

BİR İHTİMAL DAHA VAR O DA ÖLMEK Mİ DERSİN? (SOSYAL İNSAN HAKLARININ ANAYASA ŞİKÂYETİ YOLUYLA DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ LEHİNE TEZLER VE ÖNERİLER)

Tolga Şirin

Marmara Üniversitesi

Özet: Sosyal insan haklarının dava edilebilirliği tartışması öteden beri süregelmektedir. 2010 yılında, 1982 Anayasasında yapılan değişikliğin ürünü olan anayasa şikâyeti Türkiye hukukuna girdi. Anayasa'daki İHAS kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlı olarak düzenlenen bu başvuru yolu, sosyal insan haklarının da dava edilebilirliğini sağlayabilir. Dava edilebilirlik için insan haklarının ve Anayasa'nın bütünselliği ilkesine uyulması, İHAM'ın dolaylı koruma yönteminin takip edilmesi ve ulusal düzeyde İHAM içtihatlarının aşılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa şikâyeti, sosyal haklar, sosyal insan hakları, dava edilebilirlik.

Abstract: The debate on justifiability of social rights has been long known. Constitutional complaint entered into Turkish law with the constitutional amendment in 2010. This remedy, which can only be applied on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities, can ensure justifiability of social rights too. Justifiability is required to be complied with holism of human rights and constitution, to be followed the indirect protection method of the European Court of Human Rights, and to be exceeded the jurisprudence of the ECtHR in national level.

Keywords: Constitutional complaint, social rights, social human rights, justiciability.

GİRİŞ VE ÖN TESPİTLER

12 Eylül askeri darbesinin ürünü olan 1982 Anayasası saf haliyle, iktisatta neo-liberalizm, siyasette anti-liberalizm ve depolitizasyon programının yürürlüğe konduğu, iş ve çalışma yaşamının anti-sosyal yönde değiştirilmesine hizmet eden bir anayasadır. (Tanör, 2012: 144). Bu Anayasa, devlet-toplum ilişkilerinde özerk ve özgür şekilde örgütlenmiş, politize, değişik kesimler arasında işbirliği bulunan bir toplum modeline karşı devletin; bireye, toplumsal gruplara, örgütlere, sınıflara

ve sınıf mücadelesine karşı toplumun; emeğe karşı sermayenin; gence karşı yaşlıların; kadına karşı erkeğin güçlendirilmesi yönünde bir topografyaya sahiptir (s. 136-137). Bu niteliklere sahip bir anayasadan beklendiği gibi 1982 Anayasası, sosyal insan haklarını zayıflatan ve “ona üvey evlat muamelesi yapan” (Schneider, 2004: 3) bir anayasadır. Sosyal insan haklarının¹ diğer haklar karşısındaki bu zayıflığı, Anayasa’nın ilk halinin öngördüğü temel hak sistematüğinde görülebilmektedir. Bu sistematiğe sosyal insan haklarını dışlayan iki unsur bulunmaktadır (karş. Kaboğlu, 2010: 43):

Birinci olarak Anayasa (m. 65), devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini söylemektedir. Açık ki bu, medeni ve siyasal haklar için değil, kural olarak sosyal ve ekonomik haklar için getirilmiş bir daraltmadır.²

İkinci olarak Anayasa (m. 91/1) sosyal ve ekonomik hakları, kanunlara göre daha az güvenceli olan kanun hükmünde kararname rejimine açmıştır. Oysa bu rejim, medeni ve siyasal haklar için kapalıdır.

Bu iki kayıt, sosyal insan haklarını, yani şeklen Anayasa’nın 25 maddeden oluşan hak kataloğunu, diğer temel haklardan farklı ve daha az güvenceli hale getirmiştir.

Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklikle Türkiye hukukuna giren anayasa şikâyeti,³ birçok anayasal hakkın anayasal olarak dava edilebilirliği imkânını beraberinde getirmişse de, az önce değindiğim temelde süregelen bu güvencesizleştirme zincirine bir halka daha eklemiştir. Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen anayasa şikâyeti yolu, tüm anayasal haklar için değil, prensip olarak Anayasa’daki “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” (İHAS) kapsamındaki haklarla sınırlı olarak tanınmıştır. Bu kapsamdaki haklar ise ilk bakışta sosyal insan hakları değil, medeni ve siyasal haklardır. Dolayısıyla temel hak sistematüğünde sosyal insan hakları bir defa daha, üstelik dava edilebilirlik gibi bir hakkın gerçekleşmesinin kritik eşiği sayılabilecek bir noktada dışlanmıştır. Bu bir sorundur. Hatta dava edilebilirlik olmadan temel hak korumasının mümkün olmadığı ve

1 “Sosyal insan hakları”, doktrinde sık kullanılan bir kavram değildir. Ancak son zamanlarda Türkiye’de de yaygınlaşan bir yaklaşım, sosyal hakların “insan hakları” niteliği taşımadığını ileri sürmektedir. İnsan haklarının bütünselliğini göz ardı eden bu sorunlu yaklaşıma katılmıyorum. Bu nedenle “çubuğu diğer tarafa bükme” amacıyla, tebliğimde sosyal hakların “insan hakları” niteliğinin altını çizen bu terminolojik tercihi kullanacağım.

2 Bu hüküm, 1982 Anayasası’na göre daha sosyal sayılabilecek 1961 Anayasası’ndan (m. 53) mirastır. Tanör, bu kaydın sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenen bütün haklar için geçerli olmadığı görüşündedir (Tanör, 1978: 341-356).

3 Anayasa metninde bireysel başvuru ifadesi kullanılmaktadır. Fakat bu ifade sorunludur ve bunun yerine anayasa şikâyeti ifadesi kullanılmalıdır (Şirin, 2013: 10).

soyut/somut norm denetimlerinin temel hakların korunması konusunda yetersiz kaldığı dikkate alındığında bu sorunun ve sosyal haklar aleyhine oluşan açığın üzerinde durulması gerekmektedir.

Gerçekten de sosyal insan haklarının dava edilebilirliği meselesi öteden beri tartışmalı bir konudur. Soğuk savaşın ideolojik kamplaşma ve tansiyonunun çok yüksek olduğu döneme denk gelen bu tartışmada sosyal insan haklarının dava edilebilirliğine, özetle;

- a) Bu hakların insan hakkı niteliğinin ve tanımının belirsizliği,
- b) Sosyal politikaya ilişkin tercihe yönelik seçimle iş başına gelmeyen yargıçların karar vermesinin yerindeliği sorunu,
- c) Bu hakkın kaynak tahsisi gerektirmesi gerekçeleriyle karşı çıkılmaktadır (Mapulanga-Hulston, 2002: 10; Halatçı-Ulusoy, 2013: 75-76, Algan, 2007: 127-153).

Üzerinde ayrıntılı biçimde durmak mümkün değil ama bu savlar şu nedenlerle geçersizdir:

Birincisi sosyal insan hakları, BM'nin Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, ILO sözleşmeleri vb. uluslararası metinlerde ve birçok anayasada düzenlenmiştir. Bunların pozitif hukuk bakımından birer hak oldukları açıktır. İnsan hakları metinlerine bakıldığında birçok medeni ve siyasal hakkın da tanımlanmadan sayıldığı ve bunların içeriğinin yargısal/yarı-yargısal organlarca ortaya konduğu görülmektedir. Eğer tanım belirsizliğinde ısrar edilecek ise bu sorun, sosyal insan haklarının niteliğinin değil, olsa olsa dava edilebilirliği konusunda geç kalınmış olmasının bir sonucudur. Öte yandan BM ESH Komitesi'nin açıklayıcı yorumlarında da görüldüğü üzere sosyal insan hakları tanımlanabilir niteliktedirler.

İkincisi anayasa yargısının ve insan hakları yargısının geçerli olduğu yüzyılımızda seçilmemiş yargıçların, seçimle iş başına gelen politikacıların tercihlerini denetlemesine karşı çıkan tez anakronik bir nitelik taşımaktadır. Yargı erki de, tıpkı yasama organları gibi egemenlik yetkisini kullanmaktadır. Seçilmiş olanların insan haklarını yok sayma yetkileri yoktur. Egemenlik, artık mutlak nitelikte değildir, insan hakları lehine kayıtlıdır (Kaboğlu, 2012: 92). İHAM örneğinde de görüldüğü üzere yargıçlar, verdikleri kararlar yoluyla meşruluklarını kurabilmektedirler (Şirin, 2013: 92). Öte yandan yargıçların seçimle gelip gelmemesi sorunu, sosyal insan haklarının dava edilebilirliği konusunda ayrı bir meseledir. Dolayısıyla söz konusu sav, mesela yargıçların seçimle iş başına gelmesi ihtimalinde havada kalmakta, anlamını yitirmektedir.

Üçüncüsü günümüzdeki insan hakları anlayışı, medeni ve siyasal haklar için bile devlete sadece müdahale etmeme yükümlülüğü getiren Hohfeldyan insan hakları anlayışından hızla uzaklaşmaktadır. (Harris et. al, 2006: 345). Haklar arasındaki negatif ve pozitif şeklindeki ayırım terk edilmekte, devletin bütün insan hakları için hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri gündeme gelmektedir. Eğer bir hakkın devlete pozitif yükümlülük getirmesinden dolayı dava edilebilirliği dışlanacak olursa bugün bir bütün olarak İHAS sistemini anlamsız hale gelecektir. Ayrıca Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa Sosyal Şartı'nın toplu şikâyet prosedürü ve çok yakın zaman önce ESK Komitesi'ne bireysel başvuru usulünü

düzenleyen BM ESHS'ye Ek Protokol'ün yürürlüğe girdiği⁴ dikkate alındığında, dünyada da sosyal insan haklarının dava edilebilirliği yönünde bir eğilimin mevcut olduğu görülmektedir.

Hal böyleyken sosyal insan haklarının dava edilebilirliğinin mümkün ve hatta gerekli olduğu bu bildirin ön kabulüdür. Bu ön kabulü ortaya koyduktan sonra şimdi 1982 Anayasası özelinde sosyal insan haklarının anayasa şikâyetine konu edilebilirliği üzerinde duracağım.

I. SOSYAL İNSAN HAKLARININ ANAYASA ŞİKÂYETİNE KONU EDİLMESİNE YÖNELİK TEZLER

Türkiye'de sosyal insan haklarının anayasa şikâyetine konu edilebilirliği üç nedenle gereklidir

1. Birinci Tez: Sosyal İnsan Hakları Bütünsellik İlkesi Gereği Anayasa Şikâyetine Konu Edilebilmelidir

Sosyal insan hakları, öncelikle bütünsellik ilkesi gereği dava edilebilir olmalıdır. Bu gereklilik, hem insan haklarının bütünselliği, hem de Anayasa'nın bütünselliği açısından geçerlidir.

a. İnsan Haklarının Bütünselliği

Fransız hukukçu Parani'ye göre:

Birbirinden büyük veya küçük halkalardan oluşan insan hakları zincirinin halkalardan birisinin kopması, nasıl ki zinciri zincir olmaktan çıkartırsa, insan haklarından birinin eksikliği veya göz ardı edilmesi de hak zincirinin bütününe etkiler (Parini, 1991: 51, Akt. Anayurt, 2000: 48).

İnsan hakları da bir zincirdir. Bu zincirin bazı özellikleri vardır. Bu özellikler, insan haklarının evrensel, birbirleriyle bağımlı, evrimci, karşılıklı ilişkili ve dolaşısıyla bütünsel olmasıdır. İnsan hakları öğretisinde kabul gören bu özellikler uluslararası organlarca da tanınmaktadır (Koch, 2001: 30). Mesela BM İnsan Hakları Genel Meclisi'nin 1950 tarihli ve 421(v) sayılı kararında, "*medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar karşılıklı ilişkili ve bağımlıdır (...)* ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan mahrumiyet, insanın İHEB'de öngörülen ideal özgür insanın gerçekleşmesine engel olacaktır" denmektedir (Koch, 2009: 1-2). Bu tespiti dayanılarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sayılan hakları tek bir metin altında toplama kararı alınmıştır. İnsan haklarının özelliklerini ortaya koyan bu söylem, BM Genel Kurulunun sonraki kararlarında ve çeşitli bildirgelerde de dü-

⁴ Bireysel başvuru prosedürünü getiren Ek Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi 05.05.2013'tür. Türkiye halen Ek Protokol'ü onaylamamıştır. Anayasasında sosyal devlet ilkesine yer veren ve bunu değiştirilemez ilke haline getiren bir devletin bu Ek Protokol'ü onaylamaması en hafif ifadeyle çelişkidir.

zenli olarak kendisine yer bulmuştur.⁵ Bunların içinde en çok bilineni 1993 tarihli Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı'dır. Bu Bildirge'nin 5. maddesi şu şekildedir:

İnsan hakları (...) bölünmez, karşılıklı ilişkili ve bağımlıdır. Uluslararası toplum, insan haklarını aynı düzeyde ve aynı önemle (...) küresel olarak adil ve eşit biçimde gerçekleştirmelidir.

İnsan haklarına ilişkin bu ilkeler, sadece BM nezdinde kabul edilmemektedir. Örneğin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın dibacesinde *"Birlik, insan onurunun, özgürlüğün, eşitliğin, dayanışmanın bölünmezliği ve evrenselliği üzerine kuruludur"* hükmüne rastlanmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "Temel Sosyal Haklara İlişkin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek Protokol" başlıklı 1415 sayılı ve 1999 tarihli kararında da, *"ekonomik ve sosyal haklar, insan onurunun doğasında bulunmaktadır ve medeni ve siyasal haklar gibi açıkça insan haklarıdır. Bu iki kategori birbiri ile bağımlıdır ve farklı biçimde ele alınmaz"* biçiminde bir kayıt dikkat çekmektedir.

Zaten geçmişte de bu bütüncülüğün gereği olarak BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yanında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, İHAS'ın yanında Avrupa Sosyal Şartı hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur.

Gerçi bu bütünselliğin aleyhine bir durum olarak kaydedilmelidir ki anayasa hukuku öğretisinin G. Jellinek'ten miras geleneksel anlayışı, hakları, statülere göre ayırmaktadır. Bu anlayışa göre haklar, negatif statü, pozitif statü ve aktif statü olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategori medeni haklara, ikinci kategori sosyal haklara, üçüncü kategori ise siyasal haklara denk düşmektedir. Bu anlayışa göre İHAS'ta yer alan haklar, kural olarak siyasal haklar ile negatif statü haklarıdır. Özellikle ABD de kabul gören ve Hohfeldyan özgürlük anlayışı olarak da ifade edilen bu yaklaşıma göre devletin ödevi haklara müdahale etmemekle sınırlıdır. Müdahale yoksa özgürlük vardır (Alexy, 1986).

Ancak Strazburg organlarının 60 yıllık pratiği göstermektedir ki bu organlar Hohfeldyan özgürlük anlayışını reddetmektedirler. Strazburg organlarının geliştirdiği pozitif yükümlülük doktrinine göre devletlerin haklara saygı göstermenin yanında hakları koruma ödevi de bulunmaktadır. Strazburg organları medeni ve siyasal haklar konusunda da devletlere pozitif bir ödev yüklemekte ve bu haklara da pozitif bir statü getirmektedir. Bu durum medeni haklar ile sosyal insan hakları arasındaki ayrımı azaltmaktadır (Karan, 2007). İnsan haklarının bütünselliğine işaret eden bu gerçek, İHAM içtihatlarında da karşılık bulmuştur:

Mahkeme sosyal ve ekonomik hakların daha çok gerçekleştirilmesinin, söz konusu devlette hüküm süren –özellikle finansal- duruma bağlı olduğunun farkındadır. Öte yandan Sözleşme, günün şartları ışığında yorumlanmalıdır (...)

⁵ 13 Mayıs 1968 tarihli Tahran Bildirgesi'nde, 13 Aralık 1985 tarihli 40/114 sayılı, 4 Aralık 1986 tarihli 41/117 sayılı, 7 Aralık 1987 tarihli 42/102 sayılı, 8 Aralık 1988 tarihli 43/113 sayılı ve BM Genel Kurulu'nun Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine ilişkin kararlarında bu tespit tekrar edilmiştir (bkz.: 16 Aralık 2005 tarihli 60/40 sayılı karar).

ve bireylerin bu alanlarla ilgili olarak pratik ve gerçek bir şekilde korunması için tasarlanmıştır. Sözleşme, temel olarak medeni ve siyasi hakları öngörmüş ise de, bunların çoğunun sosyal veya ekonomik mahiyette sonuçları vardır. Mahkeme bu nedenle, tıpkı Komisyon gibi, Sadece Sözleşme'nin sosyal ve ekonomik haklar alanına genişleyecek bir yorumunun bile böyle bir yoruma karşı nihai faktör olmadığı ve bu alanı, Sözleşme'nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir bölünme olmadığı kanaatinde (ECtHR, 1979: 26⁶).⁷

Türkiye devleti, bu görüşlerin ve dayanakları olan metinlerin hazırlık sürecine katılmış olan, uluslararası hukuka açık olma ve insan haklarına dayanma iddiasındaki bir devlettir.⁸ Hal böyleyken AYM de dâhil devlet organlarının insan haklarının bu niteliklerini göz ardı etmemesi, sosyal insan haklarını koruma yönünde bir eğilime sahip çıkılması gerekmektedir.

b. Anayasa'nın Bütünselliği

Anayasa'nın bütünselliği ilkesi, Almanya AYM'si tarafından geliştirilmiş bir ilkedir. Ancak Türkiye AYM'sinin kararlarında da bu ilkeye rastlanmaktadır.⁹ Bu ilkeye göre anayasal normlar somutlaştırılırken tek başına değil, Anayasa'nın bütünlüğü içerisinde, diğer normlarla çelişkiye düşmeyecek ve uyumlu şekilde yorumlanmalıdır (Hesse, 1999: 28-33; Müller, 1979). Şüphesiz anayasa şikâyeti usulüne özgü norm yapılarındaki farklılık gözetilmelidir fakat bu gözetme, anayasa hükümleri arasındaki sıkı ilişkiyi ve bağlantıyı dışlamamalı, Anayasa'nın bütününde var olduğu sayılan dengeyi bozmamalıdır. Çünkü Anayasa'nın bütünselliği ilkesi, uyumlu yorum dinamiği geliştirilmesini gerektirir (Oder, 2010: 71-72).

Sosyal insan haklarına anayasada yer verilip, bu hakların soyut ve somut norm denetimine konu edilmesi mümkün iken, bunun anayasa şikâyeti açısından mümkün olmaması, Anayasa'nın bütünselliği ilkesini zorlar. Şöyle ki sosyal insan haklarını ilgilendiren bir konu soyut ve somut norm denetimiyle AYM önüne geldiğinde bu konu incelenebilecek iken, aynı konu anayasa şikâyeti yoluyla AYM önüne geldiğinde bunun incelenemeyecek olması bütünselliğe aykırı bir çelişki yaratır. Mahkeme'nin diğer usuller kapsamındaki incelemesinde anayasaya aykırılık tespiti yapacak iken anayasa şikâyeti usulünde bunu yapamayacak olması,

⁶ İHAM kararlarında paragraf numaralarına atıf yapılmaktadır.

⁷ Taraf devletlerin 6. madde bağlamında adli yardım sunma ödevine ilişkin olan bu karar adil yargılanma hakkının sosyalleşmesine örnek niteliktedir.

⁸ Almanca literatürde bu durum Völkerrechtsfreundlich (uluslararası hukukla dost) şeklinde ifade edilir. 1982 Anayasası'nın başlangıcı ile 15/1, 16, 38/son, 42/son, 90/son, 92/1, 125/1 gibi maddeler buna dayanaktır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesi "insan haklarına saygılı" devlet ifadesine yer vermiş olsa da 2001 yılında 14. maddede yapılan değişiklikle "insan haklarına dayanan devlet" ifadesi anayasaya eklenmiştir.

⁹ AYM, 2004: Fazıl Sağlam'ın karşı oyu; AYM, 2012a; 2012b.

anayasanın maddi hükümlerinin usuli teferruatlara heba edilmesi anlamı taşır (Şirin, 2012: 122).

Türev kurucu iktidar anayasa şikâyeti usulünü tanıırken, büyük ihtimalle AYM'nin İHAM benzeri bir yargılama yapmasını istemiştir. Ancak İHAM, İHAS'a uygunluk denetimi yapmakta, sosyal insan haklarına özgülenmiş ve ayrı bir metin olan Avrupa Sosyal Şartı'nın denetimi ise Sosyal Komitece gerçekleştirilmektedir. Ancak anayasallık denetimi bakımından böyle bir ayırım yoktur. Her iki kategoriye de AYM incelemekte ve bu denetimlerin ikisi de aynı metne, yani 1982 Anayasası'na dayanılarak yapılmaktadır. Anayasa'nın bekçisi olan AYM, bu bütünlüğün bozulmamasının da teminatıdır (s. 122). Devletin nitelikleri de bu bütünlüğün supaplarındandır. Zira Türkiye bir sosyal devlettir ve bu bütünlük içinde sosyal devlet, hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir ögesidir, bu gerçek göz ardı edilemez. (Sağlam, 2007). Ayrıca yine bu bütünlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereği sosyal insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilirliği de göz ardı edilemez (Çağlar, 2009: 268-272).

Tüm bunlara ek olarak AYM'nin şu içtihadı bu bütünselliği otantik olarak ortaya koyduğu için önemlidir:

Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece devlet sosyal niteliğine ulaşacaktır. Sosyal devlet, yaşama hakkının korunması, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ve bu amaca yönelik olarak sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Buna göre yataklı tedavi kurumlarında sağlık yardımlarının altı ayla sınırlandırılması, "henüz tedavisi süren kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden (...) Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır." Öte yandan "sosyal güvenlik hakkı" "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı" ile bağlantılı olduğundan, sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında altı ayı geçemeyeceğine ilişkin kural, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez (AYM, 1997).¹⁰

2. İkinci Tez: İHAM İctihatlarının Gerisine Düşülmemelidir (Sosyal İnsan Haklarının Dolaylı Korunması)

İnsan hakları hukukunda dava edilebilirlik geleneksel olarak medeni ve siyasal haklar için geçerlidir. Ancak İHAM'ın Sözleşme'yi günün koşullarına göre yorumlayan dinamik yorum metodunun (yaşayan hukuk enstrümanı içtihadı) ve az önce değinilen pozitif yükümlülük doktrininin (Mowbray, 2004) bir sonucu olarak, medeni siyasi haklar korunurken, bazı sosyal insan haklarının da güvence altına alınması söz konusu olabilmektedir. Bu koruma doğrudan olmasa da yansımalıdır.

¹⁰ Bu karara dikkat çektiği için iş hukuku ve anayasa hukuku uzmanı hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a teşekkür ederim.

a. Sosyal İnsan Haklarının Yansımali Korunması

İngilizce literatürde *indirect protection* yani dolaylı koruma olarak ifade edilen bu usul, aslında Fransız kökenlidir ve bu dilde *protection par ricochet* yani sekmeli/yansımali koruma şeklinde ifade edilmektedir. Burada sekme/yansımaya, medeni ve siyasal hak korunmasından gelmektedir. Medeni ve siyasal haklar öyle yorumlanmaktadır ki bu yorumun sonucunda bir medeni veya siyasal hakkın korunmasından yansımali olarak sosyal insan hakları da korunmaktadır (Maes, 2005: 162). Şüphesiz bu bir sonuçtur. Bu sonucun öncülü de az önce değindiğimiz gibi insan haklarının bütünselliğidir (Brems, 2008: 138).

Türkiye’de AYM’nin önüne gelen anayasa şikâyetlerinde sosyal insan haklarının böyle bir pratikle korunması mümkündür. Hatta eğer anayasa şikâyeti yolu ile İHAM önüne giden davalarda azalma sağlanması amaçlanıyor ise, İHAM’ın uyguladığı bu korumanın benzerini ulusal düzeyde gerçekleştirmek bir zorunluluktur.

Öte yandan yansımali korumaya neden olan pozitif yükümlülük kuramının İHAS’taki normatif dayanaklarının Türkiye Anayasası’nın dibacesinde, haklara ilişkin hükümlerde ve özellikle 5. maddesinde (özel gelişim hakkında) mevcut olduğu da kaydedilmelidir.¹¹

b. İHAM Kararlarından Örnekler

348

Sosyal insan haklarının doğrudan doğruya İHAM önünde dava edilmesi mümkün değildir. Gerçi 1982 Anayasası’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan birçok hak, esasen medeni hak niteliğindedir ve İHAS metninde de yer almaktadır (Tanör, 1978: 97). Örnek vermek gerekirse ailenin korunması ve çocuk hakları (m. 41) ile gençliğin korunması (m. 58) İHAS’ın özel ve aile yaşamına saygı hakkı başlıklı 8. maddesinde, eğitim hakkı olmasa da eğitim özgürlüğü, İHAS’ın 1 no’lu Ek Protokolü’nün 2. maddesinde, sendika kurma hakkı (m. 51) İHAS’ın örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinde güvence altına alınmıştır.

İki metin arasında yapılacak karşılaştırmada lafzen uyuşum göstermeyen haklar ise çalışma, toplu iş sözleşmesi, grev, adil ücret, sağlık/çevre, konut, sosyal güvenlik hakları noktasındadır. Bu haklara ilişkin metin karşılaştırması yapıldığında uyuşum bulunmuyor görünse de İHAM içtihatlarına bakıldığında açının daraldığı gözlemlenmektedir. Bu açı, yansımali koruma yoluyla daralmaktadır.¹²

aa. Çalışma Hakkı

Sözleşme’de çalışma hakkı, devletin kişilere iş bulma yükümlülüğü veya kişilerin diledikleri işte çalışma hakkına sahip olması şeklinde düzenlenmiş değildir (ECtHR, 2014c: 46). Ancak çalışma hakkının, çeşitli medeni haklar yoluyla bir

¹¹ Bu dayanakların ABD Anayasasında olmadığı düşünülmektedir (Palmer, 2009: 399).

¹² AYM içtihatlarından erken dönem örnekler için bkz. (Akad, 1992).

takım güvence altına alındığı örnekler vakidir (O'Connel, 2012: 176-190). Göçmen işçi olan başvurucunun karşı karşıya kaldığı aşırı katı çalışma şartlarının cezalandırılmamasının angarya yasağının ihlali olarak tespit edilmesi buna tipik bir örnektir (ECtHR, 2005d). Yine geçmişte Sovyetler Birliği gizli servisi (KGB) üyesi olan başvurucunun bu geçmişinden dolayı Litvanya'daki yeni işinden (vergi müfettişliği) çıkartılması, başvurucunun özel hayatına saygı temelinde ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmüş ve bu karar, sonuçları itibariyle başvurucunun çalışma hakkının yansımali olarak korunmasını sağlamıştır (Mantouvalou, 2005: 573). Homoseksüel olan askerlerin Britanya ordusundan ihraç edilmesine ilişkin başvurularda da cinsel yönelim, özel yaşamın parçası olarak görülmüş ve işten çıkarma şeklindeki müdahale özel yaşama saygı hakkının ihlali olarak tespit edilmiştir (ECtHR, 2009a; 1999d). Görüldüğü gibi özel yaşama saygı hakkının işten çıkarma şeklinde bir müdahale ile ihlal edilmesi durumunda, yansımali olarak çalışma hakkı dava edilmektedir.

Buna benzer durum ifade özgürlüğü temelinde de gerçekleşmektedir. Hohfeldyan özgürlük anlayışına sahip yazarlar (Yayla, 2014) ifade özgürlüğünü çok dar kalıplara sıkıştırıyor - örneğin bir gazetecinin, görüşlerinden dolayı işten çıkarılmasının ifade özgürlüğü ile ilgisiz olduğunu ileri sürüyor olsalar da- İHAM'ın yaklaşımı bunun tam aksi istikamettedir. İHAM çok yakın zaman önce bir yüksek yargı mensubunun, Anayasa değişikliğini ve hükümet politikasını eleştirdiği için görevden alınmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür (ECtHR, 2014b. Aksi yönde bkz.: 1986b). Daha dikkat çekici olan ise İHAM'ın, özel bir gazetenin, kendi bünyesinde çalışan bir gazeteciyi, gazete yönetimini eleştirdiği için işten çıkartılmasını da ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmüş olmasıdır. Bunu ilginç kılan; özel girişimlerin, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını, içeriğini, şeklini belirleme, değiştirme veya bu sözleşmeye son verme hakkına sahip olmalarını ifade eden sözleşme özgürlüğünün de anayasal bir hak olmasıdır (Bauerle, 2001).¹³ Fakat İHAM'a göre sözleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğünden daha üstün değildir ve bu olayda işten çıkarma, kamu gücü tarafından gerçekleştirilmemiş olsa da devlet, kişilerin görüşlerini özgürce ifade edebilecekleri bir ortamı yaratma konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etmiştir (ECtHR, 2000a). Şüphesiz çalışma hakkının yansımali koruması, özel yaşam ve ifade özgürlüğü dışındaki medeni haklar yoluyla da mümkündür (örgütlenme özgürlüğü bakımından bkz.: ECtHR, 1995).

Öte yandan bu teknik, sadece işten çıkarmalar için değil, işe girişler bakımından da uygulanmaktadır. Örneğin Yehova şahitliği inancına sahip olan ve bu nedenle askerlik hizmetini reddeden bir kişinin, muhasebecilik sınavını kazanmış olmasına rağmen, geçmişteki vicdani reddine dayalı mahkûmiyetinden dolayı işe alınmaması, İHAM tarafından inanç özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür.

¹³ Almanya'da bu hak öznel gelişme hakkının bir parçası olarak görülmektedir.

Açık ki bu olay da çalışma hakkının (veya kamu hizmetine girme hakkının) yansımaları korumasına iyi bir örnektir.¹⁴

bb. Toplu İş Sözleşmesi Hakkı

Strazburg içtihatlarında toplu iş sözleşmesi hakkına yönelik geleneksel yaklaşım, Avrupa Sosyal Şartı ve ILO Sözleşmeleri gibi metinleri görmezden gelen, dar bir şekilcilik içermektedir (Gülmez: 2008: 146-147). Gerçi Strazburg organları 11. maddedeki “çıkartmaları savunmak için” ifadesinin “sendikaların üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla dinlenilme hakkını içerdiği” (ECtHR, 2014c) ve sendikaların kullanabileceği araçlardan birinin de toplu sözleşme imzalaması olduğu (ECtHR, 1996a; 1989) yönündeki içtihatlarına rağmen, uzun yıllar toplu iş sözleşmesi hakkının çalışanların çıkarlarını koruyan ancak olmazsa olmaz nitelik taşımayan bir usul olduğu ve örgütlenme özgürlüğünün toplu iş sözleşmesi hakkını içermediği yönündeki içtihadını takip etmiştir (Örn. bkz. ECtHR, 1976a: 39-40; Dorsemont, 2010: 220).

Mahkeme'nin geleneksel yaklaşımı, çalışanların haklarını savunma biçimlerinin belirlenmesi konusunda taraf devletlerin takdir marjının olduğu yönündedir. Ancak ilk kez *Demir ve Baykara v. Turkey* kararıyla beraber bu içtihat değiştirilmiş ve yeni bir açılım ortaya konmuştur. Bu davada başvuru Tüm-Belsen, Gaziantep belediyesiyle bir toplu iş sözleşmesi yapmış ancak belediye, sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Başvuru sendika tarafından açılan davalar, bu sendikaların tüzel kişiliğinin kabul edilmemesi ve dolayısıyla yapılan toplu sözleşmenin geçersiz olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu davada İHAM, konuyla ilgili geleneksel içtihadının, uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinde ortaya çıkan somut gelişmeler dikkate alınacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini söylemiş ve nihayet işverenle toplu pazarlık yapma hakkının, 11. maddedeki “çıkartmalarını korumak için sendika kurmak ve sendikalara katılmak” hakkının temel unsurlarından biri olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yani artık toplu pazarlık hakkı, çalışanların haklarını savunma araçlarından biri olması nedeniyle örgütlenme hakkının korumasından yararlanmaktadır (Gülmez, 2008: 151-160).

cc. Grev Hakkı

Geleneksel Strazburg içtihadında grev hakkı da tıpkı toplu iş sözleşmesi hakkı gibi mesafeli durulan haklardan olmuştur. C. Scott'a göre (1999: 638) ‘tavan etkisi’ olarak ifade edilebilecek bu mesafeli duruş, sosyal insan haklarını içeren diğer sözleşmelerde açıkça grev hakkının zikredilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Strazburg organları uzun yıllar bu konuyla ilgili başvurularda, sendikaların üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma araçlarından biri olan grev hakkının önemli olduğunu ancak yine mutlak bir araç sayılamayacağını, bu bakımdan kul-

¹⁴ Terfi konusunda istisnai bir karar söz konusudur. Aşırı sağ bir partinin üyesi başvuru-cununun, polis memurluğundan baş komiserliğe terfi ettirilmemesi başvurusunun polisliği ve üye olduğu parti dikkate alınarak örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak görülmemiştir (ECtHR, 2005e).

lanılacak araçlara ilişkin taraf devletlerin takdir marjının bulunduğunu ifade etmiştir (ECtHR, 1976b).

Ancak 2000'li yıllarla beraber grev hakkının, örgütlenme hakkından seken bir korumadan yararlandığı görülmektedir. Yeni içtihadta İHAM, sendikanın çağrısıyla greve katılan kişilere kesilen adli (ECtHR, 1991; 2008c; 2009c) veya idari cezalarının (ECtHR, 2007a, 2009b) veya idarenin parasal zararının tazmin edilmesi uygulamalarının (ECtHR, 2007b) yasal yoldan bir greve katılmak isteyen sendika üyelerini ve diğer kişileri caydırma amacı taşıdığı ve bunun şiddete teşvik veya demokratik ilkelerin reddedilmesi söz konusu olmadıkça açık fikirlilik, hoşgörü ve çoğulculuk gerektiren demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu vakalarda dikkat çekici olan İHAM'ın bu eylemlerin grev hakkı kapsamında olup olmadığına ilişkin tüketici bir tartışma yapmaktan ziyade, bu meseleyi toplu eylem özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü kapsamında ele alarak sonuçlandırmış olmasıdır. 11. madde kapsamında öngörülen meşru amaçlara uygun ve demokratik toplumda gerekli sayılabilecek bir grev yasağı, şüphesiz sözleşmesel güvence içinde değildir (ECtHR, 2009a). Ancak sendikaların üyelerinin haklarını korumak amacıyla kullandığı bir araç olarak grev, iş yavaşlatma, iş bırakma gibi eylemlere dâhil olan kişilerin, Sözleşme'nin öngördüğü kriterler gerektirmemesine rağmen cezalandırılması, görünürde barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün, - eğer kişilere sendika üyesi olmalarından dolayı yargısal koruma tanınmamış ise ayrıca ayrımcılık yasağının- bunların yansımaları sonucu olarak da grev hakkının ihlali anlamına gelecektir (Gülmez, 2008: 165, Veldman 2013: 120).¹⁵

çç. Sağlık Hakkı ve Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

AYM'nin de ifade ettiği gibi sağlık hakkı, öncelikli olarak yaşam hakkı ile ilgilidir (AYM, 2010). Az önce değinilen pozitif yükümlülük doktrini, yaşam hakkı bakımından da uygulama bulmaktadır. Strazburg organlarına göre yaşam hakkı, devlete sadece öldürmekten kaçınmasını değil, aynı zamanda uygun adımlarla yaşamı koruma yükümlülüğü de getirmektedir (Tahmazoğlu-Üzeltürk, 2012: 201-202). Devletlerin önleyici adımları atma yükümlülüğünün kapsamı, yaşam riskinin yakınlığıyla ilişkili olarak artabilir. Belirli kişi veya kişi topluluklarının gerçek ve yakın bir yaşam riskinin olduğu yerde kamu makamlarının uygun adımları atmaması, yaşamın hukuk yoluyla korunması hakkının ihlaline neden olabilir (ECtHR, 1998d: 91). Hindistan ve G. Afrika, hatta ABD'deki sosyal insan haklarının anayasal koruma yöntemi ile paralellik gösteren bu yaklaşım, yaşam hakkına acil tedavi hakkını da dâhil etmektedir (Clements ve Simmons, 2009: 418; ECtHR, 2002g).

Öte yandan bu çıkarımın ilkesel sonucu, sağlık programının kötü yönetilmesi, hayati tehlike taşıyan bir hastalıkta yetkililerin kayıtsızlığı (ECtHR, 2002c) ve genel olarak devletin sağlık politikasındaki ihmallerinin (ECtHR, 2000b) yaşam

¹⁵ İHAM'ın, çok yakın zaman önce dayanışma grevinin kategorik olarak yasaklanması konusunda çok tartışmalı bir karar verdiğini kaydetmek gerekiyor (ECtHR 2014c).

hakkının ihlaline neden olabileceğidir. Devletin, mesela nükleer testler gibi sağlık riski taşıyan faaliyetlerde çalışan kişilerin yaşamsal risklerini önleme yükümlülüğü de (ECtHR, 1998b) idare hukukundan tanıdığımız idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesini anayasal düzeye taşımaktadır. Bu sorumluluğun çevresel konularda da bulunması, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile yaşam hakkı bağlantısının kurulması açısından önem taşımaktadır (ECtHR, 2004d; Bernhardt, 2006: 703; Fransızca içtihatlar için özellikle Duymaz, 2012: 122-158). Bunun yanında tıbbi hata nedeniyle gerçekleşen ölümlerde devletin etkili soruşturma (ECtHR, 2014f) ve özel veya kamusal hastanelerdeki vakalara karşı yargısal yollara başvurulmasını (ECtHR, 1999e) ve etkili-bağımsız bir yargı sistemi (ECtHR, 1990a, 2002b: 49) sağlama yükümlülüğü de görünüşte yaşam hakkının, yansımali olarak da sağlık hakkının Sözleşmesel güvenceleridir.

Sağlık hakkı sadece yaşam ve ölüm arasındaki ince çizgiye sıkıştırılmamaktadır. Kişinin çekebileceği ıstırap potansiyeli, sağlık hakkının işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında yansımali korunmasına da neden olabilir. Örneğin AIDS gibi ağır ve belirli ciddiyet düzeyini aşmış (ECtHR, 2001b) bir hastalıkla boğuşan yabancı bir kişinin, sınır dışı edilerek herhangi bir ailesel destek ve yeterli tedavi imkânı olmayan anayurduna gönderilmesi, o kişi için insanlık dışı muamele veya işkence anlamına gelebilir. Bu ihtimalde sağlık ve tedavi hakkı sekmeli korumadan yararlanmaktadır.

352 | Sağlık hakkının bu öğelerin yanında özel ve aile yaşamına saygı öğeleriyle de yakın ilişkisi vardır (Brems, 2008: 147). Bir fabrikanın yarattığı endüstriyel kirliliğin ve toksit emisyonunun devletçe önlenmemesi ve kişilerin bundan doğrudan etkilenmesi ihtimalinde, özel ve aile yaşamına saygı hakkının, yansımali olarak sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlali söz konusu olmaktadır (ECtHR, 1998e; 2005a). Devletin sağlıklı bir çevre için koruma yükümlülüğü, hava (ECtHR, 1994), toprak ve su (ECtHR, 2004a), gürültü (ECtHR, 2003b) kirliliğini önlemek konusunda da mevcuttur. Kaydedilmelidir ki İHAS madde 8, sağlık ve çevre hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bilgiye erişim bakımından da, güvence sunmaktadır. Bu güvence çevresel bilgiye erişimin yanında (ECtHR, 1994), kişinin HIV pozitif olduğuna ilişkin bilginin yeterince korunmaması (ECtHR, 2008b) veya mahkeme kararında alenileştirilmesi (ECtHR, 1997a), medikal bilginin sigorta şirketine verilmesi (ECtHR, 1997b) gibi enformasyon meseleleri bağlamında da enformasyon hakkı temin edilmelidir.

Görüldüğü gibi sağlık hakkının yansımali koruması, parasız sağlık hakkı boyutunda bir güvence sağlamamaktadır. Ancak konu zedelenebilir (vulnerable) kişilerle ilgili ise böyle durumlarda istisnaya gidilebildiğini görüyoruz (Palmer, 2009: 398).¹⁶ Tutuklu ve mahkûmlara ilişkin kararlarda bu istisna çok belirgin şekilde göze çarpmaktadır: Akli dengesi yerinde olmayan ve hapsedilen bir mahpus kişinin, durumuna uygun nitelik taşımayan ve yetersiz bir tedavi ünitesinde tutulması (ECtHR, 1998c), ağır kanser hastası bir kişinin iki yıldan uzun bir süre bo-

¹⁶ Bu bakımdan yakın zaman önce yerlerinden edilen ve alternatif konut sağlanmayan Roman kişilerin yaptığı başvurularda hükmedilen 8. madde ihlalleri özel bir önem taşımakta bu kararların isimleri özellikle zikredilmelidir (ECtHR (2012) ve (2013b) (Fransızca).

yunca tedavi göremeyecek şekilde tutulması (ECtHR, 2002h), birçok kronik hastalıktan mustarip 84 yaşındaki felçli bir kişinin gerekli sağlık desteği sunulmaksızın 21 ay cezaya mahkûm edilmesi (ECtHR, 2004e), kolları ve bacakları olmayan ve buna ek olarak kronik böbrek rahatsızlığı bulunan bir kişinin 3 gece 4 gün boyunca, sert bir yatakta uyumaya zorlanması (ECtHR, 2001d) buna uygun örneklerden bazılarıdır. Devlet, fiziksel hürriyetleri sınırlanan bu kişilere tedavi sunma yükümlülüğü altındadır. Örneğin bir uyuşturucu bağımlısı mahkûmun hızlı kilo kaybı yaşamasına kayıtsız kalınması ve bu kişiye, tedavisi için gerekli ilaçlar ile diğer imkânların sunulmaması, kötü muamele yasağı ve dolayısıyla sağlık hakkının ihlali anlamına gelmiştir (ECtHR, 2003a).

dd. Konut Hakkı

Konut hakkı, çok boyutlu bir haktır (Koch, 2009: 113). Bu hakkın negatif yanı, konuta saygı hakkı (İHAS m. 8) biçiminde düzenlenmiştir. Devlet gerekli olmadıkça konuta müdahale etmemeli ve ona saygı göstermelidir. Bu bakımdan güvenlik güçlerinin, terörle mücadele iddiasıyla ev yakma eylemleri (ECtHR, 1996b) veya kiracıların keyfi biçimde tahliye edilmesi (ECtHR, 2004b) konut hakkının negatif tezahürünün ihlali anlamına gelecektir. Bu faaliyetlerin yapılaş biçiminin ağırlığına ve mağdurların özelliklerine göre, insanlık dışı muamele dahi söz konusu olabilir (ECtHR, 2001a). Konut biçimi -Romanlarda olduğu gibi- kültürel bir anlam taşıyorsa, konut hakkının kültürel tezahürü de yansımali koruma altına alınacaktır. Ayrıca sosyal konuttan yararlanma biçiminde bir alacak kazanılması ihtimalinde (ECtHR, 2005c: 59-61) ve/veya kiracılık, irtifak gibi konutla bağlantılı olasılıklarda, bu hakkın mülkiyet hakkından sekme yoluyla korunduğu da kaydedilmelidir (Gemalmaz, 2009: 382).

Konutun negatif güvencelerinin ötesinde pozitif, dolayısıyla sosyal insan hakkına yaklaşan yansımali teminatları bulunmakta mıdır? Strazburg içtihatlarında buna yönelik imalar vardır. Özellikle *Haderini* davası olarak bilinen trajik vakada İHAM, kırk kadar Roman ailesinin evlerinin yıkılmasından sonra, penceresiz, havalandırmasız, ısınmasız bir kümeste sıkış tepiş şekilde yaşamak zorunda bırakılmasını insanlık dışı muamele olarak gördüğü gibi devletin köy boşaltma sonrasındaki pozitif yükümlülüklerine dikkat çekmiştir (ECtHR, 2005b). Öte yandan bir engellinin, fiziksel durumuna uygun hale getirilmiş bir apartmanın kamulaştırılmasından sonra kendisine uygun bir konut temin edilmediği iddiasının incelendiği *Marzari v. İtaly* vakasında İHAM bu başvuruda taraf devletlerin, böyle bir müdahale sonrasında, şayet alınan önlem ile kişinin özel hayatı (m. 8) arasında doğrudan ve mevcut bir ilişki kurulabiliyorsa, müdahalede bulunan kişinin özgün niteliği gözetilerek devletin uygun konut sağlama yükümlülüğü olduğunu tespit etmiştir.¹⁷ Bu tespitin de konut hakkının pozitif görünümünün yansımali korumasına kapı araladığını söyleyebiliriz.

ee. Sosyal Güvenlik Hakkı ve Adil Ücret

¹⁷ Bu olayda tıbbi yardım ve alternatif bir apartman sunulduğu için İHAM başvuruyu reddetmiştir.

Tanımı ve kapsamı oldukça tartışmalı olan sosyal güvenlik hakkı (Nußberger, 2007) bir tür şemsiye haktır (BM ESHK 18 no'lu Genel Yorum). Öğretide kapsam belirlenirken, yararlanıcıların herhangi bir maddi katkısının olmadığı “sosyal yardımlar ve hizmetler” ile prim ödeme karşılığında işlevselleşen “sosyal sigortalar” arasında ayırım yapılmaktadır (Scheinin: 211). Fakat İHAM bunlar arasında bir fark görmediği için (ECtHR, 2006) Strazburg içtihadında, anılan unsurların tamamı sosyal güvenlik kavramı içinde görülebilmektedir (Winterstein: 98; Nußberger, parag. 18).

Aslında *Müller v. Germany* vakasında da ifade edildiği gibi İHAS, taraf devletlere açık bir şekilde herhangi bir sosyal güvenlik temin etme ödevi getirmemiştir. Fakat Mahkeme'nin verdiği kararlar, Sözleşme metninin sınırları dâhilinde yoksulluk, yoksunluk veya sosyal dışlama içinde yaşayan insanların korunmasını sağlayacak bir eğilim göstermiştir (Herdero, 2007: 22). Mahkeme'nin sosyal güvenlik hakkının dolaylı korunumu için kullandığı Sözleşme maddesi ise özellikle 1 No'lu Ek Protokol'ün mülkiyet hakkı başlıklı 1. maddesi olmuştur (Clements/Simmons, 2009: 421; Herdero, 2007: 23; Koch, 2009:190). H. B. Gemalmaz'ın (2009: 182) da dikkat çektiği gibi, mülkiyet hakkı kapsamında sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin davaların sayısında hızlı bir artış söz konusudur.

354 | Kaydedilmelidir ki sosyal güvenlik hakkı ile mülkiyet hakkı tamamen çakışmamaktadır. Fakat prim ödemeleri yoluyla yararlanıcıların katkıda bulunduğu gelir ve pozisyonlar -aşgari süre boyunca prim ödenmesi ceza ve disiplin hukukuna uygunluk (ECtHR, 1997c) gibi şartlarla kayıtlı olabilse de- mülkiyet hakkı içinde görülmektedir (Herdero, 2007: 24; Gemalmaz, 2009: 368). Prim ödemesi olmayan sosyal güvenlik pozisyonları ise geçmişte nispeten tartışmalı olsa da artık -özellikle de ayrımcılık yasağıyla ilişkili olarak ele alınan davalarda- mülkiyet hakkı kapsamı içinde görülür hale gelmiştir (ECtHR, 1996c: 41; ECtHR, 2002f: 35-36; 2013a; Gemalmaz, 2009: 371 vd.; Palmer, 2009: 419). Dolayısıyla sosyal yardım, hizmet ve sigorta haklarının özellikle mülkiyet hakkından sekme yoluyla koruma altında olduğu söylenebilir. Sosyal sigorta pozisyonlarının medeni hak ve ödev niteliği taşımasından dolayı, bunlarla ilgili davalardaki adil yargılanma hakkının da böyle bir dolaylı koruma sağladığı unutulmamalıdır (ECtHR, 1986a).

İHAM, yaşlı, hasta vb. kategorideki, sosyal güvenlik ödemeleri veya sosyal yardımlar yoluyla hayatta kalan veya yaşamını sürdüren kişilerin bunlardan mahrumiyetlerinin, bu mahrumiyetin yaşam standardında ağır bir kayıp yarattığının açık ve uygun bir şekilde ispatlanması ihtimalinde insanlık dışı muamele oluşturacağı ihtimalini göz ardı etmemiştir (ECtHR, 1990b; 2002e). Bu illiyeti kurmak, sosyal bakım (social care) ile ilgili meselelerde daha kolaydır. Örneğin bir çocuğun ailesinin istismarı (Z and others v. UK), engelli bir kişinin tutulma koşulları (ECtHR, 2001d) ve bu temelde sosyal bakım istemleri, insanlık dışı muamele hükmü ışığında incelenebilmiştir. Çok yakın zaman önce yaşlı ve hasta kişinin bakımı, insan onuruyla bağlantılı olarak özel yaşama saygı hakkı içinde kavranmıştır (ECtHR, 2014a: 47).

Yukarıda sosyal güvenlik hakkı için söylenenler genel hatlarıyla adil ücret hakkı için de geçerlidir. Şöyle ki maaş alacakları da dâhil olmak üzere her türlü alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında görülmektedir (Gemalmaz, 2009: 379). Bu hakkın, eşit işe eşit ücret ilkesi çerçevesinde ayrımcılık yasağı ve aynı zamanda adil yargılanma hakkı yoluyla yansımaları korunması mümkün olabilir (ECtHR, 2011).

Bütün bu örnekler göstermektedir ki İHAM kararlarında sosyal insan hakları, medeni hakların korumasından yansıyan bir teminata sahiptirler. Bu tekniğin anayasa şikâyeti yargılamalarında uygulanmaması için bir neden yoktur. Hatta bu koruma asgari eşik olarak kabul edilmeli, bunun ötesine geçilmelidir.

3. Üçüncü Tez: İHAM İçtihatları Aşılmalıdır (Takdir Marjı Doktrini ve Asgari Eşik İlkesi)

Strazburg organları birçok kararında sosyal insan haklarının İHAS kapsamında olmadığını açıkça ifade etmiştir (ECtHR, 1999f). Ancak bu tespit AYM'yi bağlamaz. AYM en az iki nedenle İHAM'ı aşabilir:

a. Takdir Marjı Doktrini ve Sosyal İnsan Hakları

İHAM içtihatlarına bakıldığında özellikle sosyal insan haklarına ilişkin vakalarda, Sözleşme'deki haklar için de çok önemli güvenceler getirebilecek olan bazı sosyal siyasalarının önemi kaydedilmekle birlikte, bu politikalar konusunda devletlerin takdir marjı olduğu ifade edilmektedir (Palmer, 2009: 410). Örneğin devletin, böbrek yetmezliğinden mustarip ve maddi durumu kötü bir başvurucuya ücretsiz sağlık hizmeti sunmamasının 8. madde ihlali olduğuna yönelik bir iddia karşısında İHAM önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, taraf devletlerin böyle bir siyasa izleyip izlememek konusunda takdir marjı olduğunu kaydettikten sonra, herkesin sağlık ve ilaç hizmetine erişiminin açıkça arzu edilebilir olduğunu söylemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre kaynakların yetersizliği ne yazık ki Sözleşme'deki devletlerdeki birçok kişinin bunlardan, özellikle de pahalı tedavilerden yararlanamamasına neden olmaktadır (ECtHR, 2005f). Buna benzer tespitler İHAM'ın farklı kabuledilemezlik kararlarında da görülmektedir. Mesela ALS hastası bir kişinin devletin bu hastalığın oldukça yüksek masraflarının sadece %70'lik kısmını karşılamasının yaşam hakkı ihlali olduğu (ECtHR, 2002f) veya yemek ve içmek de dâhil her türlü eyleminde başkalarının sürekli bakımına muhtaç Duchenne kas distrofisi olan başvurucuya, devletin mekanik kol temin etmemesinin özel yaşamına saygı hakkının ihlali olduğu (ECtHR, 2003c) yönündeki iddiaların tartışıldığı davalarda İHAM aynı yönde bir eğilim göstermiş ve arzu edilebilir olana dair gönderme yapmakla birlikte, bireyler ile toplumun genel çıkarı arasındaki çatışmalar bağlamında taraf devletlerin konuyla ilgili takdir marjının olduğunu söylemiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme, bazı sosyal insan haklarına ilişkin olması gereken ve arzu edilenin ne olduğunu tespit etmekte ancak hem bu konunun Avrupa Sosyal Şartı sistemine girmesinden, hem de uluslararası bir organ olarak ulusal siyasalara müdahalesinin pek uygun olmamasından dolayı kendini frenlemektedir

(Pellonpää, 1993: 873). Hatta bu frenleme, bazı gelgitlere de neden olmaktadır (Mantaouvalou, 2011: 11). Fakat bu iki frenleme gerekçesi AYM'ye uygun değildir.

Birinci nokta üzerinde durmak gerekirse, Türkiye'de medeni haklar ayrı, sosyal insan hakları ayrı bir metinde düzenlenmemiştir. Her iki hak kataloğu da anayasal düzeydedir ve her ikisinin de denetimi AYM tarafından yapılmaktadır. 1982 Anayasası Türkiye Devleti'nin 'sosyal devlet' olduğunu söylemektedir. Anayasa'nın bütünü içinde sosyal insan haklarının hatırı sayılır bir yeri vardır. Hal böyleyken yukarıda da değinildiği gibi Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği AYM kendini sosyal insan hakları aleyhine İHAM gibi veya İHAM kadar frenleyemez.

İkinci nokta üzerinde durmak gerekirse, İHAM'ın taraf devletlerin takdir marjına böyle bir gönderme yapması onun kendi bağlamında anlaşılmalıdır. İHAM sosyal insan hakları ve diğer birçok konuda taraf devletleri belli bir edime zorlamamakta ve bunu onların takdir marjına bırakmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki takdir marjı doktrini İHAM'ın kendine özgü nitelikleri ve sorunları bağlamında kullanılan bir doktrindir. Bu doktrinin artalanında taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek, demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamak, sözleşme sisteminin devamını sağlamak, sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlamak, subsidiarite ilkesi ve ulusal organların sorunlara yakınlığı, ortak Avrupa konsensüsü ve kültürel görecelik sorunu gibi birçok faktör vardır (Bunların irdelenmesi konusunda bkz.: Şirin, 2013). Bu faktörler AYM'ye uyarlanamaz. AYM, İHAM'ın tanıdığı takdir yetkisini, anayasanın kendisine verdiği egemenlik yetkilerine dayanarak kullanan ulusal bir organdır. Dolayısıyla konuyla ilgili olarak İHAS'ı aşan ve 1982 Anayasası'nı referans alarak, bir takım özgün takdiri değerlendirmelerde bulunabilir. Mesela Anayasa'nın 65. maddesi "mali yeterlilik ölçüsünden" bahsetmektedir. Bu yeterlilik şüphesiz uluslararası bir organ tarafından denetlenemez. Ancak AYM, mali ekonomik ve sosyal alandaki belli bir yükümlülüğten "mali yeterlilik" iddiasıyla kaçan devletin, bu iddiasının tutarlılığını, yani mali yeterliliğin söz konusu sosyal hakkın yerine getirilmesine engel olup olmadığını denetleyebilir. Bunu uluslararası bir organ olarak İHAM yapamayabilir, fakat AYM daha kolay yapar. Bu bağlamda AYM tarafından devlete İHAM'ın cesaret edemediği bazı ek pozitif yükümlülükler yüklenebilir.

b. Asgari Eşik İlkesi ve Sosyal İnsan Hakları

İHAS'ın 53. maddesine göre, "Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalari ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz." Bu hükmün anlamı İHAS'ın asgari standartları ortaya koyduğu, taraf devletlerin daha özgürlükçü biçimde davranabilecekleri ve Sözleşme hükümlerini hak ve özgürlükler aleyhine sonuçlara ulaşmak için kullanamayacaklarıdır (Meyer-Ladewig, 2011: 407). Ulusal makamlar, İHAM'ın üstün körü yaklaştığı bazı davalardaki sınırlı yaklaşımını aşabilmelidirler (Cassese, 1991). Örnek vermek gerekirse İHAM içtihadında engelli bir çiftin, günlük kamu binalarına eri-

şimlerinde zorluk yaşamalarının ve günlük ihtiyaçlarını bile karşılayamamalarının özel yaşamlarına saygı haklarını ihlal ettikleri iddiası, özel yaşam ile söz konusu siyasa arasında bağlantı kurulamamasından dolayı (ECtHR, 2002i), kronik solunum yetmezliği yaşayan ve bu nedenle çalışamayan, sosyal güvenlik ödemeleriyle geçinen bir kişinin, fatura borçlarından dolayı elektriklerinin kesilmesinin insanlık dışı veya kötü muamele anlamına geldiğine yönelik iddiası 3. madde eşliğine ulaşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (ECtHR, 1990f). Oysa sosyal devlet ilkesine göre hareket eden ve İHAS'ın getirdiği asgari standardı bazı kararlarında aşabilecek bir AYM, anayasa şikâyeti incelemelerinde de bu daraltıcı yaklaşımın ötesine geçebilir. Mesela işsiz ve sosyal güvencesiz, diyabet makinesine bağlı olarak yaşayan hasta birinin elektriğinin kesilmesi, Türkiye sosyal devletinin Anayasa Mahkemesi tarafından insanlık dışı veya kötü muamele olarak tanımlanabilir. Veya ağır hasta halde sokakta kalan ve açlık sorunu çeken kişinin tedavi isteminin reddedilmesi, maddi ve manevi bütünlük hakkı bakımından incelenebilir.

II. SOSYAL İNSAN HAKLARI DENETİMİNE İLİŞKİN USULİ ÖNERİLER

Sosyal insan haklarının anayasa şikâyetine konu edilmesi konusunda iki noktada usuli sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bunlardan biri başvuru sırasındaki talep, diğeri ise inceleme yöntemiyle ilgilidir.

1. Kabul Edilebilirlik Kriteri Olarak 'Jura Novit Curia'

Anayasa şikâyeti yargılamasında şikâyette bulunan kişinin, içtüzük hükmü gereğince hangi hakkının ihlal edildiğini başvuru dilekçesinde ileri sürmesi gerekmektedir. AYM'nin konu bakımından yetkisi, İHAS kapsamındaki anayasal haklardan birinin ihlali iddiasıyla sınırlıdır. Şikâyetçi bu hak ihlalini mutlaka İHAS'taki madde başlıklarından birine denk düşecek şekilde mi ifade etmelidir? Şikâyetçinin İHAS metninde açıkça yer almayan bir anayasal hakkın ihlal edildiğini ileri sürmesi veya nitelendirmede hataya düşmesi durumunda AYM ne yapacaktır? Örneğin bir kişi, şikâyetinde mülkiyet hakkının değil de sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürecek olursa AYM şikâyeti incelenmeyecek midir?

AYM'nin ilk dönem içtihatlarına bakıldığında AYM'nin meseleye dar bir şekilcilikle yaklaştığı ve olumsuz bir yönelim gösterdiği gözlemlenmektedir. AYM, önüne gelen anayasa şikâyetlerinde başvurucuların ileri sürdükleri iddialardan ziyade, ihlal edildiği ileri sürülen maddelerle sınırlı bir inceleme içine girmiştir. Mesela başvurucu, şikâyetinde özel yaşam hakkının bir parçası olan cinsel yönelimine dayalı ayrımcılığa dayandığını özü itibarıyla ileri sürmüştü de, başvurucu açıkça özel yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmediği için dava bu açıdan incelenmemiştir (AYM, 2013a: 34). Yine polis amiri olan başvurucunun terfi ettirilmesi yönündeki talebinin incelendiği bir vakada AYM, davacının mülkiyet ve özel yaşamıyla bağlantılı bir durumun söz konusu olup olmadığıyla, başvurucu bu haklarının ihlal edildiğini açıkça zikretmediği için ilgilenmemiştir (AYM, 2013c: 20-23).

Sosyal insan haklarıyla ilgili sayılabilecek davalarda da AYM paralel bir yaklaşım geliştirmiştir. Örneğin adil ücret hakkı (AYM, 2014a: 33-35)¹⁸ ve çalışma hakkının (AYM, 2013d: 22-25)¹⁹ ve çevresel ve kültürel hakların (AYM, 2013b: 58-60)²⁰ ihlal edildiğine ilişkin iddialar, bu hakların İHAS'ta ve ek protokollerinde bulunmaması gerekçe gösterilerek ve ek gerekçelendirme yapmadan kabul edilemez bulunmuştur.

Yine çalışma hakkıyla ilgili Nesrin Kılıç vakasında, başvuruçunun açmış olduğu işe iade davasının 40 ay süreyle bitirilmemiş olması, makul sürede yargılanma hakkı bağlamında ihlal olarak görülmeyle beraber, davanın uzun sürmesinin iş arama ve sözleşme hürriyeti bakımından sorun yarattığı yönündeki iddia “Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı” görülmeyle reddedilmiştir. Gerçi AYM bu davada, Serkan Acar vakasına nazaran yerinde bir yaklaşımla, “iade ve işten haksız çıkartılma gibi bazı konularla ilgili şikâyetin Sözleşme'de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabileceğini” ima etmişse de bu iddiayı re'sen özel yaşama saygı bakımından ele almamış ve bu bağlantının neden kurulmadığına ilişkin açıklama yapmamıştır (parag. 42-44).

Bu yönelim insan hakları hukukunda geçerli olan jura novit curia (yargıç hukuku kendiliğinden uygular) ilkesiyle çelişmektedir. Jura novit curia ilkesi, davanın taraflarının hiçbir hukuki sebep ileri sürmeseler yahut yanlış hukuki sebep ileri sürseler dahi bundan zarar görmemeleri ve doğru hukuk kuralını bulup uygulamanın yargıçların görevi olduğunu ifade eden, Roma hukukundan günümüze miras kalmış ve uluslararası insan hakları denetim organlarınınca da kullanılan bir ilkedir (Shelton: 2013: 189 vd). Bu ilkenin Strazburg nezdinde de uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir:

Mahkeme olayın unsurlarına ilişkin hukukun nitelendirilmesi uzmanı olduğu için, kendini başvuruçucu veya hükümet tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı görmez. Jura novit curia ilkesinin sonucu olarak, örneğin taraflar tarafından dayanılmayan maddeler veya paragraflar uyarınca Komisyon'un kabul

18 Bu vakada, adil ücret hakkının, özellikle mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı temelinde “eşit işe eşit ücret” ilkesi ışığında dava edilebilirliğine yönelik hiçbir tespit bulunmamış olması tartışmaya açıktır. Bu tartışma ilk dönem içtihadı olması ve yol göstermesi beklentisi karşısında daha da anlam kazanmaktadır.

19 Bu kararda kabul edilemezlik veya esastan red kararı değil, dar bir şekilcilikle reddedilmesi sorunludur. Yani karar kadar kararın nasıl gerekçelendirildiği de önemlidir.

20 Hatta Anayasa'nın “tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına” ilişkin 65. maddesine dayanan iddia karşısında –hiç gereği yokken– söz konusu hükümde bireysel hak dahi olmadığı ifade edilmiştir.

edilebilir gördüğü, bir başkasında kabul edilemez bulduğu bir konuda re’sen tanımlama yapabilir. Bir başvuru, sadece dayanılan hukuki temeller ve argümanlarla değil ileri sürülen olaylarla nitelendirilir (ECtHR, 1990a; 2009d: 54).

Anayasa’nın üstünlüğü (m. 11) ve temel hak ve özgürlüklerin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez olduğu (m. 12) dikkate alındığında bu ilkenin AYM tarafından da uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan olayların “esas itibariyle” şikâyet dilekçesinde ileri sürüldüğü ve iddiaların İHAM içtihatlarına denk düşecek bir tartışmayı içerdiği hallerde, İHAS metnine uygun olmayan hak isminin zikredilmiş olmasına kritik önem atfedilmemelidir. Sonuç olarak bir şikâyetçi Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında yer alan bir hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak da şikâyette bulunabilmelidir.²¹

Bu tebliğin hazırlandığı dönemde verilen kararlarda AYM’nin bu ilkeyi –bazen hatalı da olsa- uygulamaya başladığı görülmektedir. Artan sayıda örnek yanında kamuoyunda özellikle dikkat çeken ‘başörtülü avukat’ vakasında başvuru, başörtülü duruşmaya girme hakkına engel olunmasının çalışma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşse de başvuru, re’sen din ve vicdan özgürlüğü kapsamında ele alınmıştır. AYM, İHAM’ın “çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili şikâyetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabileceği” şeklindeki yaklaşımını içtihadına aktarmıştır (AYM, 2014b: 33). Bu şüphesiz ki olumlu bir gelişmedir.

2. Esas Denetim Kriteri Olarak ‘Sosyal İnsan Hakların Özü’

Almanya menşei öz kriteri, medeni ve siyasal hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak kullanılagelmıştır (Sağlam, 1982). Ancak bu terminoloji çok uzun süre sosyal insan hakları bakımından uluslararası düzlemde kullanılamamıştır (Ertan, 2014: 93). Ancak BM ESHK’nin “taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliğine” ilişkin 3’nolu genel yorumunda bu konuda dikkat çekici tespitler yer bulmuştur:

“Komitenin ve selefti niteliğindeki organın on yıldan fazla bir süredir taraf Devlet raporlarını inceleyerek edindiği geniş çaplı deneyim esasında Komite, her bir hakkın en azından asgari gereklilik düzeyinde gerçekleştirilmesini güvence

²¹ AYM’nin yorum tekniği itibariyle hataya düştüğü konulardan biri de İHAS kapsamını Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerle sınırlayan 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesini anayasaya uygun görmesidir. Oysa taraf olmanın uluslararası hukuka yönelik bir mesele olduğu, Türkiye taraf olsun veya olmasın Anayasa’daki İHAS kapsamındaki bütün hak ve özgürlükler için anayasa şikâyeti yapılabileceği düşünülebilirdi. Bu özellikle Türkiye’nin taraf olmadığı, ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 no’lu protokol açısından önem taşımaktadır. Sözleşme’deki haklardan biri bakımından değil, bağımsız olarak ayrımcılık yasağını getiren bu protokol sosyal insan haklarının dava edilebilirliği açısından kritik öneme sahiptir. Nitekim Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında bile çok sayıda sosyal hak koruması mümkün olabilmıştır (Marguénaud, 2012: 225) (Konu hakkında daha fazla tartışma için bkz.: Şirin, 2013: 447).

altına almanın tüm taraf Devletlerin asgari düzeyde **öz yükümlülüğü** olduğu görüşündedir. Bu suretle, örneğin, önemli sayıda bireyin temel yiyecek maddelerinden, birincil sağlık hizmetlerinden, konut ve barınmadan ya da en temel eğitim biçimlerinden yoksun olduğu bir taraf Devlet ilk bakışta Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirememektedir. Sözleşme, asgari düzeyde öz yükümlük içerecek şekilde okunmadığında, varlık nedeninden büyük ölçüde yoksun kalacaktır. Aynı şekilde, bir Devletin asgari düzeydeki **öz yükümlülüklerini** yerine getirip getirmediğine yönelik değerlendirme, ilgili ülkedeki kaynak yetersizliklerini göz önünde bulundurmalıdır. 2. maddenin 1. paragrafı her bir taraf Devleti “mevcut kaynakları ölçüsünde” gerekli girişimlerde bulunmaya yükümlü kılmaktadır. Bir taraf Devletin asgari düzeydeki öz yükümlülüklerini yerine getirememesini mevcut kaynakların yetersizliğine bağlayabilmesi için, o Devletin yetki alanı dâhilindeki tüm kaynakları asgari düzeydeki yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla kullanmak için her türlü çabayı gösterdiğini göstermesi gerekmektedir” (parag. 10).

Yani devletlerin ESHS'nin 2. maddesinden hareketle, kaynakların sınırlılığı ile haklılaştırabilecekleri bir kategorinin yanında, hiçbir şekilde haklılaştırılmayacak ve vazgeçilemeyecek/mutlak nitelikte bir öz yükümlülük alanı bulunmaktadır.²² İşte bu yükümlülük alanının, bütüncül yaklaşım gereği tüm denetim organlarınınca dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilir. Öğretide de, içtihatlarında öze dokunma yasağına zaten yer veren İHAM'ın sosyal insan haklarının özüne ilişkin bir kriter ortaya koymasının mümkün olduğu düşünülmektedir. Örneğin I. Leijten,²³ İHAM'ın sosyo-ekonomik haklarla ilgili davalarda tanımlama yapmaktan imtina etme veya inceleme alanı ile haklılaştırma denetimini karıştırmak şeklinde iki taktiğe başvurduğunu ve bu yolla sosyal insan haklarına ilişkin sınırları belirsiz bir denetim sürdürüldüğünü ifade etmektedir. Yazarın önerisi İHAM'ın da sosyal insan haklarının özü kriterini kullanması ve bu konuda daha net bir test uygulamasıdır (Leijten, 2013: 109-136).

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde öze dokunma yasağı kriteri bulunmaktadır. Bu kriter, Anayasa'daki tüm hak ve özgürlükler için sınırlandırmanın sınırını göstermektedir. Yani BM ESHK'nin ortaya koyduğu “sosyal hakların özü” kriteri, 1982 Anayasası metninde zaten mevcuttur. AYM bu kriteri, bu şekilde kullanmamıştır, ancak bu gelecekte kullanamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira Anayasa'nın 65. maddesi de “mali yeterlilik ölçüsünden” bahsetmektedir. Ancak bu yeterliliğin dahi haklılaştıramayacağı bir öz pek ala ortaya konulabilir ve yokmuş gibi davranılan sosyal insan hakları kataloğuna etkinlik kazandırılabilir.

²² İ. M. Ertan, ESHK'nin genel yorumundan çekirdek yükümlülük benzeri, karşılaştırılabilir öncelikteki yükümlülükler de çıkartılabileceğine dikkat çekmektedir (s. 96-97).

²³ Bu makale yazılırken konuyla ilgili makalesini bana gönderdiği için Leiden Üniversitesi anayasa hukuku araştırma görevlisi Ingrid Leijten'e teşekkür ediyorum.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tüm bu yazılanlardan sonra toparlayıcı bir değerlendirme yapacak olursak; 1982 Anayasası ve pratiği, sosyal insan haklarını tanıyan, ancak onları dışlayan bir nitelik taşımaktadır. Anayasa şikâyeti usulü de bu niteliği derinleştirmiştir. Haklar, dava edilebilirlik olmadan yeterli güvenceye kavuşamaz. Tüm basınca rağmen sosyal insan haklarının dava edilebilirliği halen gerekli ve mümkündür. Gereklidir çünkü hem insan haklarının hem de Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi bunu icap ettirmektedir. Mümkündür çünkü İHAM pratiklerinde de görüldüğü üzere sosyal insan hakları, medeni hakların dava edilmesinden bile sekmeli güvencelere ulaşabilmektedir. Burada mesele dinamik ve özgürlükçü bir yorum geliştirme meselesidir. İHAM'ın bu yorum yöntemleri AYM'ye örnek olmalıdır. Ancak uluslararası organ olarak İHAM'ın gidebileceği sınırlar, ulusal bir organ olarak AYM tarafından aşılabilir. İHAM'ın muhtelif sebeplerle ulusal makamlara bıraktığı takdir marjı AYM'ce kullanılabilir ve kullanılmalıdır. İHAS metni asgari bir eşik getirmektedir. AYM kararları uzun yıllar bu eşığın gerisinde kalmıştır. Söz konusu açığın kapatılması için çubuk terse bükülmeli ve asgari eşığın ilerisine gidilmelidir. Ancak bu durumda bir denge sağlanabilir. Bu yaklaşım, esasa ilişkin olduğu kadar usuli açıdan da gerçekleşebilir. Kişilerin anayasadaki sosyal insan haklarını ileri sürmeleri durumunda dar bir şekilcilikle başvurular reddedilmeli, tıpkı İHAM gibi *jura novit curia* ilkesi uygulanmalıdır. Değerlendirme kriterlerinde bu eşik yakalanmalı, hatta İHAM içtihatlarında bile kullanılmayan denetim kriterleri –örneğin sosyal insan haklarının özü kriteri- sosyal insan hakları lehine içtihadı yansıtılmalıdır. Tüm bunlar için 1982 Anayasası metni yeterli araçları sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmed (1992) *Teoride ve Pratikte Sosyal Güvenlik Hakkı*, İstanbul: Kazancı.
- Alexy, Robert (1986) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M: Suhrkamp Verlag.
- Algan, Bülent (2007) *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayını.
- Anayurt, Ömer (2000) “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Oya Çitçi (der.), *Türkiye’de İnsan Hakları* içinde, Ankara: TODAİE Yayını.
- Brems, Eva (2007) “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, Daphne Barak-Erez and Aeyal M. Gross (eds.), *Exploring Social Rights: Between theory and Practice* içinde, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Bäuerle, Michael (2001) *Vertragsfreiheit und Grundgesetz Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Bernhardt, Rudolf (2006) “Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, Bernd-Rüdiger Kern et al. (ed.), *Humaniora: Medizin-Recht-*

Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag içinde, Berlin: Springer Verlag.

- Cassese, Antonio (1991) "Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?" *European Journal of International Law*, 2 (1).
- Clements, Luke ve Alan Simmons (2009) "*European Court of Human Rights*", Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Çağlar, Selda (2009) "Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunmasında Yargı Kurumlarının Rolü", *Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, Bildiriler*, Ankara: Belediye- İş Sendikası Yayınları.
- Dorsemont, Filip (2010) "The Rights to Form and to Join Trade Unions for the Protection of his Interests under Article 11 ECHR", *European Labour Journal*, 1 (2).
- Duymaz, Erkan (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İÜSBFD*, (47).
- Ertan, İzzet Mert (2014) "Sosyal Hakların Özü", Akkoyunlu Ertan, Kıvılcım, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay (ed.), *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları*, Ankara: TODAİE Yayını.
- Gemalmaz, H. Burak (2009) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayını.
- Gülmez, Mesut (2008) "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", *Çalışma ve Toplum*, 3 (18).
- Halatçı-Ulusoy, Ülkü (2014) "Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", Akkoyunlu Ertan, Kıvılcım, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay (eds.), *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları*, Ankara: TODAİE Yayını.
- Haris, David, Michael O'Boyle ve Colin Warbrick (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP.
- Heredero, Ana Gómez (2007) *Social Security as a Human Right: The Protection Afforded by the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Hesse, Konrad (1999) *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg*: C. F. Müller.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2010) "Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları", *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, II, Bildiriler*, İstanbul: Petrol-İş Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2012) *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayını.
- Karan, Ulaş (2007) "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım", *Amme İdaresi Dergisi*, 40 (3).
- Koch, Ida Elisabeth (2001) "Social Rights as Components in the Civil Right to personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 20 (1).
- Koch, Ida Elisabeth (2009) *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Leijten, Ingrid (2013) "Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in the Case Law of the ECtHR", Eva Brems/Janneke Gerards (eds.) *Shaping Rights in the ECHR* içinde, Cambridge: Cambridge University Press.

- Mowbray, Alastair (2004) *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing.
- Mantouvalou, Virginia (2005) "Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania", *European Law Review*, (30).
- Mantouvalou, Virginia (2013) "Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation", *Human Rights Law Review*, (13).
- Maes, An (2005) "Towards a Better Substantive and Procedural Protection of Social Security as a Fundamental Right?", Jos Berghman Steven D'Haeseleer, Dries Crevits, An Maes, Bea Van Buggenhout, Jef Van Langendonck (ed.), *Social Protection Globalised* içinde, Leuven: Leuven University Press.
- Mapulanga-Hulston, Hackbeth K. (2002) "Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights", *The International Journal of Human Rights*, 6 (4).
- Marguénaud, Jean-Pierre (2012) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), *Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye*, İstanbul: Legal Yayını (çev. Gülден Kurt).
- Meyer-Ladewig, Jens (2011), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Müller, Friedrich (1979) *Die Einheit der Verfassung-Kritik des juristischen Holismus*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Nußberger, Angelika (2007) "Day of General Discussion: The Right to Social Security (Article 9 of the Covenant)", *E/2007/22/CRP.3*.
- O'Conneide, Colm (2008) "A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and The European Convention on Human Rights", *European Human Rights Review*, (5).
- O'Connel Rory (2012) "The Right to Work in the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, (2).
- Oder, Bertil Emrah (2010) *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayını.
- Palmer, Ellie (2009) "Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: trends and Developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review*, 2 (4).
- Pellonpää, Matti (1993) "Economic, Social and Cultural Rights", Macdonald, R.St.J., F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* içinde, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Sağlam, Fazıl (1982) *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: SBF Yayını.
- Sağlam, Fazıl (2008) "Hukuk Devletin Vazgeçilmez Ögesi Sosyal Devlet", *Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu* içinde, Ankara 18-19 Ekim 2007, Ankara: TBB Yayını.
- Scheinin, Martin (2001) "The Right to Social Security", Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* içinde, London: Martinus Nijhoff.
- Schneider, Jakob (2004) *Die Justiziabilität Wirtschaftlicher, Sozialer und Kultureller Menschenrechte*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

- Shelton, Dinah (2013) "Jura Novit Curia in International Human Rights Tribunals", Boschiero, Nerina, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea, Chiara Ragni (eds.), *International Courts and the Development of International Law* içinde, The Hague: Springer.
- Şirin, Tolga (2012) *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: XII Levha Yayını.
- Şirin, Tolga (2013) "Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2 (4).
- Tahmazoğlu-Üzeltürk, Sultan (2012) *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, İstanbul: Legal Yayını.
- Tanör, Bülent (1978) *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: May Yayınları.
- Tanör, Bülent (2010) *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Trilsch, Mirja A. (2012) *Die Justiziabilitat Wirtschaftlicher, Sozialer Und Kultureller Rechte Im Innerstaatlichen Recht*, Berlin: Springer Verlag.
- Veldman, Albertine (2013) "The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR", *Utrecht Law Review*, 9 (1).
- Winterstein, Helmut (1969) *Sozialpolitik mit anderen Vorzeichen*, Berlin: Duncker & Humblodt.

İHAM Kararları (Hudoc ve ihami kullanışmıştır)

- ECtHR (1975) *Case of National Union of Belgian Police v. Belgium*, 4464/70, 27/10/1975.
- ECtHR (1976a) *Case of Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 5614/72 06/02/1976.
- ECtHR (1976b) *Case of Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 5589/72 06/02/1976.
- ECtHR (1979) *Case of Airey v. Irland*, 6289/73, 09/10/1979.
- ECtHR (1986a) *Case of Feldbrugge v. Netherlands*, 8562/79, 29/05/1986.
- ECtHR (1986b) *Case of E v. Switzerland*, 11237/84, 07/07/1986.
- ECtHR (1989) *Case of Wilson and others v. United Kingdom*, 13004/87, 13/04/1989.
- ECtHR (1990a) *Case of Powell and Rayner v. UK*, 9310/81, 21/02/1990.
- ECtHR (1990b) *Case of Francine van Volssem v. Belgium*, 1464/89, 09/05/1990.
- ECtHR (1991) *Case of Ezelin v. France*, 11800/85, 26/04/1991.
- ECtHR (1993) *Case of Salesi v. İtaly*, 13023/87, 26/02/1993.
- ECtHR (1994) *Case of Lopez Ostra v. Spain*, 16798/90, 09/12/1994.
- ECtHR (1995) *Case of Vogt v. Germany*, 17851/91, 26/09/1995.
- ECtHR (1996a) *Case of Gustafsson v. Sweden*, 15573/89, 25/04/1996.
- ECtHR (1996b) *Case of Akdivar and others v. Turkey*, 21893/16/09/1996.
- ECtHR (1996c) *Case of Gaygusuz v. Austria*, 17371/90, 16/09/1996.
- ECtHR (1997a) *Case of Z. v. Finland*, 22009/93, 25/02/1997.
- ECtHR (1997b) *Case of M.S. v. Sweden*, 20837/92 27/08/1997.
- ECtHR (1997c) *Case of Carlin v. UK*, 27537/95, 03/12/1997.
- ECtHR (1998a) *Case of Guerra and Others v. İtaly*, 14967/89, 19/02/1998.
- ECtHR (1998b) *Case of LCB v. UK 23413/94*, 09/06/1998.
- ECtHR (1998c) *Case of Aerts v Belgium*, 25357/94, 30/07/1998.
- ECtHR (1998d) *Case of Osman v. UK*, 87/1997/871/1083, 28/10/1998.
- ECtHR (1999a) *Case of Lustig-Prean and Beckett v. UK*, 31417/96, 32377/96, 27/09/1999.
- ECtHR (1999b) *Case of Marzari v. İtaly*, 36448/97, 04/05/1999.

- ECtHR (1999c) *Case of Van Volsem v. Belgium*, 1464/89, 09/05/1999.
- ECtHR (1999d) *Case of Smith and Grady v. UK*, 33985/96 33986/96, 27/09/1999.
- ECtHR (1999e) *Case of Erikson v. İtaly*, 37900/97, 26/10/1999.
- ECtHR (1999f) *Case of Pancenko v. Latvia*, 40772/98, 28/10/1999.
- ECtHR (2000a) *Case of Fuentes Bobo v. Spain*, 39293/98, 29/02/2000.
- ECtHR (2000b) *Case of Powell v. UK*, 45305/99, 04/05/2000.
- ECtHR (2001a) *Case of Dulaş v. Turkey*, 25801/94, 30/01/2001.
- ECtHR (2001b) *Case of Bensaid v. UK*, 44599/98, 06/02/2001.
- ECtHR (2001c) *Case of Z and others v. UK*, 29392/95, 10/05/2001.
- ECtHR (2001d) *Case of Price v. UK*, 33394/96, 10/07/2001.
- ECtHR (2002a) *Case of Unison v. UK*, 53574/99, 10/01/2002.
- ECtHR (2002b) *Case of Calvelli and Ciglio v. İtaly*, 32967/96, 17/01/2002.
- ECtHR (2002c) *Case of Edwards v. UK*, 46477/99, 14/03/2002.
- ECtHR (2002d) *Case of Nitecki v. Poland*, 65653/01, 21/03/2002.
- ECtHR (2002e) *Case of Larioshina v. Russia*, 56869/00, 23/04/2002.
- ECtHR (2002f) *Case of Willis v. UK*, 36042/97, 11/06/2002.
- ECtHR (2002g) *Case of Anguelova v. Bulgaria*, 38361/9, 13/06/2002.
- ECtHR (2002h) *Case of Mouisel v. France*, 67263/01, 14/11/2002.
- ECtHR (2002i) *Case of Zehnalova and Zehnal v. the Czech Republic*, 38621/97, 14/05/2002.
- ECtHR (2003a) *Case of McGlinchey and others v. UK*, 50390/99, 29/04/2003.
- ECtHR (2003b) *Case of Hatton and others v. UK*, 36022/97, 08/07/2003.
- ECtHR (2003c) *Case of Sentges v. the Netherlands*, 27677/02, 08/07/2003.
- ECtHR (2004a) *Case of Taşkin and others v. Turkey*, 46117/99, 10/11/2004.
- ECtHR (2004b) *Case of Prokopovich v. Rusya*, 58255/00, 18/11/2004.
- ECtHR (2004c) *Case of Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, 55480/00, 59330/0, 27/07/2004.
- ECtHR (2004d) *Case of Öneriyıldız v. Turkey*, 48939/99, 30/11/2004.
- ECtHR (2004e) *Case of Farbtuhs v. Latvia*, 4672/02, 02/12/2004.
- ECtHR (2005a) *Case of Fadeyeva v. Russia*, 55723/00, 09/06/2005.
- ECtHR (2005b) *Case of Moldovan and others v. Romania*, 41138/98 64320/01 12/07/2005.
- ECtHR (2005c) *Case of Teteriny v. Russia*, 11931/03, 30/06/2005.
- ECtHR (2005d) *Case of Siladin v. France*, 73316/01 26/07/2005.
- ECtHR (2005e) *Case of Otto v. Germany*, 27574/02 24./11/2005.
- ECtHR (2005f) *Case of Valentina Pentiacova and others v. Moldova*, 14462/03, 04/01/2005.
- ECtHR (2006) *Case of Stec v. UK*, 65731/01 65900/01, 12/04/2006.
- ECtHR (2007a) *Case of Karaçay v. Turkey*, 6615/03, 27/03/2007.
- ECtHR (2007b) *Case of Satılmış and others v. Turkey*, 74611/01, 26876/06 ve 27628/02, 17/07/2007.
- ECtHR (2008a) *Case of Demir ve Baykara v. Turkey*, 34503/97, 12/11/2008.
- ECtHR (2008b) *Case of I. v. Finland*, 20511/03, 17/07/2008.
- ECtHR (2008c) *Case of Urcan and others v. Turkey*, 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04, 23676/04, 17/07/2008.
- ECtHR (2009a) *Case of Baracco v. France*, 31684/05, 05/03/2009.
- ECtHR (2009b) *Case of Kaya and Seyhan v. Turkey*, 30946/04, 15/09/2009.
- ECtHR (2009c) *Case of Saime Özcan v. Turkey*, 22943/04 15/09/2009.

ECtHR (2009d) *Case of Scoppola v. Italy (2)*, 10249/03, 17/09/2009.

ECtHR (2011) *Case of Živic v. Serbia*, 37204/08, 13/09/2011.

ECtHR (2012) *Case of Yordonova and others v. Bulgaria*, 25446/06, 24/04/2012.

ECtHR (2013a) *Case of Koúa Purriez v. France*, 40892/98, 30/09/2013.

ECtHR (2013b) *Case of Winterstein and others v. France*, 27013/07, 17/10/2013.

ECtHR (2014a) *Case of Mc Donald v. UK*, 4241/12, 20/05/2014.

ECtHR (2014b) *Case of Baka v. Hungary*, 20261/12, 27/05/2014.

ECtHR (2014c) *Case of National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. UK*, 31045/10, 08/04/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM (1997) E. 1996/17, K. 1996/38, 09/08./1997.

AYM (2004) E. 2001/143, K. 2004/11, T. 10.02.2004.

AYM (2010) E. 2010/29, K. 2010/90, T. 16.07.2010

AYM (2012a) E.2011/47, K.2012/87, 31.05.2012.

AYM (2012b) E. 2010/92, K. 2012/86, 22.11.2012.

AYM (2013a) *Onurhan Solmaz vakası*, 2012/1049, T. 26/03/2013.

AYM (2013b) *Hayrettin Aktaş vakası*, 2013/1205, 17/09/2013.

AYM (2013c) *Necmettin Doğru vakası*, 2013/1123, T. 02/10/2013.

AYM (2013d) *Serkan Acar vakası*, 2013/1613, 02/10/2013.

AYM (2013e) *Nesrin Kılıç vakası*, 2013/772, 07/11/2013.

AYM (2014a) *Elif Karakaş vakası*, 2013/5062, 14/01/2014.

AYM (2014b) *Tuğba Arslan vakası*, 2014/256, 25/06/2014.