

TÜRK HUKUKUNDA SOSYAL HAKLARIN DAVA YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Murat Özveri
Avukat

ÖZET

Sosyal hakların Anayasalarda yer alması, bu hakların anayasal şemsiye altında korunmasının ötesinde, gerçekleştirilmesi konusunda da devlete görevler yüklemektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinin gerekçesinde “devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir” denilmiştir.

Makalede; Anayasa'nın birden fazla maddesinin “gerekli tedbirleri alır” şeklinde net ve kesin ifadelerle vermiş olduğu görevleri yerine getirmeyen devlete karşı bireyin yargı organları önünde dava açma hakkının bulunduğu görüşü, hukuksal dayanakları ile birlikte ifade edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Anayasa, Sosyal Haklar, Dava hakkı, devletin görevlerinin sınırları

ABSTRACT

The situation of social rights take part in the constitution means, on the one hand, they are protected under constitutional guarantee and gives the state some certain obligations to fulfill those rights, on the other.

It is stated in the justification of the 5th article of constitution that “state will facilitate life struggles of individuals. State will enable individuals live in a decent environment. This is the duty of state.”

In this paper, it is suggested by the help of the legal bases that individuals have the right to file against the state unless it fulfills its obligations written in more than one articles in the constitution as “the state takes the necessary measures”.

Key Words: Constitution, Social Rights, Right to File, Limits of the Duties of State

GİRİŞ

Sosyal hakların Anayasa’da güvenceye bağlanmasına karşın, onları gerçekleştirmekle yükümlü olan devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımının genellikle sadece “siyasal” olduğu kabul edilmiştir. Bu kabulün mantıksal sonucu ise, devleti temsil eden siyasal iktidarların sosyal hakların gerçekleştirilmesi ya da ihmal edilmesine ilişkin tercihlerine göre ödül veya cezalarını seçmen kitlesinin tepkisi ile alacakları saptaması olmaktadır.

Sosyal hakların, “subjektif haklar” olarak bireye yargı organları önünde dava açma hakkı vermesinin, kısaca sosyal hakların yargılanabilir kılınmasının, sosyal hakların gerçekleştirilmesinde siyasal iktidarlar üzerinde bir baskı oluşturabileceği fikri, Türkiye’de üzerinde tartışılması gecikmiş bir konu olma özelliği taşımaktadır.

Tebliğimizde, sosyal haklar-hukuk ilişkisinin, sosyal hakları var eden tarihsel süreç içerisinde ele alınması görüşü benimsenmiştir. Sorun, bu zeminden hareket edilerek, Türk hukukunda sosyal hakların yargılanabilirliği konusunda öğretide ileri sürülen ve yargı organlarının kararlarında benimsenen görüşler ışığında tartışılmaya, sosyal hakların yargılanabilirliğinin verili koşullarda hukuken savunulabilir olup olmadığının belirlenmesine çalışılmıştır.

I. SOSYAL HAKLAR VE HUKUK

Hak kavramını, çok değişik biçimlerde tanımlamak olanaklıdır. Gerçekten de, hak kavramının sözcük anlamından hareketle yapılan, sosyolojik anlamına vurgu yapan veya hukuki anlamını esas alan birçok tanım karşımıza çıkmaktadır.

Kavramı sosyolojik anlamı içerisinde ele aldığımızda, karşımıza yetki, talep erki kavramları ve bu erkle donanmış birey çıkmaktadır. Hak, sahibine, onu sahiplenmeyi isteme, aldığı koruma ve ondan yararlanma iktidarını vermektedir. Bu nedenle de “hak kavramı ile yetki arasında yakın bir bağlantı gözümüze çarpar ve hak sahibi bu yetkiyi kullandığı zaman yani herhangi bir talepte bulunduğu zaman karşı taraf için bir yükümlülük, bir ödev ortaya çıkmaktadır” denilmiştir (Emini, 2004: 204).

Bu anlamda bir şey hak ise, kural olarak, onun var olması, sahibinin o haktan yararlanması için bir başkasının rızası, oluru gerekmez. Herkes için geçerli olan bu kuralın, eşitlikçi bir şekilde uygulanabilmesi, her hak sahibinin kendince sınırlarını belirlediği, başkalarının haklarının kendisi açısından yükümlülük getireceği gerçeğini kabul etmediği ya da görmezlikten geldiği, hakkı kendi gücüne dayanarak var etmeye çalıştığı durumların yaratacağı anarşi ortamının, hakların hukuk kuralları aracılığı ile düzenlenmesi zorunluluğunu doğurduğu belirtilmiştir (Emini, 2004: 204).¹

Hak kavramının sosyolojik tanımı ile hukuki tanımını bir arada kullandığımızda, hakların hukuk sistemince tanınmış olmasının, hakkı var eden bir unsur değil, hakkın varlığının verili hukuk sistemince kabulü anlamına geldiğini söylemek olanaklıdır. Bu kabulden önce hak vardır ve çoğunluklarda yürürlükte olan hukuk sistemiyle çatışma halindedir. Bu çatışmanın belirli bir aşamasında, hukuk sistemiyle çatışarak da olsa kendisini var eden hakkı, hukuk sistemi tanıyarak hakkı yaratan, var edenlerle bir anlamda uzlaşmaktadır. Konumuz

özelinde bu uzlaşma, sadece sosyal hakların hukuken tanınmasıyla sınırlı da olmamıştır. Sosyal refah devletini doğuran, açıktır ki bu güçler dengesi, bu sınıf savaşımıdır. Gerçekten de; sosyal refah devleti “Batı Avrupa’da endüstrileşmeyle ilgili sorunların ortaya çıkmasından çok daha sonra gerçekleşebildiği gibi, bu tür sorunları yaşayan her ülkede de varlık gösterebilmiş değildir. Bu nedenle refah devletine duyulan ihtiyaç endüstrileşmenin ve kapitalistleşmenin yarattığı sorunlara bağlansa ve çıkış noktası olarak demokrasinin gelişmesi gösterilse de, işçi hareketi ve bu hareketin siyasallaşması, bu hareketin sendikalarla ve sınıf partileriyle kurduğu yakınlık, ele geçirdiği toplumsal/siyasal güç gibi gelişmeleri dikkate alan ‘güç ilişkileri yaklaşımı’ (power relations approach) modern anlamdaki refah devletinin ortaya çıkmasında çok daha açıklayıcı olmaktadır” (Koray, 2005: 31).

Sosyal haklar-hukuk ilişkisi özelinde ifade edecek olursak; güçler dengesinin yeniden şekillendiği yeni aşamada hukukun işlevinin de değiştiğini söyleyebiliriz. Hukuk artık dün soyut düzeyde var olan, sadece güçler dengesi elverdiğinde kullanılabilen bir hakkı, yürürlükte olan hukukun bir parçası haline getirerek, onu hukuksal güvenceye kavuşturarak somutlamaktadır (Gözübüyük / Gölcüklü, 2002: 3). Hukuk, bu yolla dün engellediğinin, bugün tam aksi bir tutumla yaşama geçmesi, başkalarınca engellenmemesi için yaptırım öngörerek devreye girmektedir.

Bir başka anlatımla, sosyal haklar da aynı tarihsel sürecin ürünü olarak ortaya çıkmış, piyasanın adaletsizliklerine karşı bu adaletsizliklerin kurbanı olanların siyasal ve sosyal güç kullanmasıyla hukuki güvenceye kavuşmuşlardır. Bu süreç de, “siyasal kararlar zorlama yoluyla, piyasada ‘sosyal adalet’i etkin kılmak için birbirinden özerk kuramlar etrafında tecrit edilmiş işletmeler ile çalışanların farklı çıkarları arasında bir uzlaşma sağlamak söz konusudur. Zorlama kararı siyasal türdedir. Öyleyse, piyasaya egemen olabilmek için siyasal güç gerekmektedir. Öte yandan, piyasanın doğal güçlerini dengelemek için hukuksal müdahale, işletmenin gücüne karşı da çalışanların haklarının korunması için örgütsel bir mücadele kaçınılmazdır. Öyleyse, piyasanın direnmek, sınırlarını genişletmek ve egemen olmak için doğal güçlerini işin içine katabilecek olmasına karşılık, zorlayıcı ve dış hukuksal güçler gerekli, çatışma ve sosyal zorunlulukların gereğinin yapılması ise” kaçınılmaz olmuştur (Erdut, 2004: 19).

İlginç olan ve vurgulanması gereken nokta, kapitalist sistemin önceleri karşı çıktığı sosyal hakları kendi varlığını tehlikede gördüğü tarihsel kesitte önce tanıma, tanıdıktan sonra içselleştirerek hakim sınıflar lehine kullanma konusunda göstermiş olduğu beceridir. Almanya’da gelişen sanayinin büyük bir yoksulluğu da beraberinde getirdiği, sosyalist hareketlerin güçlendiği yıllarda, sosyal güvenlik hakkının temelini atan siyasetçi olarak kabul edilen Bismarck’ın mecliste yapmış olduğu konuşma çarpıcıdır. 1881 yılında Başbakan Bismarck, Alman Parlamentosunda, sosyal güvenliğin Magna Carta’sı olarak ifade edilebilecek bir konuşma yapmıştır. Konuşmanın özü şu şekildedir: “İşçilerin sosyal yoklukları, sadece devletin işçi hareketlerini yasaklamasıyla kaldırılamaz, işçinin sosyal durumunun düzeltilmesi için devlet müdahalesi gerekir. Bu anlamda, devletin yeni fonksiyonu işçinin kaza, hastalık ve yaşlılığa karşı korunmasını sağlayacak olan yasaları çıkarmak olacaktır. Bu sigorta, devletin hâkimiyetinde değil, işçi ve işverenin katılımı ile özerk bir yönetim modeline göre organize edilecektir” (Özdemir, 2007: 191).

¹ “Delvecchio’ya göre, ‘hak ve haksız kavramları birbirine bağlı ve yekdiğerinin mütemmimi (tamamlayıcısı) dırlar. Ne kadar garip görünürse görünsün, hukuk esas itibariyle ihlal edilmeğe müsaittir ve ihlal edilebilmesi yüzünden mevcuttur. Haksızlık imkanı bulunmadığı takdirde, hukuken teyidi hiçbir mana ifade etmez” (Aktaran, Emını, 2004: 204).

Bismarck'ın "İşçilerin sosyal yoklukları, sadece devletin işçi hareketlerini yasaklamasıyla kaldırılamaz" cümlesinde dile gelen, sosyal haklar ekseninde siyasallaşmış, işçi hareketi ile uzlaşma istemi, sosyal hakların hukuki metinlerde somutlaşmasıyla sonlanmıştır.

Bir başka anlatımla, sanayi devriminin ortaya çıkardığı sosyal sorunlara, hukuki eşitliğin fiili eşitliği sağlayamamasına karşı bir tepki ile ortaya çıkıp sınıf mücadelesi sonrası varılan bir uzlaşmanın ifadesi olarak yasaların konularını oluşturmuşlardır. Klasik haklardan farklı olarak var olmaları için yeni bir düzenin kurulmasına gerek kalmamış, statükoyu korumak isteyen egemen sınıflar bu korumayı sağlamak için sosyal hakları tanıyarak uzlaşma yolunu seçmişlerdir (Tanör, 1978: 121).

Bu uzlaşmanın ürünü sosyal haklar hem ulusal, hem uluslararası hukuki metinlerde genel olarak, çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, beslenme hakkı başlıkları altında yer almışlardır. Nitekim Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GG ASS) sosyal hakların görece olarak en yeni ve kapsamlı listesini vermektedir.

Sosyal hakların Anayasalarda yer alması, bu hakların anayasal şemsiye altında korunmasının ötesinde, bu hakların gerçekleştirilmesi konusunda devlete de görevler yüklemektedir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (ESKHUS) 2/1. maddesi, sosyal hakların gerçekleştirilmesini sağlamayı amaçlamıştır. Bu maddeye göre; "Sözleşme'ye taraf her devlet gerek kendi başına, gerekse özellikle ekonomik ve teknik alanlarda uluslararası işbirliği ve yardım yoluyla, mevcut kaynaklarının azamisini kullanarak bu Sözleşme'de tanınan hakların giderek artan biçimde tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, özellikle yasal düzenlemelerin çıkarılması dahil olmak üzere bütün uygun araçlarla, her türlü önlemi almayı taahhüt eder." (Çavuşoğlu, 2002: 467).

1982 Anayasası'nın 5. maddesi de devletin temel görevlerini sayarken, "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmayı da bir görev olarak belirlemiştir.

5. maddenin gerekçesinde, "devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir" denilmiştir.

Sosyal haklara ilişkin Anayasa maddelerine baktığımızda ise; devlete yükümlülükler getiren şu düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir: "Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır" (m. 41). "Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır" (m. 42). "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" (m. 49). "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." (m. 60).

Devlete tedbir alma yükümlülüğü getiren Anayasa hükümlerini birer "program hükmü" niteliğinde kabul etmek, sosyal hakların niteliği ile bağdaşan bir yaklaşım değildir. Bu hükümlerle devlet, sosyal hakları yararlanabilir kılma yükümlülüğü altına girmiştir. Somut olarak söylemek gerekirse, devletin yükümlülüğünün iki boyutu vardır. Birincisi, sosyal hakların var etmek; ikincisi de, var olan bu haklardan herkesin eşit bir şekilde yararlanmasını olanaklı kılmaktır. Anayasa'da tanımlanmış bir sosyal hakkı hangi gerekçe ile olursa olsun var etmeyen, var olan bir haktan herkesin eşit ve etkin bir şekilde yararlanma olanağını yaratmayan devlet, bu yükümlülüklerinden ikisi ya da ikisinden birisini yerine getirmemekten dolayı sorumlu olacaktır.

İlerleyen bölümde tartışmaya çalıştığımız gibi Anayasa'nın 65. maddesi devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Aksine devletin, yapmış olduğu tercihlerin siyasi sonuçlarının yanında hukuki sonuçlarına da katlanması, bu tercihlerinin öncelikler sırasına uygunluğunu sadece siyaseten değil hukuken de kanıtlanması gerekir.

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusundaki yükümlülüklerin yasal dayanağı, sadece Anayasa değildir. Çünkü Anayasa'nın 90. maddesinde, usulüne göre onaylanmış uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu, bunlara karşı Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasına 2004 yılında eklenen yeni cümle ile de, "insan hak ve hürriyetlerine ilişkin" uluslararası sözleşmeler ile iç hukukun çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağı, öngörülmüştür.

Dolayısıyla sosyal haklardan doğan yükümlülüklerin gerçekleştirilmesinde, sadece iç hukukta yapılan düzenlemelere bakılması yeterli değildir. Devlet aynı zamanda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerde yer alan sosyal hakları, iç hukukun bu haklara getirmiş olduğu sınırlamaların arkasına saklanmadan, gerçekleştirme yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadır.

II. DEVLETİN SOSYAL HAKLARA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ

Devletin, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda ne olacaktır? Örneğin devlet, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen görevlerini yerine getirmediğinde, yine Anayasa'da yer alan sosyal haklara bu haklardan yararlanacak olanların ulaşmasını hiç ya da yeterince sağlamadığında, hakkın sahibi olan, dolayısıyla talep erki ile donatıldığı kabul edilen birey, verilmeyen hakkının verilmesini kimden ve nasıl isteyecektir? Bireyin bu konudaki hakları ya da uygulanabilecek tek yaptırım, seçmenin devleti temsil eden siyasal iktidardan sandıkta hesap sormasıyla sınırlı mıdır?

1. Dava Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesi şöyledir:

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

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

Anayasa Mahkemesi de (AYM), 03.02.2011 tarihli oldukça yeni bir kararında, Anayasa'nın 36. maddesini "dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi" olarak nitelendirmiştir. 36. maddeyi aktaran AYM'ye göre, bu "maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir."²

AYM'nin, dava hakkını tartıştığı somut uyuşmazlık için söylemiş olduklarını, sosyal haklar için de "AYM böyle düşünüyor" diye yorumlamak, açıkçası zorlama bir yorum olacaktır. Ne var ki AYM'nin, sosyal hakları kast ederek söylememiş olsa dahi, dava hakkını "temel hak ve özgürlüklerden" hareketle açıklaması önemlidir. Dolayısıyla, sosyal hakları düzenleyen Anayasa hükümlerinin program hüküm olarak yorumlamasından vaz geçildiği anda, sosyal haklar da diğer haklar gibi -deyim yerindeyse- dava yoluyla gerçekleştirilebilir olma olanağına kavuşacaktır.

Öte yandan, yargılanabilir olup olmama konusu, teknik hukuk ya da yargılama hukuku açısından bir dava şartıdır. Yargılamanın nasıl yapılacağı, teknik olarak hangi istemin hangi biçimde ileri sürüldüğünde dava sayılacağı, kural olarak usul hukukunda gösterilmiştir. "Dava şartları" denilen koşullar gerçekleşmeden dava açılır, ancak yargılama yapılmadan dava reddedilir.

AYM'nin kullandığı ifadeyle belirtmek gerekirse, "kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını" kendisine karşı bir yükümlülük üstlenmiş olan ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen ya da yeterince yerine getirmeyerek haksızlığa uğratan herkesi dava edebilme hakkı vardır ve bu hak, yine Anayasa Mahkemesi'nin ifadesi ile "temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden" birisidir.

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen dava hakkını, yukarıda alıntı yapmış olduğumuz ESKHUS'nin 2/1. maddesi ışığında sosyal haklar somutuna indirgediğimizde ise, karşımıza hak sahibi olan, Anayasa ve uluslararası hukuk aracılığı ile güvenceye kavuşturulmuş, ancak bu güvenceleri kendisine uygulanmayan birey çıkmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesine göre de, bu durumda olan birisi hakkını dava yoluyla ileri sürebilecektir.

Teknik bir ifade ile söylemek gerekirse devlet, sosyal haklar alanında üstlendiği olumlu edim nedeniyle taraftır. Yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, hakkın sahibi birey haksızlığa uğrayan hak sahibi, alacaklı olarak karşı tarafı oluşturacaktır.

Unutulmamalıdır ki devletin olumlu edim yüklenmesi soyut bir kavram da değildir. "Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların belirleyici özelliği, devlet için getirdiği 'olumlu yükümlülük'te düşümlenir. Bu, anayasal ve yasal düzenlemeler yaparak hakları tanımının ötesinde, bütçeden kaynak ayırmayı gerektiren bir yükümlülüktür. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, devletin kullanıcılara sadece engel olmaması durumunda herkesin ve her kesi-

min kendiliğinden kullanabileceği haklar değildir" (DİSK, 2009: 43). Daha açık anlatımla "ekonomik ve mali kaynakların durumu ne olursa olsun, devletin olumlu edimde bulunma ve bunun, düzenli ve sürekli bir biçimde 'somut sonuçlar alma' ve 'ilerlemeler gerçekleştirme' yükümlülüğü anlamına geldiği belirtilmelidir" (Gülmez, 2011: 49). Devlet bu anlamda yükümlülüğünü yerine getirmezse, sosyal hakların yukarıda belirtilen niteliklerinden hareketle dava edilebilmeleri, AYM kararını kapsamına sosyal hakları da alacak şekilde yorumlanması, AYM, bunu kast etmemiş olsa dahi olanaklı hale gelecektir.

2. 65. Madde Sosyal Hakları Gerçekleştirmemenin Bahanesi midir?

Sosyal hakların yargılanabilir olup olmadığı, daha açık anlatımla bireye yargı organları önünde ileri sürebilecekleri bir hak verip vermediği tartışmasının iç hukuk alanındaki odağında Anayasa'nın 65. maddesinin getirmiş olduğu düzenleme bulunmaktadır.

Anayasa hukuku öğretisini genel olarak taradığımızda, baskın görüşün 65. madde var olduğu sürece sosyal hakların bireye dava açma hakkı vermediği yönünde şekillenmiş olduğunu söylemek abartı olmayacaktır.

65. maddenin ilk metni, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmünü getirmiştir. Hükmün benzeri, 1961 Anayasası'nın 53. maddesinde de yer almakta idi.

Tanör; 1961 Anayasası'nın 53. maddesini değerlendirirken, maddenin Anayasa'ya konuluş amacının sosyal hakları gerçekleştirme görevini yerine getirmeyen devletin, "anayasayla hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme" amacını taşıdığını belirtmektedir (Tanör, 1978: 373).

Aynı görüşünü 1982 Anayasası'nın 65. maddesini irdelerken de tekrarlayan Tanör'e göre 65. maddede yer alan "malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" cümlesi "işin mahiyetinin gerektirdiği bir düzenlemedir; çünkü aksi halde hareketsizliği ya da yeterince sosyal katkı sağlayamaması, sürekli anayasa ihlali iddialarıyla karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğurur" (Tanör / Yüzbaşıoğlu, 2011: 185). Tanör, devam eden cümlesinde ise; "Fakat böyle bir hüküm sosyal ödevlerini savaştıran devlet organları ve iktidarlar için de bir mazeret ya da sığınak oluşturabilir" demiştir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2011: 185).

Aynı görüşü savunanlardan Özbudun'a göre; olumlu edim gerektiren hakların "salt anayasada yer almış olmaları, kişilere yargı yoluyla talep edilebilecek sübjektif kamu hakları vermez. Bu tür talep ve dava hakları, ancak yasama organının o alandaki kanuni bir düzenlemesinden doğabilir. Bu açıdan, söz konusu anayasa hükümlerinin, doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları değil, yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren veya yol gösteren program hükümler karakteri taşıdığı söylenebilir. 1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik hakların sınırı başlıklı 65'inci maddesi de bu görüşü desteklemektedir" (Özbudun, 2011: 149).

Özbudun'u tekrarlayarak aynı görüşü dile getiren Kocaoğlu, "Maddenin gerekçesi de açık olarak, 'madde, hiç kimseye Devlet'ten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirme hakkını vermediğini, bu hakların Devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir' demektedir" (Kocaoğlu, 1997: 98).

²Anayasa Mahkemesi, E. 2009/83, K. 2011/29, T. 03.02.2001; **Resmî Gazete** (RG), 14.05.2011, Sayı 27933.

Süzek, bir başka açıdan yaklaşarak benzer sonuçlara ulaşmaktadır. Süzek'e göre de, "İşçilerin mümkün olduğu kadar korunması yönündeki çabalar ekonominin bu yükü taşıyabilme olanakları ile sınırlıdır. Sosyal hakların sınırını hükme bağlayan anayasanın 65. maddesi bu yönü açıkça ortaya koymaktadır." (Süzek, 2006: 17). Maddeyi aktaran yazara göre; "Gerçekten, hiçbir zaman unutulmaması gereken yön bizzat sosyal gelişmeyi besleyen hususun o toplumun ekonomik gücü olduğudur." (Süzek, 2006: 17).

Öte yandan, hükmün "sosyal ödevleri savsakladığı" hatta sosyal hakları askıya aldığı görüşü ortaya atılmıştır. Sosyal güvenlik hakkını, 65. maddenin 1961 Anayasası'ndaki eşdeğeri olan 53. madde açısından değerlendiren Çemberci'ye göre, "Devlet (...) iktisadi ve sosyal amaçlarına ulaşma hedeflerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Şu suretle, Devletçe bu ödevler yerine getirilinceye kadar Anayasa'nın 48 inci maddesine dayanılarak sosyal güvenlik hakkının varlığından söz edilemez; hiç değilse, o zamana kadar sosyal güvenlik hakkı askıdadır. Bu durum, gelişmesini henüz tamamlamamış olan ülkelerin ortak dramıdır." (Çemberci, 1977: 55).

Hemen belirtelim ki sosyal hakların bu şekilde sınırlandırılmasını bir dram olarak nitelendiren Çemberci'nin, bu dramdan çıkış yollarından birisi olarak sosyal hakların dava edilebilirliğini savduğunu söylemek de olanaklı değildir.

Taşkent ise; devletin Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi vermekle yükümlüdür" hükmünü anımsatarak, devletin adil bir vergi politikası izlemediği, verginin ağırlıklı olarak ücretlilerden alındığı koşullarda, devletin imkanlarının sınırlı olduğu görüşüne itibar etmenin sosyal adaletten söz etmeyi anlamsızlaştıracağı saptamasını yapmaktadır. Yazara göre, "Devlet ne yapsın? Devletimizin imkânları belli. Biz işçimizi, memurumuzu sevmez miyiz? Biz de isteriz, ama ne yapalım, devletimizin imkanları bu kadar" demek (Taşkent, 1992: 44), hiçbir biçimde sosyal adaletle bağdaşır bir görüş değildir.

Aslında 65. maddenin tesadüfi olmadığı, tam da Taşkent'in belirtmiş olduğu gibi siyasi iktidarlara, sosyal adaleti dışlayacak tercihler yapma olanağını vermek için bilinçli bir şekilde konulduğu, dillendirilmiştir. "Bu durumu, Orhan Aldıkaçtı şöyle ifade etmiştir: '65 inci madde sosyal haklara inanmayan iktidarlara da bir imkan vermektedir. Bu, Anayasamızın kurduğu düzenin eksik olduğu anlamına gelmez, bilakis realiteye, gerçeğe uyan... bir davranıştır. Tabii bu çok esnek bir madde, sosyal devlete inanan bir iktidar bunu başka türlü kullanmaya çalışır, azami şekilde kullanmaya çalışır, sosyal devlet ilkesine inanmayan bir iktidar da, bu maddeye sığınarak, göstermelik bir iki tasarrufla, sosyal devlet ilkesini geliştirdiğini ileri sürebilir.' Bu ifadelerden de anlaşıldığı gibi, 1982 Anayasasının 65. maddesi Anayasanın değil, siyasal iktidarların programlarının uygulanmasına öncelik veren bir zihniyetle kaleme alınmıştır." (Özdek, 2011: 21).

Aslan; Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamayı, "devletin görevlerinin amaçlara uygun önceliklerin gözetilmesi" ve "mali kaynakların yeterliliği" olmak üzere maddede yer alan iki kriter üzerinden incelemiştir (Aslan, 2009: 144). Yazara göre; "Bu görevlerin amaçlarına uygunluk önceliklerinin belirlenmesinde de aynı şekilde 2. madde rol oynamaktadır. Buna göre devletin amaç ve ödevleri paralel gelişme göstermektedir. Bu da devletin ödevleri ekseninde amaçlar edindiği anlamına gelir. Bunun sonucunda görevlerinin amaçlarına uygun

önceliklerin tespiti sorunsalı belirir. Burada haklar çatışması belirir ki kanaatimizce bu çatışmayı gideren ilkeler Anayasanın 5. maddesinin 2. cümlecğinde betimlenen sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleridir" (Aslan, 2009: 144).

"Devletin mali kaynaklarının yetersizliği" kavramını 65. maddenin anlamlandırmasında ikinci kriter olarak alan Aslan'a göre, aslında bu kriter "özü itibarıyla devletin mali kaynaklarının yetersizliği, devletin amaç ve ödevlerini tam anlamıyla gerçekleştirmemesi üzerine bir bahanedir." Taşkent gibi Aslan da, "Yolsuzlukların olmadığı, kaynakların işletildiği, kalkınmanın teşvik edildiği, varlıklı vatandaşın varlığı ile orantılı vergi alındığı bir devlette mali kaynakların yetersizliği sorununun beliremeyeceği" kanısındadır (Aslan, 2009: 146).

Aslan'a göre "mali kaynakların yetersiz olması kriteri devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinde bir sınırlamaya meşruiyet kazandırabilir. Ancak bu halde iktisadi ve sosyal ödevleri sınırlanan bir birey devletin aksaklıklarını öne sürerek devletin ödevlerini yerine getirmediğini kanıtlayarsa devlet kusuru ile sorumlu olmalıdır. Burada kusurun niteliği önemsizdir. Aksi halde devletin kusuru olmamakla birlikte devlet bu kriterin var olması nedeniyle iktisadi ve sosyal ödevlerini sınırlamakta haklıdır. Bu kriter kanaatimizce ancak savaş halinde savaşın etkili olduğu bölge için anlam kazanabilmekle birlikte savaşa devlet kusuru ile sebep olmuşsa bu kriterin gerçekleştiğinden söz edilemez. İstisnalardan biri de devletin öngöremeyeceği doğal sebeplerdir." (Aslan, 2009: 146).

Anayasanın 65. maddesindeki sınırlamayı 2001 Anayasa Değişikliği öncesi ve sonrasına göre farklı yorumlayan Sağlam, 2001 değişikliği öncesinde maddenin devletin "ödevlerine ilişkin önceliklere uymamanın, mevcut imkân ve kapasiteleri bu önceliklere uygun yönde tahsis etmemenin bahanesi olarak kullanılmaya elverişli bir yapıda" olduğunu, "maddenin 'Sosyal ve ekonomik hakların sınırı' şeklindeki kenar başlığı(nın) 'devletin olumlu bir edimini gerektirmeksizin de kullanılabilen sosyal ve iktisadi hakları da kapsayan bir ifadeye' sahip olması nedeniyle 'amacını aşacak ölçüde' hatalı olduğunu, 'buna rağmen maddeyi sosyal devlet ilkesinin hukuki etkisini optimal düzeyde tutacak bir biçimde yorumlamak mümkünken, Anayasa Mahkemesi maddenin sınırlayıcı ifadesinin fazlasıyla etkisinde' kaldığını bu etkinin ise 'sosyal devlet ilkesinin uygulanmasında Mahkemenin giderek duyarsızlaşmasına yol' açtığını belirtmiştir (Sağlam, 2008: 757).

Sağlam'a göre, "sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesi önündeki asıl engel, maddede sosyal ödevlerin 'ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek' yerine getirilmesinin öngörülmüş olmasıdır. 1961 Anayasasında yer almayan bu ölçüt, sosyal devlet ilkesini ve onun Anayasada somutlaşması niteliğindeki devlet ödevlerini nisbileştirerek sürekli ertelenmesini sağlayan bir işlev yerine getirmiş ve duyarsızlaşmada en önemli rolü oynamıştır. 2001 Anayasa Değişikliği bu ibareyi kaldırmakla sosyal devlet ilkesini savsaklama için kullanılmaya elverişli bir bahaneyi ortadan kaldırmıştır" (Sağlam, 2008: 758).

Sağlam; 65. maddenin tek işlevinin "sosyal devlete ve sosyal ödevlere sınır getirmek" olmayacağını, "mali kaynakların yeterliliği" ölçütünün eşyanın doğasından kaynaklanan bir sınır olduğunu, 65. maddenin bugüne kadar ihmal edilen asıl işlevini "düzenleyici işlev olarak" nitelemenin yerinde olacağını, düzenlemenin "kaynakların tahsisi önceliği"³ ve mali

³ Yazara göre "Devletin iktisadi ve sosyal alanlarda anayasa ile belirlenen görevleri yerine getirilirken, mali kaynakların belli önceliklere göre kullanılması gerekir. Bu öncelikler bazen anayasada açıkça belirlenmiştir. Örneğin Anayasanın 61. maddesinde yer alan Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması

kaynakların yeterliliği “sınırı içinde kalan alanda olumlu bir davranış” ölçüsü olduğunu ileri sürerek, Anayasa Mahkemesi uygulamalarını bu açıdan eleştirmiştir (Sağlam, 2008: 758-759).

Sağlam; Anayasa’da açıkça belirtilen ya da ödevlerin niteliğine göre yorum yoluyla belirlenebilen “ önceliklere uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgüleyen devlet, mali kaynaklarının yetersizliğinden söz edemez. 2001 Anayasa Değişikliği bu açıdan da önemli bir reforma giderek sosyal ve ekonomik devlet ödevlerinin amaçlarına uygun önceliklerini gözetme yükümlülüğü getirmiştir” saptamasını yaptıktan sonra, yükümlülüğe uymamakta ısrar eden devlete karşı devletin yükümlülüğünün alıcısı konumunda olan bireyin ne yapabileceğine, örneğin dava hakkı yoluyla talepte bulunup bulunamayacağına değinmemekte, hatta 2001 Anayasa Değişikliği ile 65. maddenin düzenlenmiş olmasının beklenen yararı sağladığından henüz söz etmenin olanaklı olmadığına altını çizerek, çözümün “bir bakıma sosyal devlet konusundaki duyarsızlığın aşılmasına bağlı” olduğu görüşünü savunmaktadır (Sağlam, 2008: 758).

Kaboğlu, çalışma hakkını değerlendirdiği makalesinde Anayasa’nın 65. maddesini “esnek”, “kaypak” olarak nitelendirmiştir. Çalışma ortamını yaratma ödevinin Anayasa tarafından devlete verildiğini belirten yazar; “Devletin yapma biçimindeki bu olumlu görevi, işsizliği önlemede ifadesini bulmaktadır” saptamasından sonra; “İşsizliğin önlenmesi, İH bakımından belirleyici olumlu bir yükümlülüktür. ‘İşsizlik’, hak ve özgürlükleri göreceli, hatta anlamsız kılacağından, çalışma hakkının özgürlüğe dönüştürülmesi önem taşır. Bu bakımdan önemli bir sorun, bireyin devleti iş alanı yaratmaya zorlayıp zorlayamayacağıdır.” sorusunu dile getirmiştir (Kaboğlu: 2010: 45).

Anayasa Mahkemesi’nin, “sosyal hakkın dava edilebilirliği konusunda” benimsediği tutumunu “hak öznesi lehine değil, devlet yükümlülükleri bakımından daha çekişen (hatta sekter) bir yaklaşım” olduğu için eleştiren Kaboğlu’na göre; 65. maddenin “devletin çalışma alanı yaratıcı politika ve uygulamalardan kaçınmasına haklı bir gerekçe oluşturup oluşturmadığı tartışılabilir. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda hayli ‘devletçi’ bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.” (Kaboğlu, 2010: 45).

Kaboğlu da Sağlam gibi, 2001’de yapılan değişiklikte birlikte 65. maddeye ilişkin kararlarında da yorum değişikliği beklenebileceğini ancak yapılan değişikliğin AYM kararlarına yansdığından söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır ⁴ (Kaboğlu, 2010: 45).

Devletin sosyal haklardaki edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, 65. maddenin, bireyin dava açma hakkını kullanarak edimini yerine getirmeyen devletten davacı olmasına olanak tanıyıp tanımadığı tartışmasında, hükmün bireysel dava talebini engellediği görüşünü, sosyal hakların ortaya çıktığı tarihsel süreçle, bu sürecin sosyal haklara kazandırdığı özgünlüklerle bağdaştırmanın olanaklı olmadığı kanısındayız.

Tanör ve Özbudun’un yaptığı, devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesinde “hareketsizliği ya da yeterince sosyal katkı sağlayamaması(nın), sürekli Anayasa ihlali iddiaları-

gerekenlerde ilgili harcamalar bu niteliktedir. Ama bu öncelikler, ödevlerin niteliğine göre yorum yoluyla da belirlenebilir.” (Sağlam: 2008: 758).

⁴ Önce, “ne değişti?” sorusuna yanıt verelim. “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Görüldüğü üzere, ekonomik istikrar”, sosyal haklara göre öncelik taşımayacak, sosyal alanlar, ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilecektir. Sosyal haklar lehine sağlanan bu anayasal gelişmenin Anayasa Mahkemesi kararına yansdığına söylemek kolay değildir” (Kaboğlu, 2010: 46).

la karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğur(acağı)” saptamasının, sosyal hakların doğasından kaynaklandığını düşünüyoruz. Gerçekten de sosyal hakların gerçekleştirilmesinde üstüne düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlet rahatsız edilmelidir. Gülmez’in de ısrarla işaret etmiş olduğu gibi, “sosyal haklarla ilgili, hiç unutulmaması her zaman her koşulda her yerde yinelenmesi ve Anayasa tartışmalarında anımsanması gereken tarihsel, felsefi ve hukuksal ilke ve gerçekler” göz ardı edilerek soruna yaklaşılmaması (Gülmez, 2011: 47), Çemberci’nin vurguladığı gibi, sosyal hakların devletin mali olanaklarının gerçekleştirilmesine kadar askıda olduğu sonucuna götürür (Çemberci, 1977: 55).

Sosyal hakların, “emekçilerin uzun, zorlu, çetin bedelini ödedikleri savaşımınla yazılı hukuka (ulusal yasalara, anayasalara ve uluslararası sözleşmelere)” geçirilmiş olduğu gerçeği (Gülmez, 2011: 47), sadece bu özelliği dahi, “anayasa ihlali iddialarıyla karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğurması”nı meşru ve haklı kılmaktadır.

Aksini düşünmek, bugün olduğu gibi “esnek”, “kaypak” (Kaboğlu, 2010: 45) anayasa hükümleri aracılığıyla binbir bedel ödenerek elde edilen sosyal hakların, birer “dilek, temenni” hükümlerine dönüşmesi anlamına gelmektedir. Taşkent ve Aslan’nın oldukça isabetli bir şekilde belirtmiş olduğu gibi, siyasal iktidarların yanlış önceliklere yönelmesi, ya da bilinçli bir şekilde, örneğin vergi politikalarını ölçüsüzce sermayeyi kollayacak şekilde oluşturmaları, kamu kaynaklarının yağmalanmasını, örtülü bir sermaye birikim modeli olarak uygulamalarının bedelini, sosyal hakların sahibi olan, bu sahipliğin kendisine talep erki verdiğini kabul ettiğimiz bireye yüklemek, ondan bu duruma bir anlamda katlanmasını istemek, sosyal adalet anlayışıyla hiçbir biçimde örtüşmeyecek bir tutum olacaktır.

Sosyal hakların gerçekleştirilmesinde edim yükümlülüğünü yerine getirmemenin yaptırımının “siyasal” olduğunu söyleyerek, bireye dava açma yolunu kapamak da doğru bir yaklaşım değildir. Doğrudur, demokratik bir sistemde siyasal iktidarlar yapmış oldukları tercih önceliklerinin hesabını belirli dönemlerde seçmene vermek zorundadırlar. Ne var ki demokrasi, sadece seçimle tanımlanabilen bir sistem değildir. Seçim, hak sahiplerinin kullandıkları haklardan sadece birisidir. Ancak bu hakkın kullanılması, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen ve Anayasa Mahkemesi’nce “temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi” olarak nitelendirilen dava açma hakkını kullanmanın önüne engel olarak çıkarılamaz.

Aldıkaçtı tarafından ifade edilmiş olduğu gibi, 65. maddenin sosyal haklara inanmayan iktidarlara da bir imkan vermek için kaleme alındığını düşündüğümüzde, bu imkanı boşa çıkartacak hukuki yolları düşünüp kurgulamak görevi de demokratik sistemin doğasından kaynaklanan bir görev olarak adeta kendiliğinden önümüze çıkmaktadır.

Bir başka anlatımla yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerin yanında, Anayasa’nın 65. maddesini sosyal hakları göz ardı edebilmenin olanağı olarak gören siyasal iktidarlara bu olanağı vermemek, sosyal hakları ortaya çıkartan mücadelenin doğasına uygun koruyabilmek için geliştirilebilecek her araç, tek başına yeterli olmasa dahi var edilmeyi hak etmektedir.

Unutulmamalıdır ki, devleti temsil eden her siyasi iktidar 65. madde çerçevesinde “öncelikleri gözetirken”, mali kaynakları transfer ederken tercihler yapmaktadır. Sonuç olarak yaptığı her tercih, bir sınıftan diğerine kaynak aktarma sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa'nın, birden fazla maddesinde “gerekli tedbirleri alır” şeklinde net ve kesin ifadelerle vermiş olduğu görevlerde iktidarın tümüyle kendisiyle baş başa ve siyasal sorumluluğun dışında bir başka sorumluluğun olmadığını ileri sürmek bizce hukuken savunulabilir bir görüş değildir. Eğer anayasalar bir dilek, temenni metinleri değilse, eğer sosyal haklar vatandaşları aldatmak için anayasalara yazılmıyorsa, siyasal iktidar, en azından 65. madde çerçevesinde yaptığı tercihlerin, Anayasa'nın verdiği görevlerle uyumlu olup olmadığını, kusurlu davranıp davranmadığının hesabını yargı önünde vermelidir.

3. Anayasa'nın 90. Maddesi ve Sosyal Hakların Yargılanabilirliği

Sosyal hakların uluslararası sözleşmelerde yer almış olması, Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü, 65. maddedeki sınırlamayı uluslararası sözleşmelerle aşabilme olanakları yaratmaktadır.

Türk hukuk öğretisinde, 90. madde dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilip uygulanmayacağı sorunu, tartışmalı bir konu olma özelliğini korumuştur.⁵

90. maddenin 2004 yılında değiştirilmesinden sonra da devam eden bu tartışmada, üçüncü cümlede yer alan “esas alınır” sözcüklerinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmuştur. 2004 değişikliğini incelerken “esas alınır” ifadesinin gerekçede “öncelik verilir” şeklinde açıklandığını belirten Aybar, bu açıklığa karşın ilginç bir yorumla, aksi sonuca ulaşmak gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de Aybar'a göre:

Madde gerekçesindeki bu anlatıma bakılarak, amacın “öncelik vermek” olduğu söylenebilir mi? Amaç bu ise, neden madde metninde bu açıkça belirtilmemiş ve ‘esas alınır’ gibi Anayasa düzeyindeki bir düzenlemede alışılmış olmayan bir deyim kullanılmıştır? Bu sorulara kesin ve açık bir yanıt verme olanağı yoktur. Gerekçede ‘öncelik verilmesi’nden söz edilmiş olmasına bakılarak, amacın bu olduğu söylenebilir mi? Kanımca, gerekçede ‘öncelik verilmesi’nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, ‘esas alınır’ denilmesi, anayasa koyucunun ‘öncelik verilmesi’nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır (Aybar, 2007: 204).

Aksi görüşü savunan Bilir'e göre ise, “maddede geçen ‘esas alınır’ hükmünün, milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınması, milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması şeklinde anlaşılması gerekir. Yani kanunun bir kenara bırakılarak, milletlerarası anlaşmaların uygulanması demektir.” (Bilir, 2005: 88)

Gülmez ise haklı olarak, üçüncü cümlede “esas alınır” denilerek “emir kipi ile noktaladığına” işaret ederek, uyuşmazlığı çözecek yargı yerinin bu açık anlatım karşısında yasaı bırakarak sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülüğü getirdiğinin altını çizmektedir (Gülmez, 2010: 372)

Genel olarak söylemek gerekirse; bu konuda öğretisi, hukuk düzenlerinin, birbirinden bağımsız ve birbirine karışmayacak şekilde uluslararası hukuk ve iç hukuk olmak üzere ayrıldığını, birinin diğerine üstün olamayacağını, birinde yer alan bir hükmün diğerine doğrudan uygulanmayacağını savunan ikici (dualist) görüş ile bu görüşün tam aksini ileri sürerek,

⁵ Bu konudaki tartışmaların ve farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Gülmez, “İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa madde 90/Son sorunu”, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, 2010, Beta Yayını, Yayın No: 2319, s. 303-389.

ulusal ve uluslararası hukuk düzeninin tek bir hukuk düzeni olduğunu ve bir bütün oluşturduğunu savunan tekçi (monist) görüş olarak birbirinden kesin çizgilerle ayrılmıştır (Çelik, 2010: 260).

Bu tartışmada sorunu özellikle sosyal haklara ilişkin antlaşmalar açısından değerlendirilen Sur; sorunu, “andlaşma salt devletler arasında yükümlülükler mi getirmektedir; yoksa ayrıca kişilere de subjektif haklar bahşedip ulusal yargı organları tarafından uygulanabilir mi? İşte sosyal haklar bakımından üzerinde durulması gereken temel bir sorun da budur” sözleriyle tanımladıktan sonra (Sur, 2008: 53), sorunun yanıtını şöyle vermektedir: “Genel olarak bir andlaşmanın iç hukuk bakımından kişilere subjektif haklar verebilmesi ve yargıç tarafından hukuk normu olarak uygulanabilmesi, hükümlerin doğrudan uygulanır (self executing) olmasına bağlıdır. Bunun için de andlaşma, somut, dakik, kendine yeterli bir düzenleme getirmelidir. Hükmün doğrudan uygulanır olup olmadığını saptayabilmek için çeşitli hususlar dikkate alınır; özellikle de andlaşmanın konusu, anlatımı, hazırlanış koşullarına bakılmalıdır.”⁶ (Sur, 2008: 53).

Sur'a göre; “klasik kişisel ve siyasal haklarla örtüşmeyen sosyal haklar konu olduğunda, doğrudan uygulanırlık yönünden bazı güçlüklerle karşılaşmaktadır.” (Sur, 2008: 54). Bu güçlükleri; “ILO Sözleşmelerinin büyük kısmı ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin hemen tümü salt devletler arasında taahhütler getirip, kişilere doğrudan hak bahşedici” olmamaları, “sosyal haklara ilişkin hükümler çoğunluk itibarıyla ulaşılabilecek istenen hedefleri gösteren program-hükümleri”⁷ olması, “Sosyal hakların daha ziyade pozitif statü haklarından olduğu, yani devletin somut müdahale ve düzenlemelerine ihtiyaç gösterdikleri” kabulünün bulunması, “Sosyal haklara ilişkin uluslararası denetim mekanizmaları da klasik haklara nazaran” (Sur, 2008: 53) farklı olması olarak sıralamaktadır.

Aslında uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanamayacağına ilişkin bu yaklaşım, sadece sosyal haklar alanı ile de sınırlı değildir. Özellikle, “Türk iş hukuku öğretisi ve uygulamasının uluslararası çalışma hukukunun iç hukuka etkisi konusunda oldukça temkinli bir tutum içinde olduğunu, uluslararası hukuka hak ettiğinden çok daha az ilgi gösterdiğini ve ‘pozitivist’ bir yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkündür. Öğretide uluslararası çalışma hukuku belgelerine ve ülkemizce onaylanan sözleşmelere kaynaklar arasında yer vermekle yetinilmiş, ancak bunların ulusal mevzuat karşısındaki durumu görmezden gelinmiş veya ‘tekçi’ yaklaşıma aykırı biçimde onaylanmış uluslararası sözleşmeleri ulusal hukukun bir parçası olarak görmeyen yaklaşım benimsenmiştir. Bu tutum 90/son fıkraya 2004 yılında eklenen ifadeden sonra da devam etmiştir”⁸ (Çelik, 2010: 263).

⁶ Yazara göre; “Bu doğrultuda, varlık nedeni olarak kişilere hak ve özgürlükler getirmeyi amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bilhassa böyle bir etkiye sahip olduğu kabul edilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir kısım hükümlerinin hukukumuzda doğrudan uygulanırlığını teyit eden yargı kararları mevcuttur” (Sur, 2008: 53). Ayrıca benzer görüş için bkz. Tuncay, “87 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumunu”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, kamu iş yayını, Ankara 1997, s. 120 (aktaran Gülmez, 2010: 345).

⁷ Yazar bu tespitin istisnasını “Belirtmeliyiz ki, sosyal hakların bazılarının niteliklerinden ötürü doğrudan uygulanır olduğu da savunulabilir. Özellikle klâsik kişisel hak ve özgürlükler alanına giren zorla çalıştırma yasağı ile “kendi kendine yardım” yolları olarak sendika, grev ve toplu pazarlık özgürlükleri bu kapsamda değerlendirile bilmektedir” sözleri ile belirtmektedir” (Sur, 2008: 54).

⁸ Yazar bu konuda; Gülmez'in yukarıda (dipnot 13) belirtilen çalışmasına dikkat çekerek, haklı olarak “Öğretideki bu egemen görüşe en önemli itiraz Gülmez'den gelmektedir. “Sözleşmeler onaylandı ama bunlarla ilgili yasal

Oysa, özellikle Anayasa'nın 90. maddesi ve maddede 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte, konu hukuken netleşmiştir. Bilindiği gibi 90. maddeye göre, "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."

Dolayısıyla; "demokratik ve laik Cumhuriyetin 'insan haklarına saygılı ve dayalı' olması, Anayasadan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasanın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyetin saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasada sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır"⁹ (Gülmez, 2005 a: 99).

"Kaldı ki, Anayasaya uygun ancak antlaşmaya aykırı bir kural içeren bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda, antlaşmanın uygulanması zorunlu olduğundan, bu sonuç Anayasanın 'by pass' edilmesi, antlaşmanın Anayasaya üstün tutulmuş olması anlamına gelecektir." (Gülmez, 2005 a: 99).

Öte yandan uluslararası sözleşmelerin sosyal haklara ilişkin hükümlerinin çoğunlukla "ulaşılması istenen hedefleri gösteren program-hükümler" olduğunu ileri sürerek doğrudan uygulanamayacağını savunanların gözden kaçırdıkları en önemli nokta Anayasanın 90. maddesinde "geçen sözleşmelerin salt sözel/pozitif metinleriyle sınırlı olarak ele alınamayacağı, denetim organlarının kararlarını da kapsamı gerektiğidir." (Çelik, 2010: 262).

Gerçekten de; "Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kuralları içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak" saptanamayacağı "Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları gözönünde bulundurulmak" (Gülmez, 2005 a : 99) gerektiği açıklığa kavuşacaktır.

düzenleme yapılmadı" şeklindeki "pozitivist" gerekçeye itiraz ederek, 2004 değişikliği öncesinde onaylanan uluslararası sözleşmelerin de doğrudan uygulanması gerektiğini savunan Gülmez bunun da ötesinde, kamu görevlilerinin sendikal hakları ile ilgili 1995 Anayasa değişikliği yapılmadan önce "yasak yoktur" görüşünü ve 1982 Anayasası bağlamında memurların sendikal hakları olduğunu ilk kez dile getiren ve ısrarla savunan bir bilim insanı olarak dikkat çekmektedir" notunu düşmek zorunda hissetmiştir.

⁹ Yazara göre "Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporunda, 'esas' almanın 'öncelikle' uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız insan hakları sözleşmelerini, son fıkranın ilk cümlesindeki 'kanun hükmünde' sözcüklerine dayanarak 'kanun seviyesinde' biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasa-sonraki yasa ya da özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasanın da) üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme konusu olmasına, iç hukuka aktarılmış bulunmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez" (Gülmez, 2005 a: 100).

Gülmez'in haklı olarak vurguladığı gibi, "İnsan hakları yazılı hukukunun UÇÖ'nün kuruluşundan 2004'e uzanan 85 ve BM'nin kuruluşundan 2004'e uzanan 59 yıllık evrimi, "olması gereken" kurallar niteliği taşıyan insan haklarını "olan" kurallara dönüştürmüş; soyut düşünce ve ilkelere, gözle görülüp elle tutulan, yani belgelerde okunabilen, ihlal edildiği zaman da -büyük bir çoğunluğu yargısal nitelik taşımayan- koruma ve denetim yollarına başvurabilen "somut" kurallar özelliği kazandırmıştır. Birkaç cümleyle özetlemeye çalışayım: Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun "konusu" değil "öznesi"dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır, ihlalcı devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaşı olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına ya da onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir" (Gülmez, 2005 b: 3).

III. SOSYAL HAKLARIN YARGILANABİLİRLİĞİ VE YARGI KARARLARI

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda yargı kararlarının en sık tartıştığı maddelerin başında, doğal olarak Anayasa'nın 65. maddesi gelmektedir. Madde, yönetmelik, genelge gibi genel düzenleyici işlemlerden, sosyal güvelik hakkı çerçevesinde tanınan haklara kadar oldukça geniş bir yelpaze içerisinde uygulanma olanağı bulmuştur.

Uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanması konusunda ise çok az rastlanan birkaç ayrık kararın dışında Türk yargı sistemi, bu konudaki ketum tavrını, üstelik 90. maddede yapılan değişikliğe karşı sürdürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerine referans verilerek sosyal devletin tanımının yapıldığı, bu tanımlamalardaki sosyal devlet vurgusunun son dönemlerde azalarak ve anlamı daraltılarak olsa da devam ettiği görülmektedir.¹⁰

Sadece Anayasa Mahkemesi değil, yüksek yargının neredeyse tamamının genel soyut ilkeleri ortaya koyma ve kavramları adlandırma konusunda, uluslararası hukuku da referans göstererek tanımlamalar yaptığı, ancak somut talebin karşılığının karara bağlanması aşamasında oldukça ketum davrandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devleti uzun ve kapsamlı bir şekilde tanımlamasının, kararlarında sosyal devletin gereklerine ilişkin titiz analizler yaptığı anlamına gelmediği" gibi (Yenisey, 2010: 186), Yargıtay'ın sosyal haklara, bu hakların tanımına ilişkin uluslararası sözleşmelere atıf yapmış olması da, hakların gerçekleştirilmesi, somutlanması aşamasında aynı titizliliği gösterdiği anlamına da gelmemektedir.

Nitekim AYM, sosyal devleti somutlaştıran Anayasa maddeleri arasında 65. maddeye de atıf yapmıştır. Gerçekten de AYM, yerel mahkemenin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 92. maddesinin ikinci fıkrasına göre, malullük ve yaşlılık aylıklarının birleşmesi sonucu iki aylığın birlikte ödenmesi gerekirken birinin tamamının, diğerinin ise yarısının ödenmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu ileri sürdüğü davaya ilişkin 11.03.2003 tarihli kararında; "Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesini somutlaştıran 60. ve 65. maddeleri" ifadesiyle, 65. maddeyi sosyal hukuk devlet ilkesini somutlaştıran maddelerden biri olarak nitelendirip, malullük ve yaşlılık aylıklarının birleşmesi

¹⁰ Sosyal devlet ilkesine yönelik Anayasa Mahkemesinde yaşanan duyursuzlaşmaya ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. (Sağlam: 2008: 749-771).

sonucu birinin tamamının, diğerinin ise yarısının ödenmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹¹

Kararda çarpıcı olan nokta, somut olayda tartışılan malul olduğu için 61. maddeye göre özel olarak korunma hakkına sahip olan bireyin, yaşlılık aylığı almaya başladığında daha önce almaya hak kazandığı malülük aylığının veya yaşlılık aylığından birisinin yarı yarıya azaltılmış olmasına da mahkemenin 65. maddeyi uygulaması ve düzenlemede Anayasa'ya aykırılığın bulunmadığı, yarım aylık almaya devam ederek malül sigortalının 61. madde anlamında korumaya devam ettiği sonucuna ulaşmış olmasıdır.

Bir başka anlatımla 61. maddede sakatların öncelikle korunacağına ilişkin hüküm olmasına karşın, öncelik gerçekleştirilirken de AYM'ye göre 65. maddede belirtilen sınırlamalar gözetilecektir.

Oysa azınlık oyunda isabetli bir şekilde belirtilmiş olduğu gibi, "Anayasa'nın 4709 sayılı yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet Anayasa ile belirlenen görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, 'bu görevlerin amaçlarına' uygun önceliklerin gözetileceği belirtilirken 61. maddede sayılan malûller ve sakatlar öncelikle sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken kişilerdir. Anayasa'nın 61. maddesinde, Devletin harp vazife ve şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı hükme bağlanmaktadır. 61. maddede sosyal güvenlik bakımından özel korumaya alınan malûller ve sakatlar hakkında düzenlenecek kurallarda, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen Devletin malî kaynaklarının yeterliliğine dayanmak, sosyal Devlet ve sosyal güvenlik anlamlarına ve anlayışlarına tamamen ters kavramlardır. Kabulü mümkün görülemez."¹²

AYM'nin konuya ilişkin zaman zaman birbiriyle de çelişen çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararların tamamını incelemek bir başka tebliğin konusunu oluşturabilir. Bu kararı özellikle seçmemizin nedeni, bizzat Anayasa'nın amir hükmü ile özel olarak korunması gerektiği belirtilen bir grubun haklarını sınırlayan bir yasal düzenlemenin değerlendirilmesinde dahi, 65. maddenin ölçü olarak alınabildiğine dikkat çekmek, böyle özel bir durumda dahi sınırlayıcı bir madde olarak kullanılabilen 65. maddenin varlığının ve uygulanmasının ortaya çıkartacağı elzem sonuçlara işaret etmek içindir.

Öte yandan Yargıtay da, toplu sözleşme özerkliğinin ve toplu sözleşme hakkının tartışıldığı, ülke genelinde binlerce işçiyi ilgilendiren davalarda, uluslararası sözleşmelerle korunan, anayasal düzeyde korunan toplu sözleşme hakkını "devleti korumalıyız" gerekçesi ile işlevsiz bırakabilmiştir (Özveri: 1999: 108).

Yüksek yargının tutumu hakkında fikir verebilecek bir diğer örnek, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (GG ASS) onaylanan maddeler arasında bulunan 24. maddesinin uygulanması istemini reddeden Yargıtay kararıdır.

Yargıtay, uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanmayacağını savunanların ileri sürdüğü gerekçelerden birini oluşturan "sosyal haklara ilişkin sözleşmelerdeki hükümlerin ulaşılması istenen hedefleri gösteren program-hükümler" olduğu savının bu durumda geçer-

li olmamasına rağmen, GG ASS'nin haksız feshe karşı korumayı güvenceleriyle birlikte düzenleyen 24. maddesini uygulamamıştır. Oysa bu hüküm, çok somut, açık ve nettir.¹³ Sayılan istisnaların dışında herkesin feshe karşı korunma hakkı vardır.

Feshe karşı korunma hakkı olmadan çalışma hakkının var olamayacağı, feshe karşı korumanın çalışma hakkını var eden temel bir düzenleme niteliğinde olduğu da açıktır.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 18. maddesi, iş güvencesi kapsamına girenleri, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp en az altı aylık kıdemi olan işçiler olarak tanımlamıştır. Aynı maddenin son fıkrası ise, işletmenin bütünü-nü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü-nü yönetmemekle beraber işe işçi alıp çıkartma yetkisine sahip olan işveren vekillerine de iş güvencesi hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.

4857 Sayılı İş Yasası'nın bu hükmü ile GG ASS'nin I. bölümünün 24. maddesi çelişmekte, yasa iş güvencesinin kapsamını GG ASS'nin I. bölümünün 24. maddesine oranla daraltmaktadır.

Tüm bu açıklığa, netliğe karşın ne yazık ki, çalıştığı banka işyerinde onlarca genel müdür yardımcısından biri olduğu için 4857 sayılı yasanın iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan, ancak GG ASS'nin saydığı istisnaların içerisinde yer almayan bir işçinin, 90. maddeye dayanarak, iç hukukla uluslararası sözleşmenin çeliştiği, kendisine 4857 sayılı İş Yasası'nın 18. maddesinin uygulanamayacağı, GG ASS'nin 24. maddesinin uygulanarak yargılamanın yapılması gerektiği istemiyle açılan davayı yerel mahkeme reddetmiş, Yargıtay da yerel mahkemenin kararını aynen benimseyerek onamıştır.¹⁴

Yüksek yargının sosyal hakların devletin olumlu edim yükümlülüğüne işaret eden kararlarının olmasına karşın, bu kararlarda olumlu edim yükümlülüğünün sosyal hakkın önemini vurgulamak için kullanmakla sınırlı kaldığını, sosyal hakların sahibi bireyin edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlete karşı dava açma hakkının olup olmadığını tar-

¹³ Çekincesiz onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın I. bölümünün 24. maddesi; "Tüm çalışanlar, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir" demiş; onaylayan devletlerin "hukuksal yükümlülük" üstlendiği sosyal hakların kapsamını belirleyen II. Bölümün "İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı" kenar başlıklı 24. maddesi ise; "Akit Taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; a) tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını; b) iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı; taahhüt ederler. Bu amaçla Akit Taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı; taahhüt ederler" hükmüyle hiçbir ayırım yapmaksızın tüm çalışanların iş güvencesi hükmünden yararlanabileceğini öngörmüştür.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın Ekinde yer alan "Değiştirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili kişiler yönünden kapsamı" bölümünde, 24. maddenin uygulamasının kişiler yönünden istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalar şunlardır: "1- Bu madde bakımından "iş akdinin sona ermesi" ve "sona erme" terimleri, iş akdinin işverenin inisiyatifıyla sona erdirilmesi anlamına gelir. 2- Bu madde bütün çalışanları kapsar ancak bir Taraf, aşağıdaki türlerde istihdam edilen kişileri bu maddedeki güvencelerin bazısının ya da tümünün kapsamı dışında bırakabilir:a- belirli süreli ya da belirli bir iş için yapılan istihdam sözleşmesiyle çalışanlar;b- önceden belirlenmesi ve makul bir süresinin olması koşuluyla, staj dönemi ya da deneme döneminde olan çalışanlar;c- geçici olarak kısa bir süre için çalışanlar."

¹⁴ Beyoğlu 2. İş Mahkemesi 2008/365 E, 2009/310 K, 02.10.2009 T, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2009/47502 E, 2011/11149 K, 13.04.2011 T. sayılı ilamı ile onanmıştır.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 11.03.2003 T, 2001/351 E, 2003/10 K. <http://www.legalbank.net/kararbank>.

¹² Anayasa Mahkemesi, 11.03.2003 T, 2001/351 E, 2003/10 K. <http://www.legalbank.net/kararbank>.

tışmadığını, daha açık anlatımla bireyin böyle bir hakkının olabileceğini düşünmediğini söylemek abartı olmayacaktır.

SONUÇ

Türk hukukunda sosyal hakların dava edilebilirliği, gerek Anayasa Hukuku ve İş Hukuku öğretilerinde, gerekse yargı organları kararlarında ayrıntılı bir biçimde ele alınarak tartışılmış bir konu değildir. Hatta birkaç hukukçu ayırık tutulursa, bir sorun olarak formüle edilmiş de değildir. Öğretideki baskın görüş, sosyal hakların algılanabilir olmasındaki katkısı ve emeği yadsınmayacak olan Tanör'ün devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesinde "hareketsizliği ya da yeterince sosyal katkı sağlayamaması, sürekli anayasa ihlali iddialarıyla karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğurur" saptaması etrafında şekillenmiştir. İlginç ve çarpıcı olan ise, birçok anayasa hukuku ya da sosyal hak kitaplarında konuya yeterince değinilmemiş, en azından Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaların maddenin ifade edilmesinin ötesinde kapsamlı bir şekilde tartışılmamış olmasıdır.

Yargı organları, dava edilebilirlik sorununu hemen hiç gündemine almamış, sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunu ise neredeyse sadece 65. madde çerçevesinde ele almışlardır.

Oysa, eğer sosyal hakların, anayasalarda yer alan güzel temenniler, yargı kararlarının gerekçesini süsleyen özlü saptamalar olmanın ötesine geçip yaşamın içerisinde gerçekleşir olmaları isteniyorsa, siyasal iktidarları rahatsız edecek ölçüde ve yoğunlukta dava edilebilmesi gerekir.

Bizce dava edilebilmelerinin önünde aşılamayacak hukuki bir engel bulunmamaktadır. Aksine Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen dava hakkını, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2/1. maddesi ışığında sosyal haklar somutuna indirgediğimizde ise, karşımıza hak sahibi olan, Anayasa ve uluslararası hukuk aracılığı ile güvenceye kavuşturulmuş, ancak bu güvenceleri kendisine uygulanmayan birey çıkmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesine göre de, bu durumda olan biri hakkını dava yoluyla ileri sürebilecektir.

Anayasa'nın 65. maddesinin getirmiş olduğu sınırlamayı aşmanın yolu ise yine Anayasa'nın 90. maddesidir. Artık, hem öğretinin çoğunluğu ve hem de yargı, 90. maddeyi görmezlikten gelme, sanki böyle bir madde yürürlükte değilmiş gibi davranma, maddeyi olabildiğince dar yorumlama gibi yakaşımlardan vazgeçmelidir.

Öğretinin, özellikle de iş hukuku öğretisinin, yasaları yorumlarken sadece sözsel yorum tekniğinden başka yorum tekniği yokmuş gibi davranmaktan, tarihsel, amaçsal, sosyolojik yorum gibi, hukukun çağın gelişimine ayak uydurmasını sağlayacak yorum tekniklerine başvurmaktan kaçınmaması gerekmektedir.

Sosyal hakların ortaya çıkışındaki özgünlük, gerçekleştirilmeleri aşamasında, özellikle bu hakların sahipleri tarafından unutulmaması gereken önemli bir noktadır. Madem ki bu haklar binbir çilenin, uzun soluklu mücadelenin ürünüdür, var oluş aşamasındaki aynı kararlılık ve duyarlılık, talep edilmeleri, gerçekleştirilmesi için dava yolu dahil her türlü olanağın kullanılmasından da geri durulmamalıdır.

Sosyal hakların dava edilebilirliği tezi, ancak olumlu edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlete karşı, alacaklarını talep eden bireylerin, "nasıl hukuki bir yol bulurum" arayışlarını sıklaştırmaları ile derinleşecek, gelişecek bir konudur.

KAYNAKÇA

- Aslan, B. (2009), **Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı**, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Aybay, R. (2007), "Uluslar arası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, Mayıs/Haziran 2007, s. 187-213.
- Bilir, F. (2005), "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, 2005/1, Sayı.1, s. 77-108.
- Çavuşoğlu, N. (2002), "Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi", **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları** (Ed.: Yasemin Özdek), Ankara: TODAİE Yayınları, s. 467-475.
- Çelik, A. (2010):** "Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye'nin Uyumsuzluğu", **Disiplinler Arası Yaklaşımla İnsan Hakları**, (Ed.: Selda Çağlar, İstanbul: Beta Yayınları, s. 255-333
- Çemberci, M. (1977), Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara: Olgaç Matbaası.**
- DİSK, (2009), Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Bir Anayasa İçin Temel İlkeler (Anayasa Raporu) Ankara: Disk Yayınları, No: 57.
- Emini, M, E.(2004), "Hak Kavramı", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı: 12, s.203-215.
- Erdut, Z. "Liberal Ekonomi Politikaları ve Sosyal Politika", **Çalışma ve Toplum** 2004/2 Sayı:2, s. 11-37.
- Gözübüyük, A. Ş. / Gölcüklü, F. (2002) **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Gülmez, M (2011), "Emeğin Anayasadaki Adı Sosyal Haklardır", **Türk-İş Dergisi**, Sayı 392, s. 46-50.
- Gülmez, M (2005 a), **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara: Belediye-İş Yayınları.
- Gülmez, M (2005 b), Mesut Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", **Çalışma ve Toplum**, Sayı 4, 2005/1, s. 11-56.
- Gülmez, M. (2010), "İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu", **Prof. Dr. Ali Güzel'e**

Armağan, İstanbul: Beta Yayını, Yayın No: 2319, s. 303-389.

Kaboğlu İ, (2010) “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Bildiriler**, İstanbul: Petrol İş Yayını, No: 113, s.43-60.

Koray, M. (2005),“Görölmek İstenmeyen Gerçek: Sosyal Refah Politikaları ve Demokrasi İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum** 2005/2, Sayı:5, s. 27-59.

Özbudun, E, (2011), **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özdek Y, (2011), “Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü” (Kamu Hukukçuları Platformu’nun KKTC Yakın Doğu Üniversitesinde 19-21 Mayıs 2011 tarihlerinde düzenlediği “Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi” konulu toplantıda sunulan yayımlanmamış tebliğ).

Özdemir, S. (2007), **Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti**, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayını.

Özveri M, (1999), **Ekonomik Kriz Koşullarında Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Uyarlama Sorunu**, Ankara: Türk Harp-İş Sendikası Yayını.

Sağlam F, (2008), “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal yayınları,s.753-771.

Sur M, (2008), “Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal yayınları, s.47-62.

Tanör, B (1978), **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yayınları.

Tanör B / Yüzbaşıoğlu N. (2011), **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.

Taşkent T, (1992), “Sosyal Devlet”, **Sosyal Devlet**, Seminerler Dizisi 3, Ankara: Özçelik-İş Sendikası Yayını, s. 37-58.

Yenisey K, (2010), Sosyal-Piyasa Karşıtlığında Sosyal Haklara Farklı Bir Yaklaşım-Yapılabilirlik Yaklaşımı-, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul: Beta Yayını, Yayın No: 2319, s.173-206.

İnternet Kaynakları

LEGAL, <http://www.legalbank.net/kararbank>