

## TEORİDEN PRATIĞE; SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

Gökhan Candoğan  
Avukat

### ÖZET

İnsan hakları kuramının en çok tartışmalı alanı olan sosyal haklara yönelik eleştirilerden biri, bu hakların sübjektif hak karakteri taşınamaması ve içeriğinin belirsiz olması gibi gerekçelerle, “dava edilebilir olma” niteliğini taşınamamasıdır. Liberal öğretiye bağlı yazarlar, sosyal hakların soyut ve dava edilebilir nitelikte olmaması karşısında, tali nitelikte olduğunu ileri sürmektedirler. Buna karşın, sosyal haklara anayasalarında yer veren demokratik hukuk devletlerinde, bu haklara ulaşma amacıyla hukuk yollarına başvurma eğiliminin son yıllarda giderek arttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu çerçevede, çalışmamızda, öncelikle “dava edilebilirlik” kavramının teknik olarak dava açabilme hakkından öte bir anlam taşıdığı, adil yargılanma hakkına uygun bir sürecin sonunda etkili sonuçlara ulaşma şansı olmaksızın sosyal hakların “dava edilebilir” nitelikte sayılamayacağı ifade edilecektir. Ardından da, son zamanlarda sosyal haklara yönelik olarak açılmış davalardan örnekler verilerek, sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda, bu örnekler üzerinden değerlendirmeler yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal haklar, sosyal hakların dava edilebilirliği, adil yargılanma hakkı

### ABSTRACT

Social rights are the most controversial domain of the human rights theory. One of the criticisms against these rights is that they are not “justiciable” on the grounds that they do not possess a character as a subjective right and their substance is unspecific. Authors attached to the liberal doctrine claim that social rights are secondary in nature as they are abstract and not justiciable. However, it would not be wrong to say that recently, in democratic states governed by the rule of law, the tendency to apply legal means in order to access these rights is on the rise. In this context, this article suggests that the concept of “justiciability” technically goes beyond the right to litigation and that social rights cannot be deemed “justiciable” if there is no chance to obtain effective remedies following a process that is consistent with the right to fair trial. Subsequently, this claim is illustrated by recent cases opened to access social rights, followed by an evaluation about the justiciability of social rights based on these examples.

**Key Words:** Social Rights, justiciability of social rights, the right to fair trial

## GİRİŞ

Sosyal hakları, toplumun “umuda en çok ihtiyaç duyan” kesimine yönelik hak demeti olarak görebiliriz. 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 edemeyecektir. İnsan haklarını bir bütün olarak gören / kabul eden bu anlayış, liberal öğretiden şiddetle eleştirilmiştir. Hayek’e göre, “..köylülere, Eskimolara ve hatta Himalaya’nın Kar adamına ‘ücretli periyodik tatil’i garanti eden bir ‘evrensel hak’ anlayışı tümüyle saçmalaktır.” (aktaran Uygun, 2000: 35)

Uluslararası literatürde, sosyal hakları tali kabul eden liberal anlayışı çerçevesinde, sosyal hakların “dava edilemez” olduğu tezinin üç dayanağı olduğu ileri sürülmektedir (Porter, 2007, 1). Bunlardan birincisi, sosyal hakların medeni ve siyasi haklardan özü itibarıyla farklı olduğu, açık / belirgin ve hukuken tanımlanabilir olmadığıdır. İkinci olarak, seçimle gelmeyen yargı organlarının, seçilerek gelen hükümet organları tarafından belirlenen sosyal ve ekonomik politikaya davalar yoluyla müdahale etmelerinin demokrasiye ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Üçüncü olarak da, sosyal ve ekonomik hakların karmaşık konularının, kaynak tahsisi temelinde ele almak anlamına geldiği, yargı organlarının böylesi bir alanda yargılama yapma yetkinliğine sahip olmadıkları savunulmaktadır.

Bu iddiaları değerlendiren Porter; demokrasi için insan hakları tanımının daraltıcı değil, genişletici bir role sahip olduğu temelinde soruna yaklaşmak gerektiğini, azınlık haklarının yargısal gözetimi yoluyla zayıf ve incinebilir grupların haklarının ihlal edilmemesine güvence sağlanmasının demokrasiyi geliştirdiği göz önüne alındığında, aynı gerekçe / hedefle gıda, barınma, sağlık ve eğitim hizmetleri gibi sosyal hakların da yargısal güvenceye sahip olması gerektiğini, nitekim, BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Kültürel Komitesinin “.. bu alandaki sorumluluklarını göz ardı etmeleri, Mahkemelerin savunmasız ve dezavantajlı grupların haklarını koruma kapasitelerini büyük ölçüde gölgeleyecektir.” ifadesiyle “dava edilebilirliğin” önemini gösterdiğini belirtmiştir. (Porter, 2007, 2-5) Kaldı ki, Mahkemelerin sosyal ve ekonomik haklar konusundaki yargılama yetkilerinin varlığının, sosyal programları oluşturma / tasarlama işlevini üzerlerine aldıkları anlamına gelmediği, yargı yetkisi içinde yer alan, hak ihlali iddialarını dinleyip hükme bağlayabilmeleri anlamına geldiği vurgulanmalıdır.

Sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda, İngiltere ve Güney Afrika karşılaştırmalı incelemesi yapan Georgina, dava edilemezlik tezine dayanak gösterilen üç gerekçeye de cevap verirken, medeni ve siyasi hakların da gerçekleşmesi için kaynak tahsisi gerektirdiğini (seçimlerde yurttaşların seçim sandıklarına ulaşabilmelerini, seçimin şeffaf ve adil olması sağlama için pozitif yükümlülükler üstlenme gibi) belirterek, dava edilebilirlik tezini desteklemiştir. (Georgina, 2010: 8-10)

Sosyal hakların dava edilebilirliği konusu uluslararası alanda belirgin olarak ana tartışma noktalarından birisi olmaya başlarken, ne yazık ki ülkemizde, özellikle akademik çalışmalar oldukça yetersizdir. Sosyal hak tartışmasının ana eksenini oluşturan küreselleşme ve özelleştirme işlemlerinin yoğun bir şekilde yaşama geçirildiği ülkemizde, siyasal söylem bazında “sosyal devlet” üzerinden bir tartışma olmakla beraber, yargılama pratiğinde giderek artan davalara rağmen, bu davaları ele alan, sosyal hak kuramı içerisinde tanımlayan, yol ve yön gösterici çalışma neredeyse yok gibidir.

Sosyal hakka dair çalışmalarında, Algan (Algan, 2007) ve Bulut (Bulut, 2009) “dava edilebilirlik” kavramı dahil olmak üzere konuyu tartışmış olmakla beraber, dava edilebilirlik tartışmasının yargı pratiğine yansımaları noktasında “yoğunlaşmış” bir tartışmaya ihtiyaç vardır.

Bu eksiklikten yola çıkarak, çalışmamızda, sosyal hakların yargı pratiğine değinilerek, ihtiyaç duyulan teorik / akademik alt yapı işaret edilerek, önümüzdeki dönemde açılacak / olası yeni sosyal hak davalarının tasarımına katkıda bulunulmak istenmiştir.

## I. SOSYAL HAKLAR LİSTESİ

Sosyal haklara yönelik listeleme çabası, belirli anlamda sınırlandırma anlamına gelmekle beraber (Bulut, 2009: 72), genel kabul gören metinler / sözleşmeler ile kabul edilen hakları ifade etmek yerinde olacaktır.

Talas, sosyal hakları, dönemin diliyle; *iş hakkı, toplanma ve dernek kurma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eşit ücret hakkı, asgari ücret, normal çalışma müddetleri hakkı, ücretli izin hakkı, kadın ve çocukların hususi himaye görme hakkı, ailenin himayesi, grev hakkı ve kolektif müzakere hakkı* olarak saymıştır. (Talas, 1956, 287-302)

Avrupa Sosyal Şartı’nın geliştirilmesi temelinde hazırlanan ve Avrupa Konseyi tarafından 3 Mayıs 1996 tarihinde kabul edilen (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı ile imzacı devletler; haklarının, yaşam standartlarını ve sosyal refah düzeyini yükseltmek için, Sözleşme’nin II.bölümünde sayılan aşağıdaki hakların Sözleşme ile belirlenen asgari bölümünü sağlamayı kabul ve taahhüt etmişlerdir:

- Çalışma hakkı
- Adil çalışma koşulları hakkı
- Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı
- Adil bir ücret hakkı
- Örgütlenme hakkı
- Toplu pazarlık hakkı
- Çocukların ve gençlerin korunması hakkı
- Çalışan kadınların analığının korunması hakkı
- Mesleğe yöneltme hakkı
- Mesleki eğitim hakkı
- Sağlık korunması hakkı
- Sosyal Güvenlik hakkı
- Sosyal ve tıbbi yardım hakkı
- Sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı
- Özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı
- Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı
- Çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı
- Diğer âkit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı

- Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı
- İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı
- Bilgilendirilme ve danışılma hakkı
- Çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkı
- Yaşlıların sosyal korunma hakkı
- İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı
- İşverenlerinin iflası halinde çalışanların haklarının korunması hakkı
- Onurlu çalışma hakkı
- Ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı
- Çalışanların temsilcilerinin işletmede korunma ve kolaylıklardan yararlanma hakkı
- Çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkı
- Toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı
- Konut hakkı

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli toplantısında alınan kararlar kabul edilen, Türkiye'nin 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladığı ve 10.07.2003 tarih ve 5923 sayılı Kanun ile onayladığı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin "maddi haklar" başlıklı bölümünde de, aşağıdaki sosyal haklar güvenceye alınmıştır:

- Çalışma hakkı,
- Adil ve uygun işte çalışma şartları,
- Sendikal haklar,
- Sosyal güvenlik hakkı,
- Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması,
- Yaşama standartı hakkı,
- Sağlık standartı hakkı,
- Eğitim hakkı,
- Zorunlu ilköğretimi sağlama yükümlülüğü,
- Kültürel yaşama katılma hakkı.

Bu iki uluslararası belgede yer alan sosyal haklar listesi, öğretilerde de genellikle kabul edilmektedir (Bulut, 2009: 72-vd). Öte yandan, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu tarafından hazırlanan Anayasa Raporunda da, ".Yeni Anayasada güvenceye alınması gereken sosyal haklar listesi, yukarıda değinilen sözleşmeler temelinde belirlenmelidir. Özellikle, bu alandaki en yeni sözleşme olan vet küreselleşme yıllarında belgelere yazılan yeni sosyal hakları da içeren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı temel alınmalıdır..." (DİSK, 2009:46) ifadeleri ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (GG ASS) yer alan/sayılan sosyal hakların yeni Anayasa açısından temel alınabileceği ortaya konulmuştur.

## II. DAVA EDİLEBİLİRLİĞİN TANIMLANMASI

Çalışmamız açısından "dava edilebilirlik" kavramının tanımlanması, daha doğrusu, içeriğinin belirlenmesi önemlidir. Zira, dava hakkı olmayan hak alanlarının açık bir şekilde belirlenmesi ve böylelikle dava açılabilir haklar ile ilgili fiili durumun açıklanması gerekmektedir.

Algan, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile kişisel ve siyasal haklar arasındaki farklılık iddiası temelinde ele aldığı dava edilebilirliği şöyle tanımlamaktadır: "*İngilizce'de 'justiciability' biçiminde ifadesini bulan terim, bir hakkın yargı organlarının ya da benzer bir işlevi yerine getiren diğer organların incelemesine konu edilebilmesi yeteneği*" (Algan, 2007: 143-144)

Kanımızca, "dava edilebilirlik" sorununu "iş hukuku" ve "idare hukuku" olarak iki alt başlıkta incelemek, daha doğru olacaktır. Sosyal haklar ile ilgili yasal süreçlerde, davalı, yani, dava edilen konumunda ya bir işveren ya da bir kamu kurumu / idare olacaktır. Bazı durumlarda ise, kamu işvereni sıfatıyla idareye karşı iş hukuku çerçevesinde İş Mahkemelerinde dava açılması da söz konusudur. Sonuçta, sosyal hak ile ilgili davalar, özel hukuk tüzelkişisi konumundaki işverenlere karşı her durumda İş Mahkemelerinde açılırken, kamu tüzelkişisi / idareye karşı açılan davalar, dava ve uyuşmazlığın niteliğine göre idari yargı organları (idare mahkemeleri ile Danıştay) ve / veya iş mahkemesinde açılacaktır.

Bu ayırımın doğrudan sonuçları / etkileri vardır. Anayasamızın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü şöyle tanımlanmıştır:

*"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. (1)*

*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."*

Anayasa'nın "yargı yolu" başlıklı 125. maddesinde ise, kural olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı dava açılacağı ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnaları da, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile (örneğin rektör ataması gibi) Yüksek Askeri Şura'nın, terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme işlemleri dışındaki işlemleri olarak açıkça tanımlanmıştır.

Bu hükümlere göre, idare hukukunda, yukarıda belirtilen iki istisna dışında, her tür idare işlemine / kararına karşı dava açma hakkı mevcuttur. Yani, Anayasa ve usulüne uygun olarak kabul edilip onaylanmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile tanınan sosyal haklara dair kesin / icrai nitelik taşıyan tüm idare kararlarına / işlemlerine karşı, idari yargı organlarında dava açma hakkı mevcuttur.

Buna karşın, iş hukukunda, işverene karşı açılacak sosyal hak davalarında, en azından uygulamada, sınırlamalar mevcuttur. Örneğin, yasal bir düzenleme ile kabul edilinceye kadar -ki belli koşullara dayalı olarak kabul edilmiştir- işverenin iş akdinin feshine dair kararlarına karşı işe iade istemli dava açma hakkı uygulamaya geçememiştir. Yani, idare hukukunda, dava edilebilirlik esas olup bu konuda özel bir yasa hükmüne ihtiyaç duyulmazken, iş hukuku uygulamasında yasa hükmü ile tanımlanmış hak ve uyuşmazlıkların dava konusu edilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu ayırım, sosyal hakların devletin “pozitif edimini” gerektiren haklar ya da “isteme hakları” olarak görülmesi ile de ilişkili düşünülebilir. Geleneksel insan hakları öğretisindeki hakim görüş, sosyal hakların temel niteliğinin, devlete pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getiren haklar olduğudur. Sosyal hakların, kişi haklarından farklı olarak, hak sahiplerine yargı organları önünde dava açma olanağı veren sübjektif haklar niteliği taşımadığını ileri süren hakim görüş, özellikle 1990’lı yıllardan bu yana uluslararası insan hakları öğretisinde eleştirilmiştir. “Sosyal hakların dava edilebilirliği / yargılanabilirliği” konusundaki gelişmeler, bu eleştiri ve gelişmelerin sonucudur. Devlet, sosyal haklar için adım atmalı, düzenleme yapmalıdır. Yalnızca düzenlemeler yapmakla yetinmemeli, aynı zamanda haklardan yararlanma ve somut ilerlemeler sağlayacak olumlu edimde bulunma yükümlülüğünü de yerine getirmelidir. Başka bir deyişle, bu hakların birincil muhatabı / sorumlusu devlet / kamudur. Bu nedenle, uluslararası temel metinler ile hukuksal güvenceye alınan sosyal hakların ihlal edilmesi, devletin belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, devlete / idareye karşı dava açma hakkının sınırlandırılması sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

Dava edilebilirliğin şekilsel ön koşulu bu şekilde ortaya konulduktan sonra, dava edilebilirliğin kendi bünyesinde taşıdığı kısıtlamalara değinmek yerinde olacaktır.

İdare hukukuna özgü bir dava türü olarak iptal davası, “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan” davalardır. Başka bir anlatımla, idare hukukunda bir işlemin “dava edilebilir” olması, o işlemin “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat / amaç” yönlerinden, bir bütün olarak hukuka uygunluk denetimine tabi olması / tutulabilmesi demektir.

“Dava edilebilirlik” kavramı, aynı zamanda “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde de ele alınmalıdır. Anayasamızın 36. maddesi ile tanınan, “yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlayan” adil yargılanma hakkı (İnceoğlu, 2002 : 4), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamasında, “silahların eşitliği ilkesini” de içerir şekilde yorumlanmaktadır (İnceoğlu, 2002: 212, vd).

AİHM, genel ve geniş bir kavram olan “hakkaniyet”in ilk ve en önemli gereğinin, tarafların arasında “silahların eşitliği”, diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün bir yargılama boyunca korunması, olduğunu ifade etmektedir (M. K. Del Court / Belçika 1970; Monnel ve Morris / İngiltere 1987; Ekbatani / İsveç 1988).

Silahların eşitliği ilkesi gereği, AİHM, delillerin toplanması, bilirkişi incelemesi yapılması, tanık dinlenilmesi istemlerinin reddinin yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirebileceğini düşünmektedir (Barbera Messegue and Jabardo v. Spain, 1994 : 68).

Yine Hentrich v. France kararında (22.9.1994) Mahkeme, iç hukuktaki yargılama sırasında **başvurana davasını ispat için makul bir imkan sunulmadığı** gerekçesiyle Sözleşme madde 6/1 kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşırken, Hiro Balani v. Spain (App. No: 18064/91, 9 Aralık 1994) kararında, **Başvuran’ın açık / belirli ve yanıt gerektiren dilekçesinin ulusal yargı organı tarafından cevaplandırılmamış oluşunu**, Sözleşme’nin sözü edilen kuralının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın madde 141/3 kuralında öngörülen, “mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olarak” verilmesi zorunluluğu ile yukarıda temel ilkeleri ifade edilen “adil yargılanma hakkı” bir arada değerlendirildiğinde; sosyal hakka dair bir uyuşmazlığın idari yargı organında “dava edilebilir” olması, teknik olarak böyle bir davanın açılabilir olmasının çok ötesinde, taraf delillerinin toplanması, iddia / tezlerinin kapsamlı bir şekilde ele alınması ve sonuçta ortaya çıkan kararın tarafları tatmin eder bir içerikte / etkili olması demektir.

Bu noktada, bir iki ciddi engel mevcuttur. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile “Anayasa’nın yargı yolu” başlıklı 125. maddesinin 4. fıkrasıyla, “yerindelik denetimi” yasağı Anayasa’ya konulmuştur:

**“(Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.)** Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”

Yerindelik denetimi yasağının Anayasaya taşınması, idari yargı organlarının “sebepe ve amaç” yönünden yaptıkları hukuka uygunluk denetimini işlevsizleştirme amacına yönelik bir değişiklik sayılabilir. (Kaboğlu, 2010: 58) Nitekim, bu değişiklikle ilgili teklifte,

**“...125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde ‘...yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği...’ belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkrafta yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.”**

denilip, genellikle sosyal haklar ve çevre lehine verilen kararlar ima edilerek niyet açıkça ifade edilmiştir. Yasama organı, yerindelik denetimi yasağını Anayasa hükmü haline getirerek, kanımızca, hükümet tasarrufu ve / veya yargı kısıntısı olarak tanımlanan ve bazı idare işlemlerinin, yasal bir dayanak olmaksızın yargı denetimi dışına çıkarılması sürecini canlandırmak istemektedir:

**“... hükümet tasarrufu deyimi ile ya hükümetin ya da hükümet dışındaki bir idari kuruluşun, yargı denetimi dışında kalan kimi ‘üst siyasi/idari etkinlikleri’ anlatılmak istenir. Anılan etkinliklerin yapılması sırasında kimi idari işlemlere karşı bir dava açıldığında, İdari Yargı mercileri ya ‘siyasi neden ve düşünce’ ya da ‘işlemin mahiyeti gereği’ gibi, aslında hukuksal olmayan gerekçelerle, ‘davayı ön koşullar’ yönünden reddetmişlerdir. Hükümet tasarrufları, hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin doğal bir sonucu olan, idari işlemlerin yargı denetimine açık olması anlayışının**

*bir istisnasını oluşturmakta ve idarenin takdir yetkisinin iyice genişlemesine yol açmaktadır...*” (Giritli, 2001: 102).

Son dönemlerde, doğrudan bu gerekçe ile ön koşullar yönünden red kararına rastlanmamakla beraber, “utangaç yargı kısıntısı” olarak tanımlanabilecek pek çok karar vardır. Mahkeme, teorik olarak, davayı esastan incelemekte, ancak, adil yargılanma hakkına aykırı olarak, hukuka uygunluk denetimini yetki / şekil gibi unsurlar ile sınırlayarak, sebep ve amaç denetimine girmeksizin davayı reddetmektedir.

Son anayasa değişikliği ile siyasi atmosferin mevcut iktidar lehine devam etmesi durumunda, yeniden şekillenen yüksek yargıdan bu tür kararların daha sıklıkla çıkması mümkündür. Bu durum, yargı organlarının sebep ve amaç ögesi üzerinden yaptıkları “hukukilik” denetimi ile “yerindelik” denetiminin de birbirine karıştırılmasına yol açacaktır. Algan’ın deyişiyle, “... Yargı organlarının kaynakların tahsisi konusundaki siyasal tercihleri denetleyememesi, tahsis edilen kaynakların ne derece amaca uygun olarak kullanıldığını da denetleyememesi anlamına” gelmemelidir (Algan, 2007: 150)

Kaldı ki, sosyal haklar açısından, sebep ve amaç yönünden denetimi “işlevsiz kılmaya” yaraması olası bir Anayasa hükmü de mevcuttur. Anayasa’nın “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65. maddesinde, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” denilerek, sosyal haklara dair her davada, yerine getirmeme gerekçesi olarak kullanılabilir bir hüküm tesis edilmiştir. Sosyal haklara yönelik teorik ve pratik tartışmaların merkezinde yer alan 65. madde, Anayasanın “**devletin temel amaç ve görevleri**” başlıklı aşağıdaki 5. maddesinde öngörülen aşağıdaki hükmü dengeleme ve bir anlamda işlevsizleştirme amacı taşır:

*“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.”*

Kanımızca, sosyal haklara ilişkin davalarda, Mahkemeler, bu tür yolları sapmak-sızın, hakkın içerik ve amacını sorgulayan etkin bir denetim işlevi görmelidir. Kamu görevlilerinin “Toplu Sözleşme Hakkı” içerir Sendikal örgütlenme hakkı çerçevesinde bir Sendika (Tüm Bel-Sen) adına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru sonucunda, AİHM Büyük Daire tarafından verilen 12 Kasım 2008 tarihli kararda, “... AİHS her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğundan, **AİHM, AİHS’yi, AİHS’de yer alan hakları teorik ve aldattıcı değil uygulanabilir ve etkili kılacak bir şekilde yorumlamalı ve uygulamalıdır**” denilerek, “olması gereken yargı” işlevine işaret edilmiştir (bkz. diğer kararların yanı sıra, Stec ve Diğerleri – İngiltere (karar) [BD], no. 65731/01 ve 65900/01).

Sonuç olarak, sosyal hakların “dava edilebilirliği”, bir yandan doğrudan “dava açabilme hakkını” içerirken, bir yandan da “açılan davanın etkililiğini” sorgulamalıdır. Aksi takdirde, teknik olarak dava açabilmenin mümkün olduğu kanısıyla hareket edilerek, fiili durum ile hiç bağdaşmayan bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır.

### III. ÖRNEK DAVALAR

Aşağıda, çoğunluğu hâlâ idari yargıda devam etmekte olan davalardan örnekler sunulmaktadır. Sosyal hak uyumsuzluklarının önemli bir yanı da görünen/fiili davacının dışındaki geniş toplumsal kesimleri de yakından ilgilendirmesi nedeniyle katılımcı demokrasi çerçevesinde dava süreçlerinin paylaşılmasının zorunluluğudur. Bu çerçevede, Meclise yönelik “görülmekte olan dava ile ilgili görüşme/beyan yasağı” bu çalışma gibi bilimsel/hukuki tartışmalara engel değildir.

#### 1. Asgari Ücret Davası

Talas, temel sosyal haklardan birisi olan “adil ücret hakkı”nı somutlaştıran ve bir anlamda diğer sosyal hakların tümü ile bağlantılı “asgari ücret”i “.. işçiye ailesi ile birlikte yaşadığı cemiyet içinde kabule şayan bir hayat seviyesi temin eden ücret” biçiminde tanımlamıştır (Talas, 1956: 296). Danıştay 10. Dairesi’nin 1995/5261 E. 1997/3668 K. sayılı 14.10.1997 tarihli kararında ise, “**asgari ücretin pazarlık ücreti olmadığı, işçinin geçimini sağlayacak taban ücreti olduğu, uzun dönemde ekonomik ve sosyal koşulların iyileşmesinde yardımcı, hakça gelir dağılımını sağlayıcı olması**” özellikleri vurgulanmıştır.

Asgari ücret, T. C. Anayasası’nın “**ücrette adalet sağlanması**” başlıklı 55. maddesinin 3. fıkrasında yer bulmuştur:

*“..Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.”*

4857 sayılı İş Yasası’nın “asgari ücret” başlıklı 39. maddesine göre de:

*“İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.”*

Bu hükümler çerçevesinde, asgari ücret tespiti idari bir karar olup, Anayasanın 125. maddesi gereği, “dava edilebilir” niteliktedir. Bu anlayışla, Petrol İş Sendikası adına, 2010 yılı için Asgari Ücret Komisyonu’na belirlenen asgari ücretin ve yaşa dayalı ayrımcılık içeren Yönetmelik hükmünün iptali istemiyle Danıştay 10. Dairesi’nde dava açılmıştır.

“Bireysel” nitelik taşımayan bu davada öncelikle, asgari ücretin, 16 yaşından büyükler için ayrı, küçükler için ayrı olarak belirlenmesinin “yaşa dayalı ayrımcılık” oluşturduğu ileri sürülmüştür. Gülmez, bu konudaki değerlendirmesini şöyle ortaya koymuştur:

*“Asgari ücret tutarının, yıllardan beri, 16 yaşını dolduran ve doldurmayan işçilere göre farklı ve ‘yaş’a dayalı ayrımcılık yapılarak saptanması konusundaki yerleşik uygulama, kanımca anayasal ve yasal temeli olmayan Asgari Ücret Yönetmeliği’ne (m. 5 ve 7) dayanmaktadır. Böylece, yasamanın tanımadığı bir yetkinin, Bakanlığın çıkardığı bir yönetmeliğe dayalı olarak, hem başta Anayasa olmak üzere iç hukukumuza ve hem de iç hukukumuzun ‘ayrılmaz parçası’ niteliği taşıyan ve ‘ulusalüstü’ hukuksal değer kazandırdığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı biçimde kullanılması sürdürülmektedir” (Gülmez, 2009: 633 vd).*

Dava ile ileri sürülen bir diğer argüman da, asgari ücret belirlenmesinin **açıklanabilir, maddi, bilimsel ve hukuki temeli olan verilere dayalı olması zorunluluğudur**. Zira, Asgari Ücret Yönetmeliği'nin 4. maddesinin d bendinde, “*Asgari ücret: İşçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret*” olarak tanımlanmış, daha doğru bir anlatımla asgari ücreti belirlemeye esas ölçütler ortaya konulmuştur.

Bu “belirleme”nin objektif sayılabılmesinin ön koşullarından birisi, kanımızca, Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileridir. Asgari Ücret Tespit Komisyonunda TÜİK temsilcisi de yer almaktadır. 2010 yılına kadar TÜİK tarafından bir “belirleme” yapılarak Komisyona sunulurken, 2010 yılı için yapılan görüşmelerde TÜİK’den “veri / rakam” alınmaksızın asgari ücret tespit edilmiştir.

Davada, aşağıdaki tablo ile asgari ücretin gelişimi ortaya konularak, TÜİK belirlemesine bile uymayan asgari ücret tespiti kararlarının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür

	TÜİK'in belirlediği asgari ücret-NET	Komisyonun belirlediği Asgari Ücret-NET	Fark	Açlık Sınırı yıl ortalaması (Türk-İş- 4 kişilik aile)	Yoksulluk Sınırı yıl ortalaması (Türk-İş 4 kişilik aile)
Ocak 2001	153.44	102.37	-51.07		
Temmuz 2001		107.32			
Ağustos 2001	195.06	122.19	-72.87		
Ocak 2002	255.46	163.56	-91.90		
Temmuz 2002	274.65	184.25	-90.40		
Ocak 2003	326.60	226.00	-100.60		
Ocak 2004	397.00	303.08	-93.92		
Temmuz 2004	395.21	318.23	-76.98		
Ocak 2005	422.06	350.15	-71.90	527.20	1,717.00
Ocak 2006	508.19	380.46	-127.73	575.79	1,875.00
Ocak 2007	598.00	403.02	-194.98	642.10	2,091.00
Temmuz 2007		419.15	-178.85		
Ocak 2008	640.00	481.55	-158.45	720.66	2,347.00
Temmuz 2008		503.26	-136.74		
Ocak 2009	720.00	527.13	-192.87	739.34	2,408.00
Temmuz 2009		546.48	-173.52		
Ocak 2010		577.00		795.00	2,588.00
Temmuz 2010		599.58			

**Kaynak:** CHP Basın Açıklaması, 2010

Davaya cevap veren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı; aşağıdaki gerekçeleri ileri sürerek davanın reddini istemiştir:

- Asgari ücret tespit komisyonu kararlarının kesin olması, dava edilememesi,
- Asgari ücretin, Anayasa'nın 65. maddesi çerçevesinde, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum dikkate alınarak, yıllık enflasyon hedeflerine göre belirlenmiş olması,
- Küçükler için ayrı bir asgari ücret belirlenmesinin Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan küçüklerin çalışma şartları bakımından –özel olarak- korunması hükmünün gereği olması.

Cevap kadar önemli olan nokta, davalı idarenin, asgari ücretin tespitine esas olan işlem dosyasını Mahkemeye sunmamasıdır. Hangi çalışmaya, bilimsel ve ekonomik verilere dayalı olarak asgari ücretin belirlendiğinin tespiti konusunda yargı denetiminin tam ve etkin bir şekilde yapılabilmesinin tek yolu işlem dosyasının incelenmesidir. Oysa davada, idare, ne işlem dosyası ne de tek bir sayfa belge sunmuştur.

Bu durum tarafımızca Mahkemeye iletilmiş ve dava konusu işleme yönelik yargı denetimini işlevsizleştirerek bu durum göz önüne alınarak, idareden işlem dosyasının tekrar istenmesi talep edilmiştir. Buna karşın Danıştay 10. Dairesi, isteğimizi dikkate almaksızın “yürütmenin durdurulmasını” reddetmiştir. Bu karara 22.07.2010 tarihinde itiraz edilmiş sonucu beklenmektedir.

Davanın bu aşamasına kadar olan durumu bile, “dava edilebilirliği” kabul edilen bir sosyal hak uyuşmazlığında, “utangaç yargı kısıntısı” ile ne kastettiğimizi açıkça ortaya koymaktadır. Türkiye'nin tamamını, kimilerini doğrudan ve kimilerini de dolaylı olmak üzere tüm ücretlileri (çalışanları ve emeklileri) ilgilendiren asgari ücret ile ilgili davaya, idare, tek bir sayfa döküman sunmamış, asgari ücretin hangi somut verilere dayalı olarak, hangi yöntemle hesapladığını belirtmeksizin davanın reddini istemiştir. Mahkeme de, işlem dosyası ve açıklama talebini karşılamaksızın yürütmenin durdurulması istemini reddederken, bir anlamda, asgari ücret tespitine dair kararın hukuka uygunluk denetimini yapamayacağını / yapmayacağını söylemek istemiştir. Kaldı ki, 2010 yılında geçerli olan ücret için açılan davada, yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararına yapılan itirazın aradan geçen neredeyse bir yıllık sürede sonuçlandırılmamış oluşu da, makul sürede yargılama hakkını ihlal ettiği gibi, davanın esasını çözümlenme isteksizliğini de göstermektedir.

## 2. Geçici Personelin Sendika Hakkı Davası

Türkiye'nin TEKEL işçilerinin eylemi ile haberdar olduğu “4/C’li geçici personel” sorunu, devlet eliyle, her türlü sosyal haktan yoksun “personel” çalıştırmanın formülü olarak giderek yaygınlaştırılmaya çalışılmaktadır. Kanımızca, “geçici personel” istihdamı sosyal hukuk devletinin “ölçüsü” olma yolundadır.

Kamu hizmetlerinde dörtlü istihdam biçimi öngören 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C bendine göre geçici personel:

*“Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde Sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.”*

Geçici personelin, temel sosyal haklardan olan “örgütlenme hakkı”nı kullanabilmesi yoğun bir dava sürecinin sonunda mümkün olabilmıştır. Yasa hükmünde açıkça “işçi sayılmayan” ibaresi yer aldığı için, kamu kurumlarında çalıştırılan geçici personelin sendikal haklarını 4688 sayılı yasa çerçevesinde, kamu görevlileri sendikaları içinde kullanma istemler gündeme gelmiş ve buna sıcak bakan sendikal örgütlenmeler üye yapma sürecini başlatmışlardır.

Bu çerçevede, HAKSEN Konfederasyonuna bağlı Büro Çalışanları Hak Sendikasına (Büro Haksen) üye olan, TÜİK’de çalışan bir geçici personelin, üyelik formunun idare tarafından işleme konulmaması üzerine, 26.05.2008 tarihinde Ankara 15. İdare Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Davada, diğer temel metinler yanında 151 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ / ILO) Sözleşmesine de atıf yapılarak, çalışanların sendika hakkı olduğu ileri sürülmüştür. Davalı idare ise, geçici personelin kamu görevlisi sıfatını taşımadığını, sendika hakkından yararlanamayacağını ileri sürmüştür.

İdare Mahkemesi, 4688 sayılı yasanın “işçi dışındaki tüm çalışanları” içerdiğini, buna göre, işçi sayılmayan geçici personelin 4688 sayılı yasa kapsamında kurulan sendikalara üyelik hakkının bulunduğunu kabul ederek, işlemleri iptal etmiştir. Bu karar, 26.03.2010 tarihinde Danıştay 5. Dairesi tarafından onanarak kesinleşmiştir (E. 2009/5363, K. 2010/1713).

Bu karara rağmen, İdare, Sendika tarafından gönderilen pek çok sayıda üyelik formunu yine işleme koymamıştır. Bu nedenle 2009 yılında Ankara 16. İdare Mahkemesinde yeni bir dava açılmış ve bu dava sonunda da, Mahkeme, yukarıda belirtilen gerekçelerle geçici personelin sendikaya üyelik hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

Geçici personelin sendikaya üyelik süreci, toplumsal sorunlara yargının bakış açısının zaman içerisinde değiştiğinin de göstergesidir. Danıştay 5. Dairesi, 09.04.2008 tarihli bir kararında, geçici personelin 4688 sayılı sendikalara üye olmasının mümkün olmadığı yönünde bir karar vermişken (E. 2006/5868, K. 2008/2009), TEKEL işçilerinin eylemi ile geçici personel tartışmasının Türkiye gündemine oturmasından sonra verdiği 26.03.2010 tarihli karar ile, sendikaya üyelik hakkının varlığını kabul etmiştir.

Bu davalarda dikkat çekici olan husus, idarenin 4688 sayılı yasaya göre kurulan sendikalara geçici personelin üye olamayacağını savunurken, esasında, bu personelin sendika hakkının bulunmadığını da zımnen savunabilmesidir. Zira, yasada açıkça “işçi sayılmayan” dendiği için geçici personel işçi sendikalarına üye olamamakta, işçi sendikaları da buna pek yanaşmamaktadır. İdareye göre, ne işçi ne de kamu görevlisi olan geçici personelin, diğer sosyal haklar gibi, örgütlenme hakkı da yoktur.

Geçici personelin kamu görevlileri sendikalarına üye olmaları, çözüm müdür? Kanımca, hayır. Geçici personel, yaptığı iş itibarıyla 4857 sayılı İş Yasasına tabi olmalı ve işçilere tanınan tüm haklardan yararlanmalıdır. Grev hakkından yoksun kamu görevlileri ve sendikalarının sorunlarını çözmedeki yetersizlikleri açıkken, çoğu durumda çıkar çatışması içinde oldukları geçici personelin de aynı sendika içinde yer alması, durumu çözümsüzlüğe doğru itmektedir.

### 3. Özelleştirme Mağduru İşçilerin Geçici Personel Statüsüne Başvurusu İçin Öngörülen Süre İle İlgili Dava

Son yıllarda yapılan en etkili, ses getirici işçi eylemi niteliğinde olan TEKEL işçilerinin 4/C eylemi, hukuk dünyasında da önemli etkiler doğurmuştur. Kamuoyunun geçici personel sorununu algılamasının ötesinde, bu konularda açılan davalardaki bakış açısı da belirli ölçüde değişmiştir.

Eylemin öncüsü olan Tek Gıda İş Sendikası ve üyeleri, bir yandan eylem sürecini yürütürken, diğer yandan da davalar yoluyla kazanım elde etmek istemişlerdir. Bu çerçevede, geçici personel statüsünü düzenleyen Bakanlar Kurulu kararına karşı açılacak dava öncesinde, işçilerin esas dava belli bir sonuca ulaşmadan geçici personel statüsüne başvurma zorunluluğunda kalmamaları için, Danıştay 12. Dairesinde iptal davası açılmıştır.

Özelleştirme işlemleri sonucunda iş akdi feshedilen işçilerin, fesih işleminden itibaren 30 günlük sürede geçici personel statüsünde çalışmak üzere talepte bulunmalarını, aksi taktirde çalışma hakkından yoksun kalacaklarını içeren Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; çalışma hakkından yararlanmak üzere getirilen 30 günlük sürenin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı, fesih işlemine kadar sendikalı işçi olarak TİS hükümlerinden yararlanan işçilerin, bir anda ne olduğu, hangi hakları içerdiği belirli olmayan bir statüye girmek için 30 gün gibi kısa bir sürede başvurma zorunluluğu ile karşı karşıya bırakıldığı temel tez olarak ileri sürülmüştür.

Davaya cevap veren Başbakanlık; fesih işlemi ile üye sıfatı ortadan kalktığından sendikanın dava ehliyetinin bulunmadığını; yasal düzenlemeler ile özelleştirme nedeniyle işsiz kalan işçilerin bir başka kurumda istihdamına yönelik hükümeti / idareyi zorlayan bir düzenleme olmamasına rağmen, bütçe olanakları çerçevesinde, Bakanlar Kurulu kararıyla böyle bir hak getirildiğini; 30 günlük sürenin uygun ve yeterli olduğunu, daha önce açılan davalarda da bu yöndeki istemlerin / davaların reddedildiğini ileri sürmüştür.

Davayı değerlendiren 12. Daire, 2010/1184 E. sayılı dosyada verdiği 01.03.2010 tarihli karar ile, 30 günlük süre sınırlamasını hukuka aykırı bularak yürütmenin durdurulmasına hükmetmiştir. Daire, kararında; TEKEL işçilerinin iş akitlerinin feshinden sonra yayımlanan yeni bir Bakanlar Kurulu kararı olduğu, işçilerin yeni ortaya çıkan bu durumu değerlendirmeye, geçecekleri statüyü, çalışma koşullarını inceleme ve Anayasanın öngördüğü hak arama özgürlüğü yönünden konuyu incelemelerine yeterli yeni bir süre saptanması gerektiği gerekçesini ortaya koymuştur.

Bu yürütmenin durdurulması kararına Başbakanlığın itirazı üzerine, konu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) önünde gitmiştir. İDDK, 24.06.2010 tarihli oyçokluğuyla (19’a 10) verdiği kararla, idarenin itirazını reddetmiş, ancak gerekçeyi değiştirmiştir. Anayasanın “çalışma hakkına” dair 49. maddesine atıf yapan Kurul, çalışma hakkının ancak bir yasa hükmüyle sınırlandırılabilirliğini, yasal düzenlemelerde bu statüye geçiş için bir süre sınırlaması getirilmemiş iken, daha alt düzey bir norm olan Bakanlar Kurulu kararı ile süre sınırlamasına gidilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Gerek 12. Daire’nin, gerekse İDDK’nın karar gerekçelerinde, hak arama özgürlüğü, çalışma hakkı gibi temel normlara atıf yapılarak verilen bu hüküm, meşru sosyal hak mücadelesinin önem ve gücünü ortaya koyması açısından da anlamlıdır. TEKEL işçilerinin eyle-

mine kadar bu konuda açılan davalarda klasik bakış açısıyla olayları değerlendiren Danıştay, mekansal olarak da kendisine oldukça yakın bir yerde verilen mücadeleye kayıtsız kalınarak, çalışma hakkı temelinde bir karara imza atmıştır. Böylesi bir eylem süreci yaşanmamış olsaydı, geçici personel (4/C'li) sorunu Türkiye gündemine gelmeyeceği gibi, bu eylemlilik sürecinde elde edilen kimi ufak tefek kazanımlar da söz konusu olmayacaktır.

#### 4. Geçici Personelin Sözleşmesinin Feshi İşlemine Karşı Açılan Dava

Yukarıda belirtildiği gibi, geçici personel (4/C) statüsünde kamu kurumlarında çalışan personel, yasa gereği işçi sayılmamaktadır. Buna karşın, kamu görevlisi olan memur ve sözleşmeli personelin yasal hükümler çerçevesinde sahip olduğu iş güvencesinden de yoksun olan geçici personelin çalışma koşullarına uygulanacak kurallar tartışmalıdır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 05.10.2009 tarihli kararında (E.2008/9938, K. 2009/25731) 657 sayılı yasa 4/C kapsamında çalışan personelin, sözleşme çerçevesinde ama işçi sayılmaksızın çalıştırılıyor olması nedeniyle, çıkacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Bu kararlar da gazetilerle, geçici personel statüsünde Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) bünyesinde çalışmakta olan bir geçici personelin sözleşmesinin sona erdirilmesi / feshi işleminin iptali istemiyle İdare Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Dava dilekçesinde; geçici personele dair 657 sayılı yasanın 4/C bendinin Anayasaya aykırı olduğuna dair 18.03.2010 tarihli Danıştay İDDK kararına atıf yapılarak, çalışma hakkının varlığının yeterli ölçüde iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkının tanınmasına bağlı olduğu, haksız / keyfi işten çıkarmaya karşı hukuki koruma anlamına gelen iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkını içermeyen bir yasal düzenlemenin çalışma hakkının gereklerini taşımayacağı, (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın II/24 üncü maddesinde “çalışanların, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının” tanımlandığı, fesih için gerekçe gösterilen hususun ölçülülük ilkesine aykırı / ağır bir yaptırım niteliği taşıdığı, belirtilmiştir.

Davalı TÜİK ise, savunmasında; davacının 657 sayılı yasa “uyarma” cezasını gerektirir bir fiil işlediği, bu ceza dolayısıyla sözleşmesinin feshedildiği, böyle bir durumda idarenin ilgili ile yargı kararına dayalı olarak çalışmaya zorlanamayacağı, ifade edilmiştir.

Mahkeme, 12.05.2011 tarihli kararıyla (Kastamonu İdare Mahkemesi E. 2010/757, K. 2011/326) Anayasanın temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmasına dair 13. maddesi ile ölçülülük ilkesine dayalı olarak, ceza (uyarma) ile yaptırım (iş akdinin feshi) arasında ölçülülük ve adil denge olmadığı gerekçesiyle fesih işlemini iptal etmiştir.

Bu kararla, özel bir yasa hükmüne dayalı olmaksızın, işçi ve/veya memur kabul edilmeyen geçici personelin de kendisine yönelik fesih işlemine dava açabileceği ortaya konulmuştur.

#### 5. Kamuda Hizmet Alımı Yoluyla İşçi Teminine Karşı Açılan Dava

Kamuda sosyal haklardan yoksun personelin istihdamının bir yolu, yukarıda belirtilen geçici personel uygulaması iken, diğer yolu da “hizmet alımı ihalesi” adı altında müteahhit işçisi çalıştırmaktır. Özellikle kamu şirketlerinde (KİT / İDT'ler) yeni işçi alımına Bakanlar Kurulu kararıyla getirilen kısıtlamalar nedeniyle, işçi eksikliği “hizmet alım” ihaleleri yoluyla işyerine alt işveren sokularak giderilmeye çalışılmaktadır. Son yıllarda TÜRKŞEKER,

Eti Maden İşletmeleri başta olmak üzere pek çok kamu şirketinde bu yola sıklıkla başvurulmaktadır.

Bu yola başvurulmasının amacı, işçilik maliyetlerinin aşağı çekilmesidir. Nitekim, kamu işverenin işçileri sendika ve toplu sözleşme hakları çerçevesinde görece iyi koşullarda çalışırken, alt işveren işçisi olarak işyerine gelen işçiler, genelde asgari ücretle, kıdem tazminatı ve izin hakkı gibi temel haklardan bile yoksun olarak çalıştırılmaktadırlar. Dolayısıyla, hizmet alımı yoluyla işçi çalıştırması, çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sendika ve toplu sözleşme hakkı dahil olmak üzere pek çok sosyal hak ile bağlantılıdır.

Bu anlayışla, Petrol İş Sendikası adına, Sendikanın örgütlü olduğu Eti Maden İşletmelerine karşı Danıştay'da açılan dava ile, işletmenin asıl işi niteliğindeki işlerde alt işveren çalıştırılmasına dair Şubat 2011 tarihli bir *ihalenin ve dayanak Yönetmelik hükmünün iptali* isteminde bulunulmuştur.

Dava dilekçesinde, öncelikle, bor madeninin işletilmesine ilişkin 2840 sayılı yasa ile bir kamu tekelinin öngörüldüğü, asıl iş niteliğindeki işlerin doğrudan kamu eliyle yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu ve benzeri davalarımızda temel hedefimiz ise, 4857 sayılı İş Yasası çerçevesinde, asıl iş niteliğindeki işler için hizmet alımı yoluna gidilmesinin tamamıyla engellenmesidir. 4857 sayılı İş Yasası'nın 2. maddesinde, “... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmü bulunmaktadır. Anılan İş Yasası hükümlerine dayalı olarak hazırlanan ve 27.09.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Alt İşverenlik Yönetmeliği”nin “tanımlar” başlıklı 3/c maddesinde asıl iş, “Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” olarak tanımlanırken, muvazaa da, “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, herhangi bir işyerinde, asıl iş olarak tanımlanan / kabul edilen işlerin alt işverene devri hukuken mümkün olmamalıdır.

Davalı idare, savunmasında, ihale edilen işlerin asıl iş niteliğinde olmadığını ve ekonomik verimlilik çerçevesinde yapılan işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmüştür.

Davayı değerlendiren Danıştay 13. Dairesi, 06.05.2011 tarihli kararıyla; bor madeniyle ilgili kamu tekeline dair hükümlere atıf yaparak, doğrudan üretim ve ana faaliyete ilişkin hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinin mümkün olmadığını kabul ederek, yürütmenin durdurulmasına hükmetmiştir. Kararın dikkat çekici yönü, 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile yüksek yargının yeniden yapılandırılması çerçevesinde Danıştay'a atanan iki yeni üyenin karara karşı oy kullanmasıdır.

İdari yargı organı olarak Danıştay, asıl iş vurgusu yapmasına karşın, gerekçesinde İş Yasası'nın 2. maddesine atıf yapmamıştır. Böyle olmakla beraber, ilk kez açılan bu tür davalar yoluyla, asıl iş niteliğindeki işlerin alt işveren işçileri tarafından gördürülmesinin engellenmesi, bu işler için kadrolu işçi istihdamına yol açacaktır. Nitekim, yine Eti Maden işletmelerine yönelik açılan bir hizmet alımı ihalesinin iptali davasında 2009 yılında verilen iptal kararı sonrasında, alt işveren uygulamasına son verilerek, anılan birimde çalıştırılmak üzere kadrolu işçi istihdamına gidilmiştir. Bu şekilde istihdam edilen işçiler, işe başlar başlamaz sendikaya üye olarak yürürlükteki TİS hükümlerinden yararlanma hakkı elde etmektedirler.



## SONUÇ

Seçilen / aktarılan örnekler, sosyal haklara dair uyuşmazlıkların “dava edilebilir” nitelikte olduğunu göstermektedir. Ulusal ve/veya uluslararası hukuk metinlerine dayalı olarak açılan davalarda, özellikle de idari yargı organları, hukuka uygunluk denetimi yapmaya kapalı değildir. Ancak, etkili bir sonuç alabilmeyi içerir “dava edilebilirlik” uygulamasının önünde ciddi engeller de mevcuttur.

Sosyal haklara dair uyuşmazlıklarda, davacı konumunda olan kişi / kurumların önündeki en büyük güçlük, savunmalarına esas / dayanak oluşturacak bilimsel çalışmaların –yeterince- olmamasıdır. Yargılama pratiğinde, avukatlar, dava konusu tezlerini güçlendirmek için öğretilerden destek almak istemektedirler. Bilinen uyuşmazlıkların dışındaki alanlarda açılan davalarda, karar verici konumunda olan yargıçların ikna olması / ikna edilmesi hukuki bir zorunluluktur. Giderek artan sayıda dava yükü ile karşı karşıya olan yargıçların, davaların esaslarını yeterince inceleme şansları olamadığından, davacı taraf argümanlarını bir bütünlük / inandırıcılık içerisinde mahkemeye sunabilmelidir.

Sosyal haklara ve dolayısıyla sosyal devlete yönelik siyasi ve hukuki eleştiri / uygulamalar arttıkça, meşru mücadeleler ile elde edilen kazanımlar kaybedilmektedir. Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile koruma altına alınmış temel sosyal haklara görünürde dokunulmuyor gibi olsa da, yeni araç / yöntemlerle haklardan yararlanan kesimlerin sayısında ciddi düşüşler olmaktadır. Örnek uyuşmazlıklar olarak anlatılan davalara konu geçici personel ve alt işveren ilişkisi giderek yaygınlaştırılmakta, böylelikle örgütlü ve sosyal haklardan yararlanan çalışanlardan daha çok sayıda örgütsüz ve haklardan yoksun bir kesim oluşturulmaktadır. Aynı işyerinde, yan yana çalışan bu iki grup arasında yaşanmaya başlayan olumsuzluklar huzurlu bir çalışma ortamı hakkını etkisizleştirmektedir.

Bu tür yan yollara sapılmasını engellemenin yolu, meşru mücadele ile birleşen sosyal hak davalarını çeşitlendirerek ve dayanaklarını güçlendirerek arttırmaktan geçmektedir. Aksi takdirde, sosyal haklara dair kazanımlar kağıt üzerinde kalacak, işsizlikle birleşen sorunlar örgütlü çalışanların haklarını giderek etkisizleştirecek, sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin tartışma da anlamını yitirecektir.

## KAYNAKÇA

Algan, Bülent, (2007), **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık .

Bulut, Nihat, (2009), **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Centre for Human Rights and Global Justice, (2007), “*The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal*” by Aoife Nolan, Bruce Porter & Malcolm Langford, New York University School of Law- working paper.

Georgiana, Gheorghe Ecaterina, (2010), “Justiciability of Socio-Economic Rights Comperative Analysis of the United Kingdom and South Africa”,Budapeşte: Central European University (CEU) Budapest College.

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, (2008), **İdare Hukuku**, İstanbul: DER Yayınları.

Gözübüyük, Şeref / Turgut, Tan, (2010), **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi.

Gülmez, Mesut, (2010), “4/C”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, II, Bildiriler**,1.Baskı, İstanbul: Petrol İş Yayınları, s. 3-17.

Gülmez, Mesut, (2009), **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, 1. Baskı, Ankara: Belediye İş Sendikası Yayınları.

İnceoğlu, Sibel, (2002), **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ.

Uygun, Oktay, (2000), “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, 1.Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Kaboğlu, İbrahim, (2010), “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, II, Bildiriler**, 1. Baskı, İstanbul: Petrol İş Yayınları.

Talas, C, (1956), “Harp Sonu Anayasalarında Sosyal Haklar”, **AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı:3, s.286-302.

Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu, (2009), “Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Bir Anayasa İçin Temel İlkeler (Anayasa Raporu)”, 1.Baskı, İstanbul: DİSK Yayınları.