu şu olgulara bakarak irdemiştir: Ortalama yaşam süresi ve temel ölüm sebepleri; anne ve bebeklerin ölüm oranı; sağlık hizmetlerine erişim; diğer devletlerle karşılaştırıldığında gayrisafi yurt içi hasıla olarak sağlık harcamalarının oranı; nüfusla bağlantılı olarak hastanelerdeki yatak sayısı.¹⁰⁶⁹ Polonya'nın ise 11.madde ile uyumsuz olduğu sonucuna varılmıştır. Çünkü bazı özelleştirilmiş sağlık hizmetleri bakımından uygun bir muayene listesi eksikliği ve buna bağlı olarak aşırı bir bekleme süresi söz konusudur.¹⁰⁷⁰

ASS'nın 11.maddesinin 1.paragrafı çerçevesinde Türkiye'nin 2009 yılına ilişkin raporunu değerlendiren Komite, kırsal kesimde yaşayan halkın sağlık hizmetlerinden yararlanma oranının çok düşük olduğunu; umulan yaşama süresinin görece olarak kısa olduğunu, 1993'te ana ve çocuk sağlığını koruma merkezlerinden yararlanan anne ve çocukların oranının %33 olduğunu ve doğumların %24'ünün tıbbi personel yardımı olmaksızın gerçekleştiğini saptamıştır.¹⁰⁷¹ Komite söz konusu dönemde doğum sırasında ölen kadınların oranının 100.000'de 100 olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁷² 0-1 yaş arasındaki bebeklerin ölüm oranının da canlı doğan her 1000 bebekte 49,3 olduğu görülmüştür. Bu oran, diğer taraf devletlerin raporlarında gözlemlenen 1000 doğum için 4,8 ile 9,3 oranına göre çok yüksektir. Bu veriler çerçevesinde, özellikle de anne ve bebek ölümlerinin azaltılması için önlemlerin yetersiz olduğu göz önüne alınarak Türkiye, Şart'ın 11.maddesi ile uyumsuz bulunmuştur.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁸ Conclusions I, s.59, aktaran: Harris, Darcy, a.g.e., s.150.

¹⁰⁶⁹ Conclusions 2003, İsveç, 2003/def/SWE/11/3/EN, 30.06.2003.

¹⁰⁷⁰ Conclusions XVI-2, Polonya, XVI-2/def/POL/1/4/EN, 30.06.2004. Bekleme listesi ve bekleme sürelerinin düzenlenmesi Bakanlar Komitesi'nin No: R (99) 21 Sağlık Bakımında Bekleme Listesi ve Bekleme Sürelerine İlişkin Tavsiyesi ışığında değerlendirilmiştir.

¹⁰⁷¹ G. Erdoğan, a.g.e., s. 154.

¹⁰⁷² Komite daha önceki değerlendirmelerinde 100.000'de 10 oranının bile yüksek olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, s.81.

¹⁰⁷³ Conclusions, XVII-2, Türkiye, 2009/def/TUR/11/2/EN, 02.01.2010. Bkz. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, s.82, 83.

ASS'nın 11. maddesinin 2. paragrafına göre, sağlığın korunması hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler taraflar, hem doğrudan hem de kamusal veya özel örgütlerle iş birliği içinde, kazalara karşı ve salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı garanti ederler. 2.paragrafı ile ilgili olarak da, Komite 2001'den bu yana bu hükmün gerekliliklerini şu kriterler çerçevesinde yorumlamış ve değerlendirmiştir: İlk olarak, taraf devletlerin genel nüfusu hedefleyen ve eğitim müfredatının da bir parçası olarak farkındalık kampanyaları aracılığıyla bireylerin sağlıkla ilgili konularda kendi kişisel sorumluluklarını teşvik etmeleri gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁷⁴ Samuel'in de belirttiği üzere, Komite esas olarak hastalığa yol açan yaşam biçiminin önlenmesi üzerinde odaklanmıştır, ki bu durum da kişisel öz sorumluluğun teşvik edilmesinde doğrudan katkı sağlayabilir.¹⁰⁷⁵ Komite, bu bakımdan taraf devletlerden sigara kullanımı, alkol tüketimi, madde bağımlılığı, cinsel eğitim ve sağlıklı beslenme gibi konular hakkında bilgi istemektedir.

İkinci olarak, taraf devletler bu alanda danışma ve inceleme imkanlarını sağlamakla yükümlüdürler.¹⁰⁷⁶ İnceleme kavramı hakkında Komite, okullarda yürütülecek medikal kontrollerin düzenlenmesi ve sıklığı ile prematüre bebek ölümlerinin oranından sorumlu olan hastalıkların incelenmesinin gerekliliğine vurgu yapar. Danışma kavramına ilişkin olarak da Komite son zamanlarda doğum öncesi ve sonrası tıbbi danışmanlıklar konusu üzerinde odaklanır. Komite, ayrıca taraf devletlerin çocuklar için pediatrik bakımların da mevcut olması gerektiğini belirtir. Bu tür bir bakımın maliyeti doğum öncesi ve sonrası tıbbi danışmanlıkta olduğu gibi, devletin üzerinde doğmaktadır.¹⁰⁷⁷ 2001'den bu yana Komite'nin yaklaşımında dikkat çekici bir eğilim vardır: Md.11/2'ye uygunluk konusundaki sonuçlarını, bu hususlardaki bilgiler kendisine ulaşıncaya kadar askıda bırakarak ertelemektedir.¹⁰⁷⁸ Önceden taraf devletler tamamen md.11/2'deki yükümlülükleri ile uyumlu bulunuyorlardı. Komite'nin bu yaklaşımı ise taraf devletler üzerinde daha sıkı ve geniş bir yükümlülük yüklemektedir.

Md.11/3 taraf devletlerin mümkün olduğunca epidemik, endemik ve diğer hastalıkların önlenmesini gerekli kılar. Bu hükümle uyumun belirlenmesinde, Komite esas olarak sağlıklı çevreyi; sigara, alkol ya da madde bağımlılığının yol açtığı sağlığın bozulmasına/ hastalıklara karşı alınan önlemleri, bağışıklık kazandırma ve epidemiyolojik izleme/ gözetim gibi genel

¹⁰⁷⁴ Örnek olarak bkz. Addendum to Conclusions/ Sonuçlara Ek, Slovakya, XV-2, XV-2/def/SVK/11/3/EN, 01.07.2001; Conclusions XV-2, Belçika, XV-2/def/BEL/11/1/EN, 31.12.2001.

¹⁰⁷⁵ L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.273.

¹⁰⁷⁶ L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.274.

¹⁰⁷⁷ Örneğin bkz. Conclusions XV-2, Fransa, s.208, aktaran L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.273.

¹⁰⁷⁸ Örneğin bkz. Conclusions XVI-2, Çek Cumhuriyeti, XVI-2/def/CZE/11/1/EN, 30.06.2004; Conclusions XVI-2, Macaristan, XVI-2/def/HUN/11/1/EN, 30.06.2004.

önleyici/ hastalıktan koruyucu önlemleri dikkate alır. Sağlıklı bir çevreye ilişkin değerlendirmede bulunurken Komite genellikle hava ve su kirliliği, iyonlaştırıcı radyasyon, asbeste maruz kalma gibi bir dizi farklı göstergelere atıfta bulunur. Genel olarak bir taraf devletin md.11/3 ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesinde Komite ulusal istatistiklere, ilgili politikalara ve Dünya Sağlık Örgütü'nün hedeflerine atıfta bulunur. Komite taraf devletlerin md.11/3'teki yükümlülükleri bakımından çeşitli yönlerden ihlal bulmuştur.¹⁰⁷⁹ Örneğin Belçika için ihlal kararı verilmiştir; çünkü bazı hastalıklar için bağışıklık kazandırma seviyesi yeterince dikkate alınmamıştır.¹⁰⁸⁰ Bununla birlikte, bazı eksikliklerine karşın, özellikle de çevresel konularda kamu otoritelerinin göstermiş oldukları çaba doğrultusunda Polonya uyumlu bulunmuştur.¹⁰⁸¹

ii) Sosyal Güvenlik Hakkı

Hem ASS, hem de GGASS'da içerik olarak aynı olan 12.madde sosyal güvenlik hakkını düzenlemektedir. Bu çekirdek hak, oldukça geniş kapsamlı ve soyut bir içeriğe sahiptir. Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesine göre, tüm çalışanlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Maddenin 1. paragrafına göre, sosyal güvenlik hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler bir sosyal güvenlik sistemi kurmayı veya korumayı garanti altına alırlar. Bir kere bu sistem kurulduktan sonra da *yeterli düzeyde* sürdürülmelidir. (md.12/2) ASS'nın 12. maddesinin 2. paragrafına göre, sosyal güvenlik hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler sosyal güvenlik sistemini 102 No'lu Sosyal Güvenliğin Asgari Standartları Hakkındaki ILO Sözleşmesi'nin onaylanması için gereken düzeyden daha düşük olmamak üzere yeterli bir düzeyde sürdürmeyi garanti altına alırlar.¹⁰⁸² GGASS'da ise bu düzey Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'nun onaylanması için gereken düzeyden daha düşük olmamalıdır.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ Conclusions XV-2, Belçika, XV-2/def/BEL/11/1/EN, 31.12.2001; Conclusions XV-2, Yunanistan, XV-2/def/GRC/11/3/EN, 31.12.2001 ve Addendum to Conclusions, XV-2, Türkiye, XV-2/def/TUR/11/3/EN, 01.07.2001. Komite bazen de daha sonradan bilgi verilmesi için talepte bulunur durumun Şart'la uyumlu olup olmadığının belirlenmesinden önce. Örneğin bkz. Conclusions XVI-2, Macaristan, XVI-2/def/HUN/11/3/EN, 30.06.2004.

¹⁰⁸⁰ Conclusions XV-2, Belçika, XV-2/def/BEL/11/1/EN, 31.12.2001.

¹⁰⁸¹ Conclusions XVI-2, Polonya, XVI-2/def/POL/11/3/EN, 30.06.2004.

¹⁰⁸² ILO'nun 1952 tarihli 102 sayılı "Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşmesi sosyal güvenlik kavramının çağdaş tanımında da belirleyici role sahip olmuştur. Sözleşmede dokuz risk sayılmıştır. Bu riskler; hastalık, analık, sakatlık, yaşlılık, işsizlik, iş kazası, meslek hastalığı, ölüm ve aile yardımlarıdır. Örneğin; Conclusions XIV-1, Finlandiya, XIV-1/def/FIN/12/4/EN, 30.03.1998: Komite'ye sunulan tüm bilgiler göz önüne alındığında, Finlandiya'nın sosyal güvenlik sisteminin Şart'ın 12. maddesinin 2. paragrafının gerekliliklerine uygun olarak en azından ILO'nun 102 No'lu Sözleşmesi'nin onaylanması yeterli görünmektedir.

¹⁰⁸³ 102 No'lu ILO Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'nun farkları bu belgelerin onaylanması için asgari olarak kaç tane tarafın kabulünün gerekliliğine ilişkindir. (Sözleşme için üç; Kod için ise altı tarafın kabulü gereklidir) Ayrıca, sosyal güvenlik koruması standardı Avrupa Kodu için daha yüksek bir standart getirmektedir.

Şart'ın diğer hükümleri ile 12.madde arasında açık bir örtüşme vardır; madde, en çok da biraz ileride de değineceğimiz 13.maddede düzenlenen sağlık ve sosyal yardım hakkı çerçevesindeki amaçların gerçekleştirilmesi açısından önemlidir.¹⁰⁸⁴ Komite bazı durumlarda sosyal yardımı sosyal güvenlikten ayırmanın her zaman mümkün olmadığını ve bazı taraf devletlerdeki reformların giderek artan düzeyde ikisini birleştirdiğini ifade etmiştir.¹⁰⁸⁵ Bununla birlikte, Komite ulusal sosyal güvenlik programların md.12 ve 13'e uygunluğunun değerlendirilebilmesi için her ikisinin birbirinden ayrılabilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁸⁶ Komite, sosyal yardımın "ihtiyaç" kavramının hak sahipliği için temel kriter olduğu bir grup yararları ifade ettiğini vurgulamıştır. Özel bir riski kapsayan ya da mesleki bir faaliyeti gerektiren veya katılım bedeli ödemesini gerekli kılan sosyal güvenlik sistemine dahil olma gerekliliği aranmamaktadır. Sosyal güvenlik kavramı Şart'ın içinde tanımlanmamıştır ama Komite şunu vurgulamaktadır ki, sosyal güvenlik, sosyal korumanın toplumsal olarak çok daha ileri bir araçtır ve buna bağlı olarak da geleneksel olarak sosyal yardıma ait olan belli alanları düzenleme konusu olarak devralmıştır.¹⁰⁸⁷

ASHK, sosyal güvenliğin meslek yaşamına ilişkin faaliyetlerin yanı sıra belli bir katkı payı ödeyenler ve ödemeyenleri, belli risklerle (hastalık, engellilik, gebelik, aile, işsizlik, yaşlılık, ölüm, eşin kaybedilmesi, meslek kazaları, malullük gibi) bağlantılı olarak sağlanan çeşitli ödenekleri de kapsayan evrensel, genel bir düzene işaret ettiğini vurgulamıştır.¹⁰⁸⁸ Sosyal güvenlik, söz konusu risklerin gerçekleşmesi durumunda sağlanan yararlar olarak görülmektedir ancak riskin kendisinden doğabilecek olan potansiyel bir ihtiyaç durumunu telafi etme amacını taşımamaktadır.¹⁰⁸⁹

12.maddeyi değerlendirirken ASHK taraf devletlerdeki sosyal güvenlik sisteminin belli temel riskleri kapsayıp kapsamadığını ve sosyal güvenlik hakkını sağlama düzeyinin yeterli olup olmadığını dikkate almaktır. Bulgaristan'ın 2003 yılına ait raporunu değerlendirirken

Bkz. Council of Europe, Explanatory Report on the Revised European Social Charter, 1996, para.58, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/HTML/163.htm>, E.T.30.12.2017.

¹⁰⁸⁴ Her iki madde arasındaki ilişkilerle ilgili olarak bkz. Jennifer Tooze, "Social Security and Social Assistance", **Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, (Ed. T. Harvey, J. Kenner), Oxford: Hart Publishing, s.160-192.

¹⁰⁸⁵ Örneğin bkz. Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/3/EN, 30.09.1996; Conclusions XIII-4, Belçika, XIII-4/def/BEL/12/1/EN, 30.09.1996.

¹⁰⁸⁶ Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/3/EN, 30.09.1996.

¹⁰⁸⁷ Conclusions VII, Fransa, VII/def/FRA/12/1/EN, 31.12.1981; Conclusions XII-2, Almanya, XII/2/def/DEU/12/1/EN, 30.11.1992. BM ESKHS'nin 9.maddesinde ise bu hak sosyal sigortaları da kapsamaktadır. ASHK, "sosyal sigorta" terimini kullanma eğiliminde değildir, her ne kadar Şart'ın 12.maddesine ilişkin yaklaşımı bu terimi de kapsayacak ölçüde geniş olsa da.

¹⁰⁸⁸ Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/1/EN, 30.09.1996.

¹⁰⁸⁹ Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/1/EN, 30.09.1996.

örneğin; sosyal güvenlik sisteminin kapsamının sosyal güvenliğin geleneksel olarak dokuz alanını (yani hastalık, gebelik, işsizlik, yaşlılık, engellilik, yaşlılık, işsizlik, iş kazaları, meslek hastalıkları, ölüm ve aile yardımları) karşıladığını, bu bağlamda yeterli olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁹⁰

Ulusal sosyal güvenlik sistemlerinde bu dokuz geleneksel risk karşılandığı sürece, Şart ile uyum sağlanmış olacaktır.¹⁰⁹¹ Buna ek olarak, sosyal güvenlik sistemi aynı zamanda toplumun büyük çoğunluğunu da kapsamına almalı ve en azından çeşitli pek çok alanda etkili olacak şekilde ödenek ve yardımlar sağlamalıdır.¹⁰⁹² Gelirin yerine konulan yardımlar ülkedeki ortalama gelirin yüzde ellisinin altına düşmemelidir. Bazı taraf devletler, ödenek düzeylerinin yetersizliği gerekçesi ile 12.madde ile uyumsuz bulunmuşlardır.¹⁰⁹³ Her ne kadar kurulmuş olan bir sosyal güvenlik sisteminin etkili ve yeterli bir düzeyde sürdürülmesi gerektiğine işaret eden 12.maddenin 2.fikrası kapsamında bu hususların ele alınması gerektiği düşünülebilirse de, Komite gerçekte bu konuları 1.fikra kapsamında değerlendirmektedir.

Komite, 12.maddenin 1.paragrafı çerçevesinde Türkiye'nin 2003-2004 periyodundaki raporunun değerlendirilmesinde¹⁰⁹⁴ sosyal güvenlik sisteminin şu hususlar nedeniyle Şart'la uyumlu olmadığını karara bağlamıştır: Tüm branşları birlikte kapsayan bir sosyal güvenlik sisteminin yokluğu; mevcut sosyal güvenlik sisteminin nüfusun önemli bir kesimini kapsamaması; çalışan nüfusun yüksek bir oranının herhangi bir sosyal güvenlik kapsamında olmaması. Rapor, sistemin pek çok yönden kusurlu olduğunu onaylamaktadır. Komite, bu raporun devamındaki raporda ise yapılan sosyal güvenlik reformunun amacının, eşit ve sistemin tüm branşlarıyla ilgili olarak aktif/toplam nüfusa yönelik yükseltilmiş sigorta miktarı ve kapsamı sağlamak amacıyla çok sayıda sosyal güvenlik ve sigorta planını düzene koyduğunu belirtir. Özellikle de, Komite önceki rapordan sonra şu kanunların yürürlüğe girdiğini gözlemlemiştir: 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu (Mayıs 2006), üç eski sosyal güvenlik kurumunu, SSK (Sosyal Sigortalar Kurumu), BAĞ-KUR (Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu) ve Emekli Sandığı'nı tek bir Sağlık

¹⁰⁹⁰ Conclusions 2009, Bulgaristan, 2009/def/BGR/12/1/EN, 02.01.2010; Conclusions 2009, Estonya, 2009/def/EST/12/1/EN, 02.01.2010; Conclusions 2013, Romanya, 2013/def/ROU/12/1/EN, 06.12.2013; Conclusions XVII-I, Polonya, XVII-1/def/POL/12/1/EN, 28.02.2005.

¹⁰⁹¹ Council of Europe, Digest of the Case Law, s.97.

¹⁰⁹² Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/1/EN, 30.09.1996. Sistem, gelir düzeyleri ile geçim giderleri ile bağlantılı olarak yeterli imkanları sağlamalıdır.

¹⁰⁹³ Örneğin bkz. Conclusions 2009, Bulgaristan; Conclusions 2009, Estonya; Conclusions 2013, Romanya; Conclusions XVII-1, Polonya.

¹⁰⁹⁴ Conclusions XVIII-1, Türkiye, XVIII-1/def/TUR/12/1/EN, 30.10.2006.

Güvenlik Kurumu'nda (SGK) birleştirmiştir. Komite rapordan işsizlik sigortasının hala İŞKUR'un (4904 sayılı Kanunla kurulan Türkiye İş Kurumu) yetkisinde olduğunu anlamıştır. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası hakkında 5510 sayılı Kanun'un (Ekim 2008), tüm yurttaşlar için zorunlu bir genel sağlık sigortasını yavaş yavaş devreye sokmaktadır.¹⁰⁹⁵

2.fıkra kapsamında Komite, yukarıda da belirtildiği üzere, genel olarak ASŞ ya da GGASŞ'ye taraf olma durumuna göre, ilgili taraf devletin 102 No'lu ILO Sözleşmesi ya da Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'nu onaylamış olup olmadığına bakmaktadır. Samuel'in de belirttiği gibi, ASŞ'ye taraf olan ve sosyal güvenlik sistemi olan devletler en azından aynı şekilde, 102 No'lu ILO Sözleşmesini de onaylamış, oradaki sosyal güvenlik düzeyini sağlamış ve ILO Uzmanlar Komitesi tarafından uyumlu bulunmuş ise, md.12/2'deki yükümlülüklerini de karşılamış sayılacaktır.¹⁰⁹⁶ Aynı yaklaşım, Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'na atıfta bulunan GGASŞ için de geçerlidir.¹⁰⁹⁷

Bununla birlikte, 102 No'lu ILO Sözleşmesi ya da Avrupa Kodu'nu onaylayan bir taraf devletin her zaman otomatikman md.12/2 ile uyumlu olacağı anlamına gelmemektedir bu durum. Örneğin Finlandiya 102 No'lu ILO Sözleşmesi'ni onaylamamıştır ancak hala Şart'la uyumlu olduğu düşünülmektedir, çünkü ILO Sözleşmeleri ile örtüşen ve hatta ondan çok daha geniş kapsamlı yükümlülükler yükleyen çok sayıda sözleşmeyi onaylamıştır.¹⁰⁹⁸ Komite'nin Romanya'nın durumuna ilişkin olarak 2004 yılında yapmış olduğu değerlendirmede ise sonuç kısmen daha farklı olmuştur. Romanya, Avrupa Kodu'nu imzalamıştır ancak henüz onaylamamıştır. Raporda Romanya'nın onay için gerekli olan koşulları sağlaması istenilmiş ve Komite, md.12/1 kapsamındaki değerlendirmesi ışığında, kararını bu duruma göre ertelemeyi tercih etmiştir.¹⁰⁹⁹

Şart'ın en dinamik ve ilerlemeci yükümlülüğü 12.maddenin 3.fıkrasında yer alır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesinin 3. paragrafına göre, sosyal güvenlik hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler, sosyal güvenlik sistemini

¹⁰⁹⁵ Conclusions 2013, Türkiye, 2013/def/TUR/12/1/EN, 06.12.2013. Bkz. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, s. 85.

¹⁰⁹⁶ L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.287.

¹⁰⁹⁷ Örneğin bkz. Conclusions 2004, Norveç, 2004/def/NOR/12/2/EN, 31.05.2004 ve Conclusions 2004, İsveç, 2004/def/SWE/12/2/EN, 31.05.2004. Komite aynı şekilde AK Bakanlar Komitesi'nin ilgili kararlarına atıf yaparak söz konusu kararlar uyarınca uyumlu bulunan devletin GGASŞ çerçevesinde de md.12/2 ile uyumlu olduğunu belirtmiştir.

¹⁰⁹⁸ Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/1/EN, 30.09.1996.

¹⁰⁹⁹ Conclusions 2013, Romanya, 2013/def/ROU/12/1/EN, 06.12.2013.

aşamalı olarak daha yüksek bir düzeye yükseltmek için gerekli önlemleri almayı taahhüt ederler.

3.fıkra, taraf devletlerin sistemi koruma standardı ve kapsama alanı bakımından sürekli olarak geliştirme ve genişletme çabası içinde olmalarını gerektirir. Taraf devletler bu hükmün dinamik özelliğini sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerini revize ederken göz önüne alacaklardır.¹¹⁰⁰ Şunu da belirtmek gerekir ki, md.12/3 çerçevesinde taraf devletler sosyal güvenlik sistemini kademeli olarak daha yüksek bir seviyeye çıkarmak için *çaba göstermekle* yükümlüdürler. Bu da şu anlama gelir ki, mevcut sistem fiilen geliştirilmemiş olsa bile taraf devlet koruma standardını geliştirmek için çaba gösterdiği sürece bu durum md.12/3 ile uyumlu olacaktır. Bu durum, yine de elbette Komite'nin md.12/1 çerçevesinde olumlu bir sonuca varması ışığında mümkün görünmektedir.¹¹⁰¹

Ulusal sosyal güvenlik sistemlerindeki artan maliyetlere bağlı olarak neredeyse bütün taraf devletler kendi yerel sistemlerini gözden geçirme ve değiştirme çabası içine girmişlerdir.¹¹⁰² Komite bu durumu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur; yapılan değişiklikler toplumdaki bütün bireylerin sosyal risklere karşı etkili bir şekilde sosyal olarak korunmasını azaltmamalıdır ve sosyal güvenlik sistemini salt temel sosyal yardım sistemi haline dönüştürmemelidir.¹¹⁰³ Komite aynı zamanda şunun da bilincindedir ki, bu tür reformların ileride toplumun kırılgan kesimlerini ötekileştirmemelerinin sağlanması gerekir.¹¹⁰⁴ Komite, sosyal güvenliğin toplumdaki en kırılgan grupların korunması için yaşamsal olması nedeniyle, bu reformları sıkı gözetim altında tutacağını belirtmiştir.¹¹⁰⁵ Komite özellikle engellileri, yaşlıları ve göçmen işçileri söz konusu reformlar sonucunda ileride daha da dezavantajlı bir konuma düşmemeleri gereken bir grup olarak tanımlamıştır.¹¹⁰⁶

Sosyal güvenlik sistemine ilişkin reformlar, hak sahiplerinin onuruna aykırı olacak unsurları barındırıyorsa yine md.12/3 ile uyumlu olamayacaktır. Danimarka'daki sosyal yardım sistemine ilişkin reformlar Komite tarafından incelenmiş; sistem çok katı ve işsiz kişileri, işsiz kalmalarının ilk gününden başlayarak, kendi mesleki alanlarına ilişkin olup olmadığı dikkate alınmaksızın adeta sosyal güvenlik yardım ve ödeneklerini kaybetmemek adına bir işi zorla

¹¹⁰⁰ Harris, Darcy, **The European Social Charter**, s.161.

¹¹⁰¹ Bu yaklaşıma örnek olarak bkz. Conclusions XVII-1, Belçika, XVII-1/def/BEL/12/2/EN, 28.02.2005.

¹¹⁰² Örnek olarak bkz. Conclusions XII-2, Malta, XII-2/def/MLT/12/3/EN, 30.11.1992; Conclusions XII-2, İspanya, XII-2/def/ESP/12/3/EN, 30.11.1992; Conclusions XII-2, Fransa, XII-2/def/FRA/12/3/FR, 30.11.1992.

¹¹⁰³ Council of Europe, Digest of the Case Law, s.62.

¹¹⁰⁴ Bkz. Conclusions XII-1, Danimarka, XII-1/def/DNK/12/3/EN, 30.09.1991; Conclusions XII-2, Avusturya, XII-2/def/AUT/12/3/EN, 30.11.1992.

¹¹⁰⁵ Conclusions XII-2, Avusturya, XII-2/def/AUT/12/3/EN, 30.11.1992.

¹¹⁰⁶ Conclusions XII-2, Kıbrıs, XII-2/def/CYP/12/3/EN, 30.11.1992.

kabul etmeye mecbur bıraktığını belirtmiştir.¹¹⁰⁷ Komite'ye göre: "İşsizlik yardımı sisteminin amaçlarından biri de, işsiz kişilere en azından işsizliğin ilk periyodu süresince, mesleki alanını dikkate almaksızın herhangi bir işi yapmaya başlama zorunluluğuna karşı tam olarak onların kişisel tercihlerinin, yeteneklerini, özelliklerini dikkate alarak bunlara uygun bir iş bulma fırsatı sunma düşüncesine dayanarak yeterli bir koruma sağlamaktır. İşsiz kişilere mesleki, sosyal, ailevi durumlarına saygı gösterilerek davranılmalıdır, yalnızca bir işte çalışmış olmak için işe alınmamalıdır; fiziksel ve mental olarak da söz konusu işe uygun olmaları gerekir."¹¹⁰⁸

Polonya, ekonomik refahın artırılması amacıyla, sosyal güvenlik önlemlerinin aşamalı olarak daha dar bir şekilde uygulama hakkının olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁰⁹ Komite bu argümanı otomatik olarak reddetmemiştir; yalnız söz konusu önlemlerin sonuçları hakkında, alınan önlemlerin ulaşmak istenilen amaca uygun olup olmadıklarını değerlendirmesine imkan tanıyacak şekilde, ileride değerlendirilmek üzere bilgi verilmesini talep etmiştir.

4.fıkra kapsamında ise, taraf devletler, kendi ulusal sosyal güvenlik programlarında sağlanan yararları, diğer taraf devletlerin vatandaşlarına yönelik olarak da genişletmek için adımlar atmakla yükümlüdürler.¹¹¹⁰ Madde 12/4 şu şekilde düzenlenmiştir: "4. Taraf devletler uygun ikili veya çok taraflı sözleşmeler yaparak ya da başka yollarla bu sözleşmelerde yer alan koşullara bağlı olarak; a) Korunan kişilerin taraf devletlerin ülkeleri arasında her ne sebeple yer değiştirmiş olurlarsa olsunlar, diğer taraf devletin vatandaşları ile sosyal güvenlik mevzuatından doğan yardımların saklı tutulması da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakları itibari ile kendi vatandaşları ile eşit muamele görmelerini; b) Taraflardan her birinin mevzuatına göre tamamlanan sigorta ve çalışma sürelerinin birleştirilmesi yoluyla sosyal güvenlik haklarının verilmesi, sürdürülmesi ve yeniden başlatılmasını sağlamak için girişimlerde bulunmayı taahhüt ederler."

Her ne kadar md.12/4 taraf devletlerin yükümlülüklerini gerçekleştirmeleri bakımından öncelikli olarak diğer devletlerle olan anlaşmalarını ifade etse de, Komite taraf devletin bu hükümle uyumlu olabilmesi için bu tür bir anlaşmayı kabul etmesinin zorunlu olmadığını

¹¹⁰⁷ Conclusions XVII-1, Danimarka, XII-1/def/DNK/12/3/EN, 30.09.1991.

¹¹⁰⁸ Conclusions XVII-1, Danimarka, XII-1/def/DNK/12/3/EN, 30.09.1991; Conclusions XVII-1, Finlandiya, XVII-1/def/FIN/12/3/EN, 28.02.2005.

¹¹⁰⁹ Conclusions XVI-1, Polonya, XVI-1/def/POL/12/3/EN, 30.05.2003.

¹¹¹⁰ Örnek olarak bkz. Conclusions XIII-4, İspanya, XIII-4/def/ESP/12/4/EN, 30.09.1996; Conclusions XIII-4, İrlanda, XIII-4/def/IRL/12/4/EN, 30.09.1996. Burada Komite, hükmün kapsamı hakkında detaylı açıklamalarda bulunmuştur.

belirtmiştir. Devletler bunun yerine tek yanlı olarak da muamele yapabilirler, ki bu da md.12/4'te sözü geçen “diğer yollarla” ifadesi kapsamında yer almaktadır.

Md.12/4'ün (a) paragrafı, devletin vatandaşı olmayan bu kişilere, kendi ülkesinde mevcut olan sosyal güvenliğe ilişkin öngörülen bütün haklar bağlamında, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasağını da kapsayacak şekilde eşit muamelede bulunup bulunmadığı ve söz konusu hakların etkili bir şekilde korunup korunmadığına ilişkindir. Komite aynı zamanda Şart'a Ek'in de imkan verdiği üzere, taraf devletlerin vatandaş olmayanların primsiz yardımlardan yararlanmalarından önce, belirli bir zaman diliminde ikamet etmeyi tamamlama koşulunu talep edebileceğini, bunun gibi bazı durumlarda farklı muamelelere izin verilebileceğini belirtmiştir. Komite, yine de öngörülen ikamet koşulunun orantılılığını değerlendirme yetkisini de kendinde saklı tutar. Örneğin; Estonya'nın 2004 yılına ilişkin durumunu değerlendirirken yaşlılık yardımının ödenmesi için gereken ikamet süresinin uzunluğu en az beş yıl olarak belirlendiği gözlemlenmiştir. Komite bu sürenin makul bir süre olduğunu belirtmiştir.¹¹¹¹ Komite yer değiştiren kişilerin taraf devletlerin ulusal yasalarında yer alan koşulların onlar için de yerine getirilmesi ve mali kayıplara uğramamalarının sağlanmasının söz konusu kişiler için önemini vurgulamaktadır. Komite, bazı sonuç kararlarında ise Avusturya, İtalya, Lüksemburg, İspanya gibi Avrupa Sosyal Kodu'nu onaylayan devletlerin md.12/4'ün (b) bendi ile uyumlu olacak şekilde yeterli adımları attığını belirtmiştir.¹¹¹²

Neredeyse bütün ülkelerin sosyal güvenlik sistemleri Komite tarafından bazı yönlerden, doğrudan ya da dolaylı olarak vatandaş olmayan kişilere karşı ayrımcı bulunmuştur.¹¹¹³ AB üyelerini kapsayan neredeyse bütün olaylarda, söz konusu devletlerin AB üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarına karşı davranışları bunda temel neden olmuştur. Bununla birlikte, taraf devletler aynı zamanda AB hukukunun da öngördüğü üzere, genellikle diğer AB vatandaşlarına eşit muamelede bulunmuşlardır.

iii) Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı

13.madde hem ASS, hem de GGASS'da tanımlanmış bir “çekirdek hak”tır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 13. maddesine göre, yeterli kaynaklardan yoksun olan herkes, sosyal ve tıbbi

¹¹¹¹ Conclusions, 2004-1, Estonya, 2004/def/EST/12/4/EN, 31.05.2004.

¹¹¹² Bkz. U. Khaliq, R. Churchill, “The European Committee of Social Rights, Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter”, s.453.

¹¹¹³ Örneğin Komite'nin 2004 yılına ilişkin Conclusions yayınında bunlar yer almaktadır. Bkz. U. Khaliq, R. Churchill, a.g.e., s.454.

yardım alma hakkına sahiptir. Şart'ın 13. maddesinin 1. paragrafına göre, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler taraflar, yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı garanti altına alırlar.

Şart'ın 13. maddesinin 1. paragrafı maddi imkanlara sahip olmayan herkesin sosyal güvenlik rejimi çerçevesinde sosyal yardım görme hakkını güvence altına almaktadır. Bu paragrafın uygulanması bağlamında Komite, İtalya'ya ilişkin bir raporun değerlendirilmesinde¹¹¹⁴ bölgeler bağlamında en alt gelir düzeyi, sosyal yardım hakkının tanınması koşulları, ihtiyaç halinin değerlendirilmesinde temel alınan ölçütler, mali kaynakların araştırılması usulleri ve yardımdan yararlananların sayısı konularında daha ayrıntılı bilgi verilmesini istemiş, ayrıca bağımsız bir organa başvuru hakkı bulunup bulunmadığını da irdlemiştir.¹¹¹⁵

Avrupa Sosyal Şartı'nın 13. maddesinin 2. paragrafına göre, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler, bu tür bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi garanti altına alırlar. Bu paragrafın kaleme alınmış olması, hayırseverlik ya da bağış yolu ile ilişkili olan bir "yardım" düşüncesine karşı "hak" temelli bir yaklaşımı yansıtır.¹¹¹⁶

Şart'ın 13. maddesinin 2. paragrafı sosyal ve tıbbi yardımdan yararlananların sosyal veya siyasal haklarındaki her türlü azalmaya karşı koruma getirmektedir. Bu konuda İrlanda ve Fransa'nın raporlarının değerlendirilmesinde, "yoksulluk ve seçim hakları"¹¹¹⁷ bağlamında Komite, kendi ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek gücü olmayan kişilere ikinci sınıf vatandaş muamelesi yapılmasına olanak tanıyan mevzuat hükümlerinin derhal yasaklanması konusunu önemsemiştir. Şart'ın bu hükmüne uygunluğunu sağlamak için İrlanda'da yerel seçimler hakkında 1972 tarihli kanunla ve daha önceki mevzuatta yapılan değişikliklerle bu ayrımcılık türüne son vermiştir.¹¹¹⁸ Aynı şekilde Fransa'da da sosyal yardım alan kimselerin bazı yerel yönetim seçimlerinde aday olmalarını yasaklayan hükümler kaldırılmıştır.¹¹¹⁹

¹¹¹⁴ Bkz. Conclusions 2006, İtalya, 2006/def/ITA/13/1/EN, 30.06.2006; Conclusions 2009, İtalya, 2009/def/ITA/13/1/EN, 02.01.2010.

¹¹¹⁵ Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması, s. 90.

¹¹¹⁶ Conclusions I, s.64, aktaran: Harris, Darcy, **The European Social Charter**, s.165. Ayrıca bkz. L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.305.

¹¹¹⁷ T. Kenny, a.g.e., s. 25.

¹¹¹⁸ Conclusions 2004, İrlanda, 2004/def/IRL/13/2/EN, 31.05.2004.

¹¹¹⁹ Conclusions 2004, Fransa, 2004/def/FRA/13/2/EN, 31.05.2004.

ASS md.13/3'e göre: "Sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler herkesin, kişisel veya ailevi yoksunluk durumunu önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek tavsiyelerle kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler aracılığıyla alabilmesini sağlamayı garanti altına alırlar."

4. paragraf ise, 1. ve 3. paragrafların uygulanmasını belli koşullar altında vatandaş olmayan kişiler açısından da genişletmektedir.¹¹²⁰ 13. maddenin 4. paragrafına göre, "sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler bu maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, ülkelerinde yasal olarak bulunan diğer akit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953'te Paris'te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde uygulamayı garanti altına alırlar. Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi'ne taraf olmayan hükümetler, diğer tarafların vatandaşlarına adı geçen Sözleşme hükümlerine uygun muamelede bulunmaları koşuluyla Şart'ı bu fıkra bakımından onaylayabilirler."

Komite, yasadışı bir şekilde bulunsalar bile, bir taraf devletin topraklarındaki yabancılara yönelik tıbbi yardım ve bakımın sağlanmasını önleyici yasal düzenleme veya uygulamaların Şart'la uyumsuz olduğunu tespit etmiştir.¹¹²¹

13.maddenin kapsamı ve önemi, doğrudan Komite'nin "yeterli kaynaklardan yoksunluk" olgusunu tanımlayışı ile bağlantılıdır. Bu olguya daha geniş bir yaklaşım, taraf devletlerdeki nüfusun daha geniş bir kesiminin sosyal ve tıbbi yardımdan yararlanabilmesini sağlayacaktır. Komite kararlarında bu olgunun hiçbir zaman genel bir tanımını vermemiştir. Komite, taraf devletlerden bu şekilde mali kaynağı yetersiz olarak görünen kişilerin belirlenmesinde kullanılan yerel yöntem ve usuller hakkında kendisini bilgilendirmesini ister; ancak bu bilgi nihai belirleyici kriter değildir. Uygulamada Komite "yeterli imkanlardan yoksunluk" olgusunun ulusal usullerle belirlenmesinde, yaşamının temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak kadar mali imkanları olmayan kişilerin cari ücret düzeyi ve ilgili taraf devletteki yaşam standardına atıf yapılarak belirlenip belirlenmediğini dikkate almaktadır.¹¹²² Komite, taraf devletlerin yeterli yardımı sağlayıp sağlayamadığını belirlerken, uzun bir süredir söz konusu devletlerdeki yaşam maliyetine ve geçerli olan asgari geçim oranına atıf

¹¹²⁰ Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması, s. 91.

¹¹²¹ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, 08.09.2004.

¹¹²² L. Samuel, **Fundamental Social Rights**, s.308.

yapmaktadır.¹¹²³ Taraf devletlerdeki yaşam maliyeti ile sosyal yardım düzeyleri arasındaki büyük farklılık dolayısıyla bunu değerlendirmektedir. Komite, sadece mali yardımları değil, bütün türdeki yardımları değerlendirir. Karşılaştırma yapabilmek için, Komite belli aralıklarla devletlerden kendisini sosyal yardımlara ayrılan fonlar ve bunun bir sonucu olarak da sosyal hizmet bütçesinin oranı konusunda bilgilendirmelerini ister.¹¹²⁴ Komite de, bu temel üzerinden değerlendirmelerini yapar.¹¹²⁵ Komite sıklıkla md.13/1'in yardım konusunda bir "hak" verdiğini; böylesi bir yardımın verilmesinin de keyfi ya da takdiri olmaması gerektiğini vurgular.¹¹²⁶ Ayrıca, yardım başvurularının reddedilmesi durumunda bağımsız bir organa başvuru hakkı da olmalıdır.¹¹²⁷

Taraf devletlerin kişilerin iş arama ya da mesleki eğitim görme talebi ile bağlantılı sosyal yardımları makul bir düzeyde olduğu ölçüde Şart ile uyumludur. Örneğin; yardımların azaltılması ya da askıya alınması durumu, ihtiyacı olan bireyleri temel geçim kaynaklarından mahrum bırakmıyor ise ancak md.13 ile uyumludur. Dahası, yapılan yardımlar, bu yardımlardan yararlananları etkileyen koşullar, onların üzerindeki yükler ile bireylerin ihtiyaçlarına yönelik kalıcı çözümler bulunmasına katkı sağlamalıdır.¹¹²⁸

Komite 13.maddenin farklı paragraflarını birlikte değerlendirmektedir ve bireylerin yeniden toplumun asli, tam bir üyesi olarak yerini alabilmesini sağlamak amacıyla, yoksulluğun azaltılmasına yönelik olarak bütüncül bir yaklaşım olması gerektiğini vurgulamaktadır.¹¹²⁹ Md.13/1 özellikle de 3.paragraf ile yakından ilişkilidir. Md.13/3, devletlerin bu tür yoksunluk tehlikelerine karşı yeterli ve makul önlemleri almalarını gerektirir. 13.maddenin hem 1., hem

¹¹²³ Örneğin bkz. Conclusions 2004-1, Bulgaristan, 2004/def/BGR/13/1/EN, 31.05.2004; Conclusions 2004-1, Fransa, 2004/def/FRA/13/1/EN, 31.05.2004; Conclusions 2004-1, Estonya, 2004/def/EST/13/1/EN, 31.05.2004; Conclusions 2004-1, İsveç, 2004/def/SWE/13/1/EN, 31.05.2004.

¹¹²⁴ Örneğin bkz. Conclusions XIII-4, Hollanda, XIII-4/def/NLD/13/1/EN, 30.09.1996; Conclusions XIII-4; Conclusions XV-1, Yunanistan, XV-1/def/GRC/13/1/EN, 31.03.2000; Conclusions XVIII-1, Macaristan, 30.10.2006; Conclusions XVI-1, Almanya, XVI-1/def/DEU/13/1/EN, 30.05.2003.

¹¹²⁵ Örneğin, Komite Bulgaristan ve Estonya'daki sosyal yardım düzeylerinin açıkça yetersiz olduğunu gözlemlemiştir. Bkz. Conclusions 2004-1, Bulgaristan, 2004/def/BGR/13/1/EN, 31.05.2004 ve Conclusions 2004-1, Estonya, 2004/def/EST/13/1/EN, 31.05.2004. Komite, yoksulluk eşiğini, her bir devlet için ortalama gelirin yüzde ellisi olarak ifade eden Eurostat (Avrupa İstatistik Ofisi) bilgilerine de atıfta bulunarak sosyal yardım düzeyinin önemli derecede söz konusu eşiğin altında olduğunu, bu bakımdan da md.13/1'i ihlal ettiğini belirtmiştir.

¹¹²⁶ L.Samuel, a.g.e., s.307; Harris, Darcy, **The European Social Charter**, s.167. Örneğin, Yunanistan sıklıkla md.13/1 açısından uyumsuz bulunur bu gerekçe ile. Bkz. Conclusions XIII-4, Yunanistan, XIII-4/def/GRC/13/1/EN, 30.09.1996; Conclusions XVII-1, Yunanistan, XVII-1/def/GRC/13/1/EN, 28.02.2005; Conclusions XX-2, Yunanistan, XX-2/def/GRC/13/1/EN, 06.12.2013. Fransa'nın durumu da aynı şekilde uyumsuz bulunmuştur bu hükümden, 25 yaşın altındaki kişilerin sosyal yardım hakkında yararlanma yetkisi olmadığı gerekçesiyle, bkz. Conclusions 2004, Fransa, 2004/def/FRA/13/1/EN, 31.05.2004.

¹¹²⁷ L. Samuel, a.g.e., s.308.

¹¹²⁸ Council of Europe, Digest of the Case Law, s.64.

¹¹²⁹ Örneğin bkz. Conclusions, XIV-1, Malta, XIV-1/def/MLT/13/1/EN, 30.03.1998; Conclusions, XIV-1, İtalya, XIV-1/def/ITA/13/1/EN, 30.03.1998; Conclusions, XIV-1, Finlandiya, XIV-1/def/FIN/13/1/EN, 30.03.1998.

de 3. paragrafları ile uyumlu olabilmek için etkili bir sosyal yardım sisteminin yürürlükte bulunması gerekmektedir.¹¹³⁰ 13.maddenin 3.paragrafı aynı zamanda sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkını düzenleyen 14.madde ile bağlantılıdır ve belli bir oranda da onunla örtüşmektedir.¹¹³¹

Md.13/3, 1.paragrafa göre çok daha genel bir şekilde kaleme alınmıştır ve Komite bu hükmün gerçekten, fiilen ya da potansiyel olarak yeterli mali imkanı olamayan kişiler bakımından uygulama alanı bulacağı ve yalnızca basit bir şekilde yoksulluk tehdidi altında olan kişilere uygulanmayacağı yorumunda bulunmuştur.¹¹³² Md.13/3'ün temel amaçlarından biri de, yeterli mali gücü olmayan kişilere yapılacak yardımların yöntemleri ve çeşitliliği hakkında tavsiyelerde bulunmaktır. Taraf devletin Şart'a bu yönden uyumlu olup olmadığının belirlenmesi, ilk bakışta (prima facie) öncelikli olarak yardımın varlığı ve kapsamı bakımından ulaşılabilir olmasına bağlı olmalıdır. Mevcut yardımın kendi yapısı ve özelliklerine ilişkin hususlar ise daha çok md.13/1'e ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, Komite'nin ilgili hükümlere ilişkin bütüncül yaklaşımına bağlı olarak, yardımın niteliği aynı zamanda, md.13/3 ile de bağlantılıdır.¹¹³³ Taraf devletlerin md.13/3'e uygunluğunun belirlenmesi için Komite düzenli olarak ulusal raporlarda sosyal refah hizmetleri ve bu hizmetlerin hangi şekillerde düzenlendiği ve yerine getirildiğine; bu hizmetlerin sunulmasında görevlendirilen çalışanların görev alanlarına ve niteliklerine; bu hizmetler için ayrılan fonlara ve bu hizmetlerin yeterliliğinin değerlendirilmesi için kullanılan yöntemle ilişkin güncel(lenmiş) bilgilerin sunulmasını talep eder.¹¹³⁴

¹¹³⁰ L. Samuel, a.g.e., s.311.

¹¹³¹ 13.maddenin 3.paragrafında yer alan "ailevi yoksulluk" ifadesi aynı zamanda, ailenin sosyal, hukuki ve ekonomik bakımdan korunması hakkını düzenleyen 16.madde ile de örtüşür. Md.13/3 ile 14.madde arasındaki ilişki bağlamında Komite, sürekli olarak 14.maddenin uygulama alanının 13.maddenin 3.paragrafına göre çok daha geniş olduğunu ifade eder. 14.madde kişi ve grupların refahı ile gelişimine ve topluma uyum sağlayabilmelerine yardımcı olmayı amaçlayan her türlü devlet eylemi/ uygulaması için uygulanabilir. Toplumun bütün bireylerine yardım etme düşüncesi içerisinde yapılan her türlü eylem için uygulanır. Md.13/3 daha dar bir uygulama alanına sahiptir yalnızca ihtiyacı olan bu kişiler için. Dahası, 13.maddenin 3.paragrafı, özel bir tür yardım ile ilişkilidir, "danışma yardımı ve kişisel yardım" olarak; 14.madde ise, sosyal refah konuları olarak tanımlanabilecek hizmetlerin sunulması ve geliştirilmesi ile ilgili meselelerle ilgilidir. Bkz. Conclusions I, s.75, aktaran: Harris, Darcy, **The European Social Charter**, s.185.

¹¹³² Conclusions I, s.64, aktaran: Harris, Darcy, a.g.e., s.185.

¹¹³³ Harris, Darcy, a.g.e., s.167.

¹¹³⁴ Örneğin bkz. Conclusions XIII-4, Yunanistan, XIII-4/def/GRC/13/4/EN, 30.09.1996; Conclusions XIII-4, İzlanda, XIII-4/def/ISL/13/4/EN, 30.09.1998; Conclusions XIII-4 Fransa, XIII-4/def/FRA/13/4/EN, 30.09.1996; XIV-1, Avusturya, XIV-1/def/AUT/13/4/EN, 30.03.1998. Norveç böylesi bir yardım için gayrisafi yurtiçi hasılasının yüzde 0.5'ine eşdeğer miktarda bir harcama yaptığı gerekçesiyle md.13/3 ile uyumlu bulunmuştur. Bkz. Conclusions 2004-1, Norveç, 2004/def/NOR/13/3/EN, 31.05.2004.

4. paragraf, 1. ve 3. paragrafların uygulanmasını belli koşullar altında vatandaş olmayan kişiler bakımından da genişletir. 13. maddenin 4. paragrafına göre, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler bu maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, ülkelerinde yasal olarak bulunan diğer akit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953'te Paris'te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde uygulamayı garanti altına alırlar. Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler, diğer tarafların vatandaşlarına adı geçen Sözleşme hükümlerine uygun muamelede bulunmaları koşuluyla Şart'ın bu düzenlemesi ile uyumu yakalayabilirler.

Komite'nin bu hükme başlangıçtaki yaklaşımı 4.paragrafı 1., 2. ve 3. paragraflardan ayrı şekilde değerlendirmek idi. Komite daha sonradan yalnızca Şart ile uyumu değerlendirilmiş olan taraf devletlerin vatandaşlarının durumları ile ilgili meseleleri 1., 2. ve 3. paragraflar bakımından incelemiş; vatandaş olmayanlara karşı yapılan muameleleri dikkate almamış, bu mesele yalnızca md.13/4 kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹³⁵ Sonraki yıllarda Komite bu yaklaşımını değiştirmiştir. Şu anda Şart'a Ek'te yer alan kriterleri uygulamaktadır; diğer taraf devletlerin yurttaşlarının başka bir taraf devletin ülkesinde "hukuki olarak ikamet etme ya da düzenli olarak çalışma" kriteri, md.13/1, 2 ve 3'e uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır. Bu kapsamdaki kişiler artık bu hükümler çerçevesinde ele alınmaktadır. Almanya¹¹³⁶, Birleşik Krallık¹¹³⁷ gibi bazı taraf devletler Şart ile uyumsuz bulunmuştur; çünkü ulusal sistemlerinde kendi yurttaşları ile diğer taraf devletlerin yurttaşları arasında bir ayrım yapılmıştır. Komite'nin uyumsuz bulduğu örneklerin çoğunda, bu durum diğer taraf devletlerin yurttaşlarına yönelik eşit olmayan muamelelere dayanmaktadır.

Md.13/4, Komite'nin ilgili taraf devlette hukuka uygun olarak bulunan ancak orada ikamet etmeyen ya da sürekli olarak çalışmayan diğer taraf devletlerin yurttaşlarına uyguladığı revize edilmiş yaklaşımı çerçevesinde düşünülmektedir. Hukuka uygun olarak bulunma olgusu, esasen buradaki güvenceyi geçici olarak ilgili devlette bulunan kişilere kadar genişlemektedir. Komite şunu vurgulamıştır ki, bu koşullar altında en uygun yardım biçimi, acil bir ihtiyacı karşılayacak olan acil durum yardımı olacaktır.¹¹³⁸ Komite'nin bu yaklaşımı, md.13/4'ün mevcut düzenlemesi ile bağdaştırılmasının zor olduğu gerekçesiyle eleştirilere de maruz

¹¹³⁵ Harris, Darcy, a.g.e., s.174.

¹¹³⁶ Conclusions XVI-1, Almanya, XVI-1/def/DEU/13/4/EN, 30.05.2003.

¹¹³⁷ Conclusions XVII-1, Birleşik Krallık, XV-1/def/GBR/13/1/EN, 31.03.2000.

¹¹³⁸ Örneğin bkz. Conclusions XIII-4, Norveç, XIII-4/def/NOR/13/4/EN, 30.09.1996; Conclusions XIII-4, Danimarka, XIII-4/def/DNK/13/3/EN, 30.09.1996; Conclusions XIV-1, Belçika, XIV-1/def/BEL/13/4/EN, 30.03.1998.

kalmıştır ve bu durumda 1953 tarihli Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi'ne yapılan atfın anlamsızlaştığı; çünkü kişi ve konu bakımından kapsamın md.13/4 ile söz konusu Sözleşme'de farklı olduğu da ileri sürülmüştür.¹¹³⁹ 1953 tarihli Sözleşme'nin 1.maddesi, diğer taraf devletlerin “herhangi bir taraf devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan yurttaşlarını” kapsar; Komite'nin yeni yaklaşımına bağlı olarak md.13/4 aynı zamanda yurttaş olmayan sakinler açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna ek olarak, 1953 tarihli Sözleşme, bütün yardım türleri bakımından uygulama alanı bulur; md.13/4'ün ise yalnızca acil/ivedi yardımlar için uygulanacağı belirtilmektedir.¹¹⁴⁰ Komite hem ASS, hem de GGASS çerçevesindeki yaklaşımında çok sayıda taraf devletin md.13/4 ile uyumlu olmadığı sonucuna varmıştır.

2004 yılında Komite revize edilmiş yaklaşımının da ötesine geçerek, 14/2003 numaralı şikayet başvurusunda “bir taraf devletin ülkesinde yabancılara, illegal olarak orada bulunsalar dahi, tıbbi yardım verilmesini reddeden yasa ya da uygulamanın Şart ile uyumsuz olacağını belirtmiştir.¹¹⁴¹ Şikayette bulunan International Federation of Human Rights Leagues (FIDH), Fransa'nın 2002 tarihli Finans Kanunu'nda yapılan değişikliğin¹¹⁴² çok düşük gelirli illegal göçmenlerin bütün vergilerden muaf tutulmalarını sona erdirdiği gerekçesiyle, GGASS'nın 13.maddesinde düzenlenen tıbbi yardım hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.¹¹⁴³ Fransız hükümeti, illegal göçmenlerin Şart'a Ek'te yer alan, koruma altına alınan kişilerin kapsamına girmediğini, dolayısıyla Şart'ın güvence altına aldığı hakların kapsamına da dahil olmadığını ileri sürmüştür.¹¹⁴⁴ Her ne kadar Fransa'nın bu tutumu 13.maddeyi ihlal ettiği sonucuna varılmamış ise de, Komite böylesi bir yardımın, yaşam hakkı ile bağlantılı olarak *insan onuru* kavramı ile birlikte düşünülmesi gerektiğini ifade ederek bireyler için yaşamsal önemi olan bir hakkı çiğnediği gerekçesiyle tıbbi yardımı illegal göçmelere de genişletmek konusunda Şart'ın açık hükmünü dikkate almamıştır.¹¹⁴⁵ Komite burada teleolojik bir yaklaşım benimsemiş ancak sonuçta gerekçesinin imkan verdiği ölçüde ileri gidememiştir. Komite'nin yaklaşımının yalnızca diğer taraf devletlerden gelen illegal göçmenlerle mi sınırlı olduğu yoksa bütün illegal göçmenler için mi geçerli olacağı konusu da açık değildir. Ayrıca, Komite'nin gerekçesinin bir bölümünde yaşama hakkına yapmış olduğu atıf, bu yaklaşımı yalnızca insan onuru kapsamında düşündüğü hükümleri yorumlarken mi kullanacağı sorusunu akla getirebilmektedir.

¹¹³⁹ Harris, Darcy, The European Social Charter, s.175, 176.

¹¹⁴⁰ Harris, Darcy, The European Social Charter, s.176.

¹¹⁴¹ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, para.32.

¹¹⁴² 2002 Finans Kanunu Değişikliği, Kanunun No: 2002-1576, 30 Aralık 2002.

¹¹⁴³ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, para.16.

¹¹⁴⁴ Ibid, para.18.

¹¹⁴⁵ Ibid, para.30. Fransa'nın bu tutumu yine de Şart'ın 17.maddesi ile uyumlu bulunmamıştır. Bkz. para.37.

iv) Engelli Hakları

Çekirdek olmayan haklardan olan Şart'ın 15.maddesinde engellilerin (toplumsal yaşamda) bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve toplum yaşamına katılma hakkı düzenlenmektedir. Şart'ın her iki versiyonu da bir engellilik tanımı vermemektedir. ASŞ bağlamında Komite, 159 No'lu ILO Sözleşmesi¹¹⁴⁶ ile de uyumlu olacak şekilde, iç hukukta tanımlanan kriterlere atıfta bulunmaktaydı.¹¹⁴⁷ Bununla birlikte, Komite bu yaklaşımını Şart'ın her iki versiyonuna da yönelik olarak değiştirmiştir. Artık taraf devletlerden eğer varsa, Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) de kendi Uluslararası Çalışma Sınıflandırması'nda kabul ettiği gibi, engelliliğin medikal tanımından uzaklaşıp daha sosyal bir tanımlamaya yönelik ne ölçüde adımlar atıldığına ilişkin olarak bilgi verilmesini istemektedir.¹¹⁴⁸ Açıkça görülmektedir ki, Komite yeni bir yaklaşım benimsemiştir; Quinn'in de belirttiği üzere, artık bireylerin medikal durumlarından ziyade onlara nasıl muamele edildiği olgusu üzerine vurgu yapılmaktadır.¹¹⁴⁹ Bu yaklaşım çerçevesinde, Komite 13/2003 numaralı toplu şikayet başvurusunda, Fransa'yı otizme ilişkin olarak WHO'nun benimsediğinden daha katı bir tanımlama kullandığı gerekçesiyle eleştirmiştir.¹¹⁵⁰ Bu yaklaşım değişikliği ışığında, Komite'nin gelecekte, iç hukuklarda yer alan engellilik tanımını kabul etmeyebileceği söylenebilecektir.

Günümüz insan hakları anlayışı çerçevesinde engellilere yönelik bakış açısı ve politikalar değişmiştir. Bu değişim, engelli haklarının yalnızca sosyal yardımlaşma bağlamında değerlendirilmesi veya onların toplumdan ayrı tutulması anlayışından uzaklaşılmasını sağlamış, engellilerin sosyal bütünleşme ve seçme hakkının yaşama geçirilmesini gündeme getirmiştir.¹¹⁵¹ Maddenin özünde yer alan bu bakış açısı, engellilerin eşit bir yurttaşlık temelinde, “toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılımın” onların temel hakları olduğunu vurgular.¹¹⁵² Şart'ın 15. maddesi de bu perspektiften kaleme alınmıştır.

¹¹⁴⁶ Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 No'lu ILO Sözleşmesi.

¹¹⁴⁷ Örneğin bkz. Conclusions, XIV-2, Norveç, XIV-2/def/NOR/15/1/EN, 30.11.1998.

¹¹⁴⁸ ASŞ kapsamında örnek olarak bkz. Conclusions XVI-2, Vol 1, 2003, s.224; Conclusions 2003-1, Fransa, s.62. GGASŞ kapsamında örnek olarak bkz. Conclusions 2003-2, Romanya, s.398. Aktaran, Harris, Darcy, a.g.e., s.179.

¹¹⁴⁹ Gerard Quinn, “The European Social Charter and EU Anti-Discrimination Law”, **Social Rights in Europe**, (Ed. Gráinne de Búrca, Bruno de Witte, Larissa Ogertschnig), Oxford: Oxford University Press, 2005, s.287.

¹¹⁵⁰ International Association Autism-Europe/ Fransa, Şikayet No: 13/2003, para. 54, 55.

¹¹⁵¹ ASŞ ile GGASŞ arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. GGASŞ'da devletlere yüklenen yükümlülükler daha geniş ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. ASŞ'da taraf devletlerin fiziksel ya da mental olarak engelli bireylerin mesleki eğitim görmeleri ve bir işe yerleştirilmeleri konusunda gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Şart'ın bu orijinal halinin kapsamı nispeten daha dardır ve engelli bireylerin sosyal bütünleşmesini sağlama amacını güder. GGASŞ'da ise bu düzenleme daha geniş olmakla kalmayıp aynı zamanda daha farklı bir yaklaşıma da sahiptir; fiziksel ve mental olarak engelli bireylere yönelik bakış açısının evrimini de yansıtır.

¹¹⁵² G. Quinn, “The European Social Charter and EU Anti-Discrimination Law in the Field of Disability: Two Gravitational Fields with One Common Purpose”, s.286.

Komite de bu çerçevede engellilik temelinde ayrımcılık yasağının önemine ve bunun 15.maddenin içsel bir parçası olduğuna vurgu yapmaktadır.¹¹⁵³

15. maddenin 1. paragrafında, “engelin kökenine, doğasına ve engelli kişinin yaşına bakılmaksızın engelli kişilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, taraf devletlerin, mümkünse genel plan çerçevesinde, değilse kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla engellilerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü” düzenlenmiştir. Özellikle de eğitim hakkı, engelli çocuklar başta olmak üzere, diğer engelliler için de yurttaşlık haklarının ilerletilmesi konusunda önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda, 15.maddede de “mümkün olan her yerde genel planlar çerçevesinde” eğitime erişim hakkı özel olarak vurgulanmıştır.¹¹⁵⁴

Uluslararası Otizm Derneği – Avrupa tarafından, otistik öğrencilere yönelik eğitimin yetersiz olduğu ileri sürülerek Fransa’ya karşı yapılan toplu şikayet başvurusunda, söz konusu durumun GGASS’nin 15., 17. ve ayrımcılık yasağı ile ilgili E maddelerinin ihlal edildiği belirtilmiştir. ASHK, yapmış olduğu incelemenin sonucunda, 15.maddenin engelin kökenine, doğasına ve engelli kişinin yaşına bakmaksızın tüm engelli kişilere yönelik uygulanacağını belirterek Fransa’nın GGASS’nin 15., 17.maddeleri ile ve E maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹¹⁵⁵

ASS kapsamında md.15 (1) ile uygunluk incelemesi yaparken Komite, bu alt paragrafın uygulama alanı çerçevesinde, “eğitim”e ilişkin açık referansın engelli çocukların eğitim hakkına önemli boyutlar kazandırdığını belirtmiştir. Komite ASS çerçevesinde eğitimin kapsayıcılığını değerlendirmek için genel eğitim programını inceler ve taraf devletlerden

¹¹⁵³ Bkz. Şikayet No: 13/2002 çerçevesinde Komite incelemesinde GGASS’nin 15.maddesinin son on yılın üzerinden, bütün Avrupa ülkelerinin engellilere bir merhamet ya da acıma öznesi olarak davranmaktan uzaklaşıp onlara eşit yurttaşlar olarak saygı göstermeye yönelik olarak, değerlerindeki temel bir değişimi ve ilerlemeyi yansıttığını belirtmiştir. 15.maddenin temelini oluşturan düşünce, engelli bireylerin toplumun eşit bir yurttaşı olması ve buna uygun olarak da, bu kişilerin temel haklarının “toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılım” olmasıdır. Bkz. International Association Autism-Europe/ Fransa, Şikayet No: 13/2003, para.48. Ayrıca bkz. Gerard Quinn, “The European Social Charter and EU Anti-Discrimination Law in the Field of Disability: Two Gravitational Fields with One Common Purpose”, s.278-304 ve s.293-299. Komite, aynı zamanda 2003 yılında GGASS’na ilişkin genel Sonuçlarında dile getirdiği değerlendirmesinde de 15.maddenin, refah ve ayırım gözetme ya da tecrit etmekten uzaklaşıp toplumla bütünleşme ve seçme hakkı tanımaya yönelik olarak, engelliliğe ilişkin politikalar alanındaki bir değişimi ve ilerlemeyi yansıttığını ifade etmiştir. Bu değerlendirme ışığında, Komite, engelli olma durumu bağlamında ayrımcılık yasağının önemini de vurgular ve bunun 15.maddenin bütünleştirici yönünü oluşturduğunu belirtir. Ayrıca bkz. Örnek olarak bkz. Conclusions 2003-2, İsveç, 2003/def/SWE/15/2/EN, 30.06.2003; Conclusions 2003-2, Slovenya, 2003/def/SVN/15/2/EN, 30.06.2003; Conclusions 2003-2, Romanya, 2003/def/ROU/15/2/EN, 30.06.2003; Conclusions XVI-2, Vol.1 (2003), s.224.

¹¹⁵⁴ International Association Autism-Europe/ Fransa, para.48.

¹¹⁵⁵ Ibid.

bütünleştirici eğitim sistemlerinin geliştirilmesi için somut bir ilerleme gösterilmesini talep eder.¹¹⁵⁶ GGASŞ kapsamında ise Komite, eğitim alanında engellilik ile bağlantılı olarak, ayrımcılık yasağına ilişkin yasaların varlığının yaşamsal olduğunu düşünür.¹¹⁵⁷ Komite, böyle bir yasanın asgari olarak ayrı ya da özel eğitim sistemlerinin kurulmasının gerekçelendirilmesini zorunlu tutması gerektiğini ve hukuka aykırı olarak dışlanan ya da ayrı muameleye tabi tutulan kişilere etkili bir başvuru hakkının tanınması gerektiğini; aksi durumun eğitim hakkının etkili şekilde kullanılmasının reddedilmesi anlamına geleceğini belirtir.¹¹⁵⁸

Komite'nin etkili bir şekilde eğitim hakkının kullanılmasına ilişkin değerlendirmesinin ana düşüncesini engellilere yönelik ayrımcılık yapılmaması oluşturur. Bu bakımdan Komite sıklıkla normal eğitim müfredatının engellilik durumunu dikkate alarak uyarlanıp uyarlanmadığı ya da nasıl uyarlandığı ve bireyselleştirilmiş eğitim programlarının engelli öğrenciler için oluşturulup oluşturulmadığı ya da nasıl oluşturulduğu; söz konusu programların yerine getirilebilmesi için hangi kaynakların çocukları izlediği (yardımcı kadrolar ve teknik yardım da dahil olmak üzere) ya da izleyip izlemediği; hangi kontrol, denetim ve inceleme yöntemlerinin engellilik durumunu dikkate alarak uyarlandığı gibi hususlara ilişkin olarak taraf devletlerden bilgi ister.¹¹⁵⁹

15. maddenin 2. paragrafı çerçevesinde de, engelin kökenine, doğasına ve engelli kişinin yaşına bakmaksızın engelli kişilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, taraf devletler normal çalışma ortamında engellileri istihdam etmek ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını onların gereksinimlerine uyarlamak ya da engellilik nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da engelin düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etme yükümlülüğü altındadır. Belli durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı da gerekli kılabilir.

Bu düzenleme, engellilerin çalışma yaşamına erişimini geliştirecek önlemler almasını gerekli kılmaktadır. Maddenin 2.paragrafı, hem bedensel hem de zihinse engellilere yönelik

¹¹⁵⁶ Conclusions, XIV-2, s.64.

¹¹⁵⁷ Bu husus, Romanya'nın GGASŞ bağlamında, md.15 (1) ile uyumsuz bulunmasının gerekçelerinden de biridir. Bkz. Conclusions 2003-2, Romanya, 2003/def/ROU/15/1/EN, 30.06.2003. İsveç için ise, ayrımcılık yasağına ilişkin böyle bir yasanın yokluğuna rağmen, ombudsmanlık kurumu göz önüne alınarak, ilgili hakkın etkili bir şekilde korunduğuna dair daha sonradan detaylı bilgi verilinceye kadar Komite kararını ertelemiştir. Bkz. Conclusions 2003-2, İsveç, 2003/def/SWE/15/1/EN, 30.06.2003.

¹¹⁵⁸ Conclusions 2003-2, İsveç.

¹¹⁵⁹ Örnek olarak bkz. Conclusions 2003-2, İsveç.

uygulanmaktadır. Bu bağlamda engellilik temelinde ayrımcılığın yasaklanması kadar engellilik nedeniyle haksız işten çıkarmaları da yasaklayacak yasal önlemler alınmalıdır. Ayrıca, işverenler istihdama erişimin etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacak ve engellileri, özellikle de endüstriyel bir kazanın ya da mesleki bir hastalığın sonucu olarak kendi istihdamında engelli olan kişileri istihdamda tutacak makul uyum koşullarının gereklilikleriyle ilgili adımları atma yükümlülüğü altındadır.¹¹⁶⁰

ASS'nin 15.maddesinin 2.paragrafı çerçevesinde Komite ayrımcılık yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin emek piyasasında gerçekten fırsat eşitliği yaratmasının gerekli olduğuna karar vermiştir. Komite, aynı şekilde GGASS için de bu yaklaşımı evleviyetle uygulayacağını ifade etmektedir.¹¹⁶¹ Komite, engelli bireylerin emek piyasası ile bütünleşebilmesi için alınacak çeşitli önlemler olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda; farklı biçimlerde ücret sübvansiyonları; işyerlerinin engellilere uyarlanması ve işyerlerinde yardımcı araçlar için ödenek verilmesi; çalışma yardımcısı için maaş verilmesi; bir iş kurulmasına yönelik olarak iş yardımı verilmesi gibi önlemler de yer alır.

15.maddenin 3. paragrafına göre, engelin kökenine, doğasına ve engelli kişinin yaşına bakılmaksızın engelli kişilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, taraf devletler özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla engellilerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etme yükümlülüğü altındadır.

3.paragraf, ulaşım (kara, tren, deniz ve hava), barınmaya (kamusal, sosyal ve özel), kültürel ve boş zaman faaliyetlerine (sosyal ve sportif faaliyetler) erişimi mümkün kılmak için hareket ve iletişime yönelik engellerin kaldırılmasına yönelik uygulanmaktadır. Bu kapsamda şu çalışmaların yapılmasını gerektirir: Barınma, transfer, telekomünikasyon, kültürel ve boş zaman faaliyeti konularında hem kamusal hem de özel alanı kapsayacak şekilde kapsamlı ayrımcılık karşıtı yasaların var olmasını ve hukuk dışı muamelelere uğrayanlar için etkili giderim temin edilmesini; engellilik bağlamında tutarlı politikaların kabul edilmesini;

¹¹⁶⁰ Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması, s. 65.

¹¹⁶¹ Bkz. Conclusions 2003-2, İsveç.

engellilerin tam katılım ve sosyal bütünleşmesi amacına ulaşmaya yönelik onarıcı eylem önlemleri. Bu türden önlemler açık bir şekilde yasal zemine ve düzenlemeye sahip olmalıdır.¹¹⁶²

GGASŞ'nın 15.maddesinin 1. ve 2. paragraflarındaki tutum, ASŞ'da bu hükümlere denk düşen düzenlemelerin ve yine Komite'nin de buna bağlı olarak yorumlamada benimsediği yaklaşımın evriminin yansımaları olarak yorumlanmaktadır. GGASŞ'nın 15.maddesinin 3. paragrafı, Komite'nin engelli haklarıyla ilgili olarak taraf devletler üzerinde etki yaratmak konusunda en büyük potansiyele sahiptir. Bu hüküm, taraf devletlerin engellilerin sosyal bütünleşme ve katılımı amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan konut ve ulaşım gibi alanlardaki önlemlere odaklanarak, yerine getirmekle yükümlü oldukları pozitif yükümlülükleri tanımlar. Bu yükümlülükler, engelli bireylerin bağımsız olarak var olma hakkını gerçekleştirmesine yardımcı olmak bakımından önemlidir. Taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri, engellilere yönelik tutarlı politikaların bir parçası olmalıdır. Komite, aynı zamanda bu tür somut önlemlerin açık bir hukuki zemin üzerinde birbirlerini tamamlayacak şekilde programlanmış olmaları gerektiğini de ifade eder.

Komite md.15 (3)'ün, pozitif önlemlerin oluşturulması ve sürdürülmesinin değerlendirilmesi konusunda engelli bireyler ve onları temsil eden örgütlere de danışılması ve bunun gerçekleştirilebilmesini sağlayacak uygun forumların olması gerektiğini de vurgular. Md.15 (3)'te ya da Açıklayıcı Rapor'da bu tür bir yükümlülüğe atıfta bulunulmasa da, Komite, bunun engellilerin mevcut, fiili ihtiyaç ve kaygılarının giderilmesi ve belirlenmesi için; ayrıca topluma katılımlarının sağlanması ve buna bağlı olarak da topluma dahil olabilmeleri hususunda daha etkili olduğunu düşünmektedir. Komite, aynı zamanda bu tür pozitif önlemlerin yerine getirilmesinin hem kamusal, hem de özel kişilere yönelik olarak söz konusu olduğunu, örneğin; konut piyasası alanında ayrımcılık yasağına ilişkin yasaların detaylı bir şekilde, hem kamusal hem de özel alanı kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini vurgular.

v) Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı

GGASŞ'nın 30.maddesi, yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunmayı güvence altına alır. ASŞ'da bu hükmün eşdeğeri bulunmamaktadır. Böyle bir hükmün GGASŞ'ye getirilmesi, AK'nin yoksulluk ve sosyal dışlanma içerisinde yaşamının insan onurunu ihlal ettiğini düşüncesine dayanmaktadır.¹¹⁶³

¹¹⁶² Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması, s.67.

¹¹⁶³ Conclusions 2003-1, Fransa, 2003/def/FRA/15/1/EN, 30.06.2003.

GGASŞ'nın 30. maddesi uyarınca: “Taraflar, sosyal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; - sosyal dışlanma ve yoksulluk durumunda yaşayan ya da bu duruma düşme tehlikesinde olan kişilerin ve ailelerinin, özellikle istihdam, konut, eğitim, mesleki eğitim (formasyon), kültür, sosyal ve tıbbi yardım olanaklarına fiilen ulaşmalarını sağlayacak bütüncül ve eşgüdümlü bir yaklaşım çerçevesinde önlemler almayı; - bu önlemleri, uyarlanmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde gözden geçirmeyi taahhüt ederler.”

GGASŞ'nın 30. maddesinde yeni ve bağımsız bir sosyal hak olarak “yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkı”nın da eklenmiş olması insan hakları alanında atılmış olumlu bir adımdır. Bununla birlikte “korunma” ifadesi “hak” temelli bir bakış açısı ile sorgulanmaktadır. “Yoksulların korunması” eskiden, dini ve ahlaki bir görev olarak değerlendirilmekteydi. Günümüze ise, insan hakları alanında geline nokta, yoksulluğa ve sosyal dışlanmaya karşı korunma bir “hak”tır ve bu hakka gerçekleştirilmesine yönelik olarak devletin yükümlülükleri bulunmaktadır. Yoksulluk ve sosyal dışlanmayla mücadeleyi ayrı ve bağımsız bir hak konusu yapan en ileri belge olan GGASŞ bile, hala yoksulları gerçek bir hak öznesi değil, korunmaya gereksinim gösteren gruplar olarak ele almaktadır.¹¹⁶⁴

Maddenin lafzı bu şekilde eleştirilebilecek ise de, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin, ASŞ'nın yoksullukla doğrudan ilişkilendirilebilecek sosyal ve tıbbi yardım hakkını düzenleyen 13. maddesine ilişkin yorumu göz önüne alındığında, farklı bir değerlendirme yapılabilecektir. ASHK, 13. madde çerçevesinde periyodik raporların değerlendirilmesi sonrasında vardığı sonuçlarda, sosyal yardımların “talep edilebilir bir hak” olduğu, eş deyişle kişilere “dava hakkı” vermesi gerektiğini vurgulamış ve taraf devletlerden bir sonraki rapor dönemi için bu konuda açılan davalar hakkında bilgi talep etmiştir.¹¹⁶⁵

Komite, GGASŞ'ye 30. maddenin yeni bir hak olarak eklenmesini, AK üyesi devletlerin yoksulluk ve sosyal dışlanma olgularını insan onuruna aykırı bulmalarının bir göstergesi olarak değerlendirmektedir.¹¹⁶⁶

Komite, gerek raporların değerlendirilmesi ile ulaştığı sonuçlarında, gerekse toplu şikayetler sonucu vermiş olduğu kararlarında yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma

¹¹⁶⁴ Bkz. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 118, 2013, s.247.

¹¹⁶⁵ Conclusions 2009, Türkiye, 2009/def/TUR/30//EN, 02.01.2010.

¹¹⁶⁶ Conclusions 2003, İsveç, 2003/def/SWE/30//EN, 30.06.2003; Conclusions 2003, Slovenya, 2003/def/SVN/30//EN, 30.06.2003.

hakkını, “hakların bütünlüğü ve bölünmezliği” ilkesi¹¹⁶⁷ ile birlikte değerlendirme; sosyal haklarla medeni ve siyasi hakların karşılıklı olarak birbirine bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Hakların bütünselliği ilkesinin, yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkı ile bağlantılı olarak da ifade edilmesi çok önemlidir. Yoksulluk, insan onuruna aykırı olarak, yalnızca sosyal haklardan değil, bütün haklardan yoksunluğa yol açar ve bu bağlamda bir insan hakları ihlalidir.¹¹⁶⁸

Açıklayıcı Rapor’da “yoksulluk” kavramı, kendisini birkaç kuşaktan bu yana süregiden aşırı bir yoksulluk içerisinde bulan kişilerin yanı sıra, geçici olarak bu riske maruz kalanları da kapsayacak aralıkta, geniş bir şekilde tanımlanmıştır. “Sosyal dışlanma” kavramı da, aynı şekilde geniş kapsamlı olarak tanımlanmakta ve “kendisini bir yığın dezavantaj arasında, aşırı derecede bir yoksulluk içinde bulan kişileri ve sosyal yardım hakları çok uzun süre önce sona eren ya da aşağılayıcı durum, olay ve dışlanmalardan muzdarip kişileri de kapsayacak şekilde düşünülmektedir.”¹¹⁶⁹ Sosyal dışlanma aynı zamanda yoksul olmamakla birlikte, uzun süren bir hastalık sonucu; aile bütünlüğünün bozulması, şiddet, cezaevinden tahliye edilme, alkol ya da madde bağımlılığı gibi bir davranışın sonucu olarak belli haklara ya da hizmetlere erişimi engellenmiş kişiler bakımından da uygulama alanı bulabilmektedir.¹¹⁷⁰

Komite, ulusal raporların değerlendirilmesinde yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkının etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için, hükümetlerin risk altında bulunan, dezavantajlı kişilere yönelik istihdam, konut, eğitim, mesleki eğitim, kültür, sosyal yardım ve sağlık yardımlarını içeren sosyal haklara erişimini geliştiren önlemlerin alınmasına yönelik bütüncül ve koordineli bir yaklaşımı benimsemeleri gerektiğini vurgular.¹¹⁷¹ Devletler, bu yaklaşım ile uyumlu olacak şekilde tutarlı politikalar benimsemelidirler.¹¹⁷² Ayrıca bu kapsamda alınan önlemler; sosyal hakların yaşama geçirilmesini, bireylerin sosyal haklarına ilişkin bilinçlendirilmesini, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerin iyileştirilmesini, sosyal haklara erişimin önündeki psikolojik ve sosyo-kültürel engellerin kaldırılmasını, en kırılgan ve

¹¹⁶⁷ Bkz. İ. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2010, s.59; M. Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler**, Ankara: Belediye-İş, 2009, s.8.

¹¹⁶⁸ İ. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s.55; Pınar Uyan Semerci, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk** (Ed. Pınar Uyan Semerci), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

¹¹⁶⁹ Bkz. Explanatory Report/ Açıklayıcı Rapor.

¹¹⁷⁰ Ibid.

¹¹⁷¹ Conclusions 2009, Belçika, 2009/def/BEL/30//EN, 02.01.2010; Conclusions 2009, Fransa, 2009/def/FRA/30//FR, 02.01.2010.

¹¹⁷² Ibid.

en dışlanmış gruplar ile bölgelerin belirlenebilmesini de sağlamalıdır.¹¹⁷³ Sivil toplum örgütleri başta olmak üzere, yoksulluk ile sosyal dışlanmadan etkilenen kişiler de dahil olmak, ilgili bütün aktörleri kapsayan denetleme mekanizmalarının oluşturulmasının önemine de vurgu yapılmaktadır.¹¹⁷⁴

Komite taraf devletın Şart ile ilgili uygunluk durumunu değerlendirirken alınan önlemlerin nitelik ve nicelik olarak yeterli olup olmadığını, ilgili ülkedeki yoksulluk ve sosyal dışlanmanın kapsam ve yapısının göz önüne alınıp alınmadığını da dikkate almaktadır.¹¹⁷⁵ Bu bağlamda Komite yerel düzeyde sistematik olarak uygulanan tanımları ve ölçme yöntemleri çerçevesinde ana verileri değerlendirmektedir.¹¹⁷⁶ Komite, medyan gelirin %50'si ile %60'ı arasında geliri olan kişilerin yoksulluk tehdidi ile karşı karşıya olduklarını belirtmektedir.¹¹⁷⁷ Buna paralel olarak devletler, sunmuş oldukları raporlarında göreceli yoksulluk tanımını benimsemektedir. Komite, ulusal raporları kıyaslarken yapılan sosyal transferlerden önceki ve sonraki yoksulluk oranlarını göz önüne almaktadır.¹¹⁷⁸ Üye devletlerin raporlarında yer alan bilgiler, alınan önlemlerin etkililiğinin değerlendirilmesi bakımından da önemlidir.

Komite, 30. maddenin sadece yoksulluğa karşı değil, sosyal dışlanmaya karşı da koruma sağladığını vurgulamaktadır. Buna bağlı olarak ulusal raporlarda sosyal dışlanmaya ilişkin bilgilerin de sunulmasını istemektedir.¹¹⁷⁹ Bu bakımdan, Komite sistematik olarak bir değerlendirmede bulunabilmek için ulusal düzeyde uygulanan tanımları ile yoksulluk ve sosyal dışlanma olgularının ölçüm yöntemlerini incelemiş; taraf devletlere sosyal dışlanmayı ölçmek için uyguladıkları yöntemlerle ilgili olarak daha sonradan bilgi vermesini istemiştir.¹¹⁸⁰

30.madde, 31.madde ile de bağlantılıdır: Komite yeterli konutun sağlanmasının yoksullukla mücadelede çok önemli olduğunu düşünmektedir.¹¹⁸¹ Komite, bu çerçevede taraf devletlerden yoksulluğun azaltılmasına yönelik, diğer yükümlülük ve politikalarla da tam olarak bütünleşen, eşgüdümlü bir yaklaşımın benimsemesini istemektedir. Komite örneğin İtalya'dan, yoksulluk ve sosyal dışlanmayı gettolaştırmaktan kaçınmak amacıyla, sosyal

¹¹⁷³ Conclusions 2009, Türkiye; Conclusions 2009 Ukrayna, 2009/def/UKR/30//EN

¹¹⁷⁴ Conclusions, 2003, Fransa, 2003/def/FRA/30//EN, 30.06.2003.

¹¹⁷⁵ Ibid.

¹¹⁷⁶ Conclusions 2003, Fransa.

¹¹⁷⁷ Conclusions 2005, Norveç, 2005/def/NOR/30//EN, 30.06.2005; Conclusions 2009, Ukrayna, 2009/def/UKR/30//EN, 02.01.2010.

¹¹⁷⁸ Conclusions 2005, Norveç; Conclusions 2009, Ukrayna.

¹¹⁷⁹ Conclusions 2009, Belçika; Conclusions 2009 Fransa; Conclusions 2009, İtalya, 2009/def/ITA/30//EN, 02.01.2010.

¹¹⁸⁰ Conclusions 2003, Fransa.

¹¹⁸¹ Conclusions 2003, Fransa, Conclusions 2009, İtalya.

konutların bulunduğu yere yönelik olarak alması gereken uygun önlemlere dair daha sonra bilgi vermesini talep etmiştir.¹¹⁸²

Konuyla bağlantılı olarak Uluslararası Dördüncü Dünya Hareketi'nin Fransa'ya karşı yapmış olduğu toplu şikayet sonucu verilen karar ele alınabilir.¹¹⁸³ Uluslararası Dördüncü Dünya ATD Hareketi (International Movement ATD - All Together in Dignity- Fourth World) Komite'ye başvurduğu tarih itibariyle Fransa'da milyonlarca kişinin evsiz olduğunu ya da kötü barınma koşullarına sahip olduğunu belirtmiştir. İnsan onuruna aykırı koşullarda yaşayan bu kişilerin aile bağları zarar görmekte; eşlerin birbirleriyle, ebeveynlerin çocukları ile arasındaki ilişkiler bozulmakta, bunun sonucunda dağılan aile toplumdan uzaklaşmakta ve dışlanmaktadır. Ayrıca, bu ailelerin çocukları gerektiği gibi eğitim alamamakta ve bu da onların toplumdan kopuşunu hızlandırmaktadır. Sabit bir ikametgaha sahip olmadan iş bulmak da çok zordur. Evsizlik, hak ve özgürlüklerden yararlanma, hukuki ve idari süreçlere katılım açısından da büyük sorunlar doğurmaktadır. Komite, yoksulluk ile sosyal dışlanmanın insan onuruna aykırı olduğunu vurgulamış ve taraf devletlerin bunları ortadan kaldırmaya ve önlemeye yönelik barınma, sağlık, istihdam, kültür gibi alanlarda somut olumlu önlemler alması gerektiğini belirtmiştir. Bu amaca özgülünmüş uygun araçlar, sosyal dışlanmaya karşı oluşturulan ayrıntılı bir stratejinin parçasıdır.¹¹⁸⁴ Ayrıca alınan önlemler nicelik ve nitelik olarak da sosyal dışlanmayla mücadeleyi gerçekleştirebilecek güçte olmalıdır. Komite, yoksulların barınmasına ilişkin politikalarının yetersiz olduğu gerekçesiyle, Fransa'nın 30. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Komite, söz konusu şikayeti GGASŞ'nın E maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı çerçevesinde de incelemiş ve 30.madde ile birlikte bu maddeden de ihlal bulmuştur.¹¹⁸⁵ Şikayette, yoksulluk içerisinde barınma sorunlarıyla birlikte yaşayan ailelerin haklarını etkin olarak kullanma hususunda ayrımcılığa maruz kaldıklarının da altı çizilmiştir. Sabit bir adresi olmayan kişilere bu gerekçeyle kimlik belgesi verilmemektedir. Ancak bununla birlikte, bu kişiler fatura, vergi ödemektedirler. Kimlik belgesinin olmayışı, bu kişileri yalnız konut hakkından değil tüm sosyal haklardan yoksun bırakmaktadır.

¹¹⁸² Conclusions 2003-1, İtalya, s.339.

¹¹⁸³ Movement International ATD Quart Monde/ Fransa, Şikayet No: 33/2006.

¹¹⁸⁴ Şebnem Gökçeoğlu Balcı, "Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı", s.250.

¹¹⁸⁵ E Maddesi: "Şart'ta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır."

Komite'nin GGASŞ'nın 30. maddesini konu edinen toplu şikayetler sonucu vermiş olduğu kararların 31. maddedeki barınma hakkına ve özellikle de dezavantajlı bir grup olan Romanlara ilişkin olduğu gözlemlenebilecektir. Bu durum ASŞ ve GGASŞ'nın dezavantajlı ve kırılgan bir grup olan Romanların toplumla bütünleşmesinde önemli bir rol oynadığını ortaya koymaktadır.¹¹⁸⁶

Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin (European Roma Rights Centre/ ERRC)Fransa'ya karşı yapmış olduğu toplu şikayet sonucu verilen karar insan haklarının bütünselliği ilkesine yer vermesi, ayrıca dezavantajlı bir grup olarak Romanların barınma hakları ile yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma haklarının bir arada incelenmesi bakımından önemlidir.¹¹⁸⁷ Şikayette ERRC, Fransa'daki sürekli bir ikametgahı bulunmayan evsizlere ilişkin 69-3 sayılı yasanın, gezgin kişilerin oy kullanma hakkını ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür. 69-3 sayılı yasaya göre, gezgin kişiler ancak 3 yıl boyunca ile aynı belediyeye bağlı bir şekilde bulunmaları şartıyla oy kullanabilecektir. Ek olarak bulundukları bölgedeki gezgin kişilerin sayısının toplam seçmen sayısının % 3'ünün altında olmaması da gerekmektedir. Gezgin kişiler için öngörülen bu 3 yıllık zaman dilimi diğer Fransız yurttaşları için ise sadece 6 aydır.

Fransız hükümeti, oy hakkının 30. madde ile ilişkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. ASHK ise, "insan haklarının bütünselliği ilkesi"nin sosyal dışlanmayla mücadelede özel bir önem taşıdığını vurgulamıştır. Bu açıdan seçme hakkı, yurttaşlık ve sivil katılıma ilişkin diğer tüm haklar gibi, sosyal bütünleşme açısından zorunlu bir unsurdur ve 30. maddenin kapsamında değerlendirilmelidir.¹¹⁸⁸ Komite sosyal dışlanmanın insan onuruna aykırı olduğunu belirterek, Fransa'nın göçebe kişilere ilişkin eşgüdümlü ve detaylı bir tutum geliştiremediği, somut önlemler almadığı için GGASŞ'nın 30. maddesine aykırı davrandığı sonucuna varmıştır. Komite, ayrıca göçebe kişiler ile diğer yurttaşların oy kullanmasına ilişkin farklı kurallar öngörülmesinin haklı ve objektif nedenlere dayanmadığı, buna bağlı olarak da 30. madde ile birlikte E maddesine de aykırı düşen bir ayrımcılık yapıldığı yönünde karar vermiştir.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁶ **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Anayasa**, Koord. Olivier De Schutter, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2010, s.165.

¹¹⁸⁷ European Roma Rights Centre (ERRC)/ Fransa, Şikayet No: 51/2008, 19.10.2009, para. 103-104-105.

¹¹⁸⁸ Şebnem Gökçeoğlu Balcı, "Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı", **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 118, 2013, s.257.

¹¹⁸⁹ Benzer konuda bir toplu şikayet başvurusu da Yerinden Etmeye Karşı Mücadele ve Konut Hakkı Merkezi'nin (Centre on Housing Rights and Evictions, COHRE) İtalya'ya karşı yapmış olduğu başvurudur. Şikayetin temelinde, Romanların yaşadığı karavanların ve kampların ev statüsünde sayılmaması yatmaktadır. Komite, burada da Romanların yaşadığı yerlerin ev sayılmaması nedeniyle kendilerine kimlik verilmemesi ve kimliksiz olmalarından ötürü medeni ve siyasi haklarını kullanamamaları, yaşadıkları bölgelerin gettolaşması, buralarda yeterli altyapı hizmetlerinin bulunmaması, tüm bunlardan ötürü Romanların dışlanmasını GGASŞ'nın 30.

Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin Portekiz'e karşı yapmış olduğu toplu şikayet başvurusu da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.¹¹⁹⁰ Şikayette bulunan ERRC Portekiz'in konut politikasının Romanları dışladığını; Romanların ağır ve koşullarda barınmasına, şehirden uzak gettolarda yaşamasına, buna bağlı olarak da ötekileştirilmesine yol açtığını, bu bağlamda sosyal dışlanmaya maruz kaldıklarını ve kamu hizmetlerine erişim konusunda sorunlar yaşadıklarını ileri sürmüştür. ASHK, yapmış olduğu incelemede öncelikle devletin “pozitif yükümlülükleri”nin üzerinde durmuştur: Devlet dezavantajlı gruplara yönelik olarak barınma, eğitim, istihdam ve sağlık imkanlarına kolaylıkla ulaşmalarını sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdür. Komite'ye göre bu koşullarda yaşamak, eğitim, istihdam ve sağlık hizmetlerine erişim açısından elverişsiz bir ortam yaratmaktadır.¹¹⁹¹ Komite, merkezi idarenin, yerel idarelerin eksikliklerini giderme konusunda isteksiz ve buna bağlı olarak başarısız olduğunu, eşgüdümlü ve özenli bir yaklaşımın bulunmadığını belirterek ayrımcılık yasağı ile birlikte 30. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Komite'nin toplu şikayet usulü sonucu 30.maddeye ilişkin olarak verdiği kararlarda bu hakkın ayrımcılık yasağı ile birlikte incelenmesi sosyal hakların gerçekleştirilebilmesi açısından önemli bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Komite kararlarında, ayrımcılık yasağını salt şekli anlamda düşünmemiş, fiili/ maddi eşitliği sağlayacak pozitif edimlerde bulunulması gerektiğini de vurgulamıştır.¹¹⁹² Özellikle de Komite'nin kararlarında Romanların yoksulluk, sosyal dışlanma ve barınma haklarına ilişkin olarak ayrımcılık yasağının birlikte ele alınması sosyal hakların geleceğine ilişkin yeni bir yaklaşımı yansıtabilecektir. Çalışmanın Giriş bölümünde de belirtildiği üzere günümüzde sosyal haklar artık yalnızca “çalışanların hakları” değildir. Neo liberalizm ve sosyal devlet anlayışının çözülmesinin de etkisiyle toplumların sosyo-ekonomik yapısının değişmesi sonucunda sosyal haklar çalışma haklarını aşan, toplumun dezavantajlı ve marjinalleştirilmiş kesimlerinin de haklarını içeren bir kapsam genişlemesi yaşamıştır.

Yoksulluk ve sosyal dışlanmanın çok boyutlu olgular olması, ayrıca bu kapsamda değerlendirilebilecek hakların ve sorunların çoğulculuğu dikkate alındığında Komite'nin bu alanda toplu şikayet sonucunda vermiş olduğu kararların, yalnızca 31. maddedeki konut hakkı ile Romanların dışlanmasına ilişkin oluşu ise düşündürücüdür. Yoksullukla ve sosyal dışlanma

maddesine ve E maddesine aykırı bulmuştur. Bkz. Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)/ İtalya, Toplu Şikayet, Başvuru No: 58/2009, 25.06.2010.

¹¹⁹⁰ European Roma Rights Center / Portekiz, Toplu Şikayet Başvuru No: 61/2010, 30.06.2011.

¹¹⁹¹ Ş. Gökçeoğlu Balcı, “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı”, s. 258.

¹¹⁹² **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Anayasa**, s.146.

ile mücadelede, toplu şikayet usulünün sendika ve başka sivil toplum kuruluşları tarafından da daha etkin olarak kullanılmasını gerektirmektedir.¹¹⁹³

vi) Konut Hakkı

GGASŞ'nın 31. maddesinde konut hakkına yer verilmiştir. Bu maddeye göre “Taraflar barınma (konut) hakkının etkin bir şekilde kullanılması temin etmek amacıyla: 1. Yeterli standarttaki bir konuta 2. konutsuzluk durumunu, aşamalı olarak ortadan kaldırmak amacıyla, önlemeyi ve azaltmayı 3. yeterli geçim kaynakları bulunmayanlar bakımından konut fiyatlarını karşılanabilir düzeye getirmeyi, öngören önlemler almayı üstlenirler.”

Burada konut hakkından doğrudan bahsedilip diğer haklarla bağlantılarına değinilmeksizin devletlerin yükümlüklerine değinilmiştir. Devletler bireylere konut sağlamakla değil, konut edinmeyi kolaylaştırmakla yükümlüdür. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, bunlara ek olarak konut hakkının BM sistemi içerisinde geçtiği “yeterli standartta konut hakkı” kavramıyla bağlantılı bir şekilde ele alınması gerektiğini de vurgulamıştır.

ASŞ'da konut hakları ile ilgili üç hüküm bulunmaktadır.¹¹⁹⁴ En geniş ve detaylı düzenleme, GGASŞ'nın 31.maddesidir ve üç ayrı yükümlülüğü içerir: Yeterli standartta bir konuta erişimi sağlama; evsizliği aşamalı olarak ortadan kaldırma amacı içerisinde azaltma ve önleme; konut fiyatlarını yeterli maddi imkanı olmayanlar için de erişilebilir kılma. GGASŞ'nın 23.maddesi, yaşlı bireylerin sosyal korunmasına ilişkindir, devletlerin bu tür bireylerin ihtiyaçlarına uygun konutun sağlanmasını ya da kendi evlerini durumlarına uyarlayabilmeleri için yeterli desteğin sunulması yükümlülüğünü yükler.¹¹⁹⁵ ASŞ ve GGASŞ'nın 16.maddesindeki düzenleme ise devletleri, konut sağlama gibi araçlarla toplumun temel birimi olan ailenin sosyal, hukuki, ekonomik olarak korumakla yükümlü kılar.¹¹⁹⁶ 16.madde, çekirdek haklardan iken, 23. ve 31.maddeler çekirdek olmayan haklardandır. Ayrıca, yukarıda da bahsedildiği üzere, yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı koruma gerektiren 30.madde de konut hakkına vurgu yapılmıştır.

¹¹⁹³ Ş. Gökçeoğlu Balcı, “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı”, s. 260.

¹¹⁹⁴ Aynı zamanda, diğer haklar bağlamında da konut hakkını ele alan bir dizi farklı hüküm de bulunmaktadır, örneğin; göçmen işçilerin hakları kapsamında.

¹¹⁹⁵ Bu yükümlülük 1988 tarihli Ek Protokol'ün 4.maddesinde esas olarak düzenlenmiştir.

¹¹⁹⁶ ASŞ ve GGASŞ'nın 16.maddesinde şu vurgulanmaktadır: “Taraflar, toplumun temel birimi olan ailenin tam gelişmesi için gerekli koşulları sağlamak üzere sosyal yardımlar ve aile yardımları, mali düzenlemeler, konut sağlama, yeni evlilere yardım ve diğer uygun araçlarla aile yaşamının ekonomik, yasal ve sosyal bakımdan korunmasını geliştirmeyi üstlenirler.”

Örneğin, Komite'nin European Roma Rights Center/ Yunanistan¹¹⁹⁷ başvurusu, ASS'nın 16.maddesine ilişkindir. Yunanistan'ın 16.maddeyi, Başlangıç bölümü de göz önüne alınarak (ayrımcılık yasağı) ihlal ettiğini ileri sürülmüştür.¹¹⁹⁸ İhlal iddiasının temelini, konuta ilişkin olarak Romanlara karşı ayrımcılık içeren bir yasa ile yaygın uygulamalar ve bunun sonucunda da sık sık zorla tahliyelere maruz kaldıkları gerekçesiyle Romanların konut hakkını etkili şekilde kullanabilmesinin engellenmesi oluşturmaktadır.¹¹⁹⁹ Komite şikayetin özünün Romanların konut hakkı ile üç açıdan bağlantılı olduğu sonucuna varmıştır: Yerleşik hayatı benimseyen Romanlar açısından ihtiyaçlarını karşılayabilecek, kabul edilebilir nitelikteki kalıcı konut sayısının yetersizliği; göçebe yaşam tarzını benimseyen ya da bunu seçmeye zorlanan Romanlar için de yine yetersiz sayıda konaklama alanlarının oluşu; hukuka aykırı şekilde yerleşim alanları ya da konutları işgal eden Romalıların sistematik olarak buralardan tahliye edilmeleri.¹²⁰⁰ Komite 16.maddenin kapsamını da göz önüne alarak, sosyal hakların Şart tarafından korunmasında altı çizilen amaçlardan birinin de, toplumsal dayanışma ile sosyal bütünleşmenin gerçekleştirilmesi olduğunu vurgulamıştır.¹²⁰¹ Özellikle de 16.madde ve onun kapsadığı konut hakkı çerçevesinde, Komite bu hakkın diğer pek çok medeni ve siyasi hak ile sosyal hakkın gerçekleştirilmesini sağladığını vurguladıktan sonra bu hükme ilişkin yükümlülüklerine yerine getirilebilmesi için taraf devletlerin ailelere yeterli konut desteğinin sağlanması gerektiğini; konut politikalarını belirlerken onların ihtiyaçlarını da dikkate alması gerektiği ve mevcut konutların ısınma ve elektrik gibi temel hizmetleri de kapsayacak şekilde, makul, yeterli bir standardının olması sağlanmalıdır.¹²⁰² İHAM'ın 8.maddeye ilişkin Connors/BK¹²⁰³ ve Buckley/BK¹²⁰⁴ içtihadına da atıfta bulunarak Komite 16.maddenin aynı zamanda göçebe Romanlar için yeterli konaklama yerlerinin sağlanmasını gerekli kıldığını da belirtmiştir.¹²⁰⁵ Bu değerlendirmelerin ışığında, Komite Yunanistan'ın 16.maddeyi üç ayrı yönden ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

¹¹⁹⁷ European Roma Rights Center/ Yunanistan, Şikayet No: 15/2003, 08.12.2004.

¹¹⁹⁸ ASS'nın Başlangıç bölümünde, ayrımcılık yasağına da vurgu yapmaktadır. Buna göre, "ırk, renk, cinsiyet, dini inanç, siyasi düşünce, ulus ya da sosyal köken ayrımı gözetilmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkı sağlanmalıdır." GGASS'da ise ayrımcılık yasağı, ayrı olarak E maddesinde yer almaktadır. Komite'nin standart uygulaması, Başlangıç bölümünde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin hükmü 16.maddenin içinde yorumlamaktır. Bkz. Conclusions XII I-2, s.27, aktaran Harris, Darcy, a.g.e., s.190.

¹¹⁹⁹ European Roma Rights Center/ Yunanistan, para.11.

¹²⁰⁰ Ibid, para.17.

¹²⁰¹ Ibid, para.19.

¹²⁰² Ibid, para.24.

¹²⁰³ Connors/BK, Başvuru No: 66746/01, 27.08.2004.

¹²⁰⁴ Buckley/BK, Başvuru No: 20348/92, 29.09.1996.

¹²⁰⁵ European Roma Rights Center/ Yunanistan, Şikayet No: 15/2003, 08.12.2004, para.25.

16.madde aynı zamanda European Roma Rights Center/Bulgaristan¹²⁰⁶ şikayet başvurusunda da Komite tarafından incelenmiştir. Buradaki ihlal iddiasında, 16.madde ile birlikte, GGASŞ'nın E maddesi ile birlikte ele alınmıştır. Romanlara uygun imkanlarla donatılmış yeterli konut tahsisi konusunda ayrımcılık yapılması meselesi başvurunun temelini oluşturmaktadır. Komite, değerlendirmesinde eşit davranma yükümlülüğünün Romanların, konut haklarını güvence altına almak ve kırılğan bir grup olarak onların evsiz kalmalarını önlemek amacıyla, özel durumlarına uygun önlemlerin alınmasını gerektirdiğini vurgulamıştır.¹²⁰⁷ Komite ayrıca 16.madde ve E maddesini birlikte yorumlayarak daha sonradan sosyal konuta erişim hususunda bir pozitif yükümlülük geliştirmiştir ve buna bağlı olarak da Romanların farklı konumların dikkate alınmaması ya da sosyal konutlara etkili bir erişim imkanının sağlanması da dahil olmak üzere, özel olarak onların konut durumlarına ilişkin önlemlerin alınmamasının Bulgaristan'ın bu konudaki yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.¹²⁰⁸ Komite, Romanların söz konusu farklı durumlarının dikkate alınmaması, buna bağlı olarak da toplumla bütünleşebilmesinin engellenmiş olması bakımından pozitif önlemlerin alınmamış olmasının Bulgaristan'ın 16.madde ile birlikte E maddesini de ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.¹²⁰⁹ Bu başvuruda ileri sürülen bir diğer önemli konu da kullanım hakkının hukuki güvenliğine ilişkin eksiklikler ve Roman ailelerin, hukuka aykırı olarak işgal ettikleri yerleşim yerleri ya da konutlardan zorla tahliye edilmeleridir. Komite, her ne kadar gayri resmi işgaller tahliyeleri meşrulaştırırsa da, söz konusu işgallere ilişkin kriterlerin aşırı derecede geniş olmaması gerektiğini, tahliyelerin de ilgili mevzuatın öngördüğü usul kuralları doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve bunların da söz konusu kişilerin haklarının korunması için yeterli düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir.¹²¹⁰ Komite, Roman ailelerin gayri resmi yerleşimlerinin hukukileştirilmesi imkanını kısıtlayan yasanın orantısız etkileri olduğunu ve gerçekleştirilen tahliyelerin de, özellikle de tahliye edilen kişilerin evsiz bırakılmamasına yol açması bakımından Şart'ın gerekli gördüğü koşulları sağlamadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, hem 16.maddeden hem de E maddesinden ihlal tespit edilmiştir.¹²¹¹

16.maddenin toplu şikayet başvurularında Romanların konut haklarının korunmasına yönelik uygulaması şunu göstermektedir ki, Komite bu maddede konut hakkına ilişkin

¹²⁰⁶ European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006.

¹²⁰⁷ Ibid, para.41. Komite burada 27/2004 numaralı European Roma Rights Center/ İtalya, Şikayet No: 27/2004, 07.12.2005, para.21'deki kararına atıf yapmıştır. Bu başvuru, 31.maddeye ilişkindir.

¹²⁰⁸ European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006, para. 41. Komite yine 27/2004 numaralı European Roma Rights Center/ İtalya kararına atıf yapmıştır (46.para.).

¹²⁰⁹ European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006, para.43.

¹²¹⁰ Ibid, para.51.

¹²¹¹ Ibid, para. 57.

düzenlemenin sınırlılığına rağmen, buradan hareketle taraf devletlere yükümlülükler yüklemiştir.¹²¹² Belirttiğimiz başvurulardaki kararlar ve gerekçeleri Komite'nin raporlama usulünde oluşturduğu yerleşik yaklaşımını da kuvvetlendirmiş ve geliştirmiştir.

16.madde ile karşılaştırıldığında GGASŞ'nın 31.maddesi konut haklarına ilişkin taraf devletler üzerine yüklenecek yükümlülükler açısından daha açık ve kesin bir temel sağlar.¹²¹³ Ayrıca, GGASŞ'nın E maddesi de bir eşitlik maddesi içermekte ve taraf devletlerin kabul ettikleri hakların yerine getirilmesinde, bu düzenlemede yer alan temellerde ayrımcılık yapılmamasını güvence altına almasını gerektirmektedir.¹²¹⁴ 2003 yılında Komite Fransa'nın 31.madde ile uygunluğunu incelerken E maddesine atıfta bulunmuş ve bu düzenlemede yer alan eşit davranma yükümlülüğünün kesin olarak kırılgan bireylerin oluşturduğu farklı gruplar için de güvence altına alınmasını gerekli kıldığını vurgulamıştır.¹²¹⁵ Düşük gelirli bireyler, işsizler, tek ebeveynli aileler, gençler, engelliler, savaş ya da doğal afet gibi nedenlerle kendi ülkesi içinde göç etmek zorunda kalan kişiler de Komite tarafından kırılgan bireyler olarak göz önüne alınmaktadır. Bu bakımdan söz konusu kişiler de, konut sağlanması konusunda ayrımcılığa maruz kalmamalıdır -her ne kadar E maddesi yalnızca ırk, renk, cinsiyet, dini inanç, dil, siyasi düşünce ya da diğer düşünceler gibi belli temellerde ayrımcılık yasağına atıfta bulunsa da.¹²¹⁶ Komite'nin GGASŞ'nın E maddesi ve 31.maddesi bağlamında kırılgan gruplara ilişkin yapmış olduğu atıf, konut hakkının boyutlarını yorumlamaya çoktan hazır olduğu ve ilerlemeci bir tutumu yansıtır.

31.maddede yer alan yükümlülükler, üç boyutludur: 1.paragrafta konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler, yeterli standartlara sahip bir konut edinilmesini sağlamakla yükümlüdürler. GGASŞ'nı Açıklayıcı Rapor'da "sağlık gereklilikleri açısından da yeterli standartlara sahip bir konut"a atıfta bulunulduğu ve buradaki uygun standartların neler olduğunu belirleyecek olanın da her bir taraf devletin ilgili yerel otoritesi olduğu vurgulanmıştır.¹²¹⁷ Bununla birlikte, 31.maddeye ilişkin ilk

¹²¹² European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006, para. 13-17. Komite burada Bulgaristan tarafından ileri sürülen konuta ilişkin şikayetlerin 16.madde kapsamında değil, yalnızca 31.maddeye dayalı olarak yapılabileceği yönündeki iddialarını kabul etmemiştir.

¹²¹³ Harris, Darcy, a.g.e., s. 190-192.

¹²¹⁴ Bulgaristan örneğinde, Bulgaristan GGASŞ'na taraf olmakla birlikte 31.maddeyi kabul etmediğinden Komite 16.madde ve GGASŞ'nın E maddesini birlikte okumuştur.

¹²¹⁵ Conclusions 2003, Fransa.

¹²¹⁶ GGASŞ'nın E maddesinin ASŞ'da eşdeğeri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Komite ayrımcılık yapma yasağını ASŞ'da yer alan bazı hakların içinde yorumlamıştır. Örneğin; 1.madde ve 16.madde. Bkz. Harris, Darcy, a.g.e., s. 47; European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006; European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/ Fransa, Şikayet No: 39/2006, 19.03.2007; International Movement ATD Fourth World/ Fransa, Şikayet No: 33/2006, 12.06.2006.

¹²¹⁷ Explanatory Report, para.118,119.

değerlendirmelerinde “yeterli konut”un yapısal olarak güvenli, hijyen ve sağlık koşullarına uygun ve aşırı derecede kalabalık olmayan bir konut anlamına geldiği konusuna açıklık getirmiştir.¹²¹⁸ Bu ifade, şu şekilde detaylandırılmıştır: Eğer bir konut, su, ısınma, atık tasfiyesi, temel sağlık önlemleri, elektrik gibi temel imkanlara sahip ise, hijyen ve sağlık açısından uygundur.¹²¹⁹ Bu durum şuna işaret eder ki; su, kanalizasyon, elektrik, ısınma gibi belli imkan ve hizmetlere erişim hakkı da bu yükümlülüklerle dahildir ve en azından maddi gücü olmayan kişiler için devlet tarafından karşılanmalıdır. Komite şimdiye kadar açıkça bu bakımdan kamu otoritelerinin su, elektrik, telefon gibi temel yaşamsal hizmetlerin kesilmemesini güvence altına almakla yükümlü olduklarını vurgulamıştır.

31.maddenin 1.paragrafında yer alan yükümlülükler hem kira ilişkisi kurulmuş hem de mülkiyet hakkı bulunan konutlar için uygulanmaktadır. Ayrıca, bu yükümlülükler yalnızca yeni yapılar için değil, aynı zamanda aşamalı olarak mevcut konut stoku yenilenmekte ya da onarılmakta ise de uygulama alanı bulacaktır. Komite’nin buradaki tutumu, ikinci durumda söz konusu yükümlülük bakımından büyük öneme sahiptir. İç hukukta genellikle yeni binaların taraf devletlerde belirlenmiş olan mevcut binalara ilişkin düzenlemelere uygun olması gerekliliği söz konusudur. 31.madde ile uygunluk için ise taraf devletlerin yerel düzenlemelerinde Komite tarafından oluşturulan, sağlık ve hijyen koşullarına uygunluk, yapısal güvenlik gibi standartlara da uygun olması gerekmektedir. 31.maddenin 1.paragrafı potansiyel olarak oldukça dinamik ve yeni konut stoklarının yanında, mevcut konut stoku açısından da uygulanması, ki genelde daha eski konutlar sağlık, hijyen koşulları ile yapısal güvenlik bağlamında daha büyük sorunlar doğurmaktadır, çok önemlidir.¹²²⁰ Komite 31.maddenin 1.paragrafının mevcut konut stokunun yenilenmesi ya da onarılması durumunda aşamalı olarak uygulanacağını belirtmiştir.¹²²¹ Eğer Komite taraf devletlere mevcut konutların yenilenmesi durumunda takdir alanı bırakırsa buradaki önlemlerin etkisi, Komite’nin mevcut binalar için belli asgari standartlar ve zaman dilimi belirlemesi durumuna göre daha az olacaktır. Komite bu şekilde standartlar belirler ve dinamik bir yaklaşım benimserse bu hükmün etkisi çok büyük olacaktır. Ancak Komite’nin buradaki yükümlülüklerle ilişkin şu ana kadarki yorumu bu tür bir yaklaşımı benimsemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Komite taraf devletlerin “yeterli konut” kavramını hukuklarında tanımlamaları gerektiğini ve burada tanımlanan standartlara uygunluğu sağlayacak bir tür kamu otoritesi

¹²¹⁸ Conclusions 2003, Fransa.

¹²¹⁹ Ibid.

¹²²⁰ Örnek olarak bkz. Conclusions 2003, Fransa.

¹²²¹ Conclusions 2003.

denetiminin öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Buradaki tanımlar Komite'nin taraf devletin md.31(1)'e uygunluğunu değerlendirebilmesine imkan tanınması açısından yaşamsaldır. Örneğin; Komite 2003 yılında Fransa'nın durumunu değerlendirdiğinde, Fransız hukukunda yeterli standartlara sahip bir konut için uygun bir tanımlamanın olup olmadığını incelemiştir. Sonuç olarak bazı eksikliklere rağmen bu tür bir düzenleme bulunmaktadır.

31.maddenin 2.paragrafına göre ise, konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeciler, evsizliği zamanla ortadan kaldırmayı, önlemeyi ve azaltmayı garanti altına alırlar. Burada taraf devletlere evsizliğin azaltılması yükümlülüğü yüklenmiştir. Komite, evsiz bireyleri hukuken tasarruf etme yetkisine sahip olduğu bir konutu bulunmayan ya da konutu olsa bile yeterli barınmanın unsurlarına sahip olmayan kişiler olarak tanımlamıştır. Bu tür bireylere konut sağlanması, bu konut yeterli olsa da, geçici ise buradaki yükümlülüğe uygunluk için yine yeterli değildir. Ayrıca, taraf devletler evsiz kişilere, talep etmeleri halinde, makul bir zaman dilimi içerisinde yeterli konut sağlamakla yükümlüdürler. Açıkça aşamalı olan bu yükümlülük hem onarıcı hem de önleyici önlemleri gerekli kılar. Komite'nin Fransa'ya ilişkin değerlendirmesinde de belirttiği üzere, evsizliğin azaltılması acil barınakların temini, evsizlerin bakımı gibi önlemler ile bu tür insanların karşılaştıkları zorlukları aşmalarına yardımcı olacak ve evsiz kaldıkları günlere geri dönmelerini önleyecek önlemlerin alınmasını gerektirir.

Komite'nin evsizlere ilişkin detaylı değerlendirmesi, taraf devletlerin bu konudaki ilerlemelerini; evsizliğin azaltılıp azaltılamadığı ve evsizliğin ortadan kaldırılması için hangi önlemlerin alındığının incelenmesi bağlamında analiz edeceği hususuna açıklık getirmiştir.¹²²² Ayrıca, istatistikler, sosyal konut talebi, bu tür konutların tahsisi için beklenen ortalama süre ve dezavantajlı kişiler için bekleme süresini azaltmaya yönelik önlemler gibi bu bağlamda önemli hususlar hakkında önemli detayların elde edilmesini sağlamıştır.

Komite aynı zamanda kırılgan bireyler ve evsizliğin önlenmesi konusuna vurgu yapmıştır. Taraf devletler bu bağlamda bütün dezavantajlı grupların sosyal konutlara ve konut ödeneklerine erişimini sağlayacak konut politikalarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Ayrıca, tahliye riskini azaltacak usullerin de devreye sokulması ve bir tahliyenin gerçekleştirilmesi durumunda da bu uygulamanın insan onuruna uygun koşullarda yerine getirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.¹²²³

¹²²² Harris, Darcy, a.g.e., s.283. Conclusions 2003, Fransa.

¹²²³ Conclusions 2003, Fransa.

31. maddenin 3. paragrafına göre, konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, sözleşmeci taraflar, ev fiyatlarını, yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hale getirmeye yönelik önlemler almayı garanti altına alırlar. Komite, hane halkı ilk maliyetleri (depozito, avans-peşin ödenen kira gibi), mevcut kira bedelini ya da diğer maliyetleri (hizmet, bakım ve idare masraflarını) uzun dönem için ödemeye güçleri yetiyorsa ve içinde yaşadıkları topluma göre belirlenen asgari yaşam standartlarını sürdürebiliyorlarsa, konut fiyatlarını makul bulmaktadır. Taraf devletler aynı zamanda yeterli maddi gücü olmayanlar için makul fiyatlı yeterli standartlara sahip konutların temin edilmesini sağlamakla da yükümlüdürler. Açıklayıcı Rapor “yeterli maddi gücü olmama” kavramının Komite’nin 13.madde çerçevesindeki kararlarına da atıfta bulunularak tanımlanacağı konusuna açıklık getirmiştir.¹²²⁴ Komite, bu bağlamda devletlerin sosyal konut teminini arttırmaları ve söz konusu konutların yapımına da girişerek onları, özellikle de düşük gelirli olan ve toplumun diğer dezavantajlı kesimleri için, mali açıdan erişilebilir kılmaları gerektiğini de vurgular.¹²²⁵

31.madde bağlamında European Roma Rights Center/İtalya¹²²⁶ şikayet başvurusu incelenmiştir. Başvurunun temelini, Romanların konut hakkına yönelik üç boyutlu ihlal iddiaları oluşturmaktadır: Göçebe yaşam tarzını benimsemiş ya da bunu seçmeye zorlanmış Romanlar için kamp alanlarındaki uygun olmayan yaşam koşulları ve söz konusu alanların kapasitelerinin yetersizliği; Romanların hukuka aykırı olarak işgal ettikleri alan ve konutlardan sistematik olarak tahliye edilmeleri; yerleşik hayatı benimseyen Romanlar için ise onların ihtiyaçlarını karşılayacak, kabul edilebilir nitelikteki kalıcı konutların eksikliği. Komite oybirliğiyle, İtalya’nın söz konusu yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle, üç boyut bakımından da ihlal kararı vermiştir. Komite, kararında eşit davranma kavramına ve devletlerin pozitif yükümlülüklerine vurgu yapmıştır. Özellikle de, kalıcı konutların eksikliğine ilişkin iddialar bakımından Komite, Romanların sosyal konutlara erişim haklarını etkili bir şekilde kullanıp kullanamadıkları konusunda onlara eşit davranma yükümlülüğünü nasıl yerine getirdiği hususunda ya da sosyal konuta erişimi düzenleyen kriterlerin ayrımcı olup olmadığına ilişkin ispat yükünü taraf devlete yüklemiştir.¹²²⁷ Bu şu açıdan önemlidir ki, konut hakkına ilişkin gelecekteki şikayetler bakımından devletler için ayrımcılık iddialarını reddetmek ve aksini ispat etmek oldukça zordur.

¹²²⁴ Açıklayıcı Rapor, para.118.

¹²²⁵ Conclusions 2003, Fransa.

¹²²⁶ European Roma Rights Center/İtalya, Şikayet No: 27/2004.

¹²²⁷ European Roma Rights Center/İtalya, Şikayet No: 27/2004, para.46.

Yoksulluk ve sosyal dışlanma bağlamında değindiğimiz Avrupa Roman Hakları Merkezi (European Roma Rights Centre - ERRC) tarafından Fransa'ya karşı yapılan başvuruda da, 30.maddenin yanı sıra aynı zamanda Fransa'daki göçebe yaşam tarzını benimseyen gezgin Romanların barınma hakkına erişim haklarının engellenmesi, ırksal ayrımcılığa bağlı olarak zorla tahliye, yeterli standardın altında barınma ve güvenlik yokluğu gibi hak ihlalleri de inceleme konusu olmuştur. Komite, Fransa'nın GGASS'nın 31.(1, 2), ailenin sosyal, ekonomik ve yasal korunması hakkını düzenleyen 16., 30. maddelerini tek başına ve E maddesiyle (ayrımcılık yasağı) birlikte, ayrıca göçmen işçilerin ve ailelerinin korunması ile yardım alma hakkını düzenleyen 19.maddenin 4.paragrafını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²²⁸

Somut olayda gezginler farklı bir konumdadır ve bu farklılık göz önünde bulundurulmalıdır. Komite madde E'nin bu farklılıkların gözetilmesini ve uygun önlemlerin alınmasını gerekli kıldığını düşünmektedir. Komite, gezgin kişilerin söz konusu farklılıklarının dikkate alınmadığı ve bu kişilerin barınma haklarını kullanmak bakımından ayrımcılığa maruz kaldıkları sonucuna vararak GGASS'nın 31. maddesiyle birlikte E maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²²⁹

Yine 30.madde bağlamında değindiğimiz Uluslararası Dördüncü Dünya ATD Hareketi (International Movement ATD - All Together in Dignity- Fourth World) tarafından, Fransa'ya karşı yapılan başvuruda, aşırı yoksulluk içinde yaşayan kişilerin barınma hakkı da inceleme konusu olmuştur.¹²³⁰ Komite, konut hakkına ilişkin olarak, sosyal barınmanın, sosyal olarak pek çok mahrumiyete karşı tedbirler içeren öncelikler temin etmesi gerektiğinden, mevcut politika mekanizmasının devam eden belirgin eksikliğinin yeterli bir meşruiyet temin etmediği görüşündedir. Bundan dolayı söz konusu durum 31.madde ile birlikte E maddesinin de ihlalini oluşturmaktadır.

¹²²⁸ European Roma Rights Centre (ERRC)/ Fransa, Şikayet No: 51/2008, 19.10.2009. Bkz. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, s. 140. Komite verdiği kararı 26 Ekim 2009'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne ve ilgili taraflara bildirmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı 30 Haziran 2010'da onaylamıştır. Bkz. The Committee of Ministers adopted Resolution CM/ResChS(2010)5, 30.06.2010.

¹²²⁹ European Roma Rights Centre (ERRC)/ Fransa, para. 84-85. Yine 30.madde bağlamında değerlendirdiğimiz Romanlara ilişkin şu başvurular da barınma hakkı ihlali içermektedir. Bkz. European Roma Rights Center/ İtalya, Şikayet No: 27/2004, 07.12.2005; International Movement ATD Fourth World/ Fransa, Şikayet No: 33/2006, 05.12.2007. Benzer olarak ayrıca bkz. European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/ Fransa, Şikayet No: 39/2006, 05.12.2007.

¹²³⁰ International Movement ATD Fourth World/ Fransa, Şikayet No: 33/2006, 05.12.2007. Komite kararını 4 Şubat 2008'de ilgili taraflara ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne göndermiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2 Temmuz 2008'de kararı onaylamıştır. Bkz. The Committee of Ministers adopted Resolution Res ChS (2008)7, 02.07.2008.

Konut hakkına ilişkin olarak Komite genel olarak ve -özellikle de dezavantajlı gruplar için de- oldukça geniş ve ilerlemeci bir yaklaşım benimsemiştir. 31.madde düzenlenen konut hakkının oldukça genel bir şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen Komite hem raporlarda hem de toplu şikayet usulünde bu hakkın gerçek anlamını vermiştir. Umut edilmektedir ki, Komite bu yaklaşımını geliştirerek devam ettirsin.

5.Değerlendirme

Şart'ta yer alan bazı haklar oldukça kesin ve somut bir dille ifade edilirken (özellikle de iş/ çalışma alanına ilişkin haklar) çoğu hak ise geniş ve göreceli olarak soyut, ucu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Komite yapmış olduğu yarı-yargısal incelemelerde taraf devletlerin bu haklarla bağlantılı olan yükümlülüklerinin kapsamını tanımlamak, somutlaştırmak ve açıklamak için oldukça büyük bir çaba harcamıştır. Bu çaba bazıları için, söz konusu haklardan yararlanacak olan kişilerin öngörülen menfaatlerini geliştirdiği ve koruduğu için olumlu karşılabilir iken buna yönelik çekince ve itirazlar da yapılmıştır. Öncelikle Komite taraf devletlerin ilgili hakları gerçekleştirmek için yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerinin neler olduğu konusunda aşamalı olarak gittikçe daha somut ve kesin yorum ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek için ise Komite'nin taraf devletlerden daha çok bilgi edinebilmesi gerekmektedir. Bu durum, ulusal raporlara ilişkin Komite'nin sonuçlarında da gözlemlenebileceği üzere, Komite'nin Şart'a uygunluk değerlendirmesi yaparken daha somut ve kesin kararlar verebilmesini zorlaştırmaktadır.

Bu durumun karşısında, toplu şikayet mekanizması Komite'nin raporlama usulünde varmış olduğu sonuçlardaki yanlışlık ve eksiklikleri bertaraf etmeye yönelik bir karşı denge aracı olarak durmaktadır. Komite'nin toplu şikayet usulü neticesinde verdiği kararlar, raporlar yoluyla denetim çerçevesinde ulaştığı sonuçlara oranla çok daha etkilidir. Hükümetlerce hazırlanan ulusal raporlar, genel nitelikli ve makro düzeydedir. Bu raporlarda yer alan bilgiler, sosyal haklar alanında devletlerin olumlu edim yükümlülüklerini yerine getirdiği yönünde sonuca götürebilir. Oysa ki Komite'nin raporlar yoluyla denetim neticesinde uygunluk sonucuna vardığı ülkelerde de, GGASŞ'ye aykırılıklar yaşanabilmektedir. Örneğin Fransa 2009 sonuçlarına göre, GGASŞ'nin 30. maddesinin devletlere yüklediği olumlu edim görevini yerine getirmiş ve bu nedenle Komite, Fransa için 30. maddeye uygunluk yönünde sonuca varmıştır. Ancak aynı dönemde Fransa aleyhine yapılan iki toplu şikayetin ikisinde de Komite, Fransa'nın aleyhine olacak şekilde, GGASŞ'nin 30.maddesine aykırılık kararı vermiştir. Bu örneğin bize çok güzel anlattığı gibi, sosyal hakların devletlerin yükümlülüğü olarak değil, bireylerin hakkı olarak ele alınması önemlidir. Sosyal hakların geliştirilmesi ancak bu yolla

gerçekleşebilecektir. Bu açıdan toplu şikayet usulü, önemli bir işleve sahiptir¹²³¹ ve sosyal hakların yargılanabilirliğine yol açan, kapı aralayan bir usul olarak görülmektedir.¹²³²

Bununla birlikte, bu mekanizma da işlevini elbette kullanılabildiği ölçüde gösterebilecektir. Şart’a taraf olan oldukça az sayıda kişi tarafından söz konusu sistemin kabul edilmiş olması sistemin etkilerini sınırlamaktadır.

Bu bakımdan İHAS ile yargısal nitelikte bir denetim mekanizması ile bireysel başvuru hakkı tanınmışken, GGASŞ’de ne yargısal nitelikte bir denetim mekanizması ne de bireysel başvuru hakkı vardır. Sözleşme yükümlülüklerin denetimi için ek protokollerle getirilmiş olan toplu şikayet usulü de yetersiz kalmaktadır.¹²³³

Bir başka problem de politik bir organ olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Şart’ın usulleriyle ilgili taraf devletlere tavsiyelerde bulunabilecek yetkili tek organ olmasıdır. Bu bakımdan Komite’nin insan haklar alanındaki çabaları, alınan kararlar Bakanlar Komitesi tarafından takip edilmediği ve bu doğrultuda ilgili devletlere uygun tavsiyelerde bulunulmadığı takdirde salt akademik bir çalışma değeri taşımasından öteye geçemeyecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere Bakanlar Komitesi ise bu konuda oldukça isteksiz bir tutum sergilemektedir. Burada örnek olarak incelediğimiz haklara ilişkin olarak Komite’nin raporlama usulünde uyumsuz bulduğu sonuçlar göz önüne alındığında Bakanlar Komitesi bu sonuçlardan çok azına ilişkin, özellikle 13.madde bağlamında Yunanistan ve İtalya’ya, 11.madde bağlamında da Türkiye’ye, tavsiyelerde bulunmuştur.¹²³⁴ Toplu şikayet sonucu verilen kararlarda da benzer bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Burada incelediğimiz Fransa’nın otistik çocuklara yönelik ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine ilişkin toplu şikayet sonucu verilen karar karşısında Bakanlar Komitesi yalnızca Fransa’nın mevcut durumunu Şart ile uyumlu hale getireceğine ve bunu sağlayacak önlemler alacağına ilişkin taahhüdünü not almakla yetinmiştir.¹²³⁵ Yine 16.maddeye ilişkin Romanların konut hakkını konu edinen Yunanistan’a karşı yapılan bir toplu şikayet

¹²³¹ Ş.Gökçeoğlu Balcı, a.g.e, s.259.

¹²³² Jean-François Akandji-Kombé, “La Justiciabilité de la Charte Sociale Européenne et La Procédure de Réclamations Collectives” (Résumé), **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2011, s. 99. Aynı usulün BM ESKHS için de işlemesinin önünü açan 2008 tarihli protokol konusunda bkz. Diane Roman, “La justiciabilité des droits sociaux en droit international des droits de l’homme”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2011: 85 vd; Ülkü Halatçı Ulusoy, “Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletler’in Rolü”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2011, s.256.

¹²³³ Rüçhan Işık, Toplu Şikayet Prosedürü, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 58, 59; Melda Sur, “Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20, 1997-1998, s.83.

¹²³⁴ Bkz. Recommendations RecChS (93) 1, (94) 4 ve (2002) 1, texts in Council of Europe, European Social Charter: Collected Texts, 4th ed. (Strasbourg: Council of Europe, 2003), s.421, 438 ve 475.

¹²³⁵ Bkz. Recommendations RecChS (2004) 1, Toplu Şikayet No: 13/2002, Autism-Europe/ Fransa.

başvurusu sonucu verilen karara karşılık da Bakanlar Komitesi yalnızca Yunanistan'ın Romanların konut ve sosyal bütünleşmelerine dair almış oldukları çeşitli önlemleri belirtmiştir.¹²³⁶

Sonuç olarak Şart'ta ASHK'nin kararlarının yerine getirilmesini sağlayacak zorlayıcı bir mekanizmanın olmayışı ve Bakanlar Komitesi'nin de Şart ile uyumsuz olan üyelere yönelik olarak siyasi bir baskı oluşturmak konusundaki isteksizliği, hakları ihlal edilen kişileri taraf devletlerin Komite kararlarına uygun adımlar atmak konusundaki inisiyatifine bırakmaktadır. Her şeye rağmen, elbette şunu da belirtmek gerekir ki, Komite kararları doğrultusunda yasal düzenlemelerinde değişiklik yapan ya da mevcut bir uygulamayı değiştiren pek çok taraf devlet örneği de mevcuttur.¹²³⁷

¹²³⁶ Bkz. Recommendations RecChS (2005) 11, Toplu Şikayet No: 15/2003, European Roma Rights Centre/ Yunanistan.

¹²³⁷ U. Khaliq, R. Churchill, a.g.e., s.452.

2. BÖLÜM: SOSYAL HAKLARIN ULUSAL ALANDA YARGI YOLUYLA KORUNMASI

III- Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Yargısallaştırılması Serüveni: Farklı Yargısal Tutum ve Standartlar

“Küresel güney’i” temsil eden ülke mahkemeleri olan Güney Afrika, Hindistan ve Kolombiya’nın sosyal haklar alanında yenilikçi ve öncü kararları ile yargısal tutumları göze çarpmaktadır. Bu ülkelerin yüksek mahkemeleri, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” çerçevesinde sosyal hakların, yargının anayasal çerçeve ve görevlerini aşmadan yargısallaştırılabileceği düşüncesini destekleyecek örnek kararlar vermişlerdir. Bu bakımdan Türkiye için de önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Bu üç ülkenin yargısal tutumlarının incelenmesinin temel nedeni, bu ülkelerdeki yüksek yargı organlarının sosyal hakların korunmasına yönelik zengin bir hukuki birikim ve deneyimi ortaya koymalarının yanı sıra, insani kalkınma ve ekonomik gelişmişlik düzeyi bakımından Türkiye ile aynı düzlemde yer almalarıdır.¹²³⁸ Bu bağlamda karşılaşılan sorunlar da oldukça paraleldir; azgelişmiş bir ekonomik düzey ile birlikte insani kalkınmayı gerçekleştirme çabası, gelir dağılımındaki adaletsizlikler ve yoksulluk, Türkiye gibi küresel güneyin de ana mücadele alanlarıdır.¹²³⁹ Bunların yanı sıra, yolsuzluk, yargı bağımsızlığı gibi kurumsal sorunlar, kaynak dağılımında adaletsizlik ve mali kaynakların yetersizliği gibi karmaşık konular da gündemden düşmemektedir.¹²⁴⁰

Çalışmanın bu bölümünde esasen Türkiye ile benzer nitelikte, gelişmekte olan, “orta gelirli” ülkelerde sosyal hakların yargısallaştırılmasının analizi yapılacaktır. Ekonomik kalkınma ile birlikte sosyal adaleti de kurmaya çalışan gelişmekte olan ülkelerde, bu iki olgunun dengelemesine ilişkin -esasen temsili ve siyasi kurumların alanında olan- hususlar mahkemelerin de önüne gelmektedir. Bu bakımdan yoksulluk ve adaletsiz gelir dağılımının yaygın olduğu, kamu hizmetlerinin yeterince gelişmediği, yasama ve yürütme organlarının da

¹²³⁸ BM Kalkınma Programı (UNDP) tarafından yıllık olarak yayımlanan İnsani Gelişim Endeksi çerçevesinde, her üç ülke de Türkiye ile yakın sıralarda yer almaktadır. Bkz. <http://hdr.undp.org/en/content/table-1-human-development-index-and-its-components>, E.T. 11.02.2019.

¹²³⁹ Daniel Bonilla Maldonado, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. Daniel Bonilla Maldonado, New York: Cambridge University Press, 2013, s.25.

¹²⁴⁰ Randall Perenboom, “Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction”, **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, (Ed. Randall Perenboom, Tom Ginsburg), New York: Cambridge University Press, 2014, s.3-4.

sosyal haklara gereken önemi vermediği toplumlarda anayasa yargısı yenilikçi ve esnek hukuki yaklaşımlar geliştirmiştir. Bu durum ilk etapta bazı soru işaretleri yaratsa da, dünyadaki bu örnekler sosyal haklara ilişkin düzenlemeler ve hukuki araçlar çerçevesinde, onların yargısallaştırılması ile mahkemelerin bu dengeyi kurabildiğini; hatta, devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkisinin de ötesinde, sivil toplum ve mahkemeler arasındaki etkileşimin de buna katkı sağlayabileceğini ortaya koymaktadır.¹²⁴¹

A- Anayasal Temeller

Karşılaştırmalı anayasa yargısında sosyal haklara ilişkin benimsenen farklı yargısal tutum ve ölçütleri analiz etmeden önce, yukarıda belirtilen nedenlerle seçilmiş olan ülkelerde sosyal hakların anayasal temellerinden bahsetmek gerekir. Böylelikle, bu ülkelerdeki yargı organlarının sosyal hakları yargısallaştırırken yapmış oldukları yorumlar, kullandıkları ilkeler ve ölçütler daha iyi anlaşılabilir.

Güney Afrika, yoksulluk olgusunun şiddetli bir biçimde göze çarpması, son kuşak anayasacılık içinde yer alması, sosyal haklara anayasal düzeyde güvence sağlaması ve yine bu alandaki yargısal hareketlilik gibi çok sayıda gerekçe ile ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi (GA AYM) günümüzde sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda ülke sınırlarını aşan bir üne sahiptir. İnsan haklarının yok sayıldığı apartheid rejiminden adil, eşitlikçi, insan haklarına dayanan demokratik bir sisteme geçmek için hazırlanan 1996 tarihli Anayasa'nın varlığı da bunun temel dayanağı olmaktadır.

1996 Güney Afrika Anayasası dönüştürücü anayasacılık (transformative constitutionalism) projesi olarak ifade edilmektedir. Kavramı ilk kez kullanan Karl Klare, anayasanın maddi eşitliğe, kaynakların yeniden dağıtımına ve detaylı bir şekilde sosyal haklara yer vermekle sosyal demokrat bir karaktere büründüğünü belirtmiştir. Dönüştürücü anayasacılık, “bir ülkenin siyasal ve sosyal kurumlarını, toplumdaki güç dengelerini çoğulcu, eşitlikçi ve katılımcı bir zeminde dönüştürme hedefi çerçevesinde uzun süreli ve detaylı bir anayasa yapımı ve uygulanması projesidir ve temeli hukuka dayanan, şiddete karşı olan siyasal süreçler ile geniş kapsamlı bir toplumsal dönüşümün gerçekleştirilmesi adımıdır.”¹²⁴²

¹²⁴¹ Serkan Yolcu, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2018, s.166.

¹²⁴² Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, **South African Journal on Human Rights**, C:14, No:1, 1998, s.150.

Bu çerçevede 1996 Güney Afrika Anayasası apartheid rejimi döneminden gelen derin sosyal eşitsizlikleri ortadan kaldırmak; demokrasi, sosyal adalet ve insan onuruna dayanan bir toplum yaratmayı gerçekleştirebilecek bir hukuki temel yaratmayı hedeflemiştir. Bunun bir yansıması olarak da medeni ve siyasi hakları sosyal haklarla bütünleştiren ve hepsi de gerçekleştirilebilir olan bütüncül bir haklar listesi benimsemiştir.¹²⁴³ Anayasa’da yer alan beslenme, su, sağlık, konut gibi sosyal haklar da yargı önünde ileri sürülebilir, somut haklar olup program hüküm niteliğinde değildir. Anayasa’da devletin bu hakları yaşama geçirebilmek için erişilebilir kaynakları çerçevesinde başta yasal önlemler olmak üzere, makul önlemler almakla yükümlü olduğu da belirtilmektedir.¹²⁴⁴

Anayasa’ya özünü veren bu temel değerler, Anayasa’nın 1.maddesinde Güney Afrika Cumhuriyeti’nin dayandığı kurucu öğeler olarak şu şekilde yer almıştır: (a) İnsan onuru, eşitlik ile hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi; (b) ırk ve cinsiyet ayrımcılığının reddedilmesi; (c) anayasanın ve hukukun üstünlüğü; (d) çoğulcu ve müzakereci demokrasi.

Mahkemeler Güney Afrika’da apartheid sonrası sosyal dönüşüme yön veren değerlere kararlarıyla etki eden önemli kurumlardır. Başka bir deyişle, Güney Afrika’da mahkemelere toplumun sosyo-ekonomik dönüşümünde önemli bir rol düşmüştür. Anayasa’da yer alan geniş kapsamlı sosyal haklar listesi de mahkemelere ülkenin hukuk sistemini toplumdaki yoksulluk ve sosyal dışlanmaya cevap verebilecek şekilde geliştirebilmek için önemli bir imkan sağlamıştır.¹²⁴⁵ 1996 Güney Afrika Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden bugüne AYM, sosyal haklarla ilgili pek çok tartışmalı konuda yenilikçi ve öncü kararlara imza atmış ve sosyal hakların yargısallaştırılabilir olduğunu ortaya koymuştur.

Uzun bir İngiliz sömürge geçmişine sahip olan Hindistan ise, 15 Ağustos 1947 tarihinde İngiltere’ye karşı bağımsızlığını kazanmış ve 26 Ocak 1950 tarihinde kabul ettiği anayasa ile bugünkü modern Hindistan Cumhuriyeti’ne dönüşmüştür. Hindistan Anayasası, İngiliz yazılı olmayan anayasacılık geleneğinden beslenmekle birlikte, yazılı olarak, 395 madde ve 12 liste ile birlikte dünyanın en uzun anayasası niteliğine sahiptir.¹²⁴⁶

¹²⁴³ Sandra Liebenberg, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Claremont: Juta, 2010, s.1.

¹²⁴⁴ Ran Hirschl, Evan Rosewear, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights and Political Realities”, **The Legal Protection of Human Rights: Sceptial Essays**, (Ed. Tom Campbell, K.D. Ewing, Adam Tomkins), Oxford: Oxford University Press, 2011, s.226.

¹²⁴⁵ S.Yolcu, a.g.e., s.172.

¹²⁴⁶ Clarence .J. Dias, “The Impact of Social Activism and Movements for Legal Reform”, **Public Interest Litigation in South Asia: Rights in Search of Remedies**, (Ed. Sara Hossain), Dhaka: The University Press Ltd., 1997, s.14.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “adalet, eşitlik ve özgürlük” devletin saygı duyması ve koruması gereken temel ilkeler arasında yer almaktadır. “Adalet” ilkesi, esasen ülkenin bağımsızlığını kazanmasından bu yana, geleneksel “kast” sistemine karşı ulaşmaya çalıştığı eşitlikçi sosyal dönüşümü gerçekleştirecek politikalar oluşturulmasını ve yerine getirilmesini öngörmektedir.¹²⁴⁷ Bu ilke, ayrıca Anayasa'nın 4.bölümünde yer alan, devletin sosyo-ekonomik politikalarında dikkate alınması gereken “yol gösterici ilkelerin” de temel dayanağını ifade etmektedir.

Hindistan Anayasası'nda hukuken talep edilebilir temel haklar ile bunun karşısında yer alan program hükümler ikiliği göze çarpar.¹²⁴⁸ Anayasa'nın 3.bölümü yaşama hakkı, eşitlik, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü gibi medeni ve siyasi hakları “temel haklar” başlığı altında düzenlemektedir. 4.bölümde ise eğitim, sağlık, konut gibi sosyal haklar “devlet politikasını yönlendiren ilkeler” başlığı altında, devlet tarafından aşamalı olarak gerçekleştirilecek olan program hükümler olarak düzenlenmiştir. Anayasa, sosyal düzenle ilgili doğrudan sübjektif bir hak sunmak yerine program hükümlerle devlet organlarına bu doğrultuda düzenlemeler yapma ödevi yüklemeye yoluna gitmiştir. Bu bağlamda, sosyal haklar esasen prensip olarak yargı önünde talep edilebilecek haklar olarak düzenlenmemiştir. Bu husus, Anayasa'da da açıkça ifadesini bulmuştur: Anayasa'nın 32.maddesine göre, 3.bölümde yer alan temel haklar dava edilebilir haklar iken, Anayasa'nın 37.maddesine göre, 4.bölümde yol gösterici ilkeler olarak düzenlenen sosyal haklar dava edilemez.¹²⁴⁹

Hindistan Anayasası'nda sosyal hakları dava edilemeyen haklar (program hükümler) olarak düzenlenmiş olması kurucu iktidarın sosyal adalet dayanan yeni bir düzen kurmak ve köklü bir sosyal dönüşüm gerçekleştirme amacı çerçevesinde düşünülebilecektir. Bu bakımdan anayasa hazırlanırken sosyal hakların yer alması konusunda bir uzlaşıya varılmış ise de, bu hakların yalnızca yerine getirilmesi devletin ekonomik gücüne bağlı olan hedefler olarak düzenlenmesi tercih edilmiştir. Kurucu Meclis'te de özgürlüğüne yeni kavuşmuş bir devletin yol gösterici ilkelerin yerine getirileceği koşullara karar vermekte takdir marjı olmaması halinde bu yük altında ezilebileceği düşüncesi ağır basmıştır. Dolayısıyla bu ilkelerin ihlal edilmesi halinde politik organlar bunun hesabını seçmenlere karşı verecektir. Kurucu Meclis'e göre, yasama ve yürütme organları bu ilkelere bağlı kalmalı, bu ilkeler devlet organlarının bütün

¹²⁴⁷ S. Yolcu, a.g.e., s.238.

¹²⁴⁸ S. Muralidhar, “India: The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights”, s.102. Burada Hindistan Anayasası'nın İrlanda Anayasası'ndan etkilendiği görülmektedir.

¹²⁴⁹ Rehan Abeyratne, “Socioeconomic Rights in the Indian Constitution: Toward A Broader Conception of Legitimacy”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol:39, Issue:1, 2014, s.26.

işlemlerinin temelinde yer almalıdır.¹²⁵⁰ Bu ilkeler çerçevesinde düzenlenen hakların yaşama geçirilmesi için devlet organlarını mahkemeler değil, halkın kendisi harekete geçirmelidir.¹²⁵¹

Hindistan Anayasası'nda sosyal haklar her ne kadar program hükümler olarak düzenlenmiş ise de, biraz ileride detaylı olarak inceleneceği üzere Hindistan Yüksek Mahkemesi sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda önemli bir içtihat birikimi oluşturan bu alandaki önemli yargı organlarından birine dönüşmüştür.

Kolombiya'nın 1991 tarihli Anayasası da oldukça ileri bir anayasadır ve bu Anayasa ile kurulan Anayasa Mahkemesi, ülkedeki en üst yargı organı olarak Anayasa'nın bütünlüğünü ve bağlayıcılığını güvence altına almakla görevlendirilmiştir (md.241). Zaman içinde AYM, bu görevi çerçevesinde ülke siyasetinde baş aktörlerden biri haline gelmiştir.¹²⁵² Bu anayasa, sosyal hakları anayasallaştırması ve anayasa mahkemesinin de kurulmasını öngörmesi ile birlikte, sosyal hakların yargısallaştırılması da dahil olmak üzere, ülkedeki hukuk kültüründe köklü değişikliklere yol açmıştır. Anayasa, sosyal adalet ve eşitliğe vurgu yaparak devlete görevler yüklemiş; geniş bir hak ve özgürlük listesi ile onların korunması için etkili yargısal mekanizmalar kurmuştur.

1991 Anayasası'nın 1.maddesinde Kolombiya'nın çalışma yaşamında insan onuruna ve bireyler arasında dayanışmaya, toplumun genel yararına dayanan “sosyal hukuk devleti” (estado social del derecho) olduğu belirtilmektedir. Devletin temel nitelikleri olarak ifade edilen bu ilkeler ile anayasada yer alan hak ve özgürlükler AYM'nin sosyal hakların korunmasına ilişkin vermiş olduğu kararların temelini oluşturmaktadır.¹²⁵³

Sosyal hukuk devleti ilkesi, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin (KAYM) kararlarında sıklıkla yer verdiği kavramlardan biridir. KAYM'ye göre, sosyal hukuk devleti anlayışı, devletin aşamalı olarak sosyal refah ve adalet sistemini geliştirmesini ve bu çerçevede özellikle de toplumun en yoksul ve muhtaç kesiminin gereksinimlerine öncelik vermesini gerekli

¹²⁵⁰ S. Yolcu, a.g.e., s.239.

¹²⁵¹ Jayna Kothari, “Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed. Daphne Barak Erez, Aeyal M. Gross), Oxford & Portland: Hart Publishing, 2007, s.173.

¹²⁵² Magdalena Sepúlveda, “Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s.144.

¹²⁵³ David Landau, “The Promise of A Minimum Core Approach: The Colombian Model For Judicial Review of Austerity Measures”, **Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), New York: Cambridge University Press, 2014, s.206.

kılmaktadır.¹²⁵⁴ Mahkeme, sosyal hukuk devleti ilkesini diğer anayasal hakların yorumlanmasında temel bir ilke olarak kullanmaktadır.

Anayasa’da insan hakları üç kategori olarak düzenlenmiştir: Medeni ve siyasi haklar (temel haklar); sosyal, ekonomik ve kültürel haklar; kolektif haklar ve çevre hakları. Oldukça geniş bir sosyal hak listesi olduğu görülmektedir; çalışma hakkı, mesleğini özgürce seçme hakkı, sendikal hak ve özgürlükler, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı bunlardan bazılarıdır. Ayrıca Anayasa’nın 93.maddesi çerçevesinde Kolombiya’nın taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ülkenin iç hukukundan üstündür ve Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler bu sözleşmelere uygun olarak yorumlanmak durumundadır.¹²⁵⁵

KAYM, sosyal hakları norm denetiminin yanı sıra, esasen tutela adı verilen bireysel başvuru mekanizması aracılığıyla korumaktadır. Tutela, anayasal hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacıyla 1991 Anayasası tarafından kurulan yenilikçi bir yargısal denetim mekanizmasıdır ve zaman içerisinde sosyal hakların korunması adına KAYM için en önemli araç haline dönüşmüştür. Anayasa’nın 86.maddesine göre, “temel haklarının bir kamu otoritesi tarafından icrai ya da ihmalî eylemlerle ihlal edilen ya da tehdit edilen herkes bu haklarının ivedilikle korunması için bireysel başvuruda bulunabilecektir.”¹²⁵⁶ Bu yol da Hindistan anayasa yargısında değineceğimiz kamu yararı davası (PIL) gibi özellikle de dezavantajlı ve kırılgan kişilerin mahkemeye erişimlerini kolaylaştırmak amacıyla getirilmiştir.¹²⁵⁷ Biraz ileride detaylı olarak inceleneceği üzere, KAYM tutela aracılığıyla sosyal hakların korunması adına oldukça zengin ve aktivist bir içtihat birikimine sahiptir.

Mahkeme, sistematik ve amaca uygun yorum çerçevesinde, Anayasa’da yer alan ilkeleri esas alarak belirli koşullarda sosyal hakların tutela başvurusu aracılığıyla doğrudan korunabilir olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme’nin sosyal hakların derhal uygulanmasına ilişkin olarak üç temel yorum metodu geliştirdiği ifade edilmektedir: “temel haklar kavramının geniş yorumlanması”; “asgari gereklilik (minimo vital) doktrini”; “anayasaya aykırılık hali doktrini”.¹²⁵⁸

¹²⁵⁴ Katharine Young, Julieta Lemaitre, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, **Harvard Human Rights Journal**, C:26, 2013, s.185.

¹²⁵⁵ M. Sepulveda, a.g.e., s.145.

¹²⁵⁶ M. Sepulveda, a.g.e., s.146.

¹²⁵⁷ Rodrigo Uprimny Yepes, “The enforcement of social rights by the Colombian constitutional court: cases and debates”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, (Ed. Gargarella Roberto, Pilar Domingo, Theunis Roux), Aldershot: Ashgate, 2006, s.133.

¹²⁵⁸ M. Sepulveda, a.g.e., s.147.

B- Yargısal Tutumlar ve Ölçütler

1. Makullük Testi

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi (GA AYM), yukarıda değindiğimiz dönüştürücü anayasacılık akımının da etkisi ile sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik çeşitli yorum yöntemleri geliştirmiştir. GA AYM sosyal hak incelemelerinde hükümetin bu hakların gerçekleştirilmesine yönelik almış olduğu önlemlerin makul olup olmadığını inceleyerek “makullük (reasonableness)” testini uygulamaktadır. Mahkeme bu çerçevede yapmış olduğu incelemelerinde, sosyal hakların yaşama geçirilmesine ilişkin benimsene bir politikanın yerindeliğini veya kaynaklarının tahsisine ilişkin yöntemleri, istisnai haller dışında, ele almaktan kaçınmaktadır.¹²⁵⁹ Ancak verilen kararların sosyo-ekonomik politikaların değişim ve dönüşümüne yol açabildiği de görülmektedir. Mahkeme, alınan önlemlerin ya da politikaların kapsamlı ve tutarlı olması, mevcut mali kaynakların kullanılması, toplumun en dezavantajlı kesimlerinin ihtiyaçlarını karşılaması; kısa, orta ve uzun vadeli ihtiyaçları dengelemesi, ayrımcılığa yol açmaması; dengeli, esnek ve şeffaf olması şartıyla makul olduğunu kabul etmektedir.¹²⁶⁰

GA AYM, önüne gelen başvurularda başvurucunun tarihsel olarak dezavantajlı bir kesimden olup olmadığına da bakmakta, daha sonra başvuru konusu olan eylem ya da işlemin bu dezavantajı ve adaletsizliği ortadan kaldırıp kaldıramayacağını, başvuru üzerindeki etkilerini, özellikle de insan onurunu zedeleyip zedelediğini göz önüne almaktadır.¹²⁶¹ Bu bakımdan sosyal haklara ilişkin başvurularda yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile insan onuruyla bağlantılı olarak şiddetli olumsuz etkiler ortaya çıkıyorsa, ayrımcılık ve sosyal dışlanma olguları besleniyorsa AYM bu hususları da dikkate almaktadır.¹²⁶²

GA AYM’nin makullük testini ilk olarak sağlık hakkına ilişkin bir başvuru olan Soobramoney davasında uygulamıştır. Bu davada işsiz olan davacı Bay Soobramoney diyabet hastası ve iskemik kalp hastasıdır. Zaman içinde böbrekleri iflas etmiş ve artık tedavi edilemez hale gelmiştir. Davacının diyaliz tedavisi diyaliz makinesi eksikliği ve kaynakların sınırlı

¹²⁵⁹ Jonathan Berger, “Litigating for social justice in post-apartheid South Africa: a focus on health and education”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World**, (Ed. Varun Gauri, Daniel M. Brinks, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s.75.

¹²⁶⁰ David Bilchitz, “Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine”, **International Journal of Constitutional Law**, 12 (3), 2014, s.726.

¹²⁶¹ Evadne Grant, “Human Dignity and Socio-Economic Rights”, **Liverpool Law Review**, Vol: 33, 2013, s.241.

¹²⁶² E. Yıldırım, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, Cilt:2, Vol:2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.1150.

olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Addington Hastanesi sadece kısa dönemde tedavi olabilecek ve böbrek nakli için uygun hastaları kabul etmektedir. Kalp sorunu nedeniyle davacı ne kısa süreli tedaviye, ne de böbrek nakline elverişlidir.

Anayasa'nın 27.maddesi "sağlık hizmeti, gıda, su ve sosyal güvenlik" başlığını taşımaktadır. Maddenin ilk fıkrasında herkesin sağlık hizmetine, yeterli gıda ve suya, eğer kendilerine ve onlara bağlı olanlara bakamıyorlarsa uygun bir sosyal yardım ve sosyal güvenliğe giriş hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. 2.fıkrasında devletin mevcut kaynakları çerçevesinde bu hakların giderek artan bir şekilde gerçekleştirilmesi için makul yasal ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü düzenlenmiş, son fıkrada ise kimsenin acil tıbbi yardım müdahalesinin reddedilemeyeceği ifade edilmiştir.

GA AYM kararında kronik bir rahatsızlığın devam eden tedavisinin Anayasa'nın 27.maddesinin 3.fıkrası kapsamında düzenlenen acil tıbbi tedavi hakkı kapsamında yer almadığını; bu bağlamda söz konusu düzenlemenin anlamının ani bir felaket yaşayan bireyin acil tıbbi yardım talep etmesi halinde ambulans veya diğer acil hizmetlerin reddedilmemesi, hastaneden gerekli tıbbi bakım ve yardımlar yapılmadan geri çevrilmemesi olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre davacının durumu bu kategoriye girmemektedir.

GA AYM, davayı md.27/1-2 çerçevesinde değerlendirmiş, sağlık hakkının yaşama hakkından bağımsız biçimde, genel olarak "sağlık hizmetlerine ulaşılabilirlik" olarak yorumlanması gerektiğine de işaret etmiştir. Kararda Anayasa'nın 27.maddesinde yer alan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının bir devlet hastanesinde sağlık hizmetinden yararlanma hakkı olarak algılanıp algılanmayacağını tartışmış ve devletin yeterli gıda, su, sosyal güvenlik hakkı gibi elde edebildiği kaynaklardan sağlık hizmeti sağlama yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca KwaZulu-Natal sağlık biriminin herkese bu hizmeti sağlamada yeterli kaynakları olmadığını da saptamıştır. Mahkeme'ye göre, eğer davacıya bu olanaklar sağlansaydı aynı durumda olan herkese sağlanması gerekirdi ve hastanenin kaynakları bunun için yeterli değildir. GA AYM, kararında "sınırlı bir bütçe ile nasıl en fazla hastaya en çok avantaj sağlanır kararı oldukça zor ve ıstıraplıdır. Bu, mahkemenin vereceği bir karar değildir." ifadesini kullanmıştır.

Ayrıca ihtiyacı olan herkes için diyaliz olanağının yaratılması, sağlık bütçesinde yoğunlaşmaya neden olacak ve devletin diğer sosyal alanlardaki yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacaktır.

Sonuç olarak Mahkeme'ye göre, "Devletin Anayasa'nın 27.maddesinde yer alan anayasal yükümlülükleri yerine getirmekte anayasadan kaynaklanan görevi bulunmaktadır. Ancak söz konusu olayda devletin kronik böbrek hastası olan herkes için böbrek diyaliz olanağını sağlayamamasının bu yükümlülüğün ihlali anlamına geleceği ortaya konulamamıştır."¹²⁶³ Burada AYM makullük testini dar yorumlayarak idareye geniş takdir alanı tanımıştır.

Soobramoney kararı sosyal hakların yüklediği pozitif yükümlülüklerle ilişkin makullük denetiminin temelini oluşturmakla birlikte, Anayasa'nın özünde yer alan insan onuru, eşitlik gibi ana değerlerle ve sağlık hakkına ilişkin düzenlemelerle korunmak istenilen hedeflerle yakın bir bağ kuramadığı görülmektedir. Mahkeme, sağlık hakkının normatif içeriğini değerlendirmek yerine idarenin işlemini makullük ve rasyonellik ve hakkaniyete uygunluk açısından ele almış; ancak bu ölçütleri insan hakları değerlerinin nasıl etkilediği sorgulanmamıştır.¹²⁶⁴

GA AYM'nin bütçe tahsisi ve diyaliz tedavisine ilişkin kararları ele alma biçimi, sağlık hakkını "hak" temelli bir şekilde değerlendirmesine ve sosyal hakların dönüştürücü niteliğine ağırlık vermesine yeterince imkan vermemektedir. GA AYM sağlık hakkı ile sıkı bağlar kurabilseydi davacının talebinin reddedilmesinin neden hukuka uygun olduğunu daha doyurucu biçimde açıklayabilirdi. Şunu da belirtmek gerekir ki, mahkemelerin sosyal hakların niteliğine ve içeriğine ilişkin karar ve değerlendirmeleri olmaksızın bu haklar sosyo-ekonomik politikalar ve bütçeye ilişkin kararlarında temel bir etki gösteremeyecektir.¹²⁶⁵

GAYM'nin Grootboom ve diğerleri kararı¹²⁶⁶ makullük testinin uygulandığı önemli kararlardandır ve konut hakkı bağlamında emsal teşkil etmektedir. Güney Afrika'nın Oostenberg bölgesinde yaşayan, aralarında Bayan Grootboom'un da yer aldığı Wallacedene gecekondu bölgesi sakinleri, konut haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmışlardır. Söz konusu bölge, imarsız; su, elektrik, kanalizasyon gibi alt yapı hizmetlerine sahip olmayan ve sel tehlikesi altındaki bir bölgedir. Bölge halkı uzun bir süre önce devletin düşük gelirli için sunduğu toplu konut projesine isimlerini yazdırmış ancak bir sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine, söz konusu kişiler, yakınlardaki boş, toplu konut için kamulaştırma kararı alınmış ancak halihazırda özel bir kişiye ait bir alana taşınırlar. Ancak buradan da ise, söz konusu alanın

¹²⁶³ Soobramoney v. Minister of Health (No:2), 2002 (5) SA 765 (CC), para. 36.

¹²⁶⁴ S. Yolcu, a.g.e., s.179.

¹²⁶⁵ S. Liebenberg, Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution, s.141, 142.

¹²⁶⁶ Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC).

malikinin istemi üzerine kişisel eşyalarını dahi alamadan evleri yıkılarak tahliye edilirler. Mahkeme, evlerinden edilen bu kişiler ile kamu otoriteleri arasında geçici ya da kalıcı konut sağlanması hususunda müzakere sürecini yönetir. Sonuç olarak evsiz kalan bu kişilere sunulan yeni yerler de ağır kış şartlarına karşı yeterli gelmediğinden olay dava sürecine yansımıştır.

Güney Afrika Anayasası'nda konut hakkı 26.bölümünde düzenlenmiştir. GA AYM, Mahkeme, 26. bölümde “hakkın kademeli olarak, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde, yerine getirilebileceği” şeklinde bir düzenleme olsa da toplumdaki kırılgan ve savunmasız kesimde yer alan kişileri dikkate almayan, bu kesime yönelik öncelikli plan ve programlar oluşturmayan, hedefler koymayan düzenleme ve uygulamaların makuliyet ölçütünü karşılayamayacağını, hakkın aşamalı olarak gerçekleştirilmesi olgusunun da takdir yetkisi çerçevesinde sınırsız bir hareket serbestisi vermediğini, bu anlamda keyfi olarak yorumlanamayacağını belirterek, Türkiye bakımından 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin sınırlarının yorumunda da dikkate alınabilecek yol gösterici ilkeler tespit etmektedir.¹²⁶⁷

Mahkeme kararında devletin pozitif yükümlülüklerini üç noktada netleştirmektedir: İlki, toplumdaki ekonomik düzey farklılıklarını dikkate alarak makul tedbirler almak; ikincisi, en uygun ve etkili önlemleri aşama aşama yerine getirmek ve nihayet kaynakların belirleyiciliği.¹²⁶⁸

GA AYM, bu davada davacıların devletten yoksulları ve toplumun diğer dezavantajlı kesimlerini dışlamayacak şekilde konut politikası geliştirip uygulayarak konut haklarının gerçekleştirilmesini talep etme yönünde bir karar vermiştir. Mahkeme, devletin konut politikasını evsizler için gerekli düzenlemeler içermemesinden dolayı yetersiz bulmakla beraber, bir icra emri vermeyerek “uygulanacak önlemlerin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesi, esas olarak yasama ve yürütmenin alanına aittir”, demiştir.¹²⁶⁹ Mahkeme, burada konut hakkını esastan incelemektense usuli bir yolla korumaya çalışmıştır.

Kararda, hakların bütünselliği ve anayasanın bütünselliği ilkeleri de vurgulanmıştır. GA AYM, Anayasa'da yer alan sosyal haklar ile medeni ve siyasi hakların karşılıklı olarak birbirine bağlı olduğunu; özgürlük, eşitlik ve insan onurunun barınacak bir yeri olmayan ve temel

¹²⁶⁷ Zülfiye Yılmaz, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasası Uygulamaları”, *İÜHFM*, C: LXXII, S. 1, 2014, s. 703.

¹²⁶⁸ Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/1, s. 217.

¹²⁶⁹ Murray Wesson, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, *Human Rights Law Review*, 2012, s.233.

ihtiyaçları karşılanamayan toplumun kırılgan ve dezavantajlı kesimlerinden esirgendiğini, sosyal hakların herkese tam ve eksiksiz bir şekilde tanınmasının medeni ve siyasi hakları da garanti altına alacağını ve onların yaşama geçirilmesini sağlayacağını ifade etmiştir.¹²⁷⁰

Sonuçta bir icra emri içermemesine rağmen dava konusunun bir “hak” olduğu ve kaynakların sınırlılığı da ihmal edilmeden devletin yükümlülüğünün “mahkemelerin uygulayabileceği ve uygun koşullarda yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük” olduğu kabul edilmiştir.¹²⁷¹

Grootboom kararı öğretilde yasamanın ve yürütmenin işine karışmadan, karmaşık ve çok merkezli politika süreçlerine girmeden mahkemelerin sosyal hakları koruyabileceğinin güzel bir örneği olarak gösterilmiştir.¹²⁷² Makullük testinin uygulandığı Grootboom kararında Mahkeme davacıları haklı bulmakla birlikte başvuruclara konut sağlanması yönünde bir karar almadığından kararın uygulamada evsizler için fazla bir anlamı olamamış; somut anlamda konut hakkına ilişkin herhangi bir iyileşmeye neden olmamıştır. Davaya adını veren Bayan Grootboom davanın sonuçlanmasından 8 yıl sonra hala evsiz olarak konut bekleme listesindeyken ölmüştür. Sosyal hakların yargısallaştırılmasının en ileri düzeyde olduğu ülkelerden biri olan Güney Afrika’da bile bürokrasi ve siyasi organların sistematik ilgisizliği ve isteksizliği GA AYM’nin eleştirilmesine sebep olmuş; makullük yaklaşımının yasama ve yürütmeye fazla takdir yetkisi bıraktığı ileri sürülmüştür.¹²⁷³

GA AYM’nin makullük testini uygularken devletin sosyo ekonomik bir politikasını makul bulmayarak icra emri verdiği kararları da vardır. Treatment Action Campaign (TAC) ya da kısaca Nevirapine¹²⁷⁴ davası, anneden çocuğa HIV virüsü geçme riskini azaltan bir ilacın ücretsiz olarak pilot bölge seçilen yerler dışında verilmesinin kısıtlanmasına ilişkindir. Nevirapine adlı ilaç, anne sütü veya doğum aracılığıyla bulaşabilme tehlikesi olan HIV/AIDS virüsünün anneden bebeğe geçmesini önlemektedir. Sağlık alanında faaliyet gösteren insan hakları savunucuları ve sivil toplum örgütleri, ilacın üreten firmanın beş yıl süre ile ilacı bedelsiz olarak temin etme güvencesi vermesine rağmen, alınan bu kararın Anayasa’nın 27. maddesindeki sağlık hakkı ile 28. maddesindeki çocukların temel sağlık hizmetlerine erişim

¹²⁷⁰ Grootboom and others, para. 23.

¹²⁷¹ B. E. Oder, Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 218.

¹²⁷² Mark Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton: Princeton University Press, 2008, s.243.

¹²⁷³ Dennis M. Davis, “Socioeconomic rights: Do they deliver the goods”, **International Journal of Constitutional Law**, 6(3-4), 2008, s.706.

¹²⁷⁴ Treatment Action Campaign and Others v. Minister of Health and Others (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC).

hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davada hükümet tarafından alınan önlemlerin HIV pozitif anne ve onların yeni doğmuş bebeklerinin sağlık hakkına erişilebilirliğini engelleyip engellemedikleri incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu davada da, sağlık hakkının ikinci paragrafında yazan “hakkın kademeli olarak mali kaynaklar ölçüsünde gerçekleştirileceği” şeklindeki düzenleme ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.¹²⁷⁵ Mahkeme, burada, hükümetin pilot bölge ile sınırlı olarak ilacı dağıtımının makul sayılıp sayılamayacağını değerlendirmiştir. AYM, konuyla ilgili politikaların Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vererek ilacın tüm bölgelerde verilmesine hükmetmiştir. Bu şekilde yargı organı ilgili hükümet politikasının değiştirilmesini sağlamış ve hükümete yeni sorumluluklar yüklemiştir.

TAC kararı GA AYM’nin sosyal haklarla ilgili içtihadında istisnai bir duruşu simgeler, çünkü Mahkeme’nin genel tutumu, sosyal hakların yargısallaştırılmasına usuli açıdan yaklaşılarak somut çıktılar üretmek amacı taşımaktan uzaktır. Burada HIV virüsü taşıyan hastalarla ilgili meselelerde GA AYM’nin farklı bir duruş sergilediği görülmektedir. Mahkeme, bu gibi hassas konularda sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasında bir ilişki kurarak ihlal kararı ile birlikte icra emri de verebilmektedir.¹²⁷⁶

GA AYM, TAC dışındaki kararlarının sosyal haklar açısından yeteri kadar koruyucu olmadığı gerekçesiyle eleştirilerin hedefi olurken TAC kararında ise fazla ileri giderek erkler ayrılığı ilkesine aykırı karar vermekle suçlanmıştır.¹²⁷⁷ Güney Afrika Anayasası’nda dava edilebilir sosyal haklara yer verilmesine rağmen AYM’nin benimsemiş olduğu makullük testinin sosyal hakların yargısallaştırılmasını salt usuli bir korumaya indirgeyerek amaçlananın aksine, uygulamada en kötü durumda olanların acil ihtiyaçlarının karşılanmasına imkan tanımadığı ileri sürülmüştür.¹²⁷⁸ Sosyal hakların içeriğine yönelik bir değerlendirme yapılmaksızın hükümetin almış olduğu önlemlerin makul olup olmadığı, zaman içerisinde gerçekleştirilmesinin sağlanıp sağlanamayacağının anlaşılması kolay değildir.¹²⁷⁹

¹²⁷⁵ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 709.

¹²⁷⁶ K. Young, J. Lemaitre, a.g.e., s.211.

¹²⁷⁷ E. Yıldırım, a.g.e., s. 1151.

¹²⁷⁸ Murray Wesson, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, **Human Rights Law Review**, 12 (2), 2012, s.238.

¹²⁷⁹ David Bilchitz, “Constitutionalism, the Global South and Economic Justice”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. D.B.Maldonado), New York: Cambridge University Press, 2013, s.74.

Kararlardan anlaşıldığı üzere, GA AYM makullük ölçütünü kullanmakta ve 1.Bölüm’de değindiğimiz ESKHK’nin genel yorumlarında yer alan asgari öz/ çekirdek yükümlülük kavramına mesafeli yaklaşmakta¹²⁸⁰; asgari özü/çekirdeği tespit edip uygulamanın kendi işi olmadığı görüşündedir. Mahkeme, bu durumun hükümete gerçekçi olmayan yükümlülükler getirmesinden endişe etmektedir.¹²⁸¹ Bu bakımdan hakkın asgari özünün/ çekirdeğinin derhal uygulanması yerine makullük testini kararlarında kullanmaktadır. Asgari öz/ çekirdek yükümlülükler her hakkın temel düzeyde gerçekleştirilebilmesini gerektirir. Makullük ölçütünde ise alınan önlemlerin makul olup olmadığı somut olay çerçevesinde değerlendirilir.¹²⁸²

GA AYM’ye göre kendisine yöneltilen makullük yerine sosyal hakların içeriğini asgari öz/ çekirdek olarak tanımlama çağrısı erkler ayrılığına aykırı olacak şekilde Mahkeme’nin sosyo-ekonomik politikalar alanına müdahale etme tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Buna bağlı olarak da Mahkeme bu yolu istisnai haller dışında tercih etmemiştir. Soobramoney, Grootboom ve TAC kararlarında GA AYM sağlık ve konut hakkıyla ilgili derhal uygulanabilir asgari özün/ çekirdeğin içeriğini tespit edecek yeterli bilgiye sahip olmadığını ısrarla vurgulamıştır.

Mahkeme’ye göre, asgari öz/ çekirdek testi ulusal üstü insan hakları hukukunda, örneğin ulusal sağlık programlarının değerlendirilmesinde faydalı olabilir ama somut olaylar karşısında mahkemeler için çok da uygun olmayabilir.¹²⁸³ Asgari öz/ çekirdek yaklaşımı neyin asgari öz/ çekirdek olduğunu, bunların nasıl tanımlanması gerektiğini tek başına yargıya bırakma riskini taşıdığından, mahkemelerin kamusal meşruiyetlerine ve güçler arası diyalog ile iş birliğine zarar verebilir. Buna karşılık makullük yaklaşımı diyaloga çok daha açık bir kapı bırakmaktadır. Eğer bir hakkın asgari çekirdeğine ilişkin normatif tanımlar yapılır ise, sosyal hakların

¹²⁸⁰ 1.Bölüm’de BM ESKHK bağlamında değinildiği üzere, Komite’nin özellikle de taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkin 3 No’lu Genel Yorumu ile 9 No’lu Genel Yorumunda belirli bazı sosyal hakların doğrudan uygulanabilir ve dava edilebilir oldukları açıkça vurgulanmaktadır. Komite’ye göre, sosyal hakların asgari düzeyde bile sağlanamadığı durumlar ile gerçekleştirilmesi devlete mali külfet yüklemeyen ve bu bakımdan zaman içerisinde, aşamalı olarak gerçekleştirilmesinin beklenilmesi gerekli olmayan hakların dikkate alınması gerekir. Aksi halde, bu hakların diğer haklarla nitelik olarak aynı değerde olduğunu savunmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Bu bakımdan BM ESKHK tarafından tespit edilen derhal uygulanması gereken hükümler ile asgari çekirdek yükümlülükler boyutu ile de, sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

¹²⁸¹ Paul O’Connell, George Katrougalos, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cherly Saunders), London & New York: Routledge, 2013, s.380.

¹²⁸² D. Brand, “The Proceduralisation of South African Socio-Economic Rights Jurisprudence, or “What are Socio-Economic Rights For?”, **Rights and Democracy in a Transformative Constitution**, (Ed. H. Botha, A. van der Walt, J. van der Walt), New York: Sun Press, 2004, s.33.

¹²⁸³ P. O’Connell, G. Katrougalos, a.g.e., s.382.

temelinde yer alan değer ve kavramlar hakkında sivil toplumun görüşlerini almak ve hakların gerçekleştirilebileceği farklı olasılıkları değerlendirmek de mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle, her bir hakkın gerçekleştirileceği asgari düzeyi belirlemek, yeterli kaynak olması halinde bile insanları asgari düzeyde yaşamaya mecbur etme sonucunu doğurabilecektir.¹²⁸⁴

Makullük testinin ise ekonomik kriz dönemlerinde, pozitif yükümlülükler bağlamında sosyal hakların korunmasında yetersiz kaldığı, asgari öz yaklaşımın ise daha geniş bir koruma alanı sağladığı, ciddi bir mali kriz ortamında bile asgari bir eşiğin altına inilmemesini garanti altına alacak hakkın asgari özünün/ çekirdeğinin varlığı önemli bir güvence olduğu ileri sürülmektedir. Kaynakların kıtlığı sorununun ön plana çıktığı kriz zamanlarında bunların dağıtımının nasıl yapılacağı bir önceliklendirme değerlendirmesini zorunlu kılmaktadır.¹²⁸⁵ İşte asgari öz/ çekirdek yaklaşımı hakların belli bir düzeyin altına inmesini engelleyerek kaynak dağıtımını sorununun durumu en kötü olanlar lehine çözer.¹²⁸⁶ Hakkın asgari özü/ çekirdeği, sosyal hakların gerçekleştirilmesinde başlangıç noktası olarak da nitelendirilebilecektir. Bununla birlikte özellikle kriz dönemlerinde asgari özün/ çekirdeğin nasıl uygulanacağı mahkemeleri bir ikileme karşı karşıya bırakmaktadır: Katı bir şekilde uygularlarsa diğer erklerin alanına girmekle suçlanacaklar, uygulamazlarsa da hakları korumamakla itham edileceklerdir.¹²⁸⁷

Güney Afrika deneyiminden hareketle, şunu da belirtmek gerekir ki uygulanan programların makul olup olmadığını değerlendirmek için kullanılan ölçütlerin ucu açık ve belirsiz olması da, mahkemelerin sosyal hakların normatif içeriğini açıkça belirlemekten kaçınmalarına sebep olacaktır. Bu bakımdan makullük yaklaşımının da sosyal hak sahiplerine uygulanabilir bir hak sunmayarak etkilerinin sınırlı olduğu siyasi süreçlerde haklarını aramaya ittiği dile getirilmektedir. Ancak makullük ölçütünün hükümete serbesti verdiği ve ekonomik kararların toplumun daha geniş bir kesimi tarafından tartışılmasını sağladığı da doğrudur. Bu nedenle, her iki ölçütün birbirini destekleyecek şekilde bir arada kullanılması önerilmektedir: GA AYM'nin hakkın asgari özünü/ çekirdeğini tespit ettikten sonra makullük testi yapması, sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi açısından daha uygun olabilecektir.¹²⁸⁸ Böylelikle idarenin gerekli adımları atmaması ya da atamaması durumlarında mahkeme

¹²⁸⁴ S. Liebenberg, "Socio-Economic Rights: Revisiting the Reasonableness Review/ Minimum Core Debate", **Constitutional Conversations**, (Ed. S.C. Woolman, M. Bishop), Pretoria: PULP, 2008, s.309, 310.

¹²⁸⁵ D. Bilchitz, "Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine", s.712.

¹²⁸⁶ D. Bilchitz, "Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine", s.730.

¹²⁸⁷ Xenophon Contiades, Alkmene Fotiadou, "Socio-economic rights, economic crisis, legal doctrine: A reply to David Bilchitz", **International Journal of Constitutional Law**, 12(3), 2014, s.675.

¹²⁸⁸ S. Liebenberg, "Socio-Economic Rights: Revisiting the Reasonableness Review/ Minimum Core Debate", s.327.

kararları anlamsız hale gelme riskinden kurtulabilecektir. Bir kişi veya grup temel kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi veya kaynakların tahsisi ile ilgili bir hak ihlaline uğramışsa bu ihlalin giderilmesinin asgari öz/ çekirdek yaklaşımıyla daha kolay ve etkili bir şekilde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde, en kötü durumdaki davacılar için somut bir çözüm sunulabilecektir.

Mahkemeler hakkın asgari özünü belirlerken hem somut olayın özgün koşullarını, hem de benzer durumlarda diğer uluslararası organlarca verilen kararlara temel oluşturan yorumları dikkate almalıdırlar. Bu kararların dikkate alınması, sosyal hakların yorumlanmasında farklı ölçütlerin geliştirilmesine yardımcı olacaktır. Sonuç olarak makullük ölçütünü kullanırken sosyal hakların içeriklerinin, somut bir olayda tehdit altında bulunan hakların ve mağdur kesimlerin bu haklara erişimini olanaksız kılan durumların daha sistemli ve ilkelî şekilde yorumlanması gerekir.¹²⁸⁹

2. Anlamlı Anayasal Diyalog

GAYM'nin geliştirmiş olduğu bir başka ölçüt olarak, güçler arasında anlamlı anayasal diyalog ve iş birliği mahkemelerin yargısal denetiminin demokratik meşruiyet sorunu aşamasında etkili bir yöntem olabilmektedir.¹²⁹⁰ Böylelikle hem bireylerin sosyal hakları korunabilmekte, hem de yasama ve yürütmenin sosyo-ekonomik politikalarına saygı gösterilerek demokratik meşruiyet sorunu aşılmaktadır. GA AYM de taraflar arasında anlamlı bir diyaloga girilip girilmediğini hükümetin politikasının makullüğünü belirlemenin yollarından biri olarak incelemektedir.

Anlamlı anayasal diyaloga örnek olarak Mahkeme'nin *Occupiers of 51 Olivia Road* davasındaki yaklaşımı örnek olarak verilebilir. GA AYM'nin bu kararında makullük ölçütü yerine daha çok sosyal hakların “usulî” boyutu ön plana çıkmıştır.¹²⁹¹ Bu davada Johannesburg'da yaşayan bir grup yoksul başvurucunun güvenli olmayan ve çok ağır koşullarda yaşadıkları konutlarından belediyece tahliye edilmesine karar verilmiştir. Davacılar bu tahliye kararının iptali için başvuruda bulunarak yaşadıkları yerin çok kötü koşulları olduğunu ancak belediyenin de buna karşılık kendilerine alternatif bir barınma imkanı

¹²⁸⁹ S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights: Revisiting the Reasonableness Review/ Minimum Core Debate*”, s.323-333.

¹²⁹⁰ Anashri Pillay, “Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt:10, No:3, 2012, s.732.

¹²⁹¹ Stuart Wilson, Jackie Dugard, “Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves”, *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?*, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s.44, 45, 46.

sunamadığını ve tahliye kararı alınmadan önce buna ilişkin olarak kendilerinin bilgilendirilmediğini, herhangi bir müzakerede bulunulmadığını ifade etmişlerdir. GA AYM, özellikle de usule ilişkin iddiaları dikkate alarak belediyenin tahliye kararını durdurmuş ve belediye ile davacıların anayasal değerler ışığında anlamlı bir diyalog (meaningful engagement) içine girmelerini istemiştir.¹²⁹² Bu diyalog sonucunda belediyenin konutlarda bazı iyileştirmeler yapması, başvuruçuların bir süre daha mevcut konutlarında kalması ve belli bir süre sonra belediyenin göstereceği başka bir bölgedeki konutlara taşınması hususunda taraflar aralarında anlaşmışlardır.¹²⁹³

Anlamlı diyalog, sosyal hakların yerine getirilmesi sürecinde tarafların mahkemenin emri üzerine zorunlu olarak birlikte müzakere etmelerini ifade etmektedir. GA AYM bu kararında anlamlı diyalog kavramını sosyal hakların yargısallaştırılmasının bir unsuru haline getirmiş ve bu kavramın makullük ölçütünün de temel taşlarından biri olduğunu, bu bakımdan da Anayasa’da konut hakkını düzenleyen 26.maddenin 2.fıkrasının usuli bir gerekliliği olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede GA AYM idarenin tahliye kararı almadan önce evsiz kalma tehlikesi yaşayan kişilerle müzakere etmesi ve bu kişilerin dile getirdikleri taleplere makul bir şekilde yanıt vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu makul yanıtlatın neler olduğunu tanımlamak yerine ise kalıcı konut yapmak gibi çeşitli örneklerin olabileceğini belirtmiştir.

Occupiers of 51 Olivia Road kararı sosyal hakların yargısallaştırılmasında benimsenen yeni bir yargısal yaklaşımın ilk örneğidir. Bu yaklaşım, özellikle de bireyler ile kamu otoriteleri arasında bir uzlaşma zemini oluşturma çabası bakımından yenilikçidir. GA AYM, kararda konut hakkının maddi içeriğinden ziyade taraflar arasında bir müzakere süreci ile elde edilecek bir uzlaşma ön plana çıkmaktadır.

Anlamlı diyalog, belirli grupların görüş ve taleplerinin devlet tarafından dikkate alınmasını sağlayan bir katılım süreci yaratarak sosyal haklarla ilgili karar alma ve öncelik belirleme süreçlerini etkileyebilme ve dönüştürebilme potansiyeline sahiptir. Bu yaklaşım, mahkemelerin kararlarını oluşturma sürecini katılımcı demokrasi çerçevesinde yapılandırabilmesine de katkı sağlayacaktır. Anlamlı diyalog; mahkemelerin, yurttaşların ve

¹²⁹² Brian Ray, “Engagement possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy”, **Washington University Global Studies Law Review**, 9(3), 2010, s.399.

¹²⁹³ D. Bilchitz, “Constitutionalism, the Global South and Economic Justice”, s.90.

temsili organların birlikte anayasanın anlamını müzakere etmeye katıldığı bir anayasal iletişim sürecini ifade etmektedir.¹²⁹⁴

Anlamli diyalog mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda diğerklerle doğrudan çatışma içine girmesini engellemekle birlikte mahkemenin yorumlayıcı rolü üzerinde sınırlayıcı bir etkiye neden olabilir. Bu yaklaşımın başarılı olabilmesi için mahkemenin önceden esasla ilgili normatif parametreleri tespit etmesi gerekmektedir.¹²⁹⁵ Mahkemelerin anlamli diyalogun tüm süreçlerinde yer alması, etkin bir gözetim rolü oynaması başarı şansını arttıracaktır.

Bunun yanı sıra, söz konusu yöntemin yoksul kişiler açısından bir anlam ifade edebilmesi ve uygulanabilmesi için bu kişilerin sürece ilişkin yeterli derecede bilgi sahibi olmaları ve iyi bir şekilde organize olmaları gerekmektedir. Elbette, devletin de yine yoksul kişilere karşı onların dezavantajlı konumlarını dikkate alması, iyiniyetli, şeffaf ve açık bir şekilde sürece katılması gerekir. Bu şekilde karşılıklı uzlaşma kolaylaşarak tarafların birbirleriyle rasyonel ve karşılıklı yarar sağlayacak şekilde diyalog kurabilmesini sağlar, yargılama masraflarını azaltır, dava konusunun adil olup olmadığı ve kamu yararı bulunup bulunmadığı hususlarında kamuoyunda bir etki yaratır.¹²⁹⁶ Aksi halde anlamli diyalog, dezavantajlı grupların ihtiyaçlarını göz ardı ederek, salt önceden belirlenmiş politikaların uygulanmasına ve onların meşrulaştırılması çabasına dönüşebilecektir.¹²⁹⁷

Öğretide Olivia Road kararının sosyal hakların yargısallaştırılması alanında önemli bir gelişmeyi yansıttığı; anlamli diyalog çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geleneksel yargılama usulleri ile birleştirerek melez bir uyuşmazlık çözümü modelini ortaya koyduğu, bu yöntemin mahkemelerce verilen kararların meşruluğunu da güçlendirebileceği belirtilmektedir.¹²⁹⁸ Bu sürecin geleneksel yargılama usullerinden daha demokratik olduğu, sosyal hakların yargısallaştırılmasına yönelik olarak ileri sürülen endişe ve itirazlara karşı daha esnek ve duyarlı olduğu da ifade edilmektedir.¹²⁹⁹

¹²⁹⁴ Brian Ray, "Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socioeconomic Rights Litigation", **South African Journal on Human Rights**, C:27, 2011, s.109, 114.

¹²⁹⁵ Lilian Chenwi, "Democratizing the Socio-economic Rights-enforcement Process", **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Iquiries**, (Ed. Helena Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), New York: Rotledge, 2015, s.193.

¹²⁹⁶ S. Wilson, J. Dugard, "Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves", s.46, 47.

¹²⁹⁷ S. Wilson, J. Dugard, a.g.e., s.46.

¹²⁹⁸ S. Yolcu, a.g.e., s. 194.

¹²⁹⁹ Brian Ray, "Extending the Shadow of the Law: Using Hybrid Mechanisms to Develop Constitutional Norms in Socioeconomic Rights Cases", **Utah Law Review**, C:2009, No: 3, 2009, s.799, 800.

Sonuç olarak GA AYM deneyimi, sosyal hakların yargısallaştırılmasının erkler ayrılığı ilkesine zarar verilmeden mümkün olduğunu ancak hiç de kolay olmadığını göstermektedir. Mahkeme, sosyal hakların dava edilebilirliği hususunda konuyu bireysel düzeyde bir hak arama olarak ele almamakta; sosyal haklar yargı önünde ileri sürülemez demekle, hükümeti ihtiyacı olan herkesin sosyal haklarını karşılamakla yükümlü tutmak arasında bir orta yol bulmaktadır.¹³⁰⁰

GA AYM'nin anayasa koyucunun gerçekleşmesi yönünde irade beyanında bulunduğu somut anayasal hakların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaya çalışmasının yargısal aktivizm ile suçlanması çok da doğru değildir.¹³⁰¹ GA AYM erkler ayrılığına ve kamu kaynaklarının kısıtlılığına dikkat ederek en temel sosyal hakları yerine getirilmeyen kişi ve grupların haklarının gerçekleştirilmesi için çabalamaktadır. GA AYM'nin uygulamış olduğu makullük testi devlete hesap verme yükümlülüğü yüklerken mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda temel karar alıcı hale gelmesini de engellemekte; bu şekilde demokratik meşruiyet tartışmalarına yol açmadan sosyal haklarla ilgili siyasi, toplumsal ve hukuki duyarlılığın artmasını sağlamaktadır.

3. Hakların Bütünselliği İlkesi ve Kamu Yararı Davası Usulü

Hindistan Anayasasında sosyal haklar her ne kadar program hükümler olarak düzenlenmiş ise de, Hindistan Yüksek Mahkemesi sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda dünyada ilk adımları atan yargı organlarından biri olmuştur. Yüksek Mahkeme Anayasanın 21.maddesinde yer alan yaşama hakkı kapsamında sosyal hakların yargısallaştırılmasının önünü 1970'lerde açmıştır.¹³⁰²

Hindistan Yüksek Mahkemesi, sosyal haklara ilişkin bazı düzenlemeleri, temel haklar ışığında yorumlayarak koruma kapsamına almıştır. Yüksek Mahkeme, sosyal haklarla medeni ve siyasi haklarla karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve bölünmez bir bütün olduğunu kararlarında vurgulamıştır. İnsan onuru kavramı ışığında yaptığı bir değerlendirmede, Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır: “Yaşama hakkı, insan onuruna uygun yaşam ile birlikte onun bileşenleri olan yeterli beslenme, giyim, barınma, okuma, yazma ve kişinin kendini ifade edebildiği farklı faaliyetleri, toplumun diğer üyeleri ile kaynaşma ve onlarla ilişki kurma

¹³⁰⁰ Cass R. Sustein, **Designing Democracy: What Constitutions Do?**, New York: Oxford University Press, 2001, s.233.

¹³⁰¹ E. Christiansen, a.g.e., s.404.

¹³⁰² Madha Khosla, “Making social rights conditional: lessons from India”, **International Journal of Constitutional Law** 8(4), 2010, s.760.

haklarını da içerir. Bu hakkın kapsamı ve derecesi her ne kadar ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyine bağlı olsa da, bundan bağımsız olarak bu hak, insanın asgari düzeyde kendini ifade edebilmesini sağlayan faaliyetlerin ve işlevlerin devamı ile yaşamak için temel ihtiyaçların karşılanması haklarını içermelidir.¹³⁰³

Yüksek Mahkeme, yol gösterici ilkeleri temel haklarla birlikte okuyarak dava edilebilir kılınmış ve sosyal hakları koruma yönünde önemli adımlar atmıştır. Yüksek Mahkeme ilk olarak *Minerva Mills v. Union of India*¹³⁰⁴ kararında her ne kadar program hükümler olarak düzenlenmiş ise de, anayasada yer alan yol gösterici ilkelerin devlet üzerinde yükümlülükler getirdiği ve devletin bunları yerine getirmesinin anayasal bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir.¹³⁰⁵ Yüksek Mahkeme, daha sonra yaşama hakkının kapsamını genişleterek temiz su ve hava, besin, giyim, barınma, sağlık ve eğitim gibi hakları yaşama hakkına dahil etmiştir. Böylelikle 21.madde, yaşam hakkının pek çok sosyal hakla olan bağı çerçevesinde bir “şemsiye hak” niteliğine dönüşmüştür. *Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi*¹³⁰⁶ kararında da, 21.maddede yer alan yaşam hakkının insanın kendini gerçekleştirebileceği “onurlu bir yaşam” olarak anlamlandırılabilirliği ifade edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, buna paralel olarak “kamu yararı davası (public interest litigation-PIL)” gibi yenilikçi başvuru yolları geliştirerek bu şekilde mağdur olup mahkemeye erişim imkanı hiç olmayan veya çok kısıtlı olan yoksul ve dezavantajlı kişiler adına vatandaş veya hukukçuların Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemelere başvuru yapmalarına olanak tanımıştır.¹³⁰⁷ Evsizler, kötü muameleye maruz kalan tutuklular, topraksız köylüler, doğal afet mağdurları ve yerli halklar böylelikle yargı önünde haklarını savunabilmişlerdir.¹³⁰⁸

Kamu yararı davası ile mahkemeler yalnızca dava açan kişileri değil, toplumun bütününe ilgilendiren davaları inceleyebilmektedir. Bu dava yolu ile Yüksek Mahkeme yargısal süreci daha ulaşılabilir ve katılımcı bir anlayışla yeniden yorumlayarak yargı organı önünde taraf olma ehliyetini genişletmiştir.¹³⁰⁹ Kamu yararı davası ile Yüksek Mahkeme bir anayasal

¹³⁰³ Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi, (1981), 2 SCR 516 (India). Aktaran: Z. Yılmaz, a.g.e., s. 705. Ayrıca bkz. Tara Usher, “Adjudication of Socio-Economic Rights: One Size Does Not Fit All”, **London Human Rights Review**, 155, 2008, s. 165–66.

¹³⁰⁴ *Minerva Mills v Union of India*, (1976), AIR SC 1789 (India)

¹³⁰⁵ Shylashei Shankar, “The Embedded Negotiators: India’s Higher Judiciary and Socioeconomic Rights”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen), Pretoria: Pretoria University Law Press, 2013, s.107.

¹³⁰⁶ Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi, (1981), 2 SCR 516 (India).

¹³⁰⁷ Modhurima Dasgupta, “Public interest litigation for labour: how the Indian Supreme Court protects the rights of India’s most disadvantaged workers”, **Contemporary South Asia**, 16 (2), 2008, s.160.

¹³⁰⁸ M. Dasgupta, a.g.e., s.160.

¹³⁰⁹ S. Yolcu, a.g.e., s.245.

ombudsman ile araştırmacı bir derece mahkemesinin kombinasyonuna dönüşmüş; böylelikle geleneksel yargılama usulü ve kuvvetler ayrılığı ilkesini de dönüştürmüştür.¹³¹⁰ Bu hukuki araç sayesinde pek çok sosyal hak Yüksek Mahkeme tarafından yorumlanabilmiş ve kavramsallaştırılabilmektedir.¹³¹¹

Toplumun bu dezavantajlı kesimleri için Yüksek Mahkeme aktivist bir tutum benimsemekten de çekinmemiştir. Örneğin yiyecek stoklarına rağmen açlık tehlikesi ile karşı karşıya kalanlar adına yapılan bir PIL başvurusunda, gıda hakkının yerine getirilebilmesi için kişi başına gerekli olan kamu harcamasını belirlemek üzere görevliler tayin edilmiştir.¹³¹² Yüksek Mahkeme, hakkın gerçekleştirilebilmesi için kendisi devreye girerek somut adımlar atmıştır.

Yüksek Mahkeme People's Union for Civil Liberties davasında da kamu okulları ve devlet yardımı alan özel okullardaki her öğrenciye öğlen yemeği verilmesini gıda hakkı çerçevesinde ele almış, hatta yemeğin öğrencilere yılda 200 gün süre ile verilmesine ve nitelik olarak da “en az 300 kalori” olmasına hükmetmiştir.¹³¹³

Kararda, kamu yararı davalarının ayırt edici özelliği Yargıç Bhagwati tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Kamu yararı davası hem adli yardımın stratejik bir unsuru, hem de insanlığın zayıf görüş alanını meydana getiren büyük yoksul kesimin ulaşabileceği alana adalet getirmeyi amaçlaması bakımından normal geleneksel dava yolundan tamamen farklı bir yargılama usulüdür. Geleneksel usulde iki karşıt taraf arasında çekişme vardır ve bunlardan biri diğerine karşı bir iddiada bulunur ya da bir şey talep ederken diğeri de bunları reddeder. Oysa kamu yararı davası normal yargılama usulünde olduğu gibi bir bireyin diğerine karşı icra edilmesi amacıyla değil ve fakat yoksul, cahil ya da sosyal veya ekonomik olarak dezavantajlı durumdaki çok sayıda insanın haklarının maruz kaldığı hak ihlallerinin fark edilmesi ve telafi edilmesi gerektiğini talep eden bir kamu yararını koruma ve geliştirme amacıyla.”¹³¹⁴

¹³¹⁰ Rainer Grote, “The Republic of India: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World (Oxford Constitutions)**, New York: Oxford University Press, 2013, s.19.

¹³¹¹ Rehan Abeyratne, “Socioeconomic Rights in the Indian Constitution: Toward A Broader Conception of Legitimacy”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol: 39, Issue: 1, 2014, s.43.

¹³¹² Waruguru Kaguongo, “Resource allocation towards socio-economic rights: Lessons from domestic courts”, **Human Rights Review**, 13, 2012, s.95.

¹³¹³ People's Union for Civil Liberties (“PUCL”) v. Union of India, Writ Petition (Civil) No. 196 (2001) (India).

¹³¹⁴ People's Union for Civil Liberties (“PUCL”) v. Union of India, Writ Petition (Civil) No. 196 (2001) (India), aktaran: S.Yolcu, a.g.e., s.246.

Başka bir kararında Yüksek Mahkeme, Yeni Delhi’de ticari araçların daha temiz yakıt kullanması için bir dizi önlemler alınmasına karar vermiş ve bunun sonucunda 14 binden fazla kişinin yaşamı kurtulmuştur.¹³¹⁵

Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda önemli bir içtihat birikimi sergilediği alanlardan biri de sağlık hakkıdır. Yol gösterici ilkeler kapsamında yer alan Anayasa’nın 47.maddesinde devletin kamu sağlığını geliştirme görevi düzenlenmiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi sağlık hakkını yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmiştir.¹³¹⁶ Sağlık hakkı alanında, kavramsal çerçevenin geliştirilmesi, hakkın somutlaştırılması ve yerine getirilmesi, Yüksek Mahkeme kararlarında icra edilebilir bir hak olan yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiği için zor olmamıştır.¹³¹⁷

Ayrıca acil sağlık hizmetlerinin çekirdek hak olarak tanımlanması da, devletin sağlık alanındaki yükümlülüklerinin değerlendirilmesinde kullanılan önemli bir ölçüt olmuştur. Devletin sağlık politikasına ilişkin önceliklerinin bu asgari özel standartları karşılayacak şekilde uyarlamak durumunda olduğu söylenebilecektir.

Consumer Education and Research Center v. Union of India¹³¹⁸ davasında Hindistan Yüksek Mahkemesi ilk defa yaşam hakkı kapsamında sağlık hakkını korumuştur. Dava madenlerde ve asbest endüstrisinde çalışanların maruz kaldıkları sağlık sorunları karşısında işverenlerin kirliliği önleyici araçları çalışanlarına sağlama ve diğer hastalık yapan faktörleri engellemesine ilişkin yükümlülükleri ile ilgilidir.¹³¹⁹ Yüksek Mahkeme, sağlık hakkının insan onuruna yaraşır bir yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulayarak prensip olarak yargı önünde talep ve icra edilemeyen program hükümleri (dava kapsamında çevre hakkı, iş sağlığı ve güvenliği hakkı) yaşam hakkına ilişkin düzenleme ile birlikte değerlendirmiştir. Kararda uzun yıllar böyle tehlikeli bir maddeye maruz kalmaya bağlı olarak çeşitli rahatsızlıkların ortaya çıkabileceği belirtilerek, işçilerin temel bir hakkı olan sağlık hakkının

¹³¹⁵ Daniel M. Brinks ve Varun Gauri, “The Law’s majestic equality? The distributive impact of litigating social and economical rights”, **Policy Research Working Paper**, 5999, The World Bank Development Research Group, 2012, s.32.

¹³¹⁶ Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi, (1981) 2 SCR 516 (India); Paramanand Katara v. Union of India (1989) 4 SCC 286.

¹³¹⁷ Paschim Banga kararında Yüksek Mahkeme Anayasa’nın 21.maddesinin devlete herkesin yaşam hakkının korunması yükümlülüğünü yüklediğini belirtmiştir. İnsanın yaşamının korunması üstün bir öneme sahiptir. Kamu hastaneleri ve burada çalışan görevliler yaşam hakkını koruyacak şekilde tıbbi bakım ve yardım sağlamakla yükümlüdürler. Zamanında gereken tıbbi bakım ve yardımın ihtiyaç sahibi bireylere sağlanmaması durumunda, 21.madde kapsamında yaşam hakkının ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir.

¹³¹⁸ Consumer Education and Research Center v. Union of India, 1995 3 SCC 42 (India).

¹³¹⁹ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.68.

gerçekleştirilmesinin bir gereği olarak her bir işçi için zorunlu sağlık sigortasının sağlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Sağlık hakkı ile bağlantılı olarak Yüksek Mahkeme önüne gelen konular arasında ülkede satışa sunulan ilaç ve tedavilerin niteliği¹³²⁰, akıl hastalarının hakları¹³²¹, akıl hastanelerinde uyulması gereken asgari bakım ve tedavi standartları¹³²² da bulunmaktadır.

Örneğin Mahendra Pratap Singh v. Stat of Orrisa¹³²³ davasında yerel yönetimce bir köyde acil sağlık merkezi açılması talep edilmiştir. Mahkeme kararda yoksul taşrada temel sağlık hizmetleri veren bir merkezin insanlara uygun koruyucu sağlık hizmeti sağlayacağına vurgu yapmıştır. Kararda ilgili yerel yönetime karardan itibaren üç ay içinde sağlık merkezi kurma zorunluluğu getirilmiştir.¹³²⁴

Paschim Banga Khet Maazdoor Samity v. State of Bengal¹³²⁵ davasında da Yüksek Mahkeme acil tıbbi bakım ve yardım hakkını ele almıştır. Bir tarım işçisi olan başvuru trenden düşmüş ve başından ciddi şekilde yaralanmıştır. Pek çok devlet hastanesine gitmiş ancak boş yer olmadığı, travma ve nöroloji servislerinin de bulunmadığı gerekçesiyle bakımı reddedilmiştir. Sonunda büyük meblağlara varan sağlık masrafları ile özel bir hastane hastayı kabul edebilmiştir. Yüksek Mahkeme acil tıbbi imkanların bulunmamasının yaşam hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, kararında sağlık hakkının temel bir hak olduğunu belirtmiş, refah devletinde devletin asli görevlerinden birinin de acil tıbbi müdahalenin uygun ve ulaşılabilir olmasını sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, sağlık merkezlerinin ciddi ve acil durumlar için de hizmet verecek şekilde gerekli donanım ve kapasiteye sahip olması gerektiğini; bu kapsamda uzman doktorların da sayısının artırılması ve ülke çapında bu tür sağlık hizmeti verebilecek sağlık merkezlerinin kurulması konusunda devletin yükümlülükleri bulunduğunu belirtmiş, temel sağlık bakımı ve hizmetleri için hükümetin bir plan oluşturması gerektiği de ifade edilmiştir.

¹³²⁰ Vincent Pannikulangura v. Union of India (1987) 2 SCC165; Drug Action Forum v. Union of India (1997) 6 SCC 609; All India Democratic Women Association v. Union of India (1998) 2 SCALE 360.

¹³²¹ Sheela Barse v. Union of India (1993) 4 SCC 204.

¹³²² Rakesh Chandra Narayan v. Union of India, 1991 Supp. (2) 626, 1989 Supp. (1) SCC 644, 1994 Supp. (3) SCC 478; Supreme Court Legal Aid Committee v. State of Madhya Pradesh (1994) 5 SCC 27; 1994 Supp. (3) SCC 489.

¹³²³ Mahendra Pratap Singh v. Stat of Orrisa, AIR 1997 Ori 37.

¹³²⁴ S. Tahmazoğlu Üzeltürk, a.g.e., s.68.

¹³²⁵ Paschim Banga Khet Maazdoor Samity v. State of Bengal, 1996, SCC (4) 37.

Khatrı (II) v. State of Bihar¹³²⁶ davasında kaynakların sınırlı olmasının sağlık hakkı önünde bir engel oluşturmasını reddetmiş, mali sınırlamaların devletin anayasal yükümlülüklerini ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir. Davada Yargıç Agarwal şu saptamayı yapmaktadır: “Şüphesiz ki finansal kaynaklar sağlık faaliyetleri açısından sınırlıdır. Fakat aynı zamanda bireylere uygun tıbbi hizmetin devlet tarafından sağlanması konusunda anayasal yükümlülükler de göz ardı edilemez.”¹³²⁷

Konut hakkına ilişkin olarak da Yüksek Mahkeme’nin önemli kararları bulunmaktadır. Örneğin, ünlü Olga Tellis¹³²⁸ başvurusunun konusu, Bombay’da yaşayan çok sayıda insanın işyerlerine yakın kaldırımlarda bulunan gecekondularından zorla tahliye edilmeleri ve gecekondularının belediye tarafından yıkılmasına ilişkindir.¹³²⁹ Bu kararda Yüksek Mahkeme barınma hakkı açısından mutlak bir güvence sağlamamakla birlikte yaşam hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa’da yol gösterici bir ilke, dolayısıyla program hüküm olarak düzenlenen “geçim hakkı”nı yargı önünde talep edilebilir bulmuştur, çünkü bu hak olmadan yaşam hakkı hiçbir şey ifade etmeyecektir: “... bir kişiyi yaşam hakkından yoksun bırakmanın en kolay yolu onu geçim imkanlarından yoksun bırakmaktır. Böyle bir yoksunluk sadece yaşamın anlamını ve içeriğini aşındırmakla kalmaz, aynı zamanda yaşamayı imkansız kılar.”¹³³⁰

Ancak Yüksek Mahkeme, başvuru sahiplerinin kaldırımlardaki gecekondularından tahliye edilmelerinin onları yaşam hakkı kapsamındaki geçim haklarından yoksun bıraktıkları ve Anayasa’ya aykırı olduğu iddialarını, “Hiç kimse gerekli izinleri almadan bir kamu malını kişisel amaçla kullanma hakkına sahip değildir. Bu bakımdan bir kişi kaldırımlara gecekondular yaparsa, bunun arkasındaki ekonomik zorunluluklar ne olursa olsun, eylem hukuka aykırı gelir.” diyerek reddetmiştir.¹³³¹ Yüksek Mahkeme geçinmenin bir unsuru olarak *barınma* bakımından mutlak bir koruma sağlamamakta; devlete evsizlere konut sağlamak konusunda bir pozitif yükümlülük yüklememektedir.¹³³²

Kararda özellikle kaldırım ve gecekondularda yaşayan kişilerin yerlerinden edilmesi noktasında idareye barınma konusuna öncelik vermesi, 20 yıldan fazla süredir var olan

¹³²⁶ Khatrı (II) v. State of Bihar, 1981 (1) SCC 627, 631.

¹³²⁷ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.69.

¹³²⁸ Supreme Court of India, Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Corporation & Ors etc., 1985, (3) SCC 545.

¹³²⁹ Namita Wahi, “The Tension between property rights and social and economic rights”, **Social and Economical Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, Abington: Routledge, 2015, s.150.

¹³³⁰ D. Bilchitz, “Constitutionalism, the Global South and Economic Justice”, s.62.

¹³³¹ S. Yolcu, a.g.e., s. 249.

¹³³² S. Muralidhar, a.g.e., s.112.

gecekondu bölgelerinin kamusal amaçlar olmadan tahliyenin gerçekleştirilmemesi, kararın uygulanmasının Muson yağmurlarının sonuna kadar ertelenmesi gibi koşullar eklenerek hüküm kurulmuştur.¹³³³

Yüksek Mahkeme devletin zorla tahliyeden önce gerekli usuli güvenceleri sağlama, bu kapsamda da gecekondu sakinleri ile istişare etme yükümlülüğü olduğuna hükmetse de bu ilerici amacına rağmen davacılar için alternatif bir barınma emri verememiş; karar hedefine ulaşamamıştır. Kararda sadece belli bir tarihten önce konut olarak kullanılan bazı gecekondu için alternatif barınma imkanı tanınmış ve bu kişiler için bile devletin söz konusu konutları tahliyeden önce sağlaması gerektiğin yönelik bir emir verememiştir.¹³³⁴

Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı Olga Tellis kararından bu yana devam etmektedir. Yüksek Mahkeme, konut hakkına ilişkin kararlarının hiçbirinde bu hakkın yerine getirilmesine yönelik somut pozitif emirler vermemiştir.¹³³⁵ Dolayısıyla mahkeme kararları alternatif barınma sağlama koşulu öngörmeksizin zorla tahliyeye izin verdiği sürece, geçinme hakkının yaşam hakkının dava edilebilir bir parçasına dönüştürmenin davacılar bakımından etkili bir hüküm olarak görülemeyeceği de dile getirilen eleştirilerdendir.¹³³⁶

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı, politik organların ülkedeki yoksulluk ve evsizlik sorunu karşısındaki ilgisizliği göz önüne alındığında, kişilerin devletten hangi edimleri talep edebileceklerini ortaya koyması bakımından önemlidir. Hindistan'da barınmanın göreceli olarak daha az korunan bir sosyal politika alanı olduğu, buna karşın gecekondu sakinleri ile sivil toplum örgütlerinin bu alanda güçlü bir aktivizmi olduğu ve bu sosyal hareketlerin sergilediği aktivizmin başarısının arkasında Mahkeme'nin gecekonducuların temel haklarını koruma hassasiyetinin yer aldığı belirtilmektedir.¹³³⁷

Bu karardan sonra, Yüksek Mahkeme'nin bazı davalarda yaşam hakkını düzenleyen 21.madde çerçevesinde yeterli konut hakkının devletin anayasal yükümlülüğü olduğunu vurguladığı kararları da olmuştur. Örneğin Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan

¹³³³ Z. Yılmaz, a.g.e., s.703.

¹³³⁴ S. Muralidhar, a.g.e., s.249.

¹³³⁵ Jayna Kothari, "Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade", **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed. Daphne Barak-Erez, Aeyal M. Gross), Oxford& Portland: Hart Publishing, 2007, s.183. Örnek olarak ayrıca bkz. Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur (1989) 1 SCC 101; Sodan Singh v. NDMC (1989) 4 SCC 155; Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan (1997) 11 SCC 123.

¹³³⁶ N. Wahi, a.g.e., s.148; S. Yolcu, a.g.e., s.250.

¹³³⁷ N. Wahi, a.g.e., s. 148.

Gulab Khan¹³³⁸ kararında Yüksek Mahkeme zorla tahliye edilen kaldırım gecekonducuları için Ahmedabad Belediyesi tarafından alternatif uygun barınma planı yapılmasını emretmiştir.¹³³⁹ Yüksek Mahkeme Anayasa'nın 21.maddesinde yer alan yaşam hakkının İHEB'in 25.maddesi ile BM ESKHS'nin 11.maddesine uygun şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme söz konusu belediyenin toplumun yoksul kesimleri için elverişli barınma koşullarını sağlama yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir.¹³⁴⁰

Yüksek Mahkeme'nin bu kararları açık bir şekilde yasama ve yürütmenin alanına müdahale ettiği gerekçesiyle ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin etkisi ve üye yapısının değiştirilmesiyle sonraki yıllarda Hindistan Yüksek Mahkemesi sosyal haklarla ilgili genişletici yorumlarından, özellikle de emek hakları, kira denetimi ve toprak mülkiyeti ve kullanımı gibi konularda vazgeçerek farklı bir tutum izlemeye başlamıştır.¹³⁴¹ Burada, esas olarak güçsüzler için getirilen PIL başvurusu yolunun fakir olmayan gruplarca son yıllarda kullanılmaya başlanması da etkisi olduğu söylenebilecektir.

Örneğin Almitra H. Patel¹³⁴² davasında Yüksek Mahkeme başkent Yeni Delhi'deki çöp sorunundan kamu arazisindeki kaçak baraka ve gecekondu da yaşayanları sorumlu tutarak Yeni Delhi halkının temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakları olduğunu belirtmiştir. Mahkeme çöp sorununun çözümünün yeni kaçak baraka ve gecekondu inşaatının engellenmesinde yattığını vurgulayarak baraka ve gecekondu da yaşayanların barınma ve geçim haklarını görmezden gelmiştir.¹³⁴³

Yüksek Mahkeme Narmada Bachao Andolan v Union of India¹³⁴⁴ davasında da büyük bir baraj ve sulama projesi sonucunda barınma mekanlarını ve geçim kaynaklarını kaybedecek olan köylüler ve yerli halklar aleyhine karar vererek davacıların yaşam ve geçim hakları ile milyonlarca Hintlinin içme suyu ve elektrik hakları arasında ikincisi lehine bir tercih yapmıştır.¹³⁴⁵

¹³³⁸ Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan (1997) 11 SCC 123.

¹³³⁹ S. Yolcu, a.g.e., s.251.

¹³⁴⁰ Yüksek Mahkeme, belediyeye kaldırım sakinlerine barınma imkanı sağlamak için bir plan hazırlamasını emretmiş, belediye de üç farklı barınma planı alternatifini hazırlamıştır. Kararda belediyenin mali durumunun toplumun sosyo-ekonomik olarak güçsüz durumda olan kesimine konut sağlama yükümlülüğünden kaçınılmasına olanak tanımayacağı da ifade edilmiştir. Bkz. J. Kothari, a.g.e., s.185.

¹³⁴¹ M. Langford, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s.92.

¹³⁴² Almitra H. Patel v. Union of India (2000) 1 SCALE 568, s.570.

¹³⁴³ N. Wahi, a.g.e., s.151.

¹³⁴⁴ Narmada Bachao Andolan v Union of India (10 SCC 664).

¹³⁴⁵ N. Wahi, a.g.e., s.152.

Davanın konusu devletin Narmada Nehri üzerinde dünyanın en büyük baraj projelerinden biri olan Sardar Sarovar barajını inşa etmek istemesi ve buna bağlı olarak da çok sayıda insanın yerlerinden zorla tahliye edilmesi durumu ile karşı karşıya kalmasıdır.¹³⁴⁶ Konuyu mahkeme önüne taşıyan sivil toplum örgütü Narmada Bachao Andolan, baraj inşaatının çok sayıda insanı yerlerinden edeceğini ileri sürmüştür. Hükümet de, barajın inşası sayesinde milyonlarca insanın temiz içme suyu ve besin ihtiyacının karşılanabileceğini ileri sürmüştür.

Yüksek Mahkeme telafisi imkansız durumlar için birtakım önlemler alsa da sonuç olarak devletin projenin gerekli ve elverişli olduğuna ilişkin iddialarını kabul etmiştir.¹³⁴⁷ Yüksek Mahkeme bu kararı ile nihai karar alma yetkisinin siyasi iradeye ait olduğunu ortaya koymuştur. Kararda, Olga Tellis'ten farklı olarak yaşama ve geçinme hakkı üzerinde durulmamış; konut hakkını yaşam hakkı ile birlikte, onun ayrılmaz bir unsuru olarak kabul eden tutumundan daha farklı bir tutum benimsenmiştir.¹³⁴⁸

Hem Olga Tellis hem de Narmada Bachao Andolan davasında Yüksek Mahkeme dava edilebilir sosyal hakları ileri sürebilecek farklı grupların hak ve menfaatlerini dengelemeye çalışmıştır. Olga Tellis kararında Mahkeme gecekondü sakinlerinin konut ve geçinme hakkını, toplumun kaldırımlardan yararlanma hakkı ile dengelerken, Narmada Bachao Andolan kararında ise davacıların yaşam ve geçinme hakkı ile milyonlarca kişinin içme suyu, gıda ve elektrik hakkını dengelemiştir. Bu bakımdan iki karar arasında ulaşılan farklı sonucun, hakların çatışması durumunda esas meselenin hakların yargısallaştırılabilir nitelikte olup olmadığından çok, belli kişi ya da grupların haklarının diğerlerinden daha öne çıkması olduğu da söylenebilecektir.¹³⁴⁹

Sonuç olarak Hindistan deneyiminde de sosyal hakların yargısallaştırılması alanında özellikle de acil tıbbi bakım ve yardım, beslenme hakkına ilişkin devletin asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerinin ortaya konulduğu görülmektedir. Konut hakkına ilişkin olarak ise, yaşam

¹³⁴⁶ J. Kothari, a.g.e., s.186.

¹³⁴⁷ Kararda özellikle barajların bir kalkınma aracı olarak değerinin vurgulanması kalkınma odaklı bir yaklaşımın da benimsendiğini göstermektedir. Mahkeme, kalkınma kavramını barajların inşasını neredeyse zorunlu biçimde değerlendirmiş; davacı sivil toplum örgütünü ise bir insan hakları hareketi ya da çevreci bir hareket olarak değil, baraj karşıtı bir örgüt olarak nitelendirmiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme'nin kalkınmaya ilişkin bu tespitlerinin baraj inşasını meşrulaştırmak için ideolojik bir rol oynadığı belirtilmektedir. Bkz. Balakrishnan Rajagopal, "Limits of Law in Counter Hegemonic Globalisation: The Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle", **Law and Globalisation from Below: Towards a Cosmopolitan**, (Ed. B. De Santos, C. Rodriguez-Garavito, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s.205.

¹³⁴⁸ Benzer olarak, Tehri Dam davasında da Yüksek Mahkeme kalkınma hakkını temel bir hak olarak nitelendirerek barajın inşasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bkz. N. Wahi, a.g.e., s.150.

¹³⁴⁹ S. Yolcu, a.g.e., s.253.

hakkı ile asgari geçim hakkı arasında bağ kurulması önemli olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin bu alanı daha çok yürütmenin politikalarına bırakıldığı, kararlarının hiçbirinde bu hakkın yerine getirilmesine yönelik somut pozitif emirler vermediği görülmektedir. Bu alandaki projeler ve baraj inşası gibi uygulamalarla milyonlarca sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı konumda olan insanın yerlerinden edildiği, buna bağlı olarak da insan onuruna aykırı olacak şekilde geçimlerini sağlamaktan mahrum bırakıldıkları, çok sayıda haklarının ihlal edildiği de ifade edilmektedir.¹³⁵⁰

Bununla birlikte, PIL gibi yargısal çözümlerin yine de toplumdaki dezavantajlı kişilerin yargıya başvurmalarını kolaylaştırması ve onlar için somut çözüm ve yararlar sağlaması gerçeği göz ardı edilemez. Verilen kararların sosyal haklara ilişkin bazı alanlarda yasal düzenlemeler ve politikalar üzerinde etki yaratabildiği, sivil toplumu yönlendirebildiği de görülmüştür.¹³⁵¹ Hindistan deneyimi, yasama ve yürütmenin işlem ve eylemlerinin makullüğünün ölçülmesinde farklı yargısal standartlar ortaya koymaktadır.

4. Tutela ve Temel Hakların Geniş Yorumu

Sosyal hakların devlete pozitif yükümlülük yükleyerek gerçekleştirilmesi konusunda Kolombiya deneyimi oldukça önemli bir birikimi ortaya koymaktadır. Özellikle de Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 1991 Anayasası'nda yer verilen "tutela" olarak isimlendirilen anayasa şikayeti mekanizması ile birlikte, anayasal sosyal hakların gerçekleştirilmesi bakımından önemli ve yenilikçi kararlar ortaya koymuştur.

KAYM, sistematik bir şekilde, teleolojik yorum çerçevesinde, sosyal hakların tutela başvurusu aracılığıyla doğrudan korunabileceğini kabul etmiştir. Bu noktada benimsediği temel yorum yöntemlerinden birisi de , "temel haklar kavramının geniş yorumlanması"dır.¹³⁵²

Kolombiya Anayasası 85. maddesinde "derhal" gerçekleştirilmesi gereken hakları düzenlemektedir. Fakat bu haklar daha çok negatif edim gerektiren haklardır.¹³⁵³ Mahkeme, sosyal hakların genellikle aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek haklar olduğunu kabul etmekle birlikte, ulusal üstü insan hakları hukuku ile de uyumlu olacak şekilde, bu özelliğin devleti yükümlülüklerini yerine getirmekten tamamen kaçınamayacağı yaklaşımını benimsemiştir. Sosyal hakların anayasallaşması, devleti bu hakları yerine getirecek eylem planları yapmakla

¹³⁵⁰ S. Muralidhar, a.g.e., s.122.

¹³⁵¹ S. Muralidhar, a.g.e., s.123.

¹³⁵² M. Sepulveda, a.g.e., s.147.

¹³⁵³ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 701.

yükümlü kılar; aksi durum, anayasaya aykırı olacaktır. Yine, yasama ve yürütmenin sosyo-ekonomik alanda belirleyeceği plan ve politikalar da anayasaya uygun olmak zorundadır; söz konusu politikalar anayasal bir sosyal hakkı uygulanamaz hale getiriyorsa, sosyal haklar yargısal olarak icra edilebilir hale dönüşür.¹³⁵⁴

Yine Anayasa'nın 86.maddesi çerçevesinde, tutela “temel hak” iddiaları için başvuru bir yol olmakla birlikte KAYM amaca uygun yorum yaparak temel hakların Kolombiya Anayasası'nda o başlık altında belirtilen haklarla sınırlı olmadığı yönünde bir içtihat geliştirmiştir. KAYM, temel hakların geniş yorumu ile anayasayı dar ve şekilci bir şekilde yorumlamak yerine; bütün hakların doğası gereği “temel” oldukları anlayışını benimsemiş ve tutela ile sağlanan korumanın bütün haklar bakımından genişletilebileceğini kabul etmiştir. Böylelikle, KAYM, sosyal hakların da tutela aracılığıyla korunabilmesini sağlamıştır.¹³⁵⁵

KAYM, bu çerçevede anayasayı sosyal hak nüanslı yorumlarken “ilgili temel hak” veya “bağılantılı temel hak” doktrinini de geliştirmiştir. Bu doktrin sosyal hakların diğer temel haklarla birbirine sıkı sıkıya bağlandığı ve o temel hakkın derhal korunmaması halinde ihlale yol açacağı ya da tehlikeye sokacağı durumları ifade eder. Bu bakımdan sosyal haklar için sağlanacak yargısal koruma bireyin yaşamına, onuruna veya vücut bütünlüğüne saygı duymak için derhal korumanın gerekli olduğu istisnai durumlarda diğer temel haklarla bağılantılı olarak sağlanabilecektir.¹³⁵⁶ KAYM kararlarında sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakları, yaşama hakkı gibi temel haklarla ve insan onuru gibi değerlerle bağılantılı olduğu takdirde tutela açısından bir temel hak olarak kabul etmektedir.¹³⁵⁷

Mahkeme kararlarında sosyal hukuk devleti ilkesine de sıklıkla atıf yaparak ve bu ilkeye dayanarak devletin yalnızca hukuki eşitliği değil, maddi eşitliği de sağlaması gerektiğine dikkat çekmektedir.¹³⁵⁸ Sosyal hukuk devleti ilkesini hakkın asgari özünü/ çekirdeğini belirleyerek somutlaştırmaya çalışan Mahkeme, daha sonra hakka yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmektedir.¹³⁵⁹ Burada hakkın asgari özü/ çekirdeği neyin öncelik taşıdığını tespit etme işlevini görmektedir.

¹³⁵⁴ M. Sepulveda, a.g.e., s.147.

¹³⁵⁵ Bkz. T-002/92, 1998.

¹³⁵⁶ S. Yolcu, a.g.e., s.214.

¹³⁵⁷ Bkz. T-534/92, 1998.

¹³⁵⁸ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s.272.

¹³⁵⁹ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.284.

5. Asgari Gereklilik Doktrini

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 1.maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi ve insan onurunun korunması değerinden yola çıkarak sosyal haklarla diğer haklar arasında bir bağ kurmuş ve “minimo vital (asgari gereklilik)” doktrinini geliştirmiştir.¹³⁶⁰ Alman Anayasa Hukukunda insan onuruna yaraşır bir yaşam için gerekli olan asgari koşulların devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiğini ifade eden “asgari geçim seviyesi” (Existenzminimum) doktrininden esinlenen asgari gereklilik doktrini, kişilerin onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri için gerekli olan sosyal ihtiyaçların asgari düzeyde de olsa karşılanmasını gerekli kılar.¹³⁶¹

KAYM, her ne kadar “onurlu bir yaşam için asgari geçim seviyesine sahip olma hakkı” Anayasa’da açıkça yer almasa da, yaşam hakkı, sağlık hakkı, çalışma hakkı ve sosyal güvenlik hakkı; sosyal hukuk devleti ilkesi ve insan onuru kavramları aracılığıyla bu hakkın korunabileceğini ifade etmektedir.¹³⁶² Bu kapsamda, kişinin kendisinin veya ailesinin temel geçim kaynağının tehlike altında olduğu acil durumlarda bireysel başvuruda bulunulabilir. Mahkeme’ye göre, eğer bir kişi toplumun aşırı kırılgan ve dezavantajlı kesimlerindense ve derhal bir koruma sağlanmadığı takdirde asgari geçim koşullarının altına düşecek ise, bu durum insan onuruna aykırıdır.¹³⁶³ Bu bakımdan asgari geçim seviyesi, kişilere insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşayabilmek için gerekli olan sosyo-ekonomik gereksinimlerini karşılayabilme hakkını ifade etmektedir.¹³⁶⁴

Asgari gereklilik doktrini, hem sosyal hakların diğer haklarla bağlantılı olduğu hallerde tutela aracılığıyla korunabilmesini sağlamış, hem de toplumun kırılgan ve dezavantajlı gruplarının haklarının ivedi bir şekilde yerine getirilmesi için bir sosyal haklar perspektifi geliştirerek KAYM’nin sosyal haklara ilişkin içtihatlarında kullandığı bir ana ilkeye dönüşmüştür. Bu doktrin, aynı zamanda Mahkeme için bir önceliklendirme işlevine de sahiptir: İnsan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesinin altında yaşayan kişiler için KAYM sosyal hakları doğrudan uygulanabilir kılarak öncelikle toplumun en dezavantajlı kesimlerini görünür

¹³⁶⁰ Natalia Angel-Cabo, Domingo Lovera Parmo, “Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015, s.89.

¹³⁶¹ David Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.270.

¹³⁶² S. Yolcu, a.g.e., s.215.

¹³⁶³ M. Sepulveda, a.g.e., s.148.

¹³⁶⁴ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.270.

kılmakta ve onların haklarına odaklanmaktadır.¹³⁶⁵ KAYM, asgari gereklilik doktrini ile sosyal haklara derhal koruma sağlayarak “justitia dilata est justitia negata” (geç gelen adalet, adalet değildir) özdeyişini yerine getirmektedir.¹³⁶⁶

Mahkeme asgari gereklilik ve bağlantılılık doktrinlerini kullanarak sosyal hakları talep edilebilir kılmaya çalışmakta; bu hakların ihlalinin asgari düzeyde onurlu bir yaşam sağlamaya engel olduğu durumlarda yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, insan onuru gibi temel haklarla bağlantı kurarak değerlendirmektedir.¹³⁶⁷ Örneğin sağlık hakkına ilişkin başvuruları, Mahkeme başvurusunun yaşam hakkı gibi bir temel hakla ilişkilendiriyorsa; başvuru çocuk, yaşlı, hamile, engelli, etnik ve dini azınlık gibi dezavantajlı gruplardan birine mensupsa, başvuru konusu ulusal sağlık politikasının bir parçası olarak devletin yükümlülüğünü kapsıyorsa inceleme konusu yapmaktadır.¹³⁶⁸

Mahkeme’nin minimo vital (asgari gereklilik) kriteri 1990’lı yıllarda, özellikle sağlık hakkı ile emekli aylıklarıyla bağlantılı davalarda, mali kaynakları yeterli olmayan, toplumun kırılgan kesimlerini oluşturan kişiler bakımından olumlu sonuçlar vermiş; bu haklar zamanla tutela aracılığıyla subjektif, dava ve talep edilebilir haklara dönüşmüştür. KAYM bu yorum yöntemini genellikle kişinin emekli aylığı ya da doğum yardımından yoksun kalması ve bunların da kişinin ve ailesinin sahip olduğu tek geçim kaynağı olması halinde kullanmış¹³⁶⁹; dava konusu sosyal hakkın derhal yerine getirilmesine hükmetmiştir.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi kişilerin insan onuruna yakışır bir yaşam sürmelerinin engellendiği durumlarda sosyal güvenlik hakkının derhal uygulanması gereken bir hak olduğuna karar vermektedir. Örneğin çok yoksul, ailesi olmayan ve yaşlı bir kişinin göz ameliyatı olabilmesi için derhal sosyal yardım yapılmasına karar vermiştir.¹³⁷⁰ Yine HIV virüsü taşıyanların özel sağlık hizmetlerinden de faydalanabilmeleri ve ülke içinde tedavi edilemeyen çocukların yurt dışında tedavi edilebilmesi için gereken masrafların karşılanmasına ilişkin kararlar da vermiştir. Bununla birlikte Kolombiya Anayasa Mahkemesi estetik operasyonlar,

¹³⁶⁵ David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, **Harvard International Law Journal**, Vol: 53, No: 1, 2012, s.208.

¹³⁶⁶ M. Sepulveda, a.g.e., s.148.

¹³⁶⁷ Alicia Ely Yamin, Osacr Parra-Vera, “Judicial Protection of the Right to Health in Columbia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, **Hasting International and Comparative Law Review**, 33 (2), 2010, s.109.

¹³⁶⁸ Katharina G. Young, Julieta Lemaitre, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, **Harvard Human Rights Journal**, 26, 2013, s.186.

¹³⁶⁹ S. Yolcu, a.g.e., s. 215.

¹³⁷⁰ Murray Wesson, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, **Human Rights Law Review**, 12 (2), 2012, s.242.

lens, kısırlık, diş tedavisi ve alkol rehabilitasyonu gibi hususlarda yapılan tutela başvurularını reddetmiştir.¹³⁷¹

Bununla birlikte, Mahkeme ilk başlarda asgari geçim seviyesi hakkı konusunda bu hakkın devletten her zaman talep edilebilir, sınırsız bir hakka dönüşmemesi bakımından da ihtiyatlı davranmış; bu bağlamda, kaynakların yetersizliğinin başvuruçular tarafından ispatlanabilmesi koşulunu aramıştır. Örneğin emekli aylıkları ile ilgili başvurularda başvuruçunun başka herhangi bir gelirinin olmadığını ve emekli aylığından yoksun kalması dolayısıyla insan onuruna yaraşır bir yaşam standardının altına düştüğünü ispatlaması gerekmektedir. Sağlık hakkı bakımından da, yine ilgili tedavi ve sağlık hizmetinin sağlanmamasının başvuruçunun onurlu yaşam hakkı, vücut bütünlüğü hakkını ihlal ettiğini ve söz konusu masrafları karşılayacak maddi gücünün olmadığını ispatlayabilmesi gerekmektedir.¹³⁷²

Bununla bağlantılı olarak, bazı başvurularda emekli aylığına hak kazanmak isteyen kişinin durumu, asgari gereklilik kriteri çerçevesinde, yaşam hakkı, insan onuru gibi kavramlarla ilişkilendirilip haklı bulunabilirken; çocuğu komada olan bir kadının başvurusunda, hastane masrafları ödenemediği için çocuğun tedavisinin sonlandırılmaması talebi, annenin gerekli kaynakları sağlayabileceği gerekçesi üzerinden reddedilmiştir.¹³⁷³ Fakat zaman içinde tutela başvurularının sayısı oldukça artmış ve Kolombiya Anayasa Mahkemesi de başlangıçta özellikle sağlık ve emeklilik konularındaki tutela başvurularında başvuruçunun gelir kaynağı olup olmasına dikkat ederken zamanla bu kuralı gevşetmiştir.¹³⁷⁴

Bunun bir sonucu olarak zaman içinde, yargıçlar, eski senatörler ve diğer bazı kamu görevlileri sağlık ve emeklilikle ilgili konularda çok sayıda başvuru yapmışlardır.¹³⁷⁵ Buna bağlı olarak Mahkeme'nin sosyal hakların yargısallaştırılmasına ve dezavantajlı grupların haklarının korunmasına yönelik çabası, istemeden de olsa orta sınıf lehine bir durum yaratmıştır. Bu durumun oluşumunda, orta sınıfta yer alan kişilerin hukuk sistemini kendi lehine kullanmak konusunda yoksul ve dezavantajlı kişilere göre daha avantajlı bir konumda olmalarının etkili olduğu ifade edilmiştir.¹³⁷⁶ Devletten ücretsiz sağlık yardımı alan ve toplam

¹³⁷¹ M. Wesson, a.g.e., s.243.

¹³⁷² D. Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement", s.298, 209.

¹³⁷³ Z. Yılmaz, a.g.e., s.701.

¹³⁷⁴ D. Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement", s.207.

¹³⁷⁵ D. Landau, "The reality of social rights enforcement", **Harvard International Law Journal**, Vol: 53, No: 1, 2012, s.213.

¹³⁷⁶ K. Young, J. Lemaitre, a.g.e., s.188, 189; D. Landau, "The reality of social rights enforcement", s.214.

nüfusun %23'ünü oluşturan dar gelirli kesimin sağlık hakkıyla ilgili tutela başvuruları toplam başvuruların sadece %3'ünü oluşturmuştur.¹³⁷⁷ 2010-2011 yılları arasında yapılan tutela başvurularının ise %60'tan fazlası özel sağlık sigortasından yararlanabilecek kadar geliri olan kişilerce yapıldığı belirtilmektedir.¹³⁷⁸

Mahkeme'nin 1999 yılında, ekonomik kriz nedeniyle konut finansmanı sisteminde mortgage faiz oranlarının enflasyon oranının çok üzerine çıkması üzerine yapılan tutela başvuruları sonucunda konut hakkını korumak adına çok sayıda kişiyi etkileyen düzenlemeleri iptal etmesi¹³⁷⁹ de oldukça ciddi tartışmalara neden olmuştur. Mahkeme yargıçları “popülist” olmakla; esasen orta sınıfın ekonomik düzeyini koruyarak onlardan destek bulmakla, gerçek ekonomik durumu dikkate almaksızın, bir anlamda Kongre'nin yerini almaya çalışmakla suçlanmışlardır.¹³⁸⁰ Mahkeme'nin bu tutumu, özellikle orta ve üst sınıfın lehine olarak, bütçe krizine rağmen borç yüzünden kişilerin kullandığı konutun satışın engellendiği gerekçesiyle “popülist” bir girişim olarak nitelendirilmiştir.¹³⁸¹ Bununla birlikte daha sonradan Mahkeme'nin iptal gerekçesi çerçevesinde yeni bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir.¹³⁸²

KAYM'nin konut hakkını geniş ölçekli olarak etkileyen bu kararının alt yapısını, mevcut siyasi ve ekonomik durumun kaotik yapısı ile siyasi organların bunu düzeltmek için gereken önlemleri almaktan kaçınmaları olgusu oluşturmaktadır.

Yine bu kapsamda Mahkeme kamu görevlilerinin maaşlarının enflasyona göre artışını öngören bütçenin, göreceli yüksek maaş alan kamu görevlilerinin maaş artışını, düşük maaşlı kamu görevlilerinin maaş artışının altında tutmasından dolayı bütçeyi Anayasa'ya uygun bulmamıştır.¹³⁸³ Devlet memurlarının maaşlarındaki artışın asgari olarak enflasyon oranında olması gerektiğine dair kararıyla birlikte yaklaşık 600.000 memuru etkileyen hüküm kuran Mahkeme, bu kararda, asgari gereklilik ilkesi çerçevesinde memur maaşlarının hem yaptıkları

¹³⁷⁷ D. Landau, “The reality of social rights enforcement”, s.232.

¹³⁷⁸ Engin Yıldırım, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?”, **Haşim Kılıç'a Armağan**, Cilt:2, Vol:2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.1145.

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

¹³⁸⁰ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 701.

¹³⁸¹ Buradaki popülizm eleştirilerinin temelinde Mahkeme üyelerinin büyük bir kısmının yargıçlık mesleğinden ayrıldıktan sonra siyasete girmeleri yer almaktadır. Bkz. D. Landau, “The reality of social rights enforcement”, s.216, 217.

¹³⁸² D. Landau, , “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s.278.

¹³⁸³ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.279.

işin karşılığı olması gerektiğini, hem de kendisinin ve ailesinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmesi için yeterli düzeyde olması gerektiğini vurgulamış; zamanla ihtiyaçlara göre ve ancak olumlu yönde arttırılmasının söz konusu olabileceğinin altını çizmiştir.¹³⁸⁴ Mahkeme'ye göre tüm kamu görevlileri maaşlarının enflasyon oranında arttırılmasını talep etme hakkına sahiptir.¹³⁸⁵ Bu karar da farklı kesimlerden hem böylesi bir yargısal müdahalenin büyük makroekonomik sorunlar yaratabileceği, ekonomik sorunların esasen politik organların alanına girdiği; hem de az gelirli kamu görevlilerinin zaten enflasyon oranında artış aldıklarından kararın aslında orta sınıf kamu görevlilerinin lehine olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir.¹³⁸⁶

Aynı konuda, daha sonra önüne gelen bir davada Mahkeme bu sefer bütçenin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kaynak kıtlığı halinde sosyal harcamaların diğer harcamalara göre öncelikli olduğunu vurgulayarak bir ölçülülük analizi yapmış; yüksek maaşlı kamu görevlilerinin daha az zam almasının sosyal harcamaların kabul edilebilir düzeyde tutulması için gerekli olduğunu ve bu durumun ilgili kamu görevlilerinin asgari geçim haklarına zarar vermediğini belirtmiş, böylelikle de asgari gereklilik doktrini yoksulların lehine yorumlamıştır.¹³⁸⁷

6. Anayasaya Aykırılık Hali Doktrini

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, bir diğer temel yorum yöntemi olarak, *minimo vital* ilkesini geliştiren, özellikle de ülke içinde yerlerinden edilmiş kişilerin konut hakkı ve sağlık hakkı ile bağlantılı şekilde, “anayasaya aykırılık hali doktrini (state of unconstitutionality)”¹³⁸⁸ oluşturmuştur. Anayasa’da öngörülmemiş olan bu kavram ile Mahkeme artık *inter partes* (davanın tarafları için bağlayıcı) çözümler yerine yapısal çözümlerin gerekliliğine dikkat çekeceği *erga omnes* (herkes için geçerli) bir alan yaratmaya çalışmaktadır. Bu da bir anlamda yasama ve yürütmenin politika oluşturma zorunluluğuna işaret etmektedir.¹³⁸⁹

Yargısal yaratıcılığın açık bir göstergesi olan bu doktrin çerçevesinde KAYM önüne gelen bir başvuruyu incelerken şu hallerde anayasaya aykırılık hali olduğu tespitinde

¹³⁸⁴ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 702.

¹³⁸⁵ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.281.

¹³⁸⁶ “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.219, 220, 221.

¹³⁸⁷ Bu içtihat değişikliğinde bazı üyelerin görev sürelerinin dolması sonucunda Mahkeme’nin yapısının yenilenmesinin de önemli bir payı vardır. Bkz. David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, **Harvard International Law Journal**. Vol: 53, No:1, s.222.

¹³⁸⁸ D. Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, s.222.

¹³⁸⁹ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 702.

bulunmaktadır: Çok sayıda insanı etkileyecek şekilde farklı anayasal hakların sistematik ve geniş kapsamlı olarak ihlali söz konusu ise ve bu sonuç tek bir kamu otoritesine yüklenilemeyip yapısal sorun ve eksikliklerden kaynaklanıyorsa.¹³⁹⁰

Mahkeme anayasaya aykırılık hali tespit ettiğinde, artık aynı koşullara bağlı olarak aynı hakların ihlal edildiğine ilişkin daha fazla başvuru yapılmasını beklemez ve yalnızca o zamana kadar yapılmış olan başvurular için değil, aynı durumda bulunan herkesin haklarının korunması için gerekli olan önlemlerin alınmasına hükmeder. Anayasaya aykırılık hali tespit eden mahkeme kararı, toplumun kırılgan ve marjinalleştirilmiş kesimlerinin genellikle yargısal çözümlere başvurup ondan yararlanamadıkları gerçeğini de ortaya koymakta; verilen hüküm benzer durumda, benzer hak ihlali yaşayan ancak mahkemeye başvuruda bulunma imkanı olamasa da “herkes” için geçerli olabilmektedir. Bu çerçevede Mahkeme yalnızca başvuruda bulunan davacılara yönelik bir tutela kararı vermek yerine, buna ilişkin kamu politikaları alanında değişiklik yapılması için yapısal emir ve hükümler vermektedir. KAYM bunların yanında, genellikle çeşitli kamu otoritelerinin eşgüdümlü olarak söz konusu ihlallerin sonuçlarını ortadan kaldırmak için çaba göstermesi, bu bağlamda somut bir eylem planı hazırlaması gerektiğine de karar vermekte ve bu kararın uygulanıp uygulanmadığını takip etmektedir.¹³⁹¹

Etkili bir “fren ve denge” mekanizması ortaya koyan bu doktrin, kamu otoritelerinin Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ile temel ilkelere uygun hareket etmesini gerekli kılmaktadır. Bu yönüyle Kolombiya toplumu ve kamusal politikalar üzerinde derin etkileri bulunmaktadır. Aynı zamanda, farklı kamusal otoritelerin anayasaya aykırılık halinin giderilmesi konusunda iş birliği içinde olmasını destekleyici bir işleve de sahiptir.

KAYM, anayasa aykırılık doktrinini diğerlerinin yanı sıra, özellikle de tutuklu ve hükümlülerinin tutulma koşulları, ülke içinde yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda bırakılan kişiler ile sağlık hakkına ilişkin kararlarında uygulamıştır. Örneğin hapishane idaresine karşı tutuklu ve hükümlülerin aşırı kalabalık, yeterli gıda, tıbbi bakım ve yardım, güvenlik ihtiyaçları karşılanmaksızın, insanlık dışı koşullarda tutulduklarına ilişkin bir dizi tutela başvurusu yapılmıştır. Mahkeme, bu başvuruların sonucunda anayasaya aykırılık hali tespitinde bulunmuş ve hapishanedeki insanlık dışı koşulların geniş kapsamlı ve sistematik ihlal yarattığını belirtmiştir. Bunun sonucunda çeşitli kamu otoriteleri bu durumdan sorumlu bulunarak ilgili

¹³⁹⁰ M. Sepulveda, a.g.e., s.148.

¹³⁹¹ M. Sepulveda, a.g.e., s.148.

bütün otoritelerin iş birliği içerisinde bu koşulları ortadan kaldıracak gerekli önlemleri almaları ve bir eylem planı geliştirmeleri gerektiğine hükmedilmiştir.¹³⁹²

Bu başvurular çerçevesinde Mahkeme, tutuklu ve hükümlülerin sosyal haklarına ilişkin devletin “gerçekleştirme yükümlülüğünü” vurgulamıştır. KAYM’nin bakış açısına göre, tutuklu ve hükümlüler, sadece hapisanede tutuldukları için değil, aynı zamanda çoğunlukla *yeterli maddi imkanlara sahip olmadıkları için* haklarını arayabilecek konumda değildirler.¹³⁹³ Mahkeme, hakkını içeriğine ilişkin olarak da, örneğin tutuklu ve hükümlüler için yeterli beslenme hakkının kişilerin sağlıklarının nitelik ve nicelik olarak geliştirilmesi için gerekli olan düzeyde ve hijyenik gıda teminini kapsadığı tespitinde bulunmuştur.¹³⁹⁴ Mahkeme, aynı zamanda devletin bütün tutuklu ve hükümlülere önleyici ve tedavi edici sağlık hizmetlerine erişebilmelerini sağlama yükümlülüğü olduğunu da kararlarında vurgulamıştır.¹³⁹⁵ Mahkeme örneğin bir tutuklunun tıbbi bakımının reddedilmesini sağlık personeli ile hapisane yetkililerinin hatası olarak değerlendirmiş ve kişinin sağlık hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, buna bağlı olarak hapisane görevlilerinin 48 saatlik bir zaman dilimi içerisinde ilgili tutukluya gereken tıbbi bakım ve yardım ile tedavisinin gerekli kıldığı ilaçları temin etmesini kararında emretmiştir.¹³⁹⁶

KAYM’nin anayasaya aykırılık doktrinini Kolombiya’daki çatışmalar sonucunda yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalan kişilerin yaptığı tutela başvurularında da uygulamıştır. Bu şekilde Kolombiya’da zorunlu göçe maruz kalan kişiler göç ettikleri yerlerde ağır koşullarda, aşırı yoksulluk içinde yaşamak durumunda kalmıştır. Bu kişilerin yapmış oldukları başvuruların sonucunda Mahkeme, devletin bu kişilere yönelik barınma, sağlık, insani yardım ve eğitim yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu kişilerin haklarının korunması için yapılan kaynak dağıtımının da yeterli olmadığını belirterek Anayasa’ya aykırılık tespitinde bulunmuştur. KAYM, vermiş olduğu kararlarda zorunlu olarak yerlerinden edilen kişilerin acil ve insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi bakımından zorunlu ihtiyaçları (haklarının asgari özü) için derhal önlemler alınması gerektiğini, daha uzun vadede ise bu kişilerin haklarının korunması için kamusal politikalar ve eylem planlarının oluşturulup yaşama geçirilmesini emretmiştir.¹³⁹⁷

¹³⁹² Örnek olarak bkz. T-153/98, 2003; T-606/98, 2005; T-607/98, 2007.

¹³⁹³ Bkz. T-535/98, 2010; T-583/98, 2009.

¹³⁹⁴ Bkz. T-208/99, 2006; T-714/96, 2008.

¹³⁹⁵ Bkz. T-545/03, 2010.

¹³⁹⁶ T-606/98, 2005.

¹³⁹⁷ Bkz. T-025/04, 2004; T-098/02, 2005; T-606/03, 2007.

Mahkeme, ayrıca sosyal hukuk devleti ilkesinin devlete toplumdaki sosyal eşitsizlikleri ortadan kaldırma, kırılğan ve dezavantajlı grupların haklarını koruma, aşamalı olarak toplumla bütünleşmesini sağlama yükümlülüğü yüklediğini de belirtmiş ve bu çerçevede zorunlu olarak yerlerinden edilen kişilerin haklarının korunabilmesi için kaynak tahsisi yapılmasının devletin görevi olduğunu vurgulamıştır.¹³⁹⁸ Mahkeme'nin bu kararı üzerine hükümet yerlerinden edilmiş kişilerin sorunlarının çözümü için yeni politikalar belirlemiş ve bütçeden ayırdığı tahsisatı arttırmıştır.¹³⁹⁹ Mahkeme de kararının uygulanıp uygulanmadığının takibi için daimi bir izleme birimi (gözetim komisyonu) oluşturmuş ve hükümet, kamu denetçisi ve sivil toplum kuruluşları arasında bağlantı kurulmasını sağlayarak kamuya açık toplantılar düzenlemiştir.¹⁴⁰⁰ Bu çerçevede zorunlu göçün yarattığı insanlık krizine karşı eylem planları ve programlarının oluşturulması ve uygulanmasında devlet ve sivil toplum bir araya getirilerek aşamalı ve diyaloga dayalı bir süreç izlenmiştir.¹⁴⁰¹

Zorunlu olarak yerlerinden edilen kişilerin kamu otoritelerinin ihmalinden kaynaklanan yapısal sorunlar nedeniyle içinde bulundukları kırılğan ve ağır koşulların Mahkeme tarafından tespit edilmesi, bütün insan haklarının karşılıklı olarak birbirine bağlı ve birbirinden ayrılamaz olduğunu bir kez daha anlatmaktadır. Çünkü bu kişiler yerlerinden edilme sürecinde çok sayıda çeşitli hak ihlallerine maruz kalmışlardır ve bu gerçek de KAYM tarafından kararlarında dikkate alınmıştır. Yine kararlarda da belirtildiği üzere, geniş çaplı zorunlu göç çok yönlü, kapsamlı ve süregiden hak ihlallerinin doğmasına yol açmıştır.¹⁴⁰²

Mahkeme'nin vermiş olduğu bu kararların şüphesiz ki doğrudan bütçe üzerinde mali etkileri olmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme yasama ve yürütmenin insan onurunu korumak ve sosyal devlet, dayanışma ilkesi gibi anayasal değerlere saygı gösterme konusundaki görevlerine uygun bir şekilde davranıp davranmadıklarına karar vermek hususunda özel olarak görevli ve yetkili kılındığını vurgulamıştır.¹⁴⁰³

¹³⁹⁸ M. Sepulveda, a.g.e., s.160.

¹³⁹⁹ Helena Alviar Garcia, "Distribution of resources by courts", **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015, s.74.

¹⁴⁰⁰ Natalia Angel-Cabo, Domingo Lovera Pardo, "Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation", **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015, s.92.

¹⁴⁰¹ Cesar Rodriguez-Garavito, Diana Rodriguez-Franco, **Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Global South**, New York: Cambridge University Press, 2015, s.13, 14.

¹⁴⁰² Bkz. SU-1150/00, 2007.

¹⁴⁰³ M. Sepulveda, a.g.e., s.160.

KAYM'nin anayasaya aykırılık hali doktrinini uyguladığı bir başka alanı da sağlık sisteminin yapısal sorunlarını ele aldığı kararları oluşturmaktadır. KAYM önceki içtihatları ile de paralel olacak şekilde, zorunlu sağlık sigortası sisteminde yasal düzenlemelerde yardım listesinde yer almamakla birlikte ilaç veya tedavinin sağlanması kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması için tıbben zorunlu ise ve kişi ödeme gücünden yoksun ise onların da sağlık hakkının korunması gerektiğini ifade etmiştir. Buna ek olarak, farklı sigorta rejimleri arasında süregiden uyumsuzlukların da giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴⁰⁴ Bu kararlarında KAYM, sağlık hakkının aşamalı olarak gerçekleştirilecek bir hak olmasının devletin sağlık yardımı planlarının tutarlı bir şekilde bütünleştirilmesi yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmayacağını ve sosyal bir hukuk devletinde yoksul ve az gelirli kişilerin daha düşük anayasal korumaya tabi tutulamayacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda, asgari geçim seviyesi ile sosyal hukuk devleti kavramları birbirine sıkı sıkıya bağlıdır.

KAYM, zorla yerlerinden edilen kişiler bakımından vermiş olduğu kararlardakine benzer olarak burada da önce hükümet, sivil toplum ve ombudsman gibi kamu otoritelerinden bilgi almış, bu çerçevede söz konusu otoritelere detaylı emirler vermiş ve sivil toplum ile kamu otoritelerinin bir araya gelip müzakere edebileceği halka açık oturumlar düzenlemiştir.¹⁴⁰⁵

Bu bakımdan Mahkeme'nin anayasaya aykırılık hali doktrini ile toplumda o zamana dek sesi duyulmayan dezavantajlı grupların haklarını korumasını, hem de kamu otoritelerinin anayasal ilkeler ile hak ve özgürlüklere uygun davranmasını sağlamaya çalışmıştır. Mahkeme'nin bu kapsamda verdiği kararların pratikte de özellikle orta sınıfın yerine, gerçekten yoksul ve zor durumdaki kişilerin lehine bir yarar sağladığı ve ayrıca etkili bir fren-denge mekanizması ortaya koyduğu belirtilmektedir.¹⁴⁰⁶

Şunu belirtmek gerekir ki, yargısal bir yaratıcılık ile ürettiği yöntemler ile insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmek için gerekli asgari koşulları sağlamanın devletin anayasal görevi olduğunu vurgulayan Mahkeme'nin “sosyal hak aktivizmi” kamusal politikaları da dönüştürücü bir etki yaratmış, en temel ihtiyaçlarını karşılayamayan kişiler için somut yararlar sağlayabilmiş ve mutlak yoksulluk sınırında yaşayanlara devletin özel yardımlar yapmasını sağlamıştır.¹⁴⁰⁷ Basit bireysel çözümler yerine karmaşık yapısal hükümlerin özellikle yoksul ve

¹⁴⁰⁴ Bkz. T-760/08, 2008.

¹⁴⁰⁵ D. Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, s.223, 224.

¹⁴⁰⁶ M. Sepulveda, a.g.e., s.148.

¹⁴⁰⁷ Luis Eslava, “Constitutionalization of Rights in Columbia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons”, *Revista Derecho del Estado*, 22, 2009, s.208.

dezavantajlı kişilerin sosyal haklarının korunması açısından etkili bir yargısal yöntem olduğu görülmüştür.¹⁴⁰⁸ Bu aktivizm, yasama ve yürütmenin alanına müdahale eden bir faaliyet olarak değil, sorunlarını tespit edip çözümlerini ilgili organlara bırakan “ihtiyatlı bir aktivizm” olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁰⁹

Mahkeme’nin bu aktivist tutumunun kamu harcamalarını arttırarak makroekonomik anlamda olumsuz etkiler yaratığı ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşı Mahkeme anayasal hakların korunmasının kaçınılmaz bir bedeli olduğunu kabul etmekle birlikte, maliyet gerekçesiyle Anayasa’nın koruması altındaki bir hakkın yerine getirilmemesini kabul etmesinin mümkün olmadığını altını çizmiştir.¹⁴¹⁰ Öte yandan, bu savunma Mahkeme’nin yargısal aktivizmine olan tepkiyi azaltmamış ve yasama organı Mahkeme’nin sosyal haklarla ilgili kararlarının Bakanlar Kurulu tarafından mali istikrar adına değiştirilebilmesinin önünü açmıştır.¹⁴¹¹ Bu düzenlemeyi getiren Anayasa değişikliğinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmıştır. Davacılar, bu anayasa değişikliğiyle asgari geçim ve sosyal hukuk devleti gibi temel anayasal değerlerin mali değerlendirmelere tabi tutulmasının Anayasa’ya aykırı olduğunu savunmuşlardır.¹⁴¹² Davacılar göre, sosyal hukuk devleti ilkesi, mali sürdürülebilirlikle aynı anayasal düzeye eşitlenmişti. KAYM ise, söz konusu değişikliğin, mali sürdürülebilirliği yeni bir anayasal değer olarak yaratmadığını, tam tersi sosyal hukuk devletinin amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik, onun hizmetinde bir araç olarak getirildiğini belirterek Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.¹⁴¹³ Bu bakımdan, sosyal hukuk devletinde mali ve bütçeye yönelik kaygılar anayasal hakların etkili bir şekilde gerçekleştirilmesine göre ikincil bir konumdadır; devlet, kaynak yetersizliğini sosyal hakların gerçekleştirilmemesi önünde bir kalkan olarak kullanamaz.¹⁴¹⁴

¹⁴⁰⁸ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.298.

¹⁴⁰⁹ Manuel Jose Cepeda-Espinosa, “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, 89(3), 2011, s.1704.

¹⁴¹⁰ Manuel Jose Cepeda-Espinosa, “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the the Columbian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, 3(3), 2004, s.643.

¹⁴¹¹ Manuel Ituralde, “Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change”, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, (Ed. Daniel Bonilla Maldonado), New York: Cambridge University Press, 2013, s.365.

¹⁴¹² D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s.273.

¹⁴¹³ C-288, 2012. Bkz. D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.274.

¹⁴¹⁴ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.274.

Kolombiya anayasa yargısı, sosyal hakların korunması alanında yargısal yaratıcılığın önemli örneklerinden biridir. Mahkeme'nin yapısal emirlere hükmettiği anayasaya aykırılık hali doktrini, sosyal haklar lehine Kolombiya'daki kamusal politikaları dönüştürücü bir rol oynamış, yoksul ve dezavantajlı kişiler için etkili sonuçlar doğurmuştur. KAYM'nin sosyal haklar içtihadı ekonomik ve sosyal krizlerin ortasında bile, daha ziyade orta sınıfın yararlarının korunmasından toplumun kırılgan kesimlerinin haklarının korunmasına doğru bir evrim geçirmiştir. Yine Mahkeme'nin ortaya koyduğu asgari gereklilik doktrini de, bir yandan devletin tutunamayanların lehine sosyal programlar geliştirmesine yönelik kaynak tahsisinde bir önceliklendirme işlevi görmüş, diğer yandan da devletin ekonomik krizle mücadelesini engellemeden buna yönelik öngördüğü önlemleri etkili bir şekilde denetleyebilmesini sağlamıştır.¹⁴¹⁵ Sonuç olarak Kolombiya deneyimi, anayasa yargısının kriz zamanlarında dahi sosyal hakları korumak için etkili ve sürdürülebilir bir işlev görebileceğini ortaya koymaktadır.¹⁴¹⁶

C- Değerlendirme

Küresel Güney'de anayasa yargısının sosyal hakları korumak için benimsemiş oldukları yargısal tutumlar zaman zaman birbirinden ayrılmakta, zaman zaman ise paralellik göstermektedir. Bu bakımdan siyasal ve toplumsal yapıların çeşitliliği, hukuk tarihi ve yargı kültürünün etkisiyle aynı olaylarda farklı yargısal tepkiler verilebildiği gibi, farklı koşullar altında benzer sonuçlara varılabildiği görülmektedir.¹⁴¹⁷

Her üç ülkenin anayasa yargısında da insan onuru kavramı, insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bütünselliği ilkesi çerçevesinde sosyal hakların da “insan hakkı” olduğu ve yargısallaştırılabileceği farklı ve yaratıcı yargısal tutumlarla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sosyal hakların yargısallaştırılmasına yönelik ileri sürülen erkler ayrılığı ve kurumsal yetersizlik itirazlarına karşın, incelediğimiz ülke örneklerinde görüldüğü üzere, anayasa yargısı hukukilik denetiminin ötesine geçip yerindelik denetimine kayma ihtimaline karşı, yasa koyucu ve yürütmenin alanına girmeksizin, yargısal yaratıcılık örnekleri ile en muhtaç durumdaki kişilerin sosyal haklarını korumaya çalışmışlardır. Bu bakımdan anayasa yargısının özellikle de toplumdaki tutunamayanların sesi olduğu, politika alanında temsil edilemeyen kişilerin de

¹⁴¹⁵ S. Yolcu, a.g.e., s.236.

¹⁴¹⁶ D. Landau, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, s.299.

¹⁴¹⁷ S. Yolcu, a.g.e., s.265.

haklarını koruduğu ve bir önceliklendirme işlevi sağladığı da belirtilebilecektir. Bu noktada da, esasen yasama ve yürütmenin alanına “müdahale” kavramından ziyade erkler arası “diyalog” kavramının ön plana çıktığı, bunun da bu alandaki politikalar üzerinde doğrudan ya da dolaylı etkiler yarattığı ifade edilebilecektir.

Hindistan anayasa yargısı insan onuru kavramı ve özellikle de yaşam hakkı ile diğer haklar arasında bir bağ kurarak sağlık hakkı, beslenme hakkı, eğitim hakkı alanında oldukça aktivist bir tutum sergilemiş, bu haklara ilişkin devletin asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerini belirlemeye çalışmış; konut hakkı alanında ise hakkın içeriğini belirleme yine aktivist davranırken hakkın yerine getirilmesine yönelik olumlu yargısal emirler vermediği için uygulamada diğer kararlarına göre görece olarak daha ihtiyatlı ve “uyumlu” davranmıştır.

Kolombiya anayasa yargısı da genel olarak yaşam hakkı ve insan onuru kavramlarından hareketle hakların içeriğini somut olarak doldurmaya çalışmış ve özellikle de yapısal anayasaya aykırılık hali doktrinini uyguladığı konut hakkı ile sağlık hakkına ilişkin kararlarında daha aktivist bir tutumla başvuruçuların somut olarak haklarından yararlanmalarına imkan sağlamıştır. Yine hakların bütünselliği ilkesi ile bağlantılı olarak, “temel hakların geniş yorumu” ile anayasayı dar ve şekilci bir şekilde yorumlamak yerine; bütün hakların doğası gereği “temel” oldukları anlayışını benimsemiş ve tutela ile sağlanan korumanın bütün haklar bakımından genişletilebileceğini kabul etmiş; sosyal hakların da bu şekilde korunabilmesini sağlamıştır. Anayasa’nın 1.maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi ve insan onurunun korunması değerinden yola çıkarak sosyal haklarla diğer haklar arasında bir bağ kurmuş ve “minimo vital (asgari gereklilik)” doktrinini geliştirmiştir.¹⁴¹⁸

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ise hakkın normatif içeriğini belirlemekten kaçınmış, özellikle de erkler ayrılığı tartışmalarına karşılık, sosyal hakları belli mal ve hizmetlere yönelik uygulanabilir haklardan ziyade hükümetin izlediği sosyo-ekonomik politikaların belli temel hukuk ilkeleri doğrultusunda usulü olarak değerlendirilmesi şeklinde incelemiştir. Böylelikle de bir yandan yargının kamusal meşruiyetinin tartışmaların dışında kalmasını sağlamış, bir yandan da yürütmeye hesap verme yükümlülüğü getirmiştir. Grootboom kararı, öğretide yasamanın ve yürütmenin işine karışmadan, karmaşık politika

¹⁴¹⁸ Natalia Angel-Cabo, Domingo Lovera Parmo, “Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015, s.89.

retme süreçlerine girmeden mahkemelerin sosyal hakları koruyabileceğinin güzel bir rneğİ olarak gösterilmiştir.¹⁴¹⁹

Yine her üç ülkede de insan onuru kavramı ve yaşam hakkı ile bağlantılı olarak özellikle de sağlık hakkı alanında diğer alanlara göre daha ilerici ve aktivist bir tutum benimsendiği de söylenebilecektir. Hindistan Yüksek Mahkemesi sağlık hakkını yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmiştir.¹⁴²⁰ Ayrıca acil sağlık hizmetlerinin çekirdek hak olarak tanımlanması da, devletin sağlık alanındaki yükümlülüklerinin değerlendirilmesinde kullanılan önemli bir ölçüt olmuştur. Devletin sağlık politikasına ilişkin önceliklerinin bu asgari özel standartları karşılayacak şekilde uyarlamak durumunda olduğu söylenebilecektir.

TAC kararı GA AYM'nin sosyal haklarla ilgili içtihadında istisnai bir duruşu simgeler, çünkü Mahkeme'nin genel tutumu, sosyal hakların yargısallaştırılmasına usuli açıdan yaklaşarak somut çıktılar üretmek amacı taşımaktan uzaktır. Burada HIV virüsü taşıyan hastalarda ilgili meselelerde AYM'nin farklı bir duruş sergilediği görülmektedir. Mahkeme, bu gibi hassas konularda sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasında bir ilişki kurarak ihlal kararı ile birlikte icra emri de verebilmektedir.

KAYM de özellikle asgari gereklilik ve anayasaya aykırılık hali doktrini ile sağlık hakkı alanında önemli kararlara imza atmış; yapısal sorunları tespit ederek bunların -özellikle de dezavantajlı kişiler için- ortadan kaldırılmasını kararlarında emretmiştir. Verilen kararlar her üç ülkede de sağlık alanındaki politikalarda bir dönüşüm yaşanmasına yol açmıştır.

Her üç ülke de sosyal hakların yargısallaştırılmasında toplumun en çok korunmaya muhtaç, sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı gruplarının yargısal olarak korunmasına özellikle odaklanmışlardır. Hindistan Yüksek Mahkemesi PIL ile, Kolombiya Anayasa Mahkemesi tutela ile siyasi alanda yeterince (ya da hiç) temsil edilemeyen kişilerin sesi olmuş, bu şekilde mağdur olup mahkemeye erişim imkanı hiç olmayan veya çok kısıtlı olan yoksul ve dezavantajlı kişilerin yargıya başvurmalarına olanak tanımıştır. Bu hukuki araçlar sayesinde yargısal süreç daha ulaşılabilir ve katılımcı bir anlayışla yeniden yorumlanmış, böylelikle geleneksel yargılama usulü ve kuvvetler ayrılığı ilkesini de dnştrmştir. Yine bu sayede pek çok sosyal hak anayasa yargısı tarafından yorumlanabilmiş ve kavramsallaştırılabilmiştir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de geliştirdiği makullük ölçütünde "en muhtaç kesimin"

¹⁴¹⁹ M. Tushnet, a.g.e., s.243.

¹⁴²⁰ Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi, (1981) 2 SCR 516 (India); Paramanand Katara v. Union of India (1989) 4 SCC 286.

haklarını korumayan politika ve uygulamaların makul olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, aşamalı bir şekilde gerçekleştirme kavramının da takdir yetkisi bağlamında sınırsız bir serbesti verdiği anlamında keyfi yorumlanamayacağını söyleyerek, Türkiye bakımından 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin sınırlarının yorumunda da dikkate alınabilecek yol gösterici ilkeler tespit etmiştir.¹⁴²¹

GAYM yine TAC kararı ile de HIV virüsü taşıyan kırılgan kesim için oldukça ilerici ve aktivist bir karar vermekten kaçınmamıştır.

KAYM'nin asgari gereklilik doktrini de, hem sosyal hakların diğer haklarla bağlantılı olduğu hallerde tutela aracılığıyla korunabilmesini sağlamış, hem de toplumun kırılgan ve dezavantajlı gruplarının haklarının ivedi bir şekilde yerine getirilmesi için bir sosyal haklar perspektifi geliştirmesini sağlamıştır. Bu doktrin, aynı zamanda Mahkeme için bir önceliklendirme işlevine de sahiptir: İnsan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesinin altında yaşayan kişiler için KAYM sosyal hakları doğrudan uygulanabilir kılarak öncelikle toplumun en dezavantajlı kesimlerini görünür kılmakta ve onların haklarına odaklanmaktadır.

Her üç ülke deneyiminden elde edilecek karşılaştırmalı analizin sosyal hakların yargısal korunması bakımından sunduğu en önemli sonuçlardan biri de, yargı kararlarının takibi ve gözetiminin yargısal hükmün etkisine olan katkısıdır. Sosyal hakların korunmasına ilişkin farklı yargısal tutum ve yöntemlerle verilen kararların bir anlam ifade edebilmesi için, onların gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin yargısal makamlarca izlendiği bir süreç de gereklidir. Her üç ülkede de anayasa yargısının sosyal hakların gerçekleştirilmesine göreceli olarak daha fazla katkıda bulunabildiği haller, bu tür izleme sürecinin bulunduğu kararlardır.¹⁴²²

Bu süreç, özellikle de anayasa mahkemelerinin “diyaloga dayalı aktivizm” sergilediği durumlarda verilen kararların sosyal haklar lehine genel etkisini arttırmaktadır. Buradaki “diyalog” ifadesi, mahkemelerin yargısal sorunun çözümünde tek yanlı bir tutum benimsemek yerine, sorunun içinde yer alan aktörler ile birlikte müzakere etme, uzlaşma çabasını içermektedir. Dolayısıyla diyaloga dayalı yaklaşım kamuya açık oturumlar, mahkeme tarafından atanan komisyonlar ile politik organlar ve sivil toplumun müzakere amaçlı bir araya gelmesi gibi katılımcı bir yol izleyerek süreci demokratikleştirir ve kararların etkisini artırır.

¹⁴²¹ Zülfiye Yılmaz, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasası Uygulamaları”, *İÜHFİM*, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 703.

¹⁴²² S. Yolcu, a.g.e., s.265.

Diyaloğa dayalı olarak verilen kararlar bir yandan geniş hedefler koyarak bunların belli bir zaman dilimi içerisinde tam olarak uygulanmasını sağlarken, diğer yandan da esasa ilişkin yapılacakları ve detaylı çıktıları politik organlara bırakır. Bu bakımdan aynı zamanda hüküm kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olur, mahkemelerin meşruluğunu destekler, kurumsal kapasitesini artırır ve verilen kararların toplumda daha etkili olmasını sağlar.¹⁴²³ Bir başka ifade ile, diyaloga dayalı yargısal kararlar, sosyal hakların yargısallaştırılmasında karşılaşılan iki temel itirazı ortadan kaldırmaktadır: Politik direnç ve kurumsal kapasite.

Diyaloğa dayalı aktivizme örnek olarak Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık hali doktrinini uyguladığı sağlık hakkı ile zorunlu olarak yerlerinden edilen kişilerle ilgili kararları; Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin konut hakkına ilişkin olan Grootboom kararı¹⁴²⁴, Olivia Road kararı ve Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin beslenme hakkına ilişkin vermiş olduğu kararları hatırlanabilecektir. Bu kararlar Küresel Güney anayasaya yargısının toplumdaki en muhtaç konumdaki kişilerin haklarının korunmasında büyük bir etkiye sahip olduklarını ortaya koymaktadır. Burada hem diyaloga dayalı aktivizmin etkisini, hem de sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin ileri sürülen demokratik meşruluk (ya da erkler ayrılığı) ve kurumsal yetersizlik itirazlarının çürütülebildiğini görmekteyiz.

Bu örnekler çerçevesinde geliştirilen “müzakereci yargısal denetim modeli” ile mahkemelere demokratik bir rol biçilerek demokratik katılım güçlendirilmektedir. Bu model, dezavantajlı ve marjinalleştirilmiş kişilerin kendilerini etkileyen süreçlerin dışında bırakılmamalarını sağlar; bu kişiler demokrasi ve hak mücadelesi sürecinin pasif öznelere olmaktan çıkıp aktif birer yurttaş haline dönüşür. Bu bakımdan diyaloga dayalı yargısal aktivizm etkili şekilde uygulandığı takdirde müzakereci demokrasiyi güçlendirebilir ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinde demokratik hesap verilebilirliği attırabilir.¹⁴²⁵

Bu denetim modeli, mahkemelerin karmaşık, çok merkezli sosyo-ekonomik konuları ele alırken karşılaşılabileceği kurumsal sorunların da üstesinden gelinmesine yardımcı olabilecektir. Mahkemeler zorunlu göç, illegal barınma, konut politikaları, açlık gibi çok merkezli sorunlara

¹⁴²³ C. Rodriguez-Garavito, D. Rodriguez-Franco, a.g.e., s.172.

¹⁴²⁴ Grootboom kararı her ne kadar makullük ölçütünü kullanarak davacıyı haklı bulmakla birlikte belirli bir zaman dilimi ya da gözetim süreci öngörmediği için söz edilen diğer kararlardan daha az diyaloga dayalı ve daha zayıf bir hüküm olarak nitelendirilebilecek ise de, yarattığı önemli etkiler göz ardı edilemez. Bu kararlar en azından toplumun en muhtaç kesimi zorunlu tahliyeden korunduğu, temel hizmetlerin sağlanmasına katkıda bulunduğu, devletin konut politikasını gözden geçirmeye yönlendirdiği, hukuka aykırı gecekonduların tahliyesini yavaşlattığı ve konut hakkı ile ilgili diğer uyumsuzluklar için önemli bir emsal oluşturduğu belirtilmektedir. Bkz. C. Rodriguez-Garavito, D. Rodriguez-Franco, a.g.e., s.181.

¹⁴²⁵ L. Chenwi, a.g.e., s.192, 193.

çözüm bulmak için gerekli teknik bilgi, personel ve kaynağa sahip değilse de, bu sorunların çözümü için kamusal makamlar ile sivil toplumun diyalog kurmasını teşvik edebilir ve süreci yönlendirebilir.¹⁴²⁶ Böylelikle de çözüm için iş birliği sağlanabilir, alternatif plan ve projelerin toplumda müzakere edilmesi sağlanabilir.

Bu denetim modeli ile, taraflar arasında kurulan anlamlı ilişki, kamu politikalarında ve toplumda önemli değişikliklere yol açabilme potansiyeline sahiptir ve uygulamada da önemli etkileri olduğu görülmüştür. Bu şekilde verilen yargısal kararlar mahkeme lehine siyasi koalisyonların oluşumuna da yol açabilir veya söz konusu olayın maddi ve sembolik etkileri lehine medya desteğini sağlayabilir.¹⁴²⁷ Örneğin Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin beslenme hakkına ilişkin PUCL kararı ile kıtlık ve açlığa karşı mücadele eden bir sivil toplum ağı olan Right to Food Campaign harekete geçmiş ve kararın uygulanmasında etkili olmuştur.¹⁴²⁸

Bu şekilde, mahkemeler diyaloga dayalı aktivizm ile hak, hüküm ve gözetim mekanizmalarını etkisiz hale getiren siyasi ve kurumsal açmazların üstesinden gelebilir ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi üzerindeki etkisini arttırabilir.¹⁴²⁹

Sonuç olarak, Anayasa mahkemeleri sosyal haklarla ilgili incelemelerinde sorunları tespit etmede aktivist, bir çözüm yeri olarak görülmede kendilerini sınırlayıcı bir tutum içerisinde olmalı; ayrıca, yargısallaştırma sürecinde diğer ekler ve sivil toplum arasında diyalog ile müzakereye açık kapı bırakılmalıdır. Bir başka ifade ile, hakkın normatif içeriğini somutlaştırmaktan kaçınmamalı ve hakkın gerçekleştirilmesine yönelik hedefler ortaya koymalı ancak bunun uygulanma biçimi konusundaki tercihlerin politik organlara ait olduğunu belirtmelidir. Hakkın normatif içeriği belirlenirken de her üç ülkenin de yargı organlarının kararlarında yer verdiği sosyal hukuk devleti ilkesi, insan onuru kavramı, eşitlik ilkesi (hem hukuki hem de maddi eşitlik ve dezavantajlı kişilerin korunması bakımından olumlu ayrımcılık boyutuyla) hakkın asgari özünün ve önceliklerin belirlenmesinde yol gösterici olabilecektir.

Bu konuda Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu makullük yaklaşımını değerlendirirken ifade edildiği gibi, bu yaklaşım ile BM ESKHK'nin asgari öz yaklaşımı birlikte uygulanabilir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin makuliyet testi devlete hesap verebilme yükümlülüğü getirirken, mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda temel karar alıcı haline gelmesini de engellemektedir. Bu şekilde demokratik meşruiyet tartışmalarına

¹⁴²⁶ S. Yolcu, a.g.e., s.276.

¹⁴²⁷ S. Yolcu, a.g.e., s.275.

¹⁴²⁸ C. Rodriguez-Garavito, D. Rodriguez-Franco, a.g.e., s.182, 183.

¹⁴²⁹ C. Rodriguez-Garavito, D. Rodriguez-Franco, a.g.e., s.183.

yol açmadan sosyal haklarla ilgili olarak siyasi, toplumsal ve hukuki duyarlılığın artması sağlanmış olacaktır.

Asgari öz yaklaşımı ise özellikle ciddi ekonomik kriz dönemlerinde asgari bir eşiğin altına inilmemesini garanti altına alacak hakkın asgari özünün/ çekirdeğinin varlığı önemli bir güvence sağlayacaktır. Kaynakların kıtlığı sorununun ön plana çıktığı kriz zamanlarında bunların dağıtımının nasıl yapılacağı bir önceliklendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İşte asgari öz/ çekirdek yaklaşımı hakların belli bir düzeyin altına inmesini engelleyerek kaynak dağıtımını sorunun durumu en kötü olanlar lehine çözer.¹⁴³⁰ Asgari öz/ çekirdek sosyal hakların gerçekleştirilmesinde başlangıç noktası olarak da nitelendirilebilir ve yaşanan sosyo-kültürel, ekonomik, teknolojik değişimlerle birlikte güncellenebilir olmalıdırlar.

Bu nedenle, her iki ölçütün birbirini destekleyecek şekilde bir arada kullanılması önerilebilecektir: Yargının hakkın asgari özünü/ çekirdeğini tespit ettikten sonra makullük testi yapmasının sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi açısından daha uygun olabileceği belirtilebilecektir.¹⁴³¹ Böylelikle idarenin gerekli adımları atmaması ya da atamaması durumlarında mahkeme kararları anlamsız hale gelme riskinden kurtulabilecek ve en kötü durumdaki davacılar için somut bir çözüm sunulabilecektir.

Mahkemeler hakkın asgari özünü belirlerken hem somut olayın özgün koşullarını, hem de benzer durumlarda diğer uluslararası organlarca verilen kararlara temel oluşturan yorumları dikkate almalıdırlar. Bu kararların dikkate alınması, sosyal hakların yorumlanmasında farklı ölçütlerin geliştirilmesine de katkı sağlayacaktır.

II- Türkiye’de Sosyal Hakların Yargısallaştırılması Serüveni

F- Sosyal Hakların Anayasallaşması

Bilindiği üzere, anayasal sistemimizde, “sosyal devlet ilkesi” tamamen 1961 Anayasası’nın yeniliğidir. “Sosyal ve ekonomik haklar” ise ilk defa sistematik olarak 1961 Anayasası’nda güvence altına alınmıştır. Yine devletin sosyal ve ekonomik alandaki

¹⁴³⁰ D. Bilchitz, “Constitutionalism, the Global South and Economic Justice”, s.730.

¹⁴³¹ S. Liebenberg, “Socio-Economic Rights: Revisiting the Reasonableness Review/ Minimum Core Debate”, s.327.

faaliyetlerinin, ödevlerinin sınırı meselesi de, 1961 Anayasasından beri anayasalarımızda yer almaktadır.

Bu başlık altında, 1961 Anayasası öncesi sosyal hak olarak ortaya çıkan sosyal yardım ve hizmetler; özellikle de bu bağlamda göze çarpan sosyal güvenliğe, eğitime, sendikal hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu'ndan başlayarak anayasa tarihimiz açısından ele alınacaktır.

4. 1961 Anayasası Öncesi: Sosyal Haklırsız Dönem

Türkiye'de sosyal hakların ortaya çıkışı ve gelişimi, sosyo-ekonomik ve siyasi yapının nitelikleri doğrultusunda oluşmuştur.¹⁴³² Osmanlı Devleti'nde sanayileşme olgusu ile işçi sınıfının ortaya çıkışı Avrupa'ya kıyasla daha geç gündeme geldiğinden, modern anlamda sosyal güvenlik sisteminin oluşumu da gecikmiştir. Buna bağlı olarak da Türkiye'de sosyal hakların 1961 Anayasası ile anayasallaşmasına kadar geçen süre içerisinde sosyo-ekonomik alanda elde edilen kazanımlar da işçi sınıfının mücadelesi sonucu olarak tabandan değil, tavandan kaynaklanmıştır.¹⁴³³ Osmanlı Devleti'nin lonca sistemi çerçevesinde 1830'lardan itibaren sanayileşme sürecinde yer aldığı görülmektedir.¹⁴³⁴ Osmanlı'da sosyal risklere karşı ahilik ve sonrasında lonca teşkilatı tarafından oluşturulan yardım sandıkları aracılığıyla sosyal güvenceler sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁴³⁵ Loncalar tarafından oluşturulan dayanışma ve yardım sandıkları sayesinde üyelerine işsizlik, hastalık, doğum, evlenme, iş kurma, ölüm gibi sosyal risklere karşı yardımlar yapılabilmektedir.¹⁴³⁶ Ayrıca dini temeller çerçevesinde geliri iyi olan kişilerin yoksullara dağıttığı fitre, zekat, bağış, kefare, kurban ve sadakalar çerçevesinde de maddi destekler sağlanabilmektedir.¹⁴³⁷ Osmanlı'nın son dönemlerinde sosyal güvenliğe ilişkin kurumsallaşma başlamış ve Cumhuriyet ile birlikte yolculuğuna devam etmiştir.

Bu bağlamda, Osmanlı'da da sosyal güvenlik Batı'dakine paralel olarak sosyal yardımlaşma olgusu ile başlamıştır.¹⁴³⁸ O zamandan beri vakıflar, meslek teşekkülleri, aile içi yardımlaşma ve sosyal yardımlar sosyal güvenlik sistemimizin zeminini oluşturmuştur.

¹⁴³² Cahit Talas, Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi, **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl: 3-4, 1981-1982, s. 50.

¹⁴³³ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yay., 1978, s.142-144.

¹⁴³⁴ Nusret Ekin, **Sendikacılar İçin Türkiye'de Endüstri İlişkilerinin Gelişimi**, İstanbul: Tekgıda-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 1991, s. 14.

¹⁴³⁵ İrfan Türkoğlu, "Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye'de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik", **Akademik İncelemeler Dergisi**, C: 8, S: 3, 2013, s. 289.

¹⁴³⁶ C. Talas, **Sosyal Ekonomi**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1972, s.593.

¹⁴³⁷ Kenan Tunçomağ, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, İstanbul: Beta Yay., 1988, s.43.

¹⁴³⁸ Nadir Özbek, "Osmanlı'dan Günümüze Sosyal Devlet", **Toplum ve Bilim**, No:92, 2002, s.8.

Osmanlı döneminde din, ahlak ve geleneksel kurallar üzerine kurulmuş olan ahilik teşkilatı ile 13. yüzyıldan itibaren zorunlu esnaf birliği halini alan lonca örgütlenmesi, esnaflar arasında meslek mensuplarını ve ailelerini korumak amacıyla oluşturulan dayanışma sandıkları sosyal güvenlik alanındaki en önemli meslek teşekkülleri olmuştur.¹⁴³⁹ Loncaların oluşturmuş olduğu yardımlaşma sandıkları bu sistem içerisinde önemli bir ihtiyaca cevap vermiş, 19. yüzyılın sonlarında lonca sistemi ile birlikte kaybolmuşlardır.¹⁴⁴⁰

Zaman içerisinde lonca sistemi bozulmuş ve bu sistemin sağladığı güvencelerden mahrum kalan işçiler, çalışma koşulları ile sosyo-ekonomik durumlarını yükseltebilmek adına II. Meşrutiyet'ten itibaren yabancı işverenlerin baskılarına rağmen giriştikleri işi bırakma eylemlerinde kazanımlar elde edebilmişlerdir.¹⁴⁴¹

Söz konusu kazanımlar, elbette günümüzdeki sendikal faaliyetlerden ziyade, esas itibariyle örgütlenmemiş, meslek ve işyeri işçi gruplarının oluşturduğu kısa süreli eylemler olmaktan öteye gidememiştir. Osmanlı yönetiminin çalışma hayatına karşı tutumunun başlangıçta yabancı işverenlerin etkisiyle baskıcı ve yasaklayıcı olmakla birlikte; sonradan düzenleyici ve yapıcı olduğu söylenebilecektir.¹⁴⁴² Osmanlı Devleti'nde itici bir güç odağı olarak "işçi sınıfı" bulunmasa da özellikle, II. Meşrutiyet'in ilanından sonra çıkarılan yasalarla, çalışma hakkı ve özgürlüğü, çalışma koşullarına olarak kısmen de olsa önemli düzenlemelere gidildiği görülmektedir.¹⁴⁴³

İlk anayasal belge olarak 1881 tarihli Sened-i İttifak, devamında ise 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ve 1856 yılında Islahat Fermanı belirtilmektedir. Söz konusu belgelerde oldukça sınırlı sayı ve kapsamda hakkın reaya tanındığı ve can ve mal güvenliğinin sağlanması, adil ve eşit vergileme, reaya arasında hukuki eşitliğin sağlanması için bazı düzenlemeler olduğu göze çarpmaktadır. O dönem Osmanlı İmparatorluğundaki sosyo-ekonomik yapı göz önüne alındığında, Batı'da ortaya çıkan burjuva sınıfının oluşmadığı, dolayısıyla sınıflar arası çatışmalardan doğan bir hak mücadelesinin söz konusu olmadığı; söz konusu belgelerin de esasen Gayrimüslimlere karşı dış bakının varlığı ile de bağlantılı olarak devletin dağılmasını önlemek ve eski gücüne kavuşmasını sağlamak olduğu ortadadır. Bu bakımdan her ne kadar reaya birtakım hak ve güvenceler tanınsa da, söz konusu anayasal belgeleri birer haklar

¹⁴³⁹ İ. Türkoğlu, a.g.e., s. 300.

¹⁴⁴⁰ Sait Dilik, **Sosyal Güvenlik**, Ankara: Kamu-İş Yay., 1991, s.25.

¹⁴⁴¹ Refik Sönmezsoy, **Türkiye'de ve Dünyada İşçi Hareketleri**, İstanbul: Boğaziçi Yayınları, 1981, s. 38-43.

¹⁴⁴² Güngör Turan, "Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Gelişimi ve Yorumu", **Türkler**, Cilt: 17, s. 500.

¹⁴⁴³ Bu düzenlemeler için bkz. Mesut Gülmez, **Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)**, Ankara: TODAİE Yay., No: 236, 1991, s. 279-386.

bildirgesi olarak, sosyal haklar da dahil olmak üzere, insan hakları alanında bir değerlendirmede bulunmak çok doğru olmayacaktır.

1961 Anayasası öncesi anayasa tarihimizde sosyal hakların izini aradığımızda, ilk yazılı anayasa olan 1876 tarihli Kanuni Esasi, kendisinden önceki anayasal belgelerden farklı olarak geniş bir haklar ve özgürlükler listesine yer vermektedir ve vatandaşlık hakkında eşitlik ilkesini öngörmektedir.¹⁴⁴⁴ Kişi güvenliği, ibadet özgürlüğü, basın özgürlüğü (sansür açıkça yasaklanmamış olmakla birlikte), dilekçe hakkı, konut dokunulmazlığı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, angarya yasağı, işkence yasağı, yasa önünde eşitlik, devlet hizmetine alınmada eşitlik, doğal yargıç ilkesi, verginin yasallığı ilkesi bunların arasında yer almaktadır.¹⁴⁴⁵ Bu bakımdan, sosyal haklar alanında 15.maddede yasalara uygun olarak genel ve özel eğitim yapma özgürlüğüne hakkına yer verilmiştir. 16.maddede, devletin eğitim hakkına ilişkin üstlendiği tek olumlu edim gözetim ve denetimle sınırlı olarak belirtilmiştir.¹⁴⁴⁶

Sonuç olarak, ne hakların yurttaşlara değil “sultanın kulu” sayılan “uyruk”lara lütuf 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.¹⁴⁴⁷

Bu tespit, şüphesiz az evvel belirttiğimiz, dönemin koşulları ile bağlantıdır. Batı toplumlarında bile sosyal hakların anayasallaşmasına çok sık rastlanılmadığı bir dönemde, sanayi devrimini ve demokratik düşüncenin gelişimini tamamlamamış bir toplumda anayasal sosyal hakların izini aramak çok da anlamlı olmayacaktır. Başka bir deyişle itici bir güç olarak örgütlü bir işçi sınıfının mücadelesi olmadan sosyal haklar alanında anayasal bir sonuç elde

¹⁴⁴⁴ Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s.314. 1876 tarihli Kanuni Esasi’nin insan hakları alanında “zamanının Batılı örneklerinden pek geri kalır bir tarafı” olmadığı söylemektedir. Ancak, bu haklar “güvence altına alınmadığı” için görünüşte bir değer taşımaktan öteye gitmediğini belirtmektedir. Bkz. M. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.103.

¹⁴⁴⁵ Bununla birlikte, bilindiği üzere, Kanuni Esasi’deki bütün bu hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi yasalara bırakıldığından, söz konusu hak ve özgürlüklere ilişkin temel güvencelerin yoksunluğu, Padişah’ın parlamento üzerindeki, onu işlevsiz konuma getirecek denli aşkın yetkileri, sürgüne gönderme yetkisi, sansür yasağı gibi hususlar da onların yaşama geçirilmesi önündeki önemli engellerdir. Bkz. Bülent Tanör, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, YKY, 2016, s.144, 145. 1909 değişiklikleri ile birlikte ise gerçekten meşruti monarşiye geçilebilmiş; padişahın parlamento üzerindeki yetkileri törpülenmiş, sürgüne gönderme yetkisi ve sansür yasağı kaldırılmış; haberleşmenin gizliliği ile toplantı ve dernek kurma özgürlüğü de anayasaya girmiştir.

¹⁴⁴⁶ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2007, s.246.

¹⁴⁴⁷ M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, **IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2012, s.47.

etmek neredeyse olanaksızdır ve Osmanlı dönemi anayasacılık hareketleri de bunu ortaya koymaktadır.¹⁴⁴⁸

Anayasacılık tarihimizde ayrı bir yeri ve önemi olan, yeni ve bağımsız bir devletin kurucu belgesi 10 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasi Kanunu da hazırlandığı koşullar göz önüne alındığında, bir çerçeve anayasa özelliğini taşıyan ve 23 maddeden oluşan tek anayasamızdır. İnsan haklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁴⁴⁹

1924 Anayasası'nda ise insan hakları 5. fasılda, "Türklerin Hukuki Ammesi" başlığı altında düzenlenmiştir. 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Beyannamesi'nin izlerini taşıyan Anayasa, o döneminde geçerli olan liberal insan hakları çerçevesinde bütün medeni ve siyasi hakları düzenlemiş; tabii hak doktrini çok açık bir şekilde yansıtmıştır.¹⁴⁵⁰ Bu bakımdan "başkalarına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmek" özgürlüktür ve özgürlükleri sınırlama aracı yasadır; burada yer alan hak ve özgürlükler için anayasal güvenceler öngörülmemiş, başta anayasa yargısı olmak üzere, Anayasa'da yasa koyucunun yetkisini sınırlayacak ve denetleyecek bir mekanizma yer almamıştır. Bu dönemde, yargı organı da anayasal denetim yapma yetkisini kendisinde görmediğinden Anayasa'da yer alan insan hakları tam olarak korunamamıştır.¹⁴⁵¹

Birinci kuşak haklara bütünüyle yer veren 1924 Anayasası, sosyal haklara ise hemen hemen hiç yer vermemiştir. "Bağışların, çalışmaların, mülk edinme, hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunla çizilir (md.79)" denilerek örgütlenme hakkına ilişkin olarak yasaya gönderme yapılmıştır. Yalnızca eğitim hakkına ilişkin düzenleme sosyal haklara ilişkin olarak değerlendirilebilecektir. Anayasa'nın 80.maddesinde eğitim hakkı "Hükümetin gözetimi ve denetimi altında ve kanun çerçevesinde her türlü öğretim serbesttir." şeklinde oldukça sınırlı olarak düzenlenmiştir. 87.madde ise parasız ve zorunlu ilköğretim hakkı yer almıştır. Sendikal örgütlenme sınırlı ve izne bağlıdır, toplu pazarlık, toplu sözleşme yapma hakkı tanınmamıştır. Eşitlik ilkesi ise Anayasa'nın 69. maddesinde kanun

¹⁴⁴⁸ C. Talas, "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", **İnsan Hakları Yıllığı**, S:3-4, 1982, s.53, 54.

¹⁴⁴⁹ Bkz. Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 250 vd.

¹⁴⁵⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yay., 2018, s.11.

¹⁴⁵¹ Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin korunamamasının bir diğer nedeni de seçim sisteminin yarattığı adaletsiz sonuçlardı. O dönem geçerli olan listeli çoğunluk sistemi, seçime katılan siyasi partilerin aldıkları oy oranının çok üzerinde bir oranla mecliste temsil edilebilmelerini sağlıyordu. E. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 32.

önünde eşitlik (şekli eşitlik) olarak düşünülmüş ve maddi anlamda eşitliğe ve sosyal adalet kavramına yer vermemiştir.¹⁴⁵²

1924 Anayasası'nda her ne kadar sosyal haklara yer verilmediyse de sosyal haklar bazı yasal düzenlemelere konu olmuştur. Örnek olarak sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı, gibi sosyal haklara ilişkin yasalar hazırlanmıştır. Özellikle de 1945 sonrası dönemde sosyal güvenliğe ilişkin bazı gelişmeler yaşanmıştır. Bunun başlıca nedenleri arasında sanayileşme sürecinde işgücü dağılımında ücretlilerin payının artmış olması, kırdan kente iç göç ve aile yapısındaki değişiklikler, çok partili siyasi yaşama geçiş ile birlikte ekonomik ve sosyal gelişmelere olan duyarlılığın artması sayılabilir.¹⁴⁵³ Bunlara ek olarak 2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa'da ortaya çıkan “sosyal devlet” kavramı ve sosyal güvenliğe ilişkin ortaya çıkan duyarlılık ve bilinç de Türkiye’de çalışma yaşamına ilişkin yasal düzenlemelerin oluşturulması bakımından etkili olmuştur.

Örneğin; 1936 tarihli İş Kanunu¹⁴⁵⁴ ile sosyal güvenlik hakları tanınmış, daha sonra 1945 yılında kabul edilen bir yasa¹⁴⁵⁵ ile de iş kazaları, meslek hastalıkları ve analık sigortasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır; 1951 tarihli yasa¹⁴⁵⁶ ile hafta tatili ve genel tatil günlerinde ücret ödenmesi kabul edilmiş, 1960 yılında da yıllık ücretli tatil¹⁴⁵⁷ kabul edilmiştir.¹⁴⁵⁸ Sosyal haklar onaylanan uluslararası anlaşmalar çerçevesinde de gündeme gelmiş; özellikle de çalışma hakkı ile meslek hastalıklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olunması ile 1961 Anayasası'na kadar olan süreçte yasa düzeyinde de olsa gündeme gelmiştir.¹⁴⁵⁹ Devletçilik ilkesinin de kabulü ile “sosyal” bir niteliğe zamanla kısmen de olsa sahip olan 1924 Anayasası'nın sosyal haklar bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir yanı Anayasa'da 1937 yılından itibaren yer alan “toprak reformu”na ilişkin düzenlemeler içinde görülmektedir.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵² Bkz. M. Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul: Gerçek Yay., 1979, s. 50.

¹⁴⁵³ İ. Türkoğlu, a.g.e., s. 280.

¹⁴⁵⁴ 08.06.1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu, RG Tarih 15.06.1936, S: 3330.

¹⁴⁵⁵ 27.06.1945 tarih ve 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanun, RG 07.07.1945, S: 6051.

¹⁴⁵⁶ 09.08.1951 tarih ve 5837 sayılı İşçilere Hafta Tatili ve Genel Tatil Günlerinde Ücret Ödenmesi Hakkında Kanun, RG 15.08.1951, S: 7885.

¹⁴⁵⁷ 11.04.1960 tarih ve 7467 sayılı Yıllık Ücretli İzin Kanunu, RG 15.04.1960, S: 10481.

¹⁴⁵⁸ B. Algan, a.g.e., s.249. Bununla birlikte, yapılan düzenlemelerin kapsamına bakıldığında nüfusun çok az bir kısmını kapsadığı görülmektedir. Bkz. B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 153-154.

¹⁴⁵⁹ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İstanbul: İ.Ü.H.F. Yay., 1975, s 335.

¹⁴⁶⁰ G. Turan, “Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Gelişimi ve Yorumu”, s. 502. Bir bütün olarak düşünüldüğünde, 1924 Anayasası, I. Dünya Savaşı sonrası anayasalarından (Weimar Anayasası dışında) çok farklı değildir. Ülkeler ekonomik ile sosyal arasında bir denge oluşturabilmek, refahı yaymak ve işçilerin bir daha savaş öncesi yaşam ve çalışma koşullarına dönmemesini güvence altına almak için yeni ekonomik ve sosyal politikalar

5. 1961 Anayasası'nda Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Anayasallaşması

1961 Anayasası doğrudan bir sosyal mücadelenin ya da sınıf çatışmasının ürünü olmamasına karşın sosyal dinamiklerin ortaya çıkmasına imkan tanıyan kuvvetli bir sosyal içeriğe ve oldukça özgürlükçü bir anlayışa sahiptir. Kabul edildiği dönemin koşulları ve sosyal hakların 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları alanında gösterdiği gelişme düzeyi, bölgesel ve evrensel olarak sosyal haklara ilişkin kaynak ve enstrümanların sınırlılığı dikkate alındığında, 1961 Anayasası'nda sosyal hakların “insan hakları” ailesinin bir üyesi olarak ele alındığı, insan haklarının bölünmezliği ilkesini açık bir dille vurguladığı, sosyal devletle doğrudan bağını kurduğu, amacının da sosyal adalet olduğu, bu bakımdan sosyal haklar alanında bir mihenk taşı olarak kabul edilmesi gerektiği tartışmasızdır.

Sosyal haklar listesine ve sosyal devlet kavramına ilk defa yer veren 1961 Anayasa'sının Başlangıç'ında Anayasa'nın amacının “insan hak ve özgürlükleri” ile “demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak” olduğu vurgulanmıştır.¹⁴⁶¹ Burada, sosyal devlet ilkesinin bir unsuru olan sosyal adalet kavramına da yer verilmiştir. 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.

Genel Esaslar başlığı altında 2.maddede cumhuriyetin nitelikleri, “insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti” olarak belirtilmiştir. 2. maddenin gerekçesinde; “çalışma ve sosyal adalet ilkelerine dayanan bir devlet” biçiminde tanımlanan sosyal devletin, bireylerin “insan gibi yaşama”sı ve “insanın şahsiyetine hürmet” edilmesi amacı taşıdığı ve özellikle ekonomik yönden güçsüz olan bağımlı çalışanların korunmasını amaçladığı açıkça vurgulanmış; sağlık, eğitim ve konut haklarından verilen örneklerle, birinci ve ikinci kuşak insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerinin altı çizilerek, sosyal adalet kayıtsızlığın totaliter rejimlere

oluştururken, sosyal hakların ve özgürlüklerin anayasalar içinde yer alması düşüncesi yaygınlaşmamıştır. Bu nedenle 1924 Anayasası da çağının diğer anayasaları gibi sosyal hakları ayrıca anayasal güvence altına alma yoluna gitmemiştir. Bkz. C. Talas, **Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi**, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl: 3-4, 1981-1982.s. 59, 60.

¹⁴⁶¹ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> , E.T. 28.09.2018.

götürdüğü, siyasal demokrasinin yaşamasının da sosyalleştirilmesine bağlı olduğu, şu ifadelerle belirtilmiştir:¹⁴⁶²

“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 (tır) (...) Gerçekten, maddi (mali ve iktisadi) imkanlardan yaşama için zaruri olan gelir kaynaklarından ve varlıktan mahrum olan halk tabakaları için klasik hürriyetler yalnız kağıt 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 olamayan demokrasi, toplum hayatının gerçekleri karşısında cevherini kaybetmeye ve neticede yıkılmaya mahkumdur.”

Bu bakımdan devlet, bu amaç bağlı, insan haklarını varlık sebebi olarak gören bir kurum olarak nitelendirilmiştir.¹⁴⁶³ Temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve daha etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak, devletin “varlık” nedenidir.¹⁴⁶⁴ Bu doğrultuda da Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler gerçek anayasal güvencelerini kazanmışlardır. 1961 Anayasası, geçmişteki yasa koyucunun mutlak egemenliğine bir sınır getirmiş; bir kurum olarak düzenlediği Anayasa Mahkemesi ile, anayasanın ve hukukun üstünlüğü ile bağlayıcılığını, bu anlamda normlar hiyerarşisini de, yaşama geçirebilecek ve insan haklarını koruma idealini gerçekleştirebilecek bağımsız bir üst denetim mekanizması oluşturulmuştur. Eşitlik ilkesi de Anayasa’nın 12. maddesinde kanun önünde eşitlik biçiminde düzenlenmiştir.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak “Temel Hak ve Hürriyetlerin Öz, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılamaması” başlıklı 11.maddede: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu

¹⁴⁶² 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, s.9-10.

¹⁴⁶³ M. Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 83.

¹⁴⁶⁴ F. Sağlam, **Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları**, İstanbul: Kent Basımevi, 1987, s. 16.

düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.” düzenlemesi yer almıştır. Böylelikle de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak “öze dokunma yasağı” gibi önemli kriterler ve güvenceler getirilmiştir.

Anayasa’nın 10.maddesinde, klasik liberal özgürlük anlayışının bir yansıması olarak “herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirtmekle birlikte, bunun yanı sıra devamında, ikinci fıkrasında yer alan şu ifade önemlidir: “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar”. Sosyal adalet vurgusu ve sosyal devlet anlayışını bu düzenlemede ön plana çıkılmış, devlete bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik pozitif yükümlülükler yüklenmiştir.

Bu çerçevede sosyal haklar da 3. Bölümde, “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında Anayasa’nın 35-53.maddeleri arasında düzenlenmişlerdir: Ailenin korunması (md.35), mülkiyet hakkı (md.36), topraksız çiftçinin topraklandırılması (md.37), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (md.40), çalışma hakkı ve angarya yasağı (md. 42), uygun işte çalışma hakkı (md.43/1), dinlenme hakkı (md.44), ücrette adaletin sağlanması (md. 45), sendika kurma hakkı (md.46)¹⁴⁶⁵, toplu sözleşme ve grev hakkı (md.47), sosyal güvenlik hakkı (md. 48), sağlık hakkı (md.49/1), konut hakkı (md.49/2), eğitim hakkı (md.50), tarımın ve çiftçinin korunması (md.52).

Burada dikkat çekici olan husus, mülkiyet hakkının da sosyal ve ekonomik haklar listesinde yer almasıdır. Bu hak, 1924 Anayasası ve onun esin kaynağı olan liberal doğal hak öğretisinde birinci kuşak haklar arasında yer almaktaydı. 1961 Anayasası ise klasik liberalizmin kutsal saydığı “mülkiyet hakkı”nın kamu yararına sınırlanması ilkesini getirmiştir.¹⁴⁶⁶ Bu tercih, şüphesiz doğal hak anlayışından bir sapmayı; bireyi içinde yaşadığı sosyal ortamdan

¹⁴⁶⁵ Sendika kurma hakkı, Anayasa’nın orijinal halinde bütün çalışanlara tanınmış iken hakkın kapsamı 1971 değişiklikleri ile yalnızca işçilerle sınırlandırılmıştır.

¹⁴⁶⁶ M. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 108.

bağımsız ve soyut olarak gören anlayıştan, onu içinde yaşadığı sosyo-ekonomik ortam içerisinde düşünen bir anlayışa geçişi ifade eder.¹⁴⁶⁷ Tanör'e göre, mülkiyet hakkı “ekonomik” bir haktır ve yeri de 1961 Anayasası'nda olduğu gibi “ekonomik haklar”dır.¹⁴⁶⁸

Kolektif özgürlükler açısından da Anayasa oldukça çoğulcu ve katılımcı bir demokrasi yaklaşımını benimsemiş; toplantı ve gösteri, dernek, siyasi parti, sendika gibi kolektif özgürlüklerin izinsiz ve sadece bildirim yoluyla kullanılabileceği anayasal güvence altına alınmıştır. Bu anlayış doğrultusunda, sivil toplumun da güçlendiği ve çeşitlendiği, toplumda kolektif hak ve örgütlenme bilincinin geliştiği 1961 Anayasası, sosyal ve sendikal haklar alanında da “ileri” bir dönemeci simgeler.¹⁴⁶⁹

1961 Anayasası, işçilere “sendika kurma hakkı”nı (md. 46), “toplulu sözleşme ve grev hakkı” (md. 47) da tanımıştır. Böylece, ilk kez sendikal haklar bir bütün olarak 1961 Anayasası ile anayasal güvence altına alınmıştır.¹⁴⁷⁰

Sendika kurma hakkı aslında “işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları kanunla düzenlenir.” (md. 46/2) düzenlemesi ile kamu görevlilerine de tanınmışken, 22 Eylül 1971'de 1488 sayılı Yasa ile bu hüküm anayasadan çıkarılmıştır. Hatta kamu görevlilerinin sendika üyeliği yasaklanmıştır (md. 119/1).

Anayasa'nın 48.maddesinde “sosyal güvenlik hakkı” düzenlenmiş, bu hakkın gerçekleştirilebilmesi için sosyal sigortalar ile sosyal yardım örgütünün oluşturulacağı belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 49.maddesi çerçevesinde sosyal sigortalar ile sosyal yardım örgütlerinin kurulması, bireylerin fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunması ve tıbbi tedaviye erişimlerinin sağlanması hususunda devlete pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. Ayrıca devletin maddi geliri düşük olan aileler için sosyal konutlar inşa ettirmesi gerektiği de bu maddede belirtilmiştir.

¹⁴⁶⁷ Bkz. Esin Örcü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul: İÜHF Yay., 1976, s.49.

¹⁴⁶⁸ Tanör, ekonomik haklar burjuva demokratik devriminin getirdiği ilk haklar demeti içinde yer alır. Bu birinci kuşak hak ve özgürlükler (klasik haklar) yalnızca oradaki kişi haklarından ibaret değildir. Ekonomik haklar da kapitalizmin ve burjuvazinin yükselişi ve iktidar olmaları döneminde yapılan anayasalarda yer almış, güvenceye bağlanmıştır. Ekonomik haklar içerik ve konuları bakımından ekonomi ile ilgilidir. Bunlar, hukuk öznelerinin ekonomik ve sosyal ilişkilerindeki hak ve özgürlüklerini liberal ekonomi felsefesine uygun olarak düzenlemekte ve güvence altına almaktadırlar. Ekonomik haklar daha eski, sosyal haklar ise daha yenidir. Bkz. B. Tanör, N. Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yay., 2019, s.196, 197.

¹⁴⁶⁹ Mesut Gülmez, **Memurlar ve Sendikal Haklar (Türkiye'de ve Dünya'da)**, Ankara: İmge Yayınevi, 1990, s.1.

¹⁴⁷⁰ C. Talas, **Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi**, s. 72.

Sosyal haklar biçiminde beliren bu hakların kimisinin yepyeni bir nitelik taşıdığı ve daha önce yasal düzeyde tanınmış olmayan bir hakkı ilan ettiği (grev hakkı), bazılarının ise daha önce tanınmış sosyal hakları anayasa güvencesine bağladıkları (sosyal güvenlik, dinlenme hakkı), bunların kapsamını genişlettikleri (sendika kurma hakkının kapsamı içine sadece sendikaların değil, sendika birliklerinin de alınması) ya da bu haklardan yararlanacakların çerçevesini genişlettikleri (başlangıçta memurların da sendikal haklara sahip olması) görülmüştür.¹⁴⁷¹

Devletin ekonomik ödevlerinin sınırı olarak ise biraz ileride detaylı olarak değerlendireceğimiz “devlet, bu bölümde belirtilen sosyal ve ekonomik amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir (md. 53)” hükmünü koymuştur.

Devletin Anayasa’da yer alan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesine ilişkin olarak 53. madde o dönemde de farklı şekillerde yorumlanmış ve değerlendirilmiştir. Öğretide bazı görüşler, söz konusu düzenlemenin devlete geniş ölçüde serbestlik tanıdığı ve takdir marjını arttırdığını ileri sürmüştür. Bu bakımdan pozitif yükümlülükler “ekonomik gelişme ve mali kaynakların yeterliliği” ölçüsüne bağlanmıştır. Sosyal ödevlerini savsaklamak isteyen iktidarlar bu ilkeye kolayca sığınabilecektir. Böyle olduğu zaman da sosyal hakların -sendika, toplu sözleşme ve grev- önemi ortaya çıkmaktadır. Bu haklar yolu ile oluşturulacak baskılar hükümetleri harekete zorlar ve 53. madde arkasına sığınmaktan alıkoyar.¹⁴⁷²

Öğretide bir diğer görüş ise, 53. maddenin devleti mutlak olarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoyamayacağı, devletin en azından hakların asgari gerekliliklerini gerçekleştirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁷³

Son olarak, sosyal devlet ilkesi ile kalkınma arasındaki ilişkiyi vurgulayan Anayasa’nın 41.maddesine de değinmek gerekir. Maddenin birinci fıkrasında, “iktisadi ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir.” hükmü ile ikinci fıkrasındaki “iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla milli tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak

¹⁴⁷¹ G. Turan, a.g.e., s.504.

¹⁴⁷² G. Turan, a.g.e., s.504.

¹⁴⁷³ C. Talas, a.g.e., s. 7475. Tartışmalar için bkz. Ayferi Göze, **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul: İÜ Hukuk Fakültesi Yay., 1979, s. 119-123; T. Z. Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, s. 731-733; M. Soysal, a.g.e., s. 154-157. 53.maddeye ilişkin öğretideki tartışmalara daha detaylı olarak biraz ileride tekrar değinilecektir.

devletin görevidir.” hükmü ekonomik ve sosyal düzen bakımından devlete düşen sorumluluğu formüle eden ve devlet organlarınca uyulması gereken bir çerçeve çizen program kural niteliğindedir.¹⁴⁷⁴ Örucü’ye göre, 41.madde 1961 Anayasası’nda yer alan bütün sosyal hakların yöneldiği amaçları ve bu hükümlere hakim olan ilkeleri gösteren ana madde niteliğindedir.¹⁴⁷⁵ Bu düzenleme, devleti, ekonomik ve sosyal yaşamın adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlanması amacına göre düzenleme biçimindeki bir ödevle yükümlü tutmuştur.

Türkiye 1961 Anayasası’nın yürürlükte bulunduğu dönemde kalkınmayı, sosyal adalet ve demokrasi ile birlikte gerçekleştirmeye çalışmıştır.¹⁴⁷⁶ 1970’lerin sonlarına kadar da ekonomik büyüme ve sosyal refah demokrasi ile birlikte yürüyebilmiştir.¹⁴⁷⁷ Ancak özellikle de aşırı toplumsal kutuplaşmaların, çatışma ve şiddet olaylarının tırmanası; mevcut seçim sisteminin de etkisiyle (nisbi temsil sisteminin barajsız olarak uygulanması) birçok küçük partinin de meclise girerek çok parçalı bir yapının ortaya çıkışının uzlaşma kültürü eksikliğinin de etkisiyle sık hükümet değişikliklerine, giderek siyasi istikrarsızlığa yol açması; Anayasa’da hükümet istikrarsızlıklarının, siyasi tikanlıkların çözümü için hükümlerin yer almaması¹⁴⁷⁸ sonucunda, önce 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı yasa çerçevesinde yapılan anayasa değişiklikleri ile hak ve özgürlükler için öngörülen güvencelerden geriye gidilmiştir. Bu durum sosyal haklar alanında da yansımaları bulmuştur.

Öncelikle, Anayasa’nın temel hakların sınırlandırılması rejimini düzenleyen 11.maddede yapılan değişikliklerle birlikte, bütün haklar ve elbette sosyal haklar için de geçerli olan “genel sınırlama sebepleri” getirilmiştir. Sosyal haklar özelinde ise, 46.maddede düzenlenen sendika kurma hakkının kapsamı daraltılarak memurların sendika kurması yasaklanmış, bu hak münhasıran işçilere tanınmıştır. Ayrıca 119.maddede yapılan değişikliklerle birlikte memurların sendikalara üye olmaları da yasaklanmıştır.

Bu kapsamda yürütmeye tanınan kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisinin düzenlendiği 64.madde, sosyal haklar bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

¹⁴⁷⁴ Esin Örucü, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:5, No:7, 1971, s.122.

¹⁴⁷⁵ E. Örucü, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, s.122.

¹⁴⁷⁶ C. Talas, *Türkiye’nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi*, İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1992, s.46.

¹⁴⁷⁷ B. Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.30.

¹⁴⁷⁸ Örneğin, Anayasa’nın bu tür çatışma ve şiddet olaylarını önlemek için yalnızca sıkıyönetim öngörülüyordu; yönetimin sivil iktidarın hakimiyetinde kaldığı bir ara formül, olağanüstü hal rejimi öngörülmemişti. Yine cumhurbaşkanının kim olacağı konusunda meclisin uzlaşamaması durumunda bu krizi çözecek bir çare yoktu ya da benzer şekilde meclis başkanının veya anayasa mahkemesinin üyelerinin seçiminde de sorunlar yaşanmaktaydı.

Buradaki düzenlemeye göre, “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve özgürlükler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”¹⁴⁷⁹ Bu çerçevede medeni ve siyasi haklar açık bir şekilde kanun hükmünde kararnamelerin düzenleme alanı dışında bırakılmış; sosyal haklar ise bu yasağın dışında kalmıştır. Bununla birlikte, 1961 Anayasası’nın 11.maddesinde yer alan “yasa kaydı”, sosyal haklara ilişkin kanun hükmünde kararnamelerdeki düzenlemelerin bu hakları sınırlayıcı nitelikte olmamasını gerekli kılar.¹⁴⁸⁰

6. 1982 Anayasası’nda Sosyal Haklar: Anti-sosyal Anayasa

1971 Anayasa değişiklikleri ile başlayan sosyal haklar alanındaki geriye gidiş süreci, 1970’lerin sonlarında dünyada patlak veren ekonomik krizin de etkisiyle alınan ekonomi önlemleri, ekonomide dışa dönük kalkınma stratejilerini ifade eden 24 Ocak 1980 kararlarının siyasal bir çerçeve kazanmasına yol açan 12 Eylül 1980 askeri darbesi ve onun ürünü olarak da 1982 Anayasası ile doruk noktasına ulaşmıştır. Bu bağlamda öğretilerde 1982 Anayasası’nın arka planında belirli bir ekonomik programın bulunduğu; 24 Ocak 1980’de alınan ekonomik kararların gereksinim duyduğu hukuki güvenceleri sağlayan bir belge olarak 1982 Anayasası’nın sosyal devleti sosyal adalete dayandırmaktan kaçındığı ve sosyal hakları da aşırı yasak ve kısıtlamalarla kuşattığı, “anti-emek” ve “anti-sosyal” yaklaşımın Anayasa’nın bütününe yansıtıldığı ifade edilmektedir.¹⁴⁸¹

1982 Anayasası da sosyal haklar alanında 1961 Anayasası’ndaki gibi sosyal haklar listesine yer vermiş; hatta Anayasa’nın 4. maddesi ile de 2. maddede cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesini değişmez maddeler arasına dahil etme yoluna gitmiştir.¹⁴⁸² Bununla birlikte, öğretilerde de çokça eleştirilmiş ve dile getirilmiş olduğu üzere, 1982 Anayasası’nın genel olarak özgürlük ve demokrasi anlayışı çoğulculuk ve katılımcılıktan

¹⁴⁷⁹ Söz konusu düzenleme, 1982 Anayasası’nın 91.maddesinde de benzer bir içerikle yer almaktadır.

¹⁴⁸⁰ Bkz. B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 197.

¹⁴⁸¹ Gülmez, 1982 Anayasası’nı, onun ekonomik ve siyasal yönlerini birlikte anlatan matematiksel bir formülle, “24+12 Anayasası” olarak nitelendirmektedir. Bkz. M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, s. 57; M. Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İ. Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s.135.

¹⁴⁸² Sosyal devletin 4. madde ile değiştirilemez maddeler içine alınması, onu anayasallık blokunda nisbi bir üstünlüğe sahip kılarsa da, diğer özellikler karşısında listenin en altında yer alır. Kaboğlu’na göre sosyal devlete değişmezlik atfetmek yerine, onu uygulanabilir kılmak daha önemlidir. Dolayısıyla değişmez maddeler arasından çıkarılıp siyasi partilerin farklı programları yoluyla seçmenlere daha inandırıcı vaatlerde bulunmalarını sağlamak daha rasyoneldir. Bkz. İ. Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar**, s. 15-34.

bir hayli uzak ve otoriter bir anlayışı yansıtmaktadır. Özgürlük-otorite dengesinde otoriteyi ön plana çıkararak ve adeta 1961 Anayasası'na bir tepki niteliğinde olan 1982 Anayasası'nda bu otoriter anlayış Anayasa'nın her zerresine sinmiştir.¹⁴⁸³

1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 askeri darbesinin “toplumu yeniden inşa” tasarımıyla yazıldığı için¹⁴⁸⁴ bundan “sosyal haklar” da nasibini almıştır:

“Sosyal haklar alanı farklılaştırıldı: “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümle (md. 41-65), 1961 Anayasası sistematığı sürdürülmekle birlikte, düzenleme ve yazım tarzı olarak sosyal haklar, insan hakları yaklaşımıyla değil, daha çok program hükümler şeklinde düzenlendi. Buna, md. 57 örnek gösterilebilir: “Konut hakkı”, madde başlığı, ama metin bu kavrama yabancı. - Devletin normatif yükümlülüğü gevşetildi: 1961 Anayasası m. 10 yerine, “Devletin temel amaç ve görevleri” ne özgülenen m.5’in ikinci kısmı, devlet için sadece yönlendirici nitelik taşımaktadır (...). - Anayasal hak ve özgürlüklerin güvenceleri azaltıldı: genel olarak azaltılan anayasal güvenceler, sosyal haklar alanını diğerlerinden daha çok etkilemiş bulunuyor.”¹⁴⁸⁵

1961 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan “insan haklarına dayalı devlet” ifadesi, 1982 Anayasası'nda “insan haklarına saygılı” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik, yalnızca bir kelime değişikliğini değil, bir zihniyet değişikliğini de yansıtmaktadır.¹⁴⁸⁶ Bu farklılık, her iki anayasadaki farklı “insan hakları” perspektifini ifade etmektedir. 1982 Anayasası, özgürlük-otorite dengesinde otoriteye, birey-devlet ilişkileri açısından da devlete üstünlük vermiştir. 1982 Anayasası'ndaki “insan haklarına saygılı devlet” ifadesi, insan haklarını yalnızca saygı gösterilmesi gereken bir olgu olarak nitelendirmiş olmaktadır.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸³ Bkz. B. Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2010, s.87; E. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.98.

¹⁴⁸⁴ Gülmez'e göre, “1982 Anayasası, her şeyden önce 24 Ocak Anayasasıdır; kabul edilmesinden 3 yıl kadar önce 24 Ocak 1980'de uygulamaya konulan ekonomik programın gereksinim duyduğu hukuksal güvenceleri sağlayan bir belgedir...” Bkz. M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, s.65.

¹⁴⁸⁵ İ.Ö.Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s.44.

¹⁴⁸⁶ 2001 Anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın 14.maddesinde “insan haklarına dayanan” ifadesi tekrar Anayasa'da yerini almıştır.

¹⁴⁸⁷ Soysal, bu değişiklikte, insan haklarının saygı duyulması gereken bir değerler bütünü olduğu ama artık devletin temel dayanaklarından ya da varoluş nedenlerinden biri olmadığı sonucunun ortaya çıktığını belirtmektedir. Bkz. M. Soysal, **100 Soruda Anayasa'nın Anlamı**, s. 191-192. Aksi görüş olarak ise Ergun Özbudun, “insan haklarına saygılı devlet” ile “insan haklarına dayanan devlet” arasında üslup farklılığından öteye giden bir değişikliğin olmadığı yönündedir. Özbudun, formülasyonlar arasında köklü bir anlam ve yaklaşım farklılığı olmadığını belirtmektedir. Bkz. E. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 97-98. Kemal Gözler de iki deyim arasında hukuki sonuçları bakımından bir fark olmadığını ve hatta 1961 Anayasası'nın insan hakları için öngördüğü sınırlandırma ve güvence rejimini ile 1982 Anayasası'nın arasında neredeyse farklılık olmadığını savunmaktadır. Bkz. K. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Yay., 2019, s. 121.

1961 Anayasası’nda temel hak ve özgürlükler için öngörölmüş olan güvenceli sınırlama sistemi de, 1982 Anayasası’nın 13. maddesi çerçevesinde genel bir sınırlama rejimine dönmüşür. Anayasa’da yer alan genel sınırlama sebeplerine de ek olarak, her bir hakkın kendi içerisinde de sınırlama sebepleri belirtilmiştir. Önemli bir güvence olan “öze dokunma yasağı”na yer verilmemiştir. Hakkın kötüye kullanılmaması başlığını taşıyan 14. madde de yine genel bir yasaklama hükmü olarak düzenlenmiştir. Böylelikle Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler adeta kullanılamaz hale getirilmiş; insan haklarının gerçekleşmemesi için neredeyse bütün önlemler alınmıştır.¹⁴⁸⁸ Tanör bu hususu, 1961 Anayasası’ndakinin aksine, “sınırlamanın asıl, özgürlüğü istisna” haline getirdiğı ifade etmiştir.¹⁴⁸⁹ Bu otoriter anlayış ise 2001 ve 2004 yıllarında yapılan Anayasa değışiklikleri ile ancak aşılabılmıştır.

1982 Anayasası’nın 5.maddesinde, 1961 Anayasası’nın 10. maddesinde vurgulanan insan haklarının gerçekleştirilmesine ilişkin devletin pozitif yükümlölükleri vurgusu zayıflatılmıştır. 1961 Anayasası’nda: “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri *kaldırır*; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları *hazırlar*.” (md. 10/2) düzenlemesi, 1982 Anayasası’nda, “...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları *hazırlamaya çalışmaktır*...” biçiminde daha muğlak, tutuk ve güçsüz bir düzenlemeye dönmüşür. Bu düzenleme de 1982 Anayasası’nın özellikle de sosyal haklar ile sosyal adalet kavramlarını geri planda bıraktığının bir göstergesidir. Tanör bu düzenlemeyi de göz önüne alarak 1982 Anayasası’nda “sosyalliğın terki” ya da “sosyallikten uzaklaşma”nın söz konusu olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁹⁰

Her ne kadar 1961 Anayasası’na oranla bazı yeni sosyal hakların da Anayasa’da yer aldığı görölse de Anayasa’nın insan hakları perspektifi aynı doğrultuda gelişmemiştir.¹⁴⁹¹ 1982

¹⁴⁸⁸ B. Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, s. 135.

¹⁴⁸⁹ B. Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, s. 135.

¹⁴⁹⁰ B. Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: BDS Yay., 1991, s. 199.

¹⁴⁹¹ 1961-1982 Anayasalarında yer alan sosyal hakların karşılaştırılması için ise bkz., C. Talas, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, s 38 vd.; İ. Kaboğlu, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, (Bildiri), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 9-13 Ocak 2001, s. 102 vd.

Anayasası'nın insan haklarına ilişkin düzenlemelerindeki “ödev ve sorumluluk” vurgusu da bu bağlamda değerlendirilebilecektir.

Yine mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa'daki düzenleme de bu çerçevede değerlendirilebilecektir. 1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkı “sosyal ve ekonomik haklar” başlığın altında düzenlenmiş iken aynı içerikle bu sefer medeni ve siyasi haklar başlığı altında ve daha güvenceli bir rejim içerisinde düzenlenmiştir.¹⁴⁹² Öğretide söz konusu değişikliğin işlevsel açıdan, hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ile sınırlandırılması yöntemleri açısından da ayrılık oluşturulduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁹³ Öğretide Soysal da, Tanör gibi bu değişikliği “sosyal devlet”in terk edilmesi şeklinde nitelendirmiştir.¹⁴⁹⁴ Yine Anayasa'nın 91.maddesinde yer alan kanun hükmünde kararnamelere ilişkin düzenlemede medeni ve siyasi hakların KHK'larla düzenlenemeyeceği hususu da yine mülkiyet hakkını kuvvetlendirmektedir.

1961 Anayasası'nda sosyal hakların yaşama geçirilmesine ilişkin olarak oldukça önemli bir madde olan 41.madde gibi bir düzenleme de 1982 Anayasası'nda bulunmamaktadır.¹⁴⁹⁵ 1961 Anayasası'nın “iktisadi ve sosyal hayatın düzeni” başlıklı 41.maddesi çerçevesinde, “İktisadi ve sosyal hayat, adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir. İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, milli tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği öncelikleri yöneltmek ve kalkınma plânlarını yapmak Devletin ödevidir.” şeklinde devlete somut olumlu ödevler yükleyen bu maddenin 1982 Anayasası'nda yer almayışı da Anayasa'nın sosyal karakterini ortaya koymaktadır.

Yapılan Anayasa değişiklikleri bağlamında da, sosyal haklara ilişkin pek fazla bir değişiklik olmadığı görülmektedir. 1995 Anayasa değişikliği ile sendikal hak ve özgürlüklere ilişkin kısmen bir ilerleme olmuştur. 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile devletleştirmeye ilişkin bir düzenleme olan 47.maddeye “özelleştirme”nin de eklenmiş olması Anayasa'nın genel felsefesi açısından dikkat çekicidir. 2001 Anayasa değişiklikleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin 13.maddeyi genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarıp güvence maddesi haline getirmesi bakımından bütün hak ve özgürlükler için oldukça önemlidir. Yine sosyal haklara ilişkin olarak 49. maddede, işsizleri koruyucu bir ilave düzenleme getirilmiş, 55. madde çerçevesinde asgari ücretin ilişkin olumlu bir değişiklik olmuş ve devletin sosyal ve ekonomik

¹⁴⁹² İ.Ö. Kaboğlu, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, s. 110.

¹⁴⁹³ İ.Ö. Kaboğlu, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, s. 110.

¹⁴⁹⁴ M. Soysal, **100 Soruda Anayasa'nın Anlamı**, s. 230.

¹⁴⁹⁵ B. Algan, a.g.e., s.257.

ödevlerinin sınırını düzenleyen 65. maddede de ekonomik kaynakların yeterliliği kriterinin yanına “amaçlarına göre önceliklerin belirlenmesi” ifadesi eklenmiştir.

1982 Anayasası sendika ve grev haklarını sırf çalışma ilişkileri içinde tutmuş, bu hak ve özgürlüklerin genel bir baskı aracı olarak kullanılmasına karşı durmuştur.¹⁴⁹⁶ Sendika hakkı “çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri korumak ve geliştirmek” şeklinde tanımlanmıştır (md.51/1). Grev hakkı da Anayasanın orijinal halinde siyasi grev, genel grev, dayanışma grevi, iş yavaşlatma, verim düşürme, toplumu zarara sokma gibi kayıtlar ve yasaklamalarla sınırlanmıştı. (md.54/7). 2010 Anayasa değişikliğinde bu fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

1995 Anayasa değişikliği ile birlikte sendika hakkına ilişkin yasaklarda da azaltılmıştır. Siyasal faaliyet, partilerle iş birliği, dernek ve meslek kuruluşlarıyla işbirliği ve dayanışma yasakları kaldırıldı. 1995 ve 2001 Anayasa değişiklikleri, grev hakkı tanımamakla birlikte, kamu görevlilerine sendika hakkını yeniden tanımıştır. Ayrıca 1995 değişiklikleriyle kamu görevlilerine “toplu görüşme” hakkı tanınmıştır. 2010 anayasa değişiklikleriyle bu hak yeterli anayasal güvencelerden yoksun olsa da “toplu sözleşme” hakkına dönüştürülmüştür. Ancak, kesin ve toplu sözleşme hükmünde sayılacak son kararın –henüz ilk uygulamasında “gölge Bakanlar Kurulu” misyonunu başarıyla (!) yerine getiren– Kamu Görevlileri Hakem Kurulu’na verilmesi öngörülmüştür.¹⁴⁹⁷ Yine grevsiz ve üstelik zorunlu hakemli bir toplu sözleşme hakkı (!) anayasallaştırılmış oldu.

2001 değişiklikleriyle birlikte sınırlama rejimi şu şekilde belirtilmiştir: “Sendika kurma hakkı ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.” (2.fıkra). Sendika ve üst kuruluşların tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.” (son fıkra).

¹⁴⁹⁶ B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.197.

¹⁴⁹⁷ M. Gülmez, “Devlet Kesesinden İkramiyeli Memur Sendikacılığı”, **Öğretmen Dünyası**, Şubat (386), 2012, s.17-20; M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, s.62.

G- Anayasa'nın 65.Maddesi ve Sosyal Haklar

4. Anayasal Çerçeve

Devletin sosyal ve ekonomik alandaki faaliyetlerinin, ödevlerinin sınırı meselesi, sosyal devlet ilkesi ve sosyal hakların ilk olarak düzenlendiği 1961 Anayasası'ndan beri anayasal sistemimizde yer almaktadır. Bu başlık altında, söz konusu düzenleme, tarihsel kökeni ve geçirdiği değişim. Öğretideki tartışmalar ekseninde ele alınacaktır ve Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası ile birlikte 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararları değerlendirilecektir.

Öncelikli olarak şunu belirtmek gerekir ki, her iki Anayasa'da da yer alan bu düzenlemeler, sadece devletin sosyal ve ekonomik nitelikteki görevleri bakımından düzenlenmiştir. Devlet, bu nitelikte olmayan görevlerini öncelikli sayılması gerekip gerekmediğine ya da mali kaynaklarının yeterliliğine bakmaksızın yerine getirmek zorundadır.¹⁴⁹⁸

Olumlu edim gerektiren sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda, sosyal devlet ilkesini (AY md.2) benimseyen ve sosyal haklar kataloğuna yer veren 1982 Anayasası'nın “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları”nı düzenleyen ve 65.maddesi: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” demektedir. Acaba bu madde neyi ifade etmektedir? Yargı kararlarına nasıl yansımaktadır?

Çalışmanın bu bölümünde, bu sorulardan hareketle, Anayasamızda devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırlarını düzenleyen maddenin anlamı ve kapsamı; bu maddenin yargı kararlarında ne şekilde yorumlandığı üzerinde durulmuştur. Ayrıca, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” ve “sosyal hakların yargısallaştırılması” bağlamında, söz konusu maddenin varlık nedeni ve gerekçesi de sorgulanmış, nasıl bir yorum yöntemi ile anlamlandırılması gerektiği tartışılmıştır.

¹⁴⁹⁸ Örnek olarak bkz. AYM, E.1998/35 K.1998/70, K.T.17.11.1998, RG 15.1.2003-24994; AYM, E.1963/138, K.1964/71, T.11.12.1964, RG 2.4.1965-11969; AYM, E.1990/27, K.1991/2, K.T.17.1.1991, AYMKD, S:27, C:1, s.13-39; AYM, E.1996/17, K.1996/38, T.16.10.1996, AYMKD, S:33, C:1, s.157.

a) 1961 Anayasası Döneminde Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı

1961 Anayasasında, devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırına ilişkin düzenleme şöyle idi: “Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” (md.53)

1961 Anayasası döneminde, kayıtlama özelliği çok tartışılan bu maddenin etkisi, şu şekilde ifade edilmekteydi: “kaynakların yeterliliği” kaydı, olsa olsa, büyük harcama ve yatırımları gerekli kılan, devletin olumlu edimde bulunmasını gerektiren sosyal haklar açısından söz konusu olabilirdi; yoksa, sendika özgürlüğü ve grev hakkı gibi devlet edimini gerekli kılmayan sosyal haklar açısından böyle bir kaydın geçerliliği savunulamazdı.¹⁴⁹⁹

1961 Anayasası’nda, “iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliği ölçüsü” sınırlaması, 1982 Anayasası’na paralel olacak biçimde “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde: “Sosyal Devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesi sonucunu doğurmamalıdır... Bu vazifelerin yerine getirilebilmesi Devletin iktisadi gelişmesi ve mali kaynakları ile orantılı olacaktır... İşte bu madde hükmü, prensip olarak tanınan sosyal ve iktisadi hakların fiilen gerçekleşmesinin, realitelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir.” ifadeleri yer almıştır.¹⁵⁰⁰

Söz konusu düzenleme, Temsilciler Meclisi’ndeki görüşmeler sırasında da tartışılmıştır. Yine bir kısım üyeler, düzenlemenin devletin sosyal ödevlerini savsaklamaya sevk edeceğini ileri sürerken bazı üyeler ise bunun bir realiteyi yansıttığını; ekonomik olarak geri kalmış ülkeler bakımından devletin nihayetinde mali imkanlarına dayanmak zorunda olduğunu, maddenin devletin mali imkanlarını perişan hale getirmeden enflasyonu nispeten kapatıp istikrar içinde gelişmeye imkan tanıdığı için korunması gerektiğini savunmuşlardır.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁹ İ. Ö. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s. 54.

¹⁵⁰⁰ Gerekçede örnek olarak işsizlik sigortası verilmiş ve bunun tam anlamıyla gerçekleşmesinin yakın bir gelecekte mümkün olmadığından, fiilen gerçekleşmesinin ancak realiteyle sınırlı olduğunun altı çizilmiştir. Bkz. T.C. Gerekçeli Anayasa, İstanbul: May Yayınları, 1968, s. 58, 59.

¹⁵⁰¹ Bkz. B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s.373; M. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.123.

1961 Anayasası döneminde öğretilerde de çok tartışılan bu düzenlemenin “sosyal ödevlerini savsaklayan devlet organları ve iktidarlar için de bir mazeret ya da sığınak oluşturabilir” nitelikte olduğu ileri sürülmüştür.¹⁵⁰²

O dönem, Kapani, “devlete yüklenen ödevlerin bazılarının (...) hemen bugünden yarına, yahut da çok kısa bir süre içinde yerine getirilmesine, gerçekleştirilmesine imkan yoktur” diyerek, sonuç olarak 53.madde kuralının “gerçekçi bir tutumun ifadesi” olduğunu, maddenin gereklerinde de belirtildiği üzere, “her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmeyi önlemek için kabul edildiğini” de eklemiştir. Kapani, “Yargı yolunu kesinlikle kapadığı da öne sürülemez kanısındayım. (...) 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 benimsemiş siyasi iktidarların arkasına sığınabilecekleri bir paravana olarak yorumlamanın doğru olmayacağı kanısındayım.” demiştir.¹⁵⁰³ Teziç’e göre de, “53. madde sosyal hakların gerçekleşmesini savsaklamak isteyen, sosyal hakların varlığına inanmak istemeyen bir siyasi iktidara sığınmak imkanı vermemektedir. Aslında bu madde bir gerçeği dile getirmektedir(...).”¹⁵⁰⁴ Talas’a göre ise 53.madde: “... sosyal ve ekonomik haklar bölümünün değerini bir ölçüde de olsa azaltmıştır. Bu bölümün öngördüğü sosyal ve ekonomik haklara karşı olan hükümetler iktidarda bulundukları zaman, Anayasanın ilkeleri yalnız nazari planda kalabilir. (...) Hükümetler maalesef 53 üncü madde arkasına sığınabilmektedirler. (...) Binaenaleyh 53 üncü madde Anayasanın sosyal esprisine uymamaktadır.”¹⁵⁰⁵

Tunaya da, 1961 Anayasası’ndaki geniş sosyal haklar listesinin sosyal devletin gerçekleştirilmesini inkar için konulmadığını belirterek farklı iktidar programlarının sosyal hakların devlete yüklediği ödevlerin hiçbir surette zayıflatamayacağı ve kaldıramayacağını belirtmektedir. Bu bakımdan programı ne olursa olsun her siyasi iktidar anayasanın verdiği sosyal görev ve ödevleri mutlaka yerine getirmek zorunda olduğu gibi, anayasanın benimsediği

¹⁵⁰² Tanör, 53. maddenin sosyal ve ekonomik haklar konusundaki görevlerini yerine getirmeyen devletin “anayasayla hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme”ye yönelik bir düzenleme olduğunu dile getirmişti. Bkz. B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s.373, 374.

¹⁵⁰³ M. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.123, 124.

¹⁵⁰⁴ C. Talas, “Türkiye’de Ekonomik ve Sosyal Haklar”, s.233.

¹⁵⁰⁵ C. Talas, “Türkiye’de Ekonomik ve Sosyal Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968, Tebliğler-Tartışmalar**, Ankara: AÜHF Yay., 1970, s.232, 233. O dönem Ülkü Azrak da, söz konusu düzenlemenin idareye çok geniş takdir yetkisi verdiğini, bireylerin subjektif kamu haklarına sahip olmalarının engellendiği ve böylelikle de anayasanın sosyal haklar bölümünde “büyük bir ahenksizlik ve dengesizlik” oluşturduğu görüşünü savunmuştur. Bkz. Ülkü Azrak, “Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi”, **İÜHFİM**, C:27, S: 1-4 (1961), s.222.

“azgelişmişlikle mücadele” fikri çerçevesinde devlet sosyo-ekonomik alanda bu mücadeleyi yaşama geçirecek önlemler almalıdır; 53.madde bu şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.¹⁵⁰⁶

Örücü de 53.maddenin anlamını değerlendirirken devletin eğitim, sağlık, konut gibi sosyal hizmet alanlarına yatırım yapmakla yükümlü olduğunu belirterek, devletin bu alanların yalnızca bir kısmına yatırım yapma, diğerlerini ise ihmal etme yetkisi olmadığını savunmuştur. 53.madde anlamında devlet yatırım yapmakla yükümlüdür ve bu yükümlülüğünden kaçamaz; devlet, her sosyal hak alanına yatırım yapmalıdır ancak yatırım miktarı ve oranı kalkınma planlarına göre artıp azalabilmektedir. Bu bakımdan 53.madde ancak bu orantının kurulmasında bir işleve sahiptir; yoksa devlete istediği alanda yatırım yapma yetkisi verip, hiç yatırım yapmadığı alanlarda ortaya çıkan haklı talepler karşısında “mali imkanların sınırlılığı”nın arkasına sığınma imkanı sağlayan bir düzenleme değildir.¹⁵⁰⁷

Anayasada sosyal haklar alanında yer alan ancak daha çok siyasi bağlayıcılık yanı ağır basan “program hükümler” karşısında 53.madde, öğretide de dile getirildiği üzere, sosyal hakların mali sebeplerle derhal değil, aşamalı olarak uygulanmasına, hatta bazı durumlarda hiç yerine getirilmemesine ve siyasi iktidarın tercihlerine bağlı kalması tehlikesini de bünyesinde barındırmaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa’nın bütününe sinen sosyal karakteri ve özellikle de 10.maddede yer alan özgürleştirme normu ile 41.maddedeki açık direktifler göz önüne alındığında, amaca uygun bir yorum çerçevesinde, Akad’ın da belirttiği üzere, Anayasa’da yalnızca medeni ve siyasi hakların tam olarak korunup gerçekleştirilebilme potansiyeli söz konusu iken, 53.madde çerçevesinde (olumlu edim gerektiren) sosyal hakların yalnızca “mali imkanlarla” sınırlı olduğu sonucuna varmamak gerekir.¹⁵⁰⁸ Anayasa’nın 10.maddesi çerçevesinde özgürleştirme ödevi ile yükümlü kılınan devlet, bütün anayasa hükümlerini bu temel hükmün ışığında değerlendirerek sosyal yapıyı değiştirmek için atılan adımlar ile özgürlük arasında zorunlu bir bağ kurmalı, her koşulda bu adımları özgürleştirme için atmalıdır.¹⁵⁰⁹

Konunun sosyal hakların yargısallaştırması ile bağlantısını da göz önüne aldığımızda, Kapani’nin, yukarıda değindiğimiz, 1961 Anayasası’nda benimsediği “53. madde formülü”ndeki “program hükümler” nitelikli düzenlemenin yargılanabilir yanlarının bulunduğu

¹⁵⁰⁶ T. Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, s.439, 440.

¹⁵⁰⁷ E. Örücü, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1971, s.119, 120.

¹⁵⁰⁸ M. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10.Maddesi**, İstanbul İÜHF Yay., 1984, s.115.

¹⁵⁰⁹ Bkz. M. Soysal, “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasası’nın Evrensel Anlamı”, **AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C:24, N:1, 1972, s.92.

görüşünü dile getirmiş olması, öğretinin olumlu edim gerektiren sosyal hakların dava edilebilirliği konusunu açısından önemlidir. Anayasa'nın bütünselliği içerisinde değerlendirildiğinde, 53. maddenin, olumlu edim gerektiren sosyal hakların dava edilebilirliği güçleştirdiği kabul edilse de, büsbütün ortadan kaldırdığı söylenemez.¹⁵¹⁰

Öğretide 53.madde çerçevesinde devlete tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmadığı; devletin sosyal hakları gerçekleştirme görevini ortadan kaldırmadığı yönünde bir eğilim ağır basarken 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hükmün yansımalarına baktığımızda yasamaya sınırsıza yakın bir takdir yetkisi tanındığı, Mahkeme'nin devletin sosyal haklara ilişkin görevlerini yerine getirmemesinin yarattığı hukuki sorunları irdelemekten kaçındığı görülmektedir.¹⁵¹¹

Örnek olarak, Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin önüne gelen bir davada 53.madde çerçevesinde “kanun koyucunun sosyal güvenlik alanında bazı haklar vermemeye veya sadece bir kısmını vermeye yetkili” olduğunu belirterek devletin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerini son derece dar, yasa koyucunun takdir yetkisini ise aşırı geniş bir şekilde değerlendirmiştir.¹⁵¹²

53.madde bağlamında 1961 Anayasası döneminden bir örnek olarak AYM, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda düzenlenen “Yüksek öğretim paralıdır. Başarılı olan fakat maddi imkanları elverişli olmayan öğrencilerin kayıt ücreti, imtihan harcı gibi her türlü öğrenim giderleri, burs, kredi, yatılılık ve benzeri yollarla sağlanır.” hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir.¹⁵¹³ Yüksek Mahkeme 53. maddeyi dikkate alarak yükseköğrenimin paralı olmasına ilişkin düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.

AYM, 53.madde çerçevesinde, devletin sınırlı kaynaklarının yüksek öğrenimi bedelsiz olarak sağlamaya elvermediğini, hatta “yükseköğrenimin paralı olmasının, sosyal devlet ilkesinin bir alan ve oranda bir çeşit uygulanaşı da sayılabileceğini, çünkü böylece varlıklı öğrencilerden alınacak paraların varlıksız, başarılı öğrencilere yardım olanaklarını

¹⁵¹⁰ M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, s.56.

¹⁵¹¹ B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s.350, 378.

¹⁵¹² Bkz. AYM, E.1963/138, K.1964/71, K.T.11.12.1964. Tanör, çok sınırlı olacak şekilde AYM'nin aksi yöndeki kararlarına rastlanılsa da, Mahkeme'nin genel eğiliminin devletin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyişini denetlemek konusunda pek istekli olmadığını belirtmektedir. Bkz. B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s.380.

¹⁵¹³ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, KT.26.03.1974.

artırabileceğini ve devletin yanı başında varlıklı kişilerin de bu yardımda payları olacağını” belirtmiştir.

Karşı oylarda ise, “önceden bedelsiz olarak düzenlenmiş olan yükseköğrenimin 53. madde ileri sürülerek paralı hale getirilmesinin mümkün olmadığı, çünkü böyle bir düzenlemenin önceden tanınmış olan bir hakkın devletçe geri alınması demek olduğunu, bu maddenin, Anayasa’nın 153. maddesinde yer alan ‘bu Anayasa’nın hiç bir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmasına engellik edecek bir biçimde anlaşılmasına ve yorumlanmasına müsait değildir.’ kuralı ile Anayasanın 10/2. maddesinde düzenlenen ‘Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar’ hükmü ile birlikte yorumlanması gerektiği” ifade edilerek bu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵¹⁴

Bu karardan da anlaşılacağı üzere 1961 Anayasası’ndaki güçlü sosyal hak ve sosyal adalet vurgusu AYM kararlarına aynı oranda yansıyamamış; özellikle de pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi bağlamında, sosyal haklar devletin “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçüsü ile bağlı kalmıştır. Sosyal ve ekonomik alanda yasa koyucunun takdir yetkisine ağırlık veren AYM, çoğu kez devletin bu alandaki ödevlerinin sınırlarının denetimi konusunda çekingen davranmıştır. Devletin pozitif yükümlülüklerinin somut uygulaması söz konusu olduğunda, anayasanın öngördüğü mali kaynaklar ölçüsünün Mahkemenin uyguladığı otolimitasyon ile birleşmesi sonucunda, sosyal haklar alanında hak temelli bir bakış açısından çok, devletin ödevleri temelli bir bakış açısının anayasal yargı pratiğimize daha o günlerden yerleştiği gözlemlenebilecektir.¹⁵¹⁵

b) 1982 Anayasası Döneminde Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı

1982 Anayasası’nın orijinal halinde, “Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı” başlığını taşıyan 65.maddede: “Devlet ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, *ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getirir.” hükmü yer almaktaydı. Maddenin başlığı iken içeriğinde, “ekonomik istikrarın

¹⁵¹⁴ Parasız eğitim taleplerinin sıklıkla gündeme getirildiği ülkemizde, yüksek mahkemenin görüşünün kurulduğu yıllardan bu yana değiştiği söylenemez. Bkz. Z. Yılmaz, a.g.e., s. 715. 53.madeye ilişkin olarak ayrıca bkz. AYM, E. 1976/41, K.1977/1, KT.13.01.1977.

¹⁵¹⁵ Z. Yılmaz, a.g.e., s.716.

korunmasını gözeterek mali kaynakların yeterliliği” ölçüsünde devletin bu hakları sağlayacağı öngörülmekteydi. 24+12 Anayasası¹⁵¹⁶ olarak nitelendirilen 1982 Anayasası’nın sosyal hakların sınırını düzenleyen maddede “ekonomik istikrar” vurgusunu yapması, anayasanın genel felsefesi ve sosyal haklara olan tutumu ile adeta birbirini tamamlamaktadır. 1961 Anayasası’nda olmayan bu ölçüt, 2001 Anayasa değişikliği ile kaldırılarak Anayasal ödevlerin sarsaklamasının önüne geçilmesi yönünde bir adım atıldığı belirtilebilecektir.

65.madde de 1982 Anayasası’nın orijinal halinden geçirdiği değişiklikle birlikte bugün de hala sosyal haklar ve bu hakların yargısallaştırılması alanında tartışma konusu olmuştur. Öğretide yine, tıpkı 1961 Anayasası’nın 53.maddesinde olduğu gibi, bir kesim söz konusu düzenlemenin devletin sosyal hakları gerçekleştirme yükümlülüğünden kurtulmasına zemin hazırladığını ileri sürmektedir. Özellikle de olumlu edim gerektiren sosyal haklar açısından “devlete bu haklara ilişkin yükümlülüklerinden kaçınma olanağı yarattığı” ve “kişilerin de yargı önünde haklarını aramalarının önünde bir engel yarattığı” ifade edilmiştir.¹⁵¹⁷ Bununla birlikte, 65.maddenin gerek Anayasa’nın hazırlanış aşamasında ve gerekçesinde saklı tuttuğu bu amaç söz konusu olsa dahi, öğretide maddeyi “sosyal hak” lehine, amaçsal yorum çerçevesinde buradaki düzenlemenin devletin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerinden kaçınabileceği bir araç olarak kullanılamayacağı; sadece bu yükümlülüklerini yerine getirirken karşılaşılabileceği kaynak sorununun ölçüsünü belirtmekte olduğu da dile getirilmiştir.

Sosyal hakların yargısallaştırılması açısından da oldukça önem taşıyan bu mesele, sosyal hakların Anayasa’daki düzenleniş biçiminden de hareketle, özellikle de pozitif edim gerektiren sosyal hakların kişilere talep edebilecekleri subjektif bir hak sağlayıp sağlamadıkları, hukuken bağlayıcı olup olmadıkları, yalnızca program hüküm olarak mı nitelendirilecekleri hususunda yapılan tartışmalarla da iç içe geçmiştir. Tanör, Anayasa’nın yer alan sosyal haklar ile hem subjektif haklar, hem de devlete pozitif ödevler yükleyen ve program hüküm nitelikteki kurallar düzenlenmiştir.¹⁵¹⁸ Bu bağlamda program hüküm niteliğindeki düzenlemeler, AYM’nin ihmal yoluyla anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesine de engel olmaktadır.¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁶ M. Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İbrahim Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 135. Yazara göre, “24” ifadesi 24 Ocak 1980 kararlarını, “12” ise 12 Eylül 1980’de yapılan askeri darbeyi simgelemektedir.

¹⁵¹⁷ Bkz. Zehra Gönül Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Kocaeli: KOÜHF Yayını, 2009, s.132.

¹⁵¹⁸ B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 193.

¹⁵¹⁹ B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 194.

Öğretide devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik somut önlemler almak bakımından zorlanamayacağı, sosyal haklara ilişkin ödev ve yükümlülükler konusunun esasen politik organların alanına ait olduğu, yalnızca devletin sosyal haklara zarar verecek bir düzenlemede bulunması halinde iptal edilebileceği ileri sürülmüştür.¹⁵²⁰ Özbudun’a göre, olumlu edim gerektiren sosyal haklar konusunda Anayasa’nın 65.maddesi bireylere yargısal olarak talep edilebilecek sübjektif bir hak tanımamaktadır. Yasama organının bu konudaki takdirini değerlendirecek bir hukuki yol da bulunmamaktadır. Bu bağlamda, 65.madde göz önüne alınarak sosyal haklara ilişkin normların devlet politikasına yön veren direktifler veren ya da program hükümler niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.¹⁵²¹

Bu tutum, medeni ve siyasi haklar karşısında sosyal hakların daha güçsüz ve geri planda olduğunu ifade etmekte, “ikinci sınıf hak” olarak görüldüğü anlayışını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Anayasa’da yer alan hükümler arasında bir hiyerarşi bulunduğu; Anayasa’daki medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklara ilişkin düzenlemelerin aynı güçte olmadıkları düşünülemez. Normlar hiyerarşisi bakımından da Anayasa en üst normdur ve bütün normlar açısından bağlayıcıdır. Anayasa’nın 11. maddesinde de yer alan “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” şeklindeki açık düzenlemenin, özellikle de olumlu edim gerektiren sosyal haklar açısından, aynı etkiyi yaratmayacağını; onların hukuken bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğindeki kurallar olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.¹⁵²²

Sosyal hakların, yalnızca “program hükümler” olduğunu, “siyasi” nitelikte görülmesi gerektiği, doğrudan uygulanabilirliğinin ve dava edilebilirliğinin sadece yasa koyucunun bu alanda bir düzenlemede bulunması sonucunda söz konusu olabileceğini savunmak, sosyal haklara ilişkin normların ayrı ayrı içeriğinin ve düzenlenme biçiminin dikkate alınmaması bakımından da kabul edilemez. Tanör, anayasal sosyal hakların “ölçü norm” olarak da değerlendirildiğini belirterek bu halde “doğrudan uygulanabilir” olduğunu vurgulamıştır.¹⁵²³

¹⁵²⁰ M. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 124; E. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 135, 136.

¹⁵²¹ E. Özbudun, 2011, s.149. Gözler de bu görüşe paralel olarak, 65.madde çerçevesinde, sosyal hakları gerçekleştirmenin tamamen siyasi iktidarın takdirinde olduğunu ileri sürmektedir. Hatta, 65.maddenin, 2. ve 5.maddelere göre özel hüküm niteliğinde olduğunu; çatışma halinde genel hükmün değil özel hükmün uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. K. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.77.

¹⁵²² Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı**, No:14, 1997, s.143.

¹⁵²³ B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 278 vd.

Buna ek olarak çalışma hakkı örneğinde de olduğu gibi, sosyal haklara ilişkin normların 3. kişiler açısından da doğrudan icra edilebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir. Öğretide Uygun da, program hükümlerin anayasaya aykırılık bakımından “ölçü norm”, anayasaya uygunluk bakımından da “destek norm” işlevi gördüğünü, bu bakımdan hukuki bir değeri bulunduğunu belirtmiştir.¹⁵²⁴

İlk bölümde de detaylı olarak incelendiği ve değerlendirildiği üzere, insan hakları hukuku uygulamasında da, yararlanılması devletin olumlu edimine bağlı olan sosyal hakların, “program” nitelikli kurallarının yanı sıra doğrudan uygulanabilir ve dava edilebilir öğeleri de bulunduğu açıkça kabul edilmektedir. Ayrıca, devletin olumlu edim yükümlülüğü “koruma”dan başlayıp “geliştirme”den geçerek “gerçekleştirme” ile sonlanan “üç aşamalı bir yükümlülük”tür. Özbudun’un ve Gözler’in görüşünde anlatımını bulan geleneksel yaklaşımın, ulusalüstü insan hakları öğretisi ve ortak hukuku ile bağdaşmadığı açıktır.

Öğretide, 65.maddeyi sosyal hak nüanslı olarak yorumlayan ve bu bağlamdaki takdir yetkisinin sosyal hakların gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin değil, ancak ne ölçüde, hangi araç ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceğine ilişkin olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Gören, 65.maddenin yasama organının elindeki mali kaynakların yetersizliğini bahane ederek sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda “hareketsiz kalma” olanağı yarattığını, bu hükmün devletin sosyal haklar lehine hareketsizliği için bir silah oluşturduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, yasama organının mali kaynakların yeterliliği ile ilgili takdir yetkisi “bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda değil, ‘ne ölçüde’ ve ‘nasıl’ gerçekleştirilebileceği” konusundadır. Yani yasama organı, “amaç” bakımından Anayasa’nın direktifi (olumlu edim gerektiren sosyal hakların gerçekleştirilmesi) ile bağlı, aracın yeterliliğinin takdiri yönünden “Anayasa çerçevesinde” serbesttir. Dolayısıyla anayasal hakların esas muhatabı olan devletin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusundaki hareketsizliği, “sosyal hakları açıkça güvence altına alan 11.maddesiyle Anayasa kurallarının bağlayıcılığını ilan eden Anayasa’ya aykırı bir durumdur.”¹⁵²⁵

Gülmez’e göre de, “Anayasa koyucunun tarihsel amacı devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini yerine getirmesini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali

¹⁵²⁴ Bkz. O. Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, s. 32; aynı şekilde, B. Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 191-194.

¹⁵²⁵ Z. Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, s.144.

kaynakların yeterliliği koşuluna bağlamak olsa bile, devletin bu alandaki anayasal yükümlülüklerini, özellikle de ‘önlemler alma yükümlülüğünü’ bir kalemde sildiği ya da belirsiz bir süre için ertelemesine olanak verdiği düşünülemez. 65.madde, insan haklarından yararlanmada ‘değiştirilemez ilkeler’ olarak güvenceye alınan eşitlik, sosyal adalet ilkeleri ile sosyal devlet ilkesine karşı öncelik tanınmaz. Devlet, özellikle sosyal haklardan yararlanmayı sağlayıcı somut önlemler alma yükümlülüğünü yerine getirirken, sınırlı olduğu dönemlerde bile mali kaynaklarını eşitlik, sosyal adalet, sosyal devlet ilkeleri uyarınca kullanmak zorundadır. Devlet, ‘mali kaynaklarının yetersizliği’ dolayısıyla bu anayasal ilkeleri kağıt üzerinde bırakacak politikalar belirlemesi ve uygulaması, saptadığı politikaları uygulamaktan kaçınması anayasal yükümlülüğünü yerine getirememeye anlamına gelir. 65.madde, devletin sosyal haklar alanında üstlendiği anayasal yükümlülüklerin sınırının ‘mali kaynakların yeterliliği’ değil, ‘yeterliliği ölçüsü’ olduğunu belirtmekle, aslında hükümetlerin ‘kaynak yetersizliği’ bahanesine olanak tanımamıştır. Devlete tanınan olanak, kaynakların “hangi ölçüde” yeterli olduğunu belirlemekle, ölçüyü sıfırlamaksızın yeterlilik düzeyini/ oranını saptamakla sınırlıdır.”¹⁵²⁶

Bu bakımdan, devletin 65.madde bağlamındaki takdir yetkisi, sosyal hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda değil, ancak ne ölçüde gerçekleştirilebileceği konusunda söz konusu olabilir.¹⁵²⁷ Soysal’ın da belirttiği üzere, bu maddede devletin yalnızca sosyal ve ekonomik ödevlerini yerine getiriliş ölçüsü, uygulanış derecesi mali kaynakların yeterliliğine bağlanmıştır. Bu ölçü ise, yine Soysal’a göre, “devletin artan toplam ulusal gelirden daha fazla pay almasını, gerekli aktarmaları yaparak sosyal ve ekonomik hakları daha fazla gerçekleştirmesini gerektiren bir ölçüdür. Dolayısıyla sosyal adaletten uzaklaşan, insan onuruna yakışmayacak farklılıklar doğuran bir kalkınma yöntemi anayasadaki bu temel ölçüye ters düşer.”¹⁵²⁸

¹⁵²⁶M. Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, s.144.

¹⁵²⁷Sabuncu’ya göre de, olumlu edim gerektiren sosyal haklar için devleti hukuken sorumluluk üstlenmeye zorlamak mümkün gözükmez de, bu hakların kişilere doğrudan talep hakkı sağlamamaları karşısında bunların hukuki bağlayıcılığı olmayan ve yalnızca siyasi bağlayıcılık ifade eden hükümler olduğunu ileri sürmek doğru değildir.” Bu bakımdan 65. madde, devletin sosyal hakları gerçekleştirme ölçüsünü mali kaynakların yeterliliği ölçüte bağlamıştır. Devlet her halükarda sosyal hakları gerçekleştirmekle yükümlüdür ve bu yükümlülüğünü göz ardı edemez. Bkz. Yavuz Sabuncu, “Temel Hakların Anayasal Konumu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, No: 7-8 (1985-1986), s.20.

¹⁵²⁸M.Soyal, “100 Soruda Anayasanın Anlamı”, s.160.

Sonuç olarak, 65.madde devlete bir esneklik tanımakla birlikte, uygun ve etkili edimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Sosyal hakların gerçekleştirilmesi açısından devletin mutlak bir takdir yetkisi bulunmayıp devlet mali kaynakları ölçüsünde her bir sosyal hak için “önce asgari olanı yapmak ve her birini aşamalı olarak gerçekleştirmek” zorundadır. Yasama organının takdir yetkisi bunun ölçüsünü, öncelikleri belirleme; araç, yöntem ve usulleri tespit etme bakımından söz konusudur.¹⁵²⁹

65. madde bağlamında tartışılması önem taşıyan bir konu da, sosyal hakların dava edilebilirliği sorunudur. 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.

2001 Anayasa değişikliği sonrası ise maddenin başlığı “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” olarak düzenlenmiş, “ekonomik istikrar” yerine “amaca uygun önceliklerin gözetilmesi” kriteri getirilmiştir. 2001 değişikliği ile, maddenin sınırlayıcı ve düzenleyici olmak üzere iki ana işlevi bulunduğu söylenebilecektir: 65. maddenin sınırlayıcı işlevi bakımından, mali kaynakların yeterliliği ölçütü, beyan edici (deklaratif) bir özellik taşır.¹⁵³⁰ Sosyal ve ekonomik alandaki bir yükümlülüğün gerçekleştirilebilmesi, elbette eşyanın tabiatı gereği, ancak devletin mali kaynakları ölçüsünde mümkündür. Öte yandan, mali kaynakların zorlamak ve mevcut kaynakların üzerine çıkmak, uzun vadede toplum yaşamına zarar verebilecek krizlere yol açabileceğinden, bu durumda sosyal hakların da ötesinde, olağan ve günlük yaşama etki eden kamu hizmetleri bile aksayabilecektir. Görüldüğü üzere, 2001 değişiklikleri ile birlikte, “ekonomik istikrar”, sosyal haklara göre öncelik taşımayacak, sosyal alanlar, ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilecektir. Böylece maddenin sınırlayıcı işlevinin eski önemini yitirdiği, düzenleyici işlevi ön plana çıktığı ifade edilebilir.¹⁵³¹

Maddenin düzenleyici işlevinin ise, iki biçimde gerçekleştiğinden söz edilebilir: En başta mali kaynaklar, planlama faaliyeti çerçevesinde, belli öncelikler çerçevesinde tahsis edilmelidir. Devlet, kamu yararını gerçekleştirecek faaliyetler arasında bir sıralama yapacak,

¹⁵²⁹ Bkz. Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s.242-243.

¹⁵³⁰Bkz. F.Sağlam, “Türkiye’de İnsan Hakları”, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı, “Herkes İçin Onur ve Adalet”, <http://basin.maltepe.edu.tr/node/18>, E.T. 19.10.2018.

¹⁵³¹Bkz. F.Sağlam, “Türkiye’de İnsan Hakları”, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı, “Herkes İçin Onur ve Adalet”, <http://basin.maltepe.edu.tr/node/18>, E.T. 19.10.2018.

bir öncelikler listesi hazırlayacaktır. Bu önceliklerin bir kısmı Anayasa’da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Örnek olarak “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” Anayasa’nın 61. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda yapılacak harcamalar “amaçlara uygun öncelikler” bağlamında düşünülebilecektir.

Öncelikler, yorum aracılığıyla, söz konusu yükümlülüklerin niteliği göz önüne alınarak da belirlenebilecektir. Amaçlara uygun öncelikler dikkate alınmaksızın mali kaynaklarını kullanan ve farklı yönere tahsis eden devlet, artık kaynak yetersizliği iddiasında bulunamamalıdır. 2001 değişikliği devlete, sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerini yerine getirirken “amaçlarına uygun önceliklerini gözetme yükümlülüğü” yüklemiştir.

65. maddenin düzenleyici işlevi, olumlu bir davranış ölçüsü olarak da değerlendirilebilecektir. Buna göre devlet, “kaynakları yetersiz ve sınırlı” olan bir kurumu, taşıyamayacağını bildiği ya da bilmesi gerektiği ek bir yükün altına sokmamalıdır.¹⁵³²

Ancak, aşağıda kararların analizinden de görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, 2001 değişiklikleri sonrası bile, bu yaklaşımı benimsememiş ve sosyal hakların yargısallaştırılması konusunda “çekingen ve tutuk” kalmıştır.

5. Anayasa Mahkemesi’nin Tutumu

Anayasa Mahkemesi sosyal hakları ele alırken kullandığı yorum ve ölçütler hak temelli yoruma dayanan genel ilke ve kriterler yerine, genellikle somut olaya özgü tespitler niteliğindedir. Yine, farklı dönemlerde de farklı tutumların yansıtılabildiği, sosyal haklar alanında çok tutarlı ve istikrarlı bir yaklaşımın bulunmadığı da gözlemlenebilecektir. Bu başlık altında da inceleneceği üzere, Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de zaman zaman sosyal haklar lehine yorumlar yapabilmiş ise de, özellikle de 65.madde bağlamında buradaki düzenlemenin devletin sosyal haklara ilişkin görevlerinden kaçınabilmesine olanak sağlayan bir kalkan olarak kullanılmasının önüne geçecek, hak odaklı bir duruş sergileyememiştir.

Mahkeme’nin 65.madde bağlamında incelemiş olduğu hususlar ve verdiği kararlar, esasen olumlu edim gerektiren sosyal haklara ilişkin bakış açısını da ortaya koymaktadır. Yine,

¹⁵³² Ibid.

buna paralel olarak da, olumlun edim gerektiren sosyal haklara ilişkin kararlarda 65.maddenin yorumu ağırlıklı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna paralel olarak bu başlık altında, 65.madde ile bağlantılı olarak olumlu edim gerektiren sosyal haklara ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin genel tutumu, spesifik haklar bağlamında değerlendirilecektir. Bu başlık altında Yüksek Mahkeme'nin soyut ve somut norm denetiminde 65.maddeye ilişkin yorumunun yanı sıra, her bir hak bağlamında ön plana çıkan genel tutumu da ortaya konulacaktır. Olumlu edimde bulunmayı gerektirmeyen sendikal haklar ise biraz ileride ayrıca ele alınacaktır. Böylelikle sosyal haklar alanında Türkiye'nin anayasal birikimi, süreç içerisinde geçirdiği dönüşüm ile birlikte irdelenecektir.

Özel haklar bağlamında bir değerlendirme yapmadan önce, genel olarak şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası döneminde devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırına ilişkin olarak esasa inen ve devletin kaynaklarının gerçekten yetersiz olup olmadığını araştırmaya yönelik, yasa koyucunun takdir yetkisinin alanına giren bir tavır içinde olmamış, yerindelik denetimi eleştirilerine yol açacak bir tutum içerisinde bulunmamıştır.¹⁵³³

Yıldırım'a göre "Mahkeme, sosyal haklara ilişkin anayasal hükümleri yorumlarken yaratıcılık yeteneğini sergilememiştir, çünkü yürütme erkinin alanına girmemeye fazlasıyla dikkat etmektedir. Örneğin, sosyal güvenlik alanında dikkate değer bir istisna bulunmakla beraber, insan onuru, yeni sosyal haklar oluşturmak ya da Anayasa'da sıralanan sosyal hakların esasına ilişkin bir anlam katmak üzere kullanılmamaktadır."¹⁵³⁴

Ancak Anayasa Mahkemesi sınırlı da olsa bir denetim uygulamıştır. AYM'ye göre, devlet sosyal edimlerini şu veya bu ölçüde yerine getirme konusunda -hukuk denetimine tabi olmayan- geniş bir takdir yetkisine sahiptir.¹⁵³⁵ Ancak bir kere belli bir hususta sosyal edimde bulunabileceğine karar vermişse, artık 65.maddede öngörülen gerekçelerde kısmen ya da tamamen bunu sona erdiremez ve söz konusu sosyal edimi aynı durumda olanlar arasında eşitliği bozacak biçimde uygulayamaz.¹⁵³⁶ Ayrıca, biraz ileride detaylı olarak inceleneceği üzere, özellikle de sosyal güvenlik hakkı ile sağlık hakkı bağlamında Mahkeme'nin hakların

¹⁵³³ B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 197.

¹⁵³⁴ Engin Yıldırım, "Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)", **Anayasa Yargısı**, 31 (2014), s. 155.

¹⁵³⁵ AYM, E.1986/16, k.1986, K.T.21.10.1986.

¹⁵³⁶ AYM, E. 1990/27, K.1991/2, K.T.17.01.1991.

bütünselliği ilkesine paralel olacak şekilde, ekonomik ve sosyal alandaki hizmetlere ilişkin yapılan düzenlemelerin *yaşama hakkını* zedelememesi gerektiği de vurgulanmaktadır.

2001 Anayasa değişiklikleri ile getirilen “amaçlarına uygun öncelikler” ifadesinin yorumlanması, sosyal hakların gerçekten etkin kılınabilmesi için önem taşımaktadır. 2001 değişiklikleri ile “sosyal hakların lehine” olarak, “ekonomik istikrarın korunması” yerine “görevlerin amaçlarına uygun öncelikler” kriterinin getirilmesi ile birlikte yargısal denetimin kapsamının genişleyebileceği düşünülebilirdi. Ancak, AYM, madde 65’i 2001 değişikliği ışığında önceki kararlarına göre sosyal hak lehine nüanslı yorumlamak yerine, benzer yorumu yeni kararlarında da sürdürmüştür. Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, siyasal iktidarların tercihlerini sınırlama yönünde kararlar vermiş ise de, sosyal haklar üzerine yeterli açılımı yapamamıştır. Oysa, 65. maddenin “sosyal devlet”in gerekleri ışığında yorumu yoluyla, “sosyal hakların yargı önünde talep edilebilir”liğine katkıda bulunabilirdi.¹⁵³⁷

Bu bağlamda, maddenin 2001 değişikliklerinden sonraki hali de, kamu hizmetine başlanması konusunda, 1982 Anayasası’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere,¹⁵³⁸ bireylere devletten sosyal ve ekonomik haklarını gerçekleştirmesini talep etme hakkını vermemektedir. Yeni anayasal düzenlemede de yasa koyucu; mali kaynakları çerçevesinde, öncelikleri belirlemek ve bu önceliklere göre sosyal haklara ilişkin olumlu edimlerde bulunmak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkemelerin önceliklerin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini denetlemesi ise mümkün görünmemektedir. Bu yöndeki bir belirleme, bir “yerindelik sorunu” olarak algılanabilecektir. Ayrıca, yasa koyucunun hareketsiz kalarak bir düzenleme yapmaması durumunda hukuk sistemimizde bunu denetleyecek bir mekanizma da bulunmamaktadır.

a) Çalışma Hakkı

Çalışma hakkı Anayasa’nın 49.maddesinde şu şekilde yer almaktadır: “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir./ Devlet, işsizliği önlemeye elverişli bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır.”

¹⁵³⁷ Bkz. İ.Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s.46.

¹⁵³⁸ Bkz. M.Akad, A.Dinçkol, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Der Yay., 2007, s.431.

Çalışma hakkı, bireyler için hem bir hak, hem de bir ödev olarak Anayasa’da düzenlenmiştir. 49.madde, herkesin çalışma ödevi ve bir işi elde etmeye hakkı olduğunu ifade eder. Bu hakkın kullanılabilmesi, hak öznesi kişilerin dışında oluşan etmenlere bağlıdır.¹⁵³⁹ Bireyler çalışma hakkından ancak erişilebilir bir iş ya da çalışma imkanı olduğunda yararlanabilecektir. Bu çerçevede devlete bu imkanı sağlama konusunda bir pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Devletin “işsizliği önlemek” bakımından olumlu edimde bulunma yükümlülüğü vardır.¹⁵⁴⁰ Anayasa metnindeki muğlak ifadedden anlaşılabileceği üzere, söz konusu hüküm “işsizliğin önlenmesi” bakımından bir emredici hüküm olmaktan çok “işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almak” biçiminde daha çekingen bir ifadedir.¹⁵⁴¹

Her ne kadar esnek ve muğlak bir ifadeyle düzenlenmiş olsa da devletin 49.madde gereğince “işsizliği önleme”ye ilişkin aktif bir ödevinin de olduğu da açıktır. AYM kararlarında da belirtildiği üzere, “devlet olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Buna göre, devlet işsizlere de iş imkanı sağlayacak istihdam tedbirlerini almak zorundadır.¹⁵⁴²

İşsizliğin önlenmesi, bu hak açısından belirleyici olan bir pozitif yükümlülüktür. İşsizlik, temel hak ve özgürlüklere ulaşma ve bunları kullanabilme, insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmenin önünde de ciddi bir engel de oluşturmaktadır. İnsan haklarının bütünselliği ve karşılıklı olarak birbirine bağlılığı ilkesi gereğince, kişilerin yeterli düzeyde yaşama standardına sahip olabileceği bir işinin olmaması ve geçimini sağlayamaması, diğer haklarını da anlamsız kılacaktır; kişiler, bu haklarından da gereği gibi yararlanamayabilecektir. Bu nedenle, işsizliğin önlenmesinin insan hakları bakımından belirleyici bir olumlu devlet yükümlülüğü olduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁴³ Bu bağlamda tartışılmalı önemli bir mesele, devletin iş imkanı sağlamak bakımından zorlayıp zorlayamayacağıdır.

¹⁵³⁹ Z. G. Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s.149.

¹⁵⁴⁰ 1982 Anayasası’nın 49.maddesinde düzenlenen çalışma hakkı, 1961 Anayasası’nda muadili olan 42.madde ile karşılaştırıldığında, 42.maddede yer alan “çalışanların insanca yaşaması” vurgusunun yer almadığı dikkat çekmektedir. Yine, 1961 Anayasası’nda yer alan “devlet, işsizliği önleyici tedbirleri alır.” biçimindeki kesin ifadenin yerini 1982 Anayasası’nda “işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak” şeklinde, daha esnek ve muğlak bir düzenleme almıştır. Bkz. İ.Ö.Kaboğlu, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, s.113.

¹⁵⁴¹ İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s.45.

¹⁵⁴² Örnek olarak bkz. AYM, E. 1989/6, K.1989/42, K.T. 07.11.1989; AYM, E. 2005/52, K.2007/35, K.T. 03.04.2007.

¹⁵⁴³ İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s.45.

65.maddede yer alan “mali kaynaklar” ölçüsü, devletin işsizliğe ilişkin ödevleri konusunda da ön plana çıkmıştır. Dahası devlet, olanakları elverdiğinde dahi işsizliği önlemek bakımından ilk elden ve doğrudan sorumlu tutulmamaktadır, sadece işe erişimi kolaylaştırmak için “pozitif önlemler almak”la yükümlüdür. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi de, devletin olumlu yükümlülüğünü sosyal devlet anlayışı ve sosyal hak bakış açısıyla yorumdan kaçınmaktadır; sosyal hakkın dava edilebilirliği konusunda, çalışma hakkı bağlamında da “hak” temelli bir yaklaşım benimsememiş ve devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak da oldukça tutuk bir tavır ortaya koymuştur:

“Anayasa’nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere *zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir*. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.”¹⁵⁴⁴

65.maddenin devletin çalışma alanı yaratıcı politika ve uygulamalardan kaçınmasına açısından da kaypak bir zemin oluşturup oluşturmadığı meselesi bu hak bağlamında tartışılabilir. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda hayli “devletçi” bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.¹⁵⁴⁵ Yine 2001 Anayasa değişikliği ile 65.maddeye eklenen “amaçlarına uygun öncelikler” kriterinin de sosyal hakların lehine olarak AYM kararlarına yansıdığı söylenemeyecektir. “İşsizlere iş vermek devletin görevi değildir.” diyen AYM, 2001 değişikliği sonrasında da pek çok kararında bu hakkı, öğretide Özbudun ve Gözler’in görüşlerine paralel olacak şekilde, bireylere talep edilebilir, sübjektif haklar olarak değerlendirmemiş; hatta, aksine Mahkeme çalışma hakkını ve işsizlik olgusunu, dünyadaki konjonktürel gelişmelere de paralel olacak biçimde, esnekleştirme ve neoliberal uygulamaları olumlayan bir yaklaşımla ele almıştır. Bu tavrın en tipik örneği, işsizlik sigortası fonundan kaynak aktarılmasına ilişkin düzenlemenin iptaline karşı verdiği kararında gözlemlenebilecektir.¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴⁴ AYM, E. 1989/14, K. 1989/49, K.T. 19.12.1989.

¹⁵⁴⁵ İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s.46.

¹⁵⁴⁶ AYM, E. 2008/57, K. 2010/26, K.T.04.02.2010.

İşsizlik Sigortası Fonu, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile kurulmuştur. 15.05.2008 günlü 5763 sayılı Kanun ile işsizlik sigortası fonuna ilişkin değişiklikler getirilmiş¹⁵⁴⁷ ve Kanun'un geçici 6. maddesinde fonun belli bir bölümü nün GAP çerçevesinde yer alan projelere öncelik vermek suretiyle münhasıran sosyal gelişmeye ve ekonomik kalkınmaya ilişkin yatırımlarda kullanılacağı belirtilmiştir. AYM'ye söz konusu düzenlemenin iptali için başvuruda “Böyle bir değişikliğin temelinde, İşsizlik Sigortası Fonu'nun, ‘sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanun'da öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamak’ olan gerçek amacı dışında kullanılmasının önünü açma düşüncesinin yattığı yadsınamaz.” denilmiştir.

AYM ise işsizlik sigortasına ilişkin koşulların ve bu sigortanın kapsamının belirlenmesi hususunda “istihdam, işgücü verimliliği, gelir dağılımı, enflasyon, ücretler vb.” üzerindeki etkilerini değerlendirmek bakımından yasa koyucunun takdir yetkisi olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme, burada “ek bir istihdam alanı yaratarak işsizliğin azaltılmasına katkıda bulunmak” amacının güdüldüğünü belirterek söz konusu düzenlemenin sosyal güvenlik hakkı ile sosyal devlet ilkesine uygun olduğu sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme daha önceki kararlarında sigorta primlerinin sosyal güvenlik hakkını yerine getirecek şekilde kullanılması gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunurken bu kararında işsizlik sigortasının kaynaklarının amacı dışında kullanılamayacağını göz ardı ederek, bu durumu ekonomik ve sosyal yapıya dayandırması sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesi bakımından isabetli değildir. AYM, işsizleri korumaya dönük bir fonu, sermayedarları finanse eden bir fona dönüştüren düzenlemeyi yine “işsizliği” gerekçe göstererek olumlamış ve onaylamış;¹⁵⁴⁸ ayrıca, devletin belli bir amaç için kurduğu fonun siyasi iktidar tarafından kendi amacı dışında kullanmasına yönelik eylemlerini desteklemiş olmaktadır. İşsizlik sigortası için toplanan primlerden oluşan kaynak ancak işsizlik sigortası

¹⁵⁴⁷ Değişiklikten önce “İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır” şeklinde açıklanan bu Fon'un amacı, 5763 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesiyle “işsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır” şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle fonun kaynaklarının işsizler dışında başka yerlere aktarılabilmesinin önü açılmıştır.

¹⁵⁴⁸ Karşı oy yazısında Fettah Oto şu yorumlarda bulunmuştur: “Bu durum işçilerin ücretlerinden yapılan kesintilerle katkıda bulundukları Fon kaynaklarının, yürütme organının elinde İşsizlik Sigortası Fonu'nun amacı dışında nasıl tüketileceğini açık şekilde göstermektedir. Geçmişte de çalışanlara yarar sağlamak amacıyla kurulan birçok Fon kaynağının yürütme organına tanınan harcama yetkisiyle nasıl yok edildiği bilinmektedir.”

amacı ile sınırlı olarak kullanılabilir. Ancak bu kaynak çok farklı amaçlar için kullanılır hale gelmiştir.¹⁵⁴⁹

Çalışma hakkı, hangi koşullar altında olursa olsun bir iş sahibi olmak anlamına da gelmemektedir. İnsan onuruna yaraşır çalışma ortam ve koşulları bu hakkın tamamlayıcı unsurlarıdır: İş güvenliği hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, çalışma sürelerinin uygun ölçülerde tutulmasını isteme hakkı; çalışan çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak korunmasıyla ilgili haklar, adil ücret hakkı, ücretli tatil, dinlenme hakkı, boş zaman bulabilme hakkı; yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı.¹⁵⁵⁰

Anayasa'ya göre: “Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.” (md. 50/3, 4). “Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.” (md. 55/2).

Adil ücret hakkı bakımından ise asgari ücretin “ülkenin ekonomik ve sosyal durumu” çerçevesinde belirleneceği düzenlenmiştir (md. 55/son). Bu bağlamda ülkemizde ne yazık ki asgari ücret yeterli değil, sembolik kalmaktadır. Bununla birlikte, AYM kararlarında çalışma hakkı bağlamında devletin çalışan kişilerin yaşam kalitesini artırma yükümlülüğü de bulunmaktadır: “Anayasa’nın 49. maddesinde öngörülen çalışma hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür... Ağır vergi koşulları, kişileri, temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturan çalışma hakkından yoksun (kılar)...”¹⁵⁵¹

¹⁵⁴⁹ Nitekim İşsizlik Sigortası Fonu’nun 30 Eylül 2011 tarihi itibarıyla gelir ve giderlerindeki tablo iptal başvurusundaki haklılığı gözler önüne sermiştir. Buna göre, İşsizlik Sigortası Fonu’nun gider kalemlerinin yüzde 31,58’ini işsizlik ödenekleri, yüzde 1,40’ını kısa çalışma ödeneği, yüzde 0,38’ini Ücret Garanti Fonu, yüzde 1,35’ini teşvik, yüzde 4,77’sini aktif işgücü programları (kurslar), yüzde 59,48’ini GAP, yüzde 1,04’ünü kurum giderleri oluşturmuştur. 2011 yılı itibarıyla 60 milyar 605 milyon lira büyüklüğüne erişen fondan 10 yıllık süreçte işsizlere ödenen miktarın yalnızca 3 milyar 750 milyon olması durumun vahametini gözler önüne sermektedir. Bkz. Gonca Erol, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yoksulluk”, **IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2012, s.360.

¹⁵⁵⁰ İ. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s. 47.

¹⁵⁵¹ Bkz. AYM, E.1989/6, K.1989/42, K.T. 07.11.1989. Kuşkusuz bunun sağlanması makul bir ücret miktarının tespitiyle mümkündür. Bkz. İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s.45.

Bu çerçevede iş güvencesi ve iş güvenliğine de değinmek gerekir. AYM, iş güvenliği kavramını “iş yerinde çalışanların işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemeleri için alınması gerekli ruhsal, teknik ve tıbbi önlemleri almaya yönelik sistemli çalışmalar...” olarak ifade etmektedir.¹⁵⁵²

İş güvencesi de, çalışan kişilerin keyfi olarak işine son verilememesi anlamına gelmektedir. Çalışma hakkı, yalnızca kişilere dilediği işi görme hakkını veren bir hak değil, kişinin sahip olduğu işi geçerli bir neden olmaksızın kaybetmeme hakkını da sağlayan bir haktır.¹⁵⁵³

Bu bağlamda, 4857 sayılı Kanun’un 18.maddesinde düzenlenen “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri”nde “en az altı aylık kıdemi olan işçinin” “belirsiz süreli iş sözleşmesi”ni fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” hükmü Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası konusu olmuştur. “Otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışıyor olmak” şartı, daha az işçi çalışan işyerlerinde çalışanların iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması demektir. Bu hükmün iptali için yapılan başvuruda bu duruma dikkat çekilmiş ve iş güvencesinin bu düzenleme ile ihlal edildiği, işyerine ilişkin koşullar çerçevesinde iş güvencesinin tanımlanmasının Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM kararında:¹⁵⁵⁴

“İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır.” diyerek işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerin kapsam dışında tutulabileceğini belirtilmiştir.

¹⁵⁵² AYM, E. 1988/51, K. 1989/18, K.T. 02.05.1989.

¹⁵⁵³ Fazıl Sağlam, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul: Legal Yay., 2008, s.765.

¹⁵⁵⁴ AYM, E. 2003/56, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005.

Günümüzde büyük şirketlerin, işlerinin önemli bir bölümünü kayıt dışı ya da taşeronlara çalışan işçilere yaptırdığı bir ortamda, söz konusu düzenlemenin esasen işçi-işveren dengesini çalışanların aleyhine değiştirdiği ortadadır. AYM'nin bu yaklaşımı aynı zamanda çalışma hakkının özüne de aykırıdır. Bu karar ile, AYM'nin kararında belirtilenin aksine, çok sayıda çalışan iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmakta; çalışanların aleyhine, özellikle de kayıt dışı işçi çalıştıran büyük şirketlerin ise lehine olacak şekilde bir dengesizlik ortaya çıkmaktadır.

Karara ilişkin olarak Sağlam, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi inandırıcılıktan uzak bulmuştur: “Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararlarında sosyal devleti “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece sosyal toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” olarak tanımlamıştır. Öte yandan Anayasa'nın 49.maddesi, çalışma hakkını bireysel hak olarak güvence altına almıştır. Buna rağmen otuz işçi kıstasının işçiyi korumadığı, on işçinin makul sayı olacağını vurgulamıştır.”¹⁵⁵⁵

Çalışma hakkının bir diğer unsuru olan çalışma koşulları da işsizlik olgusu kadar önemlidir. Sağlıksız koşullar, uzun çalışma süreleri, meslek hastalıkları, iş kazaları gibi çalışma koşullarından kaynaklanan hususlar da bu hakkın ihlal edilmesine yol açabilmektedir. Çalışma koşulları bağlamında gündeme gelen en temel problemlerden birisi de çalışma süreleridir. Çünkü insan onuruna yaraşır bir yaşam, bireyin dinlemesi ve kendini geliştirebilecek, iç huzurunu bulabilecek zamana sahip olması ile sağlanabilecektir. Ancak neoliberal politikaların benimsenmesine paralel olarak, gerek ülkemizde gerekse uluslararası ölçekte çalışma sürelerini belirsizleştiren ve ağırlaştıran “esnek çalışma” uygulamaları yaygınlaşmakta, verimlilik tartışmaları altında ağır ve güvencesiz çalışma koşulları ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı Kanun da temelini esnek çalışma ilkelerinin oluşturduğu bir yasadır. AYM, bu durumu kararında açıkça belirtmekte ve bunu bir bakıma olumlu bir gelişme olarak sunmaktadır.¹⁵⁵⁶ 4857 sayılı Kanun'da yer alan (md. 63 vd.) denkleştirme çalışması sonucunda işçilerin 11 saate varabilecek günlük çalışma süreleri söz konusu olabilecektir. AYM, bu

¹⁵⁵⁵ F. Sağlam, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, s.765.

¹⁵⁵⁶ AYM, E. 2003/56, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005.

durumun Anayasa'nın 50. Maddesine, ölçülülük ilkesine, ve sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu iddialarını değerlendirirken işçilerin dinlenme haklarını göz ardı etmiştir.¹⁵⁵⁷

“... denkleştirme yöntemi, çalışma süreleri konusunda esneklik sağlayan bir uygulamadır... Denkleştirmede esas alınan azami sürede, işçinin ortalama günlük ya da haftalık çalışma süresinde işçi aleyhine değişiklik söz konusu olmamaktadır. Yasa'da işçinin günlük çalışma süresi bakımından öngörülen 11 saatlik azami süre sınırlaması denkleştirme için de geçerlidir. İşçinin 11 saate ulaşabilecek çalışma süresi, denkleştirme esasının gereği olarak diğer günlerindeki çalışma sürelerinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Haftanın çalışılan günleri için söz konusu olan ve tarafların anlaşması koşuluna bağlı olarak uygulanabilecek denkleştirme esaslarının düzenlendiği kuralın, çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”

Günde 11 saat çalışan, 2 saatini yolda harcayan ve geriye yalnızca yemek yiyip uyuyacak zamanı kalan bir işçiye sunulan bundan ibaret bir ömrün “insan onuruna yaraşır” olduğunu; salt haftalık çalışma süresinin aşılmamış olmasının, insan onuruna yakışır bir biçime dönüştürebileceğini söylemek mümkün değildir.¹⁵⁵⁸

Bu düzenlemenin dinlenme hakkının özüne aykırı olduğu da söylenebilecektir. Tatil yapılacak günler de esnekleştirilmiş olduğundan, eşi ayrı bir gün izin yaparken, kendisi ayrı bir gün izin yapan işçinin, sevdikleriyle bir arada geçireceği tek bir tatil gününün dahi olmaması, kısıtlı olan dinlenme ve tatil hakkının da özünün zedelenmesine sebep olmaktadır.¹⁵⁵⁹ Ancak AYM kararında söz konusu düzenlemeler hak boyutu ile tartışılmamış; yalnızca matematiksel bir hesaplama, yasada belirtilen toplam çalışma süresinin tutturulup tutturulmadığına odaklanılmıştır.

Konuyla ilgili başka bir örnek dava da 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine ilişkindir. Bu düzenlemeye göre, geçerli bir nedene dayanılmaksızın işten çıkarılan işçinin, işe iade kararının verilmesinden itibaren en çok 1 ay içinde işveren tarafından işe alınması gerekmektedir. Aksi halde karar kesinleşinceye dek işçiye çalışmadığı zaman dilimi için maksimum 4 aya kadar doğmuş olan ücreti ve diğer hakları verilecektir. Bu durumda haksız

¹⁵⁵⁷ AYM, E. 2003/56, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005.

¹⁵⁵⁸ G. Erol, a.g.e., s.363.

¹⁵⁵⁹ G. Erol, a.g.e., s.363.

şekilde işten çıkarılan işçi uzun bir süre işsiz kalabilecek ve yargılama sonucunda haklı bulunsa bile sadece dört aylık ücretini ve diğer haklarını alabilecektir. Kural olarak işe iade davalarında seri muhakeme usulü kabul edilmiş olmakla birlikte uygulamada bu usule uygun olarak davaların ilerlemediği, iş davalarının bir yıla yakın, bazen ondan da uzun sürebildiği de ortadadır. Bu düzenleme, haksız yere işten çıkarılan ve de işverene göre daha korunmaya muhtaç bir konumda olan işçinin, yasa eliyle ikinci kez mağdur edilmesine sebep olmaktadır.¹⁵⁶⁰

AYM, söz konusu düzenlemeyi “... iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır.” diyerek Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.¹⁵⁶¹

Karşı oy yazısında Paksüt, 4 aylık zaman sınırlamasını “kuralın çalışan aleyhine sonuçlar doğuracağı bilinerek yasalaştırıldığını göstermektedir” diyerek eleştirmiştir. Kantarcıoğlu da karara katılmamıştır.¹⁵⁶²

“... devletin yargılamanın yasada öngörülen sürede bitirilmesini sağlayamaması durumunda, bunun olumsuz sonuçlarına sadece çalışanların katlanmak zorunda bırakılması, işverenin ise kararın kesinleşmesi çok uzun bir süreyi alsa da dört aylık ödemeye sorumluluktan kurtulması işçi, işveren ilişkisinde adil dengenin gözetilmediğinin açık bir göstergesidir. Yargılamanın belirlenen sürede tamamlanamamasından, kusuru bulunmayan üstelik işverene göre daha güçsüz durumda olan çalışanın zarar görmesi sonucunu doğuran kural, sosyal hukuk devleti ilkesiyle açık bir çelişki oluşturduğu gibi bu konuda devlete anayasa ile verilen ödevlerin de yerine getirilmediğini göstermektedir.”

Bu bakımdan 4857 sayılı Kanun’a ilişkin değindiğimiz kararlarının hiçbirisinde AYM, konunun Anayasa’nın 5. maddesi ile bağını kurmamıştır. Yine, kararlarda sosyal devlet ilkesi ile de bir bağ kurulmayıp yalnızca Anayasanın 2. maddesine değinmekle yetinilmiştir.

¹⁵⁶⁰ G. Erol, a.g.e., s.363.

¹⁵⁶¹ AYM, E. 2005/52, K. 2008/181, K.T. 18.12.2008.

¹⁵⁶² AYM, E. 2005/52, K. 2008/181, K.T. 18.12.2008.

Yüksek Mahkeme, Tekel'in özelleştirilmesi ile tartışılmaya başlanan 4/C statüsü ve buna ilişkin yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu da denetlemiştir.¹⁵⁶³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md.4/1'de, kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş, ancak (C) bendinde ise “geçici personel, “Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.” denilmiştir.

5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinde de, “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, Kurum dışından görevlendirilecekler verilecek zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usul ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir.” düzenlemesi bulunmaktadır.

AYM, kararında: “Geçici ve mevsimlik işlerin neler olduğunun belirlenmesi ülkedeki ekonomik gelişmelere ve koşullara bağlı olup, bunların Yasa'da tek tek belirtilmesi mümkün değildir. Devlete verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.” sonucuna varmış ve 4/C'ye ilişkin düzenlemeleri Anayasa'ya uygun bulmuştur.

Yıldırım ise karşı oy yazısında söz konusu düzenlemeler ile 4/C kapsamında çalışan geçici personelin işçi olarak sayılmamaları dolayısıyla işçilerin yararlandıkları sosyal güvence ve haklardan (grev hakkı, toplu sözleşme hakkı ve dinlenme hakkı gibi) faydalanamadıklarını, fazla çalışma ile ilgili durumlarının da belirsiz olduğunu dile getirmiştir:

“Kamu kesimi çalışma ilişkileri geleneksel olarak devletin örnek işveren olması esasına dayanır ve bu sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Çalışma ilişkilerinde standartların yükseltilmesi gerekirken devlet eliyle mevcut standartlardan geriye gidilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesinin içinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Ülkemizde özel sektör çalışma ilişkilerinin göreceli olarak düşük çalışma standartları içermesi önemli bir sorunken, aynı

¹⁵⁶³ AYM, E. 2010/46, K. 2011/60, KT.30.03.2011.

durumun kamu kesiminde de ortaya çıkmaya başlaması düşündürücüdür. İnsan onuruna yakışır çalışma ortamının sağlanması sosyal hukuk devletinin en önemli görevleri arasındadır”.

Kararı eleştiren Gülmez de işçilerin sahip olduğu sosyal güvencelerin bütün çalışanlara, bu kapsamda geçici personel olarak çalıştırılan kişilere de sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Böylesi bir düzenleme “anayasaya karşı hile”dir ve “sosyal devlet”, “eşitlik” gibi pek çok ilke ve değere aykırıdır.¹⁵⁶⁴

Çalışma hakkı bağlamında ele alınması gereken bir diğer konu da iş güvenliğidir.¹⁵⁶⁵ Sağlıksız ve güvencesiz çalışma koşulları, başta iş kazaları, meslek hastalıkları gibi pek çok sorun ve hak ihlallerine yol açabilmektedir. İş sağlığı ve güvenliği, hakların karşılıklı olarak birbirine bağlılığı ve bütünselliği çerçevesinde, bireyin yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğünün korunması hakkı (AY md.17) ile iç içedir. AYM, hem çalışma hakkı, hem de biraz ileride inceleyeceğimiz sosyal güvenlik hakkına ilişkin içtihadında da ön plana çıkan “hakların bütünselliği” ilkesi çerçevesinde, iş güvenliğinin *yaşam hakkı* ile olan bağıını da vurgulayarak işçiden yana koruyucu bir tutum ile ele almaktadır. AYM, işçinin sağlığının ve yaşama hakkının korunmasının önem ve önceliğini kararlarında vurgulamaktadır.¹⁵⁶⁶

Örneğin, AYM 506 sayılı eski Sosyal Güvenlik Kanunu’nda yer alan iş kazaları ya da meslek hastalıkları nedeniyle, sosyal güvenlik kurumlarınca işçi için yapılan harcamaların, kusurlu olan işverenden kusuru oranında tahsil edileceği kuralına (md. 26/1) ilişkin incelemesinde bu uygulamayı, işvereni, işçinin sağlığını ve güvenliğini korumaya teşvik edecek bir uygulama olarak nitelendirmiş ve Anayasa’ya uygun bulmuştur.¹⁵⁶⁷

“İtiraz konusu kural...(ile)...işveren, gerekli tedbirleri almadığı takdirde Kuruma karşı önemli miktarlarda tazminat ödemek durumunda kalacağından, daha az maliyetli olan iş güvenliği tedbirlerini almak mecburiyetini hissedecek ve sonuç itibarıyla en önemli değer olan insanın *sağlığı ve yaşama hakkı*¹⁵⁶⁸ bu yolla daha etkili bir şekilde korunmuş olacaktır. ...Kimi işverenlerin ceza yaptırımları karşısında yeterince duyarlı davranmayıp işçi sağlığı ve iş

¹⁵⁶⁴ Mesut Gülmez, “4/C”, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2010, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gulmez2.pdf>, E.T. 15.11.2018.

¹⁵⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, iş güvenliğini “iş yerinde çalışanların işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemeleri için alınması gerekli ruhsal, teknik ve tıbbi önlemleri almaya yönelik sistemli çalışmalar...” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. AYM, E. 1988/51, K. 1989/18, K.T. 02.05.1989.

¹⁵⁶⁶ AYM, E. 2008/76, K. 2010/122, K.T. 30.12.2010.

¹⁵⁶⁷ AYM, E. 2008/76, K. 2010/122, K.T. 30.12.2010 Ayrıca bkz. AYM, E. 1991/61, K. 1992/34, K.T. 20.05.1992.

¹⁵⁶⁸ Vurgu yazara aittir.

güvenliğine ilişkin ilkel önlemleri bile savsakladıkları, ilgili yönetimlerce yapılan denetimlerin bu konuda etkili olmadığı gerçekliği göz önüne alındığında incelenen kuralın, işçilerin sağlığının etkili ve sonuç alıcı biçimde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olması bakımından, Anayasanın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içinde olduğu açıktır.”

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da AYM’nin inceleme konusu olmuştur.¹⁵⁶⁹ Kanunda, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetlerinin kapsam dışında olduğu düzenlenmiştir. Böylelikle tutuklu ve hükümlüleri iş sağlığı ve güvenliğinin kapsamı dışında bırakmıştır. Bu düzenleme, Türkiye’nin de uymakla yükümlü olduğu uluslararası iş hukuku standartlarına¹⁵⁷⁰, Anayasa’da yer alan yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarına, ayrıca çalışma ve sosyal güvenlik haklarına aykırıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda göze çarpan, özellikle de tehlikeli işler bakımından sakıncalı olabilecek bir düzenleme olarak, iş yerinde bulunması gereken sağlık personeli olarak yalnızca tıp doktorları ifade edilmiş, diğer sağlık çalışanlarının yer alması ise işverenin takdirine bırakılmıştır. Dava dilekçesinde ise, “işyeri hekimliği hizmetinin aslında bir sağlık ekibi işi olduğu, karlılık beklentisi içinde olan işverenin maliyet arttırıcı bir unsur olarak göreceği diğer sağlık personelinin istihdam etmekten kaçınacağı, bundan dolayı işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerine ilişkin temel düzenlemelerin ihtiyari değil zorunlu düzenlemeler olması gerektiği” belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM, söz konusu hususları insan haklarının bütünselliği ilkesine uygun olarak, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı, sağlığın korunması hakkı ve çalışma hakkı bağlamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte bu düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmamıştır.

¹⁵⁶⁹ AYM, E.2012/97, K. 2013/51, K.T. 03.04.2013, RG 31.12.2013-28868.

¹⁵⁷⁰ Bkz. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977 and Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules. İHAM da devletin özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilerin fiziksel ve zihinsel sağlığını korumakla yükümlü olduğunu sık sık vurgulamaktadır. Örnek olarak bkz. Khudobin/ Rusya, Başvuru No: 59696/00, 26.10 2006, para 93.

Yüksek Mahkeme'ye göre, “Kanun, işçiler için işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliğini temin etmek üzere çıkarılmış bulunmaktadır. Devletin gözetim ve denetimi altında rehabilite amacıyla çalıştırılan hükümlü ve tutukluların, gerek kendilerinin *işçi sayılmamaları*¹⁵⁷¹ ve gerekse Devletin de bu kişiler açısından işveren olarak kabul edilememesi nedeniyle Kanun'un getirmiş olduğu iş sağlığı ve güvenliğini temine ilişkin düzenlemelerden farklı bir uygulamaya tabi tutulabilmeleri mümkündür. Bir başka ifadeyle hükümlü ve tutukluların işçi sayılmamaları nedeniyle Kanun kapsamı dışında tutulması bu kişilerin iş sağlığı ve güvencelerinin olmadığı anlamına gelmemekte, bu durum sadece kendi hukuki vasıflarına uygun olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla, hükümlü ve tutukluların hukuki durumları göz önüne alındığında diğer işçilerden farklı bir rejime tabi tutulmalarında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.”

Oysa, Yıldırım'ın karşı oyunda da belirttiği üzere, “işyurtlarında çalışan sayısı ve iş yoğunluğu düşünüldüğünde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinden istisna tutulmalarını gerektiren bir neden yoktur. Bu kurumlarda çeşitli özelliklerde çok sayıda makine bulunmakta ve endüstriyel ürünler de imal edilmektedir. (...) İşyurtları Kurumu Daire Başkanlığı'nın web sayfasında özel sektörle yapılan iş birliği tanımlanırken ‘tutuklu ve hükümlülerin, özel sektörün işinde **işçi** olarak çalıştırmasıdır’, şeklinde bir ibareye ve ‘Özel Sektör Çalışma İşbirliği İlkeleri’nden bahsedilirken de, ‘Çalışan hükümlü işyurdunda çalışan, rehabilite edilen **işçi** statüsündedir’ denilmesidir. Görüldüğü üzere işyurtlarında çalışan hükümlü ve tutuklular ilgili kurumca işçi statüsünde değerlendirilmektedir.

Hükümlü ve tutukluların sağlık ve güvenliğinin sağlanması çerçevesinde iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı korunmaları için gerekli tedbirlerin alınması sosyal devlet olmanın bir gereğidir. Bu kişilerin 6331 sayılı Yasa hükümlerinden muaf tutulmaları, devlete herkesin ‘sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı’ ve ‘hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak’ görevini veren Anayasa'nın 56. maddesine aykırıdır. Kişilerin tutuklu veya hükümlü olmaları çalışan sıfatlarıyla sağlık ve güvenlik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelmemelidir. Sosyal devlet ilkesi gereğince tutuklu ve hükümlü çalışanların ekonomik katkı yaparken, meslek öğrenirken sağlık ve güvenliklerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınması şarttır. 6331 sayılı Yasa da bu amaç için çıkarılmıştır. Dolayısıyla, hükümlü ve tutukluların çalışmalarının bu tedbirlerden muaf tutulması 56. maddede belirtilen hakkın özünün zedelenmesi anlamına gelmektedir.”

¹⁵⁷¹ Vurgu yazara aittir.

AYM, tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde diğer sağlık personelinin görevlendirilme zorunluluğunun kaldırılması hususunda ise, bu düzenlemenin diğer sağlık personelinin hiçbir suretle görevlendirilemeyeceği anlamına gelmediğini, yalnızca işverenin tercihinin bırakıldığını, Kanunla getirilen diğer yükümlülüklerin varlığını devam ettirdiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “burada gözetilmesi gereken işyerinde iş sağlığı için gerekli olan işyeri hekiminin varlığıdır. Kanun koyucunun işyerinde iş sağlığı için işyeri hekiminin tam süreli olarak görevlendirilmesi halinde diğer sağlık personelinin istihdamını işverenin tercihinin bırakması hususu kanun koyucunun takdirinde olup kuralın, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir başka önemli husus, özellikle de 13 Mayıs 2014'te Soma ilçesindeki kömür madeninde çıkan yangın sonucu 301 madencinin ölümüyle sonuçlanan facia ile tekrar gündeme gelen madencilik faaliyetlerinde iş sağlığı ve güvenliği hakkıdır. Bu facianın arkasında, şüphesiz ki, en tehlikeli faaliyetlerden biri olan madencilik oldukça karlı hale getiren rödovans (maden ocaklarının işletmesinin kiraya verilmesi) sistemi yer almaktadır.

Türkiye Kömür İşletmeleri (TKİ) ve Türkiye Taşkömürü Kurumunun (TTK) rödovans karşılığı işlerini özel sektöre devretme kararı sonrasında, bu sistemle çok kar elde etmeye başlamıştır. 2010 yılında rödovans, tarafların sorumluluklarını sınırlandırarak tartışmaya açık bir şekilde yasal zemine de kavuşturulmuştur.¹⁵⁷² Bu sistem, gerek ILO'nun gerekse Meclis Araştırma Komisyonu'nun Soma ile ilgili hazırladığı raporlarında da belirtildiği üzere, maden kazalarına yol açan faktörlerden biri olup ruhsat sahibi ve rödovansçının sorumluluklarını belirsiz ve muğlak bir hale getirmektedir.¹⁵⁷³

İş sağlığı ve güvenliği hakkı bağlamında Türkiye'de önemli bir yara olan maden kazaları, aynı zamanda hükümetin sosyal yardım politikaları ile de yakından bağlantılıdır.

¹⁵⁷² Bkz. 3213 sayılı Maden Kanunu, Ek 7.madde hükmü şu şekildedir: “Maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumluluklar rödovansçıya aittir. Ancak bu durum ruhsat sahibinin Maden Kanunundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.” Bununla birlikte rödovans sözleşmesi, 27751 sayılı Maden Yönetmeliğinin 4.maddesinde tanımlanmıştır: “Rödovans sözleşmesi: Ruhsat sahalarındaki madenlerin işletilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin, bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeleri.”

¹⁵⁷³ Bkz. Meclis Araştırma Komisyonu Soma Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss680-bolum-2.pdf>, E.T. 05.04.2019; **Contractual Arrangements in Turkey's Coal Mines - Forms, Extents, Legal Drivers and Impact on OSH**, Ankara: TEPAV and ILO, 2016. Aktaran: Bertil Emrah Oder, Mehmet Utku Öztürk, “Between entrenchment and ignorance: on justiciability and salient issues of constitutionalized socio-economic rights from Soma to Cerattepe”, **Research and Policy on Turkey**, Vol: 2, No: 2, 2017, s.152.

2003'te kömür politikalarına ilişkin olarak, yoksul ailelere bedava kömür dağıtımı sosyal yardım olarak öngörülmüştür. Bu anlayış, anayasal “hak” olarak düzenlenen sosyal hakları yürütmenin bir “bağış ve lütufu” haline dönüştürüldüğü gerekçeleriyle de oldukça eleştirilmiştir.¹⁵⁷⁴ Bu politikalara bağlı olarak kömür talebi hızla artmış ve TKİ kendi kaynakları ile oluşan açığı kapatamaz hale gelerek zarar etmeye başlamıştır. İşte rödovans formülü böyle bir zeminde ortaya çıkmış ve zarar eden TKİ, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının ortadan kaldırılması pahasına, özel işletmelerin faaliyetleri ile aşırı bir üretim gerçekleştirilerek kar elde etmeye başlamıştır.

AYM ise rödovans sistemini anayasaya uygun bulmuştur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesine eklenen (r) bendi ile fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnamele kapsamında, işleticisi kim olursa olsun Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü'nün (TKİ) kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Dava dilekçesinde, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumunun 4734 sayılı Kanun'a tabi bir kamu kurumu olduğu ve bu kurumun kendisine veya bağlı ortaklık ya da iştiraklerine ait olan kömür sahalarının büyük bir çoğunluğunun özel firmalarca işletildiği, fakir ailelere yardım olarak dağıtılacak kömürlerin kalitesinin standartlara uygun olmasının, maliyetinin rekabetçi fiyatlarla oluşmasının ve satın alma işleminin eşit muamele şartlarında, saydamlık içinde ve rekabetçi koşullarda karşılanmasının kamu yararına olduğu; Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumuna ihale yapmadan kömür alımı yetkisi verilmesinin kamu hizmetinin gereklerine aykırı olduğu ve kömür üreticisi firmalara eşit muamelede bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldıracığı, bunun ise eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁵⁷⁵

AYM kararda, “ Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak fakir ailelere ısınma amaçlı kömür yardımı yapılması kapsamında, talebi karşılayacak miktarda kömürün zamanında temin edilebilmesi ve dağıtım yerlerine kadar naklinin herhangi bir aksama olmadan yapılabilmesi amacıyla, TKİ'nin kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasının, hukuk

¹⁵⁷⁴ Ayrıca, söz konusu kömür bağışının seçme ve seçilme hakkı bağlamında yurttaşların kullandıkları oyları da manipüle ettikleri ifade edilmiştir. Bkz. B. Emrah Oder, M. Utku Öztürk, a.g.e., s.152.

¹⁵⁷⁵ AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 09.05.2013, RG 25.07.2014-29071.

devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.” diyerek sosyal hukuk devleti ve sosyal haklar kavramının içini boşaltmış; “hak” temelli bir yaklaşım benimsemek ve sosyal hukuk devleti ilkesini yaşama geçirmek yerine “sadaka devleti” anlayışını benimsemiştir. Ayrıca rödovans sisteminin yargısal olarak onaylanması da, kar hırsı uğruna çok sayıda maden işçisinin ölümüne yol açan facialara zemin hazırlamıştır.¹⁵⁷⁶

Son olarak çalışma hakkı, özel yaşama saygı hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak Askeri Ceza Kanunu’nda eşcinsel askerlerin Türk Silahlı Kuvvetleri’nden (TSK) ihraç edilmesini öngören düzenleme AYM’nin inceleme konusu olmuştur.¹⁵⁷⁷ Başvuru insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde önemli bir örnektir. Bir asker hakkında eşcinsel yönelimleri nedeniyle “gayri tabii mukarenette bulunmak” iddiasıyla kamu davası açılması üzerine askerin yargılamasını yapan Askeri Yargıtay 1. Dairesi, Askeri Ceza Kanunu’nun, “Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan asker kişiler hakkında TSK’dan çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur” şeklindeki kuralının Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Yüksek Mahkeme, kararının gerekçesinde, Anayasa’ya göre, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ancak Anayasa’da çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkında sınırlamalar getirilebileceğini, bu hakkın mutlak olmadığı kabul edildiğini belirterek söz konusu düzenlemeyi “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığı” gerekçesiyle, Anayasa’ya uygun bulmuştur: “Bu açıdan bakıldığında askeri disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışlar gerekçe gösterilerek asker kişiler hakkında TSK’dan çıkarma cezasını öngören kural, meşru bir amaca dayanmaktadır.

Askerlik mesleği disiplin ve fedakarlık temeline dayanır. Bundan dolayı görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığının gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki kişiler askerlik mesleğini seçmekle artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askeri disiplin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Bu çerçevede, askeri ceza kanunları tarafından aynı veya benzer

¹⁵⁷⁶ B. Emrah Oder, M. Utku Öztürk, a.g.e., s.153.

¹⁵⁷⁷ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, K.T. 29.11.2017.

eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Kanun koyucu, genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmeyen doğal olmayan yoldan cinsel davranışları asker kişiler için yasaklamış ve cezai yaptırıma bağlamıştır. Kural, sadece asker kişilerle ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kural, istisna bir alanda dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Kanun önünde eşitlik herkesin, her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

TSK'nın milli güvenliğin korunmasında üstlendiği görev ve askerlik mesleğinin özellikleri göz önüne alındığında, TSK'da görev yapan asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukuki durumlarının aynı olmadığı açıktır. Asker kişilerle diğer kamu görevlileri aynı hukuki konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.”

Yıldırım ise, karşı oyunda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde, uluslararası sözleşmelere, cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele konusunda alınan tavsiye kararlarına, Kaos GL gibi sivil toplum örgütlerinin ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin Türkiye hakkındaki raporlarına ve konuyla bağlantılı İHAM kararlarına atıf yaparak bu kuralın LGBTİ+ bireylerle ilgili derin önyargıları yansıtarak onların sürekliliğine yol açacağını vurgulamıştır: “Toplumun genel ahlakını korumak adına LGBTİ+ bireylerden talep edilen fedakarlık çok fazla olup, son derece ölçüsüzdür, zira bu insanlardan kişisel özgürlük ve haysiyetlerinin diğer insanlardan daha alt düzeyde olduklarının kabulü istenmektedir. Halbuki anayasamızda geçen ‘herkes’ ve ‘kişi’ kavramları belli bir cinsel yönelime işaret etmemektedir. (...) İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir.”

Yıldırım, eşcinsel askerlerin ihracını öngören kuralın, Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine, “temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesine ve “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine aykırı olduğunu; disiplin temeline dayalı olan askerlik mesleğini ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmakla beraber, bu durumun onların temel

anayasal haklardan yararlanmalarını engellememesi gerektiğini, silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasının ordunun disiplinine ve operasyonel etkililiğine ve etkinliğe yönelik risk oluşturduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın dayanaklarının somut örneklerle ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir.

Askeri Yargıtay’ın İHAM içtihatlarını benimseyerek verdiği “...*Yani eşcinsel bir kişinin askerliğe elverişsiz olduğuna karar verebilmek için o kişinin birlik içerisindeki davranışlarına bakmak gerekir*” kararını hatırlatan Yıldırım’a göre, “Kişilerin özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturan cinsel hayatlarına ait davranışları, faaliyetleri ve sosyal ilişkilerinden hareketle mesleki yaşamlarının sonlandırılması sonucunu doğuran ağır bir yaptırımla karşılaşmaları ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez.”

Karşı oyda ayrımcılık yasağına ilişkin olarak da, söz konusu yasağın “sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleri ve toplumsal rollerinden türeyen ayrımcılığı değil, *cinsel yönelim* kaynaklı ayrımcılığı da kapsadığını” ifade eden Yıldırım, söz konusu maddenin Anayasa’nın eşitliği düzenleyen 10. maddesine de aykırı olduğunu, “eşcinsel (ve LGBTİ+) askerleri diğer askerlerden ayıştırdığını” belirtirken, “Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkar etmesini veya değiştirmesini bekleyemeyiz” ifadelerine yer verdi.

Karşı oydaki şu ifadeler AYM kararının en net özeti niteliğindedir: “Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha az mı değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil, ne oldukları veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, ‘makbul’ vatandaş olarak görülmemektedir.”

b) Sosyal Güvenlik Hakkı

i) Sosyal Devlet İlkesi, Hakların Bütünselliği İlkesi ve Sosyal Güvenlik Hakkı

Sosyal güvenlik, bireyleri toplumsal yaşamdan kaynaklanan riskler açısından korumayı amaçlayan bir haktır. Anayasa’nın 60. maddesinde, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” ifadesi ile, sosyal güvenliğin herkes için bir “hak”, bunu gerçekleştirmenin ise devlet için bir “görev” olduğuna

işaret edilmiştir.¹⁵⁷⁸ Bu bağlamda, sosyal güvenlik hakkı bakımından devletin gerçekleştirme yükümlülüğü ön plana çıkmakta; bu hakkın yerine getirilmesinde sosyal devlet anlayışı ve devletin pozitif yükümlülükleri önem kazanmaktadır.

Anayasa’da ayrıca, sosyal güvenlik bakımından “özel olarak korunması gereken” kesimlere yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır: “Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.” (md. 61/1) Engelliler (f. 2), yaşlılar (f. 3) ve korunmaya muhtaç çocuklar da yine Anayasa’da bu kapsamda değerlendirilmiştir. 61.maddenin son fıkrasında ise bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak devlete “gerekli teşkilat ve tesisleri kurma veya kurdurma” yükümlülüğü yüklenmiştir. Devletin bu anayasal yükümlülüğü, 2010 Anayasa değişikliği sırasında, eşitlik ilkesini düzenleyen maddeye yapılan ekleme ile pekiştirilmiş görünmektedir (md. 10): “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gazileri için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”¹⁵⁷⁹

Anayasa’da sosyal güvenliğe ilişkin bu hükümlerin yaşama geçirilebilmesinde sosyal devlet anlayışı ve devletin pozitif yükümlülükleri ön plana çıkmaktadır. Devletin sosyal ve ekonomik alandaki olumlu edimlerine ilişkin olarak 65.maddenin yorumu bu bağlamda yaşamsaldır.

65.maddenin yanı sıra, Yüksek Mahkeme’nin bu alandaki kararlarına bakıldığında, özellikle de sosyal devlet ilkesi ile sosyal güvenlik arasında kurulan yakın bağ ve bu anlamda Mahkeme’nin sosyal devlet ilkesine yönelik benimsediği yaklaşım ile eşitlik ilkesine ilişkin tutumunun ön plana çıktığı görülmektedir.

i) Sosyal Devlet İlkesi, Hakların Bütünselliği İlkesi

Anayasa Mahkemesi kararlarında sosyal güvenlik hakkının sosyal hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanarak Anayasa’nın 2.maddesi ile 60.maddesi arasında

¹⁵⁷⁸ AYM, E.1998/14, K. 1998/24, K.T. 26.05.1998.

¹⁵⁷⁹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No. 5982, Kabul Tarihi: 7/5/2010 (Resmî Gazete, 13 Mayıs 2010, Sayı: 27580). Pozitif ayrımcılık ilkesi çerçevesinde yapılan bu düzenleme, esasen “spesifik eşitlik ilkesi”nin Anayasa’ya yazılması anlamına gelmekte olup, yenilik yaratıcı bir hüküm niteliği taşımamaktadır. Bkz. İ. Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s.47.

organik bir bağ kurulduğu görülmektedir.¹⁵⁸⁰ Yüksek Mahkeme'nin, insan haklarının bir unsuru ve bir temel hak olarak tanımladığı¹⁵⁸¹ sosyal güvenliğin öncelikli amacı, herhangi bir nedenle kısmen ya da tamamen çalışamayanlara ve bu nedenle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşenlere, *insan onuruna yaraşır asgari bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamaktır*.¹⁵⁸²

Anayasa Mahkemesi, bunun yanı sıra Anayasa'nın 5.maddesi çerçevesinde sosyal devletin “sosyal adalet” ve “insan onuruna yaraşır biçimde yaşama” unsurları ile birlikte sosyal güvenlik hakkını anlamlandırmakta ve “devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içerisinde yaşamalarını sağlamak gibi hususların da yer aldığını” vurgulamaktadır.¹⁵⁸³ Yüksek Mahkeme bu bağlamda Anayasa'nın 5. ve 60.maddelerini birlikte yorumlamaktadır.¹⁵⁸⁴

Bir “kurumlar bütünü”¹⁵⁸⁵ olan sosyal güvenliğin sağlanması, yalnızca sosyal sigortalarla değil, aynı zamanda sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar yoluyla

¹⁵⁸⁰ Bu nedenle, “Sosyal güvenlik hukuku alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal devlet kavramı anlayışına uygun olması zorunludur. Sosyal hukuk Devleti, niteliğinin gereği olarak, sosyal güvenlik kavramını yaşama geçirerek somutlaştırır.” Bkz. AYM, E. 1994/90, K. 1995/22, K.T. 27.06.1995. “Sosyal güvenlik, bir mesleki, fizyolojik ya da sosyoekonomik riskten ötürü geliri sürekli ya da geçici olarak kesilen kimselerin geçinme ve yaşamı devam ettirme gereksinimlerini karşılamayı amaçlayan bir sistemdir.” Bkz. AYM, E. 1994/90, K. 1995/22, K.T. 27.06.1995. “Çağdaş uygarlığın simgesi olarak tüm toplumların benimsediği ve evrensellik kazanmış sosyal güvenlik kavramı, özde bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlikeli olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür.” Bkz. AYM, E. 1990/28, K. 1991/11K, K.T. 02.05.1991. “Yaşamın kaçınılmaz bir sonucu olarak karşılaşılan tehlikelerden korunma ve geleceğe güven içinde bakabilme isteği, insanlığın en eski özlemlerinden biri olmasına karşın, sosyal güvenlik düşüncesi, özellikle sanayi toplumu olmuş ya da olma yoluna girmiş toplumların gereksinimlerinden doğmuştur. Sosyal güvenliğin sağlanması bir gelecek güvencesini yaratmakta ve böylece modern toplumda bireyin mutluluğuna hizmet eden en temel araçlardan biri olmaktadır.” Bkz. AYM, E. 1991/61, K.1992/34K, K.T. 20.05.1992.

¹⁵⁸¹ AYM'ye göre sosyal güvenliğin amacı “...bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir” Bkz. AYM, E. 2008/57, K. 2010/26, K.T. 04.02.2010. Ayrıca bir temel hak ve insan haklarının bir unsurudur: “Sosyal güvenlik, uluslararası hukuk belgelerinde ve çağdaş anayasalarda temel bir hak niteliğinde görülerek, ‘ekonomik ve sosyal haklar’ bölümü içinde düzenlenmiştir. Toplumun tüm bireylerini kapsamına alma çabalarının bir sonucu olarak sosyal güvenlik, temelde insan haklarının bir unsuru görünümünü kazanmıştır.” Bkz. AYM, E. 1994/90, K. 1995/22K, K.T. 27.06.1995

¹⁵⁸² İ. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s. 52. Bkz. AYM, E.1990/5, K. 1990/28, K.T. 14.11.1990.

¹⁵⁸³ AYM, E.1986/16, K.1986/25, K.T. 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358.

¹⁵⁸⁴ Bkz. M. Akad, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, İstanbul: Kazancı Yay., 1992, s.74.

¹⁵⁸⁵ Sosyal güvenliğin aynı zamanda bir “kurumlar bütünü”nü ifade etmektedir. “Sosyal güvenlik politikaları, sosyal zarar tehlikelerinin sonuçlarını gidererek bireyleri ekonomik yönden güçlü tutmayı amaçlar. Bu amaçları güden politikaların kapsamına çalıştırma (istihdam), gelir güvencesi, çalışma gücünün korunması, meslek kazancı yerine geçecek ödemeler, sosyal sigortalardan belli aralıklarla sağlanan gelirler, her tür sosyal yardım ve öbür ödemeler

gerçekleştirilir.¹⁵⁸⁶ Anayasa Mahkemesi de, sosyal güvenliği “bir amaç, bir düşünce” olarak nitelendirdikten sonra, “sosyal sigortalar ve diğerleri bunun en önemli araçlarıdır.” ifadesinde bulunmuştur.¹⁵⁸⁷

Sosyal güvenlik hakkı, “herkes”e tanınmış bir haktır, salt çalışan kişilerin yararlanabileceği bir hak değildir. Bununla birlikte, ülkemizde sosyal güvenliğin kapsamı dışında bırakılan kişi sayısı oldukça fazladır. Prime dayalı ve belli birtakım şartlara bağlanmış bir sigorta anlayışı çerçevesinde Kanun’da belirtilen şartları taşımayan kişiler, güvencesiz durumda kalabilmektedir. Günümüzde kayıt dışı işçi çalıştırmanın yaygınlığı; yoksulluk, işsizlik ve çaresizlik gibi sebeplerle gönüllü olarak sigortasız çalışma olgusu da bu bağlamda hak kayıplarına yol açabilmektedir. Oysa sigorta, işe başlamakla kendiliğinden kazanılan ve *vazgeçilmez ve devredilemez bir hak* olarak hukukumuzda yer almaktadır. AYM’ye göre de “Sosyal sigorta sistemimizin en belirgin özelliğini sigortalılığın mecburiliği ilkesi oluşturmaktadır.” “Sigortalı olma hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz.”¹⁵⁸⁸ biçimindeki net açıklamasıyla bunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, AYM sosyal güvenlik hakkı açısından “vazgeçilmez ve devredilmez” hak anlayışını benimsemiştir.¹⁵⁸⁹

Yüksek Mahkeme, sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında bu hakkın kişilere “insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardı”nı sağlamak bakımından önemini vurguladığı, hakkın özüne yönelik değerlendirmelerde bulunduğu da görülmektedir.¹⁵⁹⁰ Yaşlılık aylığı üzerinde haciz konulması yasağı getiren bir yasal düzenlemeyi incelediği bir başka kararında da AYM, yaşlılık dolayısıyla artık çalışamayacak hale gelen kişilerin yaşamlarını insan onuruna yaraşır bir biçimde sürdürebilmeleri amacı ile öngörülen yaşlılık aylığının “sosyal güvenlik hakkının bir gereği olduğunu” belirtmiştir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemeyi Anayasa’nın 2., 5. ve 60.maddeleri çerçevesinde devletin yerine getirmesi gereken

girmekte, böylece bireyin ekonomik ve sosyal güvenliğiyle bu yolla ve buna koşut biçimde toplumda sosyal güvenlik sağlanarak, toplumsal barış güçlendirilmektedir” Bkz. AYM, E. 1993/17, K. 1993/41K, K.T. 18.11.1993.

¹⁵⁸⁶ G. Erol, a.g.e., s. 366.

¹⁵⁸⁷ AYM, E. 1990/5, K. 1990/28, K.T. 14.11.1990. Ayrıca “Sosyal güvenlik üst kavram, sosyal sigortalar bu üst kavramı oluşturan önemli bir kurumdur.” Bkz. AYM, E. 1990/5, K. 1990/28, K.T. 14.11.1990. Ayrıca bkz. AYM, E.1994/90, K. 1995/22, K.T. 27.06.1995.

¹⁵⁸⁸ AYM, E. 1986/16, K. 1986/25, K.T. 21.10.1986.

¹⁵⁸⁹ Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s. 225.

¹⁵⁹⁰ AYM, E. 2009/19, K. 2011/4, K.T. 06.01.2011, RG 12.04.2011-27903.

pozitif yükümlülüğün bir gereği olduğunu belirten AYM, alacaklıların mülkiyet hakkının sınırlanmasının Anayasa'nın 13.maddesine uygun olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, sosyal güvenlik hakkının öze dokunma yasağı kapsamında korunduğu görülmektedir.¹⁵⁹¹

Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenlik hakkı bağlamında “hakkın özü” ölçütünü uygulayarak devletin sosyal güvenliğe ilişkin görevleri bakımından asgari bir öz ile bağlı olduğunu ortaya koyan bir kararı da, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 110.maddesinde yer alan “... suç sayılır bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği verilmemesi...” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasına ilişkindir. Yüksek Mahkeme, söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 2., 5. ve 60.maddeleri arasındaki sıkı bağ çerçevesinde, bu maddelere aykırı bularak iptal etmiştir. AYM, “emeğinden ve sosyal güvenlik hakkından başka hiçbir güvenceye sahip olmayan işçinin, suç sayılabilecek kusurlu bir eylemi nedeniyle sosyal güvenlikten yoksun bırakılmasının, prime dayanan sigorta anlayışına uygun olmadığını”, söz konusu kuralın sosyal güvenlik hakkının özüne aykırı olduğunu belirterek Anayasa'nın 2., 5. ve 60.maddelerine aykırı bulmuştur.¹⁵⁹²

Bu bakımdan AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkelerden biri olan “hakkın özü” ölçütünü devletin olumlu edimini gerektiren sosyal güvenlik hakkı için de uyguladığı görülmektedir.¹⁵⁹³ Bu bağlamda, devlet sosyal güvenlik hakkına ilişkin asgari özü yaşama geçirmekle yükümlüdür; 65.maddede yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçütü ise ancak asgari özün yerine getirilmesi durumunda ileri sürülebilecektir.

AYM'nin özellikle de konu yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunda, “insan haklarının bütünselliği ilkesi” ile de uyumlu olacak şekilde, sosyal güvenlik hakkına ilişkin daha bütüncül ve güçlü bir koruma sağladığı kararları bulunmaktadır. AYM, bu kapsamdaki bazı kararlarında ise “sosyal güvenlik hakkı”nı “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” ile bağlantılı olarak değerlendirmekte ve Anayasa'nın 65.maddesinin bu alanda geçerli bir gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir.

¹⁵⁹¹ A. Aslı Şimşek, “Anayasa Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Anlamı: İnsan Hakları Temelinde Bir İnceleme”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 3, S: 6, 2015, s. 154.

¹⁵⁹² AYM, E.1995/37, K.1995/33, K.T.11.07.1995.

¹⁵⁹³ B.E.Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s.221.

Bu yaklaşımın yansıdığı kararlara örnek olarak, AYM'nin mülga 506 sayılı Kanun'un 34. maddesinde yer alan, hastalık hallerinde en fazla 18 aya kadar sağlık yardımının yapılacağına hükmeden düzenlemeyi iptal ettiği karar ele alınabilmektedir.¹⁵⁹⁴ Söz konusu düzenlemeyi AYM, yaşam hakkı ile ilişkilendirerek ele almış ve devletin sosyal haklara ilişkin ödevlerini sınırlandıran bir tutumla değerlendirdiği 65. maddenin bu gibi durumlarda ileri sürülemeyeceğini vurgulayarak önemli bir karara imza atmıştır.¹⁵⁹⁵ AYM, “kişilerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma haklarını önemli ölçüde zedeleyecek ya da ortadan kaldıracak” nitelikteki kuralların sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin yasal düzenlemelerde yer almaması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda geçici iş görmezlik ödeneğini 18 ay ile sınırlayan düzenlemenin 17.maddede yer alan hakkın özüne dokunduğunu belirterek Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme'ye göre, “devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda ‘yaşama hakkını’ ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu ‘...18 aya kadar...’ sözcüklerine uygulama olanağı yoktur.”¹⁵⁹⁶

Yüksek Mahkeme'nin burada 17. ve 60.maddeler bağlamında yapmış olduğu yorum bir taraftan “hakkın özü” kavramına içerik kazandırması ile devletin sosyal güvenlik hakkına ilişkin bir “asgari öz” ile bağlı olduğu anlamına gelirken diğer taraftan da sosyal güvenlik hakkını yaşama hakkı ile birlikte değerlendirerek hakların bütünselliği yaklaşımını benimsemiş, 65.maddeyi ise bu durumda devre dışı bırakabilmiştir. Anayasal hakların bir bütün oluşturduğuna ilişkin bu yaklaşım, Kolombiya Anayasa Mahkemesi ile Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin benimsemiş olduğu yaklaşıma benzemektedir.¹⁵⁹⁷

¹⁵⁹⁴ AYM, E. 1990/27, K.1991/2, K.T. 17.01.1991.

¹⁵⁹⁵ Sağlık yardımının kapsamını benzer şekilde daraltan bir başka düzenleme ise Bağ-Kur Yasasında yer almıştır. Sağlık yardımında hastanın eğer yataklı tedaviye ihtiyacı var ise bu tedavinin yalnızca 6 ay süre ile karşılanabileceğine ilişkin düzenlemenin de iptali istenmiştir. AYM, yine konuyu “yaşam hakkı” çerçevesinde ele almış ve benzer gerekçelerle düzenlemenin iptaline karar vermiştir, Bkz. AYM, E. 1996/17, K. 1996/38, K.T. 16.10.1996.

¹⁵⁹⁶ AYM bu kararında, sağlık hakkı bakımından da “devletin kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı” düzenlemelerin Anayasa'nın 56.maddesine de aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

¹⁵⁹⁷ Yine benzer yaklaşımın yansıdığı bir karar olarak sağlık hakkı çerçevesinde de değineceğimiz kararda, Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasa'nın 65. maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda belirtilen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek *mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getireceği öngörülmektedir. Böylece, Anayasa'nın 60. maddesiyle bireylere tanınan “sosyal güvenlik hakkı”nın sağlanması için alınacak önlemler ve kurulacak teşkilat bakımından Devlet görevlendirilmekte, 65. madde ile de bu göreve

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenliğe ilişkin bazı kararlarında hakkın özüne vurgu yapan ve insan haklarının bütünselliği ilkesini benimseyen yaklaşımlara da rastlanılmaktadır. Bununla birlikte, bu tutum istikrarlı ve kalıcı olamayıp bazı kararları bu ifadeleriyle çelişmektedir.

AYM, özellikle de 1990'lı yıllarda ön plana çıkan, yukarıda belirttiğimiz kararlarında benimsediği “hakların bütünselliği ilkesi” yaklaşımını da sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarda göz ardı etmiştir. Örneğin, kayıt dışı çalıştırılan kişilerde silikozis¹⁵⁹⁸ meslek hastalığı görülmesi halinde, çalıştıkları kurumlar ile çalışma ilişkisinin kurulamaması sebebiyle iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanamamaktaydılar. Bu kişilerin de sosyal güvenlik sisteminin dışında kalmamaları amacı ile ilgili kanunda değişiklik yapılmıştır. Bununla birlikte bu kişilerin sosyal güvenlik haklarının sağlanabilmesi için kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde talepte bulunmaları şartı aranmıştır. Burada AYM süre sınırlamasını yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiş ve Anayasa'nın 65.maddesi çerçevesinde de söz konusu hükmün Anayasa'ya uygun olduğunu belirtmiştir. AYM gerekçesinde, “kanun koyucunun ülkedeki sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde, herkesi sosyal ve ekonomik güvencelere kavuşturacak düzenlemeleri yapacağını” vurgulamıştır.¹⁵⁹⁹

AYM, burada önceki içtihatlarından ayrılarak, kararında sosyal güvenlik hakkı ve sağlık hakkı ile bunlarla bağlantılı olarak yaşam hakkı arasında herhangi bir bağ kurmamıştır. Burada yer alan üç aylık sürenin kayıt dışı istihdamın önlenmesi amacına yönelik olduğu belirtilmekle birlikte, hem kayıt dışı çalışan hem de sağlığı bozulan kişiler için üç ay gibi makul olmayan bir sürenin öngörülmesi kayıt dışı istihdamı önleyemeyeceği gibi, mağdur durumda olan kişileri

kimi sınırlamalar getirilmektedir. Ancak 60. madde ile tanınan “sosyal güvenlik hakkı” yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” ile bağlantılıdır. Dolayısıyla Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde “yaşama hakkı”nı ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyecektir. Bu nedenle, sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında altı ayı geçemeyeceğine ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez.” Bkz. AYM E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, RG 9.8.1997-23075.

¹⁵⁹⁸ Silikozis, silika olarak doğada kristal veya kristal olmayan formlarda bilinen bir mineraldir. Silika içeren materyaller, kesme, delme, yontma, kırma bıçaklama gibi işlemler sonucunda toz olarak solunabilir hale gelir. Ve bu durum oluştuğunda silikozis hastalığı meydana gelir. Silikozis hastalığı bir meslek hastalığıdır. Bu hastalık, maden işçilerinde, kot taşıma ve ağırtma işlemi yapanlarda, sanayi işçilerinde, yeraltında çalışan işçilerde meydana gelebilen ölümcül bir hastalık olarak karşımıza çıkıyor. Silikozis kot kumlama, kot taşıma, kumun kuru hava kompresörleriyle kotların yüzeylerine aşındırılması işlemi durumudur. Bu işlem gerçekleştiği sırada oluşan tozlar akciğerlere girerek yapışır. Bkz. <http://www.meslek Hastaligi.org/silikozis/> , E.T. 17.11.2018.

¹⁵⁹⁹ AYM, E. 2011/42, K.2013/60, K.T.09.05.2013.

daha da mağdur hale getirmektedir. Yüksek Mahkeme, burada silikozis hastalığı ile bağlantılı pek çok problemi göz ardı etmiştir: Hastalığın şiddetini, tekstil sektöründeki yaygınlığını, öngörülen zaman diliminin kısalığını ve işçilerin bu süre içerisinde başvuruda bulunmalarını engelleyen faktörleri, kayıt dışı istihdamla mücadele edecek etkili önlemlerin yetersizliğini... Bunun yerine AYM, konuyu işçilerin söz konusu işlerde çalışmayı tercih edip etmemesine bağlı olan bir “sosyal risk” olarak değerlendirmiş ve yasa koyucuya geniş bir takdir alanı tanımıştır.¹⁶⁰⁰

Dolayısıyla AYM, burada artık farklı bir tutum benimseyerek hakkın özüne dokunan süre kısıtlamasını *mali kaynakların yeterliliği* ölçütü temelinde gerekçelendirmeye çalışmıştır. Bununla birlikte, Kanun’un amacı ile öngörülen süre sınırlaması da esasen çelişmektedir.¹⁶⁰¹

Anayasa Mahkemesi, bunun yanı sıra, bazı kararlarında sosyal devlet ilkesi ile sosyal güvenlik hakkını ilişkilendirdiği önceki kararlarıyla da ters düşecek biçimde, farklı bir tutumu ön plana çıkarmaktadır. Bu yeni anlayışın izleri, Yüksek Mahkeme’nin sosyal güvenlik ile de bağlantılı olarak, sosyal devletin tanımına ilişkin şu ifadelerinde görülebilecektir:

“...sosyal devlet, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılması ve ekonomik yaşama müdahale yoluyla sosyal barışı sağlama amacına dönük olarak emek-sermaye dengesini kuran, zayıfları güçlüler karşısında koruyan, bireysel girişim ve sorumluluğu esas almakla birlikte bireylerin kendi güçleriyle üstesinden gelemeyecekleri sosyal riskleri üstlenen, bu yolla sosyal adaleti kuran devlettir.”¹⁶⁰² Bu bakımdan sosyal risk kavramına bireyin kendi gücüyle üstesinden gelememe ölçütünü ekleyen Yüksek Mahkeme, sosyal devletin tanımını yaparken sosyal güvenlik hakkı bakımından yaşamsal öneme sahip olabilecek bir ifadeye yer vermiştir: “bireysel girişim ve sorumluluğu esas alma.” Bu ifade neoliberal ekonomi politikalarıyla uyumlu yeni devlet anlayışını yansıtmaktadır.

AYM, yine konu sistemin işleyişinin korunması olduğunda sosyal güvenlik hakkının kapsamını daraltan, 65.maddedeki “mali kaynaklar” ölçütüne dayanan kararlar vermektedir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme’ye göre:

¹⁶⁰⁰ B.E.Oder, M.U.Öztürk, a.g.e., s.150.

¹⁶⁰¹ A. A. Şimşek, a.g.e., s. 154.

¹⁶⁰² AYM, E. 2013/124, K.2013/133, K.T.27.01.2015.

“Sosyal güvenliğin, kişiler ve sosyal riskler açısından kapsamının genişlemesi, yapılan yardımların artması ve özellikle sağlık yardımlarının pahalı olması ve ödenen yaşlılık aylıklarının geniş boyutlara ulaşması, sosyal güvenliğin finansman sorununa güncellik kazandırmıştır, sosyal güvenlik sistemlerinin içinde bulunduğu mali bunalım, finansman sorunlarına çözüm arayışlarını yoğunlaştırmıştır.

Sonuç olarak, sosyal güvenliğin sağlanması her şeyden önce bir finans sorunudur. Sosyal güvenliğe kaynak ayırabilme, kaynak yaratma sorunudur. Bunu da her ülke kendi koşulları içerisinde çözümlemektedir.”¹⁶⁰³

Sosyal güvenliğin bir finansman sorununa indirgenmesi, hakkın amaçladığı sosyal risklerin önlenmesi önünde bir mazeret oluşturmaktadır.¹⁶⁰⁴ Oysa Anayasa Mahkemesi, 65.maddeyi 2001 değişikliği ışığında önceki kararlarına göre sosyal hak lehine nüanslı yorumlayabilirdi. Bununla birlikte “amaçlarına uygun öncelikler”in belirlenmesi konusunda da Mahkeme’nin sağlam ve tutarlı bir yaklaşım benimsediği söylenemeyecektir.

AYM bir başka kararında da¹⁶⁰⁵ yurtdışından kesin dönüş yaptığını bildiren kişilerin ödenmesi gereken primlerini döviz olarak yatırması sonucunda bağlanan yaşlılık aylığının ardından, söz konusu zaman diliminde aynı zamanda yurt dışında da işsizlik aylığı aldığı anlaşıldığı takdirde Sosyal Sigortalar Kurumu’nca ödenmiş olan yaşlılık aylıklarının faizleri ile iade edilmesine ilişkin düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur. Çünkü bu durumda “kesin dönüş”ün gerçekleştirmediği ortadadır.

Yüksek Mahkeme, burada devlete olumlu edim yükleyen yaşlılık aylığına hak kazanılabilmesi için öngörülen “yurt dışından kesin dönüş yapmış olma şartı”nı Anayasa’ya uygun bulmuştur. AYM, sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde, “devletin kaynaklarının yeterliliği” ile “kurumun aktüeryal dengesi” göz önüne alındığında, bu koşulun Anayasa’ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Olumlu edimlerin söz konusu olduğu noktada Mahkeme refleks olarak 65. madde sınırını devreye sokmakta ve bu yönde karara varmaktadır.¹⁶⁰⁶

Kantarcıoğlu ise karşı oy yazısında “amaca uygun öncelikleri” ölçütüne ilişkin olarak yapmış olduğu yorumunda yurtdışında çalışarak sosyal güvenlik hakkı kapsamında bulunan

¹⁶⁰³ AYM, E.1990/5, K.1990/28, K.T.14.11.1990.

¹⁶⁰⁴ A. A. Şimşek, a.g.e., s. 155.

¹⁶⁰⁵ AYM, E. 2000/36, K. 2002/198, KT.12.02.2002.

¹⁶⁰⁶ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 720.

yurttaşlar ile yurtiçinde çalışan yurttaşlar arasında önceliğin yurtiçinde çalışanlarda olduğunu belirtmiş ve karara katılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında,¹⁶⁰⁷ da iş kazası ile yaşlılık aylığını birlikte alan kişiden, bu aylıkların eşitlenmesi sebebiyle, iş kazası aylığının tamamının, yaşlılık aylığının yarısının ödenmesi gerekirken tamamının ödenmesi nedeniyle fazladan ödenen kısmın iadesi istemiyle açılan davada, 506 sayılı eski Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmıştır. Yüksek Mahkeme, kararında insan onuruna uygun bir yaşam sürmek ve sosyal eşitsizlikleri törpülemek açısından sosyal devlet ilkesi ile Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının önemini vurgulamıştır. Ancak, devletin sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerinin sınırını da 65. madde çerçevesinde “amacın gerektirdiği öncelikler” ve “mali kaynaklar” oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında “amacın gerektirdiği öncelikler” ifadesini de yorumlamıştır.

AYM'ye göre, 65.maddede bağlamında söz konusu öncelikler, Anayasa'da bazı hükümlerde açıkça ifade edilmiştir ve Anayasa'nın 61.maddesi de bu kapsamda düşünülebilecektir. Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 61. maddesinin sosyal güvenlik hakkı bağlamında özel olarak korunması gereken dezavantajlı kişileri (malüller, engelliler gibi) belirttiğini; bu bağlamda da iş kazası geçiren kişiler yaşlılık aylığına hak kazanan kişilere göre öncelikli olarak korunmalıdır, bu anayasanın gereğidir.¹⁶⁰⁸ Her ikisinin birleşmesi durumunda da, ilkinin tamamının, diğerinin ise yarısının ödenmesi yine bu bağlamda düşünülebilecektir. Yüksek Mahkeme, her ikisinin birlikte ödenebilmesi hususunda mali kaynakların yeterliliği kriterini devreye sokmuştur. Devletin bunu sağlayabilmesi devletin işveren ve işçilerden almış olduğu prim oranlarını arttırması ile mümkün olabilecektir. Bu durum da halihazırda söz konusu değildir. Sosyal güvenlik kurumunun aktüeryal dengesinin bozulmaması için söz konusu düzenleme bakımından 65.maddede yer alan mali kaynak kriteri burada hükme giden yolda dengeleyici bir işlev görmüştür.¹⁶⁰⁹

Bu kararında Yüksek Mahkeme, diğer kararlarından farklı olarak, 2001 değişikliğinin ardından ilk defa “amaçlara uygun öncelikleri gözetme” ilkesini yorumlama ve somutlaştırma yoluna gitmektedir.¹⁶¹⁰ Yüksek Mahkeme bu bağlamda “bütüncül yorum” yaparak Anayasa'da

¹⁶⁰⁷ AYM, E.2001/351, K.2003/10, KT.11.03.2003.

¹⁶⁰⁸ AYM'ye göre, “Anayasa'nın 61.maddesinde yer alan özel koruma burada göz önüne alınmıştır.

¹⁶⁰⁹ B.E.Oder, a.g.e., s.228.

¹⁶¹⁰ Zülfiye Yılmaz, a.g.e., s.721.

açık bir şekilde 61.maddede düzenlenmiş olan sosyal güvenlik hakkı açısından özel olarak korunması gereken kesimi göz önüne almıştır. Yüksek Mahkeme'nin benimsemiş olduğu bu yorum, 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesine eklenen “pozitif ayrımcılık” bağlamında da göz önüne alınabilecektir. Bununla birlikte 65. Maddenin somutlaştırılmaya çalışıldığı hususta beliren bir başka sorun da göz ardı edilmemelidir: Söz konusu kararda, çalışmanın bir *hak* olmasından çok, *ödev* niteliğine vurgu yapılmış; iş kazası geçirmiş işçinin ileride yeniden çalışma ve toplumsal yükü paylaşma ihtimali de göz önünde tutularak, ortodoks çalışma ahlakının anayasal temelleri kurulmaya çabalanmıştır.¹⁶¹¹

Bunun yanı sıra, bu karar bir sigortalının belli bir zaman dilimi içinde birden çok sosyal riskle karşılaşmasının mümkün olduğu ve bu riskler dolayısıyla farklı sigorta kollarından kendisine bağlanan aylık veya gelirden aynı anda yararlanmasının engellenmesi açısından da eleştirilmiştir.¹⁶¹² Karar, bu bağlamda farklı sigorta ve farklı prim ödeme koşullarını dikkate almadığı için isabetsiz olarak nitelendirilmiştir.¹⁶¹³ Karara katılmayan Ali Hüner ile Fulya Kantarcıoğlu da karşı oy yazılarında bu kararı haklı olarak eleştirmektedir. Buna göre, 61. maddede yer alan özel koruma yükümlülüğü, 65. maddenin arkasına sığınarak göz ardı edilemez. Prime dayalı sigorta sistemi ile sosyal güvenlik hakkının özü de göz önüne alındığında, birey esasen her iki sigorta için de prim ödemiştir. Bu bağlamda devletin söz konusu primleri geri ödemesi gerekir iken, 65. maddenin arkasına sığınarak primleri eksik ödemeye çalışması söz konusudur.

ii) Eşitlik İlkesi

Sosyal devlet ilkesinin yanı sıra, sosyal güvenlik hakkı ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının da Yüksek Mahkeme kararlarında ilişkilendirildiği görülmektedir. Sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında AYM bu hakkı “eşitlik ilkesi” (AY md. 10) ile birlikte de ele

¹⁶¹¹ Bu yaklaşım da aslında çalışma hakkına ilişkin Danışma Meclisi gerekçesi ile paralel bir yaklaşımın ifadesi olarak kabul edilebilir. Gerekçe şu şekildedir: “Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir. Çalışmak, başlı başına ahlaki bir vazifedir, ferdin kendisine ve toplumuna karşı olan saygısının bir sonucudur. Kişi, ancak çalışması ile toplumun diğer fertlerine ve genelde topluma yük ol maktan kurtulur.” Bkz. 1982 Anayasası tam metni, Danışma Meclisi- Milli Güvenlik Konseyi gerekçeleri ile birlikte bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, E.T. 12.12.2017. Bkz. Z. Yılmaz, a.g.e., s.721.

¹⁶¹² Halit Yılmaz, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Ankara: Seçkin Yay., 2011, s.92.

¹⁶¹³ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul: Beta Yay., 2010, s.363.

almaktadır. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararlarında eşitlik ilkesini şu şekilde değerlendirmektedir:

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.”¹⁶¹⁴
 “Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”¹⁶¹⁵

Sosyal güvenlik hakkının sağlanması ve güçlendirilmesinde bu hakkın yerine getirilmesine yönelik hizmetlerin ayrımcılık gözetilmeksizin herkese sistematik bir şekilde sunulması önem kazanmaktadır. AYM’ye göre, Anayasa’nın 2. ve 60.maddeleri çerçevesinde, sosyal adalet ile sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilebilmesi için “aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların dengeli ve makul ölçüler içerisinde yararlanmasını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”¹⁶¹⁶

Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesi bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili tespitler yapılmakla birlikte bu alandaki kararlarında da çok tutarlı olduğu söylenemeyecektir.

Örneğin, AYM 5434 sayılı Kanun’un 71.maddesinde düzenlenen, “eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde kalan eşine yarı nispetinde aylık bağlanır.” hükmünü Anayasa’ya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme burada yasa koyucunun takdir yetkisine ağırlık vermiş ve sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde kurumun aktüeryal dengelerinin gözetilmiş olduğunu ileri sürerek eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.¹⁶¹⁷ Bu düzenlemeyi kişilerin özel yaşam ve aile yaşamlarına saygı hakkı, evlenme gibi medeni hakları çerçevesinde nasıl açıklanabileceği

¹⁶¹⁴ AYM, E. 2006/ 111, K. 2006/ 112, K.T. 15.12.2006, RG, 30.12.2006-26392.

¹⁶¹⁵ AYM, E. 2009/93, K. 2011/73, K.T. 28.4. 2011, RG, 15.10.2011-28085.

¹⁶¹⁶ AYM, E.2001/479, K.2005/1, K.T. 06.01.2005.

¹⁶¹⁷ AYM, E. 2009/93, K. 2011/73, K.T. 28.4. 2011, RG, 15.10.2011-28085.

üzerinde kararda durulmamıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamasını anlamak güçtür.¹⁶¹⁸

Anayasa Mahkemesi 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu md. 89/4'te yer alan, "Emekli Sandığı'ndan emekli olanlara fiili hizmetlerinin karşılığı olarak en fazla 30 aylık emekli ikramiyesi ödenir." düzenlemesinin ise eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirterek iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme sosyal güvenlik hakkını "devlet desteğine ihtiyaç duyan sosyal hakların en önemlisi" olarak nitelendirerek kanun koyucunun bu hakka ilişkin yükümlülüklerini yerine getirirken keyfi ya da ayrımcılık niteliğindeki düzenlemeler yapamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, fiilen 30 yıl ve daha az çalışanlar ile 31 yıl ve daha fazla çalışanları iki ayrı kategori olarak değerlendirmiş ve bu ayrımı sosyal güvenlik hakkı, sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁶¹⁹

Kararda Yüksek Mahkeme'nin sosyal güvenliğin herkes için bir hak, bunu gerçekleştirmenin de devletin bir ödevi olduğunu vurgulaması; sosyal güvenlik alanında bir hak getirilirken buradaki düzenlemelerin adalet ve hakkaniyet ölçüleri içerisinde, eşitlik ilkesine uygun olması gerektiğinin belirtilmesi sosyal güvenlik hakkı açısından olumlu bir tutumu yansıtmaktadır. Bununla birlikte, AYM'nin bu olumlu sonuca varırken kullanmış olduğu hukuki argümanların tutarlı olmadığı; Mahkeme'nin bu anlamda karşılaştırmalı anayasa yargısı, ulusal üstü belgeleri ve koruma mekanizmalarının kararlarını dikkate almadığı, bu bakımdan öngörülebilir, sağlam ve tutarlı bir sosyal hak anlayışı içermediği belirtilmiştir.¹⁶²⁰

AYM'nin hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde ele aldığı bir kararında¹⁶²¹ da bu kez baskın ataerkil toplumsal cinsiyet anlayışı devreye girmiş ve Yüksek Mahkeme evlilik ve aile kurumlarını yine toplumsal düzenin temeline yerleştirmiştir.¹⁶²² 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinde yer alan "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır." düzenlemeyi değerlendiren AYM, kararında:

¹⁶¹⁸ Kadir Arıcı, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik", **Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu VII Bildiriler**, Ankara: Sosyal Güvenlik Denetmenleri Derneği Yay., 2015, s. 194.

¹⁶¹⁹ AYM, E. 2013/ 111, K. 2014/195, K.T. 25.12.2014, RG, 07.01.2015-29229.

¹⁶²⁰ Bkz. S. Yolcu, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s.353.

¹⁶²¹ AYM, E.2009/86, K.2011/70, K.T.28.04.2011.

¹⁶²² Z. Yılmaz, a.g.e., s. 723.

“İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan “evli olmama” koşulu, boşanma ile aşılarak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekar kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar... Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyle birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK’nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır.” ifadelerini kullanmıştır.

Böylesi bir yorum ile Yüksek Mahkeme, karşı oylarda da haklı olarak belirtildiği üzere, yine Anayasa’da güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkını ihlal ederek kuralın Anayasa’ya uygun bulmuştur. AYM burada özgürlüklerin koruyucusu olma işlevi yerine, adeta baskın toplumsal kalıpları meşrulaştırma makamı olarak hareket etmiştir.¹⁶²³

SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı olarak ayrılan sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerini yeni bir sigorta sistemi çerçevesinde bir araya getiren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda yer alan düzenlemeler de AYM’nin inceleme konusu olmuştur. AYM, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin farklı statüde oldukları gerekçesiyle sosyal güvenlik haklarının diğer çalışanlardan farklı düzenlenmelerini Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁶²⁴ Yüksek Mahkeme’nin burada devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların niteliğine ilişkin bir temellendirmeye gitmek yerine “sosyal devlet ilkesinin sağladığı korumayı memur güvencesiyle sağlanan korumanın arkasına ittiği” ifade edilmiştir.¹⁶²⁵ Bu kararın memurlar ile diğer kamu görevlileri arasında genel ve kesin bir ayrıma giderek temel hakların anayasal koruma sistemi açısından “inandırıcı ve anlamlı” bir yol benimsemediği belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme emeklilik ve sağlık gibi sosyal hakların iki yaşamsal boyutuyla ilgili denetime girdiğinde, meseleyi “sosyal devlet ilkesine ve onun Anayasa’da

¹⁶²³ Bu karar, yine Yüksek Mahkeme’nin 10.03.2011 tarihinde verdiği “kadının evlenmeden önceki soyadını almasına” ilişkin talebini yerleşik İHAM içtihadına rağmen reddetmesi kararındaki ataerkil tutumunu hatırlatmaktadır. Bu tür kararlar, Mahkeme’yi etkin bir hukuki mercii olmaktan çok “kurgusal bir vicdan mahkemesine” dönüştürmekten, bir başka deyişle işlevsiz kılmaktan başka bir amaca hizmet etmemektedir. Bkz. Z. Yılmaz, a.g.e., s. 723.

¹⁶²⁴ AYM, E.2006/111, K.2006/112, K.T.15.12.2006.

¹⁶²⁵ F. Sağlam, a.g.e., s.761.

somutlaşmış hak ve koruma alanlarına, yani ilgili sosyal haklara ve devlet ödevlerine hangi yönden aykırı olduğu” ekseninde değerlendirmek yerine, kamu görevlileri için yapılacak düzenlemeleri dava konusu düzenlemenin etkisinden kurtarmış; böylece ortaya çıkan hüküm sosyal devlet ilkesinden ve sosyal haklardan bağımsız bir “meslek korumasına” dönüşmüştür.

Sonuç olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sosyal güvenlik ve sağlık hakları anayasal koruma altına alınırken diğer çalışanların ikinci sınıf bir korumaya terk edildiği ileri sürülmüştür.¹⁶²⁶ Böyle bir yaklaşımın ise sosyal hakların “anayasal değerini düşürmekle eş anlamlı” olduğu ve bu nedenle kararın sosyal haklara yönelik “duyarsızlaşmanın” bariz örneklerinden biri olduğu belirtilmektedir.¹⁶²⁷ Yine AYM’nin memurlar ile diğer çalışanlar arasında hizmetin gereği var olan farklılıkların, bu kişilerin emekliliklerinde de devam etmesi gerektiğine katılmanın zor olduğu; sadece çalışanların bir kesimi için değil, herkes için vazgeçilmez olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkı bakımından böyle bir ayrıma gidilmesinin gerekliliğini ortaya koyabilecek makul bir gerekçenin bulmanın zor olduğu belirtilmektedir.¹⁶²⁸

5510 sayılı SSGSS Kanunu’nun iptal edilen hükümlerinin yerine çıkarılan ve bazı değişiklikler getiren 5754 sayılı Kanun’un da bazı hükümleri yine iptal davası konusu olmuştur. AYM, burada önceki kararlarından farklı olarak, devlet memurları ve diğer kamu görevlilerine ilişkin 5510 sayılı Kanun kapsamına alınan düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.¹⁶²⁹

5754 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişikliklerden biri bazı çalışanların sosyal güvenlik kapsamından çıkarılmasına ilişkindir. Bu çerçevede; 18 yaşını doldurmamış çalışanlar; net aylık geliri asgari ücretin altında olan az olan esnaf; Türkiye’de 1 yıldan az yerleşik durumda olan yabancılar kapsam dışında tutulmuştur. Ayrıca tedavisi bitip çalışabilir halde olduğu doktor tarafından saptanan sağlık sigortalısından, aynı hastalığa bağlı olarak yapılan tedavi masraflarının alınması ve ölen sigortalının eşi çalışıyor ise ölüm aylığının belli oranlarda düşürülmesi de öngörülmüştür. AYM bu düzenlemeleri sosyal güvenlik hakkına aykırı bulmamıştır.¹⁶³⁰

¹⁶²⁶ M. Gülmez, “Anayasa Mahkemesi’nin “Totolojik” 4/C Kararı (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, 2012/1, s. 228.

¹⁶²⁷ F. Sağlam, a.g.e., s.761-763.

¹⁶²⁸ Bu durumun memurların karşısında diğer çalışanların adeta ikinci sınıf statüye indirgemiş olduğu; eşitlik ilkesinin yanında sosyal hukuk devleti ile de çeliştiği görüşü için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yay., 2009, s.300, 301.

¹⁶²⁹ AYM, E.2008/56, K.2011/58, K.T.30.03.2011.

¹⁶³⁰ AYM, E.2008/56, K.2011/58, K.T.30.03.2011.

Bu değişikliklerle, toplumun kırılgan ve dezavantajlı kesimlerinden olan düşük gelirli, çocuklar, göçmenlerin sosyal güvenlik hakkında yararlanmaları güçleştirilmiştir. AYM, çocukların genel sağlık sigortası kapsamında yer alıp bu imkandan yararlanabilmesi söz konusu olduğundan ilgili hükmü iptal etmemiştir. Yine net aylık geliri asgari ücretin altında olan esnafın da genel sağlık sigortasından yararlanabilmesi ve bu kişilerin de isteğe bağlı sigortaya çerçevesinde sosyal güvenlik haklarından yararlanmaları mümkün olduğundan AYM bu hükmü de iptal etmemiştir.

Türkiye’de 1 yıldan az süreli olarak yerleşik durumda olan göçmen işçilerin de genel sağlık sigortası kapsamında dışında bırakılmasını öngören kural da, onlar açısından yaşam hakkı ile sağlık hakkı arasındaki ilişkinin dikkate alınmadığını göstermektedir. AYM’ye göre:

“...kuralla diyaliz hastası, hemofili hastalığı, organ yetmezliği gibi kronik hastalığı olan yabancı ülke vatandaşlarının ülkemize gelerek ikamet izni almaları ve bir yılın sonunda da genel sağlık sigortalısı olarak tedavi giderlerini genel sağlık sigortasından ödetmelerinin önüne geçilerek verilen hakkın kötüye kullanımının engellenmek istendiği anlaşılmaktadır. (...) genel sağlık sigortalısı kişinin bazı giderlerinin karşılanmasında belirli hastalıklara ödeme yapılmaması ya da bazılarında belli oranda ödeme yapılması devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirindedir.”¹⁶³¹ Böylelikle AYM, 65.maddesi çerçevesinde yapılacak olan belli ödemelerin genel sağlık sigortası kapsamının dışında bırakılması hususunda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmiştir.

Yüksek Mahkeme burada ayrıca 65. maddede yer alan dayanmakla birlikte, özellikle de göçmen işçiler yönünden “hakkın kötüye kullanılması” ifadesini kullanarak adeta ayrımcılık niteliğinde bir söylemde bulunmuştur.

Yüksek Mahkeme’ye göre: “Sosyal Güvenlik Kurumu’nun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Bu bakımdan sistemi zedeleyecek ya da işlemez hale getirebilecek girişimleri engelleyecek düzenleme getirilmesi sistemin doğal bir sonucudur. Bu bakımdan kuralla, diyaliz hastası, hemofili hastalığı, organ yetmezliği gibi kronik hastalığı olan yabancı ülke vatandaşlarının Ülkemize gelerek, ikamet izni almaları ve bir yılın sonunda da genel sağlık sigortalısı olarak tedavi giderlerini genel sağlık sigortasından ödetmelerinin önüne geçilerek verilen hakkın kötüye kullanımının engellemek istendiği

¹⁶³¹ AYM, E.2008/56, K.2011/58, K.T.30.03.2011.

anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 65. maddesindeki hükmü gözetildiğinde, genel sağlık sigortalısı kişinin bazı giderlerinin karşılanmasında belirli hastalıklara ödeme yapılmaması ya da bazılarında belli oranda ödeme yapılması Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirindedir.”

Yüksek Mahkeme'nin bu kararında adeta niyet okuma yoluna giderek yasamanın amacı hakkın kötüye kullanılmasını engellemektir demesi, hak ve özgürlükler aleyhine, fakat otorite lehine bir tutumu simgelemektedir.¹⁶³²

Sosyal güvenlik hakkının tam olarak yerine getirilebilmesi için gerekli kurum ve kuruluşların oluşturulmasının yanı sıra toplumdaki herkesi en geniş biçimde kapsayacak nitelikte de olması gerekmektedir. Bununla birlikte “sosyal güvenlik reformu” ile getirilen yenilikler karşısında AYM, düşük gelirli ve prim ödeme gücü olmayan kişilerin sosyal korumanın dışında bırakılmasını sosyal devlet ilkesi ve sosyal güvenlik hakkının özü ile bağlantılı olarak değerlendirmemiştir. Buradaki esas sorun, bu dezavantajlı kişilerin sahip oldukları gelir düzeyleri ile gereken primleri ödeyemeyecek konumda bulunmalarıdır.¹⁶³³ Dolayısıyla yoksulluğun önlenmesi için sosyal içermeden yararlanma bağlamında bu gruplar ekonomik şiddete açık hale getirilmiştir.¹⁶³⁴

iii) Değerlendirme

AYM'nin sosyal güvenlik hakkı ile insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma (md.5); yaşam, maddi ve manevi varlığını koruma ile geliştirme hakkı (md.17) ve sağlık hakkı (md.56) arasında bağlantı kurduğu görülmektedir. Bu bağlamda, yaşam hakkı ve insan onuruyla hak arasında bir bağ kurulması hakkın özüne uygun düşmektedir. Devletin ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde yaşama hakkını ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar koyamayacağını belirten Yüksek Mahkeme'nin sosyal güvenlik hakkı bakımından özde dokunma yasağını tespit etmesi yerindedir. Bu çerçevede siyasi iktidarların “Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yönetiminde, sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun hareket etme zorunluluğu”,

¹⁶³² Z. Yılmaz, a.g.e., s.720.

¹⁶³³ Şenay Gökbayrak, “Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Dönüşümü”, **Çalışma ve Toplum**, İstanbul, 2010/2, s.154.

¹⁶³⁴ A. A. Şimşek, a.g.e., s. 157.

“SSK’nın kaynaklarını dengesiz bir biçimde tüketmeme” ve “onun göstermelik bir sosyal sigorta kuruluşu durumuna düşmesine neden olmama” ölçütleri tespit edilmiştir.¹⁶³⁵

Bu bağlamda siyasi iktidarların sosyal güvenliğe hak temelli bir yaklaşımdan ziyade sosyal güvenliği ekonomi alanına ilişkin bir düzenleme olarak görmeleri ve buna göre reform adı altında yasal düzenlemeler yapma yoluna gitmeleri AYM kararlarına da yansımıştır. Özellikle son dönemdeki kararlarında Yüksek Mahkeme sosyal güvenliğin sağlanmasını her şeyden önce bir finans sorunu, sosyal güvenliğe kaynak ayırabilme, kaynak yaratma sorunu olarak adlandırmaktadır. Bunu da her ülkenin kendi koşulları içerisinde çözdüğünü belirten AYM, 65.madde bağlamında, “yasa koyucunun sosyo-ekonomik alanda yaşanan gelişmeler doğrultusunda, kaynaklarının yeterliliği çerçevesinde, toplumdaki herkesi ekonomik ve sosyal açıdan güvence altına alacak düzenlemelerde bulunacağını” ifade etmektedir. Dolayısıyla insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde yaşam hakkı ile bağlantısını kurduğu sosyal güvenlik hakkına önceki içtihadından farklı olarak ekonomik bir sınır koymaktadır.

Bu bakımdan, yoksulluktan kaynaklı insan hakları ihlallerinin ortadan kaldırılması için dezavantajlı grupların durumlarının dikkate alınması gerektiği konusu sosyal güvenlik reformunda görmezden gelinmiş ve bu gruplar sistemin dışında bırakılmıştır. AYM, bu alanda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğu gerekçesiyle ekonomik boyutlu hak ihlallerini görmezden gelme eğilimindedir. Bu eğilime Yüksek Mahkeme’nin birey-devlet ilişkisinde bireysel girişim ve sorumluluğun ön plana çıkaran yeni yaklaşım eklenmektedir.

c) Sağlık Hakkı

1982 Anayasası’nda sağlık hakkı 56.maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler (2. fıkra). Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir (3.fıkra).”

AYM’ye göre, “Devlet, sağlık hizmetlerini yürütürken herkesin bu hizmetten yararlanması amacıyla eşgüdüm sağlayacak genel esasları belirleyecektir. Maddede yer alan devletin bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak onları

¹⁶³⁵ A. A. Şimşek, a.g.e., s. 156.

denetleyerek yerine getireceğine ilişkin kural da bu görüşü doğrulamakta, tüm sağlık hizmetlerinin sadece Devlet tarafından değil, fakat onun gözetim ve denetimi altında aynı alanda hizmet veren kurum ve kuruluşlarca da görülebileceğini ortaya koymaktadır.”¹⁶³⁶

Sağlık hakkına ilişkin olarak en önemli unsurlardan biri olan temel tıbbi kaynaklara erişim hakkı bağlamında sağlık hizmetlerinin ücretsiz olarak karşılanması gerektiği ileri sürülmekte ve kişilerin sağlık hizmetinden yararlanabilmek için bir katkı payı ödemek zorunda olup olmadığı meselesi tartışılmaktadır.¹⁶³⁷ Bu konu AYM kararlarında da yer almaktadır. Yüksek Mahkeme, bedelli sağlık hizmeti ve özel sağlık kuruluşlarına ilişkin olarak seksenli yıllarda vermiş olduğu bir karar ile sağlığın paralı hale getirilmesinin önünü açmıştır.¹⁶³⁸

“Bir iktisadi kuruluş için satış bedelini anlatan ‘fiyat’ın kar kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri asgari düzeyde karşılayan ‘ücret’in ‘fiyat’ sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî işletmenin “satış” yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir. ...Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, devlet bu görevlerini yine Anayasa’nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, ‘...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.’ Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccani olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir. ...Koruyucu ve iyileştirici tüm sağlık hizmetlerinin maliyeti, ekonomik koşullar yüzünden giderek yükselmektedir. Devletin malî kaynaklarının yeterliliği, ekonomik akçalı gücü, sağlık hizmetlerinin parasız sunulmasına elvermediği gibi, Anayasa böyle bir zorunluluk da öngörmemiştir. Bu nedenle, fiyat tespiti Anayasa’nın 56. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır.”

Kararda dikkati çeken husus, bakanlığın sunulan hizmetlerin fiyatının tespit edileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Oysa düzenleme konusu olan olgu, “sağlık hakkı”dır. Buradaki düzenleme, sağlık hizmetlerinin devletin her yurttaşına sunmak zorunda olduğu bir

¹⁶³⁶ AYM, E. 2006/111, K. 2006/112, K.T. 15.12.2006.

¹⁶³⁷ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı: Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.170.

¹⁶³⁸ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988.

hakkı değil; fiyatı önceden belirlenerek satışa çıkarılan ticari bir metayı ifade etmektedir.¹⁶³⁹ Oysa, fiyat, maliyet ve karı kapsayan bir ögedir. Kara yönelik bir iktisadi kurulu için satış bedelini anlatır. Yasanın gerekçesi de gözetildiğinde anlaşılmaktadır ki, sağlık kurumları iktisadi işletme anlayışıyla çalıştırılacaklardır. Fiyat ödeyemeyen yurttaş sağlık hizmetinden yararlanamayınca hak, eylemli olarak ortadan kalkacağından düzenleme, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Sosyal hukuk devletinde vatandaş için ancak gücüne göre katılma payı saptanabilir.

Yüksek Mahkeme bu kararı ile sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini 65.madde kapsamında haklı görmekle kalmamış, devletin sağlık hizmeti alanındaki görevlerini mutlak ve eksiksiz yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükler arasında görmemiştir.¹⁶⁴⁰ Bu bağlamda, devletin 56.maddede belirtilen ödevlerini program hüküm olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, sağlık hakkına ilişkin olarak yukarıda sosyal güvenlik hakkına ilişkin belirtilen kararlarında da yer alan, yine yer yer sosyal güvenlik hakkı ile de bağlantılı olarak hakların bütünselliği ilkesini kullandığı görülmektedir. AYM, yukarıda da yer verdiğimiz kimi kararlarında olduğu gibi, sağlık hakkı ile ilgili düzenlemelerde yaşam hakkı ile doğrudan çatışma gördüğü hususlarda hakkın kapsamını genişletecek nitelikte yorumlar yapmaktadır. AYM, 56. maddenin 3. fıkrası vesilesiyle Anayasa'nın 17.maddesi ile bağlantılı değerlendirmelerde bulunmuştur.

Yukarıda sosyal güvenlik hakkı boyutuyla ele almış olduğumuz, Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yapılan değişiklikle hastalık hallerinde sigortalılara en fazla 18 aya kadar sağlık yardımının yapılacağına hükmeden düzenlemeyi iptal ettiği karar, aynı yaklaşımla sağlık hakkı boyutu ile de ele alınabilecektir.¹⁶⁴¹ AYM bu kararında, sağlık hakkı bakımından da “devletin kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı” düzenlemelerin Anayasa'nın 56.maddesine de aykırı olduğu sonucuna varmış; söz konusu düzenlemeyi yaşam hakkı ile ilişkilendirerek 65. maddenin bu gibi durumlarda ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁶⁴² AYM sosyal güvenlik kurumları

¹⁶³⁹ Kararda Yargıç Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşı oyunda da belirtildiği üzere, “sağlık hizmetlerinin ekonomik bir işletme anlayışı içinde piyasa koşullarına göre oluşan bir fiyat esasına göre yürütülmesi, istenen bedeli ödeyemeyenlerin sağlık hizmetlerinden yararlanamamalarına yol açacaktır, ki bu durumu ne sosyal devlet ilkesiyle ne de sosyal hakların altında yatan temel dinamiklerle bağdaştırmak mümkündür.”

¹⁶⁴⁰ B.E.Oder, a.g.e., s.227.

¹⁶⁴¹ AYM, E. 1990/27, K.1991/2, K.T. 17.01.1991.

¹⁶⁴² Sağlık yardımının kapsamını benzer şekilde daraltan bir başka düzenleme ise Bağ-Kur Yasasında yer almıştır. Sağlık yardımında hastanın eğer yataklı tedaviye ihtiyacı var ise bu tedavinin yalnızca 6 ay süre ile karşılanabileceğine ilişkin düzenlemenin de iptali istenmiştir. AYM, yine konuyu “yaşam hakkı” çerçevesinde ele

hakkındaki düzenlemelerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkını kullanılamaz hale getirecek, başka bir ifade ile onların özüne dokunacak nitelikte olmaması gerektiğini vurgulayarak, geçici iş görmezlik ödeneğini 18 ay ile sınırlandıran düzenlemenin 17.maddede yer alan hakkın özüne dokunduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin 17. ve 60.maddeler bağlamında yaptığı yorum, tıpkı sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında da görüldüğü üzere, bir yandan "hakkın özü" kavramına yaptığı vurgu ile devletin sağlık hakkını sağlamada bir "asgari öz" ile bağlı olduğu anlamına gelirken, diğer yandan da sağlık hakkı ile yaşama hakkını birlikte değerlendirerek hakların bütünselliği yaklaşımını benimsemiş, böylelikle de 65.maddeyi dava konusu düzenleme bakımından devre dışı bırakmıştır. AYM'nin dava konusu düzenlemeyi sağlık hakkı bakımından Anayasa'ya aykırı bulurken devletin sağlık hizmetine ilişkin ödevlerini "sınırlayıcı ve bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı" düzenlemelere karşı güçlendirilmiş bir koruma altına almış ve yüksek düzeyli bir koruma eğilimi göstermiş olması bütün sosyal haklar açısından ayrıca önemlidir."¹⁶⁴³

Bu çerçevede bir başka örnek ise 1996 tarihli Bağ-Kur Kanunu'nda yapılan değişikliğe ilişkin karardır. Yüksek Mahkeme, Bağ-Kur'a bağlı sigortalılara hastalık halinde yataklı tedavi kurumlarında yapılacak sağlık yardımlarının tedaviye başlandığı tarihten itibaren 6 ayı geçemeyeceğine ilişkin düzenlemeyi Anayasa'nın 17, 56 ve 60.maddelerine aykırı bulmuştur.¹⁶⁴⁴

"Anayasa'nın 56. maddesiyle, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler verilmiştir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal güvenlik kurumlarını oluşturarak onlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştıran ya da zayıflatıcı düzenlemeler 56. maddede yer alan kurallara aykırı düşer. Bu nedenlerle, EK 14. maddenin (a) bendinin sağlık yardımı bakımından sınırlayıcı düzenleme getiren itiraz konusu ikinci fıkrası, henüz tedavisi süren

almış ve benzer gerekçelerle düzenlemenin iptaline karar vermiştir, Bkz. AYM, E. 1996/17, K. 1996/38, K.T. 16.10.1996.

¹⁶⁴³ B.E.Oder, a.g.e., s.221, 227.

¹⁶⁴⁴ Yine buna benzer olarak Yüksek Mahkeme, belli bir yaş aralığındaki sigortalıların tedavi masraflarının ödenmemesine ilişkin düzenlemenin de Anayasa'nın 56. maddesindeki devlete yüklenen "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" göreviyle bağdaşmadığını belirtmiştir. Bkz. AYM, E.2006/111, K.2006/112, K.T.15.12.2006, RG 30.12.2006-26392 5.Mükerrer.

kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden ve Devletin, kişilerin yaşamını, ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacını yerine getirmesini sınırlayıp zorlaştırdığından Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır.”¹⁶⁴⁵ Böylece Yüksek Mahkeme sosyal devlet, sosyal adalet, eşitlik kriterlerini dikkate alarak ve hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa'nın 56.maddesinde yer alan program kuralı, sağlık hakkının gerçek anlamda güvence altına alınmasında bir ölçü norm olarak kullanmıştır.¹⁶⁴⁶

AYM'nin sağlık hizmetlerine ilişkin yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirten bu kararları sosyal haklar açısından özellikle şu iki noktada önem kazanmaktadır: Öncelikle karar, Anayasa'nın 17.maddesinde düzenlenen yaşama hakkının kişilere yaşamını sürdürebilmesi için zorunlu bakımı öngören yasal düzenlemeleri talep hakkı verdiği yönünde yorumlanmaktadır. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarını 17.madde ile birlikte yorumlamakta, böylelikle de 17.maddenin içerdiği subjektif talep hakkı “minimum varlığın korunması için zorunlu olduğu ölçüde pozitif talep hakkına dönüşebilmektedir.”¹⁶⁴⁷ Ayrıca, karar sosyal haklar ile medeni ve siyasi haklar arasında doğrudan ve güçlü bir bağ kurulabildiğinde 65.maddenin uygulanma imkanının kalmayacağını net bir biçimde ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi sağlık hakkına ilişkin olarak da tutarlı bir yaklaşım sergileyememiş ve buradaki içtihadından oldukça bir farklı bir tutumu benimsemiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi, özellikle de 2001 değişikliği ile birlikte 65.maddeyi sosyal haklar lehine nüanslı yorumlama imkanına sahiptir. Ancak söz konusu değişikliğin Yüksek Mahkeme kararlarına bu şekilde yansıdığı söylenemeyecektir. Hatta tam tersine, 2000'lerden itibaren Yüksek Mahkeme'nin ücretlilik ve personel rejimi bakımından kritik kararlara imza attığı ve burada sosyal haklar alanında pasif bir duruş sergileyerek 65.madde bakımından yasa koyucunun takdir yetkisini geniş yorumlamayı tercih ettiği görülmektedir.¹⁶⁴⁸ Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme'nin hakların bütünselliği ve hakkın özüne ilişkin yaptığı yorumu sürdürmek yerine, 1980'lerin sonunda sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini sağlık hakkı açısından

¹⁶⁴⁵ AYM, E. 1996/17, K. 1996/38, K.T. 16.10.1996.

¹⁶⁴⁶ S. T. Üzeltürk, a.g.e., s.140.

¹⁶⁴⁷ Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul: Beta Yay., 2000, s.18.

¹⁶⁴⁸ Çiğdem Sever, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., 2014, s.469.

Anayasa'ya uygun bulduğu içtihadı ile benzer bir yaklaşımı 2001 değişikliği sonrasında da benimsediği görülmektedir.

Örneğin, Yüksek Mahkeme 1999 yılında çıkarılan İşsizlik Sigortası Kanunu'nun bazı hükümlerinin iptal edilmesine ilişkin davada sağlık hizmetlerinden katkı payı alınmasının, 65.madde çerçevesinde Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁴⁹ İptal gerekçesinde:

“...çalışan ve emeğini toplumun hizmetine sunan kişi, eğer önceden belirli bir süre prim ödemesinde bulunmamış ise, sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır. Üstelik bu, işe ilk başlama ile ilgili bir düzenleme de değildir. Keyfi işten çıkarmaların hala yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadığı, sigorta primlerinin zamanında ve tam olarak yatırılmasının sağlanamadığı bir ülkede, çalışanların bile bu durumda hakkettiği sağlık yardımını alması olanaksız hale gelecektir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini mali olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de *sosyal hakları kullanılamayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz*.¹⁶⁵⁰ Bununla birlikte AYM, Türkiye'nin de taraf olduğu ILO sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak sağlık hizmetleri bakımından bireylere aşırı bir yük yüklemeyecek oranda katkı paylarının/ katılım bedellerinin alınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir:

“Bu durumda, alınacak katkı payının üst sınırının belirlenmiş olması ve kimi sigortalıların özel durumları gözetilerek bu uygulamanın dışında bırakılması, sağlanacak protez, araç ve gereç bedellerinin sadece %20'sinin sigortalı tarafından ödenmesinin öngörülmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek nitelikte de değildir.”

Yine 2005 yılında, 5335 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle koruyucu sağlık hizmetlerinin verildiği birinci basamak da dahil tüm sağlık kuruluşlarında hizmetlerden (muayene, teşhis, tedavi, laboratuvar, tetkik-tahlil işleri, aşı, ilaç, serum vb.) katkı payı alınması öngörülmüştür. AYM, burada da sağlık hizmetlerinin belli bir bedel karşılığında sunulması bakımından

¹⁶⁴⁹ AYM, E. 1999/43, K.2001/46, KT.27.02.2001, RG 20.3.2002-240701.

¹⁶⁵⁰ Z. Yılmaz, a.g.e., s.718.

Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığına, tersine 65. madde bağlamında bu sonucun sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin bir gereği olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre:

“Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa'nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur....Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülürken, bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen *mali kaynakların yeterliliği ölçüsü*¹⁶⁵¹ ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur... Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını *zorunlu*¹⁶⁵² kılabilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez.”¹⁶⁵³

Bu bağlamda Yüksek Mahkeme'nin kararında sosyal hizmetler karşılığında, belli bir miktar “katılma bedeli” alınabileceğini de belirtmektedir; ancak bu “katılma payı oranı”nın “sosyal hakların kullanılamamasına yol açacak” bir düzeyde belirlenemeyeceğini de vurgulamaktadır.¹⁶⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, 4447 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle eklenen alt bent ile sigortalının kendisi için gereken protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sinin asgari ücretin bir buçuk katını geçmemek üzere sigortalıdan alınmasını öngören düzenlemeyi; “alınacak katkı payının *üst sınırının* belirlenmiş olması ve kimi sigortalıların *özel durumları* gözetilerek bu uygulamanın dışında bırakılması, sağlanacak protez, araç ve gereç bedellerinin *sadece* %20'sinin sigortalı tarafından ödenecek olması” noktasından hareketle *sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek* nitelikte olmadığı sonucuna varmış ve iptal talebini reddetmiştir.

¹⁶⁵¹ Vurgu yazara aittir.

¹⁶⁵² Vurgu yazara aittir.

¹⁶⁵³ Bkz. AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, K.T.03.04.2007, RG 18.03.2008-26820.

¹⁶⁵⁴ Bu kararın sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının kısıtlanması konusunda takdir yetkisinin “bazı durumlarda herkesin en azından minimum düzeyde de olsa bir hizmete erişimin sağlanması çerçevesi içinde, olumlu bir perspektiften de ele alınabileceğinin güzel bir örneği” olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. H. Yılmaz, a.g.e., s.83.

Yine, yukarıda sosyal güvenlik hakkı bağlamında değerlendirmiş olduğumuz 5510 sayılı SSGSS Kanunu’nun birçok hükmünün Anayasa’ya aykırılığı ile ilgili iptal davasında sağlık hakkı açısından da oldukça olumsuz sonuçlar ortaya çıkmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile katılım payının miktarı ve alanı genişletilmiş, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için 30 gün prim ödeme koşulu öngörülmüş ve bu şekilde sağlık hakkı maddi gücü düşük olanların aleyhine olacak şekilde daraltılmıştır. 5510 sayılı Kanun’un genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere SGK tarafından finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerini belirten 63.maddesinin “18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin dış protezlerinin yarısının ödenmesini” öngören (d) bendi sadece “memurlar ve diğer kamu görevlileri” bakımından iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, kamu görevlisi olmayan çalışanlar bakımından “dış protez giderlerinin karşılanmasında belirli yaş gruplarına ödeme yapılmaması ya da bazılarında belli oranda ödeme yapılması devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirindedir” diyerek bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Bu durum ise memurlar ile diğer çalışanlar arasında ayrımcı ve sosyal devlet ilkesinin özü ile de bağdaşmayan bir sonuç yaratmaktadır.¹⁶⁵⁵

AYM, bu düzenlemelerin sistemin doğal bir sonucu olduğuna hükmetmiştir: “Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlı olduğundan, temel kaynağı prim olan bu Kurumda sigortalıların kuralda belirtilen süre kadar prim ödemek suretiyle Kurum ile ilişkilerini devam ettirmelerini ve Kurumun sağlayacağı haklardan bu suretle yararlanmalarını öngören böyle bir düzenleme sistemin doğal bir sonucudur.”¹⁶⁵⁶

Bu bağlamda AYM sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesinin bu hizmetlerin satışı anlamına gelmeyeceği; katkı payı veremeyecek olanlar için istisnaların belirlenmesi ve bu payın üst sınırının çizilmiş olması halinde sağlık hizmetlerine katkı payı ödenmesinin anayasaya aykırı olmadığı ve katkı payının hizmetten yararlananlar ile yararlanmayanlar arasındaki eşitsizliği ortadan kaldıracığı kanaatindedir.¹⁶⁵⁷ Başka bir deyişle, katılım payının sağlık hizmetlerine erişimi aşırı derecede güçleştirmesi ya da ortadan kaldırması ve dolayısıyla da sağlık sigortası ile gerçekleştirilmek istenen amacı bertaraf edecek nitelikte olması durumunda Anayasa’nın 56. ve 60.maddelerine aykırı olacağı söylenebilecektir. Bununla

¹⁶⁵⁵ Y. Şevki Hakyemez, a.g.e., s.300.

¹⁶⁵⁶ AYM, E. 2006/111, K.2006/112, K.T. 15.12.2006.

¹⁶⁵⁷ S. Tahmazoğlu Üzeltürk, a.g.e., s.173.

birlikte, Yüksek Mahkeme kararlarının hiçbirinde “sağlık hizmetlerinin ücretsiz sunulması gereken çekirdek bir alanının olup olmadığı” konusunu ele almamış; bunun yerine “ödeme gücü olmayanları destekleyecek nitelikte önlemlerin alınıp alınmadığı meselesine odaklanmakla yetinmiştir.¹⁶⁵⁸

Yüksek Mahkeme 2008 yılında verdiği bir kararında sağlık hakkına ilişkin olarak hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde, yaşama hakkı ile sağlık hakkını ilişkilendirdiği önceki içtihatlarında yer alan yorumuna geri dönmüştür.¹⁶⁵⁹ AYM, aile hekimlerinden fazla sayıda sevk yapanlardan maaş kesintisi öngören kuralı¹⁶⁶⁰ Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre, “aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran düzenleme, *ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek* öte yandan *Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak*¹⁶⁶¹ nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa’ya (Anayasa’nın 2., 5., 11., 17. ve 56. maddelerine) aykırılık oluşturmaktadır.”¹⁶⁶² AYM böylece özgürleştirme normunu bir kez daha normatif bir ölçü olarak kullanmış, hakların bütünselliğine ilişkin yorumuna bu kararında tekrar yer vermiştir. Bu bakımdan anayasa yargımızın sosyal haklar ile yaşama hakkı arasında yakın bir bağ kurarak hak ve özgürlüklere bütüncül bir şekilde yaklaşmaya yabancı olmadığı söylenebilecektir.

AYM 2010 yılında da “tam gün yasası” olarak bilinen 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Dair Kanun’unda yer alan hekimlerin mesleğini ya da kamu kurum ve kuruluşlarında veya SGK ile sözleşmeli özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da SGK ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve serbest muayene açarak yapabilmesini öngören düzenlemeyi hekimlerin özel konumunu dikkate alarak, yaşama hakkı ile sağlık hakkı arasında bağlantı kurarak iptal etmiştir.

¹⁶⁵⁸ H.Yılmaz, a.g.e., s.84-89.

¹⁶⁵⁹ Ali Karagülmez, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar” **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İ. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 189.

¹⁶⁶⁰ Aile hekiminin hasta sevk oranının Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen standartlara göre yüksek olması halinde, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun uyarınca aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20’sine kadar indirim yapılacağı belirtilmek suretiyle aile hekiminin sevk oranları ile Sağlık Bakanlığı’nın belirlediği standart ve yapılacak ödemeler arasında ilişki kurulmuştur.

¹⁶⁶¹ Vurgu yazara aittir.

¹⁶⁶² Bkz. AYM, E.2005/10, K.2008/63, K.T.21.2.2008, RG 7.11.2008-27047.

Yüksek Mahkeme, hekimlik mesleğinin Anayasa'nın 17.maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu; kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartının ise ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu ve sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu belirterek; hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının sınırlandırılmasının bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşıdığı, dolayısıyla dava konusu düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak, konu “yaşam hakkı” ile doğrudan çatışma halinde olduğunda, AYM, korumacı bir tavır sergilerken, sağlığın paralı hale getirilmesi gibi yaşam hakkını dolaylı olarak zedeleyen uygulamalarda 65.madde şemsiyesi altında “görmezden gelme” tavrını sürdürmektedir.

Son olarak, sağlık hakkı ile de bağlantılı olarak 56.maddede düzenlenen “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı”na ilişkin olarak AYM'nin tutumuna değinmek gerekir. 56.maddede düzenlenen sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da, özellikle de hidroelektrik santral ve nükleer santral yapım süreci ile altın madenciliği meseleleri bağlamında, Bergama'dan Cerattepe'ye ve Munzur'a, Türkiye'nin sosyal haklar gündeminden düşmeyen haklardandır. Söz konusu bölgelerde yaşayan yerel halkın direnişi ile onları destekleyen sivil toplum örgütleri Türkiye'de ekoloji hareketine ilham olmuştur. Gerçekleştirilen toplu eylemlerde, çevreye geri dönüşü olamayacak şekilde zarar verecek söz konusu büyük projelere karşı yaşam hakkının savunulduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu çevre hareketinin mücadelesi, yapılan geniş çaplı protesto eylemleri güvenlik görevlileri tarafından biber gazı kullanımı başta olmak üzere orantısız güç kullanımı karşılanmış; barışçıl toplanma ve eylemde bulunma özgürlüğünü ihlal etmiştir. Bu tablo, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde; yaşam hakkı, çevre hakkı ile barışçıl olarak toplu eylemde bulunma hakkının nasıl iç içe geçtiğini ve karşılıklı olarak birbirine bağlılığını da çok net ve çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁶⁶³

AYM, konuyla bağlantılı olarak 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda yapılan değişiklik ile getirilen petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerini, çevresel etki değerlendirmesi kapsamı dışında tutan düzenlemeyi Anayasa'nın 56. maddesine aykırı bularak

¹⁶⁶³ Bkz. B.E.Oder, M.U.Öztürk, a.g.e., s.153.

iptal etmiştir.¹⁶⁶⁴ Yüksek Mahkeme, kararın gerekçesinde çevresel etki değerlendirmesinin (ÇED), çevrenin ve çevre içerisinde yer alan varlıkların korunmasındaki ana işlevini vurgulamış, özellikle de ekonomik ilerleme ve kalkınmaya yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler ile yatırımların çevreye zarar vermeden icra edilebilmeleri açısından önemine değinmiştir. Çevre Kanunu'nda yapılan bu değişiklik ile birlikte yapılacak olan faaliyetlerin biyolojik çeşitlilik ve çevre üzerinde olumsuz etkileri olabileceğini belirtmiştir.

Kararda, ÇED'in çevreye ilişkin ana işlevine yapılan bu vurgu önemlidir. ÇED, ekonomik ilerleme ve kalkınmaya yönelik faaliyetleri önleme veya geciktirmek için değil, çevrenin bu sebeplerle tahrip edilmesini önlemeye yönelen bir süreçtir. Öğretide bu süreç, "kalkınmanın gereği olan faaliyet ve yatırımların çevre üzerine olabilecek olumsuz etkilerini önceden belirleyebilmek, bu olumsuzluklar ortaya çıkmadan önlemek için gerekli tedbirleri tespit etmek, kalkınmanın sürdürülebilirliğini sağlamak ve bu süreç sonucunda karar vermeye yetkili mercilerin kararlarını doğru bir şekilde vermelerini temin etmek amacıyla getirilmiş, tahmin ve önleme dayalı çalışmalar bütünü" olarak da tanımlanmaktadır.¹⁶⁶⁵ 2872 sayılı Kanun'un amaçlarından olan "sürdürülebilir kalkınma ilkesi" de esasen bunu gerekli kılar.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, 3213 sayılı Maden Kanunu'nda yapılan bir değişiklik, özel kişiler ve şirketlerin gerekli durum ve koşullarda özel çevre koruma bölgelerinin, milli parkların, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarının, muhafaza ormanlarının, 1. derece sit alanlarının özel kişiler ve şirketlerce madencilik faaliyetinde bulunma ihtimalini düzenleyen maddeyi anayasaya aykırı bulmamıştır.¹⁶⁶⁶ Dava dilekçesinde ise iptali istenilen kural ile başta orman alanları, kıyılar, tarih kültür ve tabiat varlıkları olmak üzere ülke için son derece önemli ve hassas alanların maden aramasına açılabilme olanağının sağlandığı, bu düzenlemenin nihai aşamada tüm alanları başvuruya açık hale getirmek için yapıldığı, bu nedenle, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2. ve 168. maddelerine¹⁶⁶⁷ aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM ise söz konusu düzenlemenin yasa koyucunun takdir yetkisi dahilinde olduğunu belirtmiş ve gerekçesinde, "Madencilik sektörü, istihdamı yoğun bir sektör

¹⁶⁶⁴ AYM, E.2006/99, K.2009/9, K.T.15.01.2009.

¹⁶⁶⁵ Süheyla Suzan Alica, "Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 3, 2011, s. 98.

¹⁶⁶⁶ AYM, E. 2010/85, K. 2012/13, K.T. 26.01.2012.

¹⁶⁶⁷ Anayasa'nın 168. maddesinde; "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir." denilmektedir.

olması, hizmet ana ve yan sanayi sektörlerini teşvik etmesi, bölgesel ve yerel kalkınmayı ön plana çıkararak hem *işsizliği önlemesi* hem de göçü azaltması ve yeraltından çıkarıldığı anda yüzde yüz katma değer yaratması gibi özellikleri nedeniyle *ülke kalkınmasında*¹⁶⁶⁸ büyük rol oynamaktadır. Madencilik sektöründe yer seçme şansının olmaması nedeniyle madenlerin oluştukları yerde üretilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda madencilik ya oluştuğu yerden üretilerek ülke yararına sunulacak, ya da bu temel kaynak yeraltında bırakılacaktır.” ifadelerine yer vererek söz konusu düzenlemenin meşru olduğunu vurgulamıştır.

Hidroelektrik santrallere ilişkin olarak da AYM 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da yapılan değişiklik ile getirilen “tüm nehir veya kanal tipi hidroelektrik santralleri (HES) projeleri ile rezervuar alanı onbeş kilometreden az barajlı HES projelerinin” hiçbir sınır ve ölçü konulmaksızın yenilenebilir enerji kaynağı olarak kabul edildiği düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur.¹⁶⁶⁹ Yüksek Mahkeme’ye göre, “dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralda yer alan nitelikteki hidroelektrik üretim tesislerinin kurulmasının çevrenin tahribatına yol açabileceği ileri sürülmekte ise de iptali istenilen kural, söz konusu tesislerin kurulması ve faaliyet göstermesi bakımından izin, ruhsat ve lisans alınması koşulunu ortadan kaldırmadığı gibi bunların alınabilmesi için mevzuatta öngörülen koşullarda da herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.”

Söz konusu değişiklik ile ayı zamanda “milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde” ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verileceği de öngörülmektedir. Yüksek Mahkeme bu düzenleme açısından da söz konusu alanların “Çevre Kanunu, Milli Parklar Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve Kara Avcılığı Kanunu” ile özel olarak korunan alanlar olduğunu; bu alanlarda yapılaşmaya gidilebilmesi için öncelikle söz konusu Kanunlarda böyle bir yapılaşmaya olanak tanınması ve bu doğrultuda yetkili makamlarca izin verilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. AYM’ye göre, söz konusu düzenleme yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulabilmesi bakımından belirtilen Kanunlarda öngörülen düzenlemelerin uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

¹⁶⁶⁸ Vurgu yazara aittir.

¹⁶⁶⁹ AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, K.T. 05.07.2012.

AYM bu kararı ile Türkiye’de dokunulamaz, özel olarak korunan doğal yaşam alanı bulunmadığını bir anlamda ifade etmiştir. Söz konusu karar, milli park olarak ilan edilen Munzur Vadisi gibi vadileri de önemli ölçüde etkilemiş; burada geniş çaplı baraj ve hidroelektrik santral projeleri kabul edilmiştir.¹⁶⁷⁰

d) Eğitim Hakkı

Eğitim hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin hakların bütünselliği ilkesini vurguladığı erken tarihli bir kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın 42.maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili bu davada özel eğitim kurumlarına öğrenci kapasitelerinin %2’sinden aşağıya düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğü getiren 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nu Ek 4.maddesini Anayasa’ya uygun bulmuştur.¹⁶⁷¹ AYM kararında, Anayasa’nın 65.maddesine dayanılarak 42.maddenin Anayasa’da yer aldığı “bölümündeki sistematik konumuna göre, eğitim ve öğretimi ‘zayıflatılmış ve eksik korumalı potansiyel haklar’dan sayarak bu alanın özel teşebbüse tamamen açık olduğunu, faaliyetlerine parasal yönden kayıt konulamayacağını savunmak mümkün değildir” diyerek sosyal haklar ve diğer hakların bir bütün olduğunu ve temel hakların içeriğinin ve kapsamının izole bir biçimde değil, Anayasa’nın bütünü ile birlikte belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁷²

Yüksek Mahkeme’ye göre eğitim hakkı ve özgürlüğü Anayasa’da düzenlenme yeri itibariyle diğer temel haklardan farklı bir statüye ve koruma düzeyine sahip değildir. Ayrıca, devletin eğitim hakkı bağlamındaki olumlu edim yükümlülüğünü Anayasa’nın özgürleştirme normu (md.5) ile birlikte yorumlayarak itiraz konusu düzenleme ile getirilen, maddi imkanlardan yoksun, başarılı öğrencilere özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğunun, “haklara engeller koyan devlet değil, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren devlet” olmanın gereği ve “nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasa’nın 5.maddesinin devlete yüklediği “...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama...” ödevinin sonucu olduğunu belirtmiştir. Böylece AYM, Anayasa’nın

¹⁶⁷⁰ B.E.Oder, M.Utku Öztürk, a.g.e., s.155.

¹⁶⁷¹ AYM, E.1990/4, K.1990/6, K.T.12.04.1990, RG 18.06.1990-20551.

¹⁶⁷² Ece Göztepe, “Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?”, IXth World Congress of Constitutional Law, Oslo, 16-20 June 2014, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf> , E.T. 09.11.2018, s.15, 16.

özgürleştirme kuralını anayasaya uygunluk denetiminde normatif değere sahip bir ölçüt olarak kullanmıştır.¹⁶⁷³

Eğitim hakkına ilişkin olarak 8 yıllık kesintisiz zorunlu eğitim hakkına ilişkin olarak Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 24. maddesi değiştirilerek “İlköğretim kurumları sekiz yıllık okullardan oluşur. Bu okullarda kesintisiz eğitim yapılır ve bitirenlere ilköğretim diploması verilir.” düzenlemesi yapılmış ve bu değişiklik AYM’nin önüne gelmiştir.¹⁶⁷⁴ Davacılar yapılan bu değişikliğin Anayasa'nın 42. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür:

“Beş Yıllık Kalkınma Planlarına taşınamayacak bir yük getiren sekiz yıllık kesintisiz eğitime ilişkin Yasa'nın gerçekleştirilmesi için kaynaklar zorlansa bile ekonomik istikrarı bozucu niteliktedir. Kaliteli ve çağdaş bir eğitimi hedeflemesi gereken reform niteliğindeki bir yasanın gereklerinin yerine getirilmesi için sistem, program ve öğretmen yanında bina, derslik ve ders araç ve gereçleri gibi fiziki şartların varlığı da söz konusudur... Bu gereksinimlerin karşılanması için yalnız mali kaynak sağlanması yeterli değildir. Otuz yıl gibi uzun bir süre de gerekmektedir.”

AYM kararında, “İHEB, İHAS, ESKHS, Çocuk Hakları Sözleşmesi, ASŞ gibi uluslararası belgelerde de eğitim hakkının düzenlendiğini ve Anayasa’da da buradaki esaslar ile bağlantılı olarak devlete pozitif yükümlülükler yüklendiğini ve nitelik açısından ayrı veya olumsuz bir düzenlemede bulunulmadığını” belirtmiştir.¹⁶⁷⁵ Yüksek Mahkeme, 65.madde bakımından ise “Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrar gözetilerek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken öncelikleri saptamak yetkisine sahiptir. Eğitimin kişi ve toplum yaşamında yaratacağı olumlu etkiler gözetilerek, sekiz yıllık kesintisiz zorunlu eğitim esasının benimsenmesinde ve bunun için gereken mali kaynağın sağlanmasında, Anayasa'nın 65. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.” sonucuna varmıştır.

AYM, eğitim hakkı ile bağlantılı olarak “4+4+4 eğitim sistemi” olarak gündeme gelen ve hararetli tartışmalara yol açan, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’daki düzenlemelere ilişkin iptal taleplerini ise reddetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, ilköğretimin 4+4+4 olarak kademeli bir eğitim biçiminde

¹⁶⁷³ B.E.Oder, a.g.e., s.208.

¹⁶⁷⁴ AYM, E.1997/62, K.1998/52, KT.16.09.1998.

¹⁶⁷⁵ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 719.

düzenlenmesine ilişkin olarak 65. madde çerçevesinde, sosyal hakların “ekonomik istikrar” ile “mali kaynakların yeterliliği” kriterlerine bağlı olarak yerine getirilebileceğini ifade etmiştir. Oysa 2001 değişikliği ile artık “ekonomik istikrar” kriterinin yerine “amaçlarına uygun öncelikler” kriteri getirilmiştir. Ancak burada Yüksek Mahkeme’nin, eğitim hakkına ilişkin olarak devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu pozitif yükümlülükler, “mali kaynakların yeterliliği” ile sınırlandırılmış ve bu çerçevede 65. madde ile uyumlu bulunmuştur.¹⁶⁷⁶

Kararın özellikle de din ve vicdan özgürlüğü ile laiklik ilkesi bakımından pek çok tartışmalı boyutu bulunmakla birlikte, sosyal haklar perspektifi ile sınırlı olarak bakıldığında AYM’nin bu kararında pozitif yükümlülükler doktrinine verdiği anlam dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme, söz konusu hükmün laiklik ilkesi ile de uyumlu olduğunu belirtirken bu ilkenin devlete *pozitif yükümlülükler* yüklediğini belirtmiştir. Bu yaklaşım çerçevesinde, söz konusu düzenlemenin laiklik ilkesi ile uyumlu bulunması da bir yana, adeta laiklik ilkesi için zorunluluk olduğu sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, “seçmeli olarak din derslerini vermek”, devlet bakımından bir *yükümlülüktür*. AYM bu kararında dava konusu olan meseleyi, “hak” temelli olarak, insan hakları perspektifinden değerlendirmek yerine, “pozitif yükümlülükler” tamamen yanlış yorumlanarak ile din ve vicdan özgürlüğünden, eğitim hakkı bağlamından (hak ve özgürlükler alanından) kopartılmış, kavramın anlamını da tümüyle tersine çevirmiştir.¹⁶⁷⁷

e) Konut Hakkı

Konut hakkıyla ilgili olarak AYM, İmar Kanunu’nun 18.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birbirleri ile, yol fazları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re’sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir.” düzenlemesini anayasaya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme, söz konusu hükmü mülkiyet hakkı ve

¹⁶⁷⁶ Şekil bakımından iptal talebine ilişkin gerekçeli karar için bkz. AYM, E.2012/48, K.2012/75, KT.24.05.2012. Esas bakımından iptal talebinin reddine ilişkin gerekçeli karar için bkz. AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, KT. 20.09.2012.

¹⁶⁷⁷ Bu konuda detaylı bir çalışma ve değerlendirmeler için bkz. Serkan Gülfidan, “Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, İstanbul: Legal Yay., 2014, s.96, 97. Yazara göre: “Pozitif yükümlülüğün, din ve vicdan özgürlüğü bakımından “çoğulcu yapının muhafazası ve dine değer tüm konum sahiplerinin haklardan ve özgürlüklerden eşitçe yararlanmasının sağlanması” olan anlamı, tam da bu mülhaza sayesinde “çoğunluğa din hizmeti sunulması”na dönüştürülmüş olmaktadır. AYM’nin bu yaklaşımı, zorunlu bir din eğitimi dersini gerekçelendirmeye ve laiklik ile uyumlu gösterme çabasını ifade etmektedir.”

kamulaştırmaya ilişkin anayasal kurallara uygun bulurken itiraz yoluna başvuran yerel mahkemenin anayasaya aykırılık iddialarında bulunmamasına rağmen meseleyi Anayasa'nın konut hakkını düzenleyen 57.maddesi bakımından da değerlendirmiştir.

Yüksek Mahkeme, dava konusu düzenlemeyle belediyece imar uygulamasının gerçekleştirilmesinin, “Anayasa'nın 57.maddesinde yer alan konut hakkının gereğince kullanılabilmesi için devlete verilen görevin gereği olduğu; Anayasa'nın 65.maddesine göre devlet tarafından yapılması zorunlu sosyal ve ekonomik görevlerin hemen yerine getirilmesinin güç olduğu ve belirli nitelikteki yerleşim birimleri için tasarlanan imar planlarının uygulanmasında yalnızca kamulaştırma yoluna gidilmesi yoluyla sorunların çözümlenmesindeki kimi güçlüklerin ülkemizin imar düzenlemelerinde engeller oluşturacağı” gerekçesiyle anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir. Bu bağlamda kararın bir yanıyla 65.madde açısından devletin takdir yetkisinin sınırlarını geniş tutarak “mali kaynakların yeterliliği” ölçütünü sosyal haklar aleyhine yorumladığı, diğer yanıyla da teknik ve mali sorunlar nedeniyle konut hakkını “derhal gerçekleştirilmesi” gerekmeyen bir hak olarak kabul ettiği görülmektedir.

Bu bakımdan imara ilişkin konularda devletin pozitif yükümlülüklerinin zaman içerisinde gerçekleştirilebileceğinin belirtildiği kararda, Anayasa Mahkemesi, Oder'in ifadesiyle “aşamalı gerçekleştirme yaklaşımını”¹⁶⁷⁸ benimseyerek hüküm kurmuştur. Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu kavramla ilgili tutarlı bir argümantasyon kullanmadığı da ifade edilebilecektir. Konut hakkına ilişkin olarak Güney Afrika ve Hindistan Yüksek Mahkemesi kararlarından farklı olarak, Türk Anayasa Mahkemesi'nin daha çekingen davrandığını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin bu alanda da hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır. Özellikle de çevre hakkı ile konut hakkı arasında bağ kuran kararlarına örnek olarak¹⁶⁷⁹ AYM konut hakkına ilişkin yükümlülükler yerine getirilirken çevre koşullarını dikkate alan bir planlamanın yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, her yerleşim merkezinin kendi doğal ve kültürel değerleri içinde bir bütün oluşturduğu tespitinde bulunarak konut hakkının, düzenli kentleşme bağlamında çevre hakkının gereklilikleriyle birlikte gerçekleştirilmesinden söz etmiştir.¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁸ B.E.Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s.229.

¹⁶⁷⁹ AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, 11.12.1986, RG: 18.04.1987, 19435.

¹⁶⁸⁰ Yasemin Semiz, “Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi”, **Hacettepe HFD**, 4(2) 2014, s. 22.

Yüksek Mahkeme burada imar konusunu çevrenin bir unsuru olarak değerlendirmiştir. AYM, sağlıklı ve dengeli bir çevrenin gerçekleştirilebilmesi için inşa edilecek yapıların imar planlarına uygunluğunun yapı ruhsatları çerçevesinde denetlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme sanayi kuruluşlarına valilik, belediye veya yeminli mimarlık ve mühendislik büroları tarafından kolaylıkla ruhsat verilebilmesine izin veren düzenlemeyi 56. maddeye aykırı bulmuştur. AYM'ye göre çevre kirliliğinin önlenmesi için sanayi kuruluşlarına tanınan ayrıcalığın ortadan kaldırılması gerekmektedir.

AYM'nin yaklaşımı 56.maddenin öngördüğü pozitif yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin eşitlikçi bir şekilde gerçekleştirilmesi düşüncesi ile uyum içindedir. Söz konusu düzenleme kontrolsüz ekonomik kalkınma bağlamında sanayi kuruluşlarına ayrıcalık tanıyarak bu kuruluşların henüz yapıların inşası sürecinde imar kirliliğine yol açmalarına zemin hazırlamaktadır. AYM, çevrenin korunmasının ve geliştirilmesinin, kirlenmesinin önlenmesinin devletin ve vatandaşların ödevi olduğuna da değinerek; çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevre sağlığının temin edilmesi için öngörülen ayrıcalığın ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁸¹

AYM, düzenli bir kentleşmenin aracı olan imar planlarını da sağlıklı ve dengeli bir çevrenin unsurları arasında değerlendirmektedir.¹⁶⁸² AYM, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yalama hakkı kapsamına yalnızca doğal güzelliklerin ve tarihi yapıların korunması, hava ve su kirliliğinin ortadan kaldırılmasının değil, belli bir plan çerçevesinde düzenlenmiş çevrenin de dahil olduğunu vurgulamaktadır.¹⁶⁸³ Bu bağlamda imar mevzuatı ile öngörülen düzenlemeler, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını gerçekleştirme hususunda en önemli araçlardandır.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸¹ Y. Semiz, a.g.e., s. 21.

¹⁶⁸² AYM'nin E. 1990/7, K. 1990/11 sayılı ve 21.06.1990 tarihli kararında, imar planlarının başlıca amaçları arasında fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak ve toprağın korunma-kullanma dengesini ölçülü biçimde belirlemek hususlarına değinilmiştir. Benzer şekilde bkz. AYM, E. 1990/9, K. 1990/13, K.T. 21.06.1990; AYM, E. 1990/10, K. 1990/14, K.T. 21.06.1990; AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, K.T. 09.02.2012, RG 26.07.2013, 28719.

¹⁶⁸³ AYM, E. 2006/129, K. 2009/121, K.T. 01.10.2009, RG 08.10.2010, 27456. Sağlıklı ve dengeli çevre kavramına doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önleildiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği hususuna ilişkin diğer kararlar için bkz.: AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986, RG 18.04.1987, 19435; AYM, E. 2006/129, K. 2009/121, K.T.01.10.2009, RG 08.01.2010, 27456.

¹⁶⁸⁴ Devlete, Anayasanın 56. maddesiyle yüklenen ödevlerin, imar mevzuatıyla getirilen düzenlemeler aracılığıyla da yerine getirileceği tespitine ilişkin bir diğer karar için bkz. AYM, E.2008/39, K. 2008/134, K.T. 22.07.2008, RG 18.11.2008, 27058.

Konut hakkına ilişkin olarak özellikle de son yıllarda dünyada ve Türkiye’de konut hakkı çerçevesinde de insan hakları gündemini meşgul eden kentsel dönüşüm olgusuna ve Anayasa Mahkemesi’nin bu alanda vermiş olduğu kararlara da değinmek gerekmektedir.

Kentsel Dönüşüm Yasası olarak bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, mülkiyet hakkı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, hak arama özgürlüğü ve elbette insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde bunlarla bağlantılı olarak konut hakkı, ayrıca hukuk devleti ilkesine ilişkin çok sayıda aykırılık içermekteydi.¹⁶⁸⁵ Anayasa Mahkemesi bu kapsamda söz konusu kanunun bazı maddeleri iptal etmiştir.

Devletlerin, egemenlik alanında yer alan kişileri doğal afet riskini bertaraf ederek yaşam haklarını koruma ve buna yönelik gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, sosyal adalet ve sosyal devlet ilkelerini benimsemiş devletlerde, toplumun yaşam kalitesine gönderme yapan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının korunmasını da içine almaktadır.¹⁶⁸⁶ 6306 sayılı Kanun’un da bu amaçlara yönelik olarak hazırlanmış olduğunu genel gerekçesinde ifade edilmiştir.¹⁶⁸⁷

Bu çerçevede, mülkiyet hakkı başta olmak üzere çeşitli haklar sınırlandırılabilir. Anayasa’nın 35.maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının mutlak ve sınırlandırılmayan bir hak olmayıp bu hakkın “kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bunların yanı sıra söz konusu sınırlama Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun” ve “ölçülü” olmalı, “hakkın özüne” dokunmamalıdır. Bir diğer ifadeyle, getirilen sınırlandırmalar mülkiyet hakkının kullanımını önemli ölçüde engelleyecek ya da tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmamalı, getirilen sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olmamalı ve toplumun genel yararı ile bireyin katlandığı fedakarlık arasında adil bir denge olmalıdır.¹⁶⁸⁸

¹⁶⁸⁵ Katılımcı demokrasiden uzak bir anlayışla hazırlanan bu Yasa, yerinden yönetim ilkesine aykırı olarak yönetimi merkezileştirmekte, kamu yararının sağlanmasının bütün külfetini özellikle bina malikleri üzerine yıkmaktadır. Bu bağlamda yalnızca ekonomik büyüme odaklı olan bir kalkınma hedefi çizilmiş, bu hedefte de gerek insan hakları gerekse doğa yer bulamamıştır. Yasa’ya ilişkin detaylı bir hukuki analiz ve eleştiriler için bkz. Seda Yurtcanlı, “Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı:4, İstanbul: Legal Yay., 2013, s.321-362.

¹⁶⁸⁶ S. Yurtcanlı, a.g.e., s. 323.

¹⁶⁸⁷ 6306 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre Yasa’nın amacı “afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.”

¹⁶⁸⁸ Can Atalay, “Kentsel Dönüşüm ve Sorunlar”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Ocak 2013, s. 36.

Yasa mülkiyet hakkını, bununla bağlantılı olarak da konut hakkını sınırlandıran çeşitli hükümleri içinde barındırmaktaydı: Bunların başında da, yasanın kapsamında yer alan bütün yapılar açısından, “çoğunluğun kararına itiraz eden paydaşların arsa paylarının diğer paydaşlara ya da Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na rızaları dışında, zorunlu olarak satışına” ilişkin düzenleme gelmektedir.¹⁶⁸⁹ Bir diğer düzenleme, “riskli yapılaşmanın bulunduğu alanlarda ya da rezerv yapı alanlarında kanunun uygulanacağı süre içerisinde öngörülmüş olan tasarrufların kısıtlanmasına” ilişkin maddedir.¹⁶⁹⁰ Ayrıca, yasanın genel amacı ile de bağdaşmayan, “uygulama bütünlüğü” çerçevesinde getirilen *risk teşkil etmeyen* yapılar üzerinde de mülkiyet haklarına ciddi sınırlandırmalar getirilen düzenleme de bu bağlamda belirtilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, yapmış olduğu incelemede söz konusu hükümlerin¹⁶⁹¹ ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu; bireye düşen fedakarlıkla amaçlanan kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulamadığını belirterek Anayasa’nın 13.maddesi ile 35.maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

“Zorunlu pay satışı”na ilişkin düzenleme, çoğunluğun kararına itiraz eden kişilerin mülkiyet haklarını istemleri dışında sona erdirirken diğer yandan da bulunduğu muhitten ayrılmak istemeyen ve payı satılan kişiler açısından bir güvence öngörmemektedir. Burada toplumun genel yararı ile bireye düşen fedakarlık arasında adil bir denge kurulamamıştır.

Riskli yapı kapsamına giren veya riskli alan içinde yer alan bir binanın yıkılması kanunda belirtilen “sağlıklı ve güvenli yaşama alanları oluşturma” amacını gerçekleştirmek bakımından elverişlidir. Bununla birlikte, Kanun’un 3.maddesinin 7.fıkrası çerçevesinde *risk teşkil etmeyen* yapıların “uygulama bütünlüğü” açısından yıkılacağına düzenlenmesi söz konusu amaca aykırıdır.

Yine Kanun’un 4. maddesinin 1. fıkrasında Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi halinde TOKİ veya idarenin, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabileceğine karar verilmiştir. Oldukça geniş bir alanda uygulanacak olan Yasa, çok sayıda kişinin mülkiyet hakkını, öngörülemeyen ve uzun bir zaman diliminde sınırlandırmış olacaktır. Yasa’nın kapsamı içerisinde yer alan binaların maliklerinin mülkiyet haklarının ne kadar sınırlandırılacağı, ne vakit imar planlarının tasarlanıp

¹⁶⁸⁹ 6306 sayılı Yasa madde 6/1.

¹⁶⁹⁰ 6306 sayılı Kanun madde 4/3. AYM, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ile konut hakkına aykırı olan bu düzenlemeyi ise biraz ileride detaylı olarak değineceğimiz üzere iptal etmemiştir.

¹⁶⁹¹ Madde 4/3 hariç.

yaşama geçirileceği, kamulaştırma yapılıp yapılmayacağı veya ne zaman yapılacağına ilişkin olarak hiçbir detay ve açıklama belirtilmemiştir.

AYM bu bağlamda güvenli ve sağlıklı bir ortamda yaşama hakkını gerçekleştirme hedefi ile bunu sağlamak için yapılacak olan faaliyet ve işlemlerin belirsiz bir süre için sınırlandırılması aracı arasında bireyin katlanacağı fedakarlık açısından “adil bir denge” kurulamadığı sonucuna varmış; “bireyin üzerine aşırı yük yüklenmesine neden olabilecek bu durumun, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen “ölçülülük” ilkesine aykırılık oluşturabilecek ve böylece kamu yararı ile bireyin yararı arasında kurulması gereken dengeyi bozabilecek nitelikte” olduğundan bahisle Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırı görmüş ve iptal etmiştir.

Söz konusu düzenlemelerin insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, bütün hakların usuli güvencesini oluşturan hak arama özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gereken boyutları bulunmaktaydı. Kanun’un 6. maddesinde, Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştı.¹⁶⁹²

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmiş; beşinci fıkrasında ise idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kurala bağlanmıştır. Böylelikle idarenin eylem ve işlemlerine karşı etkili bir yargı denetimi sağlanması amaçlanmıştır.

İdari mahkemeler önünde yürütülen mücadele, yürütmenin sınırsız bir yetki kullanımına sahip olmadığını göstermesi, kararlar alınırken ve uygulanırken hakkın özüne dokunma yasağına, ölçülülük ve adil denge ilkelerine uymakla yükümlü olduklarını hatırlatması ve yürütmeyi sınırlandırması bakımından önemlidir.¹⁶⁹³

Özellikle de risk taşımayan binalar bakımından mülkiyet hakkını kısıtlayan uygulama ve işlemlere karşı açılacak olan davalarda yürütmenin durdurulması kararının idari yargıda verilemeyecek olması ve iptal kararı verilmesi durumunda karşılaşılabilecek olan “fili

¹⁶⁹² Bu konuda İlk Bölüm’de BM ESKHS çerçevesinde, “yaşamaya elverişli konut hakkı” bağlamında Komite’nin vermiş olduğu karar ile paralellik kurulabilecektir. Hakların usuli güvenceleri olmadan söz konusu hakların tam olarak gerçekleştirilemeyeceğinin vurgulandığı 2 kararında da Komite, hakların bütünselliği ile karşılıklı olarak birbirine bağlılığı ilkesini bir kere daha altını çizmiştir. Bkz. I.Bölüm.

¹⁶⁹³ S. Yurtcanlı, a.g.e., s. 324.

imkansızlık” sorunu Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü ihlal edecek niteliktedir.

Yüksek Mahkeme, “dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa’ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları” sonucuna vararak Anayasa’nın 36. ve 125. maddelerine aykırılıktan hükmü iptal edilmiştir.¹⁶⁹⁴

Afet Yasası, çevre ve imar ve mevzuatındaki 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyici düzenlemelerin de uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir.¹⁶⁹⁵ Bununla birlikte hangi düzenlemelerin uygulanmayacağı hususunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi “imara ilişkin hüküm ihtiva eden kanunlarda belirtilen kısıtlamalarla bağlı olmaksızın plan yapma yetkisi verilmesi, yürütme organının, Kanun’un uygulandığı alanlarda, imara ilişkin konuları herhangi bir kanuni düzenlemeye dayanmaksızın ilk elden düzenleyebilmesi sonucunu doğurur” diyerek Anayasa’nın 2., 5., 7. ve 56. maddelerine aykırı görmüş ve iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre:

“Anayasa’nın 5. ve 56. maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği şüphesiz kanun koyucunun takdirindedir. Bu anlamda kanun koyucu imar

¹⁶⁹⁴ Yine bununla bağlantılı olarak Kanun’un 6.maddesinin 10.fıkrasında yer alan “Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, *bilinen en son adresi* olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.” hükmünü de Yüksek Mahkeme Anayasa’nın 2.ve 36.maddelerine aykırı bulmuştur. AYM’ye göre: “adres değişikliğinin adres kayıt sistemine bildirilmesinin unutulduğu veya sistemin güncellenmesinde idareden kaynaklanan gecikme olduğu durumlarda, adres kayıt sistemindeki adres ile idari işlemi yapacak ilgili kuruma bildirilen son adres farklı olacaktır. Böyle bir durumda, ilgili kurum, dava konusu kural uyarınca, kendisine bildirilen son adres yerine, bireyin ikamet etmediği adres kayıt sisteminde bulunan eski adresine tebligat yapmak zorunda kalacaktır. Dava açma sürelerinin, idari işleme ilişkin yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başladığı dikkate alındığında, bu şekilde uygulama yapılması, bireylerin haklarındaki işlem den haberdar olamamaları, dava açma sürelerini kaçırmaları ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri işlemlere karşı yargı yoluna başvuramamaları sonucunu doğurabilir. Bu sonuç, hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında olan mahkemeye erişim hakkıyla bağdaşmaz.”

¹⁶⁹⁵ 6306 sayılı Kanun’un uygulanmasına engel teşkil edebilecek şekilde nitelendirilen ve madde 9’da belirtilen yasalar sırasıyla şöyledir: Bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir. Bu Kanun kapsamındaki alanlarda bu Kanunun öngördüğü uygulamaların zaruri kılması hâlinde, bu uygulamaların gerektirdiği iş ve işlemler hakkında Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun, Orman Kanunu, Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, Millî Savunma Bakanlığı İskân İhtiyaçları İçin Sarfiyat İcrası ve Bu Bakanlıkça Kullanılan Gayrimenkullerden Lüzumu Kalmayanların Satılmasına Salâhiyet Verilmesi Hakkında Kanun, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu, Mera Kanunu, Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Boğaziçi Kanunu içerisinde yer alan ve bu Kanunun uygulanmasını engelleyici hükümleri ve bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmayacaktır.

mevzuatıyla da bağlı değildir. Bununla birlikte söz konusu ödevlerin ne şekilde yerine getireceğine ilişkin yeni bir kanuni düzenleme yapılmaksızın idarenin var olan imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasa'nın anılan maddeleriyle bağdaşmaz.”

6306 sayılı Yasa'da, kentsel dönüşüm sürecini hızlandırma amacı ile öngörülen bazı düzenlemeler, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve bu hakla bağlantılı olarak konut hakkını da sınırlandırmaktadır. Yüksek Mahkeme, mülkün tahliye edilmesini hızlandırmak amacıyla su, elektrik ve doğalgaz hizmetlerinin derhal durdurulacağını öngören ve bu bağlamda aile yaşamına, özel yaşama saygı hakkını, bununla bağlantılı olarak da konut hakkını zedeleyen hükmü ise iptal etmemiştir.¹⁶⁹⁶ Böylelikle alıştıkları sosyal alandan kopartılan insanlar toplumdan soyutlanmakta, kentsel haklardan yeteri kadar yararlanamamakta, bu kişilere yönelik olarak da toplumsal bütünleşmeyi amaçlayan politikalar öngörülmemekte ve dolayısıyla da sosyal dışlanma artmaktadır.¹⁶⁹⁷

Engin Yıldırım'ın karşı oyunda belirttiği üzere, “Anayasa'nın 56. maddesinde, ‘Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir’, ifadesi yer alırken, 57. maddesinde de, ‘devletin, şehirlerin özellikleri ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı’ belirtilmektedir. Konut hakkının ancak sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama imkanı olduğunda tam olarak kullanılabileceğinden hareketle bu hakkın 56.maddedeki sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 11/1. maddesinde; “...Herkesin kendisi ve ailesi için beslenme, giyim ve konut dâhil, yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkı vardır.” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Burada konut hakkı yeterli bir yaşam düzeyinin bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir. Nitekim BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Yaşamaya Elverişli Konut Hakkıyla ilgili yaptığı 4 No’lu Genel Yorumunda, elverişli konut hakkını başını sokacak bir çatı sağlayan barınakla özdeşleştirilen dar ve sınırlı bir hak olarak değil tam tersine “güvenli ve barış içinde ve insanlık onuruna sahip bir şekilde belirli bir yerde yaşama hakkı” olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda yeterli konut, “yeterli mahremiyet, yeterli mekân, yeterli güvenlik, yeterli ısıtma, aydınlatma ve havalandırma, su, atık su ve katı atık yönetimi gibi temel altyapı hizmetleri açısından yeterli ve erişilebilir bir durumda olan konut olarak”

¹⁶⁹⁶ 6306 sayılı Kanun madde 4/3.

¹⁶⁹⁷ Pelin Pınar Özden, “Türkiye’deki Kentsel Dönüşüm Politikaları ve Uygulamalarına Eleştirel Bir Bakış”, **Kentsel Dönüşümde Politika, Mevzuat, Uygulama: Avrupa Deneyimi, İstanbul Uygulamaları**, İstanbul: Nobel Yayınları, İstanbul, 2010, s. 207.

tanımlanmaktadır.¹⁶⁹⁸ Bu hak diğer birçok hakkın kullanılabilmesinin ön koşuludur çünkü elverişli bir konuta sahip olmayan bir kişinin sağlık ve eğitim gibi bazı haklara erişiminde de sorunlar yaşanabilir. Günümüzde elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerinin verilmediği bir yapıda yaşamak insan haysiyetiyle bağdaşmaz.

Bir konutta yaşayanları tahliye zorlamak için elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerini kesip, konutlarını şu veya bu nedenden dolayı boşaltmayı kabul etmeyenleri insan haysiyetine uymayacak bir şekilde elverişsiz koşullarda yaşamaya mecbur etmek bir sosyal hukuk devletinin yapacağı eylem değildir. Burada devlet bu konutlarda barınanlara, “ya uygunsuz şartlarda yaşa, ya da terk et” diyerek, adeta bir çeşit şantaj yapmaktadır.” Bu bakımdan AYM, söz konusu düzenlemeyi de Anayasa’nın 56. ve 57.maddelerine aykırılıktan iptal etmesi gerekmektedir.

Türkiye’deki kentsel dönüşüm uygulamaları, bireylerin yaşadıkları mekanlardan, komşularından ayrılmak zorunda bırakıldığı, yerel sakinlerin dönüşüm alanlarında muhafaza edilmediği ve mevcut konut alanlarının yenilenmesinden ziyade yeni konut alanlarının ortaya çıkartıldığı bir kurguyla tasarlanmıştır.¹⁶⁹⁹

Türkiye’de kentsel dönüşüm, bunun sonucunda oluşan emsal değer artışı ile kişilerin özel yaşama alanlarını seçebilme özgürlüğünü de ortadan kaldırmıştır.¹⁷⁰⁰ Bir başka deyişle, kentsel dönüşüm özel yaşam özgürlüğünü sınırlandıran ve mülkiyet hakkını dönüştüren bir kurguyla gerçekleştirilmiştir.¹⁷⁰¹ Yaşadıkları yerlerden ayrılmak zorunda kalan kişiler,

¹⁶⁹⁸ BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 4, Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı, para.7, Lema Uyar, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 145.

¹⁶⁹⁹ S. Yurtcanlı, a.g.e., s. 339. Tarlabası, Sulukule, Dikmen Vadisi, ve Ayazma’daki süreç bunun en yakın örneklerindendir. Bkz. Zehra Gönül Balkır, “Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu”, **II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı**, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli, 4-6 Kasım 2010, s. 346; Can Atalay, “Tarlabası Penceresinden Bir Kentsel Dönüşüm Manzarası”, **Güncel Hukuk**, 2012/8, s. 28-29.

¹⁷⁰⁰ Taşınmazlar, yerel sakinlerden alınırken tutulan düşük emsal değerler, yerlerine yapılan yeni yapılarda oldukça yükselmiş ve yüksek bedelli bu konutlarda yaşama imkânı bulamayan yerel halk kentin çeperlerinde bulunan konutlara borçlandırılarak yerleştirilmiştir. Bkz. Pelin Pınar Özden, “Türkiye’deki Kentsel Dönüşüm Politikaları ve Uygulamalarına Eleştirel Bir Bakış”, **Kentsel Dönüşümde Politika, Mevzuat, Uygulama: Avrupa Deneyimi, İstanbul Uygulamaları**, İstanbul: Nobel Yayınları, 2010, s. 208.

¹⁷⁰¹ Bu bağlamda, 1.Bölüm’de İHAM kararları çerçevesinde Romanların tahliye edilmesine ilişkin Mahkeme kararları ile de bağlantı kurulabilecektir. Konut hakkının mülkiyet hakkı ile özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde dolaylı olarak korunmasına örnek olarak değindiğimiz Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan kararında da İHAM Romanların konutlarına yapılan müdahalenin özel yaşamın ve aile yaşamının ihlali olacağını vurgulamıştır. Devletin buralarda yaşayanların güvenli ve sağlıklı bir ortamda yaşama haklarını gerçekleştirmek hususunda pozitif yükümlülükleri olduğunu vurgulayan Mahkeme, bu yükümlülüklerin orantılılık ilkesi kapsamında uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak gerçekleşen yerleşimlerine fiili olarak izin verilen bu kişilerin bulundukları ortamda geliştirdikleri sosyal ilişkilerin ve inşa ettikleri toplumsal yaşamın tehlikeye atılmaması, başka bir çözümün bulunmaması halinde ise mutlaka bir teminat verilerek yaşanacak yerlerin

borçlandırılarak yaşam tarzları ile kültürel kimliklerine uymayan mekanlara taşınmak zorunda kalmış, gittikçe yoksullaşmış ve “inan onuruna yaraşır, yeterli standartlara sahip”¹⁷⁰² olmayan konutlara yerleştirilmişlerdir.¹⁷⁰³

Bu bağlamda, 6306 sayılı Kanun ile özellikle de sosyal donatı ve altyapı bedellerinin konutları yıktırılanlara ödetilmesinin fakir kesimlerin mağdur edilmesi anlamına geldiği¹⁷⁰⁴; mağdur olacakların hukuki, ekonomik ve sosyal açıdan daha fazla korunmaları gerekirken korunamadıkları ve bu durumun da sosyal devlet ilkesi ile de çeliştiği söylenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, 2018 yılında vermiş olduğu kararında da riskli yapılar dışında kalanlardan bakanlıkça gerekli görülenlerin de 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun hükümlerine tabi olmasına ilişkin düzenlemeyi ikinci kez tekrar iptal etmiştir.¹⁷⁰⁵ Kanun’un davaya konu olan 3’üncü maddesinin 7’nci fıkrası, kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından bakanlığın gerekli gördüklerinin, riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla kanun hükümlerine tabi olmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu konuda daha önce yapılan düzenlemeyi yukarıda belirttiğimiz kararında iptal etmişti. Bu iptal kararı üzerine 14 Nisan 2016’da yayınlanan 6704 sayılı Kanun (torba yasa) ile iptal edilen hükümler, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak yeniden düzenlemiştir.

Yüksek Mahkeme’nin iptale ilişkin gerekçeli kararında, değerlemede yapıların riskli olmadığına gözetilmesine ilişkin hükmün, maliklerin mülkiyet haklarına yönelik kısıtlamaları dengelemediği kaydedilerek, Anayasa’nın 13 ve 35. maddeleri uyarınca iptal edilmiştir: “Herhangi bir riski bulunmayan sağlam yapılar için uygulama bütünlüğü bakımından bakanlıkça gerekli görülmesi halinde 6309 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması durumunda bu yapıların maliklerinin uğradığı zararların tamamının karşılanması sorumluluk hukukunun gereğidir. Uygulama alanındaki sağlam yapılara yönelik değer tespitinde, yapının riskli olmadığına gözetilmesi de esasında bu amaca hizmet etmektedir. Bu itibarla kanunun

tahsis edilmesiyle tahliyelerin hukuka ve insan haklarına uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. Yordanova ve diğerleri /Bulgaristan, Başvuru No: 25446/06, 24.04.2012, para. 121, 123 ve 124.

¹⁷⁰² ESKHS çerçevesinde anlaşılan elverişli konut hakkının kriterlerinden bir tanesi de konuttan yararlanma maliyetinin bireylerin diğer temel ihtiyaçlarını engellemeyecek şekilde karşılanabilir olması gerektiğidir.

¹⁷⁰³ Borçlanma ile bireyler, ekonomik koşullarında herhangi bir iyileşme olmaması nedeniyle, gittikçe mülksüzleşmiş ve yoksullaşmıştır. Cihan Uzunçarşılı Baysal, “Kentsel Dönüşüm Söyleminin Gizlediği Gerçekler”, **Güncel Hukuk**, 2012/8, s. 12 vd.; Süheyla Suzan Alica, **Kent Çevre Hukuk Avrupa Birliği Çevre Mevzuatı Çerçevesinde Türk Çevre Mevzuatı**, Ankara: Seçkin Yay., s. 229.

¹⁷⁰⁴ Selami Demirkol, Zuhale Bereket Baş, “Kentsel Dönüşümün 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması”, **TBB Dergisi**, Ankara, 2013/ 108, s. 68

¹⁷⁰⁵ AYM, E.2016/133, K. 2017/155, K.T. 15.11.2017.

uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılar hakkında 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması nedeniyle maliklerin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların, taşınmazın değer tespitinde yapının riskli olmadığının gözetilmesi suretiyle dengelendiği söylenemez. Bu nedenlere kural Anayasa'ya aykırıdır.”

6. Değerlendirme

1961 Anayasasının 53., 1982 Anayasasının 65. Maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik ödevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu hükümlerde kastedilen ödevler, devletin olumlu edimlerini gerektiren sosyal haklara ilişkindir. Yasama organının olumlu edim gerektiren haklar alanındaki takdirini denetleyecek, bir başka deyişle hareketsizliğini yaptırıma bağlayacak hukuksal bir yol olmadığı için, bu düzenlemenin kaldırılması daha doğru olacaktır. Çünkü böyle bir hüküm, sosyal ödevlerini savsaklayan devlet organları ve iktidarlar için bir sığınak oluşturabilecektir.

Söz konusu hüküm, her ne kadar, devletin mali imkanları, sosyal ve ekonomik görevlerinin yerine getirilmesi konusunda bir sınır oluşturmakta ise de bu koşullar, olumlu edimde bulunulmasını gerektiren sosyal hakların ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin “ortalama”¹⁷⁰⁶ bir düzeyde verilmesi için bir gerekçe de oluşturmamaktadır. Yürütülmeye başlanmış bir hizmet, tanınmış bir hak “gereği gibi” yerine getirilmelidir.

Mali yetersizlikler, ayrıca karşılaştırmalı hukuk ve ulusal üstü insan hakları uygulamasında da değinildiği üzere, “insan onuru”¹⁷⁰⁷ kavramı karşısında da etkisini kaybedecektir. İnsan onuru kavramı, Anayasa’nın 2.maddesinde yer alan sosyal devlet ve insan haklarına saygılı devlet ilkesinde, “devletin temel amaç ve görevleri” başlığının taşıyan

1706 Bu noktada, Özay da haklı ve yerinde olarak şu tespiti yapmaktadır: “Değişkenlik ve uyarlamanın sınırı olarak devletin ekonomik durumu kabul edilebilirse de ‘sosyal düzeyi’ni düşünmek ‘ortalama ölçülere göre ayak uydurmak’, (a)ma ortalama ölçünün ne olduğunun belirlenememesi’ aslında gerçekçi görünse bile sakıncalı ve yanıltıcı bir gözlemdir.” Yazara göre, ekonomik ve sosyal gerekler, kamu hizmetlerindeki bu “süreklilik ve uyarlanma yokluğu”nu mazur göster(e)memelidir. “Bunun tek açıklaması, üzümlere vurgulamak gerekirse, kamu hizmeti kavramı bilincinin ne yararlananlar ne de yürütenlerde bulunmadığıdır. Bu konuda yargı yerlerine yansımış olay ve onların kararları da bulunmadığından aynı bilincin oralarda ne ölçüde bulunduğunu bilebilmek de olası değildir.” Bkz. İlhan Özay, **Günüşğinde Yönetim**, İstanbul: Seçkin Yay., 2017, s.237-238-239.

1707 Kaboğlu, “insan onuru” kavramının önemini şu şekilde açıklamaktadır: “Özgürlük ve eşitlik denklemi, insan onuru ile kurulabilir. İnsan onuru, özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütüdür. Böyle bir denklem, kavramlara ilişkin mutlak ve göreceli alanların belirlenmesine de katkıda bulunur. Şöyle ki; hak ve özgürlüklerin ortak temeli, insan onurudur ve bu kavram mutlak eşitlik ilkesinden yararlanır... İnsan onuru kavramının içselleştirilmesi, eşit ve özgürlükçü toplum üyelerini yaratmanın itici gücünü oluşturur.” Bkz. İ.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.25-26.

5.maddenin Danışma Meclisi gerekçesinde ve 17. maddede yer alan “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaya veya muameleye tabi tutulmayacağı” düzenlemesinde de pozitif olarak anayasa hukukumuzda yer almaktadır.

Bunların yanı sıra, Anayasa’da açık bir şekilde düzenlenen “sosyal hakların özü” olarak da insan onuru kavramı ya da başka ona benzer üstün değerler ve ilkeler bu çerçevede düşünülebilecektir.

Örneğin bir hastanede ekonomik nedenlerle üç bebeğin bir kuvözde yatırılması veya bir hastanede tedavi gören kişilerin yeterince steril olmayan koşullarda, enfeksiyon kapmaya açık halde tutulması da, sağlık hizmetlerinin tıp biliminin gereklerine aykırılık oluşturmaya ihtimali bir yana bırakılacak olsa bile, “insan haklarına saygılı” ve “sosyal” bir devlette, böyle bir uygulama her şeyden önce “insan onuru”na aykırı olacağından, kabul edilemeyecektir.

Anayasa Mahkemesine göre de: “İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır...”¹⁷⁰⁸

Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında, insan onuru ile sosyal hukuk devleti ilkesi arasındaki özel bağın altını çizmektedir: “...Sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların *insan onuruna uygun* hayat sürdürmelerini sağlayan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir”¹⁷⁰⁹

Bu bağlamda, yine karşılaştırmalı hukuk ve yer yer Türkiye anayasa yargısı pratiğinde de belirtildiği üzere, eğer sosyal haklar alanında bir düzenleme yoluyla yasama organı bir hak tanıma yoluna gidiyorsa, anayasal düzenin üzerinde yükseldiği temel prensiplerin ya da genel

¹⁷⁰⁸ Bkz. AYM E.1963/132, K.1966/29, K.T.28.6.1966, RG 27.6.1967-12632. Benzer ifadeler içeren bir karar olarak ayrıca bkz. AYM E.2000/34, K.2005/91, K.T.25.11.2005, RG 8.11.2006-26340.

¹⁷⁰⁹ Bkz. AYM, E 2005/2, K 2008/181, K.T.18.12.2008, RG 7.10.2009-27369; Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. AYM, E 2007/64, K 2008/154, K.T.31.10.2008, RG 29.1.2009-27125; AYM, E 1988/19, K 1988/33, K.T.26.10.1988, RG 11.12.1988-20016.

hükümlerin mutlaka dikkate alınması gerekmektedir.¹⁷¹⁰ 1982 Anayasası bakımından 2. maddede belirtilen “insan haklarına saygılı devlet ilkesi”, 5. maddede yer alan “devletin temel amaç ve görevleri” düzenlemesi, 10. maddede yer alan “eşitlik ilkesi” ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin genel güvence maddesi olan 13. madde de pozitif yükümlülükler yükleyen sosyal haklar bağlamında göz önüne alınacak temel düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler aynı zamanda 65. maddede yer alan sınırlamaların sınırı olarak da düşünülebilecektir.

Biraz evvel değindiğimiz, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi kararları da göz önüne alındığında, 1982 Anayasası’nın 2.maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti ilkesi”, 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ve 65.maddesinde yer alan “önceliklerin belirlenmesi” ölçütü, toplumdaki kırılgan ve dezavantajlı gruplar açısından göz önüne alınabilecektir. Yine 10.maddede öngörülen kadın-erkek eşitliği ve ayrıca 2010 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde vurgulanan olumlu ayrımcılığa ilişkin “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” düzenlemesi de sosyal haklar bağlamında devlete pozitif önlemler alma yükümlülüğü yüklemektedir.

Bu konuda, Anayasamızdaki düzenlemeye 2001 yılında eklenen ve henüz yargı kararlarına yansımayan “amaca uygun önceliklerin belirlenmesi” kriterinin tespiti ve yorumlanması önem taşımaktadır. 65. maddedeki bam teli, esasında “önceliklerin belirlenmesi” konusunun yüksek mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağıdır. Şu ana kadar, bu yeni kriterin yorumunu mahkeme kararlarında görememekteyiz.

65.maddenin yorumlanmasında, her ne kadar liberal bir alt yapısı olsa da, “önceliklerin belirlenmesi” bağlamında, Rawls’un adalet teorisi benimsenebilecek, bir kriter olarak öngörülebilecektir.¹⁷¹¹

Rawls, “adalet teorisi”nde, toplumsal yapıya ilişkin dinamiklerin bireyler üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlarının düzeltilebilmesi gerektiği üzerinde durur. Rawls’a göre, insan, sosyo-ekonomik eşitsizliklerin ortadan kaldırılması konusunda etik ve siyasi açıdan sorumludur. “A Theory of Justice” adlı eserinde, sosyal iş birliğinden doğan yükümlülüklerin

¹⁷¹⁰ Z. Yılmaz, a.g.e., s.707.

¹⁷¹¹ Bu konuda detaylı bir çalışma olarak bkz. M. Gözde Atasayan, “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1, İstanbul, Haziran 2013, s.17, 18.

ve yararların hakkaniyet çerçevesinde dağıtılması hedefinden bahseder. “Eşit özgürlük ilkesi”, gelir ve servet dağılımına ilişkin refah yaratma projesinin yaratacağı sonuçlardan etkilenmeksizin temel ölçüt olarak benimsenir. Ekonomik eşitsizliklerin dezavantajlılar lehine yeniden düzenlenmesini öngören “farklılık ve fırsat eşitliği ilkeleri” ise, sosyal adaleti yeniden biçimlendirerek en kötü ve dezavantajlı durumdakilerin yararına olan yeni bir dağıtım adaleti sunar.¹⁷¹²

Çok temel bir yaklaşımla, Rawls, haklar bakımından bir “öncelikler” tartışmasına girer: Burada, en az avantajlı olanlar daha “öncelikli” olacaktır. (Örneğin; işsiz, asgari ücretli işçi) Bu şekilde, Anayasamızın 65.maddesindeki “amaca uygun öncelikler” ifadesi somutlaştırılabilir ve sosyal hakların etkinliğinin sağlanması konusunda bir adım daha atılabilecektir.

Bu bağlamda “önceliklerin belirlenmesi” hususunda Güney Afrika AYM’nin benimsediği “makuliyet” testi de kullanılabilir. Özellikle de Grootboom kararı çerçevesinde vurgulanan toplumun en dezavantajlı ve korunmasız kesimlerinin haklarını güvence altına almayan eylem ve işlemlerin makul olmayacağı tespiti yapılabilecek, bu hususta bir “önceliklendirme” söz konusu olabilecektir.

Bu ölçüt ile, karşılaştırmalı anayasa yargısında da işaret edildiği üzere, BM ESKHK’nin benimsediği asgari öz/ çekirdek yükümlülükler doktrini birlikte uygulanarak da sosyal hakların her hal ve koşulda dokunulamayacak olan özü ortaya konulup hakkın normatif içeriği somutlaştırılabilir ve önceliklendirme ilkesi açısından da bu standardın altına düşen eylem ve işlemlerin makul olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Hakkın özü kavramı ile de bağlantılı olarak, Anayasa’nın hak ve özgürlükler sistematigi açısından 13. maddede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin korumasına ilişkin düzenleme sosyal haklar için de geçerlidir. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını belirten 13. maddenin, 65. madde bağlamındaki devletin ekonomik ve sosyal alandaki görevlerinin yerine getirilmesi hususunda sahip olduğu takdir yetkisinin de sınırı olarak kabul edilmesi düşünülebilir.¹⁷¹³ Öğretide Bulut, bu konuda yaşam hakkı başta olmak üzere, temel haklar ile sıkı bağı olan sosyal haklar açısından 13.maddenin uygulama alanı bulabileceğini,¹⁷¹⁴

¹⁷¹² John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford: Oxford University Press, 1971, s.117.

¹⁷¹³ Z. Yılmaz, a.g.e., s. 707.

¹⁷¹⁴ Murat Engin, olumlu edim gerektiren sosyal güvenlik hakkı bakımından 65. maddenin sınırını yaşama hakkı, ölçülülük ilkesi gibi daha çok birinci kuşak haklar ve onları koruyan ilkeler olarak belirleyen Anayasa

bununla birlikte, 91. maddede yer alan KHK düzenlemesinin¹⁷¹⁵ bir çelişki oluşturduğunu belirtmektedir.¹⁷¹⁶ Ancak bu düşüncenin temelinde, 13. Maddede öngörülen “yasa kaydı” ile sınırlama karşısında, 91. maddenin organik açıdan yürütme işlemi olan KHK ile sosyal haklara müdahale edilebilecek olmasının anayasada öngörülmesi vardır. Buna karşın Sağlam ise, 91. maddede yer alan “düzenleme” kavramını sosyal hak nüanslı yorumlamıştır: 91. madde kapsamında çıkarılacak olan yetki kanununda genel esaslar belirtildikten sonra, yürütme yalnızca sosyal hakları “düzenleme”, yaşama geçirme hususunda yetki sahibi olacaktır. “Sınırlama” da 13.madde çerçevesinde yine yasa ile yapılabilecek, yasa koyucu bakımından yine asli bir yetki olarak kalacaktır.¹⁷¹⁷

Çalışmanın başında detaylı şekilde değinildiği üzere, gerek öğretide gerekse ulusal ve uluslararası yargı pratiğinde benimsenen “hakların bütünselliği ilkesi” de kaynak tahsisi konusunda önceliklerin belirlenmesi ve sosyal hakların yargı önünde etkin bir şekilde korunabilmesi için önemli bir anahtar rolündedir. Anayasa yargısının da sosyal hakların etkili şekilde korunabilmesi ve yaşama geçirilebilmesi konusunda öğretideki ve anayasa yargısı uygulamasındaki bu çeşitlilikten yararlanması isabetli olacaktır.

Anayasal sistemimiz açısından da, bu tespit geçerli olacaktır. Sosyal hakların etkinliği ve yargı önünde talep edilebilirliği, devletin “mali kaynakların yeterliliği” paravanına sığınmasının engellenmesi bu şekilde sağlanabilecektir. Anayasa Mahkemesi’nin de özellikle de sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında bağ kurarak yorumlamış olduğu kararları 65.maddenin devre dışı kalmasını sağlamıştır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme’nin

Mahkemesinin, ekonomik, sosyal haklar arasında yer alan çalışma hakkı bakımından devletin olumlu edim yükümlülüğünü yasamanın takdirine bırakmasını haklı olarak eleştirmektedir. Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, s. 233.248.

¹⁷¹⁵ 2017 Anayasa değişikliği ile artık BK’nın KHK çıkarma yetkisi değil, cumhurbaşkanının kararnameleri konusu tartışılmaya başlanmıştır. Anayasa md. 104/17 uyarınca: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” Tıpkı BK’nın KHK’larında olduğu gibi, sosyal hakların cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlanabilip sınırlanamayacağı tartışılmaktadır. Bizim benimsediğimiz görüş, AYM’nin 2011 öncesine kadar KHK alanında benimsediği gibi, Anayasa’nın 13.maddesi ile bağlantılı olarak sosyal hakların da ancak kanun ile sınırlanabileceği ve kararnameler ile sadece düzenleme yapılabileceğidir. Bkz. M. Artuk Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s.40, 41.

¹⁷¹⁶ Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2009, s.92, 93.

¹⁷¹⁷ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 21-23..

bu alanda tutarlı ve istikrarlı olamadığı, buna bağlı olarak da dönem dönem kararlarında farklı eğilimlerin ön plana çıktığı da görülmektedir.

Mahkeme kararlarında benimsenen yaklaşım önemli olmakla birlikte, özellikle 2001 değişikliği sonrasında, 65.maddenin yorumlanmasında, sosyal hakların talep edilebilirliği üzerinde daha aktif ve sosyal hak odaklı bir yaklaşım benimsenebileceği eleştirisi yapılabilecektir.

Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırlarına ilişkin düzenlemenin sınırlayıcı işlevi ve pratiğinin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi'nin sosyal hakları oldukça dar bir şekilde, klasik pozitivist yorum ilkeleri ile sınırlı olarak yorumladığı da söylenebilecektir. Yıldırım'a göre, örneğin “işçi hakları alanında, sendikalaşma hakkı ve grev hakkı gibi önemli haklara yönelik koruma sağlanmada tutarsız bir yaklaşım sergilendiği Mahkeme kararlarında görülmektedir. Mahkeme sosyal haklarla ilgili kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı tutum göstermesine rağmen, devlet memurlarının hak ve görevlerini öngören ilgili maddeleri cömertçe yorumlayarak, başta devlet memurları olmak üzere belirli gruplara özel önem atfetmiştir. Mahkeme, devlet memurlarına yönelik izlediği koruyucu tutumunun aksine, diğer insanlardan aynı hakları esirgemekten çekinmemiştir. Mahkeme'nin bu eylemi, elbette en yoksul grupların lehine değildir ve gerçekten de daha faydalı bir şekilde kaynakların toplumun daha yoksun ve daha az organize olmuş kesimlerine yeniden tahsis edilmesini önlemede rol oynayabilir.”¹⁷¹⁸

Anayasa Mahkemesi, bunun yanı sıra sosyal haklarla ilgili olarak politik organların yetki alanına girmemek konusunda da oldukça ihtiyatlı bir tutum sergilemektedir. Özellikle de yasal bir dayanak olmadığında, kaynak tahsisine ilişkin kararlar konusunda sessiz kalmakta ve bu husustaki sorumluluğu politik organlara bırakarak yargısal denetimi “zayıf” bir şekilde yerine getirmektedir. Mahkeme, sosyal haklara ilişkin anayasal hükümleri yorumlarken yaratıcılık yeteneğini sergilememiştir, çünkü yürütme erkinin alanına girmemeye fazlasıyla dikkat etmektedir.¹⁷¹⁹ Örnek olarak, AYM'nin sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararları haricinde “insan onuru” kavramına yapılan vurgu çok azdır; bu bağlamda Anayasa'da

¹⁷¹⁸ Engin Yıldırım, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2014/10.pdf , s.154. E.T.25.01.2019.

¹⁷¹⁹ E. Yıldırım, a.g.e., s. 155.

mevcut bulunan sosyal hakların özüne ilişkin yorumlarda ya da yeni sosyal haklar oluşturma bağlamında kullanılmamaktadır.

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasal sistemimize dahil edilen bireysel başvuru kurumu da sosyal haklara ilişkin olarak Mahkeme'nin daha etkin bir tutum ortaya koyabilmesi açısından önemli bir imkandır. Bununla birlikte, AYM'nin genel olarak sosyal haklar içtihadı göz önüne alındığında, bu düşünce fazla “iyimser” kalabilir. Bütün bunlara ek olarak bireysel başvuru sistemi, Anayasa ile İHAS'ta yer alan “medeni ve siyasi hak ve özgürlükler” ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte sosyal haklar “medeni ve siyasi haklar” ile olan bağı çerçevesinde yorumlanarak bu mekanizma kapsamında da yargısallaştırılabilirler. 1. Bölüm'de de belirtildiği üzere, İHAM Airey/İrlanda¹⁷²⁰ kararından itibaren, Sözleşme'de açık bir şekilde düzenlenmemiş, ancak Sözleşme'de yer alan medeni ve siyasi haklarla bağlantılı olan pek çok sosyal hakkı, Sözleşme kapsamında korumaktadır. İHAM'ın içtihatları ve kullandığı yorum teknikleri ile birlikte karşılaştırmalı anayasa yargısının deneyimleri, bu bağlamda AYM'nin önünde yol gösterici niteliktedir.¹⁷²¹

H- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendikal Haklar

Kolektif sosyal haklar olarak da isimlendirilen sendikal hakların başlıcaları; sendika kurma, sendikaya üye olma ve üyelikten çıkma hakkı, toplu pazarlık yapma ve yönetime katılma hakkı ve grev hakkıdır. Bunlar, çalışma koşullarının düzeltilmesi, adil ücret, toplumsal güvenlik vb. somut kazanımların elde edilmesinde vazgeçilmez bir yere sahip olduklarından, “araç” hak ve özgürlükler olarak da nitelendirilmektedir.¹⁷²²

Sendikal haklar, üç ögeli bütünselliğiyle sosyal hakları korumanın, geliştirmenin ve somut olarak daha ileri düzeyde gerçekleştirmenin önemli araçlarından biridir. Sosyal haklar arasında bu açıdan da ayrı bir yeri olan sendikal haklar, sosyal hakların güvencesi olarak hak öznelere tüm bileşenleriyle eksiksiz tanınması gereken toplu araçlardır.

Sendikal haklar, toplu sözleşme ile grevi de içeren toplu eylem haklarını kapsayan bütünselliğiyle, günümüzde insan hakları alanında gelinen aşamada artık yalnızca dar anlamda

¹⁷²⁰ Airey/ B.K., Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, para. 26.

¹⁷²¹ Anayasa Mahkemesi'nin sosyal haklarla bağlantılı olarak bireysel başvuru kararlarına biraz ileride değinilecektir.

¹⁷²² İ. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, s. 50.

“bağımlı çalışanlar”ın hakları değildir. İşverenin ekonomik gücüne karşı emekçilerin dayanışmasının sembolü olan sendikal haklar, bu bölünmez içeriğiyle, gerek aktif çalışma yaşamından ayrılanlar, gerek emek piyasasına girmeye hazırlananlar ve gerekse emek piyasasının dışında kalanlar ve/ veya dışında bırakılanlarca, kısacası işgücünün hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirme gereksinmesi içinde olan tüm alt kesimlerince kullanabilmelidir. Bunun dayanakları, “çalışanlar” terimini bu anlamda genişleten uluslararası insan hakları hukukunda vardır.¹⁷²³

Bu başlık altında, sendikal hak ve özgürlükler alanında insan hakları hukukunda gelinen bu aşamanın ışığında Anayasa Mahkemesi’nin tutumu değerlendirilecektir.

1. Sendika Özgürlüğü

Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir unsuru olarak demokratik bir toplumun kalbinde yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre de, “Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkanı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.”¹⁷²⁴ Bu bakımdan sendikal özgürlükler bir bütün olarak; sendika hakkının yanında toplu sözleşme yapma ve grev hakkıyla birlikte güvence altına alınmalıdır.

Örgütlenmek ve sendikalaşmak, işçi olsun memur olsun bütün çalışanların, “herkes”in hakkıdır. İnsan haklarına ilişkin pek çok uluslararası belgede ve bu kapsamda İHAS’ta da bu hak “herkes”e tanınmıştır. Genellikle, “silahlı kuvvetler, polis ve devlet yönetiminde bulunanlar”ın bu hakları kullanmalarına “meşru sınırlamalar” getirilebileceği kabul etmiştir.

ILO’nun 87 No’lu Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi de sendikalaşma konusunda, “hiçbir biçimde ayırım gözetmeme, önceden izin almama ve kendi seçtikleri örgütleri kurma” şeklinde uluslararası ölçüleri koymuştur.¹⁷²⁵

¹⁷²³ Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 1, Ankara: Belediye-İş Yayını, 2005, s.197.

¹⁷²⁴ AYM, E. 2013/1, K. 2014/161, K.T. 22.10.2014, RG 11.11.2015-29529.

¹⁷²⁵ Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1995, s.26, 27.

Türkiye’de sendikal özgürlüklerin parçalandığı, buna bağlı olarak da uygulama ve etkilerinin sınırlı kaldığı söylenebilecektir. Sendika hakkı düzenlenirken nispeten hak alanı geniş tutulmakta, bu hakkı işlevleştirecek olan toplu pazarlık ve grev hakkı daraltılmakta, ayrıca bu haklar verilirken çalışanlar da parçalanmakta; bazı çalışanlar sendika, toplu pazarlık ve/veya grev haklarından yoksun bırakılmaktadır.¹⁷²⁶

Türkiye’de 1982 Anayasası’nın orijinal halinde, yalnızca “işçi”lerin sendikal hak ve özgürlükleri tanınıp düzenlenmekteydi. İşçi sendikaları, 1982 Anayasası’nın 51 ve 52. maddeleri ışığında Sendikalar Kanunu¹⁷²⁷ hükümleri çerçevesinde kurulup faaliyet göstermekteydi. Serbest kuruluş ilkesi öngörüldüğü halde sendikalar, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü yönlerinden birçok sınırlama ve yasaklamalara bağlı kılınmıştı. 1995 değişikliği ile Anayasa’nın, sendikaların dolaylı da olsa siyasal etkinliklerde bulunmalarını önleyen ve dayanışma yasakları öngören 52. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

2001 Anayasa değişikliği ile, sendika kurma hakkını düzenleyen madde 51 iyileştirilmiş ve “işçiler” yerine “çalışanlar” denilerek, 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeye geri dönmüştür. Buna karşılık, 1995 değişiklikleriyle kendilerine “toplu görüşme” olanağı tanınmış olan kamu görevlileri sendikaları, 2001 değişiklikleri sırasında da toplu iş sözleşmesi (md. 53) ve grev hakkı (md. 54) dışında tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, sendika özgürlüğü şu şekilde değerlendirmektedir: “Sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine erdirmeye amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde göz önünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasa’nın 10, 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına

¹⁷²⁶ Sayın Yorgun, “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2016/3, s. 1183.

¹⁷²⁷ Sendikalar Kanunu, Sayı: 2821, Kabul Tarihi: 5.5.1983, Resmi Gazete, 7.5.1983, Sayı: 18040.

bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tek el biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur.”¹⁷²⁸

Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, sendikal özgürlüğü demokrasinin gereği olarak değerlendirmiş, bu haktan eşit yararlanmanın esas olduğu ilkesini ön plan çıkarmış ve sendika çokluğunu benimsemiştir.¹⁷²⁹

Sendika hakkına ilişkin olarak güncel olarak da, 7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir.¹⁷³⁰ Söz konusu yasa, sendikal hak ve özgürlükler alanında daha özgürlükçü ve çağdaş bir yaklaşımı yakalamak amacıyla hazırlanmış, bu kapsamda önemli yenilikler getirmiş, ancak ILO normlarına uyumu sağlayacak nitelikte sendikal hak ve özgürlükleri güvence altına alan değişiklikleri yeterince içerebilmiştir. Şöyle ki, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, ILO denetim organlarının daha önce eleştirdiği; “işkolu esasına göre örgütlenme”, “yetkide çifte baraj”, “sendika özgürlüğü teminatı”, “zorunlu tahkim”, “grev yasakları” ve “grev ertelemeleri” gibi önemli hususlarda köklü bir değişiklik getirebilmiştir.¹⁷³¹ Bu bakımdan, yasada, toplu özgürlüklere ilişkin var olan mevcut yasaklar kalmaya devam etmiş, ancak bireysel sendika özgürlüğüne ilişkin kısmen de olsa olumlu değişiklikler yapılmıştır.¹⁷³²

Örneğin Kanun’da işverenin, işe alırken, işin dağıtımını sırasında, iş şartlarında ve ücrette sendikal nedenlerle ayrımcılık yapması durumunda “fesih haricinde” işçiye, bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Burada tazminat talep edebilme hakkının “fesih dışında” gündeme gelebilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüş, AYM de söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

AYM, gerekçesinde ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Dava konusu kurallar ile yapılan düzenlemeler iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alabilmelerini düzenlediğinden anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır. Ancak sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı

¹⁷²⁸ AYM, E. 1970/48, K.1972/3, KT.8-9.02.1972, RG.19.10.1972-14341.

¹⁷²⁹ S. Yorgun, a.g.e., s.1188.

¹⁷³⁰ Bkz. AYM, E. 2013/1, K. T. 11.11.2015.

¹⁷³¹ Pir Ali Kaya, “Uluslararası Normlar Bağlamında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, **V. Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, İstanbul: Petrol-İş Yay. 118, 2013, s. 152.

¹⁷³² Murat Özveri, **Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası**, İstanbul: Birleşik Metal-İş Yay., 2012, s.174.

olamaz. Ölçülülük ilkesi, kanuni önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.”

Kanun’da, sendikal sebeplerle sözleşmesi feshedilen işçilere tanınan işe iade davası açabilme hakkı da İş Kanunu’nun 18. Maddesinde yer alan “iş güvencesi” kapsamında olan işçilere tanınmış, bu bakımdan sınırlandırılmıştır. İş Kanunu’nun 18. maddesinde “iş güvencesi”nin koşulları “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışıyor olmak” ve “bu işyerinde en az 6 aylık kıdeme sahip olmak”, “belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olmak” olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ifadesi ile aynı maddenin 5. fıkrasında yer alan “18,” ifadesi nedeniyle, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler, sendikal güvence kapsamı dışında tutulmuş, bu işçiler sendikal nedenle fesih halinde hem işe iade davası açma hem de sendikal tazminat talep etme hakkından mahrum bırakılmıştır.¹⁷³³

AYM bu düzenlemeyi de ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre sendikal örgütlenme hakkına yönelik olarak yapılan bu sınırlama toplumun genel yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi kuramamıştır. Ayrıca sendikal sebeplere bağlı olarak sözleşmesi feshedilenlerin bazıları sendikal güvenceden yararlanabiliyorken bazılarının bu güvencenin dışında bırakılması eşitlik ilkesi ile hukuk devleti ilkesine de aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin sendikal özgürlüklere ilişkin bu olumlu tutumunun yanında, öte yandan da bu hakların sınırlandırılmasına yönelik bu konudaki uluslararası düzenlemelerle de çelişen bazı hükümleri iptal etmediği de görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafında reddedilen; işkolunda faaliyette bulunma esası, işyeri barajları, sendika kurmak için fiilen çalışma şartı, kuruluş organlarının üye sayısının yasa tarafından belirlenmesi, yeminli mali müşavir denetimi gibi yasal düzenlemeler sendikal haklara yönelik önemli ihlaller içermektedir.¹⁷³⁴

AYM, sendikaların serbest bir şekilde üst kuruluş kurma haklarını kısıtlayan “konfederasyon” örgütlenmesine yönelik düzenlemeyi Anayasa’ya uygun bulmuştur. Kaleli ise karşı oy yazısında sendikaların çokluğu ilkesine vurgu yapmıştır: “Sendikaların çalışma alanıyla ilgili olarak daha kuruluş aşamalarında bazı sınırlamaların öngörülmesi, sendikaların

¹⁷³³ S. Yorgun, a.g.e., s.1188.

¹⁷³⁴ S. Yorgun, a.g.e., s.1193.

kuruluşunu yakından ve derinden etkilemesi nedeniyle hakkın özünü zedelemektedir. Hakkın özüne dokunulmasını bir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklamasının yanında kısmen kullanılmaz duruma getirilmesi ya da amacına uygun kullanılmasını güçleştirme olarak değerlendirdiğimizde söz konusu yasal düzenlemenin hakkın özüne dokunma yasağını ihlal ettiğini söylememiz mümkündür.” Kaleli, ayrıca bu hususta Anayasa’nın 90. maddesinin de göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Yıldırım da karşı oy yazısında dava konusu yasanın, işkolu sendikaları ile konfederasyonlar dışında başka hiçbir sendikal örgütlenmeye imkan tanımamasını, sendika kurma hakkının özüne dokunan bir sınırlama olarak nitelendirmiştir.

Yine karşı oyda şu hususların da altı çizilmiştir: “Ölçülülük testinin alt unsurlarından olan elverişlilik bakımından konuya yaklaştığımızda yasanın genel gerekçesinden hareketle yasa koyucunun amacının güçlü bir sendikacılık oluşturmak olduğu, bu hedefe ulaşmak için de işkolu sendikacılığını en uygun araç olarak gördüğü söylenebilir. İkinci aşama olan gereklilik testinde sınırlayıcı aracın sınırlama amacını gerçekleştirme açısından zorunlu olup, olmadığı aranmaktadır. İptali istenen kurallarla belli bir örgütsel yapının dayatılması yasa koyucunun amacını gerçekleştirmeye dönük zorunlu bir tedbir değildir. Üçüncü aşama olan orantılılık testinde ise gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında ölçüsüz bir oran olup, olmadığına bakılmaktadır. Burada da amaç ile araç arasında sendika kurma hakkını en az sınırlayacak makul bir orantıdan söz etmek mümkün değildir. Çünkü özgür bir toplumda devletin temel görevi mümkün olduğunca yasaklamadan, zor kullanmadan bireylerin tercihlerine saygı göstermektir. Çalışanlar hak ve çıkarlarını koruyup geliştirecek sendikal örgütlenmenin biçimini ve düzeyini seçmede özgür olmalıdırlar. Hangi tip yapının hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirmede en iyi sonuçlar yaratacağına, çalışanlar hür iradeleriyle kendileri karar vermelidir. Sosyal hukuk devleti ilkesini kabul etmiş demokratik bir siyasi ve toplumsal düzene yakışan da budur.”

AYM, 6552 sayılı yasa ile işkolu barajının yüzde 1’e inmesine yönelik değişikliği “güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi amacıyla öngörülen yüzde birlik işkolu barajının çalışanlara aşırı ve olağanüstü bir yük yüklediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yüzde birlik işkolu barajının, sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.” diyerek Anayasa’ya uygun bulmuştur. Bununla birlikte “Ekonomik ve Sosyal Konsey’e üye olmayan konfederasyonları için getirilen yüzde 3’lük işkolu barajı uygulaması”nı ise şu gerekçelerle iptal edilmiştir:

“Dava konusu kuralda işçi sendikalarının Türk-İş, Hak-İş veya DİSK’e üye olmalarını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme yer almamakta ise de iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan yüzde birlik işkolu barajının bu üç Konfederasyondan birine üye olmayan sendikalar yönünden yüzde üç olarak uygulanmasının, sendikaları, bu Konfederasyonlara üye olmaya zorlayıcı bir nitelik taşıdığı açıktır. Zira toplu iş sözleşmesi imzalamak işçi sendikalarının varlık koşulu değil ise de temel hedeflerinden biridir. Sendikalar, bu hedeflerine ulaşabilmek için tabiatıyla yüzde üç yerine yüzde birlik işkolu barajı avantajından yararlanmak isteyecek ve dolayısıyla Konseye üye olan üç işçi konfederasyonundan birine üye olmak durumunda kalacaklardır. Sendikaların, yüzde birlik işkolu barajına tabi olma avantajı getirilmek suretiyle 4641 sayılı Kanun’da sayılan konfederasyonlardan birine üye olmaya zorlanmaları, sendika özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.”¹⁷³⁵

Kanun’da yer alan sendikal barajlar, ILO kararlarıyla da çalışmakta ve sendikal örgütlenme hakkının özüne dokunmaktadır. Ancak AYM konuya bu perspektiften bakamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 6356 Sayılı Yasa’nın 6. maddesinde yer alan sendika kurucusu olabilmek için getirilen “fiilen çalışan olmak” koşulunu da iptal etmemiştir. İşsizlerin sendika kurucusu olmasını engelleyen düzenleme de hak temelli bir yaklaşım açısından oldukça sorunlu görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi, işkolunda faaliyette bulunmaya ilişkin düzenlemeyi de iptal etmemiş, sendika çokluğu ilkesi ile çelişecek şekilde, adeta “tek tip” sendikacılığa geçit vermiştir. Bu bağlamda serbestçe sendikal yapıyı seçebilme özgürlüğü, sendika kurabilme ve sendikal faaliyette bulunma özgürlüğü kısıtlanmıştır. Verilen karar ILO kararları ile de çalışmaktadır.

AYM’nin kanunda yer alan bazı hükümleri iptal etmesine rağmen sosyal hukuk devleti çerçevesinde sosyal adaleti sağlayan ve sendikal özgürlükleri teminat altına alan yasal düzenleme hedefine ulaşamamıştır. AYM’nin kararı sendikal hakları genişletici olmakla birlikte son derece yetersizdir. AYM, sendikal haklar konusunda minimal yorumla hareket etmeye ve uluslararası sözleşmeleri dar ve eksik yorumlamaya devam etmiştir.¹⁷³⁶ Sendikal

¹⁷³⁵ Bkz. AYM, E.2014/177, K.2015/49, K.T. 11.06.2015.

¹⁷³⁶ S. Yorgun, a.g.e., s.1195. Kararı olumlu bulan görüşler için ayrıca bkz. Banu Uçkan Hekimler, “Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2015/4, s.31.

özgürlüklere yönelik genişletici kararlar alan AYM, konu ile ilgili diğer hukuka aykırılıkları iptal etmediği için kararlarının etkisi oldukça sınırlı olacaktır.¹⁷³⁷

Sendika hakkı bağlamında, kamu görevlilerinin durumuna ve Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki kararlarına da ayrıca değinmek gerekir. Sendikal hak ve özgürlükler alanında, hak özneleri olarak kamu görevlileri ayrı bir yerde durmaktadır. Özellikle de, biraz ileride değineceğimiz toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı açısından bu hak özneleri üzerinde Türkiye uygulamasında yasaklama anlayışı ağır basmıştır. Oysa günümüz insan hakları anlayışında artık kamu görevlilerinin de sendikal haklardan tam ve eksiksiz olarak yararlanmaları eğilimi ön plana çıkmıştır.

Sendika hakkı özelinde Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında, memur sendikalarının tüzel kişiliği bulunduğunu kabul etmiştir: “Demokratik düzenlerde sendikaların ereği, 624 sayılı Kanunun 1. maddesinde de belirtildiği gibi, mensuplarının ortak meslekî, kültürel, sosyal ve iktisadî hak ve menfaatlerini korumak, özellikle, meslekî gelişmeyi ve aralarındaki yardımlaşmayı sağlamak diye tanımlanabilir. Buna göre 624 sayılı Kanunun 14. maddesinin İ bendinde yer alan (Devlet personeli hukuku, kamu hizmeti görevlilerine ilişkin mevzuat ve bunların uygulanış biçimleri) konularının, sendikaların çalışmalarında önde gelen en büyük hedefi oluşturduğu meydandadır. Bu hedef çevresindeki çalışmaların, kamuoyunda ve idare edenler üzerinde yapacağı etki bakımından verimli ve yararlı olabilmesi için, kimi durumlarda, açık hava toplantıları, gösteri yürüyüşleri gibi, dört duvar dışında yapılmasının gerekli olabileceğinde de kuşku yoktur. Şu halde bu biçimdeki çalışmaların kamu hizmetine de zarar vermeyecek bir biçimde düzenlenmesi gerekirken büsbütün yasaklama yolunun tutulmasının, Anayasa'nın 46. maddesindeki sendika kurma hakkının özünü zedeleyeceği ortadadır.”¹⁷³⁸

Yüksek Mahkeme, aynı kararında ayrıca toplu gösteri ve yürüyüş yapma hakkının sendikal hak kapsamında hakkın özünün korunması gerektiği ve bunların tamamen yasaklanmasının sendikal hakkı göstermelik bir hak haline dönüştüreceğini belirterek bu hakkın ancak kamu hizmetlerinin gerektirdiği ölçüde sınırlandırılabilirliğini, bütünüyle yasaklanamayacağını belirtmiştir.

¹⁷³⁷ Sayın Yorgun, “Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, s.377.

¹⁷³⁸ Bkz. AYM, E. 1969/27, K. 1969/64, K.T. 11.11.1969.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, bu alanda da hakların bütünselliği ilkesinin bir yansıması olarak, kamu çalışanlarının sendikal haklarının kurumsal yapısıyla ilgili olarak, dernek kurma hakkı ile düşünce özgürlüğü arasında bir ilişki olduğunu ifade etmiştir.¹⁷³⁹

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, 399 sayılı KHK'nın¹⁷⁴⁰ “sözleşmeli personelin sendikaya üye olmasını, sendikal faaliyette bulunmasını, bu yolda propaganda yapmasını, desteklemesini ve teşvik etmesini yasaklayan 14.maddesini, Anayasa'nın 51 ve 53.maddelerindeki hakların *sadece işçiler*¹⁷⁴¹ yönünden anayasal güvenceye bağlandığı, KHK'nın öngördüğü sözleşmeli personelin işçi ve memur olmadığının açıkça ifade edildiğini, işçi kapsamı dışında kalan çalışanlar hakkındaki düzenlemeler konusunda yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğunu, işçilerin bu kanun hükmünde kararnameye bağlı olmadığını vurgulandığını ve işçiler açısından hakların yasal güvenceye de kavuşturulduğunu belirterek düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiştir.¹⁷⁴²

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde memur, sözleşmeli personel ve geçici personel sayılan kamu görevlilerinin sendika kurabileceği ve sendikaya üye olabileceği belirtilmektedir. 4688 sayılı Kanun'a göre kural olarak bütün kamu görevlilerinin sendika özgürlüğü bulunmakla birlikte bazı kamu görevlileri, yaptıkları işlerin niteliği gereği kapsam dışında bırakılmıştır.¹⁷⁴³ Bu bağlamda, sendika özgürlüğünün kapsamı dışında tutulan kamu görevlileri esasen bireysel olarak değil, kurumsal olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁴⁴

¹⁷³⁹ Bkz. AYM, E.1990/12, K.1991/7, K.T.04.04.1991, RG 13.08.1991-52.

¹⁷⁴⁰ 22 Ocak 1990 tarihli, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameler.

¹⁷⁴¹ 1995 Anayasa değişikliği ile memurlara “grevsiz ve toplu sözleşmesiz” olarak sendikal haklar tanınmıştır. Bkz. Z.G.Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s.226.

¹⁷⁴² AYM, E.1990/12, K.1991/7, K.T. 04.04.1991. Kararda verilen sonuca dair eleştiriler için ayrıca bkz. M. Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 2006, s.6 ve 21; M. Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001**, Ankara: TODAİE Yayınları, 2002, s.180.

¹⁷⁴³ 4688 sayılı Kanun'a göre: “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri; yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar; bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilatlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilatlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcıları; Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve ileri teknoloji enstitü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları; mülki idare amirleri; Silahlı Kuvvetler mensupları; Milli İstihbarat Teşkilatı mensupları; bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları; emniyet hizmetleri sınıfı; ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri sendikaya üye olamazlar ve sendika kuramazlar.” (md. 15).

¹⁷⁴⁴ Metin Kutsal, “Kamu Görevlilerinin Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No: 118, 2013, s.164.

Anayasa Mahkemesi konuyla bağlantılı olarak Milli Savunma Bakanlığı ile TSK kadrolarında görev yapmakta olan kamu görevlileri ile sivil memurların ve emniyet teşkilatında, emniyet hizmetleri sınıfı dışında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personelinin sendikal örgütlenme hakkını kısıtlayan düzenlemeleri iptal etmiştir (4688 sayılı Kanun, md. 15/I(g)).¹⁷⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıfına dahil personelin örgütlenme yasağına ilişkin düzenlemeyi de iptal etmiştir. (4688 sayılı Kanun, md. 15/I(j)).¹⁷⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, kararında TSK’da askeri personelin dışında “sivil işçi” ve “sivil memur” olmak üzere iki farklı statüye tabi sivil personelin çalıştığını belirterek, sivil memurların, sivil işçilerle birlikte hemen hemen aynı iş ve yerlerde görev yaptıklarını, ancak istihbarat, asayiş, askeri yetki ve görevlerinin bulunmadığını ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi olduklarını ifade etmiştir.¹⁷⁴⁷ Anayasa Mahkemesi kararında, “emniyet teşkilatında çalışan sivil personelin yerine getirdiği hizmetlerde disiplinsizlik dolayısıyla oluşabilecek aksaklıkların, telafisi güç ve imkansız zararların oluşumuna yol açmayacağını” da belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme buradaki sınırlamayı “ölçülülük ilkesi” ile “demokratik toplumun gerekleri”ne aykırı bulmuştur. Kararda Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm’de detaylı olarak değindiğimiz, İHAM’ın Demir ve Baykara/ Türkiye¹⁷⁴⁸ kararını da referans göstererek sendikal hakların bütüncül olarak, topyekun yasaklanamayacağını, yalnızca İHAS md.11/2’de belirtilen meşru sebeplerle sınırlandırabileceğini ifade etmiştir. Bu husus silahlı kuvvetler ve kolluk görevlileri için de geçerlidir.

AYM, emniyet teşkilatında görev yapan sivil memurlar bakımından sendikal özgürlükleri tanırken, polisleri ise bu haktan yoksun bırakmıştır.¹⁷⁴⁹ Yüksek Mahkeme, “iç güvenlik hizmetinin aksamaması” ve “hiyerarşi ile disiplinin aşınmaması” gerekçesi ile söz konusu yasağı Anayasa’ya uygun bulmuştur.

Yüksek Mahkeme kararında ILO’nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Haklarının Korunması Sözleşmesi’ne de yer vermiş ise de, bu sözleşmeleri oldukça dar bir

¹⁷⁴⁵ AYM, E. 2013/21, K. 2013/57, K.T. 10.04 2013, RG 12.07.2013.

¹⁷⁴⁶ AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, K.T. 29.01.2014, RG 13.05.2014.

¹⁷⁴⁷ B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s. 15, 16.

¹⁷⁴⁸ Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, para.119-120.

¹⁷⁴⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md.36’ya göre “özel kanunlarına göre çarşı ve mahalle bekçisi, polis, komiser muavini, komiser, baş komiser, emniyet müfettişi, polis müfettişi, emniyet amiri, emniyet müdürü ve emniyet müdürü sıfatını kazanmış emniyet mensubu memurları” bu kapsamda değerlendirilmektedir.

şekilde yorumlamıştır. Hem 87 sayılı ILO Sözleşmesi’nde, hem de 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık ILO Sözleşmesi ile 151 sayılı Kamu Yönetiminde Çalışma İlişkileri ILO Sözleşmesi’nde silahlı kuvvetler mensupları ve polislere sendika hakkının tamamen yasaklanacağından söz edilmemekte, yalnızca hangi derecede tanınacağıнын belirlenmesi hususu iç hukuka bırakılmaktadır.¹⁷⁵⁰ Bu bakımdan emniyet mensupları için sendikal hakların tamamen ortadan kaldırılabilmesine ilişkin bütüncül bir yasak yer almamakta; sadece sınırlandırmadan veya ulusal mevzuatta düzenlemeden bahsedilmektedir.¹⁷⁵¹ Söz konusu düzenlemeler silahlı kuvvetlere ve polise kesin bir sendika yasağı koyma yetkisini içermez, görev ve yetkilerinin niteliği göz önüne alınarak söz konusu kişiler için diğer çalışanlara göre daha geniş ve özel sınırlamalar getirilmesine imkan verir.¹⁷⁵²

İHAM ve ILO denetim organlarının kararlarında da belirtildiği üzere, “sendikal haklar bir bütündür” ve sendika hakkı, toplu pazarlık, toplu eylem ile grev olmak üzere üç temel unsurdan oluşur. Bazı kamu görevlileri açısından grev hakkının sınırlandırılması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte çalışan bir kesim için bütüncül olarak sendika yasağı öngörülmesi ulusal üstü insan hakları hukuku birikimine aykırıdır. Anayasa’nın 90. maddesi çerçevesinde de Türkiye’nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların çatışması taşıması halinde uluslararası sözleşmeler geçerlidir.

ASŞ da sendika hakkını polislere tanımıştır. BM MHS’nin 22. maddesinde de, “Bu madde, polis teşkilatında çalışanlar ile silahlı kuvvetlerin sendika hakkını kullanmaları bakımından hukuki kısıtlamalar (lawful restrictions) öngörülmesini engellemez.” ifadesi bulunmaktadır. Bu düzenleme de sendika hakkının kullanımına ve sınırlandırılmasına dair kriterleri devletlerin takdirine bırakmakta, büsbütün ortadan kaldırmamaktadır.

Benzer yönde bir düzenleme ESKHS’nin 8.maddesinde de vardır. Burada da tamamen bir yasaklama söz konusu değildir.¹⁷⁵³ Öğretide Gülmez de söz konusu düzenlemede vurgulanan “yasal kısıtlamalar” ibaresinin kesin ve mutlak bir sendika kurma yasağını ifade etmediğini ancak sınırlamanın mümkün olduğunu belirtir.¹⁷⁵⁴

¹⁷⁵⁰ Z. Gönül Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s.227, 228.

¹⁷⁵¹ B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s.19.

¹⁷⁵² M. Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, S:1, 2005, s. 146.

¹⁷⁵³ Buradaki düzenlemede hakkında da BM Genel Kurulunda yapılan görüşmeler esnasında “polis, silahlı kuvvetler ve diğer kamu hizmeti görevlilerinin sendikalarının yok sayılmadığı, yalnızca kanuni sınırlamalara imkan tanıdığı belirtilmiştir. Bkz. M. Gülmez, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, s. 116.

¹⁷⁵⁴ M. Gülmez, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Ankara: Belediye-İş Yay., s.129.

Sonuç olarak ulusal üstü insan hakları hukukunda polisin sendikal haklarının sınırlandırılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte onların tamamıyla bu haklarından yoksun bırakılması söz konusu düzenlemelere aykırı olacaktır.

Bu doğrultuda karşı oylarda da emniyet teşkilatındaki personelin oldukça ağır şartlarda görev yapmakta oldukları ve sendikal örgütlenme haklarını kullanmalarının demokratik bir toplum için gerekli olduğu vurgulanmıştır. Yine ulusal üstü insan hakları hukukundaki genel eğilimin de (İHAS sistemi, ILO sözleşmeleri, ilgili BM sözleşmeleri gibi) söz konusu hakkın tamamen ortadan kaldırılamayıp kısıtlanabileceği hususu belirtilmiştir.

Hiyerarşiyi esas alan ve emir-komuta zincirine dayalı olan emniyet teşkilatı gibi kurumlarda sendika hakkı ayrı bir yere sahiptir. Çünkü bu tür yapılarda kimi zaman bazı hukuksuzluk, keyfilik ve özlük hakları ihlalleri olabilmekte, sendikalar ise bu tür iç hukuksuzlukları azaltıcı/önleyici bir rol da üstlenebilmektedir.¹⁷⁵⁵ Polislerin üye olacakları sendikalar, hem onların özlük haklarının korunmasında hem de emniyet teşkilatının işleyişindeki hukuksuzluk ve aksaklıkların giderilmesi bakımından önemli sonuçlar doğurabilecektir. Güvenlik güçlerinin insan hakları ve demokrasiye saygı duyması, onları koruması gerektiğinin altı çizilirken onların demokratik sendikal hakları ise göz ardı edilmektedir. Oysa ki “hak” temelli bir bakış açısıyla, demokrasinin de tam ve eksiksiz bir biçimde yaşama geçirilebilmesi için söz konusu demokratik haklardan onlar da yararlanabilmelidir. Anayasa Mahkemesi ise kararında demokrasi odaklı ve hak temelli bu bakış açısını yakalayamamıştır.

Polislerin demokratik haklardan yararlanması, demokratik açılımlar açısından polislere empati yapma imkanı sağlayacağı gibi, insan haklarına, hukuka ve demokratik haklara karşı daha duyarlı bir polis teşkilatı yapısının oluşmasına da katkıda bulunacaktır.¹⁷⁵⁶

Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir diğer karar da Anayasa Mahkemesi’nin devlet destekli memur sendikacılığına ilişkin iptal kararıdır. Sendika ve konfederasyonların esas gelir kaynağı üyelerinin vermiş oldukları ödentilerdir. Sendikaların ve konfederasyonların

¹⁷⁵⁵ B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s. 19.

¹⁷⁵⁶ B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s. 20. Bunun en iyi örneklerinden olan Güney Afrika’daki polis sendikası POPCRU Güney Afrika polis teşkilatının insan haklarına ve demokrasiye karşı daha duyarlı hale gelmesini sağlamıştır. Bkz. Monique Marks, Jenny Fleming, “The Untold Story: The Regulation of Police Labour Rights and The Quest for Police Democratisation”, **Police Practice and Research**, Vol:7, No:4, 2006, s. 320. Bunun yanı sıra günümüzde pek çok ülkede de polislerin sendikal hakları güvence altına alınmış durumdadır. Bkz. Roy J. Adams, “The Human Rights of Police to Organize and Bargain Collectively”, **Police Practice and Research**, Vol: 9, No: 2, 2008, s.167, 171.

bağımsızlığı ile saflığı ilkelerinin de yaşama geçirilebilmesi bakımından söz konusu ödentiler yaşamsal önemdedir.¹⁷⁵⁷

Söz konusu ilkeler bakımından devletin sendikalara yaptığı katkılar oldukça tartışmalıdır. Bu bağlamda 5473 sayılı Kanunla¹⁷⁵⁸ 375 sayılı KHK'ya¹⁷⁵⁹ bir madde eklenerek sendika üyesi olan ve buna bağlı olarak da üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerine, her ay için 5 TL “sendika ödeneği”¹⁷⁶⁰ denilen bir devlet katkısının verileceği öngörülmüştür. Ancak söz konusu düzenlemenin kamu işverenin sendikalara müdahale etmesi anlamına geldiği, bu bakımdan da sendikal özgürlüklere zarar verdiği, ayrıca bütün kamu görevlilerine aynı oranda toplu görüşme primi verilmesinin de aynı sendikaya üye olanlar arasında farklı bir durum ortaya çıkardığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır.¹⁷⁶¹

AYM, kararında 98 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerine de atıfta bulunarak söz konusu devlet desteğinin Anayasa'nın 51.maddesinde yer alan sendika hakkına karşı bir müdahale anlamına geldiği ve sendikaların bağımsızlığı ilkesine de aykırı olduğunu belirtmiş ve söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

Sendikalara devletin vermiş olduğu maddi destek ve katkılar sendikaların bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayan bir uygulamadır ve dolaylı olarak sendikaların işleyişine müdahale etmek anlamına gelmektedir. Üyelik aidatlarına yapılan devlet desteği ise, sendikalarla üyeleri arasındaki temeli ve ilişkiyi önemli ölçüde zedelemektedir.¹⁷⁶² Yapılan destek, sendikaların

¹⁷⁵⁷ M. Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, Ankara: TODAİE Yay., 2002, s.488; Kadir Arıcı, “Devletçe Kamu Görevlileri Sendikalarına Üye Olanlara Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı:1-2, Ankara, 2007, s.14, 16.

¹⁷⁵⁸ 5473 sayılı Değişik Adlar Altında İlave Ödemesi Bulunmayan Memurlara ve Sözleşmeli Personele Ek Ödeme Yapılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarihi: 31.03.2006, Sayı: 26125.

¹⁷⁵⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile diğer bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması, devlet memurları ve diğer kamu görevlilerine memuriyet taban aylığı ve kıdem aylığı ile ek tazminat ödenmesi hakkında 375 sayılı kanun hükmünde kararname RG 30.06.1989, No: Mükerrer 20211.

¹⁷⁶⁰ Bu ibare her yıl değişebilmektedir. Örneğin 2009 için, 15.01.2009'dan geçerli olmak üzere “her ay için 10 TL toplu görüşme primi verilir.” Düzenlemesi getirilmiştir.

¹⁷⁶¹ AYM, E. 2006/94, K. 2009/92, K.T. 25.06.2009, RG 10.11.2009.

¹⁷⁶² B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s. 24; Mesut Gülmez, “Karar İncelemesi: Devlet Bütçesinden Ödentili Memur Sendikacılığı Özgürlük ve Bağımsızlık İlkeleriyle Bağdaşmaz Anayasa Mahkemesi Kararı”, **Çalışma ve Toplum**, No:29, Sayı: 2, 2011, s. 309.

mali gücünü arttırsa da örgütlenme ve dayanışma bilinci tam tersine gelişmemekte; sendikaların işleyişi ve itibarları olumsuz yönde etkilenmektedir.¹⁷⁶³

2. Toplu Sözleşme Hakkı

1982 Anayasası'nın orijinal halinde, toplu iş sözleşmesi, “işçi” ve “işverenlerin”, “karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenleme” amacına bağlandığından, toplu sözleşme hakkı hem özneleri yönünden sınırlandırılmış; hem de hakkın sosyal yanı, amacı bakımından çalışanların lehine olma özelliği azaltılmıştır. Bu çerçevede hak öznesi olarak işçilerin de “ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını” öncelikle var olan maddi içeriği geriye götürmeksizin “koruma” ve özellikle de var olan içeriği yeni hak ve güvencelerle “geliştirme” amaçlarından söz edilmemiştir.¹⁷⁶⁴

Toplu sözleşme alanını daraltan hükümlerden bir diğeri de, aynı işyerinde aynı dönemde birden fazla toplu sözleşme yapılmasının yasaklanmış olmasıdır. (md. 53/4). Bu hüküm, 2010 Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Konuyla ilgili AYM kararlarına bakıldığında, 308 sayılı KHK'nin 3. maddesiyle değişik 233 sayılı KHK'nin 42. maddesinin ikinci fıkrasındaki, “sözleşmeli personelin toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınamayacağı ve bunlara toplu iş sözleşmeleriyle veya toplu iş sözleşmeleri emsal alınarak hiçbir ayni veya nakdi menfaatin sağlanamayacağına” yönelik hüküm,¹⁷⁶⁵ Anayasa'nın sendika kurma ve toplu iş sözleşmesi haklarını düzenleyen 51. ve 53. maddelerine aykırı bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 53. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeden toplu iş sözleşmesi yapma hakkı sadece işçiler yönünden anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Kararda 308 sayılı KHK'nin öngördüğü sözleşmeli personelin işçi ve memur olmadığı açıkça ifade edildiğinden, bunların dışında kalan çalışanlar hakkındaki düzenlemeler konusunda yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğu üzerinde durulmuştur.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶³ Sayın Yorgun, “Grevsiz Toplu Pazarlık Hakkı ve Aidat Bağımlılığı Kıskaçında Memur Sendikaları”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, Sayı: 60, No: 1, 2011, s.162, 165.

¹⁷⁶⁴ Gülmez, öznelerin “işçiler” ile sınırlandırılmış olması, 98 sayılı ILO Sözleşmesi'ne aykırı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, ona göre, o dönemde de “işçiler” teriminin karşıt kavramına dayalı bir yorumla, ne yasaların yaptığı “işçi” tanımının kapsamı dışında kalan çalışanlar, ne de memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa düzeyinde toplu sözleşme yasağı bulunduğu sonucuna ulaşamaz. Bkz. M. Gülmez, “1924'ten 1982'ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurallarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2013, s.83.

¹⁷⁶⁵ 309 sayılı KHK (md.3/d)

¹⁷⁶⁶ AYM, E.1988/5, K.1988/55, K.T.22.12.1988, RG 25.07.1989-20232.

Aynı yönde olmak üzere, 20 Ocak 1990 gün ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin (d) bendindeki, “memurlar ve sözleşmeli personelin toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınamayacağı ve bu gibilere buna dayalı hiçbir ayni ve nakdi menfaat sağlanamayacağı” hükmü Anayasa'ya uygun bulunurken AYM şöyle denilmiştir:

“Anayasa'nın 53. maddesine göre toplu iş sözleşmesi yapma hakkı işçileri kapsamaktadır. Sözleşmeli statünün işçi statüsüne bağlı personeli de bünyesinde bulundurduğu söylenemez.”¹⁷⁶⁷

Aynı KHK'nın 14. maddesindeki, “sözleşmeli personelin sendikaya üye olması, sendikal faaliyette bulunması, bu yolda propaganda yapması, desteklemesi ve teşvik etmesinin yasaklanmasına” yönelik hüküm de yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, işçi statüsünde bulunanların sözleşmeli statüye geçirilerek bu işçileri anayasal haklardan yoksun kılmaya yönelik uygulamalar Anayasa'ya açıkça aykırı düşer.

Burada Yüksek Mahkeme, işçi olarak işe başlayan kişilerin sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesine ve anayasal haklardan yoksun bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmesi önemlidir.¹⁷⁶⁸ Kararda, işçiler ve sözleşmeli personel şeklinde ikili bir ayırım yapılması ise yerinde değildir. Bu tür çalışanlar arasında yapılacak ayrımlar, işyerindeki çalışma barışını da sarsacaktır. Ayrıca, sözleşmeli personele yönelik söz konusu ayırımın bu alanda değinmiş olduğumuz uluslararası düzenlemelere de aykırı olduğu açıktır.

Bu kararlardan da hareketle, hak öznesi olarak kamu görevlilerinin özel konumuna değinmek gerekir. 1995 Anayasa değişikliğiyle kamu görevlilerine *toplular görüşme* olanağı tanınmıştır. Getirilen düzenlemede, “hak temelli” bir bakış açısı benimsenmemiş, toplu görüşme, esasen “hak” olarak nitelendirilmemiştir. Bu çerçevede, “toplular görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanuni düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulur” (md. 53/2).

¹⁷⁶⁷ AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T.04.04.1991, RG.13.08.1991-20959.

¹⁷⁶⁸ AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T.04.04.1991, RG.13.08.1991-20959.

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 25.06.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nda öngörülen toplu pazarlık başlangıçta “toplular görüşme” niteliğindedir. Bu durumda imzalanan belge hemen yürürlüğe girmemekte ve başka bir makamın onayını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle bu belge tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Bu nitelik 2010 Anayasa değişikliğine kadar devam etmiştir; Kamu görevlilerine *toplular sözleşme* hakkı ise, 2010 Anayasa değişikliği sırasında tanınmıştır: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplular sözleşme yapma hakkına sahiptirler” (md. 53/3).

Bu gelişme önemli olmakla birlikte, hakkın kullanımına ilişkin düzenlemede şu hususlar yine sorunludur: - Toplular sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu’na (KGHK) başvurabilirler. Kurul kararı kesin olup, toplular sözleşme hükmündedir. Bu düzenleme, Anayasa değişikliğinin temelinde “zorunlu hakem” sistemi getirmiş olması nedeniyle sorunludur. - Toplular sözleşme hakkının kullanılması, büyük ölçüde kanuna bırakılmaktadır. - Grev hakkında söz edilmemektedir.¹⁷⁶⁹

Bu değişiklik ile Kaboğlu’nun da belirttiği gibi, esasen “gönüllü / isteğe bağlı” değil, “zorunlu hakem” sistemi öngörülmüştür. Çünkü, “KGHK’nin kararları kesindir ve toplular sözleşme hükmündedir.”

Ayrıca taraflardan kamu işverenin her halükarda KGHK’ye başvuracağı da göz önüne alındığında da, sürecin zorunlu olduğu görülmektedir. Yine, KGHK’nin özerklik ve bağımsızlığını kurumsal güvence altına alacak bir anayasal düzenleme de bulunmamaktadır.

Uygulamada da bu eksikliklerin yansıması olarak, ulusal üstü sendikal haklar hukukunda öngörüldüğü gibi hükümetten bağımsızlığı ve yansızlığı anayasal güvenceye alınmayan zorunlu hakem organı KGHK’ye başvuru olanağının ancak “toplular sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde” tanınmış olması nedeniyle, anayasallaştırılan grevsiz ve üstelik zorunlu hakemli, Bakanlar Kurulu’nun kendisi yerine “sureti”nin son kararıyla noktlanan bir toplular sözleşme hakkı olduğu anlaşılmıştır.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁹ İ. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s.53.

¹⁷⁷⁰ M. Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklarda Uyum Sorunu”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yay., İstanbul, 2012, s.48. Gülmez’e göre, işçi sendikalarının “yasal” grev hakkını yalnızca “çıkar uyuşmazlıkları”na özgüleyen bu anayasal düzenleme kaldıkça, kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin değineceğimiz, ne 657 sayılı yasadaki ne de Ceza Kanunu’ndaki grev yasaklarına ilişkin kuralları kaldırma olanağı vardır. Bu yasakların ulusalüstü sözleşmelerle bağdaşmadığı açıktır.

3. Grev Hakkı

1982 Anayasası'nda oldukça kısıtlı bir şekilde yer verilen grev hakkı yalnızca işçilerle sınırlı tutulmuştur (md. 54).¹⁷⁷¹ Grev hakkı, “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hali” ile sınırlandırılmış; “hak grevi” anayasal güvenceye alınmadığı gibi, siyasal grev, genel grev, dayanışma grevi, işi yavaşlatma, verimi düşürme gibi eylemler de yasaklanmıştır. Grev yasağına tabi işler ve işyerlerinin kapsamı çok geniş tutulmuştur. Grev yapılabilecek yer ve durumlarda da greve katılması yasaklanan işçi kesimi büyük sayılara ulaşmaktadır. Alanı son derece daraltılan grev hakkının uygulanmasında en büyük engelleme grevleri erteleme ve Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma yetkilerinin kullanılmasıyla, Yürütme organından gelmektedir.

İşçiler ve işverenler için “grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda erteleme sonunda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu'na çözülmesi”; “uyuşmazlığın her safhasında tarafların da anlaşarak Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilmesi”; Yüksek Hakem Kurulu kararlarının “kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde” olması (md. 54/4; eski fıkra 5) da sorunludur. Zorunlu hakem organına ilişkin bu düzenleme, birçok aykırılığı barındırmaktadır. Öncelikle, Anayasa'dan kaynaklananların yanı sıra yasa koyucunun da ulusalüstü sözleşme ve kararlarla niteliği belirlenen hizmetler ve kişiler ile sınırlı kalmaksızın bunlara ekleyeceği yasaklar –ve hakkın kullanılmasını güçleştiren koşullar– da, ulusalüstü sözleşmelere aykırı düşecektir. Ancak bu fıkradaki en açık ve çarpıcı aykırılık, tüm yasal koşulları yerine getirdikten sonra yapılan grevlerin “ertelendiği durumlarda erteleme sonunda”, çözüme bağlanamayan uyuşmazlığın zorunlu hakem organına sunulup kesin kararlar çözülmesi, artık grev hakkına geri dönme olanağının kalmamasıdır. Bu, tek sözcükle, grev hakkının erteleme yoluyla “anayasal gasbı”dır¹⁷⁷²; ne özgür sendikacılık, ne devletin çalışma ilişkilerine karışmaması, ne de gönüllü toplu pazarlık ilkeleriyle bağdaşır.¹⁷⁷³

¹⁷⁷¹ Anayasa Mahkemesi de grev hakkını 1961 Anayasası döneminde bile dar yorumlamaktaydı: “Bir devletin sosyal devlet olması demek, çalışanların İşverenlere her istediklerini yaptırabilmelerinin sağlanması demek değildir; nitekim, işverenler de işçilere her istediklerini yaptırılmazlar. Sosyal sorunlardan en önemlisi, işçilerin çıkarları ile işverenlerin çıkarları arasında adaletle uygun bir bağdaştırma ve uzlaştırma yolunun bulunabilmesidir. Bu ise, bir yana çıkarlarını koruması için bir takım etkili haklar tanıyıp öbür yanı kendi çıkarlarını koruması için bu türlü haklardan yoksun bırakmakla sağlanamaz. Sosyal ilkelere bağlı devlet, ne çalışanların çalıştırılanları ne de çalıştırılanların çalışanları ezecek durumda olmasına yer bırakmayan devlet demektir” Bkz. AYM, E. 1963/337, K. 1967/31, 19.10.1967.

¹⁷⁷² M. Gülmez, “1924'ten 1982'ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurallarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul: Bildiriler, Petrol-İş Yay. 118, 2013, s.85.

¹⁷⁷³ Zorunlu hakemin, aynı yaklaşımla, kamu görevlileri için de düzenlendiğine yukarıda değinilmişti.

2010 Anayasa değişikliği sırasında 54. maddede hak lehine bazı değişiklikler yapılmıştır; ancak bunlar yetersizdir. Olumlu değişikliklerden biri, grev sırasında neden olunan zarardan sendika sorumluluğunu öngören 3. fıkrası ile, “Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler yapılamaz” şeklindeki 7. fıkranın yürürlükten kaldırılmasıdır. Buna karşılık, aynı maddenin birinci fıkrasına dokunulmadığı için, grev hakkı, “menfaat grevi” ile sınırlı bulunmaktadır.

Bunların yanı sıra, 1982 Anayasası’nın 54. maddesinde, “Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.” ifadesi de yer almaktadır. Maddenin 4. fıkrası uyarınca grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri ise *kanunla* düzenlenir. Bu çerçevede, önce 2822 sayılı kanun ile ve daha sonra da 6356 sayılı kanun ile grev yasakları düzenlenmiştir.

18.10.2012’de kabul edilen 07.11.2012’de Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile daha önce yürürlükte bulunan 2822 sayılı Kanun’da yer alan grev yasaklarının kapsamı daraltılmıştır. Ancak 2822 sayılı Kanun’a ILO normlarına aykırılığı nedeniyle getirilen eleştirilerden bazıları, 6356 sayılı yeni Kanun’da da haklılığını korumaktadır.

AYM’nin yukarıda değinmiş olduğumuz, 6356 sayılı yeni Kanun’la ilgili verdiği kararın grev hakkına ilişkin boyutları da bulunmaktadır. Bu çerçevede AYM, 6356 Sayılı Kanun’un 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının; “...lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bu düzenleme çerçevesinde işverenlere grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık kapsamında bulunan ama grev kararı alınmamış işyerleri için de lokavt kararı alma hakkı getirilmiştir. Bu durumun Anayasa ile düzenlenen savunma lokavtı kavramı ile bağdaşmayacağı belirtilerek grev hakkının kullanılabilmesini engellediği ve ölçülülük ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir.

AYM kararında, “Diğer işyerlerinde çalışmakta olan işçiler için de lokavt uygulamasının gerçekleştirilecek olması nedeniyle greve karar vermek ya da uygulamak hakkını kullanmaktan imtina edilmesine yol açabilecek bu düzenleme Anayasa koyucunun bu konudaki iradesiyle uyumlu olmayan hukuki sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu yönüyle kural, grev hakkına ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan bir

sınırlama teşkil etmektedir. Bu nedenlerden dolayı Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı bulunmuştur.” ifadelerine yer vermiştir.

6356 Sayılı Kanun'un Grev ve Lokavt Yasakları başlıklı 62. maddesi de AYM'nin önüne gelmiştir: “Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz.”

Yüksek Mahkeme söz konusu düzenlemedeki “bankacılık hizmetlerinde;” ve “...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde...” ifadelerini Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. AYM kararında öncelikle “temel hizmetler” kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiş ve bu kavramın çok geniş kapsamlı şekilde sınırlarının çizilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde grev hakkının özüne dokunulacak, bu hak anlam ve içeriğini kaybedecektir:

“Temel hizmetler olarak kabul edilen işlerin, kesintiye uğraması durumunda halkın geneli veya bir bölümünün yaşamı, güvenliği ya da kişisel sağlığı tehlikeye düşebileceği için grev ve lokavt kısıtlanabilir. Bunun yanında, uygulanan grevin süresi ve kapsamı nedeniyle topluma ciddi zararlar vereceği de değerlendirilebilir. Ayrıca, temel hizmetlerin belirlenmesinde evrensel standartlar kadar, her ülkenin özel koşullarının da dikkate alınması gerekir. (...) İşyerinde çalışan işçilerin taleplerini işverene kabul ettirebilmeleri için sahip oldukları en önemli silah olan grev hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde en geniş bir biçimde kullanılabilmesine imkan sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla demokratik düzenin ayrılmaz bir parçası olan grev hakkının anlam kazanması grev yasak ve sınırlamalarının en aza indirilmesi ile mümkündür.”

AYM, itiraz konusu yasakların ikisini hakkı tamamen ortadan kaldıran yasaklar olarak değerlendirmiş, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuş ve stratejik öneminin olmadığına karar vermiştir. Bu yasaklarla bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinden sağlanan kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında dengesizlik olduğu, grev hakkına karşı ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır.

Kanun'un 62.maddesinin 1. fıkrasında yer alan “cenaze işleri ve mezarlıklarda, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya

işlerinde ve Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde” grev yasağı getiren düzenleme ise iptal edilmemiştir.

Sendikal hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilebilmesi için grev hakkı özel önem taşımaktadır. ILO kararları ile çelişecek şekilde grev hakkının çok geniş kapsamlı olarak yasaklanması sendikal hak ve özgürlüklere ilişkin ağır bir sınırlama ve müdahale demektir. Yıldırım, karşı oy yazısında ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi kararlarında da referans yaparak şu hususların altını çizmiştir:¹⁷⁷⁴

“ ‘Kesilmesi halinde toplumun ciddi ölçüde zarara uğrayabileceği yaşamsal nitelikteki hizmetler’ Komite'nin kararlarında temel ölçüt olarak göze çarpmaktadır. Bu çerçevede Komite, grev yasağının olabileceği zorunlu hizmetler olarak hastane, elektrik, su, telefon, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, ceza infaz kurumları, okul çağındaki çocuklara yemek temini ve okulların temizliği ve hava trafik kontrolü gibi alan ve hizmetleri saymıştır. İptali istenen fıkra da belirtilen grev yasaklarından bankacılık ve kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi toplu taşıma hizmetleriyle ilgili yasaklar Mahkememiz tarafından oy çokluğuyla iptal edilirken, kuralda belirtilen diğer alanlardaki grev yasakları Çoğunluk tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Söz konusu sektörlerdeki grev yasaklarıyla anayasal bir hak olan grev hakkının sınırlanması değil, doğrudan yasaklanması, yani grev hakkının özünün zedelenmek bir yana tamamen yok edilmesi söz konusudur. (...) Çalışanların ekonomik, siyasi ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla üretimden ve hizmet sunumundan kaynaklanan güçlerini toplu bir şekilde kullanmaları anlamına gelen grev hakkının yasaklanması ve sınırlandırılması milli güvenlik ve genel sağlık gibi kamu yararı içeren meşru amaçlar içerse bile, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırılık taşımamalıdır. Söz konusu grev yasakları demokratik toplum düzeni için zorunlu olmayan ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır.”

Bunların yanı sıra grev gözcüsü üye sayısının yasayla belirlenmesi, Bakanlar Kurulu'nun genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikteki grev veya lokavtı erteleyebileceğine, ertelemeden sonra da grevin Yüksek Hakem Kurulu tarafından bitirilmesine

¹⁷⁷⁴ Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (revised) edition, 2006, para. 581, 582 ve 585, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf , E.T. 30.12.2018.

ilişkin düzenlemeler (md. 63) de iptal edilmemiştir.¹⁷⁷⁵ Karşı oylarda ise bu düzenlemenin hakkın özüne dokunduğu vurgulanmıştır.

Bu düzenleme Anayasa'nın 54. maddesi ile de paraleldir. 6356 sayılı Kanun'un 63. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmemesi de önemli bir eksikliktir. Taraflar arasında grev erteleme süresinde anlaşma sağlanamaması durumunda sendikanın Yüksek Hakem Kurulu'na zorunlu olarak başvurması gerekeceğinden grev ertelenmesi grevin tamamen durdurulmasına yol açmaktadır. Bu nedenle grev hakkının fiilen kullanılması demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayacak şekilde ölçsüz olarak ve hakkın özünü yok edecek şekilde engellenmektedir. Grev hakkını fiilen ortadan kaldıran bu maddenin iptal edilmemesi, grev hakkının kullanılamaz hale getirilmesinin Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanması anlamına gelmektedir.¹⁷⁷⁶

6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 61. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen “oylamaya katılanlar” ifadesi ile, bir işyerinde çalışanların hepsini değil, sadece grevin oylamasında yer alan işçilerin salt çoğunluğu tarafından “hayır oyu” verilmesi koşulu grev hakkının kullanılabilceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemeyi de iptal etmemiştir.

Yıldırım ise karşı oyunda, “Grev oylaması grevin toplu eylem olarak uygulanmasını zorlaştıracak bir şekilde olmamalıdır. Sosyal taraflar arasındaki güç eşitsizliklerini dikkate aldığımızda oylamaya katılan işçilerin işveren veya yönetim tarafından çeşitli şekillerde baskı altında tutulma olasılığını göz ardı etmemek gerekmektedir. İlgili düzenlemeye göre oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu esas alınacağından işverenler grev ilanı tarihi ile grev oylaması tarihi arasında sendikalı işçi sayısını çeşitli yollarla azaltarak grev oylamasında “hayır” sonucunun çıkmasını sağlayabileceklerdir.” demiştir.

Kanun'un 74. maddesindeki grev sırasında mülki amirlerin işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alacaklarına ilişkin iptal talebi reddedilmiştir. İşyerlerinde

¹⁷⁷⁵AYM, E.2013/1, K. 2014/161, K.T.22.10.2014, R.G. 11.11.2015-29529.

¹⁷⁷⁶ S. Yorgun, “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, s.1191. Grev erteleme kararının bir sonraki aşamada bireysel başvuru yoluyla önüne gelmesi üzerine ise AYM bu kez oybirliği ile anayasal sendika hakkının ihlaline hükmetmiştir (Kristal-İş Sendikası kararı). Biraz ileride bireysel başvuru bağlamında detaylı olarak değinileceği üzere, AYM bu kararında, grev erteleme kararının yürütmesinin durdurulması talebini reddeden Danıştay'ı “*ilgili kurumların genel sağlık ve millî güvenliğe ilişkin görüşlerinin belirtmekle yetindiği*”, dolayısıyla gerekçesiz karar verdiği için eleştirmekten de geri durmamıştır. Bkz. AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2014/12166, K.T. 02.07.2015, RG 12/8/2015-29443.

grev esnasında faaliyetin devamlılığı hususunda mülkü amirleri yetkilendiren düzenlemede anayasal hak olan grev hakkına yönelik mülki amirlere sorumluluk verilmemesi başta eşitlik ilkesi olmak üzere sendikal özgürlüklere aykırıdır.¹⁷⁷⁷

AYM'nin son dönemlerde vermiş olduğu, borsada grev yasağını Anayasa'ya uygun bulan kararı da sendikal haklar alanında hayal kırıklığı yaratan kararlarından biridir.¹⁷⁷⁸ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanun'un 137. maddesinin 2. fıkrasındaki “Bu kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz.” hükmü ile borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yasağı getiren düzenlemeyi ekonomik nedenlerden dolayı Anayasa'ya uygun bulan AYM, grev hakkının özüne aykırı bir karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme gerekçesinde: “İptali istenilen ibare ile grev yasağı getirilirken söz konusu sektörün bir bütün olarak ülkeye sağladığı *ekonomik yararların ve milli ekonomiye katkısının*¹⁷⁷⁹ dikkate alındığında kuşku bulunmamaktadır. Kanun koyucu tarafından sermaye piyasalarının işleyişi bakımından kritik önem arz ettiklerinden bahisle bu kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin sürekliliğini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetler bakımından grev ve lokavt yasağı getirilmiştir. Çalışanların haklarını aramasında grev çok etkili bir yol olmasına karşın, toplumun ekonomik refahını sürdürebilme hakkı ile bu sektördeki grevlerin milli ekonomi, şirketler, bankalar ve vatandaşlar üzerindeki olumsuz etkileri göz önüne alındığında, stratejik öneme sahip olan sermaye piyasasında yer alan faaliyetlerin grev yapılamayacak işler kapsamına alınmasında kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından borsalar, teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev yasağı getirilmiş olması demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediği, ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı gibi Anayasa'nın 54. maddesine de aykırı değildir.” demiştir.

¹⁷⁷⁷ S. Yorgun, “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, s. 1192.

¹⁷⁷⁸ AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, RG 22.07.2014-29068.

¹⁷⁷⁹ Vurgu yazara aittir.

Bu karar, ILO normlarına, İHAM kararlarına ve Avrupa Sosyal Şartı'na da aykırılık oluşturmaktadır. Bu hususlar üç üyenin karşı oy yazılarında da vurgulanmıştır. Yıldırım, karşı oy yazısında:

“İptali istenilen düzenlemede belirtilen sermaye piyasasıyla ilgili finansal hizmetleri, kesilmeleri halinde toplumun tümü veya bir kısmının hayatını, güvenliğini ve sağlığını tehlikeye sokacak yaşamsal nitelikte hizmetler olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilen grev hakkıyla ilgili olarak ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de grev yasaklarının toplumsal yaşam için hayati öneme haiz can ve mal kurtarma, güvenlik güçleri, ordu, itfaiye gibi alanlarla, hastane, elektrik üretim, dağıtım, şehir suyu şebeke ve telefon hizmetleri gibi temel hizmet kolları için geçerli olabileceğini kabul etmiştir.¹⁷⁸⁰ Burada, grevin nüfusun tamamının veya bir bölümünün yaşamına, kişisel güvenlik ve sağlığına yönelik açık ve yakın bir tehdit oluşturup, oluşturmadığına bakılmakta ve temel hizmetlerin kapsamı dar bir şekilde yorumlanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi iptal davasının konusu olan sermaye piyasası sektörünü temel hizmetler arasında saymamıştır. (...) Grev hakkı, niteliği gereği ulusal ekonomi ve uyuşmazlıkla ilgili olmayan üçüncü kişilerin hakları üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilir ancak bu nedenlerle temel hizmet sayılamayacak bir alanda grev yasağını anayasaya uygun görmek, grev hakkının içinin boşaltılmasıyla eş anlamlıdır. (...) ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesinin de vurguladığı gibi bir sektördeki grevin olumsuz iktisadi etkilerinin olması, tek başına o sektörü temel hizmet yapmamaktadır.¹⁷⁸¹ Grev hakkının yasaklanabilmesi için meşru bir amaç içermesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması ölçütlerinin karşılanması gerekir. İptali istenen kural meşru bir amaç taşısa bile, ki o noktada da yukarıda anlatmaya çalıştığım gibi şüphelerim var, her halükarda demokratik toplum düzeninin sağlanması ve korunması için gerekli olan bir yasak değildir. Demokratik bir toplumda temel hizmet sayılamayacak bir sektörde sırf iktisadi kaygılarla anayasanın tanıdığı grev hakkının yok edilmesi kabul edilemez. Üstelik grev hakkı olmadığında toplu sözleşme hakkının ve örgütlenme özgürlüğünün de bir anlamı kalmamaktadır.” gerekçeleriyle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷⁸⁰ Freedom Of Association- Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090632.pdf, para. 576, 582, 585.

¹⁷⁸¹ Freedom Of Association- Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090632.pdf, para. 592.

Grev hakkının ekonomik etki ve sonuçları elbette olacaktır. Hatta hakkın etkililiği de bu yolla sağlanabilmektedir. Ancak yalnızca bu gerekçe, bir faaliyet alanını “temel hizmet” kavramı içerisinde değerlendirmek bakımından yeterli olamaz. Bu konuda ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin (SÖK) yaklaşımının da dikkate alınması, Anayasa’nın 90.maddesinin de bir gereğidir.¹⁷⁸²

SÖK, “devlet adına otorite icra eden kamu görevlilerinin çalıştığı kamu hizmetlerinde”¹⁷⁸³ ve “durması nüfusun tümünün veya önemli bir kısmının hayatını, güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek temel hizmetlerde” grev hakkının sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir.¹⁷⁸⁴ Komite hastaneler, elektrik, su, telefon, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, cezaevi hizmetleri, okul yaşındaki çocuklara yiyecek sağlama ve okul temizliği ile hava trafik kontrolü hizmetlerini temel hizmetler olarak kabul ederken;¹⁷⁸⁵ radyo, televizyon yayınları, petrol tesisleri, liman hizmetleri, bankalar, vergi toplamayla ilgili bilgisayar hizmetleri, mağaza ve lunaparklar, metal ve madencilik sektörleri, genel taşımacılık, uçak pilotları, akaryakıt üretimi ve dağıtımı, demiryolu hizmetleri, şehir içi toplu taşımacılık, posta hizmetleri, çöp toplama hizmetleri, soğutma işletmeleri, otelcilik hizmetleri, inşaat işleri, otomobil üretimi, tarımsal faaliyetler, gıda tedarik ve dağıtımı, darphane, kamu basın hizmetleri, kamu alkol ve tütün işletmeleri, eğitim hizmetleri ve içme suyu şişeleme işletmelerini ise temel zorunlu hizmetler olarak kabul etmemektedir.¹⁷⁸⁶

AYM 6356 sayılı Kanun’un 60. maddesinin 7. fıkrasını da iptal etmiştir: “Kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir.” Böylelikle grev kararı alınarak uyuşmazlığın mücadeleci yollarla çözümü yoluna girilmişken,

¹⁷⁸² Nurşen Caniklioğlu, “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 39, No: 4, 2013, s.299; Melda Sur, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 39, No: 4, 2013, s.349, 350; Aziz Çelik, “Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye’nin Uyumsuzluğu”, **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları**, (Ed. Selda Çağlar), İstanbul: Beta Yay., 2010, s.278-282.

¹⁷⁸³ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) Edition, Geneva, 2006, para. 575, 576.

¹⁷⁸⁴ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) Edition, Geneva, 2006, para. 576, 581.

¹⁷⁸⁵ ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) Edition, Geneva, 2006, para. 585.

¹⁷⁸⁶ S. Yorgun, “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, s. 1193. Bkz. ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, para.587.

buradan tekrar barışçı çözüm yoluna dönülmesi engellendiği gibi, Bakan tarafından tek taraflı olarak bir arabulucunun görevlendirilmesinin de önüne geçilmiştir.¹⁷⁸⁷

Bu iki karardan da görüleceği üzere, Yüksek Mahkeme'nin grev hakkına ilişkin son dönem kararlarında olumlu yönde bir evrilme yaşanmış ise de, bu gelişme oldukça yetersiz kalmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili uluslararası düzenlemelere de kararların gerekçelerinde yer vermesi önemli olmakla birlikte, yer yer söz konusu düzenlemeleri oldukça dar, eksik ve amacına uygun olmayacak şekilde yorumladığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, kararlarında “sosyal hukuk devleti” ilkesine göre yorum yapmalıdır. AYM'nin siyasal ve kişisel hak ve özgürlüklere göstermeye başladığı özeni, sosyal hak ve özgürlüklere de göstermesini beklemek hukukun gereğidir. AYM'nin sosyal haklar konusunda bu alandaki uluslararası belgeleri ve denetim organlarının da kararlarını göz önüne alarak sosyal haklar perspektifine dayalı bir içtihat oluşturmaları gerekmektedir.

Grev hakkı çerçevesinde hak öznesi olarak kamu görevlilerinin konumu da Türkiye’de öteden beri tartışılabilen konuların başında gelmektedir ve ayrıca değinilmesi gerekir. 2010 Anayasa değişikliği ile de grev hakkını düzenleyen 54.maddede yine kamu görevlilerine ilişkin bir ibare yer almamıştır. 2010 Anayasa değişikliği ile kamu görevlilerine grev hakkı açıkça tanınmamış olmakla birlikte, bu konuda açık ve net bir yasaklama ifadesi de olmadığından hareketle öğretide bir görüş, bu konuda Anayasa’nın “sessiz” kaldığını, yasa koyucuya takdir yetkisi verdiğini belirtmiştir. Diğer taraftan, Anayasa’da yapılan değişikliklerin “örtülü bir grev yasağı” içerdiği de ileri sürülmüştür. Maddede yer alan zorunlu tahkim esası, grev hakkının dolaylı olarak yasaklanması şeklinde de yorumlanabilecektir. Kamu Görevlileri Yüksek Hakem Kurulu kararlarının “kesin” ve “toplu sözleşme hükmünde” olması da bu görüşü destekler niteliktedir.¹⁷⁸⁸

Kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin olarak konuyla ilgili en temel yasal düzenlemeyi oluşturan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 26. ve 27.maddeleri kapsamında devlet memurlarının grev yapması ve toplu eylemlere katılması yasaklanmıştır. “Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı” başlıklı 26. maddeye göre: “Devlet

¹⁷⁸⁷ S. Yorgun, “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, s. 1193.

¹⁷⁸⁸ Öğretide bu yöndeki farklı görüşler için bkz. İ. Kaboğlu, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?**, İstanbul: İmge Yay., 2010, s.255; A. Çelik, “AB ile Müzakere Sürecinde Türkiye’de Sosyal Haklar Sorunsalı- Sendikal Hakların Önemi ve Gözardı Edilmesi-“, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s.257; M. Gözde Atasayan, **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2012, s.167, vd.

memurlarının kamu hizmetini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketler bulunması yasaktır.”

“Grev yasağı” başlıklı 27. maddeye göre ise “Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplemeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez veya teşvik edemezler.” şeklindedir. Bu doğrultuda disiplin suçlarının düzenlendiği 125. madde kapsamında, özürsüz olarak göreve gelmemek şeklindeki fiillere disiplin cezası verileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmeme durumunda aylıktan kesme cezası, 3-9 gün göreve gelmeme durumunda kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ve özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmeme durumunda ise devlet memurluğundan çıkarma cezası verileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar bu düzenleme ilk bakışta grev hakkıyla ilişkisiz gibi düşünülse de, uygulamada greve katılan memurların özürsüz olarak göreve gelmedikleri şeklinde bir değerlendirme mevcuttur. Bununla beraber, 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinde “...iş yavaşlatmak ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak” devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır.

657 sayılı Kanun’un 27. maddesinde yer alan genel ve kesin nitelikli grev yasağı ile 125. maddesi uyarınca grev yasağının devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla yaptırıma bağlanması uluslararası düzenlemelere aykırıdır.¹⁷⁸⁹ 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve Sözleşme metninin yorumlanmasını ve uygulanmasını denetleyen ILO Denetim organlarının kararlarına göre, grev hakkı ilke olarak tüm çalışanlar için güvenceye alınmıştır. Dolayısıyla 657 sayılı DMK ile 5237 sayılı TCK’da yer alan grev yasağına ilişkin hükümlerin değiştirilmesi, Türkiye’nin uluslararası yükümlülüklerinin bir gereğidir.¹⁷⁹⁰

657 sayılı Kanun’daki düzenlemelere paralel olarak 25.06.2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nda da yine grev hakkının yer almadığı görülmektedir. Yasada sadece “toplular görüşme” tanımlanmış, bunun usul ve esasları düzenlenmiştir (md.3/h ve md.28).

¹⁷⁸⁹ M. Gülmez, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: TODAİE Yay.,1996, s.186

¹⁷⁹⁰ M. Gülmez, “Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 34, S: 3, Ankara, 2001, s. 15.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesinde de “Kamu görevinin terki veya yapılmaması” başlıklı bir suç yer almaktadır. Söz konusu düzenleme: “(1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmaz. (2) Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, *hizmeti aksatmayacak biçimde*, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir” şeklindedir.

Konuyla ilgili AYM kararlarına bakıldığında, 1961 Anayasası döneminde Yüksek Mahkeme, 657 sayılı Kanun'un 27.maddesiyle ilgili olarak: “Kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin aksamamasını sağlamak için konulduğunu, grev hakkı tanıyan ya da bu konuda kanun koyucuyu bağlayan bir hükmün olmadığını, Anayasa’da çalışanlardan yalnızca işçiler için grevin kullanılmasının ve istisnalarının kanunla düzenlenecek bir hak olarak tanındığını, Anayasa’da memurların çalışanlardan sayılmış ise de işçi sayılmadığını, yorum yoluyla Anayasa’da işçilere grev hakkı tanıyan 47.maddenin memurlar için grev hakkını da kapsadığını ve yasa koyucuya memurlara grev hakkını tanımak zorunluluğunu yüklediğini kabul etmenin mümkün olmadığını” karara bağlamıştır.¹⁷⁹¹

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde ise 399 sayılı KHK'nın¹⁷⁹² “sözleşmeli personelin sendikaya üye olmasını, sendikal faaliyette bulunmasını, bu yolda propaganda yapmasını, desteklemesini ve teşvik etmesini yasaklayan 14.maddesini, Anayasa’nın 51 ve 53.maddelerindeki hakların *sadece işçiler*¹⁷⁹³ yönünden anayasal güvenceye bağlandığı, KHK’nın öngördüğü sözleşmeli personelin işçi ve memur olmadığının açıkça ifade edildiğini, işçi kapsamı dışında kalan çalışanlar hakkındaki düzenlemeler konusunda yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğunu, işçilerin bu kanun hükmünde kararnameye bağlı olmadığının vurgulandığını ve işçiler açısından hakların yasal güvenceye de kavuşturulduğunu belirterek düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı görmemiştir.¹⁷⁹⁴

¹⁷⁹¹ AYM, E.1969/68, K.1970/34, K.T. 23.06.1970. Benzer yönde bir karar olarak ayrıca bkz. AYM, E.1970/11, K. 1970/3, **AYMKD**, Y:1970, S:11, s.370.

¹⁷⁹² 22 Ocak 1990 tarihli, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

¹⁷⁹³ 1995 Anayasa değişikliği ile memurlara “grevsiz ve toplu sözleşmesiz” olarak sendikal haklar tanınmıştır. Bkz. Z.G.Balkır, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s.226.

¹⁷⁹⁴ AYM, E.1990/12, K.1991/7, K.T. 04.04.1991. Bkz. A. Karagülmez, a.g.e., s. 189. Kararda verilen sonuca dair eleştiriler için ayrıca bkz. M. Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-

Bununla birlikte, biraz ileride detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, AYM bireysel başvuru kararlarıyla bu konuda İHAM kararlarıyla da uyumlu olacak şekilde, kamu görevlilerinin üyesi oldukları sendikaların göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmediği için 657 sayılı Kanun çerçevesinde verilen disiplin cezalarını “toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmemesi” ve “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna vararak, sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir.¹⁷⁹⁵

İ- Bireysel Başvuru ve Sosyal Haklar

2010 Anayasa değişikliği ile birlikte anayasal sistemimizde yerini alan bireysel başvuru hakkında, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun¹⁷⁹⁶ ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün¹⁷⁹⁷ yürürlüğe girmesiyle birlikte, 23 Eylül 2012’den bu yana ilk içtihatlar, üzerine yorum yapılabilecek düzeyde ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruları inceleme yetkisine ilişkin Anayasa’nın 148. maddesinin 3’üncü fıkrası şu şekildedir: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinde ise, İHAS ile birlikte Türkiye’nin taraf olduğu İHAS’a ek protokollerin de konu bakımından bireysel başvurunun kapsamında olduğunu belirtmektedir.

Bu çerçevede bireysel başvuru mekanizmasında AYM’nin konu bakımından yetkisi, Anayasa’da ve İHAS’ta yer alan haklar ile (ortak koruma alanı) sınırlıdır.¹⁷⁹⁸ Anayasa Mahkemesi de buna paralel olarak yalnızca hem Anayasa’da hem de İHAS’ta düzenlenmiş olan hakları bu bağlamda incelemekte, ortak koruma alanı dışında kalan haklar bakımından konu

Mayıs 2006, s.6 ve 21; M. Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e: 1926-2001**, Ankara: [TODAİE Yayınları](#), 2002, s.180.

¹⁷⁹⁵ “... Gerek idarenin olağan uygulamasında ve gerekse de idari yargının yerleşmiş içtihatlarında başvuru konusu olayda olduğu gibi sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelinmemesi halinde mazeret iznini kullandığı kabul edilmekte ve disiplin soruşturması açılmamaktadır. Ne var ki sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri halinde mazeret izinli sayılacakları yönündeki yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır. Bu sebeple mevcut başvurudaki gibi durumlarda sendika hakkını kullanan kişilerin disiplin soruşturması tehdidi altında kaldıklarını not etmek gerekir.” Bkz. AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvuru No: 2013/8463, K.T. 18.9.2014, RG 4.12.2014-29195, para. 40-63.

¹⁷⁹⁶ RG 03.04.2011-27894.

¹⁷⁹⁷ RG 12.07.2012-28351.

¹⁷⁹⁸ Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s. 161-162.

bakımından yetkisizlik dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermektedir.¹⁷⁹⁹ AYM'nin bireysel başvuru kararlarında ayrıca İHAS metninin yanı sıra Mahkeme'nin İHAM'ın yorumları ve içtihatları ile de bağlı olduğu ifade edilmekte, İHAM'ın konuyla bağlantılı kararlarına sıklıkla atıf yapılmaktadır.¹⁸⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin kararlarında başvurusunun başvurusunda ifade ettiği niteleme ile bağlı olmadığını da vurgulamaktadır.¹⁸⁰¹ Bu bağlamda AYM'nin başvuruları otonom (özerk) bir şekilde yorumlayabileceği belirtilebilecektir. Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak nitelemesinden farklı bir hakkın başvuruya konu olduğu kanaatinde olduğu takdirde, bireysel başvuruyu kendi hak nitelemesi doğrultusunda inceleyebilmektedir.¹⁸⁰²

Görüldüğü üzere, bireysel başvuru sistemi, hem Anayasa'da hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer verilen "medeni ve siyasi" hak ve özgürlüklerle açıkça sınırlıdır. Buna karşın, sosyal haklar, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde medeni ve siyasi haklarla bağlantılı olarak yorumlanarak bireysel başvuru sistemi kapsamında dava edilebilir ve yargısallaştırılabilirler. 1. Bölüm'de detaylı olarak ortaya koyduğumuz İHAM içtihadı da, 1970'lerdeki Airey/İrlanda¹⁸⁰³ kararından bu yana, Sözleşme'de açıkça tanınmayan, fakat Sözleşme'deki haklarla bağlantılı, onların uzantısı sayılabilecek birçok sosyal hakkı, yoğun eleştirilere rağmen Sözleşme'nin güvencesi altına almıştır. Mahkeme'nin, İHAM'ın dinamik yorumları ile birlikte karşılaştırmalı Anayasa yargısının deneyimleri AYM'nin önünde yol gösterici niteliktedir.¹⁸⁰⁴

¹⁷⁹⁹ Bkz. AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013, para. 18; AYM, Atilla İnan Başvurusu, Başvuru No: 2012/615, 21.11.2013, para. 44; AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7063, 05.11.2015, para. 25.

¹⁸⁰⁰ Hakan Atasoy, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Ankara: Adalet Yay., 2015, s. 164; Mustafa Selman Çelik, "Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri", **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Ankara: Seçkin Yay., 2014, s. 160; Nazmiye Güveyi, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 73-74.

¹⁸⁰¹ Nazmiye Güveyi, a.g.e., s. 83-84.

¹⁸⁰² Zeynep Kılıçkaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2016, s. 130. Bkz. AYM, Bekir Birol Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2694, 18.09.2014, para. 25; AYM, Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013, para. 16; AYM, Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, 16.09.2015, para. 20.

¹⁸⁰³ Airey/ İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, para. 26.

¹⁸⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 1.Bölüm'de İHAM'ın yaklaşımına paralel bir yaklaşım sergileyip eğitim hakkının negatif boyutunu ön plana çıkardığı için Bireysel başvuru başlığı altında ayrıca eğitim hakkına yer verilmemiştir. AYM, İHAM gibi eğitim hakkını "mevcut" eğitim kurumları çerçevesinde ve ayrımcılık yasağı bağlamında ele almakta, pozitif yükümlülükler perspektifi zayıf kalmaktadır. Örneğin, rehabilitasyon gören çocuğunun özel eğitim giderlerinin devlet tarafından karşılanmamasının eğitim hakkını ihlal ettiği ileri sürülen bir başvuruda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Bkz. AYM, U.D.K. ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/19352, 24.05.2018.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme'ye göre, bireysel başvurulara dair inceleme, başvuru kapsamıyla sınırlı olduğundan, başvurucular tarafından ileri sürülmeyen herhangi bir hak ihlalinin re'sen incelenmesi söz konusu değildir.¹⁸⁰⁵ Ama öte yandan, AYM, nitelendirme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁰⁶ Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak nitelemesinden farklı bir hakkın başvuruya konu olduğu kanaatinde olduğu takdirde, bireysel başvuruyu kendi hak nitelemesi doğrultusunda inceleyebilmektedir.¹⁸⁰⁷

Bireysel başvuru kurumu, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, sosyal hakların gerçekleştirilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi'nin daha aktif bir duruş sergilemesi için bir fırsat niteliğindedir. Bu başlık altında Yüksek Mahkeme'nin şimdiye kadar bu fırsatı ne kadar değerlendirebildiği ya da değerlendiremediği mevcut kararlar üzerinden incelenecektir.

Yüksek Mahkeme'nin sosyal haklarla ilgili içtihadına ilişkin geçmiş performansı dikkate alındığında, bireysel başvuru kurumunun sosyal hakları iyileştirici işlevi geri planda kalabilecektir. Bunun yanı sıra, Yüksek Mahkeme'nin şu ana kadarki uygulamasına genel olarak bakıldığında da, özellikle de kabul edilebilirlik ölçütlerinde mevzuatın ortaya koyduğu bazı "sınırlılıkların" (ki bunların pek çoğu da Anayasa'ya aykırı düşen sınırlılıklar olarak göze çarpmaktadır, o da başka bir değerlendirme konusu!) aşılmasına yönelik adım atılmadığı, AYM'nin zaten Yasa ve İçtüzükle daha da sınırlanan yetkilerini, bir de üstüne kendisinin de sınırladığı; bireysel başvuru yapabilecek kişilerin sınırlı olarak yorumlandığı ve ihlale yol açan bir yasal düzenlemenin iptal edilemeyeceği anlayışının benimsendiği görülüyor.

Kabul edilebilirlikle ilgili yayınlanmış olan sınırlı sayıda karara bakıldığında, AYM'nin hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesinde zaman zaman İHAS'ın daha dar kapsamlı hükümlerini göz önüne aldığı da görülmektedir.¹⁸⁰⁸ Örneğin; "eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" konusunda, Yüksek Mahkeme, AY md.10'daki "daha geniş koruma"yı değil, ona göre

¹⁸⁰⁵ Bkz. AYM, Günay Ozal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1281, K.T. 16.05.2013.

¹⁸⁰⁶ Nazmiye Güveyi, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması**, s. 83-84.

¹⁸⁰⁷ Yüksek Mahkeme, konuyla ilgili bir kararında, başvuruda ileri sürülen diğer bir temel hakkı ve eşitlik ilkesini bir tarafa bırakarak, incelemeyi adil yargılanma hakkı üzerinden yapmıştır. "AYM, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir." Bkz. AYM, Günay Ozal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1134, 16.05.2013. Ayrıca bkz. AYM, Bekir Birol Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2694, 18.09.2014, para. 25. AYM, Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013, para. 16; AYM, Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, 16.09.2015, para. 20.

¹⁸⁰⁸ Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf , E.T.12.01.2019; M. Gözde Atasayan, "Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açısından Değerlendirmesi", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: III, S: 5, İstanbul: Anayasa-Der & Legal Yay., 2014, s.34.

daha dar ve sınırlı olan İHAS md. 14'ü esas almaktadır.¹⁸⁰⁹ Yüksek Mahkeme'ye göre, “Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir.”¹⁸¹⁰ Yine, “adil yargılanma hakkı” bağlamında, Mahkeme, AY md. 36'daki özel bir sınırlama nedeni de içermeyen, koruma alanını geniş tutan anayasal konumunu benimsememiştir; İHAS md. 6'daki daha sınırlı düzenlemeyi¹⁸¹¹ esas almaktadır.¹⁸¹² Maalesef, İHAS, - yapılan onca hizmet içi eğitim; bireysel başvuruda görev alacak yargıçların Strasbourg'a gönderilmesi, vs.ye rağmen- AYM tarafından, temel hak koruması için tersine etki yaparak, temel hakkı zayıflatıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir (?)

Sosyal haklarla bağlantılı olarak, İHAM içtihatlarının ortaya koyduğu medeni ve siyasi haklardan yansımalı olarak sağlanan korumayı dar yorumladığı da görülmektedir. Bu durum, insan haklarının korunmasına özgülmesi gereken bireysel başvuru usulünün sağlayacağı korumanın AYM eliyle daraltılması anlamına gelmektedir. Mahkeme'nin ilk kararlarında insan hakları savunuculuğu bakımından çekingen bir tutum benimsediği ve genişletici bir yorum ortaya koyamadığı söylenebilecektir.

1) Çalışma Hakkı

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma hakkına ilişkin bireysel başvuru kararları incelendiğinde tutarsız ve belirsiz bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yetki sınırına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde doğrudan doğruya çalışma hakkını konu edinen başvurularda, her ne kadar zaman içerisinde bu tutumu gittikçe azalsa da, çoğu kez kabul edilemezlik kararı vermekte ve başvuruları incelememektedir. AYM, çalışma hakkı Anayasa'da açıkça düzenlenmiş bir hak olsa da İHAS ile ortak koruma alanında yer almadığı gerekçesini ileri sürmektedir.¹⁸¹³ Oysa 1. Bölüm'de de detaylı olarak incelendiği üzere, çalışma

¹⁸⁰⁹ Bkz. AYM, Göksel Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/ 869, 16.04.2013; AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013.

¹⁸¹⁰ AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013, para. 33.

¹⁸¹¹ İHAS'ta bu hak, “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar” ve “bir suç isnadının esasının karara bağlanması” bakımından gündeme gelmektedir.

¹⁸¹² Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/917, 16.04.2013.

¹⁸¹³ Bkz. AYM, Serkan Acar Başvurusu, Başvuru No: 2013/1613, K.T. 02.10.2013, para. 24; AYM, Cem Furuncu Başvurusu, Başvuru No: 2012/774, K.T. 01.12.2014, para. 40; AYM, Ahmet Teyit Keşli Başvurusu, Başvuru No: 2013/2237, K.T. 18.09.2014, para. 30; AYM, Hasan Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/3170, K.T. 18.09.2014, para. 31; AYM, İsa Reçber Başvurusu, Başvuru No: 2013/4518, K.T. 21.01.2015, para. 29; AYM, Elif Saka Başvurusu, Başvuru No: 2013/9540, K.T. 10.03.2015, para. 2; AYM, Gökhan Günaydın Başvurusu, Başvuru No:

yaşamına ve işe erişime ilişkin bazı konular İHAM tarafından hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde, özellikle de özel yaşam ve aile yaşamına saygı, haberleşmeye saygı hakları ile bağlantılı olarak korunmaktadır. AYM de İHAM'ın izinden giderek hiç değilse dolaylı olarak çalışma hakkının korunmasını sağlayabilmelidir.

Örnek olarak AYM, bir aile hekimlerinin sözleşmelerinin sona erdirilmesine ilişkin yapılan başvuruda doğrudan, başka herhangi bir değerlendirmede bulunmaksızın “konu bakımından yetkisizlik” gerekçesi ile reddetmiştir. Halbuki Yüksek Mahkeme, bu sözleşmenin sonlandırılmasının kişiler üzerinde yaratacağı etki ve sonuçları değerlendirebilirdi. Özel yaşama saygı hakkının bir unsuru olarak kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi çerçevesinde, senelerce tahsilini yaptığı hekimlik görevini artık yapamayacak olmasının yaratacağı olumsuz etki ve sonuçlar ele alınabilirdi.¹⁸¹⁴ Benzer şekilde, astsubaylıktan subaylığa geçiş sınavına katılmasına müsaade edilmeyen başvurucunun, “hayat seviyesini yükseltme hakkının”¹⁸¹⁵ elinden alınmak suretiyle çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuru da yine bireyin kendini geliştirme ve gerçekleştirme hakkı kapsamında incelenebilirdi.

AYM diğer taraftan da bazı kararları açısından daha farklı bir tutum sergilemiştir. Örneğin bir başvuruda, başvurucular TSK ile ilişkilerinin kesilmesine dair kararın, bunun sonucunda yapılan yargılamanın hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmediği gerekçesi ile adil yargılanma haklarını ihlal ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Somut olay bazında bu örnek, haksız şekilde işten çıkarılma sonucunda İHAS ve Anayasa’da düzenlenmiş olan başka hakların da nasıl ihlal edilebileceğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi de, burada başvurucuların “silahların eşitliği ilkesi”ne aykırı bir şekilde yargılandıklarını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, kararında çalışma hakkına ilişkin ise herhangi bir değerlendirmede bulunmamış, hakların birbirleri ile olan bağıını hiç ele almamış ve çalışma hakkına ilişkin iddiaları doğrudan konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir.¹⁸¹⁶ Başvurucuların birinin “kendisine isnat edilen fiiller nedeniyle özel sektörde iş bulmasının imkansız hale geldiğini”¹⁸¹⁷ ileri sürmesine rağmen buna ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

2012/1099, K.T. 06.05.2015, para. 31; AYM, Orhan Tekkaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/775, 06/05/2015, para. 24; AYM, Turan Dal Başvurusu, Başvuru No: 2013/5964, K.T. 06.01.2016, para. 22.

¹⁸¹⁴ AYM, Turan Dal Başvurusu, para. 22.

¹⁸¹⁵ AYM, Cem Furuncu Başvurusu, para. 16.

¹⁸¹⁶ AYM, Gökhan Günaydın Başvurusu, para. 32, 60; AYM, Orhan Tekkaya Başvurusu, para. 25, 48.

¹⁸¹⁷ AYM, Gökhan Günaydın Başvurusu, para. 29.

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma hakkına ilişkin ihlal iddialarını, daha çok başvuru konusunun Anayasa'da ve İHAS'ın ortak koruma alanında yer alan bir başka hak ile de bağlantılı olduğunda ele aldığı söylenebilecektir. Yalnızca ve doğrudan çalışma hakkına yönelik ihlal iddialarını, istisnai durumlar haricinde, konu bakımından yetkisizlik nedeni ile reddetmektedir. Bununla birlikte, yine çalışma hakkı içerisinde, onun bir parçası olan zorunlu veya zorla çalıştırma yasağı bakımından durum farklıdır. Zorunlu ve zorla çalıştırma yasağı hem Anayasa'nın 18. Maddesinde, hem de İHAS'ın 4. maddesinde düzenlendiğinden AYM, buna ilişkin başvuruları incelemektedir.¹⁸¹⁸

Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili bir kararında, 1. Bölüm'de detaylı olarak yer verdiğimiz “Sidabras ve Džiautas/Litvanya” kararına da referansla, şunu vurgulamıştır:

“İHAM işe iade ve işten haksız çıkartılma gibi bazı konularla ilgili şikayetin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir.”¹⁸¹⁹ AYM bu kararında da başvuru konusunun, “ortak koruma” kapsamında bulunmadığı sonucuna vararak konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi burada, haksız yere işten çıkarılma hallerinin, ancak İHAS'ta güvence altına alınan başka bir hak ile kesiştiğinde İHAM tarafından incelendiğini; ancak başlı başına inceleme konusu olmadığını ifade etmektedir.¹⁸²⁰

Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi tutarsız ve çelişkili bir tavır ortaya koymaktadır. Burada her ne kadar İHAM'ın konuyla bağlantılı kararlarına atıf yapılmışsa da, bu kararların ele alınışı ve yorumlanışında bazı eksiklik ve yanlışlıklar göze çarpmaktadır. AYM, İHAM'ın çalışma yaşamına erişim hakkını da İHAS kapsamında koruduğu kararlarını dikkate almaksızın sadece “haksız yere işten çıkarılma” konusu üzerinde durmuştur. Bununla birlikte başvurucu açmış olduğu işe iade davasının “Kanun'da öngörülen 3 aylık sürenin çok üzerinde yaklaşık 40 aylık makul olmayan bir sürede kesin olarak sonuçlandırılması nedeniyle iş arama (...)

¹⁸¹⁸ 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112. maddesinde muvazzaf subaylar ve astsubaylar için öngörülen zorunlu hizmet süresinin zorla çalıştırma sayılmayacağı hakkında bkz. AYM, İsa Reçber Başvurusu, para. 23. Vekâleten atandığı pozisyonda 4 yıl süre ile çalışan başvurucunun üstlendiği görev sebebiyle kendisine pozisyonun gereği olan ücretin ödenmemesinin angarya teşkil etmediği hakkında bkz. AYM, Halil Üstündağ Başvurusu, Başvuru No: 2013/5062, 14.01.2014, para. 29. Başvurucunun rızasıyla girdiği kurumda herhangi bir baskı ya da tehdit olmaksızın kalmaya devam ederken başka bir kuruma nakil talebinin reddedilmesinin zorla çalıştırma oluşturmayacağı hakkında bkz. AYM, Serkan Acar Başvurusu, para. 29. Tıp hekimlerinin zorunlu hizmet süreleri boyunca ücret almaları ve vatandaşlık ödevi niteliği taşıması sebebiyle zorla çalıştırma yasağı kapsamına girmediği hakkında bkz. AYM, Meltem Sukan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9659, 21.04.2016, para. 30, 32.

¹⁸¹⁹ AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, Başvuru No: 2013/772, 07.11.2013, para. 42.

¹⁸²⁰ Z. Kılıçkaya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2016, s. 137.

hürriyetinin ihlal edildiğini” ileri sürmüştür.”¹⁸²¹ Buna bakımdan, esasen işten çıkarılması yüzünden değil, bu zaman diliminde yeni bir işe başlayamaması nedeniyle çalışma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Diğer bir ifadeyle, başvuruya konu olan hak, haksız yere işten çıkarılmama hakkı değil, *çalışma yaşamına erişim hakkıdır*¹⁸²².

1.Bölüm’de incelendiği üzere, İHAM’ın Sidabras ve Džiautas/Litvanya kararı, AYM’nin kararında yapılan referansın aksine, haksız yere işten çıkarılma ile bağlantılı bir karar değildir, işe erişim hakkı ile bağlantılıdır. Ayrıca, AYM, her ne kadar adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varsa da, İHAM’ın aksine bu hak ile çalışma hakkı arasında bir bağ kuramamıştır.¹⁸²³ Yüksek Mahkeme’nin, yargılamanın uzunluğu nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken, bu süre zarfında başvurunun herhangi bir işe başlayamaması ve çalışma yaşamından uzak kalması bakımından özel yaşamına da müdahale edildiğini göz önüne alması gerekirdi. Başvurucuya yargılama süresince başka bir geçici koruma sağlanmamış ve dolayısıyla başvurunun 40 aylık bir süre boyunca çalışmamış olması,¹⁸²⁴ adil yargılanma hakkını ihlal eden bir durumun işe erişim hakkını da olumsuz yönde etkilediğini, bir başka deyişle, ortak koruma alanında yer alan haklarla bağlantılı olmaktadır.¹⁸²⁵ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bu bağlantıyı ve İHAM’ın yaklaşımını dikkate almamış ve çelişkili değerlendirmelerde bulunmuştur.

AYM bazı kararlarında ise çalışma yaşamına ilişkin bir konuyu aynı zamanda ortak koruma alanında yer alan diğer haklarla ilişkilendirip incelemiştir. Örneğin din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı çalışma hakkıyla bağlantılı olarak, başörtülü bir kadın avukatın yapmış olduğu başvuru bu kapsamda değerlendirilebilecektir. AYM, başvurunun başörtülü olarak duruşmaya gelmesi nedeniyle hakimin duruşmayı ertelemesi ve başvurunun müvekkiline başka bir avukat tutması için süre vermesini çalışma hakkının yanında din ve vicdan özgürlüğünü de ilgilendirmesi sebebiyle kabul etmiştir.¹⁸²⁶ Yüksek Mahkeme’ye göre:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek protokoller, Sözleşme’ye taraf olan devletlere kamu hizmetine girmeyi, belli bir mesleği icra etmeyi garanti altına almaz.

¹⁸²¹ AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, para. 36.

¹⁸²² Z. Kılıçkaya, a.g.e., s. 135.

¹⁸²³ AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, para. 82.

¹⁸²⁴ Uzun süren işe iade davaları s ırasında işçinin, çalışamaması karşısında etkin hukuki himaye ihtiyacının karşılanamaması ve bu sebeple işçilere, dava süresince tedbiren işe iade edilebilme imkanı tanınması gerektiği hakkında bkz. Mustafa S. Özbek, “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi”, **Çalışma ve Toplum**, S: 35, Y: 2012/4, s. 11-39.

¹⁸²⁵ AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, para. 42.

¹⁸²⁶ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para. 43.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili şikâyetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak inceleme yapabilmektedir. (...) Başvurucunun dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa’nın 48. Maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Ancak başvurucunun çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında olan din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılıdır.”¹⁸²⁷

Anayasa Mahkemesi kararında İHAM’ın aksine çalışma yaşamına erişim hakkını başlı başına bir ihlal sebebi olarak değerlendirmek yerine, yalnızca kişinin din ve vicdan özgürlüğünü de ilgilendiren bir müdahale olması sebebiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Bununla birlikte, İHAM içtihatları ışığında, bir avukatın duruşmalara başörtüsü ile katılamamasının başvurucunun mesleğini icra etmesine ve dolayısıyla özel yaşamına saygı hakkına (ve bu çerçevede çalışma hakkına) yönelik bu müdahaleye de vurgu yapılarak, din ve vicdan özgürlüğüne müdahaleyi bu açıdan da değerlendirebilirdi.¹⁸²⁸

Kararda din ve vicdan özgürlüğü ile birlikte ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği sonucuna varılmakla birlikte, çalışma yaşamına ilişkin hak ihlallerin doğrudan bireysel başvuru dışında bırakılması hak ve özgürlükleri korumak adına getirilen bir mekanizma açısından oldukça düşündürücüdür ve esasen İHAM’ın hakların bütünselliği çerçevesinde bu alandaki meselelere yaklaşımı ve hak ve özgürlükler alanındaki genel tutumu ile de çelişmektedir. 1.Bölüm’de de detaylı olarak analiz edildiği üzere İHAM, çalışma yaşamına ilişkin pek çok konuyu başta özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı olmak üzere en azından dolaylı bir şekilde korumaktadır. Bu bağlamda AYM de hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde İHAM’ın izinden giderek doğrudan bireysel başvuruya konu olamayan birçok konu ayrımcılık yasağı bağlamında bireysel başvuruya konu olabilecek ve en azından İHAM ile tam olarak bir uyum yakalanması mümkün olabilecektir.¹⁸²⁹

Çalışma hakkı, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde de başvuru konusu olabilmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, her ne kadar çalışma hakkı ortak koruma alanında yer almasa da, bir kişinin devlet memurluğundan ihraç edilmesi veya

¹⁸²⁷ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, para. 33-34.

¹⁸²⁸ Z. Kılıçkaya, a.g.e., s. 139.

¹⁸²⁹ U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.270.

sözleşmesinin yenilenmemesi, özel yaşamın gizliliği ile haberleşme özgürlüğü çerçevesinde incelenmektedir.¹⁸³⁰

Bu kararlara örnek olarak, AYM, e-postalarında yer alan yazışmalar gerekçe gösterilerek başvuruçuların astsubaylık ya da subaylık sözleşmelerinin yenilenmemesi sonucunda özel yaşamın gizliliği ile haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸³¹ Bu yaklaşım, AYM'nin kararlarındaki gelişimi de ortaya koymaktadır.

Yüksek Mahkeme burada İHAM içtihatları ile de paralel olarak, çalışma hakkı ile özel yaşama saygı hakkı arasındaki bağlantıyı vurgulamıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun iletişiminin denetlenmesi sonucunda e-posta hesabını kişisel kullanımı gerekçesi ile görevinden alınmasını, başvuruçunun çalışma yaşamına ilişkin olduğu kadar ana geçim kaynağından da mahrum bırakılması nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'nin ölçülülük incelemesinde, başvuruçunun 8 yıl gibi uzun bir süre subay olarak görev yaptıktan sonra, TSK'dan başka bir alanda iş bulabilmesinin başkalarına göre daha zor olduğu hususu da göz önüne alınmıştır.¹⁸³²

Görüldüğü üzere, çalışan kişilerin iletişiminin denetlenmesi ve bunun sonucunda görevlerine son verilmesi kapsamında Anayasa Mahkemesi, özel yaşam ile çalışma yaşamı arasında bir bağ kurmakta; ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılan müdahale ve sınırlamaların bireyi ana geçim kaynağından yoksun bırakacak kadar ağır bir yük yüklememesi ve bu bağlamda ekonomik geleceğinin sarsılmasına yol açmaması gerekmektedir.¹⁸³³

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkı arasında bağ kurarak incelediği kararlar da mevcuttur. Yüksek Mahkeme'nin bu kararlarında İHAM ile uyumlu bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Örneğin cinsiyet ayrımcılığı yapılarak haksız yere işten çıkarılmayı konu edinen bir başvuruda AYM, maddi ve manevi varlığın korunması hakkını, eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirmiştir.¹⁸³⁴

¹⁸³⁰ AYM, Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, 10.12.2015, para. 42; AYM, Tevfik Türkmen Başvurusu, Başvuru No: 2013/9704, 03.03.2016, para. 43; AYM, Hüseyin Yelkenci Başvurusu, Başvuru No: 2013/9706, 10.03.2016, para. 42.

¹⁸³¹ AYM, Bülent Polat Başvurusu; AYM, Tevfik Türkmen Başvurusu; AYM, Hüseyin Yelkenci Başvurusu; AYM, Hakan Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9481, 24.03.2016.

¹⁸³² AYM, Tevfik Türkmen Başvurusu, para. 81; AYM, Hüseyin Yelkenci Başvurusu, para. 80; AYM, Hakan Erdoğan Başvurusu, para. 92.

¹⁸³³ AYM, Serap Tortuk Başvurusu, para. 60; AYM, Şengül Kayan Başvurusu, para. 67.

¹⁸³⁴ Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile birlikte eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamaması gerekçesiyle “açıkça dayanaktan yoksun” olarak niteleyerek, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiş ve diğer kabul edilebilirlik koşullarının varlığını incelememiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm’de detaylı olarak değindiğimiz Smith ve Grady/ Birleşik Krallık, Oleksandr Volkov/ Ukrayna ve Emel Boyraz/ Türkiye kararlarına da atıf yaparak söz konusu hakkın İHAS’ın 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkını ilgilendirdiğini kabul ederek, bu değerlendirmesini şu gerekçelere dayandırmıştır:

“Sadece cinsiyete dayalı olarak işten çıkarılma; kişinin kimliği, öz algılama, öz saygısı, sonuç olarak özel hayatı üzerinde olumsuz etkilere neden olmaktadır. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi (AİHM), bireyin sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının, kendisinin ve aile hayatının maddi refahında hissedilir sonuçlara yol açabileceği, bu nedenle ‘yakın çevresini’, profesyonel düzeydekiler de dâhil olmak üzere diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyeceğini belirterek özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir.”¹⁸³⁵

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, çalışma yaşamının kişiliğin ve kendini gerçekleştirmenin üzerindeki etkileri üzerine başka herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bunun yerine, cinsiyetin “bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı”¹⁸³⁶ olduğu belirtilerek başvuru maddi ve manevi varlığın korunması hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda mobbing ya da işyerinde psikolojik taciz de başvuru konusu olmuştur. Ebru Bilgin¹⁸³⁷ kararında Anayasa Mahkemesi, çalıştığı kurumdan haksız yere tayin edildiği, sistemli ve sürekli biçimde psikolojik tacize maruz bırakıldığı, etkili bir giderim ve koruma imkanından yararlanılmadığı iddialarıyla bireysel başvuruda bulunan veteriner hekimin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, kararında “çalışanların yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşarak onların manevi bütünlüklerini tehdit eden ve psikolojik taciz olarak nitelendirilen eylem, işlem ya da ihmaller konusunda Anayasa’nın 17. maddesi uyarınca devletin üstlenmesi gereken pozitif yükümlülükler bulunduğunu” vurgulamıştır.

Somut olayda, başvurucunun hakkında sık sık soruşturma açılmasında, sürekli yazılı olarak uyarılmasında, kendisinden sıklıkla savunma istenmesinde ve sağlık sorunları bilinmesine rağmen sunduğu belgelerin sorgulanmasında keyfiliğe kaçan durumlar olduğu;

¹⁸³⁵ AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, para. 34.

¹⁸³⁶ AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, para. 38.

¹⁸³⁷ AYM, [Ebru Bilgin](#) Başvurusu, Başvuru No: 2014/7998, 19.07.2018.

başvurucunun şikayetleri doğrultusunda idari bir soruşturma yapılmış ve psikolojik taciz uyguladığı öne sürülen kamu görevlisi hakkında dava açılmış ise de davranışların tekrarlanmaması için önlemler alınmasında idare tarafından gereken özen gösterilmediği belirtilmiştir.

Burada, zamanında etkili önlemlerin alınmaması nedeniyle idareye atfedilecek bir hizmet kusurunun bulunduğu ve bu bağlamda başvurunun zararlarının giderilmesi gerektiği, başvurunun etkili yargısal yollara başvurduğu ancak açılan tam yargı davasında ulaşılan ret sonucunun kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının içerdiği güvenceleri koruyacak ve başvurunun zararlarını tazmin edecek yeterli gerekçelerden yoksun olduğu görülmüştür.

Sonuç olarak, psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için etkili önlemler alınmaması, başvurunun uğradığı zararların giderilmemesi ve derece mahkemelerince ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanmaması nedeniyle kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu çerçevede tartışmalı ve çarpıcı bir karar da Z.A. kararıdır.¹⁸³⁸ Eşcinsel olduğu gerekçesiyle meslekten atılan din dersine öğretmeninin yapmış olduğu bireysel başvuruda AYM özel yaşama saygı hakkı ve bu hakla birlikte ayrımcılık yasağının da ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, “Personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır.” diyerek “başvurucunun atanmak istediği mesleğin ilköğretim çağındaki çocukların eğitilmesini içeren öğretmenlik mesleği olduğu da dikkate alınmalıdır. Öğretmenlik mesleği, niteliği gereği çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması ile yakından bağlantılıdır. (...) Bu nedenle küçük çocukların eğitilmesinde öğretmen olarak çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları doğaldır. (...) Kamusal makamların bireyin menfaati ile kamu yararı arasında dengeleme yaparken göz önünde bulundurulması gereken

¹⁸³⁸ AYM, Z.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017, RG 06.03.2018-30352.

menfaatlerden birinin çocukların üstün yararı olması durumunda takdir yetkisinin daha geniş olacağı açıktır.” tespitinde bulunmuştur.¹⁸³⁹

Yıldırım ve Topal’ın karşı oylarında isabetli olarak belirttiği üzere, Anayasa’da devletin resmi cinsel yönelimi yoktur ve devlet tüm cinsiyetler, cinsel kimlikler, cinsiyet kimlikleri ve cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. Cinsel yönelim ayrımcılığı kimi hayatların daha az saygıya ve haysiyete sahip olduğunun kabulü anlamına gelip LGBTİ+ bireylerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan topluluğunu meydana getirenlerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politikalardan, uygulamalardan ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır.

Bu çerçevede 1. Bölüm’de detaylı olarak değindiğimiz üzere, İHAM kararlarına bakıldığında da, İHAS’ın 14. maddesinde açıkça sayılmamasına karşın cinsel yönelim¹⁸⁴⁰ ve cinsiyet kimliği¹⁸⁴¹ gibi ayrımcılık temelleri şüpheli temel olarak bu madde kapsamında incelenerek koruma altına alınmıştır. Mahkeme cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul edilebilmesi için kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır.¹⁸⁴²

İHAM, Sözleşme’nin kamu görevlerine girme hakkını güvence altına almadığını çeşitli kararlarda hükme bağlamıştır ancak bunun kişilerin hem kamu hem de özel sektörde iş bulmalarını zorlaştırmasının veya engellemesinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar

¹⁸³⁹ AYM, Z.A. Başvurusu, para. 70, 71.

¹⁸⁴⁰ Salgueiro da Si/va Mouta/ Portekiz, Başvuru No: 33290/96, 21.12.1999, para. 28, 36; X ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013, para. 99; Kozak/ Polonya, Başvuru No: 13102/02, 02.03.2010, para. 92, 98; Bayev ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 67667/09, 20.06.2017 para. 69; Konstantin Markin/ Rusya, Başvuru No: 30078/06, 22.03.2012, para. 143; Vallianatos ve diğerleri/ Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013, para. 77; Hiimiiliinen/ Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16.07.2014, para. 109; Alekseyev/ Rusya, Başvuru No: 4916/07,25924/08 ve 14599/09, 21.10.2010, para. 108; P. V/ İspanya, Başvuru No: 35159/09, 30.11.2010, para. 30; Frette/ Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002; S. L./ Avusturya, Başvuru No: 45330/99, 09.01.2003; Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003; E.B./ Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008; X/ Türkiye, Başvuru No: 24626/09, 09.10.2012, para. 57, 64.

¹⁸⁴¹ Identoba ve diğerleri/ Gürcistan, Başvuru No: 73235/12, 12.05.2015, para. 96.

¹⁸⁴² Sheffield ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 31- 32/1997/815- 816/1018- 1019, 30.07.1998, para. 75; E.B./ Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008, para. 91, 96; Fabris/ Fransa, Başvuru No: 16574/10, 07.02.2013, para. 56; Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003, Pajic/ Hırvatistan, Başvuru No: 68453/13, 23.02.2016, para. 83; X/Türkiye, Başvuru No: 24626/09, K.T. 09.10.2012, para. 57.

vermiştir.¹⁸⁴³ Mahkeme, belirli bir mesleğe erişimin kamu makamlarınca engellenmesinin özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturacağını kabul etmekte ve kişinin özel yaşamına ait durumlar nedeniyle görevine son verilmesini Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında mesleki alanda dış dünyayla ilişki kurma hakkına müdahale olarak değerlendirmekte ve ihlal sonucuna ulaşabilmektedir.¹⁸⁴⁴ İHAM söz konusu başvurularda görevine son verilen kişinin çıkarlarıyla toplumun veya diğer bireylerin menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine de işaret etmektedir.

Kişinin çalışma yaşamı ve mesleki faaliyetleri kişiliğinin gelişimi ve gerçekleştirilmesi için ona imkan tanıyan önemli bir hayat alanı olup, özel hayat kavramının kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Başvurucu maruz kaldığı müdahaleyle mesleğine geri dönememiş ve bu nedenle geçimini sağlamaktan alıkonulmuştur. Kişilerin özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturan cinsel hayatlarına ait davranışları, faaliyetleri ve sosyal ilişkilerinden hareketle mesleki yaşamlarının sonlandırılması sonucunu doğuran ağır bir yaptırımla karşılaşmaları ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez. Bu durum da kişinin yakın çevresini ve diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyerek, itibarı, haysiyeti, öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir.

Başvurucunun maruz kaldığı ayrımcılık eşcinsel cinsel yöneliminden kaynaklanmaktadır. Somut başvuruda da başvurucunun aynı veya benzer konumda olan emsallerinden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin en nihayetinde cinsel yöneliminden kaynaklanması farklı bir muamelenin varlığına işaret etmektedir.¹⁸⁴⁵ Bu muamele nesnel ve makul gerekçe ve bulgulara dayanmamakta, demokratik toplum düzeni açısından acil ve baskılayıcı toplumsal ihtiyacı karşılamamakta, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birincisi aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçüsüz bir müdahaleye neden olmakta; başvurucunun 10.maddede yer aşan ayrımcılık yasağı ile birlikte 20.maddede yer alan özel yaşamına saygı hakkını ihlal etmektedir.

¹⁸⁴³ Örneğin bkz. Sidabras ve Dziautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004, para. 46, 48-50.

¹⁸⁴⁴ Mateescu/ Romanya, Başvuru No: 1944/10, 14.01.2014, para. 20; Niemietz/ Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, para. 29; Özpinar/ Türkiye, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010, para. 29; Oleksandr Volkov/ Ukrayna, Başvuru No: 21722/11, 09.01.2013, para. 165,166.

¹⁸⁴⁵ Karşı oylarda da belirtilen bu hususlar çerçevesinde, cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığın temelinde cinsel davranışlarla ilgili toplumsal hayatta kökleşmiş, genelleşmiş önyargı ve kalıpyargıların yattığı; Türkiye'de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaştığı tespitleri de yapılması önemlidir. Bkz. a.g.k., Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

Maddi ve manevi varlığın koruması hakkı çerçevesinde çalışma yaşamında maruz kalınan “mobbing” uygulamaları da Yüksek Mahkeme’nin inceleme konusu olmuştur. AYM, “psikolojik taciz” olarak nitelendirdiği mobbing uygulamalarını 17.maddenin 1. fıkrasında yer alan “maddi ve manevin varlığını korunması hakkı” kapsamında ele almakta, asgari şiddet düzeyine ulaşılması halinde ise 3. fıkra düzenleneni “işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan müdahale yasağı” kapsamında inceleyebilmektedir.¹⁸⁴⁶ 17.maddede düzenlenen bu hak, devlete olumlu edimler de yüklemektedir. Yine 49. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “devletin çalışanları koruma yükümlülüğü” de bu bağlamda düşünülebilecektir.¹⁸⁴⁷ Bu çerçevede devletin, çalışanların fiziksel veya ruhsal olarak zarar görmeyecekleri bir çalışma ortama içerisinde bulunmalarını sağlama ve bireylerin kişiliklerini geliştirmeleri ve gerçekleştirmeleri önünde engel teşkil eden “mobbing” uygulamalarını korumama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁸⁴⁸

Mahkeme’nin çalışma hakkı ile bağlantılı olarak hem özel yaşama saygı hakkı, hem de maddi ve manevi varlığın korunması hakkına ilişkin vermiş olduğu bir karar T.A.A. kararıdır.¹⁸⁴⁹ AYM, kararında HIV virüsü tespit edildikten bir süre sonra işten çıkarılan kişinin, “maddi ve manevi varlığın korunması ile özel hayata saygı hakkı”nın ihlal edildiğine hükmetmiştir: “Sonuçta ilk olarak başvurucunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediikleri kanaatine varılmıştır.”

Bir sosyal hak olan çalışma hakkı, İHAS’ta açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, İHAM iş yaşamının kişiliğin ve öz gelişimin üzerindeki etkilerini göz önüne alarak bu hakkın bir parçası olan “çalışma yaşamına erişim hakkı” ile “haksız yere işten çıkarılmama hakkı”nı 8. maddede yer alan özel yaşama saygı hakkı içerisinde değerlendirmektedir. Çalışmanın bireyin hem kendi hem de ailesinin yaşamını idame ettirebilmesi açısından öneminin yanı sıra,

¹⁸⁴⁶ AYM, Hüdayi Ercoşkun, para. 86; AYM, Hacer Kahraman Başvurusu, para. 53; AYM, Şehnaz Ayhan Başvurusu, para. 23; AYM, Gülşin Oral Başvurusu, para. 37; AYM, Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu, Başvuru No: 2013/56800, K.T. 15.04.2014, para. 31; AYM, Işıl Yaykır Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, 15.04.2014, para. 33.

¹⁸⁴⁷ AYM, Hüdayi Ercoşkun, para. 92; AYM, Hacer Kahraman Başvurusu, para.66.

¹⁸⁴⁸ Z. Kılıçkaya, a.g.e., s. 140.

¹⁸⁴⁹ AYM, T.A.A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, 01.02.2017, RG 10.03.2017-30003.

bizzat çalışma faaliyetinin bireye sunduğu kişisel gelişim ve kendini gerçekleştirme imkanı karşısında İHAM'ın bu yöndeki yorumu isabetli bulunmaktadır.

AYM'nin ise, İHAM içtihatları ile bağlı olduğu kabul edilmekle birlikte, çalışma hakkı ile bağlantılı konularda henüz oturmuş bir içtihat sergilediği söylenemeyecektir. Yüksek Mahkeme, ilk başvurularda çalışma hakkına ilişkin her iddiatı konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulurken, daha sonraki kararlarında çalışma yaşamı ile ilgili bir konunun ortak koruma alanında yer alan başka bir hakla bağlantısı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bununla birlikte, bu tür yorumlarda bulunduğu kararlarında bile esasen ortak koruma alanında yer alan medeni ve siyasi hakka yönelik bir analiz yapmış, başlı başına çalışma hakkına ilişkin bağımsız değerlendirmelerde bulunmaktan kaçınmıştır.

Sonuç olarak, AYM'nin çalışma hakkına ilişkin bireysel başvuru kararları analiz edildiğinde, Mahkeme'nin tutarlı bir yaklaşım benimsemediği ve çelişkili kararlar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, şunu da belirtmek gerekir ki, ilk kararlarından bu yana, Mahkeme'nin kararlarında gittikçe İHAM içtihatları ile yorumlarına daha hakim bir duruş sergilediği ve bunlarla daha uyumlu kararlar verdiği de belirtilmelidir.

2) Sendikal Haklar

Sendikal haklara ilişkin olarak Remezan Orak ve diğerleri tarafından yapılan bireysel başvuru,¹⁸⁵⁰ başvuruçularım işçi olarak çalışmakta iken bir sendikada üstlendikleri yöneticilik görevleri nedeniyle iş akitlerinin işveren belediye tarafından askıya alınmasını konu edinmiştir. Başvurucular, sendikadaki görevlerinin sona ermesinin ardından işe başlatılmalarını talep etmiş, belediye ise kıdem tazminatları ödenmek suretiyle başvuruçuların hizmet akitlerinin feshedilmesine karar verilmiştir. Başvurucular; feshin haksız olduğunu, iş akitlerinin sendikal nedenlerle sonlandırıldığını, aynı durumda olan başka sendika üyelerinin işe başlatıldığını belirterek dava açmış, açılan davada ise talepleri reddedilmiştir.

Yüksek Mahkeme, başvuruçuların işe iade taleplerinin diğer sendika üyelerinin aksine, belediye tarafından kabul edilmemesi ve bunun ardından açılan davada sendika yöneticiliği güvencesini dikkate almayan derece mahkemesinin hatalı gerekçe ile işe iade taleplerini reddetmesinin, çalışma hakkını ihlal ettiğine ilişkin iddialarının özünün, sendikal özgürlüklere

¹⁸⁵⁰ AYM, Remezan Orak ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2229, 03.02.2016, RG 05.04.2016-29675.

ilişkin olduğunu belirterek başvuruyu örgütlenme özgürlüğü içerisinde yer alan sendika hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

Ayrıca, başvuruçuların, başka sendika üyelerinin işe iade taleplerinin kabul edilmesine rağmen kendilerinin işe iade edilmemelerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin iddiaları da sendika hakkı ile bağlantılı olarak incelenmiştir.

Yüksek Mahkeme, kararında “Anayasa’nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının göz önüne alınması gerektiğini” de belirtmiş, ayrıca sendikal hakların kullanılması konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerine vurgu yapmıştır.¹⁸⁵¹

Kararda, sendika hakkı ile birlikte, Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin (ayrımcılık yasağı) de ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, sendikal faaliyet nedeniyle ayrımcılık yasağına ilişkin olarak da şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Demokrasi; farklılıkların bir tehdit olarak değil, bir zenginlik kaynağı olarak algılandığı toplum anlayışında güçlenecektir. İşe iade taleplerinin üye olunan sendikaya göre değerlendirilmesi, çağdaş demokratik toplumlarda kabul edilebilir bir durum değildir. İşverenin, sendika üyeliği dışındaki sebeplerle işe iade taleplerini değerlendirdikten sonra ortaya bazı sendika üyelerini dışarda bırakan sonuç çıkması ve bu sonucun ayrımcılık olarak kabul edilmemesi mümkündür. Fakat buna ilişkin değerlendirmelerinin objektif ölçülere ve somut nedenlere dayanması gerekmektedir. İşe iade talebinde bulunan başvuruçuların akitlerine son verilirken aynı durumdaki diğer sendikanın üyesi olan kişiler işe iade edilmiştir. İşverenin bu tercihinin, farklı sendika üyeliği dışında objektif ölçü ve sebeplere dayandığına ilişkin herhangi bir açıklama veya değerlendirmeye rastlanmamıştır. Başvuruçuların, ayrımcılık iddiası yargılama sürecinde ileri sürülmesine rağmen bu husus tartışılmadan davalar sonuçlandırılmıştır.

¹⁸⁵¹ AYM, Remezan Orak ve diğerleri Başvurusu, para. 30, 31.

Sonuç olarak başvuruçuların işe iade talepleri değerlendirilirken üyesi oldukları sendika dikkate alınarak farklı muamele yapılmasının “meşru bir amacı olmadığı” sonucuna varılmıştır.”¹⁸⁵²

Anayasa Mahkemesi’nin sendikal haklara ilişkin soyut ve somut norm denetimine ilişkin kararları ile karşılaştırıldığında bireysel başvuru kararlarının, kurumun amacına da uygun olarak genellikle daha özgürlükçü ve İHAM içtihadı ile paralel olduğu göze çarpmaktadır.¹⁸⁵³

Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda detaylı olarak incelemiş olduğumuz grev erteleme kararının bir sonraki aşamada bireysel başvuru yoluyla önüne gelmesi üzerine ise AYM bu kez oybirliği ile anayasal sendika hakkının ihlaline hükmetmiştir.¹⁸⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Kristal-İş Sendikası’nın Şişecam’da başlattığı grevin, Bakanlar Kurulu kararıyla “milli güvenlik” gerekçesiyle ertelenmesini hak ihlali saymış, grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konulamadığı ve “demokratik toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varmıştır. Bireysel başvuru kararında AYM, grev erteleme kararının yürütmesinin durdurulması talebini reddeden Danıştay’ı “*ilgili kurumların genel sağlık ve milli güvenliğe ilişkin görüşlerinin belirtmekle yetindiği*”, dolayısıyla gerekçesiz karar verdiği için eleştirmekten de geri durmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu kararına paralel olarak 15.07.2018 tarihli kararında da, 2015 yılında Birleşik Metal-İş Sendikası’nın 15 bin işçiyi kapsayan grevinin Bakanlar Kurulu tarafından “milli güvenlik” gerekçesiyle ertelenmesinin (fiilen yasaklanmasının) sendika hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme’nin kararında grevin ertelenmesine gerekçe gösterilen “milli güvenlik” kavramının uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle keyfiliğe varabilecek uygulamalara yol açabileceğine dikkat çekilerek, “Grevin uygulandığı işyerlerindeki üretimin bir süre durmasının milli güvenliği nasıl ve ne şekilde bozduğunun açıkça ortaya konulması gerekir.” denilmiştir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu’nun erteleme kararındaki “ekonomik güvenliğin milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olduğu” kavramının akademik olarak savunulabilir bir görüş kabul edilse de somut bir vakada temel bir hakkın sınırlandırılması sayılması için ikna edici gerekçelere ihtiyaç olduğunu

¹⁸⁵² AYM, Remezan ORAK ve diğerleri Başvurusu, para. 46, 48.

¹⁸⁵³ B. Uçkan Hekimler, a.g.e., s. 1193.

¹⁸⁵⁴ AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2014/12166, 02.07.2015, RG 12.08.2015-29443.

vurgulayan Anayasa Mahkemesi “ekonomik güvenlik” kavramının grev erteleme sebebi olarak yasada sayılmadığı, erteleme kararının sendika hakkına müdahale olduğunun altını çizmiştir.

Kararda, “6356 sayılı Kanun’un 63. maddesine göre yalnızca milli güvenlik ve genel sağlık sebepleriyle grev erteleme kararı verilebilmesi mümkün olup ‘ekonomik güvenlik’ bir grev erteleme sebebi olarak sayılmış değildir. Kanun’daki terimlerin anlamlarının inka edici bir gerekçe olmaksızın çok geniş bir şekilde yorumlanması, ekonomik bazı sonuçları olacak olan bütün grevlerin milli güvenliği bozabileceği sonucuna ulaştırabilecek ve Anayasal haklara demokratik toplumda gerekli olmayan ve ölçüsüz müdahalelere yol açabilecektir.” denilmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Söz konusu erteleme kararı ile Anayasal bir hak olan grev ve toplu sözleşme hakkının kullanılması fiilen anlamsız hale gelmiştir.”¹⁸⁵⁵

Kanun hükümlerinin doğrudan ihlale neden olması kural olarak istisnai bir durumdur. Haliyle iptal davalarında incelenen, henüz uygulanmamış normların uygulamada yaratacağı sonuçlar bilinemeyebilir. Fakat söz konusu normun getirdiği sürenin ve “milli güvenlik ve genel sağlık” gibi muğlak kavramların içeriğini doldurmak konusunda yürütmeye sunulan geniş takdir yetkisinin, grev hakkını işlevsizleştireceği soyut norm denetimi aşamasında bile apaçık ortadadır. Sunulan çözüm ise aslında “fiilen etkisiz” olan yolları tüketmek suretiyle AYM’den ihlal kararı almak için sendikaların yine tek tek mücadelesidir ki, bu süre zarfında grevlerin işveren ile müzakerede etkili araç olması misyonu Mahkeme tarafından yine dolaylı olarak engellenmiş olacaktır.

6216 sayılı Kanun, md.45/3’te yer alan “yasama işlemleri ... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaz.” düzenlemesi doğrultusunda AYM bu tür başvuruları kabul edilemez bulmaktadır. Mahkeme’ye göre, “Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir.”¹⁸⁵⁶ Ancak bireysel başvurularda bir ihlalin yasanın yorumu veya uygulamasından değil, yasanın açık düzenlemesinden kaynaklandığı ve AY md.90/son

¹⁸⁵⁵ Benzer yönde bir karar olarak ayrıca bkz. AYM, Birleşik Metal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2015/14862, 09.05.2018, RG 20.7.2018-30484. Yüksek Mahkeme, bu kararında da Bakanlar Kurulu’nun “milli güvenliği tehdit” gerekçesi ile aldığı grev erteleme kararını oybirliğiyle sendika hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir: “Bakanlar Kurulu somut nedene dayanmamıştır. Alınan grev kararlarının milli güvenliği neden ve nasıl bozucu nitelikte olduğu yer, zaman ve olay gösterilerek belirtilmemiştir. Kaldı ki milli güvenlik kavramı da keyfi ve geniş yorumlanamaz. Aksi bir tutum bütün grevlerin ertelenmesine yol açar. Hakkın doğasında bulunan bir özelliği milli güvenliğe aykırı kabul etmek fiilen hiçbir grevin uygulanmayacağını kabul etmek anlamına gelecektir. Grev erteleme uygulaması fiilen grev yasağına dönüşmüştür.”

¹⁸⁵⁶ Örnek olarak bkz. AYM, Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, K.T. 05.03.2013; AYM Başvuru No: 2013/469, 16.04.2013.

fıkrasının derece mahkemeleri tarafından göz ardı edildiği durumlarda AYM'nin yalnızca ihlale hükmetmesi ile sorun sadece ilgili bireysel başvuru çerçevesinde ortadan kalkacaktır.¹⁸⁵⁷ Mahkeme'nin önüne gelecek bu tür durumlarda, kendisini “davayı görmekte olan mahkeme” olarak kabul ederek somut norm denetimi kapsamında ilgili yasa hükmünün iptali için konuyu AYM Genel Kurula havale etmesi en uygun çözüm olacaktır.¹⁸⁵⁸ Böylelikle, “usul ekonomisi” sağlanmış olacak, hem de temel hak ve özgürlük ihlalleri daha etkin bir şekilde korunabilecektir.¹⁸⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, Tayfun Cengiz¹⁸⁶⁰ kararında, başvuruçunun üyesi olduğu sendikanın yapmış olduğu işi bırakma çağrısına katılmasının “mazeretsiz olarak göreve gelmeme” anlamına geldiği gerekçesiyle hakkında verilen uyarıma cezasını değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, İHAM ile paralel bir yaklaşım benimsemiş; başvuruçuya verilen disiplin cezasının sendika hakkına yönelik bir müdahale olduğunu belirtmiştir. 657 sayılı DMK'nın 26. maddesi ile 125. maddesinin yasallık ilkesini karşıladığını belirten Yüksek Mahkeme, sendika üyelerinin idarenin olağan uygulaması ile idari yargının yerleşmiş içtihatlarında sendikal faaliyet dahilinde göreve gelinmemesi halinde kişinin mazeret iznini kullandığının kabul edildiğine ve disiplin soruşturması açılmadığına değinmiştir.¹⁸⁶¹

AYM İHAM'ın Kaya ve Seyhan/Türkiye ve Karaçay/Türkiye kararlarına da referans yaparak, başvuruçuya verilen uyarı cezası her ne kadar hafif de olsa, somut olayda “acil bir toplumsal ihtiyaç baskısının” bulunmaması ve “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” gerekçesi ile başvuruçunun sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸⁶² Anayasa

¹⁸⁵⁷ M. Gözde Atasayan, “Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açısından Değerlendirmesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: III, S: 5, İstanbul: Anayasa-Der & Legal Yay., 2014, s.37.

¹⁸⁵⁸ Bkz. Sibel İncoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İncoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s.12.

¹⁸⁵⁹ Ece Göztepe'ye göre de, aksi durumun kabulü halinde, “bu dolambaçlı yolun büyük bir zaman israfı oluşturacağı ise açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla, anayasaya aykırılık halinin tespiti halinde bunu bir bekletici sorun yapıp kanun ya da KHK'nin iptali istemiyle Genel Kurula başvurması da elbette mümkündür.” Bununla birlikte, yazara göre, “Ancak bu durumda kanunun tarihsel yorumunun tümünden göz ardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır ki, bu sorunun nasıl aşılabacağı ayrı bir tartışma konusudur.” bkz. Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, Ankara 2011, 2011/95, s.32.

¹⁸⁶⁰ AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvuru No: 2013/8463, 18.09.2014, RG 04.12.2014-29195.

¹⁸⁶¹ Cem Ümit Beyoğlu, “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”, **TBB Dergisi**, 2018 (135), s. 85.

¹⁸⁶² “... Gerek idarenin olağan uygulamasında ve gerekse de idari yargının yerleşmiş içtihatlarında başvuru konusu olayda olduğu gibi sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelinmemesi halinde mazeret iznini kullandığı kabul edilmekte ve disiplin soruşturması açılmamaktadır. Ne var ki sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri halinde mazeret iznini sayılacakları yönündeki yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri

Mahkemesi'nin grev hakkına ilişkin olarak “emsal” niteliğindeki bu kararı, ASS, ILO Sözleşmeleri ve İHAM içtihatlarına da yapılan atıflar çerçevesinde de oldukça önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, benzer olarak Selda Demir Taze¹⁸⁶³ kararında da memurların sendika kararıyla işe gitmemesinin sendikal hak olduğu ve bu hakkı sınırlamaya yönelik en küçük müdahalenin dahi hak ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Böylece memurların grev hakkı konusunda bireysel başvuru alanında güçlü bir içtihat olduğu söylenebilecektir.

Başvuru, Eğitim Sen üyesi bir öğretmenin sendikanın iki günlük iş bırakma kararına katılması üzerine, mazeretsiz olarak işe gitmediği gerekçesiyle kınama cezası almasını konu edinmiştir. AYM, konuyla ilgili İHAM kararlarına da referans yaparak üye olduğu sendikanın kararı çerçevesinde işe gelmemenin sendikal hakların kullanımı anlamına geldiği yönünde karar vermiştir. AYM, bu bağlamda sendikal haklarını kullanan kamu görevlilerinin disiplin soruşturması baskısı ve tehdidine maruz kaldıklarını belirtmiştir.

3) Sosyal Güvenlik Hakkı

1.Bölüm'de detaylı olarak incelendiği üzere, İHAM sosyal güvenlik hakkına, mülkiyet hakkı çerçevesinde dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Bu konuda AYM kararları incelendiğinde, genellikle İHAM içtihatlarına paralel bir doğrultuda yaklaşılmakla birlikte, istikrarlı bir yaklaşım benimsenmediği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında İHAM içtihatlarına atıfla mülkiyet hakkı kapsamında dolaylı bir koruma sağlarken,¹⁸⁶⁴ bazı kararlarında ise başvuru konusunu yalnızca adil yargılanma hakkı¹⁸⁶⁵ çerçevesinde değerlendirip usuli bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte, sosyal güvenlik hakkı ile

bulunmamaktadır. Bu sebeple mevcut başvurudaki gibi durumlarda sendika hakkını kullanan kişilerin disiplin soruşturması tehdidi altında kaldıklarını not etmek gerekir.” AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, para. 40-63.

¹⁸⁶³ AYM, Selda Demir Taze Başvurusu, Başvuru No: 2014/7668, 10.06.2015, RG 18.09.2015-29479.

¹⁸⁶⁴ 1.Bölümde de değinildiği üzere, İHAS sistemi taraf devletlere herhangi bir sosyal güvenlik hizmeti sunma ödevi öngörmemekle birlikte, iddia konusu hak, malvarlığı ile ilgili olması halinde, İHAM mülkiyet hakkının sosyal uzantısı olarak değerlendirip incelemektedir. Örnek olarak bkz. Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 65 731/01 ve 65900/01, 12.04.2006; Goudswaard-van der Lans/ Hollanda, Başvuru No: 75255/01, 22.09.2005; Andrejeva/ Letonya, Başvuru No: 55707/00, 18.02.2009. İHAM, sosyal güvenlik hakkı ile bağlantılı olarak incelediği başvurularda, mülkiyet hakkı kapsamında her ne kadar taraf devletlerin bir aylık sistemini kurup bunun koşullarını belirlemek konusunda takdir yetkisi olsa da, başvuru kişinin bütün geçim kaynaklarından yoksun bırakılıp bırakılmadığını, başvuru bakımından aşırı ya da orantısız bir yük yüklenip yüklenilmediğini de dikkate almaktadır. Bkz. Apostolakis/ Yunanistan, Başvuru No: 39574/07, 22.10.2009; Klein/ Avusturya, Başvuru No: 57028/00, 25.12.2014; Moskal/ Polonya, Başvuru No: 10373/05, 01.03.2010; Kjartan Ásmundsson/ İzlanda, Başvuru No: 60669/00, 30.03.2005.

¹⁸⁶⁵ İHAM'ın sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak, usulü güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkı kapsamında vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır. Örneğin bkz. Feldbrugge/ Hollanda, Başvuru No: 8562/79, 29.05.1986. Mahkeme, Feldbrugge/ Hollanda davasında, sosyal güvenlik yardımını 6.maddenin 1.fıkrasında yer alan “medeni hak ve yükümlülükler” ibaresine dahil edecek şekilde, genişleterek yorumlamıştır. İHAM, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramını sadece iç hukukla sınırlı olmayacak şekilde, “otonom” olarak yorumlamaktadır.

bağlantılı bazı bireysel başvurularda ise Anayasa Mahkemesi, aşağıda da detaylı olacak inceleyeceğimiz üzere, “konu bakımından yetkisizlik” dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin sosyal güvenlik hakkı ile bağlantılı ilk kararları, başvuru yollarına ilişkin çeşitli usuli eksiklikler nedeniyle vermiş olduğu kabul edilemezlik kararlarıdır. Bu kararlarda şu imanın yapılmış olması önemlidir: “Başvurucunun sosyal güvenlik primlerinin eksik yatırılması nedeniyle sosyal haklar ve emeklilik hakları yönünden zarara uğradığı şikayetin bireysel başvuru konusu olabilmesi için öncelikle Anayasa’nın 148. ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesi gereğince Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) ortak koruma alanında bulunan bir hak olması gerekir. Sosyal güvenlik hakkı Anayasa’nın 60. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşmede düzenlenen bir hak olmadığı açıktır. Öte yandan sosyal güvenlik kurumuna işveren tarafından yatırılması gereken primlerin *Anayasa’nın 35. ve Sözleşmeye ek 1. Nolu Protokolün 1. maddelerinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı kapsamına incelenip incelenemeyeceği tartışılabilirse de*¹⁸⁶⁶, (...) başvurunun bu kısmı kabul edilemez nitelikte olduğundan burada başvurucunun iddialarının mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği ayrıca tartışılmayacaktır.”¹⁸⁶⁷

“Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. (...) Başvurucu her ne kadar sosyal güvenlik hakkından söz etmekteyse de sosyal güvenlik hakkı bireysel başvuru konusu edilebilecek haklardan olmadığından bu iddialar başvurucunun alacağının somutlaşmış olması halinde ancak *mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir.*”¹⁸⁶⁸

Kişilerin sosyal güvenlik hukukundaki statülerinin bir uzantısı olan aylık, gelir ve ödenekleri şüphesiz ki, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde mülkiyet hakkı kapsamına girdiği kabul edilen malvarlığı değerlerinden biridir.¹⁸⁶⁹ AYM’ye göre, “Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma kapsamında yer alan mülkiyet hakkı, bireylere bir tür sosyal güvenlik ödemesi alma hakkı içermemekle beraber yürürlükteki mevzuatta, önceden prim ödeme şartıyla veya şartsız olarak, sosyal yardım alma hakkı şeklinde bir ödeme yapılması öngörülmüş ise yargısal içtihatlarla paralel olarak ilgili mevzuatın aradığı şartları yerine getiren

¹⁸⁶⁶ Vurgu yazara aittir.

¹⁸⁶⁷ AYM, Naz Aydemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/850, 19.12.2013, para.15.

¹⁸⁶⁸ AYM, Ahmet Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/3081, 20.02.2014, para.21.

¹⁸⁶⁹ Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018, s. 42.

bireyin mülkiyet hakkı kapsamına giren bir menfaatinin doğduğu kabul edilmelidir.”¹⁸⁷⁰ Mülkiyet hakkının bazı koşullar çerçevesinde ortadan kaldırılması durumunda da, en azından o zamana kadar mevcudiyetini ortaya koyduğundan, Anayasa’nın 35.maddesi yine uygulanabilecektir.¹⁸⁷¹

Mülkiyet hakkı, kural olarak, devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir düzenleme şekline sahiptir. 35.madde de esasen mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan müdahalelere karşı bireyi korumayı amaçlamaktadır. Ancak bunun yanı sıra, mülkiyet hakkı, Anayasa’nın 5. maddesinin desteğiyle negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükleri de içermektedir.¹⁸⁷² Devletin pozitif yükümlülükleri, usuli güvenceleri de bünyesinde barındırır: En başta, devletin yargısal yolları içeren etkili hukuksal bir yapı oluşturması gerekmektedir.

Bu kapsamda mülkiyet hakkı bağlamında incelediği bireysel başvurularda AYM, maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini de dikkate almaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkını koruyacak ve bireylere yeterli güvenceler sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulması önemlidir.¹⁸⁷³

Bu bilgiler ışığında Anayasa Mahkemesi’nin sosyal güvenlik hakkına ilişkin unsurları da içeren bireysel başvuru kararlarına bakıldığında, zaman zaman birbiriyle çelişen, tutarsız kararlara da rastlanılmaktadır. Yüksek Mahkeme, sosyal güvenlik hakkına ilişkin bazı kararlarında “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemezlik kararı da verebilmektedir. Örnek olarak, Mehmet Hadi Tunç¹⁸⁷⁴ kararında, başvuru İstanbul Halk Ekmek Un ve Unlu Maddeler Gıda San. ve Tic. A.Ş.’de genel müdür olarak görev yapmakta iken emekli keseneği esas aylığına (6400) ek göstergenin uygulanması istemiyle Sandığa yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada iptal isteminin reddedildiğini belirterek, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

¹⁸⁷⁰ Bkz. AYM, Naz Aydemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/850, 19.12.2013, para.15; AYM, Ahmet Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/3081, 20.02.2014, para.21; Yeşim Bullock Başvurusu, Başvuru No: 2014/13223, 20.09.2017, para. 39-41; Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, 25.03.2014, para. 38; Emel Kavas Başvurusu, Başvuru No: 2013/8032, 09.09.2015, para. 29; Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Başvuru No: 2014/7621, 25.07.2017, para. 46.

¹⁸⁷¹ Bülent Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2013/3391, 16.09.2015, para. 56; Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Başvuru No: 2014/7621, 25.07.2017, para. 46.

¹⁸⁷² Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/1035, 17.07.2014, para. 38; Fatma Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2014/6577, 16.02.2017, para. 48; Sefa Koşar Başvurusu, Başvuru No: 2015/18352, 10.05.2018, para. 46-47.

¹⁸⁷³ Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, para. 44; Eyyüp Boynukara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842, 17.02.2016, para. 47.

¹⁸⁷⁴ AYM, Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, Başvuru No: 2013/1958, K.T. 07.07.2015, RG 17.08.2015-29448.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında yukarıdaki içtihatları ile çelişir biçimde şu ifadelere yer vermiştir: “Sosyal güvenlik hakkı, Anayasa’nın 60. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme’de düzenlenen bir hak olmadığı açıktır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı bağımsız bir hak olarak Sözleşme ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunmadığından, bu hakka yönelik ihlal iddiasının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir.”¹⁸⁷⁵ AYM’nin, yukarıda değindiğimiz kararlarında esas aldığı İHAM’ın mülkiyet hakkı temelli yaklaşımını burada göz ardı etmesi anlaşılır gibi değildir.

AYM’nin bireylerin sosyal güvenlik hakkı ile bağlantılı taleplerinin dayanağı olan yasal düzenlemelere ilişkin değerlendirmelerinin de değişiklik gösterdiği görülmektedir. Örneğin Hüseyin Polge başvurusunda, başvuru emekli ikramiyesinin güncel katsayılar yerine emekli olduğu tarihteki eski katsayılar üzerinden hesaplanarak ödendiğini ileri sürmüştür. AYM, konuya ilişkin düzenlemeleri ve yargı kararlarını değerlendirerek ve konuya ilişkin AYM iptal kararlarının geçmişe dönük hak doğurmadığını belirterek başvuru sahibinin meşru beklentiye sahip olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁸⁷⁶

Ferda Yeşiltepe başvurusunda da buna benzer olarak, başvuru emekli ikramiyesinin ödenmesinde emekli aylığının bağlandığı tarihin esas alınmasının alacağın değer kaybetmesine yol açtığını ileri sürmüştür. AYM, kararında memur statüsü ile emekli statüsü arasındaki organik bağ sebebiyle memur statüsünde yapılan değişikliklerin emekli statüsünü etkilemediğini, memurların sosyal güvenlik hakkına ilişkin meselelerin Anayasa’nın 128.maddesi bakımından özlük işleri kapsamında olduğunu ifade etmiştir. AYM somut olayda başvuru sahibinin emekli ikramiyesi alacağına hak kazandığı mahkeme kararı ile tespit edilmiş bulunduğundan mülkiyet hakkının sunduğu güvenceden yararlanabileceğine karar vermiştir.¹⁸⁷⁷

Polge kararı ile benzerliğine rağmen, Ferda Yeşiltepe kararı farklı şekilde sonuçlanmıştır. Burada AYM, emekli ikramiyesine hak kazanıldığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen 25 yıllık sürede, enflasyon oranına bağlı olarak başvuru sahibinin alacak hakkının aşırı derecede değer kaybetmesine bağlı olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸⁷⁸

¹⁸⁷⁵ AYM, Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, para. 28.

¹⁸⁷⁶ Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, No. 2013/2166, 25.06.2015, para. 37, 44-53.

¹⁸⁷⁷ Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Başvuru No: 2014/7621, 25.07.2017, para. 47.

¹⁸⁷⁸ Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Başvuru No: 2014/7621, 25.07.2017, para. 51.

Sosyal güvenlikle ilgili konularda yargı kararları çerçevesinde mülkiyet hakkının korunduğu kararlar da vardır. Örneğin Yasemin Mutlu, Zekiye Şanlı ve Ülkü Tunca ve diğerleri kararlarında, başvuru emekli aylığına daha önce yapılması gerekirken yapılmadığını iddia ettikleri artış oranından kaynaklanan fark nedeniyle oluşan alacak haklarına ilişkin hukuki beklentilerinin yerleşik yargı kararlarına dayandığını saptayan AYM, yargı sürecinde yapılan kanun değişikliğinin derdest davaya uygulanması sebebiyle söz konusu beklentinin karşılanamadığının altını çizmiştir.¹⁸⁷⁹ Bu bağlamda, söz konusu artış oranı başvuru emekli aylığı değeri içerisinde yer aldığından başvuru emeklilerin meşru beklentileri kapsamında mülkiyet hakkı uygulanır olmaktadır.¹⁸⁸⁰ Başvurucunun lehine alacak hakkını kesinleştiren bir mahkeme kararının bulunmadığı hallerde ise, mülkiyet hakkı uygulanabilir bulunmamaktadır.¹⁸⁸¹

Sosyal güvenlik hakkına ilişkin bireysel başvurularda, hukuk güvenliği ve yasallık ilkesi başta olmak üzere pek çok açıdan sorunlar doğuran “geriye etkili yasal düzenlemeler” konusuna da değinmek gerekir. Geriye yürüten mevzuat esasen öngörülebilirlik ilkesine aykırı olmasına rağmen, kural olarak kanunilik/hukukilik testini geçmeyi başarmaktadır.¹⁸⁸² Ancak bu durum, söz konusu mevzuattan kaynaklanan müdahalenin ölçülü olduğu anlamına gelmemektedir.

Hatta, derdest davada geriye etkili olarak uygulanacak olan yeni düzenlemeler, taraflardan birinin lehine olan hükümleri barındırmaktaysa, mülkiyet hakkının yanı sıra adil yargılanma hakkı bakımından da ihlal iddiaları gündeme gelebilecektir.

Örneğin, az evvel değindiğimiz Yasemin Mutlu, Zekiye Şanlı ve Ülkü Tunca ve diğerleri başvurularında, başvuru emeklilerin talebi ilk derece mahkemesince haklı bulunmuş ancak Yargıtay aşamasında yargılama devam ederken yürürlüğe giren yeni düzenlemeye çerçevesinde dava aleyhlerine dönmüştür. AYM ise burada sosyal güvenlik sistemine ilişkin olarak yasa koyucunun geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme burada İHAM

¹⁸⁷⁹ S. Gemalmaz, a.g.e., s. 87.

¹⁸⁸⁰ Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, 25.03.2014, para. 39-41; Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, 26.06.2014, para. 39-41; Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014, para. 43-45. Bu üç başvuruda AYM başvuru konusunun daha önce tahakkuk etmiş olan emekli aylığı veya bu aylığın miktarına ilişkin olmadığını özellikle vurgulamıştır.

¹⁸⁸¹ Ayşe Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2013/2695, 26.06.2014, para. 19. Bu kararda AYM alacak iddiasının şikayet edilen derece mahkemelerinin kararının sonucuna ilişkin olduğu ve bu sebeple adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Nihayetinde başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. Ancak AYM’nin kararın “konu” kısmında verdiği bilgi ile “değerlendirme” kısmında verdiği derece mahkemelerinin kararının sonucuna ilişkin ifadeleri karışıklık yaratmaktadır.

¹⁸⁸² Bu konuda örnek İHAM kararları için bkz. M. A. ve diğerleri/ Finlandiya, Başvuru No: 27793/95, 10.06.2003; Stere ve diğerleri/ Romanya, Başvuru No: 25632/02, 23.02.2006, para. 54.

kararlarına da atıf yaparak sosyal güvenlik alanında geriye etkili olan düzenlemelerin “açıkça keyfi” olduğu ortaya konulmadıkça, yasallık ilkesini karşılayacağını ifade etmiştir.¹⁸⁸³

Geriye etkili yasal düzenlemeler ve uygulamaların esas değerlendirildiği aşama, ölçülülük incelemesinin yapıldığı aşamadır. Burada bireylerin haklarına karşı yapılan müdahalenin adil bir denge kurup kurmadığı analiz edilirken söz konusu sınırlama ya da müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemelerin öngörülebilirliği de dikkate alınmaktadır.

AYM’nin iptal davalarında konuya ilişkin benimsediği yaklaşım çerçevesinde, devletin yapacağı yasal düzenlemelerde “hukuk güvenliği”ni zedelememesi gerekmektedir. Hukuk güvenliği, yürürlükte olan yasal düzenlemelerin süreceğine ilişkin olarak duyulan güveni de bünyesinde barındırır. AYM, bu yaklaşımıyla meşru beklentilerin korunacağını da ifade etmektedir.¹⁸⁸⁴

AYM genellikle henüz kesinleşmemiş statüler bakımından kazanılmış hakkın doğmadığını, bunların ancak meşru beklenti sayılarak geriye yürüyen düzenlemeler karşısında korunacağını ifade etmekte ve kişilerin mevzuattan kaynaklanan beklentilerinin korunmasının hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olduğunun altını çizmektedir.¹⁸⁸⁵

Yasemin Mutlu¹⁸⁸⁶ başvurusunda, başvuru yüksek miktarda prim ödemesine rağmen daha düşük miktarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldığını, sonradan getirilen bir yasal düzenleme ile ödediği primlere el konulduğunu ve süregiden yargılama sürecine müdahale edildiğini belirterek adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

Yüksek Mahkeme, başvuruyu her iki hak açısından da kabul edilebilir bulmuş; ancak sadece adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AYM, bu bağlamda İHAM’ın takdir marjını ön plana çıkardığı içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Sosyal güvenlik, devlet tarafından üstlenilen önemli bir sorumluluk olup, bu sorumluluğun gereklerinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi

¹⁸⁸³ Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, 25.03.2014, para. 57; Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, 26.06.2014, para. 58; Ülkü Tunca ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014, para. 59.

¹⁸⁸⁴ AYM, E.2008/7, K.2011/80, K.T. 18.05.2011.

¹⁸⁸⁵ Meşru beklentiler kazanılmış hak seviyesine varmayan bir kategori olmasına rağmen, anayasal değerlerde bir ölçü norm olduğu açıkça görülmektedir. Meşru beklentiler hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin bir uzantısıdır. Meşru beklentileri ihlal eden kanuni düzenlemeler anayasaya aykırılıktan iptal edilmektedir. Bkz. S. Gemalmaz, a.g.e., s. 90. Ayrıca bkz. AYM, E. 2005/3, K.2008/53, K.T. 07.01.2008, RG 08.04.2008-26841.

¹⁸⁸⁶ AYM, Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, K.T. 25.03.2014, RG 18.06.2015-29390.

için birtakım düzenlemeler yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla devletin sosyal güvenlik alanına ilişkin takdir yetkisi geniştir. AİHM de sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerin değiştirilmeye açık olduğunu, yasama organının bu konuda engellenemeyeceğini, kanunlara veya mahkeme kararlarına dayalı olarak tanınmış emeklilik haklarının, geçmişe etkili yeni kanunlarla değiştirilebileceğini, bu kapsamdaki bir düzenlemenin, açıkça keyfi olduğu tespit edilmedikçe, kanunilik şartını sağlayacağını kabul etmektedir.¹⁸⁸⁷ (...) Meşru beklentiye yönelik müdahale oluşturan düzenlemenin, meşru kabul edilebilmesi bakımından, kamu yararını gerçekleştirme amacını taşıması ve müdahale sonucunda ortaya çıkan yeni durumun ve bozulan yararlar dengesinin, birey açısından tahammül edilemez bir boyuta ulaşmaması gerekir.”¹⁸⁸⁸

Kararda Yüksek Mahkeme’nin “kamu yararı”na uygunluk bakımından yaptığı değerlendirmede, “hak temelli” bir yaklaşım yerine, “ekonomik argümanları” ön plana çıkardığı görülmektedir: “(...) düzenlemenin amacının esas itibarıyla, sözü edilen sandıkların 506 sayılı Kanun’a göre bağlanan aylıklara uygulanan artışlar nedeniyle *aktüeryal dengelerinin bozulmasını engellemek* olduğu anlaşılmaktadır. Sosyal güvenlik hizmetlerinde aktüeryal denge, mevcut ve gelecekteki varlıkların toplamının yine mevcut ve gelecekteki yükümlülüklerin toplamına eşit olması ve sistemdeki bireylere verilen taahhütlerin, sistem tarafından karşılanabilir olması anlamına gelmekte olup, 5510 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesi gereğince belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) devredilecek olan bu sandıkların mali dengelerinin korunmasında, genel sosyal güvenlik sisteminin mali yapısının korunması ve sosyal güvenlik planlaması çerçevesinde toplumun korunmaya daha çok muhtaç olan fertlerinin de bu sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması bakımından zorlayıcı nitelikteki kamu yararı olduğu açıktır.”¹⁸⁸⁹

AYM, ölçülülük incelemesinde ise, “zorlayıcı nitelikte kamu yararı amacına dayanan düzenlemenin, başvurucağı ağır ve tahammül edilemez bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvurucağı yüklenen külfetin orantılı olduğu” sonucuna varmış ve Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

¹⁸⁸⁷ Bkz. Arras ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 17972/07, 14.02.2012, para. 81; Maggio ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, 31.05.2011, para. 60; Maurice/Fransa, Başvuru No: 11810/03, 06.01.2005, para. 81; Draon/Fransa, Başvuru No: 1513/03, 06.01.2005, para. 73; Kuznetsova/Rusya, Başvuru No: 67579/01, 07.06.2007, para. 50.

¹⁸⁸⁸ AYM, Yasemin Mutlu Başvurusu, para. 57, 58.

¹⁸⁸⁹ AYM, Yasemin Mutlu Başvurusu, para. 60.

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde zorlayıcı bir kamu yararı olduğu kanaatine ulaşılmışsa da, yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, müdahale sonucunda başvurunun davayı kazanmasının imkansız hale geldiği, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği gerekçeleriyle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁹⁰

Yüksek Mahkeme, bu doğrultuda sosyal güvenliğe ilişkin talepleri değerlendirirken “iyi yönetim ilkesi”ne de kararlarında yer vermektedir.¹⁸⁹¹ Bu bağlamda fazladan veya hatalı yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin iade edilmesine ilişkin başvurularda, AYM’ye göre, “sosyal adaletin gereği” olarak idare, tesis ettiği hatalı işlemi geri alabilir ve bu kapsamda hatalı idari işleminden kaynaklanan sosyal güvenlik ödemelerinin iadesini isteyebilir: “Aksi durum kişilerin sebepsiz zenginleşmesine yol açabileceği gibi sosyal güvenlik fonlarına katkıda bulundukları halde kanunlardaki koşulları sağlamadıkları gerekçesiyle ödemelerden mahrum kalan kimseler yönünden adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu durum, sınırlı kamu kaynaklarının uygun olmayan yöntemlerle dağıtımını anlamına gelebileceğinden kamu yararı ile örtüşmez.”¹⁸⁹²

Ancak böyle durumlarda bile, idarenin iyi yönetim ilkesine uygun davranmamasından kaynaklanan hatalı ödemelerin iadesinde tahsil süresinin kısa olması veya taksite bağlanması halinde faiz işletilmesi, ölçülü bir müdahale olarak değerlendirilmemektedir.¹⁸⁹³ Yüksek Mahkeme’ye göre, “haksız ödemelerin iadesinde tahsilatın, başvurunun ekonomik dara düşmesini önleyecek şekilde yapılması gerekir.”¹⁸⁹⁴

¹⁸⁹⁰ Benzer yönde, ayrıca bkz. AYM, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, K.T. 26.06.2014; AYM, Ülkü Tunca ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, K.T. 11.12.2014; AYM, Korkut Bahadır Başvurusu, Başvuru No: 2014/4025, K.T. 11.12.2014.

¹⁸⁹¹ AYM tarafından Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım kararında “İyi yönetim ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, 03.04.2014, para. 68; Tevfik Baltacı Başvurusu, Başvuru No: 2013/8074, 09.03.2016, para. 70.

¹⁸⁹² Tevfik Baltacı Başvurusu, para. 74; Uğur Ziyaretli Başvurusu, para. 68; Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/17809, 22.02.2018, para. 53, 57.

¹⁸⁹³ S. Gemalmaz, a.g.e., s. 89.

¹⁸⁹⁴ Tevfik Baltacı Başvurusu, para. 72-79; Uğur Ziyaretli Başvurusu, para. 74-78; Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, para. 58-60.

Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunda da oldukça tartışılan Suzi Alyüz¹⁸⁹⁵ başvurusu, haksız ödenen yaşlılık aylıklarının Sosyal Güvenlik Kurumunca yasal faizi ile birlikte geri ödenmesinin istenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Kurum müfettişleri yaptıkları inceleme sonucunda başvurucuya bağlanan yaşlılık aylığını prim hesabına usulsüz girişlerin yapıldığından bahisle iptal etmiş, geçmişte yapılan usulsüz prim girişi ödemeleri sebep gösterilerek, başvurucunun yaşlılık aylıklarının kesilmesi ve kendisine belli bir dönem boyunca ödenen aylık tutarının yasal faizi nedeniyle iadesi istenmiştir. Başvurucu ise ileri sürülen usulsüz prim ödemesi girişinde kusuru bulunmadığını, aksine davalı Kurumun kusurunun bulunabileceğini ifade ederek yaşlılık aylığının kesilmesine ilişkin kurum işleminin ve haksız ödendiği iddia edilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, kararında “iyi yönetim ilkesi” çerçevesinde kamu otoritelerinin sosyal güvenlik hakkından doğan ödemeler gibi bireylerin hayatlarını devam ettirmesi bakımından büyük öneme sahip konularda azami özeni göstermesi gerektiğini; bununla birlikte kamu otoritelerine yüklenen bu özen sorumluluğunun bireyleri de sosyal güvenlik hakkı kapsamında kendilerine yapılan ödemeler yönünden tamamen sorumsuz kılmadığını ifade etmiştir.¹⁸⁹⁶

Yüksek Mahkeme'ye göre, “Sosyal adaletin gereği olarak idarenin tesis ettiği hatalı işlemi somut olayın koşullarına göre geri alabileceği veya belli durumlarda kaldırabileceği hususunda kuşku yoktur. Bu tespit hatalı idari işleminden kaynaklanan sosyal güvenlik ödemeleri için de geçerlidir. Aksi durum kişilerin sebepsiz zenginleşmesine yol açabileceği gibi sosyal güvenlik fonlarına katkıda bulundukları halde kanunlardaki koşulları sağlamadıkları gerekçesiyle ödemelerden mahrum kalan kimseler yönünden adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu durum, *sınırlı kamu kaynaklarının*¹⁸⁹⁷ uygun olmayan yöntemlerle dağıtımına cevaz verilmesi anlamına gelebileceğinden kamu yararı ile örtüşmez.”¹⁸⁹⁸

Yüksek Mahkeme, sonuç olarak başvurucunun mülkiyet hakkına, kendisine ödenen yaşlılık aylıklarının faizi ile birlikte iadesinin istenmesi yönünde yapılan müdahalenin, başvurucunun böyle bir müdahalenin gerçekleştirebileceğini öngörebileceği ve yapılan müdahale

¹⁸⁹⁵ AYM, Suzi Alyüz Başvurusu, Başvuru No: 2013/679, K.T. 20.04.2016, RG 21.06.2016-29749.

¹⁸⁹⁶ AYM, Suzi Alyüz Başvurusu, para. 52.

¹⁸⁹⁷ Vurgu yazara aittir.

¹⁸⁹⁸ AYM, Suzi Alyüz Başvurusu, para 54.

ile ulaşılmak istenen kamu yararı dikkate alındığında, başvuru üzerine aşırı bir yük getirmediğı dolayısıyla “adil dengeyi” bozmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin Sosyal Güvenlik Kurumu’nun aylığı yanlış hesapladığı için fazladan ödendiğı tespit edilen paraların geçmişe yönelik faiziyle iade edilmesi yönündeki taleplerine ilişkin ihlal bulduğı kararlar da vardır. Örneğın, yukarıda da değindiğimiz Fatma Ülker Akkaya¹⁸⁹⁹ başvurusu, Türkiye Kalkınma Bankası’ndan emekli yüksek mimar Şahin Akkaya’ya, “teknik hizmetler sınıfı” uzmanı olarak 3600 olan emeklilik ek gösterge rakamının, “idari hizmetler sınıfı”nda çalışmış olduğı için 2200 olarak düzeltilmesi neticesinde emeklilik aylığının azalması ve geriye yönelik olarak fazladan ödendiğı belirtilen emeklilik aylıklarının iadesinin istenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının; bu işleme karşı açılan davada yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğı iddialarına ilişkindir. AYM, Akkaya’nın, mülkiyet hakkı ile somut olaydaki yaklaşık 4 yıl 9 ay 6 günlük yargılama süresinin makul olmadığı gerekçesiyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğı sonucuna varmıştır.

AYM kararında, aylığın hatalı bağlanmasıdaki bütün kusur kamu makamlarına ait olsa da SGK’nın yersiz ödemelerinin geri istenebileceğı ancak “ölçölülük testinde başvurudaki gibi 8 yılda ödenen maaşları üç ayda faiziyle istenmesinin -hiçbir kusurunun bulunmadığı da gözetildiğinde- aşırı bir külfet yüklediğı ifade edilmiştir. Emekli aylığının sosyal bir ödeme olduğı hususu da dikkate alındığında yersiz yapılan ödemelerin iade edilebilmesi için emeklilerin ekonomik anlamda dara düşmesini önleyecek şekilde bir takvime bağlanmasının, kamu yararı ile bireysel yarar arasında denge kurulması bakımından gerekli olduğı belirtilmiştir.¹⁹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi’nin ölçölülük incelemesinde müdahaleyle uğranılan zararın katlanılabilirliğı de bu çerçevede önemli rol oynamaktadır. Kişinin uğradığı zararın katlanılabilir olup olmadığının tespitinde, başvuru ve ailesinin içinde bulunduğı ekonomik durum dikkat alınmaktadır. Zaten yoksul durumdaki kişilerin malvarlığında küçük eksilmeler dahi mülkiyet hakkının ihlali sonucuna götürebilir.¹⁹⁰¹ Müdahale edilen malvarlığı değerin başvuruçuların geçimlerinin sağlanmasında oynadığı rol ne kadar büyükse, maruz kalınan

¹⁸⁹⁹ AYM, Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/18979, K.T. 22.02.2018, RG 09.03.2018-30355.

¹⁹⁰⁰ AYM, Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, para. 59.

¹⁹⁰¹ Gashi/ Hırvatistan, Başvuru No: 32457/05, 13.12.2007, para. 41-42.

zarara katlanma derecesi o kadar düşüktür.¹⁹⁰² Benzer şekilde malvarlığı değerlerinde azalma olan kişilerin sağlık durumları da zararın miktarının düşük olmasını önemsizleştirebilecektir.¹⁹⁰³

4) Sağlık, Çevre ve Konut Hakkı

1. Bölüm’de detaylı olarak incelendiği üzere, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde İHAM içtihatlarında sağlık hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile konut hakkı, yaşama hakkını düzenleyen 2.madde; işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını düzenleyen 3.madde; özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8.madde ile bağlantılı olarak korunmaktadır. AYM kararlarında da İHAM’ın yaklaşımına paralel olarak söz konusu hakların, medeni ve siyasi hak bakış açısıyla sınırlı olsa da, yansımali olarak korunduğı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın 17.maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, 20.maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğı hakkı ile 21.maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkı çerçevesinde söz konusu hakları, İHAM’ın pozitif yükümlölükler doktrinine de yer vererek dolaylı olarak korumaktadır.

Bu çerçevede yaşama hakkı ile sağlık hakkı ilişkisi, bağlantısı en açık olanıdır. Sağlık hakkının işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağıyla ilişkilendirilmesi, tutuklu ve mahkumların hapisane koşullarında maruz kaldıkları işlemler, davranışlar ya da sağlık sorunlarına rağmen alıkonulmaları gibi konularda daha çok söz konusu olmaktadır. Sağlık hakkının özel yaşam ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı ile ilişkisi ise, hasta kişilerin veya engellilerin özel ve aile yaşamları, üreme hakkıyla ilgili bağlantılı konular veya çevreye ilişkin sorunlar İHAM kararlarında olduğı gibi Anayasa Mahkemesi’nin incelemesine de konu olabilmektedir.

Yüksek Mahkeme’nin sağlık hakkını dolaylı olarak koruduğı kararlarında, soyut ve somut norm denetiminde yaptığı gibi, insan haklarının bütünselliğı ilkesi bağlamında Anayasa’nın 17.maddesi ile sağlık hakkına ilişkin olan 56.maddesi arasında bir bağ kurduğı görülmektedir. Bu bağ pozitif yükümlölükler vurgusu tamamlamaktadır. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve

¹⁹⁰² Devocioğlu/ Türkiye, Başvuru No: 17203/03, 13.11.2008, para. 40.

¹⁹⁰³ Scollo/ İtalya, Başvuru No: 19133/91, 28.09.1995, para. 17, 38; Poltorachenko/ Ukrayna, Başvuru No: 77317/01, 18.01.2005, para. 45.

vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif¹⁹⁰⁴ yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁹⁰⁵

Anayasa'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Yüksek Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Bunun yanı sıra devletin tıbbi müdahaleler nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve maddi ve manevi varlığına saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.¹⁹⁰⁶ Yüksek Mahkeme de, Anayasanın 17/1. maddesi kapsamında devletin pozitif sorumluluğunu gerektirebilecek ölüm olaylarında, elindeki tüm imkanları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve yönetsel çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve yaşam hakkına yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi bulunduğunu kabul etmekte, egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel güvenlik tedbirleri alma görevini de yüklemektedir.¹⁹⁰⁷

Anayasa'nın “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” kenar başlıklı 56. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledir: “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” Anayasa'nın 56. maddesinde de belirtildiği üzere pozitif yükümlülük, sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır.¹⁹⁰⁸ Devlet,

¹⁹⁰⁴ Anayasa'nın 17.maddesine yer alan “fiziksel ve ruhsal bütünlüğü güvence altına almakla birlikte, ikinci fıkra düzenlemesi tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı”na ilişkin negatif yükümlülükle bağlantılı olarak AYM önüne gelen ilginç başvurulardan biri de, zorunlu aşı uygulamasına ilişkindir. Başvurucu, açık bir kanuni dayanak olmaksızın çocuğu hakkında zorunlu aşı uygulamasına yönelik tedbir kararının maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen 5395 sayılı Kanun'un 3. Maddesindeki düzenlemenin uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret ettiğini, öngörülebilirlik niteliğini taşımadığını belirtmiş ve 17.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015.

¹⁹⁰⁵ AYM, Nail Artuç Başvurusu, Başvuru No: 2013/2839, K.T. 03.04.2014, para.32; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, 17.09.2013, para. 50-51.

¹⁹⁰⁶ AYM, Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, 07.11.2013, para.40; AYM, Ahmet Acartürk Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, 15.10.2015, para. 49.

¹⁹⁰⁷ AYM, Salih Ülgen ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6585, 18.09.2014.

¹⁹⁰⁸ AYM, İlker Başer ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1943, 09.09.2015, para. 44.

bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin sağlık hizmetlerini hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır.¹⁹⁰⁹

AYM, kararlarında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Devlet, sağlık hizmetlerini yeterli ölçüde sağlayamadığı durumda bireylerin vücut bütünlüğünün korunması konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur. Bu kapsamda devletin gerek kamuya ait sağlık kuruluşlarında gerekse de özel sağlık kuruluşlarında tedavi gören hastaların vücut bütünlüğünün güvence altına alınması için yasal çerçevenin belirlenmesi ve belli koşullarda gerekli tedbirlerin alınması konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.”¹⁹¹⁰

Devletin usuli yükümlülükleri çerçevesinde de, hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının makul derecede dikkatli ve özenli inceleme şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelerinin bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıklarının ya da ne ölçüde yaptıklarının da Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer hak ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır.¹⁹¹¹

Yüksek Mahkeme, bunula birlikte, Sözleşme’yi sağlık hizmeti sunmak şeklinde bir pozitif yükümlülük ölçeğinde yorumlamak konusunda tereddütlü davranmıştır. İHAM’ın da sağlık hizmetlerinin sunulmasında, kaynak yetersizliği çerçevesinde devletlerin takdir marjını

¹⁹⁰⁹ AYM, Ahmet Acartürk Başvurusu, para. 51; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, para. 52.

¹⁹¹⁰ AYM, Salim Sayın Başvurusu, Başvuru No: 2013/3382, 04.11.2015, para. 38.

¹⁹¹¹ AYM, Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş Başvurusu, Başvuru No: 2013/4086, 20.04.2016; AYM, Zümrüt Ağapınar Başvurusu, Başvuru No: 2015/3747, K.T. 26.12.2018 RG 17.01.2019- 30658; AYM, Yasin Çıldır Başvurusu, Başvuru No: 2013/8147, 14.04.2016, para. 57; AYM, Tefik Gayretli Başvurusu, Başvuru No: 2014/18266, 25.01.2018, para. 32; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, 17.09.2013, para. 54. “Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi öncelikle idari ve yargısal makamların ödevidir. Aynı şekilde başvuru dosyasında bulunan tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin verdiği sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi için ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesi gerekir. Bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı incelenmelidir. Bkz. AYM, Mehmet Çolakoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/15355, 21.02.2018; AYM, Murat Atılgan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9047, 07.05.2015, para. 44.

ön plana çıkaran, yeterli dayanaktan yoksun bulunduğu başvurular da mevcuttur.¹⁹¹² İHAM kaynak tahsisi konularında topluma sunulmuş olan sağlık hizmetinin başvuruçulara da aynı ölçüde sağlanıp sağlanmadığını incelemekte ve belli bir düzeyde sağlık hizmetlerinin sağlanmasını takdir marjı kapsamında değerlendirmektedir.¹⁹¹³

Anayasa Mahkemesi de İHAM'ın söz konusu yaklaşımına paralel olarak prematüre olarak doğan çocuğun ve annesinin özel bir sağlık kuruluşunda tedavisinin yapılmasından kaynaklanan masrafların devlet tarafından karşılanmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddialarını içeren Şuayip Şen¹⁹¹⁴ başvurusunu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, "Devletin bireylere sağlık hizmeti sunma konusundaki yükümlülüğü, ülkenin sosyal ve ekonomik gerçekleriyle yakından ilgilidir. Bu nedenle devlet, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılabilmesi noktasında, kaynakların tahsis edildiği alanlara ilişkin bazı sınırlamalar öngörebilir. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunma konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün ekonomik sınırları belirlenirken devletin kamu kaynaklarını kullanma konusundaki takdir hakkı ile tedavi ücretlerinin bireylere yüklediği ekonomik külfet arasında makul bir denge kurulmalıdır. Devletin vücut bütünlüğünü koruma konusundaki ödevi, sağlık hizmetlerinin mutlak anlamda ücretsiz olarak sağlanacağı şeklinde yorumlanamaz. Anayasa'nın 5. maddesinde belirlenen genel çerçevenin yanında Anayasa'nın 56. maddesi gereği devletin, sağlık hizmetlerini düzenleme ve planlama konusunda üzerine yüklenen sorumluluk çerçevesinde oluşturulan genel sağlık sigortası sistemi vasıtasıyla sağlık hizmetlerinin finansmanına katılması yasayla öngörülebilir. Ancak bu durumda dahi kamu kaynaklarını kullanma ve hangi kamu hizmetlerine öncelik tanınacağını belirleme konusunda kamu otoritelerinin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır."¹⁹¹⁵

Somut olayda hamile olan eşine acil tıbbi müdahalede bulunulması gerekli olan başvuruç, kamu hastanesinde tedavinin yapılmaması nedeniyle müracaat ettiği özel sağlık kuruluşunda tedavi sürecinin tamamlandığını, bu kapsamda ödediği ücretin tamamının devlet tarafından karşılanması gerektiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise devletin,

¹⁹¹² Pentiacova ve diğerleri/ Moldova davasında başvuruçular tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanması gerektiğini ileri sürmüştür. İHAM ise, devletin tedavi masraflarını kısmen karşılamış olması dolayısıyla pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğunu belirterek başvuruyu yeterli dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Pentiacova ve diğerleri/ Moldova, Başvuru No: 14462/03, 04.01.2005. Benzer kararlara örnek olarak ayrıca bkz. Nitecki/ Polonya, Başvuru No: 65653/01, 21.03.2002; Sentges/ Hollanda, Başvuru No: 27677/02, 08.07.2002

¹⁹¹³ Bkz. Nitecki/Polonya, Başvuru No: 6563/01, 21.03.2002.

¹⁹¹⁴ AYM, Şuayip Şen Başvurusu, Başvuru No: 2014/4859, 14.09.2017.

¹⁹¹⁵ AYM, Şuayip Şen Başvurusu, para. 35, 36. Aynı yönde ifadeler için ayrıca bkz. AYM, Salim Sayın Başvurusu, para. 40, 41.

yürürlükte olan mevzuat hükümleri uyarınca sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularına acil durumlarda veya doğum nedeniyle başvurulmuş olması ve buralarda tedaviden yararlandırılmış olması neticesinde oluşan tedavi masrafinin gerek bireyler gerekse de SGK tarafından ödenecek miktarı sınırlandırmış olmasının bireylerin öngörülemez ve orantısız bir ekonomik külfetle karşılaşmalarını engelleyici nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Hatta böyle bir sağlık hizmetinden yararlanan sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu bireylerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularına ödedikleri ücret, bütçe uygulama tebliğine göre SGK tarafından fatura karşılığında bireylere geri ödenmektedir. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme devletin, acil ve zorlayıcı şartlar altında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularına başvuran bireyleri ekonomik anlamda karşılaşılabilecek aşırı bir külfetten koruma konusunda gerekli yasal düzenlemeleri yaptığı sonucuna varmış ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.¹⁹¹⁶

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında gündeme gelen bir başka konu ise gözüaltına alınan, tutuklanan veya mahkumiyeti nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin sağlık durumudur. AYM de, İHAM içtihatlarına paralel olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişileri toplumun öncelikle korunması gereken kesimlerinden biri kapsamında görmek ve bu kapsamda devletin pozitif yükümlülüklerinin de arttığını vurgulamaktadır.¹⁹¹⁷ Bu bakımdan sağlıklı olarak gözüaltına alınan kişilerin fiziksel ya da ruhsal olarak bir zarar görmeleri durumunda, devlet buna ilişkin ikna edici bir açıklama yapmak zorundadır.

Yüksek Mahkeme'ye göre, cezaevlerinde olanların sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaları ayrıca önem arz eden bir durumdur. Cezaevindeki kişilerin yeterli sağlık hizmeti sağlanmaması veya sağlık durumları kontrol edilmemesi nedeniyle, yaşamını yitirmesi durumunda 17.maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler yerine getirilmemiş olacaktır. Örneğin cezaevinde çıkan yangın sonucunda oğlunu kaybeden Meral Eşkili¹⁹¹⁸ tarafından

¹⁹¹⁶ AYM bununla birlikte başvuru konusu davadaki yaklaşık 9 yıl 3 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmış ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁹¹⁷ S. Kızılyel, a.g.e., s. 263.

¹⁹¹⁸ AYM, Meral Eşkili Başvurusu, Başvuru No: 2013/7586, 04.11.2015. Olay tarihinde Ceza İnfaz Kurumunda otomatik yangın alarm sistemi bulunmamakta, yangının çıktığı 7 kişi kapasitesi olan koğuşta 18 mahkûm kalmakta ve yangın hortumu koğuşa kadar ulaşmamaktadır. Başvurucu, hayatını kaybeden oğlunun yangından on gün önce idareye dilekçe vererek; koğuşta kavgaya olduğunu, korktuğunu, başına geleceklerden endişeli olduğunu ve yerinin değiştirilmesini istediğini bildirdiği halde Cumhuriyet Savcılığı tarafından bu konuda araştırma yapılmadığını, ayrıca uzun bir süre soruşturma dosyasına erişiminin engellendiğini, Ceza İnfaz Kurumu yönetiminin ise yangının çıkmasına engel olacak tedbirleri almaması ve yangına zamanında müdahale etmemesi nedeniyle kusurlu olduğunu, bu şartlar altında etkili bir soruşturma yapılmaksızın kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğini,

yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi bazı özel koşullarda devletin, kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunduğunu, somut başvuruda ceza infaz kurumunda çıkan yangına burada bulunan kişilerin zarar görmesini engelleyecek şekilde müdahale edilebilmesine yarayacak uygun araçların sağlanması konusundaki eksikliklerin giderilmemesi nedeniyle ihmallerin bulunduğu, ayrıca olayla ilgili etkili bir soruşturma da yapılmadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ve yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda bazı özel durumlarda kişilerin kendi eylemlerine karşı yaşam haklarını koruma yükümlülüğü de bu kapsamdadır. İntihara meyilli olduğu şüphesi altındaki tutuklu veya hükümlünün yaşam hakkı ile, zorunlu askerlik vazifesini yapan kişilerin yaşam hakkı yönünden devletin aktif sorumluluğu vardır. AYM de, örneğin Sadık Koçak ve diğerleri¹⁹¹⁹ başvurusunda “askerlik yükümlülüğü kapsamında yürütülen bazı eylem ve etkinliklerin doğasında ve buna dahil insan unsuruna bağlı olarak ortaya çıkan risk seviyesine uygun şekilde yaşamı koruyucu yasal ve idari düzenlemelerin bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda devletin, sade vatandaşları askere alma kararı vermesi nedeniyle söz konusu insan unsurundan da kaynaklanmaktadır. Zira devlet askerlik görevini zorunlu kılıyorsa, özellikle silah kullanımı konusunda büyük bir titizlik göstermeli ve psikolojik sorunları olan askerlerin tedavi edilmesini ve onlara yönelik tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Oluşturulan yasal ve idari düzenlemelerde, askerlik yaşamının doğasında var olan tehlikelerle karşı karşıya bulunan askerlerin etkin bir şekilde korunmalarını sağlayan uygulamaya ilişkin tedbirlerin ve emir komuta zinciri içerisinde yer alan sorumlular tarafından işlenebilen kusur ve hataların tespit edilmesini sağlayacak usullerin öngörülmesi gerekmektedir” ifadelerini kullanmıştır. Bu çerçevede yapılan başvurularda Yüksek Mahkeme, devlet tarafından, askere alınma sırasında kişilerin uygun denetimlerden geçirilmesini, askerlik öncesinde ve sırasında gerekli denetim ile müdahalelerin duruma uygun koşulda yapılmasını bir ön koşul olarak aramaktadır.¹⁹²⁰

Nejla Özer ve Müslim Özer¹⁹²¹ başvurusunda da, başvuruçuların oğlu Hasan Özer, yangın çıkardığı gerekçesiyle yirmi gün hücreye koyma cezası ile cezalandırılmış ve bu olay

anılan karara yaptıkları itirazın da gerekçesiz olarak reddedildiğini belirterek Anayasa'da güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

¹⁹¹⁹ AYM, Sadık Koçak ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/841, 23.01.2014.

¹⁹²⁰ Mehmet Beyhan Seçkin, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/2, s. 426.

¹⁹²¹ AYM, Nejla Özer ve Müslim Özer Başvurusu, Başvuru No: 2013/3782, 21.04.2016. Benzer yönde örnek olarak ayrıca bkz. AYM, Mehmet Kaya ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6979, 20.05.2015. AYM,

sonrasında disiplin nedeniyle Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiştir ve kısa süre içinde burada ölü bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, Hasan Özer'in sağlığının korunması ve kendisine veya diğer kişilere zarar vermemesi açısından yetkililer tarafından gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini; ancak bunların yapılamadığı gibi şüpheli ölüm sonrası etkili bir soruşturmanın da yürütülmediğinden bahisle 17.madde kapsamında öngörülen maddi ve usuli yükümlülüklerin yerine getirilmediği sonucuna varmıştır.

Koruma yükümlülüğü, bireylerin sınır dışı ya da iade süreçlerine ilişkin kararların uygulanması konusunda da gündeme gelebilmektedir. Bu açıdan anılabilecek diğer davalar, özellikle de başvuranların sığınma talep ettikleri süre içerisindeki tutulma şartlarını konu edinen kararlardır. Örneğin Azizjon Hikmatov¹⁹²² başvurusunda, Türkiye'de uluslararası koruma talebi reddedilen başvurucu, ülkesi Özbekistan'da muhalif tavrı nedeniyle zulüm görme tehlikesi altında olduğu için ülkesinden kaçarak Türkiye'ye sığındığını, Özbekistan'da insan hakları ihlallerinin çok yaygın olduğunu, cezaevlerinde sistematik işkence yapıldığını, ülkesine geri gönderilmesi halinde öldürülme ya da kötü muameleye maruz kalma tehlikesi altında bulunduğunu ileri sürmüştür. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından da iltica başvurusu üzerine geçici mülteci statüsü verilmiş olan başvurunun uluslararası koruma talebi, Batman Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından reddedilmiş; hakkında yurda giriş yasağı kararı alınmış ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu tarafından anılan kararın iptali istemiyle açılan dava da idare mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, başvurunun sunduğu bilgi ve belgeler, geri gönderilen ülkenin koşullarına ilişkin İHAM tarafından yapılan değerlendirmeler, başvurunun Suriye'deki çatışmalar başlamadan önceki bir tarihte Türkiye'ye giriş yaparak uluslararası koruma talebinde bulunması ve BMMYK tarafından başvurucuya geçici mülteci statüsü verilmesi birlikte değerlendirildiğinde başvurunun ülkesinde kötü muameleye maruz kalabileceğine ilişkin iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Yüksek Mahkeme bununla birlikte idare mahkemesinin kararında başvurunun sınır dışı edilmesi halinde Özbekistan'da öldürülebileceğine ya da kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin iddiaları hakkında herhangi bir araştırma veya değerlendirmeye yer verilmediğini;

Sıddıka Dülek ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2750, 17.02.2016. Çocuk Esirgeme Kurumu'nda gerçekleşen ölüm olayına ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine ilişkin olarak bkz. AYM, Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/3711, 07.01.2016.

¹⁹²² AYM, Azizjon Hikmatov Başvurusu, Başvuru No: 2015/18582, 10.05.2017.

başvurucunun savunulabilir iddiasının idari ve yargısal makamlar tarafından ayrıntılı bir şekilde araştırılıp araştırılmadığı, bir diğer ifadeyle yargılama aşamasında kötü muamele yasağı kapsamındaki usul güvencelerinin sağlanmadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Sağlık hakkının yaşam hakkı ile olan bağı, devletin bireylerin sağlığına yönelik tehlike ve riskleri bertaraf etme yükümlülüğünü de ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede, İHAM'ın da "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı"na ilişkin içtihatlarında belirttiği üzere, devlet tehlikeli faaliyetler yürütmekte ise ya da bu tür faaliyetlere izin veriyor ise, konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve yeterli denetim aracılığıyla yaşama yönelik risklerin minimum düzeye indirilmesini sağlamakla yükümlüdür.¹⁹²³ Örneğin çöp toplama alanları, nükleer faaliyetler, zehirli emisyon üreten gübre fabrikaları bu kapsamda düşünülebilir.¹⁹²⁴ Bu sorumluluğun çevresel konulara yansması da, İHAM içtihatlarına paralel olarak AYM tarafından da sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile yaşam hakkı bağlantısının kurulmasına yol açmaktadır.¹⁹²⁵

1.Bölüm'de detaylı olarak değinildiği üzere, çevresel meselelerin de, özellikle de çevresel kirlilik bağlamında İHAM önüne taşındığı ve Mahkemece Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelenmektedir.¹⁹²⁶ Belirtilen değerlendirmeler kapsamında Mahkemenin; iddiaya konu çevresel kirliliğin, özel yaşamın veya aile yaşamının nitelik ve kalitesini veya konutu keyif olarak kullanma şeklindeki hukuksal çıkarı olumsuz etkilediğini tespit ederek özel yaşam kavramının alt kategorileri olan özel yaşam, aile yaşamı ve konuta saygı hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arasında bir bağ kurduğu görülmektedir.¹⁹²⁷ Çevresel meselelerin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için söz konusu çevresel rahatsızlığın; başvurucunun özel yaşama, aile yaşamına ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkide bulunması ve söz konusu çevresel kirliliğin belirtilen değerler üzerindeki etkisinin *asgari bir şiddet derecesine* ulaşması gerekmektedir. Bu kapsamda söz konusu kirliliğin ciddi bir boyuta ulaşmış olması

¹⁹²³ Bkz. Binişan/ Romanya, Başvuru No: 9438/05, 20.05.2014; Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, para 90; Brincat ve diğerleri/ Malta, Başvuru No: 60908/11,62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014;

¹⁹²⁴ Brincat ve diğerleri/ Malta, Başvuru No: 60908/11,62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014.

¹⁹²⁵ Öneriyıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

¹⁹²⁶ Bor/Macaristan, Başvuru No: 50474/08, 18.06.2013, para. 25.

¹⁹²⁷ Powell ve Rayner Birleşik Krallık, Başvuru No: 9310/81, 21.02.1990; Hattan ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 36022/97, 02.07.2003; Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994. İHAM, ciddi boyuttaki çevresel kirliliğin, bireylerin esenliğini etkileyebileceğini ve yaşamları bakımından ağır bir tehlikeye maruz bırakmaksızın da özel ve aile yaşamlarını etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyebileceğini belirtmektedir. Bkz. Lopez Ostra/ İspanya, para. 51; Taşkın ve diğerleri Türkiye, Başvuru No: 46117 /99, 10.11.2004, para. 113.

aranmaktadır. Söz konusu şiddet derecesinin değerlendirilmesi göreceli olup her somut olayda çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile çevrenin genel bağlamı gibi kriterler çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁹²⁸

İHAM içtihatlarında bireyin ve kamunun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin tesisi olduğu ve her iki durumda da Sözleşme'ye uyumun sağlanabilmesi için alınması gereken tedbirlerin belirlenmesinde, devletin geniş bir takdir yetkisini haiz olduğu da ifade edilmektedir.¹⁹²⁹

İHAM'ın çevresel meselelere ilişkin başvurularda söz konusu müdahalelerin esas bakımından 8. maddeye uygunluğunun yanı sıra karar alma sürecinin de ayrıca değerlendirildiği, çevresel meselelerin usule ilişkin boyutu bağlamında çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı şeklindeki usuli güvencelere de vurgu yapılmaktadır.¹⁹³⁰ Pozitif yükümlülükler bağlamında da özellikle söz konusu çevresel mesele ile ilgili karar alma sürecine katılımı ile ilgili idari ve yargısal yollara başvuru imkanı tanınması da bu bakımdan değerlendirilmektedir.

Anayasa'da sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri ile ilişkilendirilebilecek maddeler 17., 20. ve 21.maddelerdir. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY md. 17), özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan maddi ve manevi bütünlük hakkı ile bireyin kişisel özerklik ve gelişim hakkına karşılık gelmektedir. AYM de, 17.maddenin amacının esasen bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesi olduğunu ve devletin bu varlığı etkili koruma yönünde pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu kararlarında vurgulamıştır.¹⁹³¹

Çevrenin korunması ile bağlantılı temel anayasal düzenleme 56.maddede yer alır: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” Bu çerçevede çevre hakkı herkesin sahip olduğu bir hak olmasının yanı sıra hem bireyler, hem de devlet için yükümlülükler içermektedir. Burada belirtilen yükümlülükler “çevre sağlığını ve

¹⁹²⁸ Fadeyeva/Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005, para. 69.

¹⁹²⁹ Bor/Macaristan, para. 24.

¹⁹³⁰ Taşkın ve diğerleri Türkiye, para. 115 vd.

¹⁹³¹ AYM, Adnan Oktar Başvurusu (3), Başvuru No: 2013/1123, 02.10.2013, para.32; AYM, Salim Sayın Başvurusu, Başvuru No: 2013/3382, 04.11.2015; AYM, Ahmet Acartürk Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, 15.10.2015, para. 49.

çevreyi geliştirmek”, “çevre sağlığını korumak” ve “çevre kirlenmesini önlemek” olarak ifade edilmektedir.¹⁹³² Çevre hakkı ile yaşam hakkı arasında da bağlantı kurulmuştur.

AYM’nin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı; Anayasa’nın maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını düzenleyen 17.maddesi, özel yaşam ve aile yaşamına saygıyı güvence altına alan 20.maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21.maddesi ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır.¹⁹³³ Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı bu hükümler aracılığıyla bireysel başvuru yoluyla AYM’ye taşınarak korunabilmekte ve bu yönde devletin pozitif yükümlülükleri belirlenmektedir. AYM de İHAM içtihatlarına paralel olacak şekilde başvuruya konu çevresel etkinin, Anayasa’nın 17. ve 20. maddeleri kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta olup olmadığını ilk etapta değerlendirmektedir.

Çevresel kirliliğe dayalı şikayetlerin genellikle özel teşebbüslerin faaliyetleri çerçevesinde gündeme geldiği dikkate alındığında Anayasanın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarını sağlayacak tedbirleri alır.” şeklindeki düzenlemenin de kamusal makamların çevresel meseleler bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin normatif dayanaklarından birini teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu hüküm aynı zamanda ilgili faaliyete ilişkin kamusal menfaat ile bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesine ilişkin menfaat arasında gözetilmesi gereken dengeye de vurgu yapmaktadır.

AYM, medeni ve siyasi haklar bakımından pozitif yükümlülüklerin dayanağı olarak kararlarında Anayasa’nın 5.maddesine¹⁹³⁴ de atıf yapmaktadır.¹⁹³⁵ 5.madde çerçevesinde bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanmasının bir devlet yükümlülüğü olarak kabulü, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde hem sosyal haklar, hem de medeni ve siyasi haklar bakımından devletin yapıcı bir

¹⁹³² Handan Yokuş Sevik, **Çevre Hukuku**, Ankara: Adalet Yay., 2017, s.39.

¹⁹³³ AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, 24.03.2016, RG 06.05.2016-29704, para.43; AYM, Fevzi Karacan Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/2513, 21.04.2016, para. 39.

¹⁹³⁴ AY, md. 5 (Devletin temel amaç ve görevleri): “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

¹⁹³⁵ AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, 24.03.2016, RG 06.05.2016-29704, para.46.

rol almasını ve hakların gerçek anlamda kullanılabilmesi için olanak yaratmasını zorunlu kılmaktadır.

Pozitif yükümlülükler çerçevesinde çevresel meseleler bağlamında gündeme gelen müdahalelerin, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını doğrudan ve ciddi şekilde etkilediğinin tespiti sonrasında, üzerinde durulması gereken husus, kamu makamlarının bu hakların etkili şekilde korunmasını güvence altına almak için gerekli adımları atıp atmadığıdır. Bu bağlamda söz konusu çevresel etki kapsamında karşı karşıya gelen menfaatler arasında adil bir dengenin tesis edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. AYM, çevresel karar alma süreçlerinin karmaşık yapısı nedeniyle kamusal makamların geniş bir takdir yetkisi olduğunu da kararlarında vurgulamaktadır.

Bu bağlamda, kamusal makamlarca verilen kararın yerindeliğinin denetlenmesi Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bununla birlikte süreçte, bireyin temel hakları ile söz konusu kamusal menfaat arasında gerekli dengenin tesisine hizmet edecek güvencelerin yer alıp almadığının tespiti önemli olup belirtilen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, çevresel meseleler bağlamında söz konusu olan usul güvencelerinin gözetilip gözetilmediği de önemlidir. Özel veya aile yaşamını ve konuta saygı hakkını etkileyen çevresel bir meselede, söz konusu usul güvencelerinin en önemli bileşenlerinden biri, başvurunun, kamusal makamların eylem veya ihmallerini bağımsız yargısal bir makam önüne taşıma ve gerektiği şekilde inceletebilme imkanındır. Bu bağlamda, söz konusu sürece ilişkin bilgilere erişim ve karar alma sürecine aktif katılımın yanı sıra karardan etkilenebilecek olan bireylerin, karar alma sürecinde görüş ve menfaatlerinin yeterince dikkate alınmadığını dile getirebilmek için konuyla ilgili her türlü tasarrufa karşı yargısal başvuru hakkına sahip olmaları ve iddialarının yargısal makamlarca özenli bir şekilde değerlendirilmesi son derece önemlidir.

Bu genel prensiplerin ışığında, konuyla bağlantılı AYM içtihatlarına bakıldığında, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık¹⁹³⁶ başvurusunda Yüksek Mahkeme, konutun yakınında bulunan baz istasyonunun sağlığı olumsuz etkilediği gerekçesiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasını değerlendirmiştir. Başvuruda çevrenin korunması kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini irdeleyen AYM, radyoaktif etkinin başvuru sahiplerinin sağlığı üzerinde doğrudan zararlı bir etkisinin olduğunu ortaya koyan kesin bilimsel verilerin bulunmadığını belirterek

¹⁹³⁶ AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, 24.03.2016, RG 06.05.2016-29704.

ilgili otoritelerin toplum ile birey arasında adil denge oluştururken takdir marjının sınırlarını aşmadığını belirtmiştir. Bu çerçevede başvuruçuların özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının korunması bağlamında kamusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Yine bu başvuruya benzer olarak Fevzi Kayacan¹⁹³⁷ başvurusunda yasal limitler dahilinde olan elektromanyetik dalgaların zararlı etkilerine ilişkin kesin bir bilimsel verinin de bulunmadığını belirten Yüksek Mahkeme başvuruçunun iddialarını, kamusal makamların usule ilişkin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde yargısal makamlara sunma ve inceletme imkanı bulunduğunu belirterek devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasının yerinde olmadığını ifade etmiştir.

Konutun yakınından yüksek gerilimli yer altı iletim hattı geçirilmesine ilişkin başvuruda da AYM, bu hattın doğrudan zararlı bire etkisi olduğunun ortaya konulamadığı, bu hattın planlanması ve uygulanması süreçlerinde gerçekleştirilen idari eylemlerin ve işlemlerin hukukiliğinin derece mahkemeleri tarafından iddiaları karşılayacak yeterlilikte değerlendirildiğini dikkate alarak kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiğine karar vermiştir.¹⁹³⁸

Bu kararlar çerçevesinde AYM kişilerin sağlığı üzerinde doğrudan ve ciddi olumsuz etkisi objektif ölçütlerle kanıtlanmamış çevresel zararlara ilişkin başvurularda yargısal yolların tanınmış ve usule ilişkin güvencelerin sağlanmış olmasını, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi açısından yeterli bulmuştur. Öte yandan kamu yararı ile bireylerin yararı arasında kurulacak adil dengeyi derece mahkemelerinin yerine geçerek takdir edemeyeceğini belirtmiştir.¹⁹³⁹ Bununla birlikte AYM kamusal makamların konuya gereken özenle yaklaşp yaklaşmadıklarını ve menfaatlerin gözetilip gözetilmediklerini değerlendirmek durumundadır.¹⁹⁴⁰

Mehmet Kurt¹⁹⁴¹ başvurusunda ise Orman Genel Müdürlüğü'nün verdiği ek karar üzerine inşa edilen şalt sahası hakkında ayrıca Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) olumlu

¹⁹³⁷ AYM, Fevzi Kayacan (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/2513, 21.04.2016.

¹⁹³⁸ AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, Başvuru No: 2013/6714, 21.04.2016, para.107-108.

¹⁹³⁹ Dilara Yüzer Eltimur, "AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 145, Ankara, 2018, s.18.

¹⁹⁴⁰ AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, para.70, 71; AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, 25.02.2016, RG 20.05.2016-29717, para.78; AYM, Fevzi Kayacan (2) Başvurusu, para.66, 67; AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, para.87.

¹⁹⁴¹ AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, 25.02.2016, RG 20.05.2016-29717.

kararı alınmaması ve buna dayanarak açılan davanın reddedilmesi nedeniyle ihlal iddiasında bulunulmuştur. AYM konuyla ilgili derece mahkemesinin tesis hakkında ÇED raporu alınmamasına ilişkin incelemesinin ve gerekçesinin oldukça sınırlı olduğu, başvurunun temel iddialarına doğrudan bir cevap verilmediği ve başvurunun söz konusu çevresel rahatsızlığa ilişkin iddialarının yargı önünde gerektiği gibi değerlendirilmesi imkanını bulmadığını tespit etmiştir. Bu bağlamda hakkın etkin kullanımının sağlanması açısından kamusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varılmıştır.

Günümüzde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılan ÇED yoluyla gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye etkileri ve bu hususta alınması gereken önlemler belirlenmektedir. Çevrenin korunmasına ilişkin uyumsuzlukların büyük çoğunluğu da ÇED uygulaması sonucu alınan kararlar ve ÇED sürecine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁴²

Çevresel rahatsızlıkla ilgili olarak yürütülen süreçte proje hakkındaki bilgilere erişimin engellendiği, karar alma ve alınan kararların yaşama geçirilmesi sürecine katılımlarının sağlanmadığı, ayrıca ilgili planlama süreci ile ÇED sürecinde yaşanan ve incelenmesi talep edilen eksikliklerin ve hukuka aykırı eylem ve işlemlerin Mahkeme tarafından gerektiği şekilde değerlendirilmediği ileri sürülmektedir.¹⁹⁴³ Bu noktada Anayasa’da yer alan çevre hakkının etkili bir biçimde yaşama geçirilmesi bakımından çevresel bilgilere erişim hakkının da aralarında bulunduğu bazı usuli hakların sağlanması gerekmektedir.¹⁹⁴⁴ Devletin usule ilişkin yükümlülükleri öncelikle muhtemel olumsuz çevresel etkilerin önlenmesi veya en aza indirilmesi amacıyla harekete geçmesidir. Bu bağlamda tarafların menfaatlerinin özenle değerlendirilmesi, adil dengenin titizlikle sağlanması ve tarafların sürece etkin katılımının sağlanması gerekmektedir.

İşletmelerin ve faaliyetlerin yapılma amacı kamu menfaatlerine dayansa da çevreyi koruma usullerinin gerektiği gibi izlenmediği durumlarda kişilerin çevresel zararlara uğraması sonucu maddi ve manevi bütünlüklerinin ihlali söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda devletin temel pozitif yükümlülüğü hakkın etkili korunmasını sağlamak üzere usule ilişkin güvenceleri sağlamak; etkili soruşturma, kovuşturma ve yaptırım uygulamaktır. Usule ilişkin güvencelerin tam ve eksiksiz şekilde sağlandığı durumlarda ise, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmektedir.

¹⁹⁴² Dilara Yüzer Eltimur, a.g.e., s.19.

¹⁹⁴³ AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, para.91.

¹⁹⁴⁴ Ahmet M. Güneş, “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S: 16, 2014, s.33.

Bu bağlamda Binali Özkaradeniz ve diğerleri¹⁹⁴⁵ başvurusu kanalizasyon sularının arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi nedeniyle özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. AYM derece mahkemelerinin başvurucunun çevreye müdahale sonucu oluşan manevi zararlarının karşılanmasına yönelik talebine neden gerek olmadığını makul bir şekilde açıklayamayan kararlarının ilgili ve yeterli olmadığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak da başvuruçuların özel ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde kamu makamlarının üzerine düşen pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

Derece mahkemelerinin karar ve takdir gerekçelerinin yeterli ve objektif gerekçelere dayanmaması, ulaşılan sonuçların yeterli açıklıkta olmaması, ilk planda adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirme yapılması gerektiğini düşündürse de AYM burada İHAM içtihatlarına paralel şekilde, bu yöndeki ihlal iddialarını 17.madde kapsamında maddi ve manevi bütünlüğe ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine dahil etmekte, ayrıca 36.madde açısından inceleme yapmamaktadır. Bu bağlamda yargı kararlarının ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmasını 17.madde çerçevesinde devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir.¹⁹⁴⁶

Devletin çevrenin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri en yoğun şekilde yargısal mekanizmaların etkin şekilde işletilmediği durumlarda gündeme gelmektedir. Devletin Anayasa'nın esasa ilişkin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biri, temiz ve sağlıklı bir çevreyi koruyucu bir mevzuat oluşturmaktır. Ancak bu yükümlülük mevzuat oluşturmakla sınırlanamaz. Mevzuatı uygulayan yargı makamları bu mevzuatı ancak etkili soruşturma, kovuşturma ve yaptırım uygulama yoluyla pozitif yükümlülük sorumluluğundan kurtulur.

Devletin çevreyi koruyucu tedbirler uygulama ve denetleme yapma yönünde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Dolayısıyla devletin hem çevre kirliliğinin önlenmesi, hem doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gerekli önlemleri alması gerekmektedir.¹⁹⁴⁷

Çevresel etkiler ile bağlantılı olarak gıda güvenliği konusunda devletin pozitif yükümlülükleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önüne gelen ilginç bir başvuru da bir annenin bebek mamalarında GDO'lu ürünler tespit edilmesinin ardından yaşadığı endişe nedeniyle yapmış olduğu başvurudur.¹⁹⁴⁸ Başvurucu; ithal edilerek satışa sunulmuş gıda

¹⁹⁴⁵ AYM, Binali Özkaradeniz ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4686, 01.02.2018, RG 04.05.2018-30411.

¹⁹⁴⁶ Dilara Yüzer Eltimur, a.g.e., s.19.

¹⁹⁴⁷ AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, 25.02.2016, RG 20.05.2016-29717.

¹⁹⁴⁸ AYM, Öznur Çiçek Bildik Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, 21.04.2016.

ürünlerinin bir kısmının GDO içerdiği ile ilgili olarak basında yer alan haberler nedeniyle küçük yaştaki çocuğunun bu tür ürünlerle beslenmiş olabileceği düşüncesiyle korku ve endişeye kapıldığını, özellikle GDO'lu olduğu dile getirilen soya, mısır, buğday ve pirinç gibi ham maddelerin bebek mamalarında kullanıldığını, bireylerin beden ve ruh sağlıklarının korunması, gıda güvenliğinin sağlanması amacıyla başta denetim olmak üzere koruyucu tedbirler alınması ve ürünlerin içeriğiyle ilgili tüketicilerin aydınlatılması konularında devletin yükümlülüklerinin bulunduğunu, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle ilk kez dava açma yoluna başvurduğu tarihte 5977 sayılı Kanun'un ve Yönetmelik'in henüz yürürlükte olmadığını, dolayısıyla anılan ve halihazırda yürürlükte olan mevzuat gereği ülkemize girişi yasak olan GDO 'lu ürünlerin dava tarihi öncesinde etkin şekilde denetlenmediğini, ayrıca GDO'lu gıdalar nedeniyle tüketicilerin zarar görme tehlikesi bulunmasına rağmen bu konuda bilgilendirilmediğini, idarenin hareketsiz kalarak ağır hizmet kusuru işlediğini, bu gerekçelerle dava tarihinden önceki dönemde uğradıkları manevi zararın giderilmesi talebiyle dava açmasına ve içinde bulunduğu koşullar ile davaya konu süreci açıkça ifade etmesine rağmen Mahkemelerce dava tarihinden sonraki döneme ilişkin değerlendirmeler yapıldığını, yapmış olduğu yargısal girişimlerden de bir sonuç alamadığını ileri sürmüştür.

Yüksek Mahkeme, konuyla ilgili İHAM içtihatlarına¹⁹⁴⁹ da atıfta bulunarak başvuru konusu olan güvenliğinin sağlanmaması nedeniyle biyolojik çeşitliliğin kirlenmesi şeklindeki çevresel rahatsızlığın başvurusunun maddi ve manevi varlığına doğrudan bir etkide bulunup bulunmadığını ve belirtilen değerler üzerindeki etkisinin asgari bir şiddet derecesine ve ciddi bir boyuta ulaşmış olup olmadığını değerlendirmiştir.¹⁹⁵⁰ Bu bağlamda aranan asgari ağırlık eşiği, söz konusu alana ilişkin incelenebilir bir sorunun bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi açısından önemli bir kriterdir. Basında çıkan haberlere, TÜBİTAK yetkililerinin açıklamalarına ve bilimsel dergilerde yayımlanan makalelere dayanan başvurusunun GDO içeren gıda ürünleri ile ilgili olarak endişelerini dile getirmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre sunulan bilgi ve belgelerde birtakım gıda ürünleri hakkında bilimsel raporların bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu tür ürünlerin başvurusunun çocuğunun

¹⁹⁴⁹ İHAM içtihadında da inceleme konusu çevresel etkinin 8. maddede yer alan güvenceleri etkin hale getirebilmesi için aranan ağırlık eşiğinin tespitinde genel olarak başvurucudan söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut veriler sunmasının beklenildiği, söz konusu etki derecesini ortaya koyan kamusal ölçümler veya uzman raporları gibi veriler ile ilgili alanın örneğin gürültüye açık bölge olarak tespit edildiğini gösteren kamusal kararların yapılan değerlendirmelerde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bkz. Moreno Gomez/İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004, para. 59, 60; Ruano Morcuende/ İspanya, Başvuru No: 75287/01, 06.09.2005; Fagerskiöld/ İsviçre, Başvuru No: 37664/04, 26.02.2008; Oluic/Hırvatistan, Başvuru No: 61260/08, 20.05.2010, para. 52-62; Mileva ve diğerleri/Bulgaristan, para. 93-95.

¹⁹⁵⁰ AYM, Öznur Çiçek Bildik Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, 21.04.2016, para. 72.

beslenmesinde kullanılan gıda ürünlerinin içeriğinde olduğuna ilişkin olaya özgü açıklamalarda bulunulması, buna ilişkin kanıtların ortaya konulması ve GDO içeren ürünler nedeniyle ortaya çıkan rahatsızlığın varlığı, yoğunluğu, beden ve ruh sağlığına olan ya da olması muhtemel etkileri hakkında açık şekilde ve başvuru konusu somut olay özelinde anlatımlarda bulunulması önem arz etmektedir.¹⁹⁵¹

Anayasa Mahkemesi, GDO içeren ürünler nedeniyle ortaya çıkan rahatsızlığın beden ve ruh sağlığına olan etkisinin açık şekilde ortaya konulamadığı, başvurucunun çocuğu için kullanılan bebek mamalarının içeriğinde GDO'lu gıdaların bulunduğunu ortaya koyan herhangi bir somut delilin ya da bir verinin sunulmadığı; basında çıkan haber içeriklerine dayanıldığı ve GDO içeren gıdalar ile ilgili olduğu ileri sürülen endişe ve korkuların güncel ve kişisel etkileri somut olarak açıklanmadan soyut ve genel olarak ileri sürüldüğü ve GDO'lu olabilecek gıdaların olumsuz etkilerine maruz kalmış “olma” ihtimali üzerinden hareket edildiğini ifade ederek annenin kapıldığı endişenin Anayasa’nın 17.maddesinde güvence altına alınan haklarına bir etkide bulunduğu veya asgari şiddet derecesine ulaştığı sonucuna varamadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.

Oysa halihazırda yürürlükte olan Biyogüvenlik Kanunu'nun “yasaklar” başlıklı 5. maddesine göre, GDO ve ürünlerinin bebek mamaları ve bebek formülleri, devam mamaları ve devam formülleri ile bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılması yasak olarak belirtiliyor. Böylece Anayasa Mahkemesi bebek mamalarında kullanılması kanunen yasak olan bir maddenin kullanılmasını normal görmüştür.

İstanbul İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü çalışanları, piyasa denetimleri sırasında pek çok firmanın ürünlerinden de numune almış ve bazı ürünlerinin incelemesi sırasında GDO tespit etmiştir. Bu tespiti, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na ait Ankara Ulusal Referans Laboratuvarı da onaylamıştır.¹⁹⁵²

Günümüzde GDO'lu ürünlerin insan sağlığına zararları konusunda, kansere varan boyutta etkileri olduğu konusunda binlerce çalışma varken¹⁹⁵³ ve başvuruda da bu konuda yapılan bilimsel çalışmalardan oldukça geniş bir kesiti dava dosyasına konulmasına rağmen,

¹⁹⁵¹ AYM, Öznur Çiçek Bildik Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, 21.04.2016, para. 73.

¹⁹⁵² Bkz. <https://gidalab.tarimorman.gov.tr/istanbul>, E.T. 13.05.2018.

¹⁹⁵³ Örnek olarak bkz. F. Cellini, A. Chesson, I. Colquhoun, A. Constable, H.V. Davies, K.H. Engel, A.M.R. Gatehouse, S. Karenlampi, E.J. Kok, J.J. Leguay, S. Lehesranta, H.P.J.M. Noteborn, J. Pedersen, M. Smith, “Unintended effects and their detection in genetically modified crops”, **Food and Chemical Toxicology**, 42, 2004, s.1089-1125; M.J. Smith, “Point of view: genetically modified foods unsafe? Evidence that links GM Foods to allergic responses mounts”, **Genetic Engineering and Biotechnology News**, 27(19), 2007.

AYM'nin bu bilimsel verileri göz ardı ederek yeterince somut veri sunulmadığı, annenin beden ve ruh sağlığının yeterince bozulmadığı ve bu bakımdan asgari şiddet eşiğine ulaşmadığını belirterek davayı reddetmesi düşündürücüdür. Tam aksine sadece o annenin değil milyonlarca annenin ruh sağlığının daha sonraki yıllarda bozulmaması için, çocuklarının GDO'lu ürünlerle beslenmesi sonucu otistik ya da böbrek hastası midesi iflas etmiş ya da kanser olduğunu görüp beden ve ruh sağlığının bozulmaması için yargının “en son bilimsel çalışmalara bakarak” karar vermesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili bu kararlardan hareketle İHAM'ın yaklaşımı ile karşılaştırıldığında, İHAM, Sözleşme'de yer alan bazı hak ve özgürlükleri bireye “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” sağlayacak şekilde yorumlamış ve kişiye bu haklarını etkili bir şekilde kullanabilmesi için usule ilişkin çeşitli güvenceler tanımıştır. Bu bakımdan İHAM'ın çevrenin korunmasına ilişkin katkısı İHAS kapsamında öngörülen medeni ve siyasi hakların sınırları çerçevesinde, buradaki hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebildiği oranda kalmaktadır.

Çevrenin özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında korunması için aranan kriterler (gürültü, ses, hava, vb.) başvuru üzerinde doğrudan bir etkiye bulunması ve asgari bir şiddet derecesine ulaşmasıdır.¹⁹⁵⁴ Bu değerlendirme her somut olayın özelliklerine göre yapılmaktadır ve etkinin ciddi bir boyutta olması aranmaktadır. Bu bakımdan her somut olayda çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri gibi kriterler çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir.¹⁹⁵⁵ Yapılan değerlendirmelerde başvurunun çevresel kirlilik kaynağına yakınlığı değerlendirmede en önemli unsurdur. Bu kapsamda kent yaşamına özgü çevresel tehlikeler ile karşılaştırıldığında önemsiz kalan çevresel olumsuzluklar 8.madde çerçevesindeki güvenceleri harekete geçirmek için yeterli görülmemektedir.¹⁹⁵⁶

AYM çevrenin korunması kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini de İHAS'ın 8.maddesine atıf yaparak incelemektedir. Yüksek Mahkeme, İHAM içtihatlarına paralel olacak şekilde çevrenin korunmasına yönelik başvuruları iki ayrı kategoride değerlendirmektedir. Hakka bir müdahale olduğu tespit edilmişse, söz konusu müdahalenin esas bakımdan 8.maddeye uygunluğunu değerlendirmektedir. Ayrıca çevresel konuların usul boyutu bağlamında çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve

¹⁹⁵⁴ Oluic/ Hırvatistan, Başvuru No: 61260/08, 20.05.2010; Moreno Gomez/ İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004; Powell ve Rayner/ BK, Başvuru No: 9310/81, 21.02.2003; Hatton ve diğerleri/BK, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003.

¹⁹⁵⁵ Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005, para.69.

¹⁹⁵⁶ Mileva ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 43449/02, 25.11.2010, para.88; AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, para.58.

çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı şeklindeki usule ilişkin güvencelerin yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir.¹⁹⁵⁷ İnceleme sürecine devletin usule ilişkin yükümlülüklerinin de eklenmiş olması sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı açısından daha güvenceli bir zemin sağlamıştır.¹⁹⁵⁸

8.madde kapsamında çevre kirliliğine ilişkin davalarda devletlerin “ülkenin ekonomik refahı” meşru amacına dayandıkları ve İHAM’ın da bu ölçütü çevre davaları bakımından meşru bir amaç olarak kabul ettiği görülmektedir.¹⁹⁵⁹ Bu durumda İHAM’ın içtihatlarında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin değerlendirmesinde kamusal menfaat ile bireysel menfaat arasında “adil denge” koşulunu ele aldığı görülmektedir. Dolayısıyla devletin kamu menfaatini ya da ekonomik refahını korumak amacıyla aldığı tedbirlerin orantılılığı araştırılmaktadır. Bu durumda aynı amaca ulaşmak için daha az sınırlayıcı bir alternatif mevcutsa ya da müdahale ile bu amaca ulaşılamayacaksa İHAM ihlal kararı vermektedir.

AYM de çevresel sorunlara ilişkin süreçlerin bireysel ve kamusal menfaatler arasında adil bir denge kurulmasına imkan tanıyacak şekilde ayrıntılı değerlendirmeleri içermesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹⁶⁰ Bu bağlamda kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırımların ve faaliyetlerin çevreyi tahrip etmeden ve çevreyi kirliletmeden gerçekleştirilmesi gerektiğini ve kirlenen çevrenin temizlenmesi veya tahribe uğrayan çevrenin onarılması yerine, kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹⁶¹ Ayrıca sağlıklı bir çevrede yaşamının ekonomik ve bürokratik yükümlülüklerle yol açacağını belirterek üretim faaliyetlerinin etkileneyeceği gerekçesiyle sağlıklı bir çevrede yaşamdan vazgeçilemeyeceğini de belirtmiştir.¹⁹⁶²

AYM, İHAM ile aynı doğrultuda, alınacak önlemlerin niteliğine ilişkin olarak kamu otoritelerinin takdir marjına atıf yapmaktadır. Bu bakımdan İHAM’ın ve AYM’nin çevrenin korunması için yapılması gerekenleri kararlaştırma yetkisi yoktur. Dolayısıyla da alınacak önlemleri takdir marjı çerçevesinde ulusal merciler karşılayacaktır.¹⁹⁶³ Bu bağlamda çevrenin

¹⁹⁵⁷ AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, Başvuru No: 2013/6714, 21.04.2016, para.78; Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 49517/99, 04.12.2003, para.115.

¹⁹⁵⁸ AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, para.64; AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, para.79.

¹⁹⁵⁹ Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994, para.58; Hatton ve diğerleri/BK, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003, para.121. Bkz. Arslan Öncü, s.370.

¹⁹⁶⁰ AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, para. 103.

¹⁹⁶¹ AYM, E.2013/89, K.2014/116, K.T.03.07.2014; AYM, E.2006/99, K.2009/9, K.T.15.01.2009.

¹⁹⁶² AYM, E.2011/110, K.2012/79, K.T.24.05.2012.

¹⁹⁶³ Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2008, s.28.

korunması sınırlarından biri, taraf devletlere tanınan takdir marjıdır. Örneğin radyoaktif kirlilikle ilgili çevresel konularda devletin geniş bir takdir marjı olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁶⁴

Kararlarda adil dengenin gözetilmesi söz konusu olduğunda da orantılılık ilkesi ve uygulaması kamu menfaati ile birey menfaatinin yarışması tartışmalarının çözüm merkezinde yer almaktadır. Bu nedenle 8.madde çerçevesinde demokratik toplum gerekliliklerinin tespitinde İHAM öncelikle orantılılık testini uygular. Testin sonucu, bireyin ve kamunun menfaati arasında oluşturulan adil dengeye göre belirlenmektedir. Bu kapsamda orantılılık ilkesi 8.madde çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin uygulanmasını sağlar. AYM de pozitif yükümlülüklerle bağlantılı kararlarında bu ilkedan büyük ölçüde yararlanmışır.

Ciddi insan hakları ihlallerinde orantılılık ilkesi daha fazla usule ilişkin koruma gerektirmektedir. Bu bağlamda çevresel risklerin arttığı oranda kamu yararı karşısında bireyin menfaatlerinin üstün tutulması gereği devletten usule ilişkin yükümlülüklerini daha özenli şekilde yerine getirmesi beklenmektedir.

Çevrenin korunması konusunda gerek İHAM gerekse AYM özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında usule ilişkin pozitif yükümlülükler benimsemiştir. Genel olarak bilgilendirme, katılma ve yargılama şeklinde üç kategoride ifade edilebilecek olan usule ilişkin yükümlülükler arasında devletin en yoğun şekilde bilgilendirme yönünde pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesinden ötürü ihlal kararları verildiği görülmektedir. Ancak kişilerin özel ve aile yaşamına, konutuna saygı hakkını etkileyen çevresel bir konu söz konusu olduğunda hem İHAM hem de AYM tarafından üzerinde önemle durulması gereken usule ilişkin pozitif yükümlülüklerden biri de kamusal makamların eylemlerine veya ihmallerine karşı idari ve adli yargı yollarının tanınması ve bu makamların etkili karar alma işlevine sahip olması gerekmektedir. Son dönemde vermiş olduğu kararlarında AYM, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlalinin tespitinde yargı makamlarının kararlarının gerekçelerinin yeterli olup olmadığını, haktan etkili yararlanma imkanlarının sunulup sunulmadığını değerlendirmiştir.¹⁹⁶⁵

Genel olarak bakıldığında AYM'ye bireysel başvuru yolunda bugüne dek verilen kararlarda pozitif yükümlülük kavramının kullanıldığı ve İHAM'ın konuyla ilgili kararlarına sıkça atıf yapıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin devletin pozitif yükümlülüklerine

¹⁹⁶⁴ Gaida/ Almanya, Başvuru No: 32015/02, 03.07.2007; Luginbühl/ İsviçre, Başvuru No: 42756/02, 17.01.2006. Benzer yönde bkz. AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu.

¹⁹⁶⁵ AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, Başvuru No: 2013/6714, 21.04.2016; AYM, Binali Özkaradeniz ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4686, 01.02.2018, RG 04.05.2018-30411.

ilişkin olarak İHAM ile aynı doğrultuda değerlendirmelerde bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, 1. Bölüm’de İHAM içtihatlarına ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirmelerde belirttiğimiz hususlar burada da geçerlidir. İHAM, Sözleşme’de yer alan bazı hak ve özgürlükleri bireye “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” sağlayacak şekilde yorumlamış ve kişiye bu haklarını etkili bir şekilde kullanabilmesi için usule ilişkin çeşitli güvenceler tanımıştır. Bu bakımdan İHAM’ın çevrenin korunmasına ilişkin katkısı İHAS kapsamında öngörülen medeni ve siyasi hakların sınırları çerçevesinde, buradaki hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebildiği oranda kalmaktadır. Yine İHAM’ın takdir marjı kuramına ilişkin dile getirilen eleştiriler burada da belirtilebilecektir.

5) Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede bu kapsamda kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı, ayrıcalık yasağı ve haklardan eşit yararlanma, olumlu ayrımcılık kavramları yer almaktadır.¹⁹⁶⁶

Anayasa’daki düzenlemenin yanı sıra İHAS’ın 14.maddesi de Sözleşme’de yer alan hakların ayrımcılığa uğramadan kullanımını güvence altına alır. 1.Bölüm’de de detaylı olarak değinildiği üzere, madde ayrımcılık yasağı konusunda genel bir hüküm getirmemekte; sadece Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler bakımından ayrımcılık yasağı getirmektedir. Bu durumda Sözleşme’de tanınmayan bir hak ile ilgili veya somut eşitsizlikler maddenin kapsamı içinde olmayacaktır. Sözleşme’deki bu eksikliği kapatmak üzere 12 No’lu Ek Protokol kabul edilmiştir.¹⁹⁶⁷ Protokol, 14. maddenin alanını genişleterek ulusal hukuk kapsamındaki haklar da dahil olmak üzere herhangi bir hakkın kullanımında eşit muameleyi garanti etmektedir. Türkiye Protokol’ü imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği”

¹⁹⁶⁶ 2004 değişikliği ile kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu ve devletin kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda pozitif yükümlülüğünü vurgulayan bir ifade de anayasaya eklenmiştir: “Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”

¹⁹⁶⁷ “Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması 1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” 12 No’lu Ek Protokol 04.11.2000’ de imzaya açılmış, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol’ü Türkiye dahil 18 üye imzalamış, 20 üye ise onaylamıştır. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=uOEAOlWV, E.T. 20.01.2019. Türkiye Protokol’ü 18.04.2001 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

ifade etmektedir.¹⁹⁶⁸ Ayrımcılık yasağı da, yapılacak farklı muamelelerin kabul edilebilir, açık ve önceden belirlenmiş ölçütlere dayanması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹⁶⁹ Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi bir madalyonun iki yüzü gibidir ve esasen aynı ilkenin pozitif ve negatif iz düşümleri olarak düşünülmektedir.¹⁹⁷⁰

Anayasa Mahkemesi'ne göre de, “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hakim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.”¹⁹⁷¹

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını genellikle İHAM ile paralel bir şekilde ele almıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre ayrımcılık, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlanabilir ve din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.¹⁹⁷²

Yüksek Mahkeme'ye göre ayrımcılık yapıldığı yönündeki bir iddia, “başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle” desteklenebildiği oranda dikkate alınabilecektir.¹⁹⁷³

2010 Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru kurumuna ilişkin anayasal düzenlemede “taraf olunup olunmadığı” ayırımı yapılmadan İHAS'a gönderme yapan ifade

¹⁹⁶⁸ AYM, Aziz Turhan Kararı, Başvuru No: 2012/1269, 08.05.2014, para. 38.

¹⁹⁶⁹ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, S: 32, 2015, s. 240.

¹⁹⁷⁰ Yoram Dinstein, “Discrimination and International Law”, **Israel Yearbook of Human Rights**, Vol: 15, 1985, s. 11; Oddny Mjöll Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 7.

¹⁹⁷¹ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para 107.

¹⁹⁷² U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 273. Bkz. AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para 112.

¹⁹⁷³ AYM, Sadıka Şeker Başvurusu, Başvuru No: 2013/1948, 23.01.2014, para 59; Kamil Çakır Kararı, Başvuru No: 2013/997, 15.10.2014, para 45.

6212 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanunu'nun¹⁹⁷⁴ 45. maddesinde “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin” ifadesi ile sadece taraf olunan protokollerle sınırlanmıştır.¹⁹⁷⁵ AYM de, birazdan inceleyeceğimiz kararlarında da görüleceği üzere, bireysel başvurularda Anayasa’da çok daha geniş biçimde tanınan 10.maddeyi değil, Sözleşme’nin 14. maddesinin getirdiği dar korumayı esas almaktadır. Çok genel anlamı ile anayasal hakların hayata geçirilmesi amacını taşıyan bireysel başvurunun, Türkiye için anlamının İHAM’a gidilmesi önünde filtre anlamına geldiği bu örnek bakımından yanlış değildir. Söz konusu hüküm çerçevesinde her ayırım veya farklı muamele ayrımcılık yasağı oluşturmamaktadır.¹⁹⁷⁶ Buna göre farklı muamele eğer objektif ve haklı bir sebebe dayanıyorsa, yani meşru bir amaç hedeflenmişse; kullanılan araçlar yani sınırlama ile amaç arasında orantılı makul bir ilişki varsa ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, İHAM kararlarında kapsamı dar olan 14. maddenin alanının genişletildiği, bir ölçüde özerk nitelikte yorumlandığı görülmektedir.¹⁹⁷⁷ Buna göre; maddi bir hak ile bağlantılı olarak ele alınan ayrımcılık yasağı hakkın kendisi ihlal edilmemiş olsa bile Mahkeme tarafından incelenebilmektedir.¹⁹⁷⁸ İHAM Sözleşme’deki hakların kapsamını amaca uygun bir şekilde yorumlayıp geniş bir koruma alanı içerisinde ele aldığı için bu haklarla birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline de hükmedebilmektedir. Her ne kadar sosyal haklar dolaylı olarak korunsun ve bir dereceye kadar konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında kalsa da, İHAM geliştirdiği içtihatlarla, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,¹⁹⁷⁹ çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı

¹⁹⁷⁴ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 30.03.2011.

¹⁹⁷⁵ AYM’nin yorum tekniği itibarıyla hataya düştüğü konulardan biri de İHAS kapsamını Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerle sınırlayan 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesini Anayasa’ya uygun görmesidir. Oysa taraf olmanın uluslararası hukuka yönelik bir mesele olduğu, Türkiye taraf olsun veya olmasın Anayasa’daki İHAS kapsamındaki bütün hak ve özgürlükler için bireysel başvuru yapılabileceği düşünülebilirdi. Bkz. Tolga Şirin, “[Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? \(Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler\)](#)”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No: 119, 2014, s.359. Bu özellikle Türkiye’nin taraf olmadığı, ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 No’lu Ek Protokol açısından önem taşımaktadır. Sözleşme’deki haklardan biri bakımından değil, bağımsız olarak ayrımcılık yasağını getiren bu protokol sosyal insan haklarının dava edilebilirliği açısından kritik öneme sahiptir. Nitekim Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamından bile çok sayıda sosyal hak koruması mümkün olabilmiştir. Bkz. Jean-Pierre Marguénaud, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme’nin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 225.

¹⁹⁷⁶ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / BK, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, para.72.

¹⁹⁷⁷ Frédéric Edel, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, s. 21.

¹⁹⁷⁸ Bkz. Thlimmenos/ Yunanistan, Başvuru No: 34369/97, 06.04.2000. Ayrıca bkz. Sommerfeld / Almanya, Başvuru No: 31871/96, 8.07.2003.

¹⁹⁷⁹ Bkz. Gaygusuz/ Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996; Stec ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 65731/01, 65900/01, 12.04.2006; Luczak/ Polonya, Başvuru No: 77782/01, 27.11.2007.

kapsamında¹⁹⁸⁰ değerlendirerek bu konuda daha geniş ve kapsamlı bir koruma getirmiştir.¹⁹⁸¹ Bu çerçevede ayrımcılık yasağının birlikte değerlendirildiği madde bakımından da bu genişlik söz konusu olabilmektedir.¹⁹⁸²

Bireysel başvuru kararları incelendiğinde, AYM'nin de Onurhan Solmaz kararından itibaren ayrımcılık yasağının bireysel başvuru çerçevesinde bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmadığı, tamamlayıcı nitelikte bir hak olduğu; ancak başka bir hak ve özgürlükle birlikte ileri sürülebileceği anlayışını benimsediği görülmektedir.¹⁹⁸³

Onurhan Solmaz kararında AYM bağımsız nitelikte bir hak olmadığı için söz konusu başvuru bakımından ayrımcılık yasağının Anayasa'nın 10.maddesi ile Sözleşme hükümleri kapsamında kabul edilmediğini hükme bağlayarak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Sendikal hak ve özgürlükler başlığı altında ele aldığımız Remezan Orak¹⁹⁸⁴ kararında da AYM ayrımcılık yasağının soyut olarak değerlendirilemeyeceğini, Anayasa ve İHAS'ın ortak koruma alanında yer alan bir diğer hakla bağlantılı olarak ihlale konu olabileceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, bireysel başvuru içtihatlarında ayrımcılık yasağı lafzi bir yorumla bireysel başvuru kapsamına giren haklardan birinin ihlali iddiası çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, ayrımcılık yasağı şikayetin temelinde olan başvuru kapsamındaki haklardan birinin mutlaka ihlal edilmiş olması şart değildir.¹⁹⁸⁵ AYM'nin benimsemiş olduğu bu yaklaşım İHAM'ın ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadıyla ortak özellikler sergilemektedir. Yüksek Mahkeme konuyla ilgili bir kararında ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmesinde de,

¹⁹⁸⁰ Sidabras ve Dziautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00, 59330/00, 27.07.2004; Rainys ve Gasparavicius/ Litvanya, Başvuru No: 70665/01; 74345/01, 07.04.2005; Bigaeva/ Yunanistan, Başvuru No: 26713/05, 28.05.2009; Emel Boyraz/ Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.12.2014.

¹⁹⁸¹ U. Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 275. Bu noktada örneğin cinsel yönelim ayrımcılığının 8. madde, din veya inanca dayalı ayrımcılığın 9. madde ve siyasi görüşe dayalı ayrımcılığın 10 ve 11. maddeler kapsamında değerlendirilmesi ve bu sayede 14. maddenin Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükler dışında, örneğin çalışma yaşamı alanında da uygulanabilecektir. Bkz. Robert Wintemute, "Within the Ambit": How Big is the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No: 4, 2004, s. 370, 371.

¹⁹⁸² Örnek olarak E. B./Fransa başvurusunda İHAM eşcinsel başvurusunun evlat edinme başvurusunun kabul edilmemesi ihlal olarak değerlendirmiştir. Evlat edinme hakkı bakımından, İHAS'ta tanınan özel bir hak ile bağlantılı olmasa da bu alanda ayrımcılık yapıldığını kabul etmiştir. Bkz. E.B. / France, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008. Ancak tüm bu geniş yorumlara rağmen Sözleşme'nin 14. maddesinin koruma alanı dardır. Bu sebeple ayrımcılık yasağının bağımsız bir hak olarak korunması için 12. Protokol kabul edilmiştir. Ancak belirtildiği üzere, 6212 sayılı Kanunun 45. maddesi çerçevesinde bireysel başvurular bakımından 12 No'lu Ek Protokol uygulanamayacaktır.

¹⁹⁸³ AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013. Ayrıca bkz. AYM, Göksel Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/869, 16.04.2013.

¹⁹⁸⁴ AYM, Remezan Orak Başvurusu, Başvuru No: 2013/2229, 03.02.2016, RG 05.04.2016-29675.

¹⁹⁸⁵ Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2014, s.8.

anayasal haklarının ihlal edildiğine yönelik iddiaların bahse geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında soyut olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı; Anayasa ve İHAM'ın ortak koruma alanı içerisinde yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "... ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorusuna cevap verebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve korunmasını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir haktır."¹⁹⁸⁶

Yukarıda belirtildiği üzere, İHAM 14.maddeyi bağımsız nitelikte bir hak olarak değerlendirmemekle birlikte geniş yorumlamaktadır. AYM de Remezan Orak kararında Sözleşme'nin 14. ve Anayasa'nın 10.maddelerinin bağımsız bir koruma işlevinin olduğu kabul edilmese de bunun ayrımcılık yasağına ilişkin uyumsuzluklarda genişletici yoruma başvurulmasına engel oluşturmadığını ifade etmiştir.¹⁹⁸⁷ Bu bağlamda ilgili hakkın ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varılsa bile, o hakla bağlantılı olarak sergilenen ayrımcı tutumun 10.maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir.¹⁹⁸⁸

İHAM içtihadına paralel olarak bireysel başvuru yargılamasında benimsenmiş olan bir başka özellik, ilgili hükümde yer alan ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayıda olmaması ilkesidir. 10.maddenin 1.fıkrası, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde düzenlenmiştir. "Benzeri nedenler" ifadesi ile, ayrımcılık unsurlarının sınırlı olmaması; kapsamının genişlemesi öngörülmüştür.¹⁹⁸⁹ Bu durumda etnik köken, cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi İHAM içtihatlarında 14.maddedeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargılamaya

¹⁹⁸⁶ AYM, Göksel Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/869, 16.04.2013.

¹⁹⁸⁷ Olayda başvurucular işçi olarak çalışmakta iken bir sendikada üstlendikleri yöneticilik görevleri nedeniyle iş akitleri işveren Belediye tarafından haksız olarak, sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürmüştür. AYM kararında başvurucuların işe iade talepleri değerlendirilirken "üyeleri oldukları sendika dikkate alınarak farklı muamele yapılmasının "meşru bir amacı olmadığı" gerekçesiyle Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar verilmiştir: "Demokrasi; farklılıkların bir tehdit olarak değil, bir zenginlik kaynağı olarak algılandığı toplum anlayışında güçlenecektir. İşe iade taleplerinin üye olunan sendikaya göre değerlendirilmesi, çağdaş demokratik toplumlarda kabul edilebilir bir durum değildir. İşverenin, sendika üyeliği dışındaki sebeplerle işe iade taleplerini değerlendirdikten sonra ortaya bazı sendika üyelerini dışarda bırakan sonuç çıkması ve bu sonucun ayrımcılık olarak kabul edilmemesi mümkündür. Fakat buna ilişkin değerlendirmelerinin objektif ölçülere ve somut nedenlere dayanması gerekmektedir. İşe iade talebinde bulunan başvurucuların akitlerine son verilirken aynı durumdaki diğer sendikanın üyesi olan kişiler işe iade edilmiştir. İşverenin bu tercihinin, farklı sendika üyeliği dışında objektif ölçü ve sebeplere dayandığına ilişkin herhangi bir açıklama veya değerlendirmeye rastlanmamıştır." Bkz. AYM, Remezan Orak Başvurusu, Başvuru No: 2013/2229, 03.02.2016, RG 05.04.2016-29675.

¹⁹⁸⁸ Bkz. AYM, İhsan Asutay Başvurusu, Başvuru No: 2012/606, 20.02.2014.

¹⁹⁸⁹ AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04.11.1986.

esas olan ayrımcılık unsurlarının Anayasa'nın 10.maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi imkanı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında “etnik köken” temelinde ayrımcılığı 10.madde kapsamında kabul ettiğini açıklamıştır. Bununla birlikte, aynı davada ileri sürülen “cinsel yönelim” temelinde ayrımcılığın düzenleme kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediğine dair açıklık bulunmamaktadır. Bkz. AYM, Sadıka Şeker Başvurusu, Başvuru No: 2013/1948, 23.01.2014. Anayasal hükümde sayılan nedenler kategorisi ile benzeri nedenler kategorisi arasında anayasal koruma bakımından bir derece farkı bulunmadığı görüşü de bu konunun farklı bir boyutuna işaret etmektedir.¹⁹⁹⁰

Mahkeme bireysel başvurular açısından da “Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında açık bir şekilde yer alan “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep” temelinde ayırım yapılamayacağını belirtirken, bunun yanı sıra yine maddede yer alan “benzeri sebeplerle” de ayırım yapılamayacağını da ifade etmektedir. Böylelikle, “eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır” diyerek bu hususta açık uçlu bir tutum benimsediğini ortaya koymuştur.¹⁹⁹¹

AYM'nin bireysel başvuru ile İHAM kararları arasında uyum tartışmasına konu olabilecek bir başka mesele ayrımcılık yasağı bakımından “yatay etki”dir. Yatay etki bir anayasal norm olan eşitlik ilkesinin yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkilerde değil, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasındaki özel hukuk ilişkilerine de etki etmesidir. Yatay etki, ayrımcılık hukuku bakımından İHAM içtihadına yakın biçimde AYM kararlarında de yerini almıştır.¹⁹⁹² Yatay etki kavramını kullanmamış olmakla birlikte, AYM bir kararında, “... Anayasa'nın 138.maddesinde hakimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk arasında Anayasa hükümleri de yer almaktadır. Anayasa'nın 11.ve 138. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde hakimlerin Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesini uygulamakla görevli oldukları ortaya çıkmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁹⁹³ Bireysel başvuru, yatay etki kavramının mahkeme kararlarına yansımaları açısından özel önem taşımaktadır. Anayasal hakların yatay

¹⁹⁹⁰ M. Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s.68.

¹⁹⁹¹ AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para. 146.

¹⁹⁹² Ulaş Karan, a.g.e., s.255, 256.

¹⁹⁹³ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014.

etkisi konusunda dolaylı etki ilkesinin de uygulanması İHAM içtihatlarına uygunluk sağlanabilmesinde etkili bir faktördür.¹⁹⁹⁴

Anayasal hükümlerin yatay etkisi denildiğinde ilk akla gelen alanlardan biri iş hukuku ile bağlantılı uyuşmazlıklardır. Örneğin AYM, Remezan Orak kararında işe iade talepleri değerlendirilirken “üyesi oldukları sendika dikkate alınarak farklı muamele yapılmasının “meşru bir amacı olmadığı” sonucuna varmış ve 10.maddede yer alan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹⁹⁵

Çalışma hakkı ile bağlantılı olarak yukarıda incelediğimiz Tuğba Arslan başvurusunda din temelli ayrımcılık ele alınmıştır. Yüksek Mahkeme, “Anayasa’nın 10.maddesinin 1.fıkrasında “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep” sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağını belirttikten sonra fıkranın devamında “benzeri sebeplerle” de ayırımın gözetilemeyeceğini belirtmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkroda, “benzeri sebeplerle” ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır.¹⁹⁹⁶

Bu kararlar ilgili olarak, çalışma hakkı bağlamında da ele aldığımız eleştiriler burası için de geçerlidir. AYM, İHAM’ın yaklaşımına paralel olarak çalışma yaşamına ilişkin meseleleri özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirebilir, çalışma hakkını en azından dolaylı olarak koruyabilir ve İHAM ile uyumlu bir sonuca varabilirdi.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili önemli bir başka husus da delillendirme konusudur. Anayasa Mahkemesi’ne göre bu konudaki iddialarını delillendirme yükümlülüğü başvuruca aittir.¹⁹⁹⁷ Eğer iddia delillendirilemiyorsa, yeterince ikna edici değilse Yüksek Mahkeme’ye göre başvuru açıkça dayanaktan yoksundur. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Ayrımcı muameleye maruz kaldığını ileri süren başvuruçuların bu iddialarını yeterli ve ikna edici açıklamalar ve delillerle ispat etmeleri gerekir. Başvuruçuların kendilerine farklı muamele yapıldığını hukuka uygun her

¹⁹⁹⁴ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s.69.

¹⁹⁹⁵ AYM, Remezan Orak Başvurusu, Başvuru No: 2013/2229, 03.02.2016, RG 05.04.2016-29675.

¹⁹⁹⁶ U. Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 277.

¹⁹⁹⁷ Bkz. AYM, Veli Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/276, 09.01.2014, para. 19

türlü delille ispatlamaları mümkündür. Bunun ispatlanması üzerine, farklı muamelenin olup olmadığını veya haklı sebeplere dayandığını ispat yükümlülüğü kamu makamlarına aittir.”¹⁹⁹⁸

Örneğin çalışma hakkı başlığı altında da değindiğimiz, cinsiyet ayrımcılığına dayalı haksız yere işten çıkarılmayı konu edinen bir başvuruda AYM, maddi ve manevi varlığın korunması hakkını, eşitlik ilkesi ile birlikte ele almıştır. Anayasa Mahkemesi, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile birlikte eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddianın ispatlanamadığını belirterek açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuş, ancak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹⁹⁹ Yüksek Mahkeme’ye göre:

“Başvurucu; fesihle ayrımcılık yapıldığını, sırf kadın olduğu için işten çıkarıldığını, diğer çalışanın ise erkek olduğu için işten çıkarılmadığını ileri sürmekle birlikte bu iddialarını kanıtlayacak herhangi bir delil sunmamıştır. Başvurucu tarafından kullanılan bu ifadeler ile başvuru formu ve eklerinde yer alan bilgiler, ayrımcılığın değerlendirilmesi konusunda yeterli çıkarımlar yapılmasına müsait değildir. Zira başvuru ile başvuru konumunda olduğu ifade edilen diğer çalışanın durumlarının ne derece aynı olduğu ve işverenin işten çıkarmadaki amacının gerçekten cinsiyetçi bir anlayış olduğunu gösteren hususlar ortaya konulmamıştır. Bu nedenle ayrımcılık iddiası ve bu iddianın temelindeki olguların ispatına ilişkin yeterli açıklamalarda bulunmayan başvuru konumunda olduğu iddiasını kanıtlayamadığı sonucuna ulaşılmıştır.”²⁰⁰⁰

Anayasa Mahkemesi’nin ayrımcı muamelenin delillendirilmesinde verdiği nadir ihlal kararlarından biri, yukarıda değindiğimiz Tuba Aslan kararıdır.²⁰⁰¹ Yüksek Mahkeme’ye göre: “Somut olayda, başvuru konumunda olanın dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvuru konumunda olanın taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel

¹⁹⁹⁸ AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7063, 05.11.2015, RG 02.02.2016-29612, para. 46. Kararda konuyla bağlantılı olarak İHAM’ın çeşitli kararlarına da atıf yapılmıştır. Bkz. Chassagnou ve diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 29.04.1999, para. 91, 92; Nachova ve diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 43577/98, 06.07.2005, para. 147; DH/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: [57325/00](#), 13/11/2007, para. 177. İHAM kararlarına göre uygulama farkı başvuru tarafından gösterildikten sonra bu farkın haklı bir gerekçesinin olup olmadığını kanıtlama görevi hükümetindir. Bkz. Timishev / Rusya, Başvuru No: 5762/00; 55974/00, 13.12.2005. Delillendirme konusunda İHAM’ın Opuz/ Türkiye kararı da hatırlanmalıdır. İHAM aile içi şiddet mağdurlarının büyük çoğunlukla kadınlar olduklarını ve adli makamların bu olgu karşısındaki pasif tutumunun istatistiklerle ortaya konulduğunu belirterek bu deliller çerçevesinde Türkiye’nin 14. maddeyi de ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009.

¹⁹⁹⁹ AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, para. 34.

²⁰⁰⁰ AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, para. 50.

²⁰⁰¹ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.6.2014.

ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı veri de ortaya konulabilmiş değildir.” Başvurucuların iddialarının delillendirilmesi yanında ihlalin ayrımcı saiklerle gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma görevinin devlete ait olduğu da belirtilmelidir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını “makul delillerle” ortaya koyması gerekir.²⁰⁰²

Anayasa Mahkemesi’nin ayrımcılık yasağına ilişkin olarak tartışmalı bir karar da Z.A. kararıdır.²⁰⁰³ Eşcinsel olduğu gerekçesiyle meslekten atılan din dersine öğretmeninin yapmış olduğu bireysel başvuruda AYM özel yaşama saygı hakkı ve bu hakla birlikte ayrımcılık yasağının da ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, “Personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır.” diyerek “başvurucunun atanmak istediği mesleğin ilköğretim çağındaki çocukların eğitilmesini içeren öğretmenlik mesleği olduğu da dikkate alınmalıdır. Öğretmenlik mesleği, niteliği gereği çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması ile yakından bağlantılıdır. (...)Bu nedenle küçük çocukların eğitilmesinde öğretmen olarak çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları doğaldır. (...) Kamusal makamların bireyin menfaati ile kamu yararı arasında dengeleme yaparken göz önünde bulundurulması gereken menfaatlardan birinin çocukların üstün yararı olması durumunda takdir yetkisinin daha geniş olacağı açıktır.” tespitinde bulunmuştur.²⁰⁰⁴

Yıldırım ve Topal’ın karşı oylarında isabetli olarak belirttiği üzere, Anayasa’da devletin resmi cinsel yönelimi yoktur ve devlet tüm cinsiyetler, cinsel kimlikler, cinsiyet kimlikleri ve cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. Cinsel yönelim ayrımcılığı kimi hayatların daha az saygıya ve haysiyete sahip olduğunun kabulü anlamına gelip LGBTİ+ bireylerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan

²⁰⁰² AYM, Faris Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1026, 20.05.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Metin Durmaz, Başvuru No: 2013/7764, 25.03.2015.

²⁰⁰³ AYM, Z.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017, RG 06.03.2018-30352.

²⁰⁰⁴ AYM, Z.A. Başvurusu, para. 70, 71.

topluluğunu meydana getirenlerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politikalardan, uygulamalardan ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır.

Bu çerçevede 1. Bölüm'de detaylı olarak değindiğimiz üzere, İHAM kararlarına bakıldığında da İHAS'ın 14. maddesinde açıkça sayılmamasına karşın cinsel yönelim²⁰⁰⁵ ve cinsiyet kimliği²⁰⁰⁶ gibi ayrımcılık temelleri şüpheli temel olarak bu madde kapsamında incelenerek koruma altına alınmıştır. Mahkeme cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul edilebilmesi için kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır.²⁰⁰⁷

Başvurucunun maruz kaldığı ayrımcılık eşcinsel cinsel yöneliminden kaynaklanmaktadır. Somut başvuruda da başvurucunun aynı veya benzer konumda olan emsallerinden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin en nihayetinde cinsel yöneliminden kaynaklanması farklı bir muamelenin varlığına işaret etmektedir.²⁰⁰⁸ Bu muamele nesnel ve makul gerekçe ve bulgulara dayanmamakta, demokratik toplum düzeni açısından acil ve baskılayıcı toplumsal ihtiyacı karşılamamakta, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birincisi aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçüsüz bir müdahaleye neden olmakta; başvurucunun 10.maddede yer aşan ayrımcılık yasağı ile birlikte 20.maddede yer alan özel yaşamına saygı hakkını ihlal etmektedir.²⁰⁰⁹

²⁰⁰⁵ Bkz. Salgueiro da Si/va Mouta/ Portekiz, Başvuru No: 33290/96, 21.12.1999, para. 28, 36; X ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013, para. 99; Kozak/ Polonya, Başvuru No: 13102/02, 02.03.2010, para. 92, 98; Bayev ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 67667/09, 20.06.2017 para. 69; Konstantin Markin/ Rusya, Başvuru No: 30078/06, 22.03.2012, para. 143; Vallianatos ve diğerleri/ Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013, para. 77; Hiimiliinen/ Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16.07.2014, para. 109; Alekseyev/ Rusya, Başvuru No: 4916/07,25924/08 ve 14599/09, 21.10.2010, para. 108; P. V/ İspanya, Başvuru No: 35159/09, 30.11.2010, para. 30; Frette/ Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002; S. L./ Avusturya, Başvuru No: 45330/99, 09.01.2003; Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003; E.B./ Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008; X/ Türkiye, Başvuru No: 24626/09, 09.10.2012, para. 57, 64.

²⁰⁰⁶ Identoba ve diğerleri/ Gürcistan, Başvuru No: 73235/12, 12.05.2015, para. 96.

²⁰⁰⁷ Sheffield ve Horsham/BK, Başvuru No: 31- 32/1997/815- 816/1018- 1019, 30.07.1998, para. 75; E.B./ Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008, para. 91, 96; Fabris/ Fransa, Başvuru No: 16574/10, 07.02.2013, para. 56; Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003, Pajic/ Hırvatistan, Başvuru No: 68453/13, 23.02.2016, para. 83; X/Türkiye, Başvuru No: 24626/09, K.T. 09.10.2012, para. 57.

²⁰⁰⁸ Karşı oylarda da belirtilen bu hususlar çerçevesinde, cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığın temelinde cinsel davranışlarla ilgili toplumsal hayatta kökleşmiş, genelleşmiş önyargı ve kalıp yargıların yattığı; Türkiye'de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaştığı tespitleri de yapılması önemlidir. Bkz. a.g.k., Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

²⁰⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, kardeşinin eşcinsel olduğu için öldürüldüğü ve katile haksız tahrik indirimi uygulandığı, eşcinsellerin ayrımcılığa karşı korunmada zayıf kaldıkları iddiasıyla yapılan bireysel başvuruyu açıkça dayanaktan

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri de, özellikle de dezavantajlı gruplar bakımından, üzerinde durulması gereken bir başka husustur. Bu bağlamda 1.Bölüm’de detaylı olarak değinilen İHAM’ın Çam/Türkiye kararı hatırlanabilecektir.²⁰¹⁰ Bu kararda İHAM, görme engeli nedeniyle sağlık raporu alamadığı için konservatuara alınmayan başvuru konusunda devletin engele dayalı ayrımcılığı önlemek için makul düzenlemeler yapmamasını da pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğinden bahisle ihlal olduğu sonucuna varmıştır. İHAM’a göre ulusal makamlar başvuru sahibinin pedagojik ihtiyaçları bakımından yükümlülüklerini yerine getirmemiş; başvuru sahibinin görme engelini eğitime hangi oranda engel olacağı konusunda bir açıklık getirilmeksizin salt görme engeline dayanarak başvurucuya makul, haklı sebepler ortaya koyamamıştır. Anayasa Mahkemesi ise, engelli olması nedeniyle terfi ettirilmediğini ve yükselme sınavı hakkında bilgi edinme başvurusunda bulunması nedeniyle il dışına tayin edildiğini ve bu sebeple emekli olmak durumunda kaldığını iddia eden başvuru sahibinin çalışma hakkı Sözleşme’de korunmadığından konu yönünden başvurusunu reddetmiştir.²⁰¹¹

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin kararlarında şu hususlar ön plana çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi, Anayasa’daki eşitlik korumasına bireysel başvuru kararlarında yer vermemekte; sadece Anayasa ve İHAS kapsamındaki haklar için ayrımcılık yasağı söz konusu olmaktadır.²⁰¹² Anayasa Mahkemesi eşitlik konusunda bireysel başvuru kararlarında Anayasa’daki geniş korumayı değil, Sözleşme’nin 14. maddesindeki dar korumayı benimsemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekir.²⁰¹³ ” Anayasa Mahkemesi, bir temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa bile, o hakla bağlantılı olarak ayrımcı bir tutumun sergilenmesi durumunda ihlal kararı verileceği düşüncesindedir.²⁰¹⁴

yoksun bularak reddetmiştir. Bkz. Sadıka Şeker, Başvuru No: 2013/1948, 23.1.2014. İHAM ise Gerger/ Türkiye kararında ayrımcılık yasağı sebebiyle ihlale karar vermemekle beraber “belirlenen ceza politikasının bireyleri ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde” 14. maddenin ihlalinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Gerger/Türkiye, Başvuru No:24919/94, 08.07.1999.

²⁰¹⁰ Çam/Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016.

²⁰¹¹ AYM, Muzaffer Akkanat Başvurusu, Başvuru No: 2013/2339, 07.05.2015.

²⁰¹² AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013, para. 33

²⁰¹³ AYM, Billur Güzide Balyemez ve Recai Alp Er Tunga Başvurusu, Başvuru No: 2014/5909, 25.03.2015

²⁰¹⁴ AYM, Mehmet Peker Başvurusu, Başvuru No: 2013/433, 25.03.2015.

Türkiye, 12 No'lu Ek Protokolü onaylayarak eşitliğin bağımsız bir hak olarak uygulanmasını sağlamalıdır.²⁰¹⁵ Zaten kendi Anayasası'nda güvence altına aldığı bir hakkın sınırlı olarak bireysel başvurunun konusu olması anlaşılabilir değildir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağına ilişkin kararlarında en azından İHAM'ın kararlarında da yer alan geniş yorumu tercih etmesi gerekmektedir. Bu yönde Anayasa Mahkemesinin kararları olmakla beraber oldukça sınırlıdır. Ayrımcılığın delillendirilmesi öncelikle başvuruçunun yükümlülüğüdür. Ancak Opuz kararında olduğu gibi ayrımcılık alanında açık ihlallerin yaşandığı örneklerin görmezden gelinmesi mümkün değildir. Nihayet devletin ayrımcılığı ortadan kaldırması bakımından üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi beklenir. Unutulmamalıdır ki insan haklarının güvencelenmesi öncelikle bir iç hukuk sorunudur. Uluslararası alandaki güvenceler ikincil ve asgari standartlar olmaktadır. Bu sebeple iç hukuka ilişkin insan hakları güvencelerinin artık İHAM standartlarına ulaşmasını hatta aşmasını beklemek olağanüstü bir beklenti değildir.²⁰¹⁶

J- Değerlendirme

Bireysel başvuru, hem Anayasa'da hem de İHAS'ta yer verilen birinci kuşak hak ve özgürlüklerle açıkça sınırlı tutulmuş olmakla birlikte, sosyal haklar medeni ve siyasi haklar şeklinde yorumlanarak bireysel başvuru sistemi kapsamında dava edilebilir ve yargısallaştırılabilirler. Bireysel başvuru kurumunun Anayasal sistemimize eklenmiş olması, bu bağlamda sosyal hakların gerçekleştirilebilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin daha aktif bir duruş sergilemesi için bir fırsat niteliğindedir. Yüksek Mahkeme'nin sosyal haklarla ilgili olarak yukarıda değindiğimiz soyut ve somut norm denetimindeki tutumu dikkate alındığında, bu düşünce aşırı iyimser kalabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları değerlendirildiğinde, genellikle İHAM içtihatlarının izinden gidildiği görülmektedir. Bu çerçevede en başta, Türkiye'deki bireysel başvuru kurumunun Anayasa ile İHAS'ın ortak alanının esas alınmış olmasının yarattığı sorunlar ön plana çıkmaktadır. Sosyal haklar açısından, dolaylı korumaya rağmen İHAM içtihadının sınırlılığına ilişkin yapılan eleştiriler AYM açısından da geçerliliğini koruyacaktır. 1.Bölüm'de de değinildiği üzere, İHAM'ın pozitif yükümlülükler konusundaki

²⁰¹⁵ U. Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 279.

²⁰¹⁶ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı", <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Sultan-Tahmazoglu-Bireysel-Basvuru-Kararlarinda-Ayrimcilik-Yasagi.pdf>, E.T. 03.02.2019.

içtihatlarının gelişiminin ilk aşamalarında olduğu söylenebilecektir. Her ne kadar İHAM çevresel konular, devlet gözetiminde olan tutuklu ve hükümlülerle ilgili pozitif yükümlülüklerin varlığı ortaya konulmuş ise de, kamu sağlığı ve sosyal alana bunların yansımaları görece olarak sınırlı kalmıştır ve geliştirilmeye açıktır.

İHAM'ın uluslararası bir mahkeme olduğu, bu nedenle de yargılama yetkisini “ikincillik” ve “tamamlayıcılık” prensiplerinin ürkekliğiyle icra ettiği her zaman akıllarda tutulmalıdır.²⁰¹⁷ Bu noktada hukuken çok da güçlü bir argüman olmayan “takdir marjını” ön plana çıkardığı kararları da bulunmaktadır. AYM ise, ulusal mahiyeti ve Anayasa’da belirtilen yüksek mahkemelerden birisi olması sebebiyle “daha etkin” ve “daha aktif” bir tutumla haklar ve özgürlüklerin korunmasına katkı sağlamak; yasama, yürütme ve her şeyden önemlisi yargıya ışıktutacak bir gayretle ve cesaretle kararlarını oluşturmak, kararlarının takipçisi olmak durumundadır.²⁰¹⁸

Sosyal hakların ötesinde, ortak koruma alanı içerisinde yer alan hakların da İHAS sisteminin sınırları içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Ortak koruma alanı belirlenirken Anayasa Mahkemesi tarafından her iki metne birlikte bakılmaktadır. Ancak bu noktada, temel hakkın koruma alanının, AYM eliyle daraltıldığı ve sınırlandırıldığı göze çarpmaktadır. Örneğin; “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” konusunda, Yüksek Mahkeme, AY md.10’daki “daha geniş koruma”yı değil, ona göre daha dar ve sınırlı olan İHAS md. 14’ü esas almıştır.²⁰¹⁹ Yine, “adil yargılanma hakkı” bağlamında, Mahkeme, AY md. 36’daki özel bir sınırlama nedeni de içermeyen, koruma alanını geniş tutan anayasal konumunu benimsememiş; İHAS md. 6’daki daha sınırlı düzenlemeyi²⁰²⁰ esas almıştır.²⁰²¹ Bu bağlamda AYM’nin tamamen İHAM ve minimum koruma odaklı bir içtihadı yöneldiği görülmektedir. Maalesef, İHAS - yapılan onca hizmet içi eğitim; bireysel başvuruda görev alacak yargıçların Strasbourg’a gönderilmesi, vs.ye rağmen- AYM tarafından, temel hak koruması için tersine etki yaparak, temel hakkı zayıflatıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir (?)²⁰²²

²⁰¹⁷ Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, E.T. 10.01.2019.

²⁰¹⁸ S. Cengiz, a.g.e.

²⁰¹⁹ Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/ 869, K.T. 16.04.2013; AYM Başvuru No: 2012/1049, K.T. 26.03.2013.

²⁰²⁰ İHAS’ta bu hak, “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar” ve “bir suç isnadının esasının karara bağlanması” bakımından gündeme gelmektedir.

²⁰²¹ Bkz. AYM, Adnan Oktar Başvurusu, Başvuru No: 2012/917, 16.04.2013.

²⁰²² M. Gözde Atasayan, “Yorum: Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirmesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: III, S: 5, İstanbul: Anayasa-Der & Legal Yay., 2014, s.35.

Bireysel başvuru hakkını anayasal hale getiren 2010 değişikliği gerekçesinde, bu hakkın kabul edilme nedenlerinden biri olarak “İHAM önündeki ihlalleri azaltmak” da tartışılmış ve ileri sürülmüştü. Ancak elbette, sadece bu iradenin göz önüne alınması söz konusu olamaz...²⁰²³ Aynı şekilde, İHAS ve onun yarattığı koruma sisteminin odak noktası ve koruma amacı da içselleştirildiği takdirde, İHAS md.53’te yer alan “Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci tarafın yasaları ... çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor olarak yorumlanmayacaktır.” ifadesi de böylesi bir yoruma elverişli olmayacaktır. İHAS ve onun koruma sistemi, temel hakların korunması açısından bir “sınır ya da bariyer” değil, onların daha da geliştirilmesi açısından bir kalkış noktası olarak düşünülebilir... İHAS ve İHAM, ancak bu minimum korumanın sağlanamadığı hallerde bir “son çare” olarak devreye girmesi öngörülen bir mekanizmadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi’nin iç hukuk ile İHAM içtihadını karşılaştırarak hak ve özgürlüklerin korunmasında daha fazla güvence sağlayan norm ve içtihadı tercih etmesi gerekmektedir.²⁰²⁴

Sonuç olarak, Anayasa’da İHAS ile karşılaştırıldığında hak ve özgürlükler için daha kapsamlı bir koruma söz konusu ise AY hükmünün dikkate alınması bireysel başvurunun varlık sebebine ve AY md.2’deki “insan haklarına saygılı devlet” ilkesine de daha uygun gözükmektedir.²⁰²⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında ise dolaylı olarak Anayasa’da İHAM sisteminden daha geniş bir koruma alanı sağlayan normların esas alabileceğini belirtmiştir. Başvurucu olan

²⁰²³ Ayrıca, teklif gerekçesinde yer alan şu ifadeler de yadsınamaz: “Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır.” Burada “hukuk devleti” ve “temel hak ve özgürlüklerin daha etkin korunması vurgusu göze çarpmaktadır. Bkz. www.tbmm.gov.tr , E.T. 25.10.2018.

²⁰²⁴ Bkz. Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf, E.T.12.01.2019. Yazar bu makalesinde söz konusu duruma örnek olarak tutukluluk sürelerinin hesaplanmasını ele almıştır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında ilgili olarak AY madde 19’un, Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki (CMK) normatif güvencelerin altında kalan bir yorumla, İHAM’ın daha daraltıcı yorumuna paralel şekilde uygulandığı görülmektedir. İHAM’ın içtihat yoluyla İHAS madde 5/I a’ya dayanarak geliştirdiği “suç isnadına bağlı tutukluluk” ve “hükmen tutukluluk” ayrımı, yasada öngörülen azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında ilk hükümden sonra temyiz aşamasında geçen sürenin ne şekilde dikkate alınacağı hususunda Türk hukukundan daha alt derecede bir koruma sağlamaktadır. Buna rağmen AYM, CMK’nin ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (İnfaz Kanunu) olanaklı kıldığı daha özgürlükçü yorum ve uygulama olanağından vazgeçmiş görünmektedir.

²⁰²⁵ Bkz. Sibel İncoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İncoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s.51.

Türkiye İş Bankası A.Ş., çalışanlarına çeşitli yararlar sağlamak üzere kurulmuş olan “Türkiye İş Bankası AŞ Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfına” şubeleri çerçevesinde yapmış olduğu katkı payı ödemelerinin, vergi incelemesi sonucunda “ücret” olarak değerlendirilmesi sonucunda, adına tarh edilen gelir vergisi ve damga vergisi ile kesilen vergi ziyai cezalarına karşı açtığı davanın reddedilmesi sebebiyle mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.²⁰²⁶

Mahkeme’ye göre, “İHAM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak, kanun altı düzenlemelerin, istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin ve hatta örf ve adet hukukunun da hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken *Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır.*²⁰²⁷ (Bkz. B. No: 2013/817, 19/12/2013, §31)”.

Bu saptamadan hareketle Mahkeme, başvuru konusu vergilendirme işleminin ilişkin olduğu vergilendirme dönemi (2007 yılı) itibariyle, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “verginin kanuniliği ilkesi” gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla giderilemediği gerekçesiyle, Vakfa yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesi nedeniyle başvurunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 61). Yüksek Mahkeme, bu yöndeki eğilimini bütün temel hak ve özgürlük düzenlemelerini kapsayacak şekilde genişletmeli ve bireysel başvurunun esas ölçü normu olarak Anayasa'nın daha fazla koruma sağlayan hükümlerini kullanmaya yönelmelidir.²⁰²⁸

Yüksek Mahkemenin şu ana kadarki uygulamasına bakıldığında kabul edilebilirlik ölçütlerinde mevzuatın ortaya koyduğu bazı sınırlılıkların aşılmasına yönelik adım atılmadığı, bireysel başvuru yapabilecek kişilerin sınırlı olarak yorumlandığı görülmektedir. AYM'nin hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesinde İHAS'ın daha dar kapsamlı hükümlerini esas aldığı söylenebilecektir. Bu durum, insan haklarının daha etkin bir şekilde korunması amacı güden bireysel başvuru usulünün sağlayacağı korumanın, bir anlamda AYM eliyle sınırlandırılması

²⁰²⁶ AYM, Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/6192, 12.11.2014, RG 21.02.2015-29274.

²⁰²⁷ Vurgu yazara aittir.

²⁰²⁸ Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf , E.T.12.01.2019

demektir. Sonuç olarak, Mahkeme'nin ilk kararlarında, insan haklarını korumak ve geliştirmek açısından daha pasif kaldığı ve genişletici bir yorum ortaya koymadığı söylenebilecektir.

İHAS'ın Anayasa'ya göre daha sınırlı düzenlemelerinin esas alınmasının yanı sıra, başvuru dilekçelerinde başvuru sahiplerinin İHAS'ta açıkça düzenlenmemiş bir hakkın ihlal edildiğini ileri sürmesi veya nitelendirmede hataya düşmesi karşısında da AYM'nin tutumu düşündürücüdür. Örneğin başvuruda mülkiyet hakkının değil de sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiği belirtilmiş ise AYM başvuruyu incelemeyecek midir? Bu konuda Yüksek Mahkeme'nin çelişkili kararları mevcuttur. AYM'nin özellikle de ilk dönem içtihatlarına bakıldığında oldukça dar ve şekilci bir tutum sergilediği görülmektedir: Yüksek Mahkeme sosyal haklarla bağlantılı olarak önüne gelen başvurularda başvuru sahiplerinin ileri sürdükleri iddialardan çok, ihlal edildiği ileri sürülen maddelerle sınırlı bir değerlendirme yapmıştır.²⁰²⁹ Örneğin polis amiri olan başvuru sahibinin terfi ettirilmesi yönündeki talebinin incelendiği bir başvuruda AYM, davacının mülkiyet ve özel yaşamıyla bağlantılı bir durumun söz konusu olup olmadığını, başvuru sahibi bu haklarının ihlal edildiğini açıkça belirtmediği için irdelenmemiştir.²⁰³⁰ Yine örneğin adil ücret hakkının,²⁰³¹ çalışma hakkının,²⁰³² sosyal güvenlik hakkının,²⁰³³ çevresel ve kültürel hakların²⁰³⁴ ihlal edildiğine ilişkin iddialar, bu hakların İHAS'ta ve ek protokollerinde bulunmadığı gerekçesi ile kabul edilemez bulunmuştur.

²⁰²⁹ Tolga Şirin, “[Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? \(Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler\)](#)”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını 119, 2014, s.358.

²⁰³⁰ AYM, Necmettin Doğru Başvurusu, Başvuru No: 2013/1123, 02.10.2013, para. 20-23.

²⁰³¹ AYM, Elif Karakaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/5062, 14.01.2014. Bu başvuruda, adil ücret hakkının, özellikle mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı temelinde “eşit işe eşit ücret” ilkesi ışığında dava edilebilirliğine yönelik hiçbir tespitte bulunulmamış olması tartışmaya açıktır. Bu tartışma ilk dönem içtihadı olması ve yol göstermesi beklentisi karşısında daha da anlam kazanmaktadır.

²⁰³² AYM, Serkan Acar Başvurusu, Başvuru No: 2013/1613, 02.10.2013. Yine başvuru sahibinin açmış olduğu işe iade davasının 40 ay süreyle bitirilmemiş olması, makul sürede yargılanma hakkı bağlamında ihlal olarak görülmekle beraber, davanın uzun sürmesinin iş arama ve sözleşme hürriyeti bakımından sorun yarattığı yönündeki iddia “Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı” görülmeyle beraber reddedilmesine ilişkin olarak bkz. AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, Başvuru No: 2013/772, 07.11.2013. AYM bu başvuruda, “iade ve işten haksız çıkartılma gibi bazı konularla başvuruların Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabileceğini” belirtmişse de bu iddiayı re’sen özel yaşama saygı hakkı bakımından ele almamış ve bu bağlantının neden kurulmadığına ilişkin bir açıklama yapmamıştır (para. 42-44).

²⁰³³ AYM, Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, Başvuru No: 2013/1958, 07.07.2015, RG 17.08.2015-29448.

²⁰³⁴ AYM, Hayrettin Aktaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/1205, 17.09.2013. Hatta Anayasa’nın “tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına” ilişkin 65. maddesine dayanan iddia karşısında –hiç gereği yokken– söz konusu hükümde bireysel hak dahi olmadığı ifade edilmiştir.

Bu tutum, jura novit curia (yargıç hukuku kendiliğinden uygular) ilkesiyle de çelişmektedir.²⁰³⁵ Mahkeme, olayın unsurlarına ilişkin hukukun nitelendirilmesi uzmanı olduğu için, kendini başvuru veya hükümet tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı görmez. Anayasa'nın üstünlüğü (md. 11) ve temel hak ve özgürlüklerin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez olduğu (md. 12) dikkate alındığında bu ilkenin AYM tarafından da uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan olayların özü bakımından başvuru dilekçesinde ileri sürüldüğü ve iddiaların İHAM içtihatlarına denk düşecek bir meseleyi içermesi halinde İHAS metninde yer almayan bir hakkın ileri sürülmüş olmasına önem verilmemelidir. Sonuç olarak bir başvuru Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında yer alan bir hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak da başvuruda bulunabilmelidir.

AYM'nin bu ilkeyi uyguladığı kararları da bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, bireysel başvurulara dair inceleme, başvuru kapsamıyla sınırlı olduğundan, başvuru tarafından ileri sürülmeyen herhangi bir hak ihlalinin re'sen incelenmesi söz konusu değildir.²⁰³⁶ Ama öte yandan, AYM, nitelendirme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.²⁰³⁷ Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak nitelemesinden farklı bir hakkın başvuruya konu olduğu kanaatinde olduğu takdirde, bireysel başvuruyu kendi hak nitelemesi doğrultusunda inceleyebilmektedir.²⁰³⁸

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, 6216 sayılı Kanun, md.45/3'te yer alan “yasama işlemleri ... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaz.” düzenlemesi doğrultusunda AYM'nin bu tür başvuruları kabul edilemez bulmasıdır. Mahkeme'ye göre, “Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir.”²⁰³⁹ Ancak bireysel başvurularda bir ihlalin yasanın yorumu veya uygulamasından değil, yasanın açık düzenlemesinden

²⁰³⁵ Tolga Şirin, “[Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? \(Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler\)](#)”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No:119, 2014, s.359.

²⁰³⁶ Bkz. AYM, Günay Ozal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1281, 16.05.2013.

²⁰³⁷ Nazmiye Güveyi, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması**, s. 83-84.

²⁰³⁸ Yüksek Mahkeme, konuyla ilgili bir kararında, başvuruda ileri sürülen diğer bir temel hakkı ve eşitlik ilkesini bir tarafa bırakarak, incelemeyi adil yargılanma hakkı üzerinden yapmıştır. “AYM, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir.” Bkz. AYM, Günay Ozal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1134, 16.05.2013. Ayrıca bkz. AYM, Bekir Birol Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2694, 18.09.2014, para. 25. AYM, Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013, para. 16; AYM, Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, 16.09.2015, para. 20.

²⁰³⁹ Örnek olarak bkz. AYM, Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, 05.03.2013; AYM, Süleyman Erte Başvurusu, Başvuru No: 2013/469, 16.04.2013.

kaynaklandığı ve AY md.90/son fıkrasının derece mahkemeleri tarafından göz ardı edildiği durumlarda AYM'nin yalnızca ihlale hükmetmesi ile sorun sadece ilgili bireysel başvuru çerçevesinde ortadan kalkacaktır. Mahkemenin önüne gelecek bu tür durumlarda, kendisini “davayı görmekte olan mahkeme” olarak kabul ederek somut norm denetimi kapsamında ilgili yasa hükmünün iptali için konuyu AYM Genel Kurula havale etmesi en uygun çözüm olacaktır.^{2040 2041} Böylelikle, “usul ekonomisi” sağlanmış olacak, hem de temel hak ve özgürlük ihlalleri daha etkin bir şekilde korunabilecektir.

Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin şu ana kadarki karar pratiğine bakıldığında Mahkeme'ye yöneltilen eleştirilerin biri de “kendi temel hak ve özgürlükler öğretisini geliştirememesidir.”²⁰⁴²

Bireysel başvuru ile birlikte, AYM'nin kararlarında zaman zaman “hak ve özgürlükler lehine” bir değişiklik de gözlemlenmektedir. Özellikle de sendikal hak ve özgürlükler alanı norm denetimi ile bireysel başvuru kararları arasında insan hakları açısından benimsenen tutumun farklılığını net bir şekilde ortaya koymaktadır. AYM, norm denetiminde ağırlıklı olarak değişmez ilkeler çerçevesinde kararlar vermekte iken, bireysel başvuru kararlarında Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri İHAS ve ek protokoller bağlamında da değerlendirmeye başlamıştır. Ancak bu yapılırken, Göztepe'nin de ifade ettiği üzere,

²⁰⁴⁰ Bkz. Sibel İncoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İncoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013, s.12.

²⁰⁴¹Ece Göztepe'ye göre de, aksi durumun kabulü halinde, “bu dolambaçlı yolun büyük bir zaman israfı oluşturacağı ise açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla, anayasaya aykırılık halinin tespiti halinde bunu bir bekletici sorun yapıp kanun ya da KHK'nin iptali istemiyle Genel Kurula başvurması da elbette mümkündür.” Bununla birlikte, yazara göre, “Ancak bu durumda kanunun tarihsel yorumunun tümünden gözardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır ki, bu sorunun nasıl aşılabacağı ayrı bir tartışma konusudur.” bkz. Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ankara: **TBB Dergisi**, 2011, 2011/95, s.32.

²⁰⁴² Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf , E.T.12.01.2019. Yazar burada Türkiye'deki Anayasa Hukuku öğretisinin bu alandaki yetersizliğine de değinmektedir: “Hukuk fakültelerinde okutulan Anayasa Hukuku ders kitaplarına bakıldığında, bunların çoğunun kurumsal anayasa hukukunu ele alan bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Temel hak ve özgürlükler teorisini ele alan ve Anayasa'nın güvence altına aldığı hakları bu teori ışığında yorumlayan “Temel Hak ve Özgürlükler Hukuku”na ilişkin ders kitaplarının bulunmadığı ne yazık ki bir gerçektir. Bazı kitaplar bu başlığı taşısa da içerikleri, gerçek bir hak ve özgürlük öğretisi geliştirmekten ya da bunları somutlaştırmaktan uzaktır. Bunun yanı sıra, 2010 yılı anayasa değişikliğinden bu yana Türk hukuk sistemine eklenen yeni bir olağanüstü kanun yolunun tesis edildiği bilinmesine rağmen, 2015 yılına kadar bu kanun yolunu ders programı içinde ele alan çok az sayıda hukuk fakültesi mevcuttur. Bu yapısal sorunlar ışığında Anayasa Mahkemesi'nin AİHM içtihadına odaklanması en azından güvenilir bir yol gösterici bulma çabası olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda Türkiye'deki anayasa hukukçularını temel hak ve özgürlükler konusunda çeşitli eserler verme konusunda tarihsel bir sorumluluğun beklediğini söylemek yanlış olmayacaktır.”

Mahkeme'nin özgün bir temel hak öğretisi geliştiremediği söylenebilecektir. AYM kendini yalnızca İHAM içtihatları çerçevesinde sınırlamakta, bazı durumlarda daha fazla güvence öngören iç düzenlemeleri, İHAM içtihadından daha üstün bir koruma sağlayabilecek yorum ve değerlendirmelerde bulunmayı tercih etmemektedir. Özellikle de sosyal haklar açısından İHAM'ın takdir marjını ön plana çıkaran, çelişkili ve tam olarak ilkesel bir temele dayanmayan kararları bu konuda hatırlanmalıdır. Bireysel başvuru bakımından bu tutumun süreklilik kazanması, bu yeni mekanizma ile ulaşılmak istenen “hak” odaklı bir hukuk devleti amacını gerçekleştirmek bakımından eksik kalacaktır.²⁰⁴³

İHAM'ın sosyal haklar alanındaki dolaylı koruma anlayışı, sosyal hakları bir dereceye kadar koruyabiliyorsa da, söz konusu korumanın, özellikle de “küresel güney”in günümüzde bu alanda ulaştığı birikim göz önüne alındığında henüz gelişme çağında olduğu söylenebilecektir. Bu bağlamda AYM'nin sosyal hakları bireysel başvuru konusu yapmaya yönelik isteksizliği ile İHAM'ın gelişme çağındaki sosyal hak tutumu arasında bir korelasyon kurulabilecektir.²⁰⁴⁴ Bu bakımdan AYM, karşılaştırmalı anayasa yargısının sosyal haklar alanındaki birikimini göz önüne alırsa İHAM'ın standardını yakalayıp onu geçmesi söz konusu olabilecektir.

Bu çerçevede 1.Bölüm'de BM ESKHK kararlarında da değinildiği üzere, “çekirdek/öz” kriteri de göz önüne alınabilecektir. BM ESHK'nin “taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliğine” ilişkin 3 No'lu Genel Yorumu çerçevesinde devletlerin ESHS'nin 2. maddesinden hareketle, kaynakların sınırlılığı ile haklılaştırabilecekleri bir kategorinin yanında, hiçbir şekilde haklılaştırılamayacak ve vazgeçilemeyecek/mutlak nitelikte bir öz yükümlülük alanı bulunmaktadır.²⁰⁴⁵

²⁰⁴³ Bunun yanında bireysel başvuru kararlarında yer alan temel hak ve özgürlük anlayışının, norm denetimi davalarına da yansıdığını söylemek çok mümkün değildir. Bireysel başvuru kurumunun anayasal sistemimize eklemlenmesinden bu yana verilen ve hukuk devleti ilkesi doğrultusunda tartışılan pek çok norm denetimi davasında, eski anlayışın halen devam ettirildiği, yeni karar ve yorum yönteminin bu alana da sirayet etmesinde olanak tanınmadığı gözlenmektedir.

²⁰⁴⁴ S. Yolcu, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, s.384.

²⁰⁴⁵ “(...) Komite, her bir hakkın en azından asgari gereklilik düzeyinde gerçekleştirilmesini güvence altına almanın tüm taraf devletlerin asgari düzeyde öz yükümlülüğü olduğu görüşündedir. Bu suretle, örneğin, önemli sayıda bireyin temel yiyecek maddelerinden, birincil sağlık hizmetlerinden, konut ve barınmadan ya da en temel eğitim biçimlerinden yoksun olduğu bir taraf devlet ilk bakışta Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirememektedir. Sözleşme, asgari düzeyde öz yükümlülük içerecek şekilde okunmadığında, varlık nedeninden büyük ölçüde yoksun kalacaktır. Aynı şekilde, bir devletin asgari düzeydeki öz yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine yönelik değerlendirme, ilgili ülkedeki kaynak yetersizliklerini göz önünde bulundurmalıdır. 2. maddenin 1. paragrafı her bir taraf devleti “mevcut kaynakları ölçüsünde” gerekli girişimlerde bulunmaya yükümlü kılmaktadır. Bir taraf devletin asgari düzeydeki öz yükümlülüklerini yerine getirememesini mevcut kaynakların yetersizliğine bağlayabilmesi için, o devletin yetki alanı dâhilindeki tüm kaynakları asgari düzeydeki

İnsan haklarının “çekirdek/ öz” alanının, bütüncül yaklaşım çerçevesinde bütün denetim organlarınca dikkate alınması gerektiği belirtilebilecektir. 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde de “öze dokunma yasağı” bir kriter olarak yer almaktadır. Bu kriter, Anayasa’daki tüm hak ve özgürlükler için sınırlandırmanın sınırını ifade etmektedir.²⁰⁴⁶ Bu bakımdan BM ESHK’nin ortaya koyduğu “çekirdek/ öz” kriteri, 1982 Anayasası’nda da mevcuttur. Bu kriter, sosyal haklara ilişkin olarak, özellikle de Anayasa’nın 65. maddesi de “mali yeterlilik” ölçütüne karşı önem taşımaktadır. “Çekirdek/öz” kriteri ile söz konusu mali yeterliliğin dahi haklılaştıramayacağı dokunulmaz bir alan ortaya konulabilir ve sosyal hakların etkili bir şekilde korunabilmesi sağlanabilir.

yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla kullanmak için her türlü çabayı gösterdiğini göstermesi gerekmektedir.” Bkz. 3 No’lu Genel Yorum, para. 10.

²⁰⁴⁶ Bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Öz**, Ankara: SBF Yayını, 1982; İzzet Mert Ertan, “Sosyal Hakların Öz”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları**, (Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., 2014, s.93 vd.

SONUÇ

Sosyal haklar insan hakları ailesinin bir vazgeçilmez, ayrılamaz bir parçasıdır. Bununla birlikte, bu haklar uygulamada çoğu kez somut, talep edilebilir haklar olarak değil, devletin yerine getirmesi gereken ödevler veya yasa koyucuya tavsiyeler niteliğindeki program hükümler/ haklar olarak değerlendirilmekte, yargısal olarak talep edilemeyeceği ileri sürülmekte, medeni ve siyasi hakların gölgesinde kalmaktadır. Sosyal hakların diğer haklar gibi yargısallaştırılması, insan hakları ailesi içindeki gerçek yerini bulması yönünde atılmış önemli bir adımdır. Elbette sosyal hakların tam olarak gerçekleştirilmesi yalnızca yargı aracılığıyla olmayacaktır; bu hakların korunması sosyo-ekonomik politikalarla, eylem planlarıyla, yasal düzenlemelerle yakından bağlantılıdır. Ancak yargı, tıpkı diğer hak ve özgürlüklerde de olduğu gibi, “olmazsa olmaz”dır, vazgeçilmezdir. Bu bakımdan, bu alanda yürütülecek olan politikalar ve eylem planlarının da ulusal üstü insan hakları normları ve standartlarıyla, anayasal ilkeler ve kurallarla uyumlu olması, hukuki güvencelerinin bulunması gereklidir.

Sosyal hakların yargısallaştırılmasına ilişkin en çok tartışılan ve itiraz edilen husus, bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar vereceği, yargının yasama ve yürütmenin alanına müdahale edip yasa koyucu ya da yürütme gücü gibi hareket edebileceği endişeleridir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, tarihsel bağlamda da düşünüldüğünde, esasen özünde gücün tek elde toplanmasının önüne geçmek, devletin farklı işlevleri yerine getiren organlarının dengeli bir şekilde dağılımını sağlamak ve bu şekilde de hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Sosyal hakların korunması, yargı ve diğer kuvvetler arasında bir güç mücadelesi olarak değil, her iki taraf arasında etkileşim ve diyalog gerektiren bir olgu şeklinde değerlendirilmelidir. Sosyal hakların yargısallaştırılamaz olduğunu ileri sürmek, bu konuda yetkinin yasama organında olduğunu söylemek, yasama organına yargı yetkisinin aktarılması anlamına gelecektir. Bu da yasama organının kararlarının denetiminin kendisine bırakılması demektir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, insan hakları ve hukuk devleti ilkesi ile, bu anlamda hukukun üstünlüğü ile birlikte düşünülmelidir. Bu çerçevede, başta anayasa yargısı olmak üzere yargının temel işlevi ve varlık sebebi, yasama ile yürütmenin işlem ve eylemlerinin Anayasa’ya, onun temel ilke ve normlarına, insan haklarına, hukuka uygun olup olmadıklarını denetlemektir.

Sosyal hakların yargısallaştırılması, kişilerin haklarını yargı önünde talep edebilmeleri, bir anlamda daha bilinçli ve aktif bireylerin oluşumuna da katkı sağlaması bağlamında demokrasiye zarar vermemekte, tam tersi, demokratik bir devletin oluşumunun vazgeçilmez unsuru olan “haklar toplumunun”, demokratik bir toplumun, hukuk kültürünün ve demokrasi bilincinin oluşumuna katkı sağlayacaktır. Eğitim hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi,

yine başta ifade özgürlüğü olmak üzere, demokrasi ve insan haklarının bir bütün olarak gerçekleştirilebilmesine imkan sağlayacaktır. Sosyal hakların, diğer haklar gibi herkes için tanınan haklar olmakla birlikte, toplumun kırılgan ve dezavantajlı bireyleri için yaşamsal önemde olduğu da unutulmamalıdır. Bu kişiler, siyasi anlamda da çok fazla temsil edilememektedir; bu bakımdan da yargı, onların haklarını talep edebilecekleri, seslerini duyurabilecekleri, her zaman erişebilecekleri bir kurum olarak değer taşımaktadır. Ayrıca, siyasi açıdan daha kırılgan ve dezavantajlı olan azınlıkların, mahkumların, çocukların, göçmen ve sığınmacıların medeni ve siyasi haklarının korunması tartışmasız bir şekilde anayasal bir görev olarak düşünülüyorsa, kaynak dağılımıyla ilgili konularda da sosyo-ekonomik olarak dezavantajlı konumda olan kişilerin haklarının korunması da aynı gereklilik perspektifinde ele alınmalıdır.

Sosyal hakların yargısallaştırılamayacağı, içeriklerinin soyut ve belirsiz olduğu, mahkemelerin sosyal haklara ilişkin meselelerde yetkin olmadığı ve bu alana karışmaması gerektiği, aksi halde yetki gaspında bulunacağı iddiaları bugün artık geçerliliğini yitirmiştir. Uluslararası yargısal ve yarı yargısal denetim organlarının kararları ile karşılaştırmalı anayasa yargısının bugün ulaştığı birikim bunun aksini ispatlamaktadır. Sosyal hakların içeriğinin somutlaştırılması, kaynak tahsisi gibi çok merkezli sorunların ele alınması konusunda benimsenen farklı ve yaratıcı yargısal tutum ve ölçütler bu konuda önemli bir yol kat edildiğini ortaya koymaktadır. Çalışmamızda da öncelikle ulusal üstü insan hakları hukukunda sosyal hakları yansımali olarak koruyan İHAM ve onu takiben yarı yargısal bir denetim organı olan BM İHK'den başlanılarak daha sonra sosyal haklara özgülünen BM ESKHK, ILO ve ASHK gibi yarı yargısal denetim organlarının kararlarına yer verilmiş, bu alanda ulusal üstü insan hakları hukukunun katkıları eksileri ve artılarıyla değerlendirilmiştir.

İnsan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde İHAM, pozitif ve negatif yükümlülükler doktriniyi uygulamaktadır. Mahkeme, “sözleşmesel hakların etkili kullanılması”nı sağlamak için içtihat yoluyla bireyi içinde bulunduğu sosyal gerçeklik içinde ele alan pozitif yükümlülükler tanımakta ve sosyal hakları da bu yolla dolaylı olarak korunmaktadır.

Pozitif yükümlülük doktrinin ve bütüncül yaklaşımın sosyal hakların dolaylı olarak korunmasına sağladığı katkılar göz ardı edilemeyecek ise de, gelişen pozitif yükümlülük doktrini ile söz konusu yükümlülüklerin Sözleşme'deki hakların özünde yer alan “insan onuru, eşitlik, kişisel özerklik” gibi temel, evrensel standartlar doğrultusunda belirlendiği, daha ilkesel ve normatif bir yaklaşımın oluşturulması süreci birlikte aynı hızda ve düzeyde ilerleyememiştir.

Özellikle de 3. ve 8.maddeler bağlamında verilen kararlar bakımından, insanlık sınırında yaşayan, dezavantajlı ve kırılgan bireylerin haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülöklere dair içtihatların ilkeselleşmesi ya da ilkesel, normatif bir temele oturması yönünde bir gelişim sürecinden bahsedilebilecek ise de, hala devletin bu çerçevedeki sorumluluğunun sınırları konusu tartışmalı ve bulanıktır.

Pozitif yükümlölük doktrininin yanı sıra, Mahkeme'nin esnek bir şekilde kullandığı takdir marjı doktrininin de insan haklarının sosyo-ekonomik alanda da korunması için normatif, ilkesel bir temele oturan, hakları güvenceleyen bir yargılama modelinin oluşum sürecine zarar vermektedir. İHAM'ın pozitif yükümlölüklerin geliştirilmesi konusunda, 47 üye ölkedeki farklı kültürel, siyasi, sosyo-ekonomik yapıları göz önüne alındığında, sosyal hakların korunması için yargısal açıdan ortak standartları belirlenmesi elbette oldukça zordur. Bununla birlikte, takdir marjı doktrinin esnek bir şekilde uygulanması yerine, daha sağlam ve hukuki bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği; daha yoğun şekilde kaynak tahsisini gerektiren hakların içeriğinin İHAS'ta yer alan değer ve ilkelerin gelişimi aracılığıyla, normatif olarak şekillendirilmesi konusundaki kökleşmiş isteksizliğin bu sürece zarar verdiği ifade edilmektedir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, sosyal hakların İHAS aracılığıyla dolaylı ve sınırlı da olsa bir denetime konu olması önemlidir. Çünkü İHAS, sosyal hakları düzenleyen diğer enstrümanlardan farklı bir yaptırım gücüne sahiptir. Öte yandan bir sosyal hakkı, İHAS aracılığıyla korumaya çalışmak da, elbette tam anlamıyla yeterli ve güçlü bir koruma sağlamamakta ve bazı sorunları gözden kaçırmamıza da neden olabilmektedir.

Medeni ve siyasi haklardan yansımali olarak, dolaylı bir şekilde sosyal hakları koruyabilmek bir dereceye kadar mümkün olabilse de, sürekli olarak buna başvurmak hem bu hakların tam olarak, bütün boyutlarıyla korunamamasına, hem de aslında örtölü ve dolaylı olarak bu hakların medeni ve siyasi hakların gerisinde olduklarının bir anlamda teyit edilmesi ve bu durumun kökleşmiş, derin önyargı ve gerekçelerinin ortadan kaldırılamamasına yol açacağı söylenebilecektir. Örneğin sağlığa ilişkin bir hak talebinin sürekli olarak yaşam hakkından yansımali olarak incelenmesi ve değerlendirilmesi sağlık hakkının ayrı bir hak olarak varlığının sorgulanmasına sebebiyet verebilecektir.

İHAS, esasen sosyal hakları içermez. Sosyal hakların esas olarak ASŞ ve GGASŞ kapsamında düzenlenmiş olması da İHAM'ın bu haklarla ilgili içtihat geliştirmek konusunda geride durmasının nedenleri arasında gösterilebilir. ASŞ da İHAM içtihatlarında yalnızca tamamlayıcı bir işleve sahiptir.

Bütün bu olumlu yönlerine rağmen, sosyal hakları tam olarak koruyabilmek, geliştirebilmek ve söz konusu haklara ilişkin yükümlülüklerin çerçevesini oluştururken de, İHAM içtihatlarındakinden çok daha kapsamlı ve bütünsel bir yaklaşıma sahip olmak gerekmektedir. Bu bakımdan, özel olarak sosyal hakları korumaya özgülenen sistemlerin sağladığı ya da sağlayabileceği koruma alanının bu başlık altında incelediğimiz birinci kuşak hakların içinde, onların sosyal uzantıları ya da boyutları olarak elde edilen koruma ile sağlanmaya çalışılması yetersiz kalacaktır.

Yine de, sosyal hakların medeni ve siyasi haklardan yansımali olarak, dolaylı yoldan da olsa korunması önemli bir basamaktır. 2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasal sistemimize eklemlenen bireysel başvuru kurumu ile birlikte, insan haklarının korunması bağlamında İHAM'ın kararlarının, bu kararlarda kullandığı yorum yöntemlerinin etkisi ve önemi Türkiye açısından daha da artmıştır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda konu bakımından yetkisi, Anayasa ile İHAS'ın ortak koruma alanı ile sınırlıdır. Ek olarak, AYM, İHAM içtihatları ile de bağlıdır. Sonuç olarak, bu tekniğin bireysel başvuruda kullanılmaması için bir neden yoktur. Hatta bu korumanın üzerine çıkılmalıdır.

BM İHK kararlarına bakıldığında da, tıpkı İHAM gibi sosyal hakların insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, medeni ve siyasi haklardan yansımali, dolaylı koruma örneği olarak, sosyal içeriğinin somutlaştırılması, belirlenmesini sağlaması ve bu haklara BM şemsiyesi altında bir yarı-yargısal koruma sağlayabilmesi bakımından önemli olsa da, İHAM sistemi için yapmış olduğumuz eleştiri ve riskler buradaki denetim için de geçerlidir.

Sosyal haklara özgülenen ESKHK'nin ise yargı benzeri bir organ olması, yaptığı denetimin ve geliştirdiği Genel Yorumların yeterince etkili olmasının önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Eğer BM, insan hakları konularında yetkili ve bütün üye devletler bakımından bağlayıcı kararlar verebilen, İHAM'a benzer nitelikte bir yargı organına sahip olsaydı, böyle bir yargı organının varlığı, örgüte üye devletlerin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmaları için etkili bir zorlayıcı güç olurdu.

Bu bağlamda oluşturulan denetim mekanizmaları, hukuken bağlayıcı kararlar alamadıklarından beklenen etkiyi göstermemektedirler. Rapora dayalı denetim mekanizmasında, devletlerin bu raporların hazırlanması konusuna gereken özeni göstermemekte, söz konusu raporlara ilişkin komite kararları da "tavsiye niteliğinde" olmakta, dolayısıyla etkisiz kalmaktadır. Devlet başvurusu yolunda ise, devletler, bu usulü politik bir nedenlerle uygulamaktan kaçınabilmektedir. Bireysel başvuru yolu da, başvurunun taraf

devletin yetkilendirmesine bağılı bırakılması ve verilen kararların bağlayıcı olmamasından dolayı etkisiz kalmaktadır. Bu bakımdan, bu usullerin devletler açısından bağlayıcı hale getirilmesi, sistemin işlevselliği bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bütün bu eksikliklere ve eleştirilere karşılık, sosyal hakların yargısallaştırılmasına yönelik yapılan itirazlara karşı, bugüne dek Komite tarafından değerlendirilen periyodik raporlar ve her bir somut hak çerçevesinde oluşturulan genel yorumların sağladığı bilgi ve tecrübe birikimi sosyal hakların somutlaştırılması; bu hakların içeriği ve devletlerin buna karşılık gelen yükümlülüklerinin belirlenmesi hususunda önemli bir rol oynamıştır. Özellikle de “asgari öz/ çekirdek” yükümlülük doktrini sosyal hakların içeriğinin somutlaştırılmasında ve kavramsallaştırılmasında önemli bir yere sahiptir. Aynı şekilde, bireysel başvuru kurumu ile de birlikte, sosyal hak ihlalleri Komite tarafından incelenebilecek ve bu alana ilişkin normların içeriği zaman içinde netliğe kavuşabilecektir. Ayrıca, her bir somut durum çerçevesinde ihlal iddialarının ve ilgili sözleşme hükümlerinin yorumlanması, sosyal hakların dinamik yönünü ortaya çıkaracaktır. Her ne kadar kararların yaptırım gücü bir yargı organının vermiş olduğu kararların gücünde olamasa da, insan haklarının korunmasına ilişkin küresel sistemin BM sistemi olduğu da göz önüne alındığında, alınan kararların etki düzeyi açısından çok daha yaygın olabileceği de söylenebilir.

Hedeflerin gerçekleştirilmesinde ideal düzeye ulaşamamakla birlikte, bu alanda ILO’nun norm oluşturma ve onların uygulanmasını denetleme bakımından göreceli olarak başarılı olduğu ifade edilmektedir. ILO’nun öngördüğü koruma sistemine ilişkin olarak öncelikle, kabul edilen çok sayıda sözleşme ile birlikte, ILO’ya üye ülkelerin, özellikle de çalışanların haklarına yönelik çok sayıda hukuken de bağlayıcı olan yükümlülükler altına girmesi, bu hakların uluslararası alanda korunmasına sağladığı katkı bakımından oldukça önemlidir.

ILO, yapısı ve çalışma biçimi, denetim mekanizmaları ile olduğu kadar kararlarının etkililiği bakımından da insan hakları alanında faaliyet gösteren diğer ulusal üstü kurum ve kuruluşlardan ayrılır. Bu etkililiğin temel dayanağı, bizzat kurumun üçlü yapısı ve bunun sağladığı sosyal diyalog ortamıdır. Bu yapı sayesinde, hükümet temsilcileri ile birlikte işçi ve işveren örgütleri de sürece dahil olmaktadır. Denetim mekanizmasının etkililiğinin temelinde; taraf devletlerle kurulan yapıcı diyalog; mevcut denetim mekanizmalarının etkili bir şekilde işletilmesi ve genişletilmesi göze çarpmaktadır.

ILO karar ve tavsiyelerinin üye devletler üzerinde ise daha çok moral etkisi olduğu söylenebilecektir. BM sistemindeki denetim mekanizmaları gibi ILO sisteminde de denetim süreci yarı-yargısal niteliklidir ve dolayısıyla da kararların hukuken bağlayıcılığı zayıftır. Bu bağlamda, denetim devletlerin onayladıkları sözleşmelerden doğan ya da üye devlet olarak üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlamak için onlarla sürekli diyalog, iş birliği ve ikna temellerine dayanır.

Bununla birlikte, ILO'nun kurumsal yapısı ve sosyal hakların korunmasına ilişkin yaklaşımından öğrendiğimiz, bugün de hala önemini ve güncelliğini koruyan noktalar bulunmaktadır. Öncelikle, sözleşmelerinden doğan önemli ilkeler ve alanında uzman kişilerin oluşturduğu organlar, işçilerin sosyal ve ekonomik haklarının korunmasında önemli bir araç olarak hala uygulanan oldukça eski tarihli belgeleri bunun kanıtıdır. ILO, kendi anayasal yapısında hiçbir gruba ayrıcalık tanımaksızın, hepsinin menfaatlerini uzlaştırmanın yollarını bulmuştur. Belki de en önemlisi, kesin bir şekilde şu görüşü desteklemesidir: Çalışma yaşamına ilişkin haklar, diğer sosyal haklarla; sosyal haklar da medeni ve siyasi haklarla karşılıklı olarak birbirine bağlıdır. Her ne kadar ILO yapmış olduğu değerlendirmelerde açıkça bu şekilde bir insan hakları dili kullanmasa da, geliştirdiği oldukça kapsamlı ve önemli ilkeler ile diğer insan haklarına ilişkin sistemlerin de yararlanacağı derin bir birikim ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan, ILO'nun uluslararası çalışma standartlarının belirlenmesine ilişkin faaliyetlerinin önemi göz ardı edilemez. Bu standartlar, artık uluslararası örf adet hukuku haline dönüşmüştür.

ASS sistemine bakıldığında, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yapmış olduğu yarı-yargısal incelemelerde taraf devletlerin bu haklarla bağlantılı olan yükümlülüklerinin kapsamını tanımlamak, somutlaştırmak ve açıklamak için oldukça büyük bir çaba harcadığı görülmektedir. Komite taraf devletlerin ilgili hakları gerçekleştirmek için yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerinin neler olduğu konusunda aşamalı olarak gittikçe daha somut, kesin yorum ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek için ise Komite'nin taraf devletlerden daha çok bilgi edinebilmesi gerekmektedir. Bu durum, ulusal raporlara ilişkin Komite'nin sonuçlarında da gözlemlenebileceği üzere, Komite'nin Şart'a uygunluk değerlendirmesi yaparken daha somut ve kesin kararlar verebilmesini zorlaştırmaktadır.

Bu durumun karşısında, toplu şikayet mekanizması Komite'nin raporlama usulünde varmış olduğu sonuçlardaki yanlışlık ve eksiklikleri bertaraf etmeye yönelik bir karşı denge aracı olarak durmaktadır. Komite'nin toplu şikayet usulü neticesinde verdiği kararlar, raporlar

yoluyla denetim çerçevesinde ulaştığı sonuçlara oranla çok daha etkilidir. Hükümetlerce hazırlanan ulusal raporlar, genel nitelikli ve makro düzeydedir. Bu raporlarda yer alan bilgiler, sosyal haklar alanında devletlerin olumlu edim yükümlülüklerini yerine getirdiği yönünde sonuca götürebilir. Oysa ki Komite'nin raporlar yoluyla denetim neticesinde uygunluk sonucuna vardığı ülkelerde de, GGASS'ye aykırılıklar yaşanabilmektedir.

Bu açıdan toplu şikayet usulü de önemli bir işleve sahiptir ve sosyal hakların yargısallaştırılmasına yol açan, kapı aralayan bir usul olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bu mekanizma da işlevini elbette kullanılabildiği ölçüde gösterebilecektir. Şart'a taraf olan oldukça az sayıda kişi tarafından söz konusu sistemin kabul edilmiş olması sistemin etkilerini sınırlamaktadır.

Bu bakımdan İHAS ile yargısal nitelikte bir denetim mekanizması ile bireysel başvuru hakkı tanınmışken, GGASS'de ne yargısal nitelikte bir denetim mekanizması ne de bireysel başvuru hakkı vardır. Sözleşme yükümlülüklerin denetimi için ek protokollerle getirilmiş olan toplu şikayet usulü de yetersiz kalmaktadır.

Bir başka problem de politik bir organ olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Şart'ın usulleriyle ilgili taraf devletlere tavsiyelerde bulunabilecek yetkili tek organ olmasıdır. Bu bakımdan Komite'nin insan haklar alanındaki çabaları, alınan kararlar Bakanlar Komitesi tarafından takip edilmediği ve bu doğrultuda ilgili devletlere uygun tavsiyelerde bulunulmadığı takdirde bir anlamı kalmayacaktır. Bakanlar Komitesi ise bu konuda oldukça isteksiz bir tutum sergilemektedir. Toplu şikayet sonucu verilen kararlarda da benzer bir tablo karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç olarak Şart'ta ASHK'nin kararlarının yerine getirilmesini sağlayacak zorlayıcı bir mekanizmanın olmayışı ve Bakanlar Komitesi'nin de Şart ile uyumsuz olan üyelere yönelik olarak siyasi bir baskı oluşturmak konusundaki isteksizliği, hakları ihlal edilen kişileri taraf devletlerin Komite kararlarına uygun adımlar atmak konusundaki inisiyatifine bırakmaktadır. Her şeye rağmen, elbette şunu da belirtmek gerekir ki, Komite kararları doğrultusunda yasal düzenlemelerinde değişiklik yapan ya da mevcut bir uygulamayı değiştiren pek çok taraf devlet örneği de mevcuttur.

2.Bölüm'de sosyal hakların karşılaştırmalı anayasa yargısında ve Türkiye'deki yolculuğu irdelenmiştir. Karşılaştırmalı anayasa yargısında Türkiye ile benzer sosyo-ekonomik sorunları olan ve sosyal haklar alanında yenilikçi kararları ile ön plana çıkan küresel güney ülkeleri olan Güney Afrika, Hindistan, Kolombiya ele alınmıştır.

Her üç ülkenin anayasa yargısında da insan onuru kavramı, insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bütünselliği ilkesi çerçevesinde sosyal hakların da “insan hakkı” olduğu ve yargısallaştırılabileceği farklı ve yaratıcı yargısal tutumlarla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sosyal hakların yargısallaştırılmasına yönelik ileri sürülen erkler ayrılığı ve kurumsal yetersizlik itirazlarına karşın, incelediğimiz ülke örneklerinde görüldüğü üzere, anayasa yargısı hukukilik denetiminin ötesine geçip yerindelik denetimine kayma ihtimaline karşı, yasa koyucu ve yürütmenin alanına girmeksizin, yargısal yaratıcılık örnekleri ile en muhtaç durumdaki kişilerin sosyal haklarını korumaya çalışmışlardır. Bu bakımdan anayasa yargısının özellikle de toplumdaki tutunamayanların sesi olduğu, politika alanında temsil edilemeyen kişilerin de haklarını koruduğu ve bir önceliklendirme işlevi sağladığı da belirtilebilecektir. Bu noktada da, esasen yasama ve yürütmenin alanına “müdahale” kavramından ziyade erkler arası “diyalog” kavramının ön plana çıktığı, bunun da bu alandaki politikalar üzerinde doğrudan ya da dolaylı etkiler yarattığı ifade edilebilecektir.

Hindistan anayasa yargısı insan onuru kavramı ve özellikle de yaşam hakkı ile diğer haklar arasında bir bağ kurarak sağlık hakkı, beslenme hakkı, eğitim hakkı alanında oldukça aktivist bir tutum sergilemiş, bu haklara ilişkin devletin asgari öz/ çekirdek yükümlülüklerini belirlemeye çalışmış; konut hakkı alanında ise hakkın içeriğini belirleme yine aktivist davranırken hakkın yerine getirilmesine yönelik olumlu yargısal emirler vermediği için uygulamada diğer kararlarına göre görece olarak daha ihtiyatlı ve politik organların tercihlerine karşı “uyumlu” davranmıştır.

Kolombiya anayasa yargısı da genel olarak yaşam hakkı ve insan onuru kavramlarından hareketle hakların içeriğini somut olarak doldurmaya çalışmış ve özellikle de yapısal anayasaya aykırılık hali doktrinini uyguladığı konut hakkı ile sağlık hakkına ilişkin kararlarında daha aktivist bir tutumla başvuruçuların somut olarak haklarından yararlanmalarına imkan sağlamıştır. Yine hakların bütünselliği ilkesi ile bağlantılı olarak, “temel hakların geniş yorumu” ile anayasayı dar ve şekilci bir şekilde yorumlamak yerine; bütün hakların doğası gereği “temel” oldukları anlayışını benimsemiş ve tutela ile sağlanan korumanın bütün haklar bakımından genişletilebileceğini kabul etmiş; sosyal hakların da bu şekilde korunabilmesini sağlamıştır. Anayasa’nın 1.maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi ve insan onurunun korunması değerinden yola çıkarak sosyal haklarla diğer haklar arasında bir bağ kurmuş ve “minimo vital (asgari gereklilik)” doktrinini geliştirmiştir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ise hakkın normatif içeriğini belirlemekten kaçınmış, özellikle de erkler ayrılığı tartışmalarına karşılık, sosyal hakları belli mal ve hizmetlere yönelik uygulanabilir haklardan ziyade hükümetin izlediği sosyo-ekonomik politikaların belli temel hukuk ilkeleri doğrultusunda usuli olarak değerlendirilmesi şeklinde incelemiştir. Böylelikle de bir yandan yargının kamusal meşruiyetinin tartışmaların dışında kalmasını sağlamış, bir yandan da yürütmeye hesap verme yükümlülüğü getirmiştir. Böylelikle yasamanın ve yürütmenin işine karışmadan, karmaşık politika üretme süreçlerine girmeden mahkemelerin sosyal hakları koruyabileceğinin güzel bir örneği olarak gösterilmiştir.

Yine her üç ülkede de insan onuru kavramı ve yaşam hakkı ile bağlantılı olarak özellikle de sağlık hakkı alanında diğer alanlara göre daha ilerici ve aktivist bir tutum benimsendiği de söylenebilecektir. Hindistan Yüksek Mahkemesi sağlık hakkını yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmiştir. Ayrıca acil sağlık hizmetlerinin çekirdek hak olarak tanımlanması da, devletin sağlık alanındaki yükümlülüklerinin değerlendirilmesinde kullanılan önemli bir ölçüt olmuştur. Devletin sağlık politikasına ilişkin önceliklerinin bu asgari özel standartları karşılayacak şekilde uyarlamak durumunda olduğu söylenebilecektir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin de HIV virüsü taşıyan hastalarda ilgili meselelerde farklı bir duruş sergilediği görülmektedir. Mahkeme, bu gibi hassas konularda sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasında bir ilişki kurarak ihlal kararı ile birlikte icra emri de verebilmektedir.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi de özellikle asgari gereklilik ve anayasaya aykırılık hali doktrini ile sağlık hakkı alanında önemli kararlara imza atmış; yapısal sorunları tespit ederek bunların -özellikle de dezavantajlı kişiler için- ortadan kaldırılmasını kararlarında emretmiştir. Verilen kararlar her üç ülkede de sağlık alanındaki politikalarda bir dönüşüm yaşanmasına yol açmıştır.

Her üç ülke de sosyal hakların yargısallaştırılmasında toplumun en çok korunmaya muhtaç, sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı gruplarının yargısal olarak korunmasına özellikle odaklanmışlardır. Hindistan Yüksek Mahkemesi PIL ile, Kolombiya Anayasa Mahkemesi tutela ile siyasi alanda yeterince (ya da hiç) temsil edilemeyen kişilerin sesi olmuş, bu şekilde mağdur olup mahkemeye erişim imkanı hiç olmayan veya çok kısıtlı olan yoksul ve dezavantajlı kişilerin yargıya başvurmalarına olanak tanımıştır. Bu hukuki araçlar sayesinde yargısal süreç daha ulaşılabilir ve katılımcı bir anlayışla yeniden yorumlanmış, böylelikle geleneksel yargılama usulü ve kuvvetler ayrılığı ilkesini de dönüştürmüştür. Yine bu sayede

pek çok sosyal hak anayasa yargısı tarafından yorumlanabilmiş ve kavramsallaştırılabilmektedir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de geliştirdiği makullük ölçütünde “en muhtaç kesimin” haklarını korumayan politika ve uygulamaların makul olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, aşamalı bir şekilde gerçekleştirme kavramının da takdir yetkisi bağlamında sınırsız bir serbesti verdiği anlamında keyfi yorumlanamayacağını söyleyerek, Türkiye bakımından 1982 Anayasası’nın 65. maddesinin sınırlarının yorumunda da dikkate alınabilecek yol gösterici ilkeler tespit etmiştir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, HIV virüsü taşıyan kırılgan kesim için de oldukça ilerici ve aktivist bir karar vermekten kaçınmamıştır.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi’nin asgari gereklilik doktrini de, hem sosyal hakların diğer haklarla bağlantılı olduğu hallerde tutela aracılığıyla korunabilmesini sağlamış, hem de toplumun kırılgan ve dezavantajlı gruplarının haklarının ivedi bir şekilde yerine getirilmesi için bir sosyal haklar perspektifi geliştirmesini sağlamıştır. Bu doktrin, aynı zamanda Mahkeme için bir önceliklendirme işlevine de sahiptir: İnsan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesinin altında yaşayan kişiler için KAYM sosyal hakları doğrudan uygulanabilir kılarak öncelikle toplumun en dezavantajlı kesimlerini görünür kılmakta ve onların haklarına odaklanmaktadır.

Her üç ülke deneyiminden elde edilecek karşılaştırmalı analizin sosyal hakların yargısal korunması bakımından sunduğu en önemli sonuçlardan biri de, yargı kararlarının takibi ve gözetiminin yargısal hükmün etkisine olan katkısıdır. Sosyal hakların korunmasına ilişkin farklı yargısal tutum ve yöntemlerle verilen kararların bir anlam ifade edebilmesi için, onların gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin yargısal makamlarca izlendiği bir süreç de gereklidir. Her üç ülkede de anayasa yargısının sosyal hakların gerçekleştirilmesine göreceli olarak daha fazla katkıda bulunabildiği haller, bu tür izleme sürecinin bulunduğu kararlardır.

Bu süreç, özellikle de anayasa mahkemelerinin “diyaloga dayalı aktivizm” sergilediği durumlarda verilen kararların sosyal haklar lehine genel etkisini arttırmaktadır. Buradaki “diyalog” ifadesi, mahkemelerin yargısal sorunun çözümünde tek yanlı bir tutum benimsemek yerine, sorunun içinde yer alan aktörler ile birlikte müzakere etme, uzlaşma çabasını içermektedir. Dolayısıyla diyaloga dayalı yaklaşım kamuya açık oturumlar, mahkeme tarafından atanan komisyonlar ile politik organlar ve sivil toplumun müzakere amaçlı bir araya gelmesi gibi katılımcı bir yol izleyerek süreci demokratikleştirir ve kararların etkisini artırır.

Diyaloga dayalı olarak verilen kararlar bir yandan geniş hedefler koyarak bunların belli bir zaman dilimi içerisinde tam olarak uygulanmasını sağlarken, diğer yandan da esasa ilişkin yapılacakları ve detaylı çıktıları politik organlara bırakır. Bu bakımdan aynı zamanda hüküm

kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olur, mahkemelerin meşruluğunu destekler, kurumsal kapasitesini artırır ve verilen kararların toplumda daha etkili olmasını sağlar.

Bu denetim modeli, mahkemelerin karmaşık, çok merkezli sosyo-ekonomik konuları ele alırken karşılaşılabileceği kurumsal sorunların da üstesinden gelinmesine yardımcı olabilecektir. Mahkemeler zorunlu göç, illegal barınma, konut politikaları, açlık gibi çok merkezli sorunlara çözüm bulmak için gerekli teknik bilgi, personel ve kaynağa sahip değilse de, bu sorunların çözümü için kamusal makamlar ile sivil toplumun diyalog kurmasını teşvik edebilir ve yönlendirebilir.

Diyaloga dayalı aktivizm Türkiye için de ilham verici olabilecektir. Bu bağlamda AYM'nin verdiği kararların icrasının takibinin ve gözetiminin yapılabilmesi bir mekanizma anlamı olacaktır. AYM'nin sosyal hakları koruyucu kararlarının kişiler üzerinde gerçek etkisini ölçülebilmesi ve olası sosyal hak ihlallerinin gerçekleşmeden önüne geçilebilmesi için böyle bir mekanizmaya ihtiyacı vardır.

Bu şekilde, mahkemeler diyaloga dayalı aktivizm ile hak, hüküm ve gözetim mekanizmalarını etkisiz hale getiren siyasi ve kurumsal açmazların üstesinden gelebilir ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi üzerindeki etkisini artırabilir.

Anayasa mahkemeleri sosyal haklarla ilgili incelemelerinde sorunları tespit etmede aktivist, bir çözüm yeri olarak görülmede kendilerini sınırlayıcı bir tutum içerisinde olmalı; ayrıca, yargısallaştırma sürecinde diğer ekler ve sivil toplum arasında diyalog ile müzakereye açık kapı bırakmalıdırlar. Bir başka ifade ile, hakkın normatif içeriğini somutlaştırmaktan kaçınmamalı ve hakkın gerçekleştirilmesine yönelik hedefler ortaya koymalı ancak bunun uygulanma biçimi konusundaki tercihlerin politik organlara ait olduğunu belirtmelidir. Hakkın normatif içeriği belirlenirken de her üç ülkenin de yargı organlarının kararlarında yer verdiği sosyal hukuk devleti ilkesi, insan onuru kavramı, eşitlik ilkesi (hem hukuki hem de maddi eşitlik ve dezavantajlı kişilerin korunması bakımından olumlu ayrımcılık boyutuyla) hakkın asgari özünün ve önceliklerin belirlenmesinde yol gösterici olabilecektir.

Bu konuda Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu makullük yaklaşımını değerlendirirken ifade edildiği gibi, bu yaklaşım ile BM ESKHK'nin asgari öz yaklaşımı birlikte uygulanabilir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin makuliyet testi devlete hesap verebilme yükümlülüğü getirirken, mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda temel karar alıcı haline gelmesini de engellemektedir. Bu şekilde demokratik meşruiyet tartışmalarına

yol açmadan sosyal haklarla ilgili olarak siyasi, toplumsal ve hukuki duyarlılığın artması sağlanmış olacaktır.

Asgari öz yaklaşımı ise özellikle ciddi ekonomik kriz dönemlerinde asgari bir eşiğin altına inilmemesini garanti altına alacak hakkın asgari özünün/ çekirdeğinin varlığı önemli bir güvence sağlayacaktır. Kaynakların kıtlığı sorununun ön plana çıktığı kriz zamanlarında bunların dağıtımının nasıl yapılacağı bir önceliklendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İşte asgari öz/ çekirdek yaklaşımı hakların belli bir düzeyin altına inmesini engelleyerek kaynak dağıtımını sorunun durumu en kötü olanlar lehine çözer. Asgari öz/ çekirdek sosyal hakların gerçekleştirilmesinde başlangıç noktası olarak da nitelendirilebilir ve yaşanan sosyo-kültürel, ekonomik, teknolojik değişimlerle birlikte güncellenebilir olmalıdırlar.

Son olarak Türkiye'nin sosyal haklar serüveni ve bu serüvenin AYM'deki yansıması değerlendirilmiştir. Türkiye anayasa yargısı norm denetimi yoluyla 1961 Anayasası döneminden itibaren zengin bir sosyal hak içtihadına sahiptir. Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde, özellikle de sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında bağ kurarak yorumlamış olduğu kararları 65.maddede yer alan “mali kaynakların yeterliliği” sınırlamasının devre dışı kalmasını sağlamıştır.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin bu alanda tutarlı ve istikrarlı olamadığı, buna bağlı olarak da dönem dönem kararlarında farklı eğilimlerin ön plana çıktığı da görülmektedir. Özellikle son dönemdeki kararlarında Yüksek Mahkeme örneğin sosyal güvenliğin sağlanmasını her şeyden önce bir *finans* sorunu, sosyal güvenliğe kaynak ayırabilme, kaynak yaratma sorunu olarak adlandırmaktadır. Bunu da her ülkenin kendi koşulları içerisinde çözdüğünü belirten AYM, Anayasa'nın 65.maddesi gereği “kanun koyucunun ülkedeki sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde, herkesi sosyal ve ekonomik güvencelere kavuşturacak düzenlemeleri yapacağını” ifade etmektedir. Dolayısıyla insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde yaşam hakkı ile bağlantısını kurduğu sosyal güvenlik hakkına önceki içtihadından farklı olarak ekonomik bir sınır koymaktadır. AYM, bu alanda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğu gerekçesiyle ekonomik boyutlu hak ihlallerini görmezden gelme eğilimindedir. Bu eğilime Yüksek Mahkeme'nin birey-devlet ilişkisinde bireysel girişim ve sorumluluğun ön plana çıkaran yeni yaklaşım eklenmektedir.

AYM'nin devletin sosyal ve ekonomik alandaki sınırlarını belirleyen Anayasa'nın 65.maddesini 2001 değişikliği sonrasında yorumlanmasında, sosyal hakların talep edilebilirliği

üzerinde daha aktif ve sosyal hak odaklı bir yaklaşım benimsenebileceği eleştirisi de bu bağlamda yapılabilecektir. 65. maddedeki esas sorun, “önceliklerin belirlenmesi” konusunun yüksek mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağıdır. Şu ana kadar, bu yeni kriterin yorumunu mahkeme kararlarında görememekteyiz.

Gerek öğretide gerekse ulusal ve uluslararası yargı pratiğinde benimsenen “hakların bütünlüğü ilkesi” de kaynak tahsisi konusunda önceliklerin belirlenmesi ve sosyal hakların yargı önünde etkin bir şekilde korunabilmesi için önemli bir anahtar rolündedir. Anayasa yargısının da sosyal hakların etkili şekilde korunabilmesi ve yaşama geçirilebilmesi konusunda öğretideki ve anayasa yargısı uygulamasındaki bu çeşitlilikten yararlanması isabetli olacaktır.

Güney Afrika Anayasa Mahkemeleri kararları ışığında, toplumdaki en dezavantajlı bireyler için bir önceliklendirme söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda en dezavantajlı kesimlerin haklarını koruyamayan işlem ve eylemler “makul” olarak nitelendirilemeyecek ve 65.maddenin koruma zırhından yararlanamayacaktır.

1982 Anayasasının 10. maddesindeki “herkesin maddede sayılanlar dışında benzeri sebeplerle de olsa ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olması” ilkesi de, toplum içinde ekonomik anlamda dezavantajlı grupların durumunu iyileştirmek özel amacı ile hareket eden sosyal devlet ilkesi açısından esas alınabilecektir. Anayasa’nın sosyal haklar bakımından sistematığına baktığımızda, 13. maddedeki temel hakları koruma rejiminin sosyal haklar bakımından da uygulanması mümkün görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin sosyal haklarla ilgili kararlarındaki zayıf gerekçeler ve bu gerekçelerde uluslararası ve karşılaştırmalı hukukun göz ardı edilmesi AYM içtihadının sosyal haklar alanında zenginleşmesini engellemektedir. Anayasa yargıçlarının hala sosyal hakları “hak” değil, devletin bir lütfu olarak görme eğiliminin devam etmesi de düşündürücüdür. Bu bağlamda da AYM’nin sosyal haklar içtihadı, karşılaştırmalı anayasa yargısı birikimi ışığında, Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan’da oluşan yargısal yaratıcılığın epey gerisinde kalmıştır.

Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırlarına ilişkin düzenlemenin sınırlayıcı işlevi ve pratiğinin yanı sıra, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın sınırları içerisinde anayasal olarak tanınan sosyal hakları, klasik pozitivist yorum ilkelerine bağlı kalarak, çok dar anlamda yorumladığı da belirtilebilecektir. Örneğin, işçi hakları alanında, sendikalaşma hakkı ve grev hakkı gibi önemli haklara yönelik koruma sağlanmada tutarsız bir yaklaşım sergilendiği

Mahkeme kararlarında görülmektedir. Mahkeme sosyal haklarla ilgili kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı tutum göstermesine rağmen, devlet memurlarının hak ve görevlerini öngören ilgili maddeleri cömertçe yorumlayarak, başta devlet memurları olmak üzere belirli gruplara özel önem atfetmiştir. Mahkeme, devlet memurlarına yönelik izlediği koruyucu tutumunun aksine, diğer insanlardan aynı hakları esirgemekten çekinmemiştir. Mahkeme'nin bu eylemi, elbette en yoksul grupların lehine değildir ve gerçekten de daha faydalı bir şekilde kaynakların toplumun daha yoksun ve daha az organize olmuş kesimlerine yeniden tahsis edilmesini önlemede rol oynayabilir.

Yine 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasal sistemimize dahil edilen bireysel başvuru kurumu da sosyal hakların gerçekleştirilmesi hususunda Mahkemenin daha aktif bir duruş sergilemesi için bir fırsat yaratabilir. Mahkeme'nin sosyal haklarla ilgili içtihadı ilişkin geçmiş performansı dikkate alındığında, bu iddia aşırı iyimser görülebilir. Bütün bunlara ek olarak bireysel başvuru sistemi, hem Anayasa'da hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer verilen birinci kuşak hak ve özgürlüklerle açıkça sınırlıdır. Buna karşın, zaten İHAM içtihadı 1970'lerdeki Airey kararından bu yana, Sözleşme'de açıkça tanınmayan, fakat Sözleşme'deki haklarla bağlantılı, onların uzantısı sayılabilecek birçok sosyal hakkı, yoğun eleştirilere rağmen Sözleşme'nin güvencesi altına almıştır. Mahkeme'nin, İHAM'ın dinamik yorumları ile birlikte karşılaştırmalı anayasa yargısının deneyimleri AYM'nin önünde yol gösterici niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları değerlendirildiğinde, genellikle İHAM içtihatlarının izinden gidildiği görülmektedir. Bu çerçevede en başta, Türkiye'deki bireysel başvuru kurumunun Anayasa ile İHAS'ın ortak alanının esas alınmış olmasının yarattığı sorunlar ön plana çıkmaktadır. Sosyal haklar açısından, dolaylı korumaya rağmen İHAM içtihadının sınırlılığına ilişkin yapılan eleştiriler AYM açısından da geçerliliğini koruyacaktır.

Sosyal hakların ötesinde, ortak koruma alanı içerisinde yer alan hakların da İHAS sisteminin sınırları içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Ortak koruma alanı belirlenirken Anayasa Mahkemesi tarafından her iki metne birlikte bakılmaktadır. Ancak bu noktada, temel hakkın koruma alanının, AYM eliyle daraltıldığı ve sınırlandırıldığı göze çarpmaktadır. Bu bağlamda AYM'nin tamamen İHAM ve minimum koruma odaklı bir içtihadı yöneldiği görülmektedir. Maalesef, İHAS - yapılan onca hizmet içi eğitim; bireysel başvuruda görev alacak yargıçların Strasbourg'a gönderilmesi, vs.ve rağmen- AYM tarafından, temel hak

koruması için tersine etki yaparak, temel hakkı zayıflatıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir (?)

İHAS md.53'te yer alan “Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci tarafın yasaları ... çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor olarak yorumlanmayacaktır.” ifadesi çerçevesinde İHAS ve onun koruma sistemi, temel hakların korunması açısından bir “sınır ya da bariyer” değil, onların daha da geliştirilmesi açısından bir kalkış noktası olarak düşünülmelidir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin ulusal hukuk normlarıyla İHAS ve İHAM içtihadı arasında bir karşılaştırma yaparak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha fazla güvence sağlayan norm ve içtihadı tercih etmesinin zorunlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yüksek Mahkeme'nin şu ana kadarki uygulamasına bakıldığında kabul edilebilirlik ölçütlerinde mevzuatın ortaya koyduğu bazı sınırlılıkların aşılmasına yönelik adım atılmadığı, bireysel başvuru yapabilecek kişilerin sınırlı olarak yorumlandığı görülmektedir. AYM'nin hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesinde İHAS'ın daha dar kapsamlı hükümlerini esas aldığı söylenebilecektir. Bu durum, insan haklarının daha etkin bir şekilde korunması amacı güden bireysel başvuru usulünün sağlayacağı korumanın, bir anlamda AYM eliyle sınırlandırılması demektir. Sonuç olarak, Mahkeme'nin ilk kararlarında, insan haklarını korumak ve geliştirmek açısından daha pasif kaldığı ve genişletici bir yorum ortaya koymadığı söylenebilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin şu ana kadarki karar pratiğine bakıldığında “kendi temel hak ve özgürlükler öğretisini geliştiremediği” de söylenebilecektir.

Bu bağlamda AYM'nin sosyal hakları bireysel başvuru konusu yapmaya yönelik isteksizliği ile İHAM'ın gelişme çağındaki sosyal hak tutumu arasında bir korelasyon kurulabilecektir. İHAM'ın sosyal haklar alanındaki dolaylı koruma anlayışı, sosyal hakları bir dereceye kadar koruyabiliyorsa da, söz konusu korumanın, özellikle de “küresel güney”in günümüzde bu alanda ulaştığı birikim göz önüne alındığında henüz gelişme çağında olduğu söylenebilecektir. Bu bakımdan AYM, karşılaştırmalı anayasa yargısının sosyal haklar alanındaki birikimini göz önüne alırsa İHAM'ın standardını yakalayıp onu geçmesi söz konusu olabilecektir.

Sosyal hakları tam olarak gerçekleştirebilmenin elbette ki tek yolu yargı değildir ve bu konuda da sadece yargıdan mucizeler beklenmesi doğru değildir. Çünkü sosyal sorunların, sosyo-ekonomik alt yapı meselelerinin yargı eliyle çözümlenebilmesi mümkün değildir.

Mahkemeler, kaynak tahsisi konularında birincil değil, ikincil konumdaki yerlerdir. Hakkın içeriğinin ya da özünün ne olduğuna mahkemelerin karar vermesi yasama ve yürütmeye göre daha zordur. Sosyal hakları korumada siyasi faaliyetler yargısal faaliyetlere göre daha etkili bir araç olmakla birlikte, yasama ve yürütmenin sosyal hakları yerine getirmede görevlerini yerine getirmediğinde veya ihmal ettiklerinde bunun yargı tarafından tespit edilmesi yargının işlevi ve anayasal görevidir. Anayasal düzeyde sosyal hakların dava edilebilirliğinin bir faydası, görevlerini aksatan veya yerine getirmeyen kamu kurumlarına görevlerini hatırlatmak ve bu konuda bir kamuoyu baskısı yaratarak demokratik tartışma ortamı oluşumuna katkı sağlamaktır.



KAYNAKÇA

KİTAPLAR

25 Years European Social Charter, (Ed. T. Jaspers, L. Betten), Deventer: Kluwer Law Publishers, 1988, s.14.

AĞIRBAŞLI, Şennur, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Abdullah, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Der Yay., 2007.

AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10.Maddesi**, İstanbul İÜHF Yay., 1984.

AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, İstanbul: Kazancı Yay., 1992.

AKBULUT, Olgun, **Barış İçinde Birlikte Yaşamının Hukuki Zemini**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2008.

AKÇAM, Taner, **İşkenceyi Durdurun-İnsan Hakları ve Marksizm**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1991.

AKILLIOĞLU, Tekin, **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye**, Ankara: İmaj Yay., 2015.

AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Bası, Ankara: İmaj Yay., 2010, İnsan Hakları.

AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1995.

ALCOCK, Antony, **History of International Labour Organisation**, London: MacMillan Press, 1972.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2007.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2007.

ARAMBULO, Kitty, **Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects**, Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia Publications, 1999.

ARAMBULO, Kitty, **Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Practical Aspects**, Antwerp: Intersentia, 1999.

ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ATASOY, Hakan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Ankara: Adalet Yay., 2015.

ATEŞOĞULLARI, Kamil, **Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 44, 1997.

ATKINSON, Tony, **Social Indicators: The EU and Social Exclusion**, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, (Çev: Bülent Çiçekli), Ankara: Seçkin Yay., 2001.

Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Anayasa, (Koord. Olivier De Schutter), Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2010.

BALKIR, Zehra Gönül, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Kocaeli: KOÜHF Yayını, 2009.

BEETHAM, David, **Demokrasi ve İnsan Hakları**, (Çev. Bilal Canatan), Ankara: Liberte Yay., 2006.

BILCHITZ, David, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, New York: Oxford University Press, 2007.

BROWNLIE, Ian, GOODWIN GILL, Guy S., **Basic Documents on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2002.

BUĞRA, Ayşe, **Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika**, İstanbul: İletişim Yay., 2008.

BULUT, Nihat, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2009.

BYRNE, David, **Social Exclusion**, Buckingham: Open University Press, 1999.

Contractual Arrangements in Turkey's Coal Mines - Forms, Extents, Legal Drivers and Impact on OSH, Ankara: TEPAV and ILO, 2016.

CRAVEN, M. Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development**, Oxford: Oxford University Press, 1995.

CRAVEN, M., **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Great Britain: Clarendon Press, 1998.

ÇETİN, Evra, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2015.

DİLİK, Sait, **Sosyal Güvenlik**, Ankara: Kamu-İş Yay., 1991.

DİNÇ, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan**, Ankara: TBB Yay., 2008.

DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev. Mustafa Erdoğan- Levent Korkut), İstanbul: Yetkin Yay., 1995.

EDEL, Frédéric, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

EKİN, Nusret, **Sendikacılar İçin Türkiye'de Endüstri İlişkilerinin Gelişimi**, İstanbul: Tekgıda-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 1991.

EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, **Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2014, s.8.

EROĞLU, Cem, **Devlet Nedir?**, Ankara: İmge Yay., 2002.

ERTAN, İ. Mert, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, İstanbul: Legal Yay., 2012.

ERTAN, İzzet Mert, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, İstanbul: Beta Yay., 2015.

European Social Charter - Short guide, Directorate of Human Rights, Edited and Published by Council of Europe, September 2000.

European Social Charter-Collected Texts, Germany: Council of Europe Publishing, 2003.

FELDMAN, David, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Oxford: OUP 2002.

FOUCAULT, Michel, **Ders Özetleri**, (Çev. Selahattin Hilav), İstanbul: YKY (Cogito), 2001.

FRANCOIS, Jean, JOMBE, Akandji, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Çeviren: Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya, Belçika: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7, 2008.

FREDMAN, Sandra, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford: OUP 2008.

GEMALMAZ, H. Burak, **Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018.

GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, 2.Cilt, Uluslararası Sistemler**, İstanbul: Legal Yay., 2010.

GEMALMAZ, Semih, **İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul: Legal Yay., 2010.

GEMALMAZ, Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul: Legal Yay., 2010.

GIDDENS, Anthony, **Sosyoloji**, (Ed. Cemal Güzel), İstanbul: Kırmızı Yay., 2008.

GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Strasbourg: Council of Europe, 1996.

GORZ, André, **İktisadi Aklın Eleştirisi**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları (Çev. Işık Ergüden), 1995.

GORZ, André, **Yaşadığımız Sefalet**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları (Çev. Nilgün Tural), 2001.

GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Ankara: Dost Yay., 2007.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Yay., 2019.

GREER, Steven, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004.

GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004.

GÜLMEZ, Mesut, **BM Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: TBB Yay., 2004.

GÜLMEZ, Mesut, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: TODAİE Yay., 1996.

GÜLMEZ, Mesut, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001**, Ankara: TODAİE Yayınları, 2002.

GÜLMEZ, Mesut, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, Ankara: TODAİE Yay., 2002.

GÜLMEZ, Mesut, **Memurlar ve Sendikal Haklar (Türkiye'de ve Dünya'da)**, Ankara: İmge Yayınevi, 1990.

GÜLMEZ, Mesut, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, "AB'ye Sosyal Uyum" Dizisi, No: 1, Ankara: Belediye-İş Yayını, 2005.

GÜLMEZ, Mesut, **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, Ankara: Belediye-İş Yay., 2006.

GÜLMEZ, Mesut, **Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)**, Ankara: TODAİE Yay., No: 236, 1991.

GÜLMEZ, Mesut, **Uluslararası Sosyal Politika**, Ankara: Hatiboğlu Yay., Ankara, 2008.

GÜVEYİ, Nazmiye, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2015.

GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, CANİKLİOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul: Beta Yay., 2010.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yay., 2009.

HARRIS, David John, DARCY, John, **The European Social Charter**, New York: Ardsley, 2001.

HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Edward Bates, BUCKLEY Carla, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, (Ed. J. Raz & P. Bulloch), Oxford: Oxford University Press, 1994.

HAYEK, Friedrich A., **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı**, (Çev. M. Erdoğan), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayını, 1995.

ILO, A Future Without Child Labour, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Geneva: ILO, 2002.

ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body, Fifth (revised) edition, Geneva: ILO, 2006.

JANIS, Mark W., KAY, Richard S., BRADLEY, Anthony W., **European Human Rights Law: Text and Materials**, New York: Oxford University Press, 2008.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal Yay., 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, Ankara: İmge Yay., 2007.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Özgürlükler Hukuku**, Cilt:1, İstanbul: İmge Yay., 2013.

KABOĞLU, İbrahim, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?**, İstanbul: İmge Yay., 2010.

KANADOĞLU, Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul: Beta Yay., 2000.

KAPANI, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yay., 1993.

KARAMAN, Ebru, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2013.

KARAMAN, Ebru, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2013.

KARAMAN, Ebru, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2013.

KAYA, Pir Ali, **Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri**, Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yay., No: 34, 1999.

KENNY, Tom, **Sosyal Hakları Avrupa'nın Her Yerinde Uygulatalım**, (Çev. Tekin Akıllıoğlu), Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1998.

KORFF, Douwe, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 4. baskı, İstanbul: Beta Yay., 2003.

LETSAS, George, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2009.

LIEBENBERG, Sandra, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Claremont: Juta, 2010.

MERRILLS, John G., **The Development of International Law by The European Court of Human Rights**, Manchester: MUP, 1993, s.102.

MIKKOLA, Matti, **Social Human Rights of Europe**, Porvoo: Karelactio Publ., 2010.

MOWBRAY, Alastair, **Cases and Materials on the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2007.

MOWBRAY, Alastair, **The Development of the Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004.

NOVITZ, Tonia, **International and European Protection of the Right to Strike**, Oxford: Oxford University Press, 2003.

NOWAK, Manfred, **Introduction to the International Human Rights Regime**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2011.

ÖRÜCÜ, Esin, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1971.

ÖRÜCÜ, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul: İÜHF Yay., 1976.

ÖZAY, İlhan, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Seçkin Yay., 2017.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yay., 2018.

ÖZVERİ, Murat, **Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası**, İstanbul: Birleşik Metal-İş Yay., 2012.

PALMER, Elizabeth, **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act**, Portland: Hart Publishing, 2007.

RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Oxford: Oxford University Press, 1971.

SAĞLAM, Fazıl, **Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları**, İstanbul: Kent Basımevi, 1987.

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

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: SBF Yayını, 1982.

SAMUEL, Lenia, **Fundamental Social Rights: Case Law of the European Social Charter**, Strasbourg: Council of Europe, 2002.

SANCAR, Mithat, **“Devlet Akı” Kışkırcısında Hukuk Devleti**, İstanbul: İletişim Yay., 2000, s.115.

SAPANCALI, Faruk, **Sosyal Dışlanma**, İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, 2005.

SCHULTZ, Jim, **Promises to Keep: Using the Public Budgets as Advance Economic, Social and Cultural Rights**, Mexico City: Fundar, 2002.

SEN, Amartya, **Özgürlükle Kalkınma**, (Çev. Y. Alogan), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2004, s.21.

SEPULVEDA, Magdalena, **The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Antwerp: Intersentia, 2003.

SERVAIS, Jean-Michel, **International Labour Law**, Hague: Kluwer Law International, 2005.

SHUE, Henry, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

Social Rights in Europe, (Ed. G. de Burca, B. de White), Oxford: Oxford University Press, 2005.

SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul: Gerçek Yay., 1979.

SÖNMEZSOY, Refik, **Türkiye'de ve Dünyada İşçi Hareketleri**, İstanbul: Boğaziçi Yayınları, 1981.

SSENYONJO, Manisuli, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Great Britain: Hart Publishing, 2009.

STARMER, Keir, **European Human Rights Law**, London: LAG, 1999.

SUR, Melda, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1995.

ŞENSES, Fikret, **Küreselleşmenin Öteki Yüzü Yoksulluk**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, İstanbul: Legal Yay., 2012.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, İstanbul: Legal Yay., 2012.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı: Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla**, İstanbul: Legal Yay., 2012.

TALAS, Cahit, **Toplumsal Politika**, Ankara: İmge Kitabevi Yay., 1990.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yay., 1978.

TANÖR, Bülent, **İki Anayasa: 1961-1982**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2010.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, YKY, 2016.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yay., 2019.

TAŞKENT, Savaş, **İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları**, İstanbul: Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, No: 27, 1995.

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İstanbul: İ.Ü.H.F. Yay., 1975.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, İstanbul: Beta Yay., 1988.

TUSHNET, Mark, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton: Princeton University Press, 2008.

UYAR, Lerna, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları- İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, No: 145, 2006.

UYGUN, Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992.

UZUNER, Hülya, **Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)**, Ankara, Türk-İş Eğitim Yayınları No: 23, 1999.

VAN DIJK, P., VAN HOOFF, G.J.H., VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Intersentia, Antwerpen, 2006.

VILE, Michael, **Constitutionalism and the Separation of Powers**, Oxford: Clarendon Press, 1967.

YILMAZ, Halit, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Ankara: Seçkin Yay., 2011.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Çevre Hukuku**, Ankara: Adalet Yay., 2017.

YOLCU, Serkan, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yay., 2018.

YOUNG, Katharina G., **Constituting Economic and Social Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

YÜCEL DERİCİLER, Özge, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul: 12 Levha Yay., 2014.

MAKALE ve KİTAP BÖLÜMLERİ

ABEYRANTE, Rehan, “Socioeconomic Rights in the Indian Constitution: Toward A Broader Conception of Legitimacy”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol:39, Issue:1, 2014.

ABEYRATNE, Rehan, “Socioeconomic Rights in the Indian Constitution: Toward A Broader Conception of Legitimacy”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol: 39, Issue: 1, 2014.

ADAMS, Roy J., “The Human Rights of Police to Organize and Bargain Collectively”, **Police Practice and Research**, Vol: 9, No: 2, 2008.

AKANDJI KOMBE, Jean-François, “La Justiciabilité de la Charte Sociale Européenne et La Procédure de Réclamations Collectives” (Résumé), **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2011.

AKBULUT, Olgun, “Eğitim Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

AKBULUT, Olgun, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. S. İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa Sosyal Şartı Üzerine Bazı Gözlemler”, www.idare.gen.tr/akillioglu-sosyalsart.htm, E.T.02.11.2017.

ALICA, Süheyla Suzan, “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 3, 2011.

ALSTON, Philip, “Core Labour Standards and the Transformation of The International Labour Rights Regime”, **European Journal of International Law**, Vol: 15, No:3, 2004.

ALSTON, Philip, “International Law and the Right to Food” **The Right to Food**, (Ed. P.Alston Philip, K.Tomaševski) SIM: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

ALSTON, Philip, “International Law and the Right to Food”, **The Right to Food**, (Ed. Philip Alston, Katarina Tomaševski), SIM: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

ALSTON, Philip, QUINN, Gerard, “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 9, 1987.

ALSTON, Phillip, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol:9, 1987.

ANDREASSEN, Bard Andres, “Article 22”, **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**, (Ed. Asbjorn Eide, Gudmundur Alfredsson), Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

ANGEL CABO, Natalia, PARMO, Domingo Lovera, “Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015.

ANGEL CABO, Natalia, PARMO, Domingo Lovera, “Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015.

ANGEL CABO, Natalia, PARMO, Domingo, “Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3.

ARICI, Kadir, “Devletçe Kamu Görevlileri Sendikalarına Üye Olanlara Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı:1-2, Ankara, 2007.

ARNOLD, Rainer, “Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İbrahim Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012.

ATALAY, Can, “Kentsel Dönüşüm ve Sorunlar”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Ocak 2013.

ATASAYAN, M. Gözde, “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 1, S: 1, Haziran 2013.

ATASAYAN, M. Gözde, “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:1, İstanbul, Haziran 2013.

ATASAYAN, M. Gözde, “Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açıdan Değerlendirmesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: III, S: 5, İstanbul: Anayasa-Der & Legal Yay., 2014.

ATASAYAN, M. Gözde, “Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açıdan Değerlendirmesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: III, S: 5, İstanbul: Anayasa-Der & Legal Yay., 2014.

ATASAYAN, M. Gözde, Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, İstanbul: 12 Levha Yay., 2012.

AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs, 2006.

AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 2006.

AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 2006.

AZRAK, Ülkü, “Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi”, **İÜHFİM**, C:27, S: 1-4 (1961).

BALKIR, Zehra Gönül, “Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu”, **II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı**, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli, 4-6 Kasım 2010, s. 346; Can Atalay, “Tarlabaşı Penceresinden Bir Kentsel Dönüşüm Manzarası”, **Güncel Hukuk**, 2012/8.

BARRY, Norman, “The Tradition of Spontaneous Order”, **Literature of Liberty**, (2), 1982.

BAYEFSKY, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, **Human Rights Law Journal**, Vol: 11, No: 1-2.

BELL, Mark, “Avrupa Sosyal Şartı Bağlamında Toplu Şikayetler Yoluyla Mücadele Etmek”, **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa**, (Ed. Oliver De Schutter), Ankara: Şen Matbaa, 2010.

BERGER, Jonathan, “Litigating for social justice in post-apartheid South Africa: a focus on health and education”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World**, (Ed. Varun Gauri, Daniel M. Brinks), Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BHALLA, Ajit, LAPEVRE, Frédéric, “Social exclusion: Towards an analytical and operational framework,” **Development and Change**, Vol: 28, 1997, s. 428.

BILCHITZ, David, “Constitutionalism, the Global South and Economic Justice”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. D.B.Maldonado), New York: Cambridge University Press, 2013.

BILCHITZ, David, “Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine”, **International Journal of Constitutional Law**, 12 (3), 2014.

BOYAR, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

BOYAR, Oya, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Ankara: Yetkin Yay., 2009.

BOYAR, Oya, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. S. İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

BRAND, Danie, “The Proceduralisation of South African Socio-Economic Rights Jurisprudence, or “What are Socio-Economic Rights For?”, **Rights and Democracy in a Transformative Constitution**, (Ed. H. Botha, A. van der Walt, J. van der Walt), New York: Sun Press, 2004.

BREMS, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed.) Daphne-Barak Erez, Oxford: Hart Publications, 2007.

BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the CaseLaw of the European Court of Human Rights”, **Heidelberg Journal of International Law**, Vol: 56, 1996.

BRILLAT, Regis, “The Supervisory Machinery of ESC: Recent Developments and their Impact”, **Social Rights in Europe**, (Ed. Grainne de Burca, Bruno De Witte), Oxford: Oxford University Press, 2005.

BRINKS, Daniel M., GAURI, Varun, “The Law’s majestic equality? The distributive impact of litigating social and economical rights”, **Policy Research Working Paper**, 5999, The World Bank Development Research Group, 2012.

BUĞRA, Ayşe, “Yoksulluk ve Sosyal Haklar”, **Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu**, İstanbul, Aralık 2005.

BURGENTHAL, “Thomas, International Human Rights in a Nutshell”, **GWU Legal Studies Research Paper**, No: 2013-34, St. Paul, MN: West Publishing, 1995.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 39, No: 4, 2013, s.299; Melda Sur, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 39, No: 4, 2013.

CELLINI, F., CHESSON, A., COLQUHOUN, I., CONSTABLE, A., DAVIES, H.V., ENGEL, K.H., GATEHOUSE, A.M.R., KARENLAMPI, S., KOK, E.J., LEGUAY, J.J., LEHESRANTA, S., NOTEBORN, H.P.J.M., PEDERSEN, J., SMITH, M., “Unintended effects and their detection in genetically modified crops”, **Food and Chemical Toxicology**, 42, 2004.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, S: 93, 2011.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Eğitim Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 90, Mart-Nisan, 2010.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, E.T. 10.01.2019.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel Jose, “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the the Columbian Constitutional Court”, **Washington University Global Studies Law Review**, 3(3), 2004.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel Jose, “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, **Texas Law Review**, 89(3), 2011.

CHAPMAN, Audrey R., “A ‘Violations Approach’ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, 1996, 18.1.

CHARLESWORTH, Hillary, “Individual Complaints: An Overview and Admissibility Requirements” **Indigenous Peoples, The United Nations and Human Rights**, (Ed. Sarah Pritchard), Sdney: Federation Press&Zed Books, 1998.

CHENWI, Lilian, “Democratizing the Socio-economic Rights-enforcement Process”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Iquiries**, (Ed. Helena Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), New York: Rotledge, 2015.

CHEVALIER WATTS, Juliet, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, **European Journal of International Law**, Cilt: 21, Sayı: 3, 2010.

CHOUKROUNE, Leila, “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: The UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights’ Review of China’s First Periodic Report on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Columbia Journal of Asian Law**, Vol:19/1, 2005.

CHRISTIANSEN, Eric, “Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa”, **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, 13 (2), 2008.

CLEMENTS Luke, SIMMONS, Alan, “European Court of Human Rights, Sympathic Unease”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008.

CLEMENTS, Luke, SIMMONS, Allan, “European Court of Human Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. Malcolm Langford), New York: Cambridge University Press, 2009, s.409-427.

CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene, “Socio-economic rights, economic crisis, legal doctrine: A reply to David Bilchitz”, **International Journal of Constitutional Law**, 12(3), 2014.

COOMANS, Fons, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, **The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Fons Coomans, Fried van Hoof), Utrecht: SIM Special, No:18, 1995.

COONEY, Sean, “Testing Times for ILO: Institutional Reforms fort he New International Political Economy”, **Comparative Labour Law and Policy Journal**, Vol: 20, 1999.

CRAVEN, Matthew, “The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A textbook**, (Ed. Asbjorn Eide, Katarina Krause, Allan Rosas), Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

CREIGHTON, Breen, “Freedom of Association”, **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, Hague: Kluwer Law International, 2001.

CREIGHTON, Breen, “The Future of Labour Law: Is There a Role for International Labour Standards?”, **The Future of Labour Law**, (Ed. C. Barnard, S. Deakin, G. Morris), Oxford: Hart Publishing, 2004.

ÇELİK, Aziz, “AB ile Müzakere Sürecinde Türkiye’de Sosyal Haklar Sorunsalı- Sendikal Hakların Önemi ve Gözardı Edilmesi-”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, İstanbul: Legal Yay., 2012.

ÇELİK, Aziz, “Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye’nin Uyumsuzluğu”, **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları**, (Ed. Selda Çağlar), İstanbul: Beta Yay., 2010.

ÇELİK, Elif, “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7 Sayı:1, 2016.

ÇELİK, Mustafa Selman, “Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Ankara: Seçkin Yay., 2014.

ÇETİN, Evra, “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, (Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper), Ankara: Seçkin Yay., 2015.

DASGUPTA, Modhurima, “Public interest litigation for labour: how the Indian Supreme Court protects the rights of India’s most disadvantaged workers”, **Contemporary South Asia**, 16 (2), 2008.

DAVIS, Dennis M., “Socioeconomic rights: Do they deliver the goods”, **International Journal of Constitutional Law**, 6(3-4), 2008.

DEMİRKOL, Selami, BEREKET BAŞ, Zuhale, “Kentsel Dönüşümün 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması”, **TBB Dergisi**, Ankara, 2013/ 108.

DERİCİLER, Özge Yücel, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2014.

DEVA, Surya, **Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Bussiness**, Oxon: Routledge, 2012.

DIAS, Clarence .J., “The Impact of Social Activism and Movements for Legal Reform”, **Public Interest Litigation in South Asia: Rights in Search of Remedies**, (Ed. Sara Hossain), Dhaka: The University Press Ltd., 1997.

DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, İstanbul: Legal Yay., 2013.

DUMINICA, Ramona, TABACU Andreea, “Brief Reflections on the Exercise of the Right to Education of the Romany Minority”, **AGORA International Journal of Juridical Sciences**, 2010.

Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara, 30-31 Mayıs 2015, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf , E.T.12.01.2019;

EIDE, A., “Future Protection of Economic, Social and Cultural Right in Europe”, **Monitoring Human Rights in Europe, Comparing International Procedures and Mechanisms**, (Ed. Arie Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak, Allan Rosas), Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

EIDE, Asbjorn, “Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach”, **Human Rights Law Journal**, Vol: 10, 1989.

EIDE, Asbjorn, “The Use of Indicators in the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

EIDE, Asbjørjn, “Economic and Social Rights: Symondies”, **Human Rights: Concepts and Standards**, Burlington, Ashgate: UNESCO, 2000.

ENGİN, Murat, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1.

ERDOĞAN, Gülnur, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 77, 2008.

EROL, Gonca, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yoksulluk”, **IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2012.

ERTAN, İzzet Mert, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/ Çekirdek Yükümlülükler”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kırılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE, 2014.

ESLAVA, Luis, “Constitutionalization of Rights in Columbia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons”, **Revista Derecho del Estado**, 22, 2009.

FELDMAN, David, “The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, **E.H.R.L.R.**, Vol: 3, 1997.

FELDMAN, David, “The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, **European Human Rights Law Review**, Vol: 3, 1997.

FENWICK, Colin, “Private Use of Prisoners’ Labour: Paradoxes of International Human Rights Law”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 27, 2005.

FENWICK, Colin, “The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008.

FREDMAN, Sandra, “Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide”, **South African Journal of Human Rights**, 21(2), 163–190, 2005.

FULLER, Lon, “The Forms and Limits of Adjudication”, **Harvard Law Review**, Vol: 92, 1978.

GARCIA, Helena Alviar, “Distribution of resources by courts”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, (Ed. Helena Adviar Garcia, Karl Klare, Lucy A. Williams), Abington: Routledge, 2015.

GEMALMAZ, Burak, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2009.

GERARDS, Anneke, “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, (Ed. Jan Niessen; Isabelle Chopin), Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

GÖKBAYRAK, Şenay, “Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Dönüşümü”, **Çalışma ve Toplum**, İstanbul, 2010/2.

GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin Denetim Sonuçları ve Kararları Işığında Yoksulluk ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Korunma Hakkı”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 118, 2013.

GÖREN, Zafer, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı**, No:14, 1997.

GÖZTEPE, Ece, “Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?”, IXth World Congress of Constitutional Law, Oslo, 16-20 June 2014, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf>, E.T. 09.11.2018.

GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 95, Yıl: 2011.

GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ankara: **TBB Dergisi**, 2011/5, 2011.

GRANT, Evadne, “Human Dignity and Socio-Economic Rights”, **Liverpool Law Review**, Vol: 33, 2013.

GROTE, Rainer, “The Republic of India: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World (Oxford Constitutions)**, New York: Oxford University Press, 2013.

GÜLFİDAN, Serkan, “Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, İstanbul: Legal Yay., 2014.

GÜLMEZ, M. Gülmez, “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, **IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2012.

GÜLMEZ, Mesut, “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Uluslararası Kurallarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2013.

GÜLMEZ, Mesut, “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurallarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul: Bildiriler, Petrol-İş Yay, No: 118, 2013.

GÜLMEZ, Mesut, “4/C”, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2010, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gulmez2.pdf> , E.T. 15.11.2018.

GÜLMEZ, Mesut, “Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 34, S: 3, Ankara, 2001.

GÜLMEZ, Mesut, “Devlet Kesesinden İkramiyeli Memur Sendikacılığı”, **Öğretmen Dünyası**, Şubat (386), 2012.

GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler**, Ankara: Belediye-İş, 2009.

GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, Sayı: 25, 2010.

GÜLMEZ, Mesut, “Karar İncelemesi: Devlet Bütçesinden Ödentili Memur Sendikacılığı Özgürlük ve Bağımsızlık İlkeleriyle Bağdaşmaz Anayasa Mahkemesi Kararı”, **Çalışma ve Toplum**, No:29, Sayı: 2, 2011.

GÜLMEZ, Mesut, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3.

GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 4, 2005/1.

GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, S:1, 2005.

GÜLMEZ, Mesut, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed. İ. Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012.

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

GÜLMEZ, Mesut, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklarda Uyum Sorunu”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yay., İstanbul, 2012.

GÜLMEZ, Mesut, “Uluslararası Çalışma Örgütü Koruma Sistemleri”, **İnsan Hakları**, (Ed. Korkut Tankuter), İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2000.

GÜNEŞ, Ahmet M., “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, S: 16, 2014.

GÜZEL, Ali, “ILO Normları ve Türk İş Hukuku”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara.

HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletler’in Rolü”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2011.

HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kırılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., No: 379, 2014.

HARRIS, David J., “A Fresh Impetus for the European Social Charter”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol: 41, No.3, 1992.

HARRIS, David, “The Council of Europe (II): The European Social Charter”, **An Introduction to the International Protection of Human Rights**, (Ed. Riaja Hansk, Markku Suksi), Institute for Human Rights, Turku/ Åbo: Åbo Academi University Press, ,2002.

HERINGA, Aalt Willem, VAN HOOFF Fried, “Prohibition of Discrimination (Article 14)”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak), 4. Bası, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

HERINGA, Aalt Willem, ZWAAK, Leo, “Right to Respect for Privacy (Article 8)”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak), 4. Bası, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

HIRSCHL, Ran, ROSEWEAR, Evan, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights and Political Realities”, **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**, (Ed. Tom Campbell, K.D. Ewing, Adam Tomkins), Oxford: Oxford University Press, 2011.

HUBER, Ernst Rudolf, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, (Çev. Tuğrul Ansay), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3185.pdf>, E.T. 11.12.2016

IŞIK, Rüçhan, Toplu Şikayet Prosedürü, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012.

ITURALDE, Manuel, “Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. Daniel Bonilla Maldonado), New York: Cambridge University Press, 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. S. İnçoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnçoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnçoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, “Ötanazi: Dünyadaki Gelişmeler ve Türk Anayasa Hukukundaki Yeri”, **Hukuk ve Adalet**, Yıl: 4, Sayı: 9, Ocak 2007.

İNSEL, Ahmet, “Yoksulluk, Dışlanma ve STK’lar”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi**, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No:6, 2005.

JAMAR, Steven D., “The International Human Right to Health, **Southern University Law Review**, Vol: 22, 1994-1995.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2010.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, (Bildiri), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 9-13 Ocak 2001.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, 9-13 Ocak 2001, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2001.

KAGUONGO, Waruguru, “Resource allocation towards socio-economic rights: Lessons from domestic courts”, **Human Rights Review**, 13, 2012.

KAGUPNGO, Waruguru, “Resource allocation towards socio-economic rights: Lessons from domestic courts”, **Human Rights Review**, 13, 2012.

KANSU KARADAĞ, Akasya, “Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4), 2016.

KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013.

KARAN, Ulaş, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: ‘Bütüncül Yaklaşım’”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 3, Ankara: TODAİE Yay., Eylül 2007.

KARAN, Ulaş, “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. S. İnceoğlu), İstanbul: Beta Yay., 2013.

KAYA, Pir Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin İptaline İlişkin 22 Ekim 2014 Tarihli Kararının Sendika Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, Sayı:1, 2015.

KAYA, Pir Ali, “Uluslararası Normlar Bağlamında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, **V. Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, İstanbul: Petrol-İş Yay., No: 118, 2013.

KHALIQ, Urfan, CHURCHILL, Robin, “The European Committee of Social Rights, Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter”, **Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KHOSLA, Madha, “Making social rights conditional: lessons from India”, **International Journal of Constitutional Law** 8(4), 2010.

KLARE, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, **South African Journal on Human Rights**, C:14, No:1, 1998.

KOTHARI, Jayna, “Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed. Daphne Barak Erez, Aeyal M. Gross), Oxford & Portland: Hart Publishing, 2007.

KOTHARI, Jayna, “Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Ed. Daphne Barak-Erez, Aeyal M. Gross), Oxford& Portland: Hart Publishing, 2007.

KOTT, Sandrine, DROUX, Joelle, “ILO’dan Yazılmış Küresel Bir Tarih”, **Sosyal Hakların Küreselleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Diğerleri**, (Ed. Sandrine Kott ve Joelle Droux), ILO Yüzyıl Serisi, Ankara: Efil Yay., 2015.

KÖKSAL, Duygu, “AİHM’in Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, İstanbul: Seçkin Yay., 2015.

KÖKSAL, Duygu, “Ekonomik Kriz, Kemer Sıkma Tedbirleri ve İnsan Hakları Üçgeni”, **Güncel Hukuk**, Ekim, İstanbul, 2017.

KRAVCHENKO, Svitlana, BONINE, John E., “Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, Cilt: 25, 2012.

KUTAL, Metin, “Kamu Görevlilerinin Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları”, **V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul: Petrol-İş Yayını, No: 118, 2013.

KUTAL, Metin, “Uluslararası Çalışma Teşkilatının Yasama Faaliyeti ve Türkiye Cumhuriyetinin Durumu (1919-1969)”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C: 21, İstanbul.

KUYUCU, Nisan, “Kadınların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Adalete Erişim Sorunu: Mahkeme Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Kadına Yönelik Şiddet”, **Fe Dergi: Feminist Eleştiri, KASAUM**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2015.

KUYUCU, Nisan, “Muhafazakarlığın Hedefinde Bir Kadın Yargıç: AİHM’nin Özpinar Kararı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/5.

LAMARCHE, Lucie, “The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. A. Chapman, S. Russell), Antwerp: Intersentia, 2002.

LANDAU, David, “The Promise of A Minimum Core Approach: The Colombian Model For Judicial Review of Austerity Measures”, **Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), New York: Cambridge University Press, 2014.

LANDAU, David, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

LANDAU, David, “The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

LANDAU, David, “The Reality of Social Rights Enforcement “, **Harvard International Law Journal**, Vol: 53, No: 1, 2012.

LANDAU, David, “The reality of social rights enforcement”, **Harvard International Law Journal**, Vol: 53, No: 1, 2012.

LANGFORD, Malcolm, “Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness”, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, (Ed. Eibe, Riedel, Gilles Giacca, Christophe Golay), Oxford: Oxford, Oxford University Press, 2014.

LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal”, Aoife Nolan, Bruce Porter, Malcolm Langford, <http://socialrightscura.ca/documents/publications/BP-justiciability-belfast.pdf> , E.T. 09.05.2018.

LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008.

LANGFORD, Malcolm, KING, Jeff A., “Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Past, Present and Future”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2009.

LANGFORD, Malcolm, PORTER, Bruce, BROWN, Rebecca, ROSSI, Julieta, “Introduction”, **The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary**, (Ed. M. Langford, B. Porter, J. Rossi), Pretoria Law University Press, 2016.

LANGILLE, Brian, “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, **The European Journal of International Law**, Vol: 16, No: 3, 2005.

LEARY, Virginia A., “Labor”, **The United Nations and International Law**, (Ed. Christopher C. Joyner), Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1997.

LEARY, Virginia, “Lessons from the Experience of the International Labour Organisation”, **The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal**, (Ed. P. Alston), Oxford: Clarendon Press, 1992.

LECKIE, Scott, “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform”, **The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring**, (Ed. Philip Alston, James Crawford), Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2000.

LIEBENBERG, Sandra, “Enforcing Positive Social and Economic Right Claims: The South African Model of Reasonableness Review”, **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. J. Squires, M. Langford, B. Thiele), Sydney: Australian Human Rights Centre and University of NSW Press, 2005.

LIEBENBERG, Sandra, “Socio-Economic Rights: Revisiting the Reasonableness Review/ Minimum Core Debate”, **Constitutional Conversations**, (Ed. S.C. Woolman, M. Bishop), Pretoria: PULP, 2008, s.309, 310.

LIEBENBERG, Sandra, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Implications for South Africa”, **South African Journal on Human Rights**, Vol: 11 (1995).

LIEBENBERG, Sandra, “The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa”, **South African Journal for Human Rights**, Vol: 17, 2001.

Limburg Principles, “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol: 9, No.2, 1987.

M. Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu-Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yay., 2009.

MACNAUGHTON, Gillian, “Beyond A Minimum Threshold: The Right to Social Equality”, **The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview**, (Ed. Lanse Minkler), New York: Cambridge University Press, 2013.

MALSONADO, Daniel Bonilla, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. Daniel Bonilla Maldonado, New York: Cambridge University Press, 2013.

MANTOUVALOU, Virginia, “The Case for Social Rights”, **Debating Social Rights**, (Ed. Conor Gearty and Virginia Mantouvalou), Oxford: Hart Publishing, 2010.

MARCUS, David, “The Normative Development of Socioeconomic Rights Through Supranational Adjudication” **Stanford Journal of International Law**, Vol:42.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012.

MARKS, Monique, FLEMING, Jenny, “The Untold Story: The Regulation of Police Labour Rights and The Quest for Police Democratisation”, **Police Practice and Research**, Vol:7, No:4, 2006.

MARSHALL, T.H., (1949) “Yurttaşlık ve Sosyal Sınıf”, **Sosyal Politika Yazıları**, (Ed. Ayşe Buğra, Çağlar Keyder), İstanbul: İletişim Yayınları, 2018.

MEGRET, Frédéric Mégret, “The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge”, **Human Rights Law Review**, Vol: 11, Issue: 1, 2011.

MOULY, Jean, “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul: Legal Yay., 2012.

MULLER, Amrei, “Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights”, **Human Rights Review**, 9(4), 2009.

NARULA, Smita, “The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law” **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol: 44, 2006.

NEUBORNE, Burt, “Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States”, **New York University Law Review**, Vol: 57, 1982/363.

NOLAN, Aoife, DUTSCHKE, Mira, “Article 2 (1) ICESCR and state parties obligations: whiter the budget?” **European Human Rights Law Review**, Vol:3, 2010.

NOLAN, Aoife, LUSIANI, Nicholas J., COURTIS, Christian, “Two step forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, (Ed. Aoife Nolan), Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

NOLAN, Aoife, PORTER, Bruce, LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal” **CHRGJ Working Paper**, No: 15, 2007.

NOLETTE, Paul, “Lessons Learned from the South African Constitutional Court: Toward a Third Way of Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights”, **12 Mich. St. J. International Law**, 2003.

O’CINNEIDE, Colm, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and European Convention on Human Rights”, **European Human Rights Law Review**, 2008/5.

O’CONNELL, Paul, KATROUGALOS, George, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cherly Saunders), London & New York: Routledge, 2013.

O’CONNELL, Rory, “Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non Discrimination in the ECHR”, **Legal Studies**, 29(2), 2009.

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

ODER, Bertil Emrah, ÖZTÜRK, Mehmet Utku, “Between entrenchment and ignorance: on justiciability and salient issues of constitutionalized socio-economic rights from Soma to Cerattepe”, **Research and Policy on Turkey**, Vol: 2, No: 2, 2017.

OTIING, Albrecht, “International Labour Standards: A Framework for Social Security”, **International Labour Review**, Vol: 132, No:2, 1993.

ÖKTEM SONGU, Sezgi, “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013.

ÖRÜCÜ, Esin, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:5, No:7, 1971.

ÖRÜCÜ, Esin, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, (Ed. Tom Campbell), Great Britain: Basil Blackwell, 1986.

ÖZBEK, Mustafa S., “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi”, **Çalışma ve Toplum**, S: 35, Y: 2012/4.

ÖZBEK, Nadir, “Osmanlı’dan Günümüze Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, No:92, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11619.pdf> , E.T. 15.05.2018.

ÖZDEN, Pelin Pınar, “Türkiye’deki Kentsel Dönüşüm Politikaları ve Uygulamalarına Eleştirel Bir Bakış”, **Kentsel Dönüşümde Politika, Mevzuat, Uygulama: Avrupa Deneyimi, İstanbul Uygulamaları**, İstanbul: Nobel Yayınları, İstanbul, 2010.

ÖZTÜRK, Mehmet Onat, “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3.

PALMER, Elizabeth, “Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, **Erasmus Law Review**, Vol: 2, No: 4, 2009.

PERENBOOM, Randall, "Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction", **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, (Ed. Randall Perenboom, Tom Ginsburg), New York: Cambridge University Press, 2014.

PILLAY, Anashri, "Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt:10, No:3, 2012.

POGGE, Thomas, "Access to Medicine", **Public Health Ethics**, Vol: 1, No: 2, 2008.

PORTER, Bruce, "The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It", **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. J. Squires, M. Langford, B. Thiele), Sydney: Australian Human Rights Centre and University of NSW Press, 2005.

QUINN, Gerard, "The European Social Charter and EU Anti-Discrimination Law", **Social Rights in Europe**, (Ed. Gráinne de Búrca, Bruno de Witte, Larissa Ogertschnig), Oxford: Oxford University Press, 2005.

RAJAGOPAL, Balakrishnan, "Limits of Law in Counter Hegemonic Globalisation: The Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle", **Law and Globalisation from Below: Towards a Cosmopolitan**, (Ed. B. De Santos, C. Rodriguez-Garavito, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

RAY, Brian Ray, "Extending the Shadow of the Law: Using Hybrid Mechanisms to Develop Constitutional Norms in Socioeconomic Rights Cases", **Utah Law Review**, C:2009, No: 3, 2009.

RAY, Brian, "Engagement possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy", **Washington University Global Studies Law Review**, 9(3), 2010.

RAY, Brian, "Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socioeconomic Rights Litigation", **South African Journal on Human Rights**, C:27, 2011.

RIEDEL, Eibe, "The Human Right to Health: Conceptual Foundations", **Realizing the Right to Health**, (Ed. A. Clapham, M. Robinson, C. Mahon, S. Jerbi), Zurich: Ruffer & Rub: Swiss Human Rights Book, Vol: 3, 2009.

ROBERTSON, Robert E. "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the 'Maximum Available Resources' to Realizing Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol: 16, 1994.

RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar, RODRIGUEZ FRANCO, Diana, **Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Global South**, New York: Cambridge University Press, 2015.

ROMAN, Diane “La justiciabilité des droits sociaux en droit international des droits de l’homme”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III, Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş, 2011.

SABUNCU, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, No: 7-8 (1985-1986).

SAĞLAM, Fazıl, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul: Legal Yay., 2008.

SAĞLAM, Fazıl, “Türkiye’de İnsan Hakları”, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı, “Herkes İçin Onur ve Adalet”, <http://basin.maltepe.edu.tr/node/18>, E.T. 19.10.2018.

SAMSON, Klaus, SCHINDLER, Kenneth, “The Standard-Setting and Supervisory System of the International Labour Organisation”, **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, (Ed. Raija Hanski, Markku Suksi), Turku/ Åbo: Åbo Akademi University Press, 2002.

SAUTHIER, Ingrid Liebeskind, “Modern İşsizlik: Kavramının Oluşumundan Uluslararası Çalışma Ofisi’nin İlk Standartlarına”, **Sosyal Hakların Küreselleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Diğerleri**, (Ed. Sandrine Kott ve Joelle Droux), ILO Yüzyıl Serisi, Ankara: Efil Yay., 2015.

SCHEININ, Martin, “Economic and Social Rights As Legal Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. A.Eide, C.Krause, A.Rosas), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

SCHEININ, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

SCHEININ, Martin, “Human Rights Committee: Not Only a Committee on Civil and Political Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), New York: Cambridge University Press, 2008.

SCHEININ, Martin, “The Right to Social Security”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, (Ed. A. Eide, C. Krause, A. Rosas), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

SCHMIDT, Markus, “United Nations”, **International Human Rights Law**, (Ed. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEN, Amartya, “Work and Rights”, **International Labour Review**, Vol: 139, No:2, 2000.

SEPULVEDA, Magdalena, “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. M. Langford), Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SEVER, Çiğdem, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay), Ankara: TODAİE Yay., 2014.

SHANKAR, Shylashei, “The Embedded Negotiators: India’s Higher Judiciary and Socioeconomic Rights”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, (Ed. Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen), Pretoria: Pretoria University Law Press, 2013.

SIMMONS, Beth A., “Should States Ratify? Process And Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR”, **Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter**, Vol:27, No:1, 2009.

SIMPSON, William R., “The ILO and Tripartism: Some Feflections”, **Monthly Labor Review**, Vol: 117 (9), 1994.

SMITH, M.J., “Point of view: genetically modified foods unsafe? Evidence that links GM Foods to allergic responses mounts”, **Genetic Engineering and Biotechnology News**, 27(19), 2007.

SMOLIN, David Mark, “A Tale of Two Treaties: Furthering Social Justice Through the Redemptive Myths of Childhood”, **Emory International Law Review**, Vol: 17, 2003.

SOYSAL, Mümtaz, “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasası’nın Evrensel Anlamı”, **AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C:24, N:1, 1972.

SOYSAL, Mümtaz, “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 1, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1984.

SSENYONJO, Manisuli, “Reflections on state obligations with respect to economic, social and cultural rights in international human rightst law”, **The International Journal of Human Rights**, 15 (6), 2011.

SSENYONJO, Manisuli, “Reflectios on state obligations with respect to economic, social and cultural rifhts in international human rights law”,**The Interntaional Journal of Human Rights**, 15(6), 2011.

SUR, Melda, “İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları”, **DEÜHFD**, İzmir: DEÜHF Yay., 1995.

SUSTEIN, Cass R., **Designing Democracy: What Constitutions Do?**, New York: Oxford University Press, 2001.

SWEPSTON, Lee, “The Future of ILO Standards”, **Monthly Labor Review**, 1994.

SZEMESI, Sandor, “From Hajduhadhaz to Strasbourg: Article 14 of the European Convention on Human Rights in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, with Special Regard to Roma Educational Cases”, **Miskolc Journal of International Law**, Vol: 5, No: 2, 2008.

ŞAHİN, Adil, “Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **AÜHFD**, C:59, S: 4, 2010.

ŞİRİN, Tolga, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yayını No:119, 2014.

ŞİRİN, Tolga, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı:4, İstanbul: Legal Yay., 2013.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı”, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Sultan-Tahmazog%CC%86lu-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Yasag%CC%86%C4%B1.pdf> , E.T. 03.02.2019.

TALAS, Cahit, “Türkiye’de Ekonomik ve Sosyal Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968, Tebliğler-Tartışmalar**, Ankara: AÜHF Yay., 1970.

TAYLOR, Alison, GEORGE, Steve, “Affordable Health: The Way Forward”, **The International Journal of Human Rights**, Vol: 2, No. 2, 1998.

TOOZE, Jennifer, “Social Security and Social Assistance”, **Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, (Ed. T. Harvey, J. Kenner), Oxford: Hart Publishing, 2003.

TULKENS, Françoise, “Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crises”, https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_ENG.pdf , 2013, E.T. 11.06.2017.

UÇKAN HEKİMLER, Banu, “Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2015/4.

URAL, Sami Sezai, **Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru**, Ankara: Seçkin Yay., 2013.

USHER, Tara Usher, “Adjudication of Socio-Economic Rights: One Size Does Not Fit All”, **London Human Rights Review**, 155, 2008.

UYAN SEMERCİ, Pınar, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk** (Ed. Pınar Uyan Semerci), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

UYGUN, Oktay, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı** 20/2002, Ankara, 2002.

UZUNÇARŞILI BAYSAL, Cihan, “Kentsel Dönüşüm Söyleminin Gizlediği Gerçekler”, **Güncel Hukuk**, 2012/8.

VALTICOS, Nicolas, “International Labor Standards and Human Rights: Approaching the Year 2000”, **International Labor Law**, Vol: 137, No:2, 1998.

VAN HOOFF, Fried, “Chapter 30: General Prohibition of Discrimination (Article 1 of Protocol No. 12)”, **Theory and Practice of European Convention on Human Rights**, (Ed. Pieter van Dijk vd.), Antwerpen- Oxford: Intersentia, 2006.

WAHI, Namita, “The Tension between property rights and social and economic rights”, **Social and Economical Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, Abington: Routledge, 2015.

WARBRICK, Colin, “The Structure of Article 8”, **European Human Rights Law Review**, 1998.

WELLING, Judith V., “International indicators and economic, social and cultural rights”, **Human Rights Quarterly**, 33 (2), 2008.

WESSON, Murray, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, **Human Rights Law Review**, 2012.

WESSON, Murray, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, **Human Rights Law Review**, 12 (2), 2012.

WESSON, Murray, “Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights”, **Human Rights Law Review**, 12 (2), 2012.

WILSON, Stuart Wilson, Jackie Dugard, “Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves”, **Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?**, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WINTEMUTE, Robert, “Within the Ambit”: How Big is the “Gap” in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No: 4, 2004.

WOODS, Jeanne M., “Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm”, **Texas International Law Journal**, 2003/ 38.

YAMIN, Alicia Ely, PARRA VERA, Osacr, “Judicial Protection of the Right to Health in Columbia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, **Hasting International and Comparative Law Review**, 33 (2), 2010.

YEPES, Rodrigo Uprimny, “The enforcement of social rights by the Columbian constitutional court: cases and debates”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice fort he Poor?**, (Ed. Gargarella Roberto, Pilar Domingo, Theunis Roux), Aldershot: Ashgate, 2006.

YILDIRIM, Engin, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, Cilt 2, Vol: 2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015.

YILDIRIM, Engin, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2014/10.pdf , E.T.25.01.2019.

YILDIRIM, Engin, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, (Ed. Ali Rıza Çoban, Serdar Güleler, Musa Sağlam, Hüseyin Ekinci) Cilt:2, Vol:2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015.

YILMAZ, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasası Uygulamaları”, **İÜHFİM**, C: LXXII, S. 1, 2014.

YORGUN, Sayım, “Grevsiz Toplu Pazarlık Hakkı ve Aidat Bağımlılığı Kıskaçında Memur Sendikaları”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, Sayı: 60, No: 1, 2011.

YORGUN, Sayım, “Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4.

YOUNG, Katharina G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, **The Yale Journal of International Law**, 33, 2008.

YOUNG, Katharine G., LEMAITRE, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, **Harvard Human Rights Journal**, C:26, 2013.

YOUROW, Howard Charles, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol: 3, S: 111, 1987.

YUNCU, L. Demet, “İki Yoksulluk Yaklaşımı A.Sen’in Yapabilirlikten Yoksunluk Teorisi ve Toplumsal Dışlanma Çerçevesinin Karşılaştırması” **Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu**, Araştırma Raporu, İstanbul, Aralık 2005.

YURTCANLI, Seda, “Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı:4, İstanbul: Legal Yay., 2013.

YÜCEL DERİCİLER, Özge, “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, **Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu VI Bildiriler**, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2014.

YÜCEL DERİCİLER, Özge, “Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin I.D.G./ İspanya Kararı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 163-164, 2018.

YÜZER ELTİMUR, Dilara Yüzer, “AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 145, Ankara, 2018.

MAHKEME ve ULUSLARARASI DENETİM ORGANLARI KARARLARI

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

“Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (*Belçika Dil Davası*), Başvuru No: 1474/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 1677/62, 23.07.1968.

A, B ve C/ İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.11.2010.

A./BK, Başvuru No: 100/1997/884/1096, 23.09.1998.

A.A./ Yunanistan, Başvuru No: 12186/08, 22.07.2010.

A/ BK, Başvuru No: 35373/97, 23.09.1998.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/BK, Başvuru No: 9214/80, 28.05.1985.

Aerts/ Belçika, Başvuru No: 25357/94, 30.07.1998.

Airey/ İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979.

Akdıvar ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 21893/93, 16.09.1996.

Aksu/ Türkiye, Başvuru No: 4149/04, 41029/04, 27.07.2010.

Alekseyev/Rusya, Başvuru No: 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 11.04.2011.

Andrejeva/ Letonya, Başvuru No: 55707/00, 18.02.2009.

Andrle/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 6268/08, 20.06.2011.

Andrle/ Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 6268/08, 20.06.2011.

Anguelova/ Bulgaristan, Başvuru No: 38361/9, 13.06.2002.

Apostolakis/ Yunanistan, Başvuru No: 39574/07, 22.10.2009.

Artico/ İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980.

Arutyunyan/Rusya Başvuru No: 48977/09, 10.01.2012.

Arzu Özpınar/ Türkiye, Başvuru No: Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010.

Asalya/ Türkiye, Başvuru No: 43875/09, 14.04.2014.

Asiye Genç/ Türkiye, Başvuru No: 24109/07, 27.01.2015.

Aydın /Türkiye, Başvuru No: 23178/94, 25.09.1997.

Baka/ Macaristan, Başvuru No: 20261/12, 27.05.2014.

Bakan ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 50939/99, 12.06.2007.

Barbulescu/Romanya, Başvuru No: 61496/08, 05.09.2017

Barrow/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42735/02, 22.08.2006.

Beard/BK, Başvuru No: 24882/94, 18.01.2001.

Beian/ Romanya, Başvuru No: 30658/05, 06.12.2007

Béláné Nagy/ Macaristan, Başvuru No: 53080/13, 13.12.2016.

Bevacqua ve S./ Bulgaristan, Başvuru No: 71127/01, 12.06.2008.

Bigaeva/ Yunanistan, Başvuru No: 26713/05, 28.05.2009.

Binişan/ Romanya, Başvuru No: 9438/05, 20.05.2014.

Blečić/Hırvatistan, Başvuru No: 59532/00, 29.07.

Botta/ İtalya, Başvuru No: 153/1996/772/973, 24.02.1998.

Brincat ve diğerleri/ Malta, Başvuru No: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014.

Buckley/ BK, Başvuru No: 20348/9223, 25.09.1996.

Budayeva ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, 20.04.2008.

Budina/Rusya, Başvuru No: 18.06.2009.

Burdov/ Rusya (No.2), Başvuru No: 33509/04, 15.01.2009.

Burton/BK, Başvuru No: 31600/96, 10.09.1996.

C./Belçika, Başvuru No: 21794/93, 07.08.1996.

C.N. ve V./Fransa, Başvuru No: 67724/09, 11.10.2012.

Calvelli ve Ciglio/İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17.01.2002 (Büyük Daire).

Camp ve Bourimi/ Hollanda, Başvuru No: 28369/95, 03.10.2000.

Campagnano/ İtalya, Başvuru No: 77955/01, 23.03.2006

Carson ve diğerleri/BK, Başvuru No: 42184/05, 16.03.2010.

Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portekiz, Başvuru No: 17484/15, 25.10.2017.

Chapman/ BK, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001.

Christine Goodwin/BK, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002 (Büyük Daire).

Chvezhevska/İsveç, Başvuru No: 25.09.2012.

Ciorap/ Moldova, Başvuru No: 12066/02, 19.06.2007, para. 77.

Connors/BK, Başvuru No: 66746/2001, 27.05.2004.

Contrada (No:2) / İtalya, Başvuru No: 92/1997/876/1088, 24.08.1998.

Costello Roberts/ BK, Başvuru No: 13134/87, 25.03.1993.

Coster/BK, Başvuru No: 24876/94, 18.01.2001.

Cudak/ Litvanya, Başvuru No: 15869/02, 23.03.2010.

Çam/ Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016.

Çam/Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016.

D./ BK, Başvuru No: 30240/96, 2.05.1997.

D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007.

D/ BK, Başvuru No: 30240/96, 02.05.1997.

Da Conceicao Mateus / Portekiz ve Santos Januario / Portekiz, Başvuru No: 62235/12 ve 57725/12, 08.10.2013.

da Silva Carvalho Rico / Portekiz, Başvuru No: 13341/14, 01.09.2015.

- Danilenkov ve diğerkleri/ Rusya, Başvuru No: 67336/01, 30.07.2009.
- Demir ve Baykara/ Türkiye, Başvuru No. 34503/97, 12.11.2008.
- Dink/ Türkiye, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010.
- Dodov/Bulgaristan, Başvuru No: 59548/00, 17.01.2008.
- Dubetska ve diğerkleri/ Ukrayna, Başvuru No: 30499/03, 10.02.2011.
- Dulaş/ Türkiye, Başvuru No: 25801/94, 30.01.2001.
- E. ve diğerkleri/BK, Başvuru No:33218/96, 26.11.2002.
- E.B./ Fransa, (Grand Chamber), Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008.
- Ebedin Abi/ Türkiye , Başvuru No: 10839/09, 13.03.2018.
- Edwards/ BK, Başvuru No: 46477/99, 14.03.2002.
- Emel Boyraz/ Türkiye, Başvuru No: 61960/08, 02.03.2015.
- Enea /İtalya, Başvuru No: 74912/01, 17.09.2009 (Büyük Daire).
- Enerji Yapı-Yol-Sen/ Türkiye, Başvuru No: 68959/01, 21.04.2009.
- Enver Şahin/ Türkiye, Başvuru No: 23065/12, 30.01.2018.
- Erikson/ İtalya, Başvuru No: 37900/97, 26.10.1999.
- Eweida ve diğerkleri/ BK, Başvuru No: 48420/10-59842/10/ 51671/10-36516/10, 27.05.2013.
- Fábián/ Macaristan, Başvuru No: 78117/13, 05.09.2017.
- Fadeyeva/ Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005.
- Farbtuhs/ Letonya, Başvuru No: 4672/02, 02.12.2004.
- Farkas ve diğerkleri/Romanya 17.06.2014.
- Feldbrugge/ Hollanda, Başvuru No: 8562/79, 29.05.1986.
- Francine van Volsem/ Belçika, Başvuru No: 1464/89, 09.05.1990.
- Frette/ Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002.
- Frolova/Finlandiya, Başvuru No: 47772/11, 14.01.2014.

- Fuentes Bobo/ İspanya, Başvuru No: 39293/98, 29.02.2000.
- G ve E/ Norveç, Başvuru No: 03.10.1983.
- G.N. ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 43134/05, 01.12.2009.
- Gaygusuz/ Avusturya, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996.
- Georgel ve Georgeta Stoicescu/ Romanya, Başvuru No. 9718/03, 26.07.2011.
- Giacomelli/ İtalya, Başvuru No: 59909, 02.11.2006.
- Glor/İsviçre, Başvuru No: 13444/04, 06.11.2009.
- Goudswaard-van der lans/ Hollanda, Başvuru No: 75255/01, 22.09.2005.
- Grant/BK, Başvuru No: 32570/03, 23.05.2006.
- Grice/ BK, (Komisyon kararı), Başvuru No: 22564/93, 14.04.1994.
- Grimailovs / Letonya, Başvuru No: 6087/03, 25.09.2013.
- Guerra ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 14967/89, 19.02.1998.
- Gustaffson/ İsveç, Başvuru No: 1107043, 30.07.1998.
- Gürbüz/ Türkiye, Başvuru No: 26050/04, 10.11.2005.
- H.M./İsviçre, Başvuru No: 39187/98, 26.02.2002.
- Haidn/Almanya, Başvuru No: 6587/04, 13.04.2011.
- Hardy ve Maile/ BK, Başvuru No: 31965/07, 14.02.2012.
- Hasan ve Eylem Zengin/ Türkiye, Başvuru No: 1448/04, 09.10.2007.
- Hatton ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 36022/97, 02.07.2003.
- Heinisch/ Almanya, Başvuru No: 28274/08, 21.07.2011.
- Helhal/ Fransa, Başvuru No: 10401/12, 19.02.2015.
- Horváth ve Kiss/Macaristan, Başvuru No: 11146/11, 29.01.2013.
- Hutten-Czapska/Polonya, Başvuru No: 35014/97, 22.02.2005.
- Huylu/Türkiye, Başvuru No: 52955/99, 16.11.2006.

Hülya Ebru Demirel/ Türkiye, Başvuru No: 30733/08, 19.06.2018.

I./BK, Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002 (Büyük Daire).

I.B./ Yunanistan, Başvuru No: 552/10, 03.01.2014.

I.G., M.K. ve R.H. / Slovakya, Başvuru No: 15966/04, 13.11.2012.

Idalov/ Rusya, Başvuru No: 5826/03, 22.05.2012.

Inze/Avusturya, Başvuru No: 8695/79, 28.10.1987.

İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye, Başvuru No: 19986/06, 10.04.2012.

İrlanda/ BK, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978.

J. ve diğerleri/ Avusturya, Başvuru No: 58216/12, 17.01.2017.

Jablonská/Polonya, Başvuru No: 60225/00, 09.06.2004.

Jaggi/ İsviçre, Başvuru No:58757/00, 13.07.2006.

James ve diğerleri/BK, Başvuru No: 8793/79, 21.02.1986.

Jane Smith/BK, Başvuru No: 25154/94, 18.01.2001.

Johansson/ Finlandiya, Başvuru No: 10163/02, 06.09.2007.

Juhnke /Türkiye, Başvuru No: 52515/99, 13.08.2008.

K.H. ve diğerleri/Slovakya, Başvuru No: 32881/04, 28.04.2009.

Karner/ Avusturya, Başvuru No: 40016/98, 24.07.2003.

Kayak/Türkiye, Başvuru No: 60444/08, 10.07.2012.

Keenan/BK, Başvuru No: 27229/95, 03.04.2001.

Kerojavi/ Finlandiya, Başvuru No: 17506/90, 19.07.1997.

Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001 (Büyük Daire kararı).

Kjartan Ásmundsson/ İzlanda, Başvuru No: 60669/00, 30.03.2005.

Klaus ve Iouri Kiladze/Gürcistan, Başvuru No: 7975/06, 02.02.2010.

Klein/ Avusturya, Başvuru No: 57028/00, 25.12.2014.

Koch/ Almanya, Başvuru No: 497/09, 17.12.2012.

Kolyadenko ve diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, 28.02.2012.

Konstantin Markin/ Rusya, Başvuru No: 30078/06, 22.03.2012

Koua Poirrez/Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003.

Koufaki ve ADEDY/ Yunanistan, Başvuru No: 57665/12 ve 57657/12, 07.05.2013.

Kozak/ Polonya, Başvuru No: 13102/02, 02.03.2010.

Kuruçay/ Türkiye, Başvuru No: 24040/04, 10.11.2005

Kyriakides/ Kıbrıs, Başvuru No: 39058/05, 16.01.2009.

Kyrtatos/ Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22.05.2003.

Lâcâtus ve diğerleri/Romanya, Başvuru No: 12694/04, 13.11.2012.

Lakićević ve diğerleri/ Karadağ ve Sırbistan, Başvuru No: 27458/06, 37205/06, 37207/06 ve 33604/07, 13.12.2011.

Larioshina/ Rusya, Başvuru No: 56869/00, 23.04.2002.

Lars Fägerskiöld ve Astrid Fägerskjöld/ İsveç, Başvuru No: 37664/04, 26/02/2008.

Lavida ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 7973/10, 30.05.2013.

LCB/ BK, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 09/06/1998.

Lee/BK, Başvuru No: 25289/94, 18.01.2001.

Lindsay/BK, Başvuru No: 11089/84, 11.11.1986 (Komisyon kararı).

Lopez Ostra/ İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994.

Luczak/ Polonya, Başvuru No: 77782/01, 27.11.2007.

Lusting-Prean ve Beckett/ BK, Başvuru No: 31417/96 ve 32377/96, 27.09.1999.

M.S.S./ Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21.01.2011.

Maiorano ve diğerleri/ İtalya, Başvuru No: 28634/06, 15.12.2009.

Marckx/ Belçika, Başvuru No. 6833/74, 13.06.1979.

- Markovics ve diğlerleri/ Macaristan, Başvuru No: 77575/11, 19828/13, 19829/13, 24.06.2014.
- Marzari/ İtalya, Başvuru No: 36448/97, 04.05.1999.
- Matúz/ Macaristan, Başvuru No: 73571/10, 21.01.2015.
- Mazurek/Fransa, Başvuru No: 34406/97, 01.02.2000.
- Mc Donald/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 4241/12, 20.05.2014.
- McCann ve diğlerleri/ BK, Başvuru No: 18984/91, 27/09/1995.
- McGlinchey ve diğlerleri/BK, Başvuru No: 50390/9, 29.04.2003.
- Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, Başvuru No: 13423/09, 09.04.2013.
- Mellalcher ve diğlerleri/ Avusturya, Başvuru No: 10522/82, 11011/84 ve 11070/84, 19.12.1989.
- Merger ve Cros/Fransa, Başvuru No: 68864/01, 22.12.2004.
- Mihaieş ve Senteş/ Romanya, Başvuru No: 44232/11, 06.01.2011.
- Mockienė/ Litvanya, Başvuru No: 75916/13, 04.07.2017.
- Moldovan ve diğlerleri/ Romanya (No.2), Başvuru No: 41138/98 64320/01, 12.07.2005, para. 102-114.
- Moreno Gomez/ İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16/11/2004.
- Moskal/ Polonya, Başvuru No: 10373/05, 01.03.2010.
- Mouisel/ Fransa, Başvuru No: 67263/01, 14.11.2002.
- Mudric/Moldova, Başvuru No. 74839/10, 16.07.2013.
- N./ BK, Başvuru No: 26565/05, 27.05.2008.
- N.B. / Slovakya, Başvuru No: 29518/10, 12.06.2012.
- N.K.M./ Macaristan, Başvuru No: 66529/11, 04.11.2013.
- National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/ BK, Başvuru No: 31045/10, 08/04/2014.
- Nencheva/ Bulgaristan, Başvuru No: 48609/06, 18.06.2013.
- Nevmerzhitsky/ Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005.

Niemietz/ Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992.

Nitecki/ Polonya, Başvuru No: 65653/01, 21.03.2002.

O'Keeffe/ İrlanda, Başvuru No: 35810/09, 28.01.2014.

O'Rourke/BK, Başvuru No: 39022/97, 26.06.2001.

Oleksandr Volkov/ Ukrayna, Başvuru No: 21722/11, 27.05.2013.

Open Door Counselling and Dublin Well Women/ İrlanda, Başvuru No: 14234/88, 25.10.1992.

Opuz/ Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009.

Orsus ve diğerleri/Hırvatistan, Başvuru No: 15766/03, 16.03.2010.

Osman/ BK, Başvuru No: 23452/94, 28.10.1998.

Öneryıldız/ Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

Öztürk/ Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984.

P. ve S./ Polonya, Başvuru No: 57375/08, 30.10.2012.

Paladi/ Moldova, Başvuru No: 39806/05, 10.03.2009.

Palomo Sanchez ve diğerleri/ İspanya, Başvuru No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12.09.2011.

Panaiteescu/ Romanya, Başvuru No: 30909/06, 10.04.2012.

Pancenکو/ Letonya, Başvuru No: 40772/98, 28.10.1999.

Panfile/ Romanya, Başvuru No: 13902/11, 20.03.2012.

Papon/Fransa, Başvuru No: 6466/01, 07.06.2001.

Passannante/ İtalya, Başvuru No: 32647/96, 12.09.2003.

Pearson/BK, Başvuru No: 8374/03, 22.08.2006.

Pentiacova ve diğerleri/ Moldova, Başvuru No: 14462/03, 04.01.2005.

Petrov/ Bulgaristan, Başvuru No: 15197/02, 22.05.2008.

Petrovic/ Avusturya, Başvuru No: 20458/92, 27.03.1998

Pla ve Puncernau/Andora, Başvuru No: 69498/01, 13.07.2004.

Ponomaryovi ve diğeri/ Bulgaristan, Başvuru No: 5335/05, 18.09.2007

Popov/ Rusya, Başvuru No: 26853/04, 13.07.2006.

Powell ve Rayner/ BK, Başvuru No: 9310/81, 21.02.1990.

Powell/ BK, Başvuru No: 45305/99, 04.05.2000.

Pretty/ BK, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002.

Price/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 33394/96, 10.07.2001.

Priebke/İtalya, Başvuru No: 48799/99, 05.04.2001.

Prokopovich/ Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004.

R.R./ Polonya, Başvuru No: 27617/04, 26.05.2011.

R.Sz/ Macaristan, Başvuru No: 41838/11, 2.06.2013.

Rahimi/Yunanistan, Başvuru No: 8687/08, 05.04.2011.

Rainys ve Gasparavicius/ Litvanya, Başvuru No: 70665/01; 74345/01, 07.04.2005.

Rasmussen/ Danimarka, Başvuru No: 8777/79, 28.11.1984.

Redfearn/ BK, Başvuru No: 47335/06, 06.02.2013.

Rubins/ Letonya, Başvuru No: 79040/12, 13.01.2015.

S. L. v. Avusturya, Başvuru No: 45330/99, 09.01.2003.

S.D./ Yunanistan, Başvuru No: 53541/07, 11.06.2009.

S.P./BK, Başvuru No: 28915/95, 17.01.1997.

Salesi/ İtalya, Başvuru No: 13023/87, 26.02.1993.

Salgueiro da Silva Mouta/ Portekiz, Başvuru No: 33290/96, 21.12.1999.

Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, 27.06.2000.

Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye, Başvuru No: 15828/03, 17.03.2009.

Sampanis ve diğeri/Yunanistan, Başvuru No: 32526/05, 05.06.2008.

Sandra Jankovic/ Hırvatistan, Başvuru No: 38478/05, 05.03.2009.

Saoud/ Fransa, Başvuru No: 9375/02, 09.10.2007.

Sawoniuk/BK, Başvuru No: 63716/00, 29.05.2001.

Schlumpf/ İsviçre, Başvuru No: 29002/06, 08.01.2009.

Schuler ve Zraggen/ İsviçre, Başvuru No: 14518/89, 24.07.1993.

Schüth/ Almanya, Başvuru No: 1620/03, 23.12.2010.

Schwizgebel/ İsviçre, Başvuru No: 25762/07, 10.06.2010.

Sejdić ve Finci/ Bosna Hersek, Başvuru No: 27996/06 ve 34836/06, 22.12.2009.

Selçuk ve Asker/ Türkiye, Başvuru No: 12/1997/796/998-999, 24.04.1998.

Semikhvostov/Rusya, Başvuru No: 2689/12, 06.02.2014.

Senchishak/Finlandiya, Başvuru No: 5049/12, 23.03.2015.

Sentges/ Hollanda, Başvuru No: 27677/02, 08.07.2002.

Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, Başvuru No: 55480/00 - 59330/00, 27.10.2004.

Siliadin/Fransa, Başvuru No: 73316/01, 26.06.2005.

Šilih/Slovenya, Başvuru No: 71463/01, 09.04.2009 (Büyük Daire).

Slawomir Musial/ Polonya, Başvuru No: 28300/06, 20.01.2009.

Slyusarev/ Rusya, Başvuru No: 60333/00, 20.04.2010.

Smith ve Grady/ BK, Başvuru No: 33985/96 ve 33986/96, 27.12.1999.

Sommerfeld / Almanya, Başvuru No: 31871/96, 8.07.2003.

Sørensen ve Rasmussen/ Danimarka, Başvuru No: 52562/99, 52620/99, 11.01.2006.

Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 65 731/01 ve 65900/01, 12.04.2006.

Stenegry ve Adam/Fransa, Başvuru No: 40987/05, 22.05.2007.

Stjerna/ Finlandiya, Başvuru No: 18131/91, 25.11.1994.

Süssmann/Almanya, Başvuru No: 20024/92, 16.09.1998.

Swedish Engine Drivers' Union/ İsveç, Başvuru No. 5614/72, 06.02.1976.

- Syndicat National De La Police Belge/ Belçika, Başvuru No. 4464/70, 27.10.1975.
- Şerife Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010.
- T.M. ve C.M./Moldova, Başvuru No. 26608/11, 28.01.2014.
- Tabesh/ Yunanistan, Başvuru No: 8256/07, 26.11.2009.
- Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004.
- Tešić/Sırbistan, Başvuru No: 4678/07 ve 50591/12, 11.02.2014.
- Teteriny/ Rusya, Başvuru No: 11931/03, 30.06.2005.
- Thlimmenos/ Yunanistan, Başvuru No: 34369/97, 06.04.2000.
- Timishev/Rusya, Başvuru No: 55762/00 55974/00, 13/12/2005.
- Tüm Haber-Sen ve Çınar/ Türkiye, Başvuru No: 28602/95, 21.05.2006.
- Tyrer/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978.
- Tysiác/Polonya, Başvuru No: 5410/03, 20.03.2007.
- Valentin Campeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya, Başvuru No: 47848/08, 17.07.2014.
- Valkov ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 2033/04, 25.10.2011.
- Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2003.
- Van Kück/ Almanya, Başvuru No: 35968/9, 26.12.2003.
- Vellutini ve Michel/ Fransa, Başvuru No: 32820/09, 06.01.2012
- Vilho Eskelinen ve diğerleri/ Finlandiya, Başvuru No: 63235/00, 19.4.2007.
- Vilnes ve diğerleri/ Norveç, Başvuru No: 52806/09, 22703/10, 24.03.2014
- Vincent/Fransa, Başvuru No: 6253/03, 24.10.2006.
- Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004.
- Vogt/ Almanya, Başvuru No: 17851/91, 29.09.1995
- W./ BK, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987.
- W./ BK, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987.

Walker/BK, Başvuru No: 37212/02, 22.08.2006.

Watts/BK, Başvuru No: 53586/09, 04.05.2010.

Weller/Macaristan, Başvuru No: 44399/05, 31.03.2009.

Wessels-Bergervoet/Hollanda, Başvuru No: 34462/97, 04.06.2002.

Wilson ve diğerleri/ BK, Başvuru No: 13004/87, 13.04.1989.

Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri/ BK, Başvuru No. 30668/96, 30671/96, 30678/96, 02.07.2002.

Winterstein ve diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013.

X ve Y/ Hollanda, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985, para. 23.

X./Türkiye, Başvuru No: 24626/09, 09.10.2012.

Yazgöl Yılmaz /Türkiye, Başvuru No:36369/06, 01.02.2011.

Yoh-Ekale Mwanje/Belçika, Başvuru No: 10486/10, 20.12.2011.

Yordanova ve diğerleri/ Bulgaristan, Başvuru No: 25446/06, 24.04.2012.

Young, James ve Webster/ BK, Başvuru No: 7601/76, 7806/77, 18.10.1982.

Z ve diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 29392/95, 10.05.2001.

Z.H. / Macaristan, Başvuru No: 28973/11, 08.11.2011.

Zarb Adami/ Malta, Başvuru No: 17209/02, 20.09.2006.

Zdzisław Nitecki/Polonya, Başvuru No: 6563/01, 21.03.2002. (kabul edilebilirlik kararı)

Zehnalova ve Zehnal / Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 38621/97, 14.05.2002.

Živić/ Sırbistan, Başvuru No: 37204/08, 13.09.2011.

BM İnsan Hakları Komitesi Kararları ve Genel Yorumları

Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/79/ADD.105.

Concluding Observations on Kenya, 28.03.2005, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN.

HRC, Albert Womah Mukong/ Kamerun, Communication No: 458/1991, Views, 18.07.1996.

HRC, Apirana Mahuika/ Yeni Zelanda, Communication No: 547/1993, 27.10.2000.

HRC, Bernadette Faure/ Avustralya, Communication No: 1036/2001, Views, 31.10.2005.

HRC, Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band/ Kanada, Communication No: 167/1984, 26.03.1990.

HRC, Cabal ve Pasini/ Avustralya, Communication No: 1020/2001, Views, 07.08.2003.

HRC, Chile, Concluding Observations/ Comments, CCPR/C/79/Add.104.

HRC, Christopher Brown/ Jamaika, Communication No: 775/1997, Views, 23.03.1999.

HRC, Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 105.

HRC, Derksen ve Bakker/ Hollanda, Communication No: 976/2001, Views, 01.04.2004.

HRC, Ecuador, Concluding Observations / Comments, 07/11/1991, A/47/40.

HRC, F.H. Zwaan-de Vries/ Hollanda, Communication No: 182/1984, Views, 09.04.1987.

HRC, General Comment No:23 (50), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1 (2006).

HRC, General Comment No:6 (16), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 8.

HRC, Germany, Concluding Observations / Comments, 18/11/1996, CCPR/C/79/Add.73, 18.11.1996.

HRC, Guatemala, Concluding Observations / Comments, 03/04/1996, CCPR/CO/79/Add.63, 03.04.1996.

HRC, Gueye/ Fransa, Communication No: 196/1985, Views, 03.04.1989.

HRC, Ilmari Lansman/ Finlandiya, Communication No: 511/1992, 26.10.1994.

HRC, J./Avustralya, Communication No: 900/1999, Views, 28.10.2002.

HRC, J.B./ Kanada, Communication No: 118/1982 (kabul edilebilirlik kararı).

HRC, John K. Love., William L. Bone, William J. Craig, Peter B. Ivanoff/ Avusturya, Communication No: 983/2001, Views, 25.03.2003.

HRC, K.N.L.H./ Peru, Communication No: 1153/2003.

HRC, Kalenga/Zambiya, Communication No: 326/1988, Views, 27.07.1993.

HRC, Kelly/ Jamaika, Communication No: 537/1993, Views, 08.04.1991.

HRC, Lansman/ Finlandiya (No:2), Communication No: 671/1991, 30.10.1996.

HRC, Lantsova/ Rusya, CCPR/C/74/D/763/1997, 26.03.2002.

HRC, Lithuania, Concluding Observations / Comments, 04/05/2004, CCPR/CO/80/LTU, 04.05.2004, para. 18.

HRC, Marie-Helene Gillot/ Fransa, Communication No: 932/2000, 15.07.2002.

HRC, Rupert Althammer/ Avusturya, Communication No: 998/2001, Views, 08.08.2003.

HRC, Uton Lewis/ Jamaika, Communication No: 527/1993, Views, 18.07.1996.

HRC, W.M. Broeks/ Hollanda, Communication No: 172/184, Views, 09.04.1987.

HRC, Yekaterina Pavlovna Lantsova, Vladimir Albertovich Lantsova/ Rusya, Communication No: 763/1997, Views, 26.03.2002.

HRC, Young/ Avustralya, Communication No: 941/2000, Views, 18.09.2003.

Human Rights Committee, General Comment No.18 (27), reproduced in UN document HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1 (2006).

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Kararları ve Genel Yorumları

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No:3, The Nature of States parties' obligations, (Fifth Session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III, 86 (1991).

General Comment No: 5, Persons with Disabilities (Eleventh session, 1994), U.N. Doc E/1995/22, 19.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No:1, Reporting by States Parties, UN Doc. E/1989/22, 1989.

Report of the Committee's Seventh Session, UN Doc. E/1993/22.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "Report on the Twenty-Second, Twenty-Third and Twenty-Fourth Sessions of Committee on Economic, Social and Cultural Rights", Official Records of Committee on Economic and Social Council, Supplement Bo. 2, (E/2001/22).

Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted by the General Assembly resolution A/RES/63/117, on 10 December 2008.

CESCR, General comment No: 4, The right to adequate housing, E/1992/23, Sixth session, 1991.

CESCR, General comment No: 7, The right to adequate housing, Forced Evictions, E/1998/22, annex IV, Sixteenth session, 1997.

CESCR, General Comment No: 3, The Nature of States parties' obligations, (Fifth Session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III, 86 (1991).

Mohammed Ben Djazia ve Naouel Bellili/ İspanya, CESCR, Communication No: 5/2015, E/C.12/61/D/2/2015, 20.02.2015.

The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, Vol: 20, 1998.

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/ CN.4/1987/17.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Number 3, The Nature of States Parties Obligations (Art.2, para.1), UN Doc. E/199/23, 1990.

CESR General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003 (Contained in Document E/C.12/2002/11).

General Comment No:12, right to adequate food (20th session, 1999), UN Doc. E/C.12/1999/5, 1999.

General Comment No:13, The right to education (Twenty-first session, 1999), UN Doc. E/C.12/1999/10.

Conclusions and recommendations of the CESCR, Morocco, UN Doc. E/C.12/1/Add.55, 2000.

Conclusions and recommendations of the CESCR, Ireland, UN Doc. E/C.12/1/Add.77, 2002.

CESR General Comment No: 9, The Domestic Application of the Covenant, Adopted at the Nineteenth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/24 3 December 1998).

CESCR General Comment No: 12, The Right to Adequate Food (Art. 11) Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999 (Contained in Document E/C.12/1999/5).

CESR General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) UN. Doc.E/C.12/GC/20 (2009).

CESR General Comment No:2, International Technical Assistance Measures (Art.22), UN Doc. E/1990/23, 1990.

Conclusions and recommendations of CESCR: Senegal, UN Doc E/C.12/1/Add.62, 2001.

CESCR, General Comment No:14, The right to the highest attainable standard of health, Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/ 2000/4, 11.08.2000.

Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011.

CESCR, General Comment No:18, The right to work, Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/ GC/18, 06.02.2006.

CESCR, General Comment No: 13, The right to education, E/CN.4/1999/49.

CESCR, General Comment No: 6, The economic, social and cultural rights of older persons, Annex IV, 1995.

CESCR, General Comment No:15, The right to water (arts. 11 and 12 of the ICESCR), Twenty-ninth session, E/C.12/2002/11, 20.01.2003.

General Comment No: 12, Right to adequate food (20th session, 1999), UN Doc. E/C.12/1999/5, 1999.

General Recommendation No:24 (20th Session, 1999), UN Doc. A/54/38, 1999.

General Comment No:7, Forced evictions and right to adequate housing (16th session, 1997), UN Doc E/1998/22, annex IV, 1997.

CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations (Art. 2, para. 1), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1990/8, 14.12.1990.

Conclusions and recommendations of CESCR: Georgia, UN Doc E/C.12/1/Add.83, 2002.

ECOSOC Resolution 1985/17, 28.05.1985, 1985 UN E.S.C.O.R Supp. (No.1), s.15, UN. Doc. E/1985/85.

ECOSOC Resolution 1988/4, 24.05.1988.

Communication No: 1/2013, Lopez Rodriguez/ İspanya, Views, 04.03.2016.

Conclusions and recommendations of CESC: Canada, UN Doc E/C.12/1/Add.53, 2001.

I.D.G./ İspanya, CESC, Communication No: 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13.10.2015.

ILO Kararları

ILO, Report of Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 1995 (Fransa'ya karşı özel şikayet).

ILO, Report of the Commission of Inquiry Appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No:111), Geneva, ILO, 1991.

ILO, Report of the Commission of Inquiry Appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No:111), Geneva, ILO, 1991.

ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2000, s.350 (Romanya'ya karşı özel şikayet).

ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2005, s.248, 249 (Sri Lanka'ya karşı özel şikayet).

ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2005, s.250 (Türkiye'ye karşı özel şikayet).

ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of the Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2002.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Kararları

Addendum to Conclusions/ Sonuçlara Ek, Slovakya, XV-2, XV-2/def/SVK/11/3/EN, 01.07.2001.

Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)/ İtalya, Toplu Şikayet, Başvuru No: 58/2009, 25.06.2010.

Conclusions XVI-2, Çek Cumhuriyeti, XVI-2/def/CZE/11/1/EN, 30.06.2004.

Conclusions XVIII-1, Türkiye, XVIII-1/def/TUR/12/1/EN, 30.10.2006.

Conclusions 2003, İsveç, 2003/def/SWE/11/3/EN, 30.06.2003.

Conclusions 2003, Slovenya, 2003/def/SVN/30//EN, 30.06.2003.

Conclusions 2003-1, Fransa, 2003/def/FRA/15/1/EN, 30.06.2003.

Conclusions 2003-2, İsveç, 2003/def/SWE/15/1/EN, 30.06.2003.

Conclusions 2003-2, Romanya, 2003/def/ROU/15/1/EN, 30.06.2003.

Conclusions 2003-2, Slovenya, 2003/def/SVN/15/2/EN, 30.06.2003.

Conclusions 2004, Fransa, 2004/def/FRA/13/1/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004, İrlanda, 2004/def/IRL/13/2/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004, İsveç, 2004/def/SWE/12/2/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004, Norveç, 2004/def/NOR/12/2/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004-1, Bulgaristan, 2004/def/BGR/13/1/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004-1, Estonya, 2004/def/EST/13/1/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004-1, Fransa, 2004/def/FRA/13/1/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004-1, İsveç, 2004/def/SWE/13/1/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2004-1, Norveç, 2004/def/NOR/13/3/EN, 31.05.2004.

Conclusions 2005, Norveç, 2005/def/NOR/30//EN, 30.06.2005.

Conclusions 2006, İtalya, 2006/def/ITA/13/1/EN, 30.06.2006.

Conclusions 2009 Ukrayna, 2009/def/UKR/30//EN

Conclusions 2009, Belçika, 2009/def/BEL/30//EN, 02.01.2010.

Conclusions 2009, Bulgaristan, 2009/def/BGR/12/1/EN, 02.01.2010.

Conclusions 2009, Estonya, 2009/def/EST/12/1/EN, 02.01.2010.

Conclusions 2009, Fransa, 2009/def/FRA/30//FR, 02.01.2010.

Conclusions 2009, İtalya, 2009/def/ITA/13/1/EN, 02.01.2010.

Conclusions 2009, Türkiye, 2009/def/TUR/30//EN, 02.01.2010.

Conclusions 2009, Ukrayna, 2009/def/UKR/30//EN, 02.01.2010.

Conclusions 2013, Romanya, 2013/def/ROU/12/1/EN, 06.12.2013.

Conclusions 2013, Türkiye, 2013/def/TUR/12/1/EN, 06.12.2013.

Conclusions on the Revised Charter 2005, Vol. 1.

Conclusions VII, Fransa, VII/def/FRA/12/1/EN, 31.12.1981.

Conclusions XII-1, Danimarka, XII-1/def/DNK/12/3/EN, 30.09.1991.

Conclusions XII-2, Almanya, XII2/def/DEU/12/1/EN, 30.11.1992.

Conclusions XII-2, Avusturya, XII-2/def/AUT/12/3/EN, 30.11.1992.

Conclusions XII-2, Fransa, XII-2/def/FRA/12/3/FR, 30.11.1992.

Conclusions XII-2, İspanya, XII-2/def/ESP/12/3/EN, 30.11.1992.

Conclusions XII-2, Kıbrıs, XII-2/def/CYP/12/3/EN, 30.11.1992.

Conclusions XII-2, Malta, XII-2/def/MLT/12/3/EN, 30.11.1992.

Conclusions XIII-4 Fransa, XIII-4/def/FRA/13/4/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, Belçika, XIII-4/def/BEL/12/1/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, Danimarka, XIII-4/def/DNK/13/3/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, Hollanda, XIII-4/def/NLD/13/1/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, İrlanda, XIII-4/def/IRL/12/4/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, İspanya, XIII-4/def/ESP/12/4/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, İzlanda, XIII-4/def/ISL/13/4/EN, 30.09.1998.

Conclusions XIII-4, Norveç, XIII-4/def/NOR/13/4/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, Türkiye, XIII-4/def/TUR/12/1/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIII-4, Yunanistan, XIII-4/def/GRC/13/1/EN, 30.09.1996.

Conclusions XIV-1, Avusturya, XIV-1/def/AUT/13/4/EN, 30.03.1998.

Conclusions XIV-1, Belçika, XIV-1/def/BEL/13/4/EN, 30.03.1998.

Conclusions XV-1, Yunanistan, XV-1/def/GRC/13/1/EN, 31.03.2000.

Conclusions XV-2, Belçika, XV-2/def/BEL/11/1/EN, 31.12.2001.

Conclusions XV-2, Belçika, XV-2/def/BEL/11/1/EN, 31.12.2001.

Conclusions XV-2, Yunanistan, XV-2/def/GRC/11/3/EN, 31.12.2001

Conclusions XVI-1, Almanya, XVI-1/def/DEU/13/4/EN, 30.05.2003.

Conclusions XVI-1, Polonya, XVI-1/def/POL/12/3/EN, 30.05.2003.

Conclusions XVI-2, Macaristan, XVI-2/def/HUN/11/1/EN, 30.06.2004.

Conclusions XVI-2, Polonya, XVI-2/def/POL/1/4/EN, 30.06.2004.

Conclusions XVII-1, Belçika, XVII-1/def/BEL/12/2/EN, 28.02.2005.

Conclusions XVII-1, Birleşik Krallık, XV-1/def/GBR/13/1/EN, 31.03.2000.

Conclusions XVII-1, Danimarka, XII-1/def/DNK/12/3/EN, 30.09.1991.

Conclusions XVII-1, Finlandiya, XVII-1/def/FIN/12/3/EN, 28.02.2005.

Conclusions XVII-1, Yunanistan, XVII-1/def/GRC/13/1/EN, 28.02.2005.

Conclusions XVII-2, Vol. 1, (2005).

Conclusions XVII-I, Polonya, XVII-1/def/POL/12/1/EN, 28.02.2005.

Conclusions XVI-1, Almanya, XVI-1/def/DEU/13/1/EN, 30.05.2003.

Conclusions XX-2, Yunanistan, XX-2/def/GRC/13/1/EN, 06.12.2013.

Conclusions, 2003, Fransa, 2003/def/FRA/30//EN, 30.06.2003.

Conclusions, 2004-1, Estonya, 2004/def/EST/12/4/EN, 31.05.2004.

Conclusions, XIV-1, Finlandiya, XIV-1/def/FIN/13/1/EN, 30.03.1998.

Conclusions, XIV-1, İtalya, XIV-1/def/ITA/13/1/EN, 30.03.1998.

Conclusions, XIV-1, Malta, XIV-1/def/MLT/13/1/EN, 30.03.1998.

Conclusions, XIV-2, Norveç, XIV-2/def/NOR/15/1/EN, 30.11.1998.

Conclusions, XV-2, Türkiye, XV-2/def/TUR/11/3/EN, 01.07.2001.

Conclusions, XVII-2, Türkiye, 2009/def/TUR/11/2/EN, 02.01.2010.

European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/ Fransa, Şikayet No: 39/2006, 19.03.2007.

European Roma Rights Center / Portekiz, Toplu Şikayet Başvuru No: 61/2010, 30.06.2011.

European Roma Rights Center/ Yunanistan, Şikayet No: 15/2003, 08.12.2004.

European Roma Rights Center/Bulgaristan, Şikayet No: 31/2005, 18.11.2006.

European Roma Rights Center/İtalya, Şikayet No: 27/2004.

European Roma Rights Centre (ERRC)/ Fransa, Şikayet No: 51/2008, 19.10.2009.

International Association Autism-Europe/Fransa, Şikayet No: 13/2002, 04.11.2003.

International Commission of Jurists/ Portekiz, Şikayet No: 1/1998, 09.09.1999ç

International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003, 05.12.2000, para. 63.

International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)/ Fransa, Şikayet No: 14/2003.

International Movement ATD Fourth World/ Fransa, Şikayet No: 33/2006, 12.06.2006.

Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR)/ Yunanistan, Şikayet No: 30/2005, 06.12.2006.

Recommendations RecChS (2004) 1, Toplu Şikayet No: 13/2002, Autism-Europe/ Fransa.

Recommendations RecChS (2005) 11, Toplu Şikayet No: 15/2003, European Roma Rights Centre/ Yunanistan.

Recommendations RecChS (93) 1, (94) 4 ve (2002) 1, texts in Council of Europe, European Social Charter: Collected Texts, 4th ed. (Strasbourg: Council of Europe, 2003), s.421, 438 ve 475.

STTK ry and Tehy ry/ Finlandiya, Şikayet No: 10/2000, 17.10.2001.

Syndicat National des Professions du Torisme/ Fransa, Şikayet No: 6/1999.

World Organisation against Torture/ İrlanda, Şikayet No: 18/2003, 25.05.2005.

Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları

Bireysel Başvuru

AYM, Adnan Alver Başvurusu, No. 2014/5800, 09.11.2017.

AYM, Adnan Oktar Başvurusu (3), Başvuru No: 2013/1123, 02.10.2013.

AYM, Ahmet Acartürk Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, 15.10.2015, RG 18.12.2015-29566.

AYM, Ahmet Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/3081, 20.02.2014.

AYM, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, Başvuru No: 2013/6714, 21.04.2016.

AYM, Ahmet Teyit Keşli Başvurusu, Başvuru No: 2013/2237, K.T. 18.09.2014.

AYM, Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, K.T. 05.03.2013.

AYM, Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu, Başvuru No: 2013/56800, K.T. 15.04.2014.

AYM, Ata Türkeri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6057, 16.12.2015.

AYM, Atilla İnan Başvurusu, Başvuru No: 2012/615, 21.11.2013.

AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7063, 05.11.2015.

AYM, Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş Başvurusu, Başvuru No: 2013/4086, 20.04.2016.

AYM, Ayşe Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2013/2695, 26.06.2014.

AYM, Ayten Yeğenoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/1685, 23.05.2018.

AYM, Aziz Turhan Kararı, Başvuru No: 2012/1269, 08.05.2014.

AYM, Azizjon Hikmatov Başvurusu, Başvuru No: 2015/18582, 10.05.2017.

AYM, Bekir Birol Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2694, 18.09.2014.

AYM, Billur Güzide Balyemez ve Recai Alp Er Tunga Başvurusu, Başvuru No: 2014/5909, 25.03.2015

AYM, Binali Özkaradeniz ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4686, 01.02.2018, RG 04.05.2018-30411.

AYM, Birleşik Metal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2015/14862, 09.05.2018, RG 20.7.2018-30484.

- AYM, Bülent Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2013/3391, 16.09.2015.
- AYM, Cem Furuncu Başvurusu, Başvuru No: 2012/774, K.T. 01.12.2014.
- AYM, Ebru Bilgin Başvurusu, Başvuru No: 2014/7998, 19.07.2018.
- AYM, Elif Karakaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/5062, 14.01.2014.
- AYM, Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/3711, 07.01.2016.
- AYM, Elif Saka Başvurusu, Başvuru No: 2013/9540, K.T. 10.03.2015.
- AYM, Emel Kavas Başvurusu, Başvuru No: 2013/8032, 09.09.2015.
- AYM, Eyyüp Boynukara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842, 17.02.2016.
- AYM, Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017.
- AYM, Faris Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1026, 20.05.2015.
- AYM, Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/18979, K.T. 22.02.2018, RG 09.03.2018-30355.
- AYM, Fatma Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2014/6577, 16.02.2017.
- AYM, Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Başvuru No: 2014/7621, 25.07.2017.
- AYM, Fevzi Karacan Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/2513, 21.04.2016.
- AYM, Gökhan Günaydın Başvurusu, Başvuru No: 2012/1099, K.T. 06.05.2015.
- AYM, Göksel Korkmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/869, 16.04.2013.
- AYM, Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, 16.09.2015.
- AYM, Günay Ozal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1281, K.T. 16.05.2013.
- AYM, Hacer Kahraman Başvurusu, Başvuru No: 2013/7935, 20.04.2016.
- AYM, Hakan Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9481, 24.03.2016.
- AYM, Halil Üstündağ Başvurusu, Başvuru No: 2013/5062, 14.01.2014.
- AYM, Hasan Kara Başvurusu, Başvuru No: 2013/3170, K.T. 18.09.2014.
- AYM, Hayrettin Aktaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/1205, 17.09.2013.
- AYM, Hüdayi Ercoşkun Başvurusu, Başvuru No: 2013/6235, 10.03.2016.

AYM, Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, No. 2013/2166, 25.06.2015.

AYM, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, 24.03.2016, RG 06.05.2016-29704.

AYM, Hüseyin Yelkenci Başvurusu, Başvuru No: 2013/9706, 10.03.2016.

AYM, Işıl Yaykır Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, 15.04.2014.

AYM, İhsan Asutay Başvurusu, Başvuru No: 2012/606, 20.02.2014.

AYM, İlker Başer ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1943, 09.09.2015.

AYM, İsa Reçber Başvurusu, Başvuru No: 2013/4518, K.T. 21.01.2015.

AYM, Kamil Çakır Kararı, Başvuru No: 2013/997, 15.10.2014.

AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, 03.04.2014.

AYM, Kırca Mühendislik Başvurusu, Başvuru No: 2014/6241, 29.09.2016.

AYM, Korkut Bahadır Başvurusu, Başvuru No: 2014/4025, K.T. 11.12.2014.

AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2014/12166, K.T. 02.07.2015, RG 12/8/2015-29443.

AYM, Mehmet Çolakoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/15355, 21.02.2018.

AYM, Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, Başvuru No: 2013/1958, 07.07.2015, RG 17.08.2015-29448.

AYM, Mehmet Kaya ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6979, 20.05.2015.

AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, 25.02.2016, RG 20.05.2016-29717.

AYM, Mehmet Peker Başvurusu, Başvuru No: 2013/433, 25.03.2015.

AYM, Meltem Sukan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9659, 21.04.2016.

AYM, Meral Eşkili Başvurusu, Başvuru No: 2013/7586, 04.11.2015.

AYM, Metin Durmaz, Başvuru No: 2013/7764, 25.03.2015.

AYM, Murat Atılğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9047, 07.05.2015.

AYM, Muzaffer Akkanat Başvurusu, Başvuru No: 2013/2339, 07.05.2015.

- AYM, Nail Artuç Başvurusu, Başvuru No: 2013/2839, K.T. 03.04.2014.
- AYM, Naz Aydemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/850, 19.12.2013.
- AYM, Necmettin Doğru Başvurusu, Başvuru No: 2013/1123, 02.10.2013.
- AYM, Nejla Özer ve Müslim Özer Başvurusu, Başvuru No: 2013/3782, 21.04.2016.
- AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, Başvuru No: 2013/772, 07.11.2013.
- AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013.
- AYM, Orhan Tekkaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/775, 06/05/2015.
- AYM, Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, 07.11.2013.
- AYM, Öznur Çiçek Bildik Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, 21.04.2016.
- AYM, Ramazan İpek Başvurusu, No. 2012/1105, 17.07.2014.
- AYM, Remezan Orak ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2229, 03.02.2016, RG 05.04.2016-29675.
- AYM, Sadık Koçak ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/841, 23.01.2014.
- AYM, Sadıka Şeker Başvurusu, Başvuru No: 2013/1948, 23.01.2014.
- AYM, Salih Ülgen ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6585, 18.09.2014.
- AYM, Salim Sayın Başvurusu, Başvuru No: 2013/3382, 04.11.2015.
- AYM, Sefa Koşar Başvurusu, Başvuru No: 2015/18352, 10.05.2018.
- AYM, Selda Demir Taze Başvurusu, Başvuru No: 2014/7668, 10.06.2015, RG 18.09.2015-29479.
- AYM, Serap Tortuk Başvurusu, Başvuru No: 2013/9660, 21.01.2015.
- AYM, Serkan Acar Başvurusu, Başvuru No: 2013/1613, 02.10.2013.
- AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, 17.09.2013.
- AYM, Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013.
- AYM, Sıddıka Dülek ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2750, 17.02.2016.
- AYM, Suzi Alyüz Başvurusu, Başvuru No: 2013/679, K.T. 20.04.2016, RG 21.06.2016-29749.

- AYM, Süleyman Erte Başvurusu, Başvuru No: 2013/469, 16.04.2013.
- AYM, Şehnaz Ayhan Başvurusu, Başvuru No: 2013/6229, 15.0./2014.
- AYM, Şengül Kayan Başvurusu, Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014.
- AYM, Şuayip Şen Başvurusu, Başvuru No: 2014/4859, 14.09.2017.
- AYM, T.A.A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, 01.02.2017, RG 10.03.2017-30003.
- AYM, Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013.
- AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvuru No: 2013/8463, K.T. 18.9.2014, RG 4.12.2014-29195.
- AYM, Tevfik Baltacı Başvurusu, Başvuru No: 2013/8074, 09.03.2016.
- AYM, Tevfik Gayretli Başvurusu, Başvuru No: 2014/18266, 25.01.2018.
- AYM, Tevfik Türkmen Başvurusu, Başvuru No: 2013/9704, 03.03.2016.
- AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014.
- AYM, Turan Dal Başvurusu, Başvuru No: 2013/5964, K.T. 06.01.2016.
- AYM, Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/1035, 17.07.2014.
- AYM, U.D.K. ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/19352, 24.05.2018.
- AYM, Uğur Ziyaretli Başvurusu, Başvuru No: 2014/5724, 15.02.2017.
- AYM, Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014.
- AYM, Veli Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/276, 09.01.2014, para. 19
- AYM, Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, 25.03.2014.
- AYM, Yasin Çıldır Başvurusu, Başvuru No: 2013/8147, 14.04.2016.
- AYM, Yeşim Bullock Başvurusu, Başvuru No: 2014/13223, 20.09.2017.
- AYM, Z.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017, RG 06.03.2018-30352.
- AYM, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, 26.06.2014.
- AYM, Zümrüt Ağapınar Başvurusu, Başvuru No: 2015/3747, K.T. 26.12.2018 RG 17.01.2019- 30658.

Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015.

Norm Denetimi

AYM, E.1963/138, K.1964/71, K.T.11.12.1964, RG 2.4.1965-1196.

AYM E.1963/132, K.1966/29, K.T.28.6.1966, RG 27.6.1967-12632.

AYM, E. 1963/337, K. 1967/31, 19.10.1967.

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

AYM, E. 1969/27, K. 1969/64, K.T. 11.11.1969.

AYM, E.1969/68, K.1970/34, K.T. 23.06.1970.

AYM, E. 1970/48, K.1972/3, KT.8-9.02.1972, RG.19.10.1972-14341.

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

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

AYM, E. 1986/16, K. 1986/25, K.T. 21.10.1986.

AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04.11.1986.

AYM, E.1986/16, K.1986/25, K.T. 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358.

AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986, RG 18.04.1987, 19435.

AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988.

AYM, E 1988/19, K 1988/33, K.T.26.10.1988, RG 11.12.1988-20016.

AYM, E. 1988/51, K. 1989/18, K.T. 02.05.1989.

AYM, E.1988/5, K.1988/55, K.T.22.12.1988, RG 25.07.1989-20232.

AYM, E.1989/6, K.1989/42, K.T. 07.11.1989.

AYM, E. 1989/14, K. 1989/49, K.T. 19.12.1989.

AYM, E.1990/4, K.1990/6, K.T.12.04.1990, RG 18.06.1990-20551.

AYM, E. 1990/10, K. 1990/14, K.T. 21.06.1990.

AYM, E.1990/5, K. 1990/28, K.T. 14.11.1990.

AYM, E.1990/27, K.1991/2, K.T.17.1.1991.

AYM, E.1990/12, K.1991/7, K.T. 04.04.1991.

AYM, E. 1990/28, K. 1991/11K, K.T. 02.05.1991.

AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T.04.04.1991, RG.13.08.1991-20959.

AYM, E. 1991/61, K.1992/34K, K.T. 20.05.1992.

AYM, E. 1993/17, K. 1993/41K, K.T. 18.11.1993.

AYM, E. 1994/90, K. 1995/22, K.T. 27.06.1995.

AYM, E.1995/37, K.1995/33, K.T.11.07.1995.

AYM E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, RG 9.8.1997-23075.

AYM, E.1998/14, K. 1998/24, K.T. 26.05.1998.

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

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

AYM, E. 1999/43, K.2001/46, KT.27.02.2001, RG 20.3.2002-240701.

AYM, E.1998/35 K.1998/70, K.T.17.11.1998, RG 15.1.2003-24994.

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

AYM, E.2001/479, K.2005/1, K.T. 06.01.2005.

AYM, E. 2003/56, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005.

AYM, E. 2003/56, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005.

AYM, E.2004/68, K.2005/104, K.T. 23.12.2005.

AYM E.2000/34, K.2005/91, K.T.25.11.2005, RG 8.11.2006-26340.

AYM, E.2006/111, K.2006/112, K.T.15.12.2006, RG 30.12.2006-26392 5.Mükerrer.

AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, K.T.03.04.2007, RG 18.03.2008-26820.

AYM, E. 2005/3, K.2008/53, K.T. 07.01.2008, RG 08.04.2008-26841.

AYM, E.2005/10, K.2008/63, K.T.21.2.2008, RG 7.11.2008-27047.

AYM, E.2008/39, K. 2008/134, K.T. 22.07.2008, RG 18.11.2008, 27058.

AYM, E. 2005/52, K. 2008/181, K.T. 18.12.2008.

AYM, E.2006/99, K.2009/9, K.T.15.01.2009.

AYM, E 2007/64, K 2008/154, K.T.31.10.2008, RG 29.1.2009-27125.

AYM, E 2005/2, K 2008/181, K.T.18.12.2008, RG 7.10.2009-27369.

AYM, E. 2006/94, K. 2009/92, K.T. 25.06.2009, RG 10.11.2009.

AYM, E. 2006/129, K. 2009/121, K.T.01.10.2009, RG 08.01.2010, 27456.

AYM, E. 2008/57, K. 2010/26, K.T.04.02.2010.

AYM, E. 2006/129, K. 2009/121, K.T. 01.10.2009, RG 08.10.2010, 27456.

AYM, E. 2008/76, K. 2010/122, K.T. 30.12.2010.

AYM, E. 2010/46, K. 2011/60, KT.30.03.2011.

AYM, E.2008/56, K.2011/58, K.T.30.03.2011.

AYM, E. 2009/19, K. 2011/4, K.T. 06.01.2011, RG 12.04.2011-27903.

AYM, E.2009/86, K.2011/70, K.T.28.04.2011.

AYM, E.2008/7, K.2011/80, K.T. 18.05.2011.

AYM, E. 2009/93, K. 2011/73, K.T. 28.4. 2011, RG, 15.10.2011-28085.

AYM, E. 2010/85, K. 2012/13, K.T. 26.01.2012.

AYM, E.2011/110, K.2012/79, K.T.24.05.2012.

AYM, E.2012/48, K.2012/75, KT.24.05.2012.

AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, K.T. 05.07.2012.

AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, KT. 20.09.2012.

AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20.09.2012. RG 18.04.2013-28622.

AYM, E. 2011/42, K.2013/60, K.T.09.05.2013.

AYM, E.2011/143, K.2013/18, K.T.17.01.2013, RG 12.07.2013-28705;

AYM, E. 2013/21, K. 2013/57, K.T. 10.04.2013, RG 12.07.2013.

AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, K.T. 09.02.2012, RG 26.07.2013, 28719.

AYM, E.2012/97, K. 2013/51, K.T. 03.04.2013, RG 31.12.2013-28868.

AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, K.T. 29.01.2014, RG 13.05.2014.

AYM, E.2013/89, K.2014/116, K.T.03.07.2014.

AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, RG 22.07.2014-29068.

AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 09.05.2013, RG 25.07.2014-29071.

AYM, E. 2013/ 111, K. 2014/195, K.T. 25.12.2014, RG, 07.01.2015-29229.

AYM, E. 2013/124, K.2013/133, K.T.27.01.2015.

AYM, E.2014/177, K.2015/49, K.T. 11.06.2015.

AYM, E. 2013/1, K. 2014/161, K.T. 11.11.2015.

AYM, E.2013/1, K. 2014/161, K.T.22.10.2014, R.G. 11.11.2015-29529.

AYM, E.2016/133, K. 2017/155, K.T. 15.11.2017.

AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, K.T. 29.11.2017.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi

Government of Republic of South Africa/Grootboom and others 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

Soobramoney v. Minister of Health (No:2), 2002 (5) SA 765 (CC).

Treatment Action Campaign and Others v. Minister of Health and Others (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC).

Hindistan Yüksek Mahkemesi

Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan (1997) 11 SCC 123.

All India Democratic Women Association v. Union of India (1998) 2 SCALE 360.

Almitra H. Patel v. Union of India (2000) 1 SCALE 568, s.570.

Consumer Education and Research Center v. Union of India, 1995 3 SCC 42 (India).

Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi, (1981), 2 SCR 516 (India).

Khatri (II) v. State of Bihar, 1981 (1) SCC 627, 631.

Mahendra Pratap Singh v. Stat of Orrisa, AIR 1997 Ori 37.

Minerva Mills v Union of India, (1976), AIR SC 1789 (India)

Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur (1989) 1 SCC 101.

Paramanand Katara v. Union of India (1989) 4 SCC 286.

Paschim Banga Khet Maazdoor Samity v. State of Bengal, 1996, SCC (4) 37.

People's Union for Civil Liberties ("PUCL") v. Union of India, Writ Petition (Civil) No. 196 (2001) (India).

Rakesh Chandra Narayan v. Union of India, 1991 Supp. (2) 626, 1989 Supp (1) SCC 644, 1994 Supp. (3) SCC 478.

Sheela Barse v. Union of India (1993) 4 SCC 204.

Sodan Singh v. NDMC (1989) 4 SCC 155.

Supreme Court Legal Aid Committee v. State of Madhya Pradesh (1994) 5 SCC 27; 1994 Supp. (3) SCC 489.

Supreme Court of India, Olga Telis & Ors v. Bombay Municipal Corporation & Ors etc., 1985, (3) SCC 545.

Vincent Pannikulangura v. Union of India (1987) 2 SCC 165; Drug Action Forum v. Union of India (1997) 6 SCC 609.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi

Sentencia No: SU-1150/00, 2007.

Sentencia No: T-002/92, 1998.

Sentencia No: T-025/04, 2004.

Sentencia No: T-098/02, 2005.

Sentencia No: T-153/98, 2003.

Sentencia No: T-208/99, 2006.

Sentencia No: T-534/92, 1998.

Sentencia No: T-535/98, 2010.

Sentencia No: T-545/03, 2010.

Sentencia No: T-583/98, 2009.

Sentencia No: T-606/03, 207.

Sentencia No: T-606/98, 2005.

Sentencia No: T-606/98, 2005.

Sentencia No: T-607/98, 2007.

Sentencia No: T-714/96, 2008.

Sentencia No: T-760/08, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Ad- Soyad: Müzeyyen Gözde Atasayan
E-posta: gozde.atasayan@khas.edu.tr

EĞİTİM

2012-2019 : Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Doktora Programı (Tez Konusu: Sosyal Hakların
Yargısallaştırılması)
2009- 2012 : Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Kamu Hukuku Yüksek Lisans
Tez Konusu: “Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi”
2005-2009 : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Birincilikle)

İŞ DENEYİMİ

2011- devam ediyor : Araştırma Görevlisi- Kadir Has Üniversitesi Anayasa Hukuku
Anabilim Dalı
2010- 2011 :Avukatlık (Kocaeli Barosu)
2009-2010 : Avukatlık Stajı

YAYINLANMIŞ MAKALELER

“Anayasa Mahkemesinin 'Twitter' ve 'Youtube' Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.1, İstanbul, Haziran 2014.

“Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açıdan Değerlendirmesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. III, S. 5, Anayasa-Der & Legal Yay., İstanbul, 2014.

“Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, İstanbul, Haziran 2013.

“Kadının Soyadı da Yok”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.

“82 Anayasası’nın Öngördüğü Hükümet Sistemi Üzerine Bir Değerlendirme”- Kocaeli Barosu Dergisi, Sayı: 2011/1

YAYINLANMIŞ KİTAPLAR

Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, 12 Levha Yay., İstanbul, 2012

ÜYE OLUNAN KURULUŞLAR

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, RACSE/ANESC

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
 Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
 Hazırlayanın Adı Soyadı : Müzeyyen Gözde Atasayan
 Tez Başlığı : Sosyal Hakların Yargısallaştırılması
 Savunma Tarihi : 27 / 06 / 2019
 Danışmanı : Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

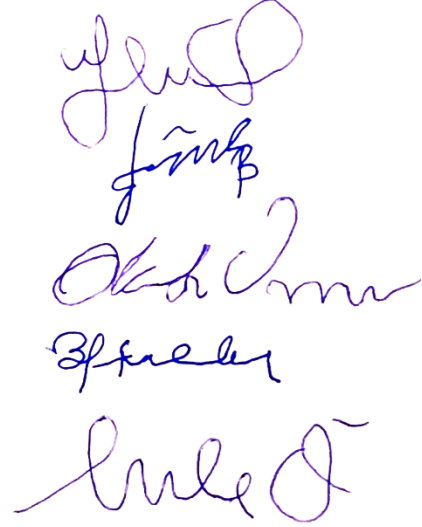
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Prof. Dr. Erdoğan Bülbül

Prof. Dr. Oktay Uygun

Prof. Dr. Bertil Emrah Oder

Prof. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

