

İHAS'IN 8-11. MADDELERİ KAPSAMINDA ÖZEL HUKUK İŞ İLİŞKİSİNDE ÇALIŞANLARIN HAKLARININ KORUNMASI

Evra Çetin
Çağ Üniversitesi

Özet: Özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanların insan haklarının nasıl ve hangi kapsamda korunacağı konusu oldukça eski ve geniş kapsamlı bir tartışmanın bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu bildiri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin özellikle 8-11. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin yatay çalışma ilişkilerinde çalışanlara sağlayabileceği katkı araştırılacaktır. Konunun oldukça kapsamlı bir tartışmaya dayandığı dikkate alınarak Mahkemenin yaklaşımı, ilgili maddelere ilişkin kararlar dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: çalışanların hakları, insan hakları, doğrudan/dolaylı yatay etki, pozitif yükümlülükler, özel hukuk.

Abstract: Protection of human rights of labour in employment relationship and private sector employment law constitutes a part of an old and wide-ranging discussion. In this paper, possible contribution of ECHR art. 8-11 to the employers in horizontal employment relations will be explored. By considering that the issue is based on a comprehensive debate, the Court's approach will be determined by taking into account EctHR's relevant decisions.

Keywords : labour rights, human rights direct/indirect third party effect/horizontal effect, positive obligations, private law.

GİRİŞ

Özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanların insan haklarının hangi kapsamda değerlendirileceği uzun süreli bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu tartışmanın bir uzantısı olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS/Sözleşme) ile bireylere sağlanan güvencelerin bireyler arasındaki ilişkileri kapsayıp kapsamadığı Sözleşmenin yatay etkisi (third party effect/ horizontal effect) adı verilerek tartışılmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM/Mahkeme) insan haklarının korunması konusundaki etkili rolü dikkate alındığında, Sözleşme haklarının özel hukuk iş ilişkilerine etkisi konusundaki yaklaşımının, konu bakımından merkezi nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Zira çalışanların Sözleşmenin

farklı pek çok maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlükleri, iş ilişkilerinde çalışanların işverenin yönetim hakkı ve farklı yararları ile çatışmakta ve işveren ve çalışan arasındaki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle işverenin müdahalelerine açık bir alan yaratmaktadır. Sözleşmenin kendisi, düzenlenen hakların yatay ilişkilere etkisi konusunda sessiz olmasına rağmen, İHAM'ın Sözleşmeyi yaşayan bir belge haline getiren yeni ve günün koşullarına uygun yorumları ile bu konuda hızla gelişen bir içtihattan bahsedilmesi mümkündür. Dolayısıyla, İHAM'ın Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin özel hukuk iş ilişkilerine etkisine ilişkin yaklaşımının araştırılması, Sözleşme ile sağlanan güvencelerin özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanlara bir koruma sağlama potansiyeli taşıyıp taşımadığının belirlenmesi bakımından önem taşır.

Bu bildirinin konusu İHAS'ın özellikle 8-11. madde hak ve özgürlüklerinin özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanlara sağlayabileceği koruma konusunda Mahkemenin yaklaşımının tespit edilmesidir. Ancak, çalışanların insan hakları ve Sözleşme arasında kurulacak bir bağlantı söz konusu olduğunda açıklığa kavuşturulması gereken yegâne sorun bu değildir. Konuya, Sözleşmede düzenlenmeyen sosyal bir hak olan çalışma hakkının Mahkeme içtihadı ile dolaylı olarak korunması olarak yaklaşıldığında ortaya çözülmesi gereken çok daha geniş kapsamlı sorular çıkar (Koch, 2009: 215). Hâlbuki kanaatimizce, çalışanın özel yaşamı ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilen farklı bireysel özelliklerinin (yaşam tarzı, kıyafet tercihi, özel ilişkiler, cinsel tercih ve yönelimler, aile ilişkileri, sağlık durumu vs.), düşünce vicdan ve din özgürlüğünün (farklı inançlar ve inançsızlık da dâhil olmak üzere), ifade özgürlüğünün (siyasi, felsefi, vs.), örgütlenme ve toplantı özgürlüklerinin (sendika ve siyasi parti üyeliği ile toplu eylemlere katılım vs.) iş ilişkilerinde işverenin müdahalelerine karşı korunması, bu maddelerde demokratik toplumda gereklilik kriterine yapılan açık yollama ile Sözleşme kapsamında yer almaktadır. Öte yandan İHAS'ın 1. maddesinde, Sözleşme hak ve özgürlüklerinin "herkese" tanınmasının güvence altına alındığı da dikkate alınarak bu bildiride genel olarak iş ilişkilerinde çalışanların Sözleşmenin 8-11. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğrudan doğruya Sözleşmenin kapsamına girdiği kabul edilecektir. ¹

1 Bu noktada vurgulanması gereken önemli bir diğer husus, çalışmanın kapsamı Sözleşmenin 8-11. maddeleri ile sınırlanmış olmasına rağmen, iş ilişkilerinde çalışanlara sağlanabilecek korunmasının sadece bu maddelerle sınırlı olmadığıdır. Örneğin; taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kabul edildiği bir sistem içinde, iş kazalarının, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının, çalışma koşul ve şartlarının Sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağının, iş ilişkilerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde ortaya çıkan sorunların Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilerek korunması mümkündür. Bu konuda, Mahkemenin sağladığı güncel korumanın ötesinde, devamlı surette değişerek gelişen bakış açısı sonucunda gelecekteki kapsamı da umut vadetmektedir.

I. DEVLETİN TEMEL HAKLARI YATAY İLİŞKİLERDE KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TEORİK ÇERÇEVESİ

Sözleşme haklarının üçüncü kişilere etkisine ilişkin tartışma, anayasa hukuku kapsamında kamu-özel hukuk ayrımı² ile anayasal/temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi konusundaki çok daha kapsamlı bir tartışmanın devamı niteliğindedir (Engle, 2009: 165; Çetin, 2015: 54-103).

İnsan haklarına sağlanan özel ve kurumsallaşmış hukuki ve siyasi korumanın, öncelikli olarak dikey ilişkiler bağlamında hakların devlete karşı korunması amacını taşıdığı söylenebilir. Temel hakların klasik (dikey/vertical) koruma etkisi, devlet ve birey arasındaki ilişkilerde geçerli iken, bu hakların yatay etkisi bireyler arasındaki ilişkilerde sonuç doğurmaktadır (Barak, 2001: 13; Gören, 2001: 3). Kamu makamları ile olan dikey ilişkide sadece birey bir hakka dayanabilirken, yatay ilişkilerde uyumsuzluğun her iki tarafı da aynı veya farklı bir hakka dayanacaktır (Oliver ve Fedtke, 2007: 5).

Temel hakların yatay (üçüncü kişilere) etkisi doktrini,³ anayasal hakların kişiler arasındaki ilişkilerdeki özel hukuk etkileşimleri konusunda bazı hukuki yükümlülükler yol açtığına ilişkin düşüncenin somutlaşmış halidir (Engle, 2009: 165). Farklı bir ifade ile konu, özel hukukun eşitliğe dayalı düzeninde ortaya çıkan ihtilaflarda bireylerin kendi aralarında temel haklara dayanıp dayanamayacağı veya ne ölçüde dayanacağı probleminin çözümüne ilişkindir (Gören, 2001: 4). Zira temel hakların üçüncü kişilere etkisi ifadesinin de, temel hakların birinci derecede geçerli olduğu özel hukuk süjesi-devlet ilişkisi üzerindeki etkisinin, temel hak muhatapları olarak özel hukuk süjelerini kapsayacak şekilde genişletilmesi nedeniyle kullanıldığı belirtilmiştir (Barak, 2001: 13). İşte; temel hakların dikey uygulaması yani devletin gücünün bireyler karşısında sınırlandırılması, çoğunlukla anayasalarda da düzenlenen ve kabul edilen bir olgu olmasına rağmen, bu hakların yatay uygulaması konusunda uzun zamandır devam eden farklı tartışmalar söz konusudur. Bu tartışmalarda, temel hakların objektif değerler düzeni öğeleri olarak hukukun tüm alanlarında geçerli olduğu, bu nedenle bireylerin kendi aralarındaki hukuk ilişkilerini de etkilediği genel olarak kabul edilmektedir. Konuya ilişkin tartışmalar esasen, bu etkinin kapsam ve şekli ile hukuk dogmatikliğinde konuya ilişkin olarak geliştirilen çözümler konusundaki farklılıklara dayanmaktadır (Gören, 2001: 4). Temel hakların özel hukuk alanında uygulanmasına ilişkin bu tartışmalar, pek çok hukuk sistemi bakımından merkezi bir önem taşımaktadır. Temel hakların özel hukuka etkisi, farklı ülke-

2 Temel haklara ilişkin belgelerin yatay etkisi olup olmadığına ilişkin bir tartışmanın da sadece metinsel argümanlarla çözülemeyecek derin bir ideolojik kökene sahip bir tartışma olduğu ifade edilmiştir (Hunt, 2002: 172).

3 Alman terminolojisinde, dolaylı yatay etki “mittlebare drittwirkung” olarak doğrudan yatay etki ise, “unmittlebare drittwirkung” olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz., Drzemczewski, 1997: 200.

lerin hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bazı ülkelerde, bu hakların yatay ilişkilerde uygulanması, mevzuatta düzenlenirken, bazı ülkelerde ise konu ile ilgili bir sessizliğin bulunduğu veya muğlak düzenlemeler ile konunun yargı makamlarına bırakıldığı görülmektedir (Gören, 2001: 4-8; Barak, 1996: 241-268).

Dikey ilişkilerde temel hakların doğrudan uygulanması ilkesel olarak kabul edilirken, yatay ilişkiler bakımından konu oldukça belirsiz ve tartışmalıdır. ⁴ Temel hakların doğrudan uygulanması ile, anayasal normun yasama ya da yürütme işlemine gerek kalmaksızın uygulanabilmesi kastedilirken, ⁵ dolaylı uygulama durumunda, temel hakların özel hukuk alanında, genel ilkeler yoluyla belirli olmayan hukuk kurallarının açıklanmasında veya bir normun yorumlanmasında etkili olması⁶ mümkün görülmektedir (Barak, 2001: 14; Engle, 2009: 166).

Farklı şekillerde ⁷ kabul edilen dolaylı yatay etki, temel hakların yükümlüsünün bireyler olmadığı temeline dayanır. ⁸ Bununla birlikte; bu haklar, objektif

4 Temel hakların özel hukuk alanındaki etkisini tamamen reddeden Klasik görüşe göre temel haklar, özel hukuk üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. (Ertürk, 2002: 33-34; ayrıca bkz., Gören, 2001: 7).

5 Mutlak etki veya doğrudan doğruya/direkt etki olarak da anılan bu görüşe göre, temel haklar, “özel hukukta sadece düsturlar ya da yorum kuralları olarak etki doğurmamalıdır. Temel hakların özel hukuktaki geçerliliği için aracıya, sızma yerlerine ihtiyacı yoktur. Hukuksal etki doğrudan ve normatif bir etkidir. Temel hakların bireylerin salt objektif hukuksal bağlılığı ya da subjektif özel hakkı olarak sonuç doğururlar. Birey özel hukuk ilişkilerinde de doğrudan doğruya temel haklara dayanabilir ve bu hakları diğer bireylere karşı ileri sürebilir.” (Gören, 2001: 8-10). Nipperday tarafından daha sonra terkedilen bu görüşün, sadece F. Gamillscheg tarafından savunulduğu belirtilmiştir (Gören, 2001: 10; Ertürk, 2002: 37-38). Lewan tarafından ise, hakkın doğrudan yatay etkisinden bahsedebilmek için, herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hak olarak nitelendirilebilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Lewan, 1968: 571, 572). Bilgi için ayrıca bkz., Boyar, 2013: 56-58.

6 Bu görüşü benimseyen başlıca yazarlardan biri Dürig’dir. Yazara göre; temel haklarda bulunan etkinin gücü, özel hukuk yorumlarında da dikkate alınmalı ve özellikle genel ilkelerin yorumunda mutlaka değerlendirilmelidir (Ertürk, 2002: 34; Gören, 2001: 12 vd.).

7 Dolaylı yatay etki modelinin güçlü ve zayıf olarak nitelendirilen farklı şekillerde kabul edilmesi ve uygulanması mümkündür (Phillipson, 1999: 826, 830 vd.; Ertürk, 2002: 39-49; Boyar, 2013: 58-59).

8 Temel hakların dolaylı etkisi görüşüne göre; temel haklar sadece devlete yönelik kamu haklarıdır. Doğrudan doğruya etkinin kabulü, kişilerin anayasa ile korunan irade özerkliği ilkesini tehlikeye düşürecek, kişi özgürlüğü ve özerkliğinin aşırı ölçüde sınırlandırılmasına neden olacaktır. Ancak; kamu hukuku ve özel hukuk sistemleri hukukun iki ayrı bölümü olduklarından, temel hakların özel hukuku dolaylı olarak etkilediği kabul edilmelidir. Özel hukukun genel kuralları ve soyut kavramları anayasaya uygun yorumlanmalıdır. (Gören, 2001: 12-13; Ertürk, 2002: 39-42).

değerler düzenini sağlamaları veya örneğin, yargıcın özel hukukun yorumlanmasında bu hakların koruyucu fonksiyonunu dikkate almak zorunda olması sonucunda, özel kişiler arasındaki ilişkilere etki ederler. Bu bağlamda; dolaylı yatay etkinin sağlanması ile çoğu kez temel haklar ile özel kişiler arasında zayıf da olsa bir bağlantı sağlanacağı belirtilmiştir (Engle, 2009: 166).

Hakların yatay etkisi konusunda, birbirinden oldukça farklı yaklaşımlar arasında günümüzde en çok kabul edilen yaklaşımın hakların dolaylı yatay etkisine ilişkin teori olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır (Gören, 2001: 13; Ertürk, 2002: 42; Boyar, 2013: 60). Örneğin; Gören'e göre temel haklar, bireyler arasındaki ilişkilere tamamen anlamsız değildir ve bu ilişkilerin yargısal değerlendirmelerde gözden uzak tutulmamaları gerekir. Ancak; yazara göre kişi özgürlüğü ve özerkliğinin aşırı ölçüde sınırlandırılmasına neden olacak doğrudan etkinin kabulü mümkün değildir (Gören, 2001: 13). Boyar tarafından da kamu ve özel hukuk dallarının aynı hukuk sisteminin tamamlayıcı birer parçası olarak görülmesi gerektiği ve devlet yükümlülüklerinin kapsamının dolaylı etki teorisi uyarınca belirlenmesinin İHAS ve 1982 Anayasası sistematığına daha uygun olduğu belirtilmiştir (Boyar, 2013: 60).

Oliver tarafından da dolaylı yatay etkinin kabul edildiği görülmektedir. Yazara göre temel hakların yatay etkisi, ekonomik anayasanın (Wirtschaftsverfassung) için ilkelerinin somutlaşmış halidir. Yatay etki tanınan hakların, genel hukuk düzeni yani ekonomik anayasanın kurucu unsurları olduğunu ifade eden yazar, genel olarak uyulması gerekli olan bu hakların hâkim tarafından bireylerin özel hak ve ödevlerinin yorumlanması konusunda yol gösterici olarak kullanılmalarının mümkün olduğu görüşündedir (Engle, 2009: 166).

II. SÖZLEŞME HAKLARININ YATAY İLİŞKİLERDE YORUMU VE UYGULANMASI

1. Genel Olarak

Sözleşmeye taraf devletlerin, dikey ilişkilere bireylerin Sözleşme haklarına yönelen hak ihlallerinden doğrudan sorumlu olduğu açıktır. Ancak, Sözleşme haklarının yatay etkisi ve/veya özel tarafların eylemlerine uygulanabilirliği ile taraf devletlerin bu konudaki yükümlülüklerinin kapsam ve sınırları tartışmalıdır. Bu konuda, Sözleşmenin hazırlık ve kabulü dönemlerinde, Sözleşme haklarına doğrudan veya dolaylı yatay etki sağlanmasının, olasılık olarak dahi düşünülmediği sık sık dile getirilmektedir (Spielmann, 2007: 429; Philipson, 1999: 826-827; Cherednychenko, 2007: 147).⁹

Sözleşme sisteminde, Sözleşmenin doğrudan yatay etkiye sahip olması yani, bireyler arasında gerçekleşen hak ihlalleri konusunda özel kişilerin sorumlu tutulması imkansızdır (Pattinson ve Beyleveld, 2002: 626; Spielmann, 2007:

⁹ Hazırlık çalışmaları da Sözleşme hükümlerinin esasen bireyler arasındaki ilişkiler dikkate alınarak düzenlenmediğini göstermektedir.

428-429). Zira; İHAM uyarınca ancak devletlere karşı şikayet başvurusunda bulunulabilmektedir. Dolayısıyla bireylere karşı yapılacak başvurular, Strasbourg organları tarafından, Sözleşmenin 34. maddesi uyarınca; Mahkemenin kişi yönünden yetkisi (rationae personae) ile uyumlu olmaması nedeniyle doğrudan kabul edilemez ilan edilmektedir (örnek olarak, ECtHR, 2003, 47748/99; 2001, 53921/00; 2002, 48757/99). Dolayısıyla Sözleşmenin yatay etkisine ilişkin tartışmaların merkezinde, bireylerin birbirlerinin Sözleşme haklarını ihlal ettiği durumlarda, ilgili devletin uluslararası alanda bu ihlalden sorumlu tutulabilmesi yer almaktadır (Boyar, 2013: 60).

Sözleşmenin, devletlerin birbirlerine karşı ve özel kişilere karşı eylemleri bakımından bağlayıcı olduğu şüphesizdir. Ancak; Sözleşme hükümlerinin özel kişilerin karşılıklı davranışları bakımından geçerli olup olmayacağı ve geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde bunun kapsamı konusunda oldukça farklı görüşler olduğu görülmektedir.

Bazı yazarlar, Sözleşmenin özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından doğrudan uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Ellger, 2001: 166). Örneğin Clapham'e göre, Sözleşmede sadece devlet tarafından bireye yöneltilen müdahalelerden bahsedilmiş olması, bireyler bakımından da yükümlülüklerin varlığına engel değildir (Clapham, 2006: 352-355). Ancak bu görüşün, İHAM'ın yanı sıra doktrinde de ikna edici bulunmadığı belirtilmelidir (Ellger, 2001: 167). Sözleşme organlarıncı ve doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, Sözleşmede düzenlenen hakların özel hukuk ilişkilerinde dolaylı yatay etkisinin bulunduğu yönündedir. Genel olarak, yatay etki kavramı ile ifade edilen Sözleşmenin özel hukuk alanında uygulanabilirliği, İHAM tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte, kavramsal anlam ve kapsamının tam olarak açıklığa kavuşturulduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme, bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Mahkeme, Sözleşme güvencelerinin özel kişiler arasındaki ilişkilere hangi ölçüde yayılabileceğine ilişkin genel bir teori geliştirmenin gerekli olmadığı kanaatindedir" (ECtHR, 24699/94, 2001: 46).¹⁰

Doktrinde, Sözleşme haklarının yatay ilişkilere uygulanmasının temelleri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk olarak; Sözleşme haklarının yatay ilişkilere uygulanmasının uluslararası hukuka, Sözleşmenin Başlangıç Bölümüne ve farklı madde metinlerindeki ifadelerle dayandırıldığı çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin; bir görüşe göre Sözleşmenin 1. maddesi bu sonuca varmak için yeterlidir. Sözleşmenin "İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü" başlıklı 1. Maddesi metni, esasen devletin eylemlerine yöneltilmiş bir ifadeye sahip gibi yorumlanabileceksin de, tersi bir yorum ile devletlerin kendi egemenlik alanlarındaki herkes bakımından Sözleşme ile tanımlanan hakların, mağdurun hakkı özel kişilerce ihlal edilse dahi koruma yükümlülüğü altında oldukları belirtilmektedir (Drzemczewski, 1979: 176-177; Dickson, 2010: 204).

10 İHAM kararlarında başvuru numarası, karar tarihi ve varsa paragraf numarasına atıfta bulunulacaktır.

Doktrinde, yatay ilişkilerde Sözleşme haklarının korunması konusunda, devletlerin yükümlülüğünün, hakların kötüye kullanılmasının yasaklandığı Sözleşmenin 17. maddesine ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkının tanındığı Sözleşmenin 13. maddesine dayandırılmasının mümkün olduğu da savunulmuştur (MacQueen ve Brodie, 2002: 151).

Bir diğer görüşe göre devletlerin, Sözleşme ile tanınan hakların gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi grupları tarafından etkin şekilde kullanılmasına engel olmama yükümlülüğüne yer verilen Sözleşmenin 34. maddesi, Sözleşmeyi hazırlayanların Sözleşmenin yatay ilişkilere etkisini amaçladıklarını göstermektedir. Spielmann'a göre ise; 34. madde bu şekilde yorumlanmasa dahi, Sözleşmenin pek çok maddesinin metni ve ruhu, düzenlenen hakların özel ilişkiler ile ilgili ve bu ilişkiler bakımından uygulanabilir olduğunu göstermektedir (Spielmann, 2007: 428).

Belli bir Sözleşme hakkının yatay etkiye sahip olup olmadığına her bir hak bakımından ayrı ayrı, hakkın doğasına ve hazırlanması sürecine odaklanılarak karar verilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre; 'herkes....hakkına sahiptir ...' şeklinde düzenlenen bir Sözleşme maddesinin, yatay etkisi olduğu da düşünülebilecek iken, devlete ihlal etmeme yükümlülüğü yükleyen haklar bakımından aynı etkiden bahsetmek mümkün olmayacaktır (Raphael, 2000: 508).

Ayrıca; İHAS'ın 8-11. maddelerinin 2. fıkralarında, ilgili hakkın meşru sınırlama sebeplerinden biri olarak sayılan "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"nın da bu maddelerin yatay etkisi konusunda temel kabul edilmesi mümkündür (Pattison ve Beyleveld, 2002: 626-627; Boyar, 2013: 61). Mahkemenin de bir kararında, "başkalarının hak ve özgürlükleri" ibaresinin öncelikle Sözleşmede düzenlenen diğer hak ve özgürlükleri işaret ettiği, dolayısıyla 8-11. madde hakları ile çatışan diğer sözleşme haklarının yatay olarak uygulanabilir olduğu belirtilmiştir (ECTHR, 25088/94, 1999: 113). Tüm bu tartışmaların ötesinde bugün, Sözleşme hakları ile bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinde, devletlere yüklenen yükümlülükler kanalı ile bireylere dolaylı bir koruma sağlandığı söylenebilir.

2. Sözleşme Haklarının Dolaylı Yatay Etkisi

Sözleşme kapsamında pozitif yükümlülükler doktrininin¹¹ asli amacı, bazı durumlarda, devletlerin Sözleşme haklarının etkili uygulanmasının sağlanması amacıyla pozitif eylemlerde bulunma yükümlülüğü altında olduklarını işaret etmektir. Sözleşme kapsamında taraf devletler bakımından kabul edilen pozitif

11 İHAM; genel olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması amacına yönelik belgelerde devletlerin yükümlülüğü olarak belirlenen saygı gösterme, koruma ve uygulama yükümlülüklerine dayanan üçlü tipoloji yerine daha basit olarak nitelendirilebilecek bir şekilde devlet yükümlülüklerinin negatif ve pozitif yükümlülükler olarak iki kategoride toplandığı bir yaklaşım uygulamaktadır (Çetin, 2015: 54 vd.; Koch, 2009: 14).

yükümlülükler, bireyin haklarına yatay ilişkiler bağlamında yapılan müdahalelere doğru tepki vermekteki başarısızlığı ile de ilgilidir (Spielmann, 2007: 436).

Akandji-Kombe tarafından; Mahkemenin özellikle ilk dönem kararlarında, pozitif yükümlülük olgusuna atıfta bulunmaksızın, ulusal hukuk sisteminde, Sözleşme metni ile bağdaşmayan düzenlemelere dayanarak verdiği kararların (ECtHR, 7601/76, 1981; 16130/90, 1993; 24699/94, 2001), bu tip davalara ilişkin sorunsalın pozitif yükümlülük sorunu dışında kaldığı ve dolayısı ile Sözleşmenin yatay etkisinin bu yükümlülüklerden kısmen bağımsız olduğu izlenimi yarattığı ifade edilmiştir (Akandji-Kombe, 2008: 15). Ancak Mahkemenin, Young, James ve Webster kararında (ECtHR, 7601/76, 7806/77, 1981), açıkça pozitif yükümlülük olgusuna atıfta bulunmamakla birlikte, gerek yasama organının eksikliğinden ve gerekse yürürlükteki ilgili mevzuatın uygulanış şekline doğan işveren uygulamasını, devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirdiği görülmektedir (Boyar, 2013: 63; Akandji-Kombe, 2008: 15). Bu davada; Britanya demiryollarında çalışan başvuruçuların, işverenin kapalı iş yeri uygulaması kapsamında anlaşmalı olduğu sendikalardan birine üye olmamaları nedeniyle işlerine son verilmesinin, Sözleşmenin 11. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür (para. 45). Mahkeme, devletin sorumluluğuna ilişkin olarak yaptığı incelemede öncelikle Sözleşmenin 1. maddesinde her devletin, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına aldıklarını hatırlatmıştır. Mahkemeye göre, bu hak ve özgürlüklerden birinin ihlali, ulusal mevzuatın çıkarılmasında bu yükümlülüğe uymamanın bir sonucu olduğu takdirde, ihlalden ötürü devletin sorumluluğu ortaya çıkar. Bu davaya yol açan olayların yakın sebebi Britanya Demiryolları ile sendikalar arasındaki 1975 tarihli Sözleşme olmakla birlikte, başvuruçuların şikâyet ettikleri muameleyi hukuka uygun kılan şey, o tarihte yürürlükte bulunan iç hukuktur. Bu nedenle, Sözleşmenin ihlalden ötürü davalı devletin sorumluluğu bulunmaktadır (para. 49).¹² Görüldüğü üzere; Mahkeme, gerek yasama organının eksikliği gerekse yürürlükteki ilgili mevzuatın uygulanış şekline kaynaklansın, işveren tarafından yapılan uygulamayı, devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirmektedir (aynı yönde Boyar, 2013: 63).

Mahkeme, bu karardan itibaren devamlı olarak, devletlerin Sözleşmenin 1. maddesinden kaynaklanan Sözleşme hak ve özgürlüklerinin, ulusal yargı yetkisi içindeki herkese uygulanmasına ilişkin yükümlülüğüne riayet etmemesi sonu-

12 Mahkeme, devletin ayrıca işveren olarak sorumluluğunun veya demiryollarının, devletin kontrolü altında olduğuna dair iddiaların incelenmesini gerekli görmemiştir (para. 49). Stedman kararında, özel sektör çalışanı olan başvuruçunun, iş sözleşmesinin Pazar günleri de çalışmasını gerektirecek şekilde değiştirilmesini kabul etmemesi nedeniyle işten çıkarılmasının, Pazar günlerinin dini önemi bakımından, Sözleşmenin 9. maddesinin ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin iddiasını değerlendiren Komisyon da aynı tespitlerde bulunmuştur (ECtHR, 29107/95, 1997; ayrıca bkz., ECtHR, 5589/72, 1976; 16130/90, 1993).

cunda, bir ihlalin söz konusu olduğu durumlarda, sorumluluğunun ortaya çıkacağına karar vermiştir. Bu bağlamda; Mahkeme 1981 yılında, devletlerin yatay ilişkiler kapsamında pozitif yükümlülüklerini örgütlenme özgürlüğü (sendika özgürlüğü) ve özel yaşama saygı hakkının korunması konusunda kabul ettikten sonra, takip eden süreçte Sözleşme ve ek Protokoller ile tanınan tüm haklar bakımından doktrini geliştirmeye devam etmiştir.

Sözleşme kapsamında iş ilişkilerinde çalışanın 8-11. madde haklarının işverene karşı kamu hukuku iş ilişkisinin yanı sıra özel hukuk iş ilişkilerinde de korunması gerekliliği açıktır. Zira özel hukuk iş ilişkilerinin de ulusal hukuk sistemlerinde yasalarla düzenlendiği ve genellikle ulusal mahkemeler tarafından hukuka uygunluğunun değerlendirildiği dikkate alındığında, devletin bu konudaki sorumluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda; devletlerin, bireylerin özel hukuk ilişkilerinde ortaya çıkabilecek müdahalelere karşı Sözleşme haklarından etkili şekilde faydalanmasının sağlanması yükümlülüğünden bahsedilebilir (Leto, 2006: 424-425; Hunt, 2002: 173). Mahkeme de prensip olarak, özel hukuk iş ilişkileri kapsamında çalışanlarca ileri sürülen 8-11. madde hak ihlalleri konusunda, devletlerin pozitif bir yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir.¹³

Yine 1997 yılında Komisyon tarafından karara bağlanan Stedman başvurusunda; her ne kadar başvurucu özel bir şirkette çalışmış ve işten çıkarılmış olsa da, başvurucunun Sözleşme haklarına yönelen müdahaleden kaynaklanan sorumluluğun, devletçe de paylaşılacağı belirtilmiştir. Komisyona göre bu durum söze konu müdahalenin, iç hukukta Sözleşme haklarından faydalanmanın sağlanması yükümlülüğüne uyulmamasından kaynaklanmasının bir sonucudur (ECtHR, 29107/95, 1997; 7601/76, 7806/77, 1980, 49). Mahkeme, 2000 yılında verdiği Fuentes Bobo kararında (ECtHR, 39293/98, 2000, 38), Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmede, gerek kamu gerekse özel hukuk kapsamında olsun işveren ve çalışanlar arasındaki ilişkiler bakımından Sözleşmenin 10. maddesi ile sağlanan korumanın devreye gireceğini belirtmiştir.

13 Rommelfanger başvurusunda (ECtHR, 12242/86, 1989); Katolik hastanesinde doktor olarak çalışan başvurucu Katolik kurumu kürtaja ilişkin prensiplerine aykırı açıklamaları nedeniyle işten çıkarılmıştır. Komisyona göre, başvurucunun, özel sektör işvereni tarafından işten çıkarılmış olması ve Katolik Kilisesinin, Alman mevzuatı uyarınca kamu hukuku özel statüsüne sahip olması, başvurucunun işten çıkarılmasını doğrudan bir devlet müdahalesi olarak kabulüne neden olmamaktadır. Bununla birlikte Komisyon, başvurucunun da ulusal mahkemelerin maruz kaldığı işten çıkarma yaptırım karşısında kendisini korumadığı iddiasında bulunduğunu not etmiştir. Taraf devletlerin Sözleşmenin 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğünü hatırlatan Komisyon, bazı durumlarda devlet tarafından hakların etkili şekilde korunması amacıyla pozitif adımlar atılmasının gerekli olabileceğini belirtmiştir. Başvuruya konu olay bakımından, işverenin başvurucunun işten çıkarılmasına ilişkin kararı konusunda da devletin başvurucunun ifade özgürlüğünün korunması konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır (ECtHR, 12242/86, 1989).

Mahkemenin özellikle son dönem kararları dikkate alındığında; Sözleşme haklarının, genel olarak bireyler arasındaki ilişkilerde¹⁴ ve iş ilişkilerinde çalışanın Sözleşme haklarının işveren karşısında korunmasının, devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında kabul edildiği belirtilmelidir. Ancak bu noktada vurgulanması gereken husus, devletlerin yatay ilişkiler konusundaki pozitif yükümlülüğünün, sadece bireyin Sözleşmenin bir maddesini ihlal etmesi nedeniyle devlet aleyhine hüküm verilmesine yol açmadığıdır. Devletin yatay ilişkilerde Sözleşme haklarının ihlalinden sorumlu tutulması, bireyin ihlale neden olan davranışını görmek noktasında başarısız olması veya bu ihlali tolare etmesinden kaynaklanmaktadır. Farklı bir ifade ile devlet, İHAM tarafından hukuken veya maddi olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyememesi ya da faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamasından dolayı sorumlu tutulmaktadır (Akandji-Kombe, 2008: 14-15). 2006 yılında verilen Sørensen ve Rasmussen kararında, Büyük Daire de her ne kadar başvuru konusu müdahale özel hukuk iş ilişkisi ile ilgili olsa ve devletin doğrudan bir müdahalesinden kaynaklanmasa da Sözleşme hakları bakımından sorumluluğunun devam ettiğini ifade etmiştir (ECtHR, 52562/99, 2006, 57). Bu bağlamda; devletlerin, Sözleşme haklarının doğrudan kamu makamlarından gelebilecek keyfi müdahalelerin yanı sıra etkili şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla bazı durumlarda yatay ilişkilerde de makul ve uygun önlemler almak suretiyle müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır (para. 57; mutatis mutandis, ECtHR, 15573/89, 1996, 45; 30668/96, 2002, 41; 28274/08, 2011, 44; 39293/98, 2000, 38; 28955/06, 2011, 59-62; 48420/10, 2013, 84).

330

Bu açıklamalar kapsamında Mahkemenin, özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanların 8-11 madde haklarının işveren tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialarında müdahale, doğrudan devlet tarafından gerçekleştirilmemiş olsa dahi, başvurunun haklarının ulusal hukukta sağlanması konusundaki yetersizliğinden kaynaklanıyorsa devletin bu ihtilaflar bakımından sorumlu olduğunu kabul ettiği belirtilmelidir (ECtHR, 52562/99, 52620/99, 2006, 57).

III. İHAM'IN YATAY İŞ İLİŞKİLERİNDE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İNCELEME YÖNTEMLERİ

İHAM, Sözleşmenin özel hukuk ilişkilerine uygulanması konusunda farklı yöntemlere başvurarak Sözleşme haklarının yatay ilişkilere etkisinin uygulanması konusunda çeşitli olanaklar yaratmaktadır. Spielmann tarafından da vurgulandığı üzere; Mahkeme tarafından bu konuda kullanılan yöntemlere ilişkin olarak yapılacak bir ayırım, ancak betimsel nitelikte olacaktır. Zira bu tip bir ayırım he-

14 Sözleşmenin genel olarak bireyler arasındaki ihtilaflar bakımından taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri konusunda hızla büyüyen bir içtihadı olduğu söylenebilir. Bu konuya ilişkin ihlal iddiaları ile ilgili olarak Mahkeme tarafından verilen farklı kararlar için bkz., ECtHR 10126/82, 1988; 24699/94, 2001; 68416/01, 2005; 13134/87, 1993; 22860/02, 2005.

nüz kuramsal bir temele dayanmamaktadır. Bu bağlamda, yazar tarafından da ifade edildiği gibi Mahkeme tarafından kullanılan bu yöntemlerin teorik farklılıklar yaratmak ve göstermekten ziyade, Mahkeme içtihadına dayanan açıklamalar olarak kabul edilmesi yerinde olur (Spielmann, 2007: 428, dn 6).

Spielmann ve Cherednychenko tarafından yapılan ve Mahkemenin Sözleşmenin yatay ilişkilere etkisini konu alan farklı çalışmalarda (Spielmann, 2007; Cherednychenko, 2006); Mahkeme tarafından kullanılan yöntemler belirlenmeye çalışılmıştır. Yazarlar tarafından yapılan ayrımlar da dikkate alındığında, devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında, özel hukuk iş ilişkilerinde sözleşme hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin başlıca iki ayrı yöntemden¹⁵ bahsedilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, Sözleşmenin taraf devletlere pozitif yükümlülükler kapsamında yüklediği “gerekli önlemleri alma yükümlülüğü”nün değerlendirilmesidir. İkinci yöntem ise, tebliğin konusu bağlamında İHAM’ın “özel hukuk iş ilişkilerine ilişkin ulusal mahkeme kararları”nı değerlendirmesidir.

1. Sözleşme Haklarının Korunması Konusunda Gereklİ Önlemleri Alma Yükümlülüğü

Mahkeme, Sözleşme haklarının yatay ilişkilere korunması konusunda gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmektedir. Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirilmesi mevcut veya yeni bir yasanın kabul edilmesi¹⁶, idari uygulamaların değiştirilmesi¹⁷ veya bireylerin temel haklarından uygulamada da yararlanabilmelerinin sağlanması amacıyla yönelik olarak sürekli mali teşebbüslerde bulunulmasını¹⁸ gerektirebilmektedir. Mahkeme farklı kararlarında, Sözleşme haklarının yatay ilişkilere korunması konusunda devletlere yüklenen pozitif yükümlülüklerin, hakkın korunması amacı ile bireylerin haklarının korunması ve uygulanması için yargısal bir düzenleyici çerçevenin oluşturulması da dâhil olmak üzere çeşitli önlemler alınmasını da kapsadığını belirtmiştir.¹⁹ Devletin, Sözleşme haklarına yatay etki sağlamak konusundaki yükümlülüğüne, belirli bir dernek tarafından

15 Bu konuda, Sözleşme hak ve özgürlüklerinin özel hukuk iş ilişkilerine etkisi bakımından, belirlenebilecek bir diğer yöntem, özel hukuk iş ilişkilerine etki eden herhangi bir yasal düzenlemenin Sözleşme hakları ile çatışması durumudur. Bu durumda, Sözleşmenin 8-11. maddeleri ile bağlantılı olarak 14. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerde, Mahkeme tarafından bu tip düzenlemelerin Sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Bkz., ECtHR, 55480/00, 2004; 77955/01, 2006; 33554/03, 2006.

16 Örneğin bkz., ECtHR, 8978/80, 1985; 7601/76, 7806/77, 1981; 52562/99, 2006; 30668/96, 2002.

17 Örneğin bkz., ECtHR, 10454/83, 1989, 42-49.

18 Örneğin bkz., ECtHR, 6289/73, 1979, 20-28.

19 ECtHR, 32346/96, 2000, 63; ayrıca bkz., ECtHR, 8978/80, 1985, 23; 23452/94; 1998, 115.

barışçıl toplanma hakkının başka bireylerce ihlal edilmesine karşı korunmaya ilişkin talebi ²⁰ veya bir babanın, aile yaşamına saygı hakkının, kayınvalide ve kayınbabası tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı korunması talebi ²¹ örnek olarak verilebilir (Cherednychenko, 2006: 200).

Devletlerin Sözleşme haklarına yatay etki sağlamak konusundaki yükümlülüğüne, özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanların, işverenin Sözleşme haklarının ihlali niteliğindeki kararlarına karşı korunmasına ilişkin talepleri de dâhildir. Buna göre, devletin bireylerin Sözleşme haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüğünün temelinde, kamu makamlarının söze konu hakka aktif bir müdahalede bulunup bulunmaması değil; bireyin hakkına işveren tarafından iş ilişkisinde yapılan müdahale konusunda devletin eylemsizliğinin, 8-11. madde haklarının ihlali sonucunu doğurup doğurmadığı yer almaktadır. Böyle bir yükümlülüğün varlığı, devletin yasal düzenleme yapmak veya özel taraflar arasındaki ilişkiler bakımından Sözleşme haklarına ilişkin standartlar oluşturarak bu haklara yatay etki sağlamak konusunda başarısız olmasından kaynaklanmaktadır.

2002 yılında verilen Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri kararında Mahkeme, devletin 11. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini değerlendirmiştir. Başvuruda, işveren tarafından başvuruçulara imzalayacakları yeni bireysel iş sözleşmeleri ile üyesi oldukları sendikaların toplu sözleşme ve temsil yetkilerini geri almaları karşılığında ücret artışı ve diğer bazı sosyal haklar sağlanması önerilmiştir. Başvuruçuların, bu iş sözleşmelerini imzalamayı reddetmeleri sonucunda, ücret ve diğer sosyal hakları, sözleşmeyi imzalayan diğer işçilere kıyasla düşük kalmıştır (ECtHR, 30668/96, 2002).

İHAM'a yapılan başvuruda, Birleşik Krallık Hukuku'nda, işverenlere sendikaları tanımama (de-recognise) hakkı verildiği belirtilmiştir. Bu şekilde devletin başvuruçuların çıkarlarını korumak için sendikaya üye olma haklarını ve ifade özgürlüklerini koruma yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bu durumun Sözleşmenin 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (para. 3, 51).

Mahkeme, başvuru ile ilgili olarak yaptığı incelemede, devletlerin 11. madde çerçevesinde üstlendiği pozitif yükümlülüğü bir kez daha vurgulamıştır. Mahkemeye göre; her ne kadar 11. maddenin temel amacı, tanıdığı hakların kullanılmasında kamu yetkililerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak ise de, bu hakların etkili şekilde kullanılmasını sağlamak konusunda pozitif yükümlülükleri de mevcuttur (para. 41). Davada, başvuruçuların ihlal iddiasında buldukları olaylar bakımından ilke olarak devletin doğrudan bir müdahalesi söz konusu değildir. Ancak bu uygulamalar, devletin Sözleşmenin 11. maddesi haklarını iç hukukta korunmak konusunda başarısız olmasından kaynaklanıyorsa, sorumluluğunu doğuracaktır (para. 41). ²²

20 ECtHR, 10126/82, 1988.

21 ECtHR, 19823/92, 1994.

22 Benzer açıklamalar için bkz., ECtHR, 15573/89, 1996, 45; 34503/97, 2008, 110; 10126/82, 1988, 32-34; 15573/89, 1996, 45; 39293/98, 2000, 38.

Mahkeme, Birleşik Krallık Hukuku'nda, işveren tarafından sendikanın üyelerinin çıkarlarını korumak için mücadele etme yeteneğinin zayıflatılması veya engel olunmasının mümkün olduğunu belirtmiştir (para. 47).²³ Bu bağlamda, işverenler tarafından çalışanların önemli sendikal haklardan feragat etmeye ikna etmek için mali teşvik tedbirleri kullanmasına izin veren ilgili devletin, 11. maddede korunan hakların kullanılmasını garanti etmek şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine, bu nedenle başvuru sendikalar ve bireyler bakımından 11. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir (para. 48).

Konuya ilişkin olarak iş ilişkileri bağlamında örnek olarak verilebilecek bir diğer karar, 2012 yılında verilen Redfearn kararıdır (ECtHR, 47335/06, 2012). Bu davada, yerel yönetimlere ulaşım hizmeti sağlayan özel bir şirkette otobüs şoförü olarak çalışan başvuru, çalışma performansı ve iş yerindeki tutumu konusunda herhangi bir sorun bulunmamasına rağmen, aşırı sağ görüşlü bir siyasi parti adına yerel meclis üyesi seçilmesinin akabinde işten çıkarılmasının Sözleşmenin 10 ve 11. maddelerinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür (para. 27).

Mahkemeye göre başvuruçunun şikâyet ettiği konularla ilgili olarak, ilgili devletin doğrudan bir müdahale veya girişimi bulunmasa da bu konular, devletin başvuruçunun örgütlenme özgürlüğünü ulusal hukukta güvence altına almakta başarısız olmasından kaynaklandıysa, devletin sorumluluğu doğacaktır (para. 43). Diğer bir deyişle devletin, çalışanın özel sektör işvereni tarafından sadece belli bir siyasi partiye üye olması nedeniyle işten çıkarıldığı durumlara karşı koruma sağlamaya ilişkin ya da en azından bu tip bir iş sözleşmesinin feshinin, verili bütün koşulları ışığında bağımsız bir ölçülülük değerlendirmesi yapılmasını mümkün kılan araçların sağlanması konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır (para. 43).

Redfearn davasında Mahkeme esasen devletin, çalışanların -bir yıllık deneme süresini tamamlamadan işten çıkarılan çalışanlar da dâhil olmak üzere- 11. maddede haklarının korunması bakımından makul ve uygun önlemler alıp almadığını değerlendirmiştir (para. 52).

Mahkeme tarafından Sözleşmeye uyumunun tartışıldığı Birleşik Krallık'ta geçerli yasal hükümler şu şekilde açıklanabilir. 1996 tarihli İstihdam Hakları Yasası'nın, 94(1) düzenlemesi uyarınca; bir işçinin, işvereni tarafından haksız şekilde işten çıkarılmamaya ilişkin bir hakkı vardır. Yasa'nın 98(1) hükmü ile işverenin, işçiyi işten çıkarırken, düzenlemenin 2. fıkrasında belirlenen kategorilerden birine giren bir gerekçe göstermesi gerekmektedir. Ancak Yasada bu maddenin uygulanabilmesi için işçinin, iş sözleşmesinin feshi tarihine kadar en az bir yıl çalışmış olması gerekmektedir (para. 24). Yasa'nın 108(3) hükmü ile, bu bir yıllık süre gerekliliğinin uygulanması konusunda pek çok istisna tanınmıştır. Madde ile çalışanın doğum izni alması, işverenin Çalışma

²³ Mahkeme tarafından yapılan bu tespit, devletin aynı nedenle ASŞ bünyesindeki Bağımsız Uzmanlar Komitesi ve UÇÖ kapsamındaki Sendika Özgürlüğü Komitesi tarafından eleştirilere konu olduğu belirtilerek yapıldığı görülmektedir (para. 48).

Süresi Yönetmelikleri'ne (1998) aykırı talepleri veya çalışanın kamu yararına işvereni hakkında bilgi ifşa etmesi nedenleriyle işten çıkarılmanın yanı sıra ırk, cinsiyet veya inancı nedeniyle işten çıkarılan çalışanlar da madde ile belirlenen 1 yıl çalışma şartına ilişkin gereklilikten muaf tutulmuştur (para. 25). Ancak belirtilen düzenlemede, siyasi düşünce ve faaliyetler istisna kapsamına dâhil değildir.

Mahkeme, 1996 Yasası'nın siyasi düşünce ve/veya bağlantıları nedeniyle işten çıkarılan çalışanların, işten haksız nedenle çıkarıldıklarına ilişkin iddialarının karşılanması bakımından uygun bir iç hukuk yolu düzenlediğinin kabul edilebileceğini belirtmiştir (para. 50). Zira İş mahkemesinde bu tip bir dava açılması durumunda, çalışanın iş sözleşmesinin feshi bakımından önemli bir nedenin varlığını ispat yükü işverene düşmektedir. Özellikle, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra ulusal mahkemeler davaları değerlendirirken, Sözleşmenin 11. maddesini de dikkate almak zorundadır (para. 50). Ancak başvuru, iş sözleşmesinin feshi tarihinde bu dava bakımından şart koşulan bir yıllık bekleme süresini tamamlamadığı için bu davayı açamamıştır (para. 51). Başvurucunun bunun yerine 1976 tarihli Yasa'ya dayanarak açtığı ve ırk temelli ayrımcılığa uğradığını ileri sürdüğü dava ise ulusal mahkeme tarafından reddedilmiştir. 1976 tarihli Yasa'nın başvuru durumuna ilişkin bir koruma öngörmediğini dikkate alan Mahkeme, bir yıllık bekleme süresini tamamlamamış bir çalışan olarak başvuru, iş ilişkisinde İHAS'ın 11. maddesi hakları konusunda korunmasız bırakıldığını tespit etmiştir (para. 51).

Bir yıllık bekleme süresinin meşru nedenlere dayanılarak yapılan yasal bir düzenlemeden kaynaklandığı kabul eden²⁴ Mahkemeye göre, bu durum bu süre içinde çalışanın siyasi düşünce ve faaliyetleri nedeniyle işten çıkarıldığı durumlarda kendisine iş sözleşmesinin feshinin yasal denetimi bakımından bir olanak tanınmadığı sonucunu değiştirmemektedir (para. 54). Siyasi partilerin demokrasinin uygun işleyişi bakımından gerekli bir örgütlenme biçimi olduğu dikkate alındığında; bir hukuk sisteminde hukuki güvence eksikliği nedeniyle işverenlere çalışanın sadece bir siyasi partiye üye olması nedeniyle işten çıkarılması imkânı tanınması, suiistimal olanağı yaratmaktadır (para. 55). Zira ilgili devlette, bir yıllık bekleme süresi kapsamındaki çalışanların siyasi düşünce ve katılımları nedeniyle işten çıkarıldıklarına ilişkin haksız fesih iddialarını karşılayacak bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme, ilgili devletin, bu eksiklik nedeniyle çalışanların korunması konusunda üzerine düşen makul

24 Zira Mahkemeye göre, devletlerin, sosyal ve ekonomik politikalar oluşturulması ve uygulanması konusunda sahip olduğu geniş takdir marjı da dikkate alındığında, ulusal işgücü piyasasının desteklenmesi amacıyla yeni çalışanların belli bir süre ile işten haksız olarak çıkarıldıkları iddiası ile dava açmalarının önlenmesi, makul ve uygun bir uygulama olarak kabul edilebilecektir (para. 53)

ve uygun önlemler alma yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır (para. 57).

Görüldüğü üzere devletlerin, özel hukuk iş ilişkileri bağlamında Sözleşme haklarının özel hukuk iş ilişkilerinde korunması için uygun yasal düzenlemeler yapmaları gerekmektedir. Mahkeme, bu tip bir yasal düzenlemenin bulunmadığı veya mevcut düzenlemenin Sözleşme haklarının iş ilişkisinde korunması konusunda yetersiz olduğu durumlarda, devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk iş ilişkilerinde, çalışanların 8-11. madde haklarını güvence altına almak için gerekli yasal düzenlemeler yapmak veya farklı bir ifade ile makul ve uygun önlemler almak konusunda ulusal makamların başarısız olduğu durumlarda, Mahkeme devletlerin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. Ancak bu noktada vurgulanması gereken husus, Mahkeme tarafından belli bir konuya ilişkin ulusal hukuk kapsamında özel bir koruma olup olmadığı ile ilgilenilmediğidir. Bu konuda, kamu çalışanları ile özel sektör çalışanlarına sağlanan korumada bir fark mevcuttur. Mahkeme, kamu çalışanları söz konusu olduğunda, devletin kamu gücünü kullanan ve işveren sıfatları arasında açık bir ayırım yapılmadığını kabul etmektedir. İç hukukta bireylere, Sözleşme haklarına yönelebilecek keyfi müdahalelere karşı koruma sağlanması gerektiğini belirterek, ulusal hukukta, kamu makamlarının hangi koşulda müdahaleye yetkili olduğunun yeterli açıklıkta gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir.²⁵ Dolayısıyla devletin işveren olarak çalışanlarının haklarına müdahale teşkil eden işlemlerinin, yasa ile öngörülme şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Bu davalarda, Örneğin Halford davasında polis merkezinde çalışanların telefon görüşmelerinin dinlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması, müdahalenin yasa ile öngörülmemesi sebebiyle, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlaline neden olmuştur (ECtHR, 20605/92, 1997, 50).²⁶

Özel hukuk iş ilişkileri bakımından ise Mahkeme, konuya ilişkin olarak ulusal hukukta herhangi özel bir düzenleme bulunmamasını tek başına bu şartın gerçekleştirilmediği şeklinde yorumlamamaktadır. Bu noktada, Mahkeme ulusal yargılamada, konuya ilişkin genel nitelikli yasaların dikkate alınarak uygun şekilde yorumlanmasını veya varsa ihlal iddiasına dayanak oluşturan uygulamanın dayandırıldığı iş hukuku kaynağının (iş yeri yönetmeliği, kıyafet kodu vb) uygun şekilde değerlendirilmesini yeterli bulmaktadır. Mahkemenin, iş hukukunun kendine özgü kaynakları olan iş yeri yönetmelikleri ve toplu iş sözleşmelerinin

25 ECtHR, 20605/92, 1997, 49; 8691/79, 1984, 67; mutatis mutandis 9248/81, 1987, 50-51.

26 Bu davada polis olan başvuruçunun, iş yerinde telefonlarının dinlenmesinin meşruluğu konusunda yapılan incelemede, ilgili ulusal yasanın kamu makamlarınca sunulan iç iletişim sistemleri için geçerli olmadığı ve bu tip iletişimlerin dinlenmesi konusunda başka bir düzenlemenin de bulunmadığı dikkate alınmıştır. Benzer bir diğer dava için bkz., ECtHR, 64209/01, 2007.

de, ulusal iş hukuku kurallarına uygun olmaları ve ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik şartlarını sağlamaları durumunda öngörülebilirlik şartını yerine getirdiğini kabul ettiği belirtilmelidir. Örneğin, 2002 yılında verilen Madsen kararında ulusal hukukta kabul edilen işverenin yönetim ve işin kontrolü hakkının bir yanısıması olan iş yeri yönetmeliğinin, ulusal yargı ve tahkim kararları doğrultusunda, hukukten öngörülebilir bir düzenleme olduğu kabul edilmiştir (ECtHR, 58341/00, 2002).²⁷

Yapılan açıklamalar dikkate alındığında, İHAM tarafından özel hukuk iş ilişkisinde çalışanın Sözleşme hak ve özgürlüklerinin korunması için devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında alması gereken önlemlerin ne şekilde yorumlandığı konusunda fikir yürütmek mümkündür. Mahkemenin, iş ilişkisinden kaynaklanan ihtilafın ve çalışanın bu ilişkide sözleşme hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddiasının bağımsız bir ölçülülük değerlendirmesi yapılmasını mümkün kılan araçların sağlanması kapsamında bireye bu iddiasını yargıya taşımak konusunda belli bir olanak tanıyan yasal düzenlemenin yapılması şeklinde yorumladığı kanaatindeyiz. Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak bir yasal düzenleme yokluğunda veya hakkın birey tarafından kullanılmasını güçleştiren veya imkânsız hale getiren bir yasal düzenleme söz konusu olduğunda Mahkeme, devletin yatay iş ilişkisinde pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmaktadır.

2. Ulusal Yargı Kararlarının Sözleşmeye Aykırılığından Kaynaklanan Yükümlülük

Sözleşme haklarının özel hukuk ilişkilerindeki etkisini sağlamak konusunda, Mahkeme tarafından kullanılan bir diğer yöntem, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ihtilafın karara bağlandığı ulusal mahkeme kararlarının Sözleşme ile uyumunun değerlendirilmesidir (Cherednychenko, 2006: 203). Ulusal mahkemelerin, devletin organları olduğu ve uluslararası düzeyde devletlerin organlarının eylemlerinden sorumlu olduğu dikkate alındığında, özel hukuk ihtilafına ilişkin ulusal mahkeme kararlarının Sözleşme haklarının ihlaline neden olduğu durumlar-

27 Eweida ve diğerleri davasında da Mahkemeye göre ulusal hukukta konuya ilişkin özel bir düzenleme olmaması, başvuruçunun iş yerinde dini aksesuar takmak suretiyle dinini açıklama hakkının yeterince korunmamasına neden olmamıştır. Başvuruçunun çalıştığı iş yerinde, bu konuya ilişkin açıklamalara yer verilen 2003 tarihli bir Kıyafet Kodu uygulanmaktadır. Mahkeme bu davada müdahalenin yasa ile öngörülmesi şartına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, ulusal yargılamada, temelde ayrımcı muameleye ilişkin iddialara odaklanıldığını ve dolayısıyla iş yerinde uygulanan üniforma yönetmeliği ve işverenlik tarafından başvuru bakımından alınan tedbirlerin ölçülülüğünün ayrıntılı olarak incelendiğini dikkate almıştır (ECtHR, 48420/10, 2013, 92 vd.).

da Sözleşme kapsamında devletin sorumluluğundan ilkesel olarak bahsedilebilir.²⁸ Konuya ilişkin Mahkeme içtihadının gün geçtikçe arttığı belirtilmelidir.²⁹

Mahkemenin bu konuya yaklaşımının özellikle özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanların 8-11. madde hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özel önem taşıdığı kanaatindeyiz. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere özel hukuk iş ilişkilerinde çalışanın 8-11. madde hak ve özgürlüklerinin korunması, işverenin yönetim hakkı ile çalışanın sadakat yükümü arasında sağlanacak dengeye dayanan belirsiz bir alanı kapsamaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda ortaya çıkan sorunların çözümü için konuya ilişkin soyut yasal düzenlemelerin yorumlanması ve çalışan ile işverenin çıkarları arasında bir denge sağlanmasını gerektirmektedir.

Mahkeme genel olarak bireyler arasındaki hukuki ihtilaflar ve iş uyuşmazlıkları özelinde çalışan ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların karara bağlandığı ulusal mahkeme kararlarının Sözleşme güvencelerine aykırı olmaması gerekliliğini devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmektedir.³⁰ Mahkeme, ulusal mahkeme kararları üzerinden yaptığı bu değerlendirmeyi, devletin bireyler arasındaki özel hukuk uyuşmazlığının çözümüne ulusal mahkeme kararları vasıtası ile katıldığını kabul ederek gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla devletlerin yargı yetkisi içindeki ulusal yargılama süreçlerinde Sözleşme güvencelerine aykırılık teşkil eden ulusal mahkeme kararları bakımından pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

Özel hukuk iş ilişkilerinde işverenlerin çalışanların 8-11. madde haklarının ihlali sonucunu yaratacak işlemlerinin, ulusal mahkemelerce karara bağlandığı konularda İHAM, ulusal mahkeme kararları üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır. Yapılan bu değerlendirmede, genel olarak kabul edilen bazı ilkelerden bahsedilebilir.

Mahkemeye göre, 8-11. madde haklarına ilişkin ihtilaflarda tarafların farklı çıkarları arasında doğru dengenin bulunması gerekliliği söz konusudur. Belli bir zamanda doğru dengenin ne şekilde kurulacağı konusunda, ülkenin gerçekliğiyle

28 Hoffmann davasında Mahkeme bu durumu şu şekilde belirtmiştir: "... bu nedenle Yüksek Mahkemenin kararı, başvuruçunun aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur, dolayısıyla, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına girmektedir. Yüksek Mahkeme kararının özel bireyler arasındaki bir ihtilaf bağlamında alınmış olması, ilgili Hükümetin iddiasının aksine bu konuda herhangi bir fark yaratmamaktadır." (ECtHR, 12875/87, 1993, 29).

29 Konuya ilişkin olarak doktrinde özel önem verilen kararlar içinden özellikle bkz.: ECtHR 59320/00, 2004; 25337/94, 2003; 44306/98, 2003.

30 "Söz konusu müdahale doğrudan devleti ilgilendirmedığından, Mahkemenin her durumda Devlet yetkililerinin 9. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını, diğer bir deyişle, Eweida'nın dinini özgürce sergileme hakkının yurt içindeki yasal düzen çerçevesinde yeterli derecede güvence altına alınıp alınmadığını ve Eweida'nın haklarıyla başkalarının hakları arasında adil bir denge gözetilip gözetilmediğini incelemesi gerekir" (ECtHR, 48420/10, 2013, 91).

doğrudan bağlantısı nedeniyle ulusal mahkemeler, uluslararası bir mahkemeye kıyasla daha iyi bir pozisyonudadır. Bu nedenle Sözleşmenin 8-11. maddelerine ilişkin konularda, devletlerin korunan hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin gerekliliği ve kapsamı konusunda belli bir takdir marjı bulunmaktadır.³¹ Ancak bu takdir marjı, gerek mevzuat gerekse mevzuatın uygulanmasına ilişkin kararlar, bağımsız bir mahkeme tarafından verilenleri de kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile el ele gitmektedir. Mahkemenin görevi, ulusal otoritelerin yerini almak değil, bir bütün olarak davanın şartları ışığında, takdir marjı kapsamında alınan bu kararların, dayandığı Sözleşme hükümleri ile uzlaştırılabilir olup olmadığının değerlendirilmesidir.³²

Yine Mahkemeye göre, çalışanın 8-11. madde haklarına getirilen sınırlamaların dayandırıldığı gerekçelerin yeterli ve Mahkemenin konuya ilişkin içtihadı ile tutarlı olduğu durumlarda, İHAM'ın ulusal mahkeme kararı yerine kendi görüşünü ikame edebilmek için 'güçlü gerekçelere' dayanması gerekecektir.³³

Sözleşmenin ilgili maddesi kapsamında (8-11), sorumlu devlete düşen pozitif yükümlülüklerinin tespit edildiği görülmektedir. Mahkeme, başvuruları taraf devletin Sözleşmenin ilgili maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmeyi uygun bulmakta ve ulusal yargı makamlarınca, başvurunun işten çıkarılması ile ilgili olarak iş ilişkileri kapsamında 8-11. madde hak ve özgürlüklerinin yeterli derecede korunup korunmadığını araştırmaktadır (ECtHR, 2011, 28955/06, 66).³⁴

338 | Gerek kamu gerekse özel sektör iş ilişkilerinde, çalışanların 8-11. madde hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğu değerlendirilirken, müdahaleye gerekçe olarak gösterilen amaç ile çalışanın ilgili hakkına getirilen sınırlama arasında ölçülülük değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu değerlendirme, devlet çalışanları bakımından, işveren sıfatıyla devletin (idarenin) çalışan hakkında uyguladığı tedbire (disiplin cezası ve her türlü işlem) ilişkin kararı üzerinden yapılmaktadır. Özel sektör çalışanları bakımından ise, işverence alınan tedbire ilişkin kararın tartışıldığı ulusal mahkeme kararları üzerinden gerçekleştirilmektedir. Ulusal mahkeme kararları üzerinden yapılan incelemede Mahkeme temel sorunu, devletin başvuru sahiplerinin hak ve özgürlüğüne saygı gösterilmesini sağlamak için işten çıkarılmalarının geçerliliğinin karara bağlandığı yargılamada, çalışan hakkında işveren tarafından alınan kararın iptalinin gerekip gerekmediği şeklinde belirlemektedir (ECtHR, 28955/06, 2011,63). Bu değer-

31 Çatışan özel çıkarlar arasında denge arayışı ile ilgili olarak bkz., ECtHR, 41205/98, 2001, 60; 49017/99, 2004, 68.

32 Bkz., ECtHR, 21980/93, 2004, 60; 20928/05, 2010, 54; 34147/06, 2010, 41; 27103/04, 2010.

33 Bkz., ECtHR, 39401/04, 2011, 150, 155.

34 Özel hukuk iş uyuşmazlığına ilişkin ulusal mahkeme kararlarının denetlendiği farklı davalarda Mahkeme aynı tespitleri vurgulamaktadır. Örnek olarak bkz., 48420/10, 2013, 84, 109; ECtHR, 420/07, 2010.

lendirmeyi yaparken, kendi incelemesini ilgili ulusal mahkeme kararı ve bu kararın verildiği yargılamada, yargıçlar tarafından değerlendirilen bilgi ve kabul edilen gerekçeler üzerinden gerçekleştirmektedir.

Mahkeme, iş uyuşmazlığına ilişkin özel hukuk yargılamasını incelerken, davanın somut şartlarını dikkate almakta, ulusal mahkeme kararında değerlendirilen çalışan hakkında verilen kararın³⁵ açıkça ölçüsüz veya devletin iptal etmek suretiyle gidermesi veya daha hafif bir tedbir ile değiştirmesi gereken ağır bir ceza olup olmadığına karar vermektedir (ECtHR, 28955/06, 2011, 77). Yapılan değerlendirme sonucunda, ilgili devletçe başvurusunun 8-11. maddelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda başarısız olup olmadığına ve ilgili maddenin ihlal edilip edilmediğine karar verilmektedir (para. 78-79).

Mahkeme, yukarıda açıklanan genel ilkelere bağlı kalarak özel hukuk iş ilişkisinde çalışanın hak ve özgürlüğünün ihlaline neden olan uyuşmazlık konusuna dayanan ulusal yargı kararlarını dikkate almakta, tarafların hak ve çıkarları arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını dikkate alarak ulusal mahkeme kararının sözleşme ile uyumlu olup olmadığına dolayısıyla ilgili devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar vermektedir.

Ancak bu noktada Mahkeme tarafından yapılan bu denetimle ilgili olarak bazı tespitlerde bulunulması gereklidir. İlk olarak, Mahkeme içtihadı incelendiğinde yatay iş ilişkileri söz konusu olduğunda tarafların hak ve yararları arasında kurulacak denge konusunda ulusal mahkeme kararlarını belli bir yöntem takip ederek ve sistemli şekilde değerlendirdiğini ileri sürmek oldukça güçtür. Zira Mahkeme tarafından yapılan bu değerlendirmede, ölçülülük ilkesinin bir alt testi olarak kabul edilen adil denge arayışının tek başına kullanılmasının yapılan değerlendirme bakımından yeterli olduğu veya nasıl bir kapsama sahip olduğunun açık olduğu söylenemez.³⁶

Mahkeme tarafından yapılacak değerlendirmede, tarafların çatışan hak ve yararlarının doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, işyerinde hırsızlık şüphesi nedeniyle gizli izleme yapılmasının tartışıldığı Köpke kararında öncelikle çalışanın ve işverenin hakları arasında denge kurulması gerekirken, ulusal

35 İşten çıkarma da dâhil olmak üzere farklı disiplin cezaları veya uygulamalar.

36 İHAM tarafından yapılan denetimde kullanılan ölçülülük ilkesinin, Alman Anayasa Mahkemesi ve diğer ulusal mahkemeler tarafından kullanılan formlarından daha farklı olduğu ve Mahkemenin, açıkça 1948 tarihli İHEB'nin 29/2 hükmünden etkilendiği, kendine mahsus bir ölçülülük ilkesini uyguladığı ifade edilmiştir (Christoffersen, 2009: 11; Panomariovas ve Losis, 2010: 262). Klasik anlamda ölçülülük ilkesinde, elverişlilik ve zorunluluk alt şartlarında araç ve yöntem arasındaki ilişki değerlendirilmektedir. Dar anlamda ölçülülük alt testinde ise, karşı karşıya gelen yararlar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi söz konusudur. İHAM'ın ise klasik anlamda ölçülülük ilkesinden farklı, kendine has bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığı görülmektedir (Çetin, 2015:123-137; Murzea, 2013: 59; Sottiaux ve Van der Schyff, 2008: 132).

mahkeme tarafından yargının iyi işlemesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile bağlantılı olarak kamu yararının da dikkate alınmasının uygun olduğu yönündeki açıklamalar eleştiriye açıktır (ECtHR, 420/07, 2010). Özellikle 8-11. maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin bireylerin sosyal yönleri de dâhil olmak üzere kişiliğine ilişkin niteliği dikkate alındığında tarafların hak ve yararları arasında kurulacak dengede, işvereni doğrudan ilgilendiren ve etkileyen hususlar dışında dengenin kişi hak ve özgürlükleri lehine kurulması önemlidir. Kaldı ki bu özgürlükler sadece birey bakımından değil, demokratik toplumun devamı açısından da dikkate alınması ve korunması gereken özgürlüklerdir. Mahkeme de sık sık toplumun genel yararı ile temel insan hakları arasında adil bir denge kurulurken, temel insan haklarına özel bir önem verilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.³⁷ Ancak; Mahkeme içtihadı incelendiğinde devletlere tanınan takdir marjının da³⁸ bu hak ve özgürlüklerin korunması konusunda belli bir Avrupa standardı oluşturulmasını olumsuz yönde etkilediği belirtilmelidir (Çetin, 2015: 137 vd.). İHAM tarafından Sözleşmenin 8-11. maddeleri kapsamında yapılan “demokratik toplumda gereklilik” değerlendirmesi, takdir marjı uygulaması ile birleşmektedir.

340 | Takdir marjı doktrini; davanın esasına ilişkin tam bir inceleme yapmaktan imtina etmek için Strasbourg organlarının, kullandığı gerekçelendirme tekniklerinden biri olarak da nitelendirilmektedir (Radačić, 2010: 601-602). Mahkeme, doktrini bu amaçla kullanırken kararında, ulusal makamların kararını kabul etmekte ya da tek başına olmamakla birlikte ağırlıklı olarak ulusal makamın kararına dayanmaktadır. Mahkemenin, takdir marjı doktrinini, ölçülülük ilkesinin önemli rol oynadığı farklı davalarda yarışan çıkarlar arasındaki dengeye dair görüşlerini açıklamak için kullandığı da söylenebilir. Yine bir hakkın ihlal edildiği sonucuna varılan farklı kararlarında, ilgili Devletin takdir marjını aştığı veya takdir marjı sınırları içinde hareket etmemesi nedeniyle ihlalin gerçekleştiği şeklinde ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Tutarsız olarak nitelendirilen bu yaklaşım, farklı pek çok yazar tarafından, doktrinin, davaya ilişkin hukuki konularda mantıklı bir analiz yapmak yerine veya kararın dayandığı gerekçenin açık şekilde ifade edilmesine ilişkin sorumluluktan kaçınmak amacı ile kullanıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (örneğin Radačić, 2010: 602).

Bu konuda Mahkeme tarafından iş ilişkilerinin diğer sözleşme ve sosyal ilişki formlarından farklı niteliklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmelidir. Özellikle iş ilişkisinin belli konularda tamamen kendine has özellikleri bulunduğu dikkate alındığında, Mahkemenin bu konuda yeterli donanımına sahip olup olma-

37 ECtHR, 2008, 34503/97, 146.

38 Sözleşmenin 1. ve 35. maddelerinden kaynaklanan bu ilke, insan haklarının uygulanması konusunda ulusal makamlara, uluslararası yargıç karşısında usuli bir öncelik sağlamaktadır. İHAM içtihadı incelendiğinde, Sözleşme organları tarafından bu öncelik yetkisine oldukça geniş bir anlam verildiği haklı olarak ifade edilmektedir (Radačić, 2010: 601; Çetin, 2015: 137-152).

dığı düşünülebilir. Bu konu ile bağlantılı olarak, Büyük Daire düzeyinde verilen Demir ve Baykara kararında vurgulanan bir konudan bahsedilmesi yerindedir. Kararda, iş ilişkileri söz konusu olduğunda Sözleşmenin, uzman Sözleşmeler ile bunların organlarının kararları ışığında yorumlanacağı ve ilgili uluslararası belgelerde belirlenen kriterlerin değerlendirileceğini açıklanmıştır (ECtHR, 34503/97, 2008, 85). Büyük Daire kararlarının bağlayıcı etkisi de dikkate alındığında, bundan sonraki süreçte, Mahkemenin, iş ilişkilerinin kendine has özelliklerine dayanan değerlendirmelerde uluslararası ve bölgesel uzman sözleşmeler ile bunların organlarının kararlarını daha sık uygulayacağı kanaatindeyiz (Dorsemont, 2010: 221-222).³⁹ Ancak bu hususta dikkat edilmesi gereken sorun, ilgili sözleşme ve kararlar değerlendirilirken, doğru örneklere başvurulması gerektiğidir. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmelerde, konu ve içerik bakımından, dava konusu ihtilaf ile doğrudan benzerlik gösteren hususlara ilişkin düzenleme ve kararlara başvurulması ve kurulan bu bağlantının, özgürlüğün daraltılması konusunda bir gerekçe olarak kullanılmaması gerekmektedir.

SONUÇ

İnsan haklarının korunması konusundaki etkili rolü dikkate alındığında, İHAM'ın çalışma ilişkilerinde çalışanların korunması konusunda sağlayabileceği katkının değerlendirilmesi özellikle önem kazanmaktadır. 1981 yılından itibaren devletlerin pozitif yükümlülüklerinin insan haklarının etkili şekilde korunması amacıyla uygun şekilde geliştirilmesi sonucunda bugün Sözleşme hak ve özgürlüklerinin özel hukuk iş ilişkilerinde korunması konusunda taraf devletlerin farklı yükümlülükleri olduğu açıktır. Bu bağlamda, kamu hukuku iş ilişkilerinin yanı sıra özel hukuk iş ilişkilerinde de çalışanların 8-11. madde hak ve özgürlüklerinin işverene karşı korunması konusunda önemli bir kaynak oluşturma potansiyeline sahip olduğu kanaatindeyiz. Ancak; bu konuda tekrar vurgulanması gereken bazı sorunlar mevcuttur.

İlk olarak Mahkemenin, demokratik toplumda gereklilik şartına ilişkin değerlendirmesinde terminolojinin belirsiz kullanımı ve yargısal değerlendirmenin farklı unsurlarının birbirine karıştırılmasından kaynaklanan bir belirsizlik mevcuttur. Bu aşamada özellikle, hak ve özgürlüklere yönelen müdahaleler bakımından, demokratik bir toplumda, Devletlere tanınan takdir marjının belirlenmesi ile müdahalenin ölçülülüğünün irdelenmesi, belirsiz olduğu kadar zor bir değerlendirmedir. Ortaya çıkan sorunların sebeplerinden biri, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde de olduğu gibi, takdir marjının kapsamı konusunda

39 2013 yılında verilen Sindicatul "Păstorul Cel Bun" kararında Mahkemenin, rahiplerin sendika kurma hakkı bakımından Sözleşmenin 11. maddesi kapsamına girip girmediği konusunda, UÇÖ'nün ilgili sözleşmeleri kapsamında belirlenen kriterleri dikkate alarak yaptığı değerlendirme özellikle dikkat çekicidir (ECtHR, 2330/09, 2013, 142).

gerekli açıklığın bulunmamasıdır. İkinci olarak Mahkemenin kararlarında, takdir marjı doktrinine dayandırdığı içtihadının sık ve temelsiz şekilde kullanması da, Sözleşme haklarının korunmasını olumsuz şekilde etkilemektedir.

Bu bağlamda; Mahkeme tarafından, iş ilişkilerinde çalışanların 8-11. madde haklarına yönelen müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğu değerlendirilirken, ölçülülük ilkesinin tutarlı şekilde uygulanmasının önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, yapılan ölçülülük değerlendirmesinde tek başına dar anlamda ölçülülüğün dikkate alınması, insan hakları yargılamasının özüne aykırılık yaratacaktır. Bu noktada ölçülülük ilkesinin tüm alt şartlarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde bireylerin hak ve özgürlükleri toplum yararına karşısında her durumda savunmasız bir konuma yerleşecektir. Bu konuda; hatırdan tutulması gereken en önemli husus, Sözleşme sisteminde hak ve özgürlüğe sahibiyetin kural ve bunlara müdahalenin istisna olduğudur. Bu nedenle, Sözleşmenin koruyucu hükümlerinin geniş ve haklara getirilen sınırlamaların dar yorumlanması, yapılacak değerlendirmenin başlangıç noktasını oluşturmamalıdır. Sözleşme haklarına yönelen müdahalelerin hak ve özgürlüğe etkisi dikkate alınmalı, hakkın özüne dokunan müdahalelerin, Sözleşmenin amacına aykırı olacağı unutulmaması gerekmektedir.

Kanaatimizce, özellikle Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlükler bakımından kabul edilen standartlar söz konusu olduğunda takdir marjı doktrininin, Mahkeme tarafından daha temkinli kullanılması gerekmektedir. Mahkemenin kendi denetim yetkisinden vazgeçerek kendisini ulusal kararların basit bir denetimi ile sınırlandırması ancak, ulusal makamların karar vermekte daha iyi bir konumda olduğu lokal ve belli bir ulusal düzende ortaya çıkan spesifik şartların varlığı durumunda mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, Jean-François (2008) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* (Çev.: Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap No. 7. Strasbourg: Avrupa Konseyi.
- Barak, Aharon (2001) "Constitutional Human Rights and Private Law", Daniel Friedmann ve Daphne Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law* içinde, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 13-42.
- Barak, Justice Aharon (1996) "Constitutional Human Rights and Private Law", *Review of Constitutional Studies*, Vol. 3, 241-268.
- Boyar, Oya (2013) "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki" (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)* içinde, Ankara: Şen Matbaa, 54-80.
- 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, 135-171.
- Cariolou, Leto (2006) “The Right Not to be Offended by Members of the British National Party: An Analysis of *Serco Ltd v Redfearn* in the Light of the European Convention of Human Rights”, *Industrial Law Journal*, Vol.35, No.4, 415-430.
- Cherednychenko, Olha O. (2007) *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of Weaker Party, A Comparative Analysis of the Constitutionnalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Oxford: European Law Publishers.
- Cherednychenko, Olha (2006) “Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (13).
- Clapham, Andrew (2006) *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press.
- Clapham, Andrew (1993) *Human Rights in Private Sphere*, Oxford: Clarendon.
- Christoffersen, Jonas (2009) *Fair Balance-A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Çetin, Evra (2015) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Dickson, Brice (2010) “Positive Obligations and the European Court of Human Rights”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 61 (3).
- Dorsemont, Filip (2010) “Right to Form and to Join Trade Unions for the Protection of His Interests under Article 11 ECHR-An Attempt to Digest the Case Law (1975-2009) of the European Court on Human Rights”, *The European Labour Law Journal*, 1 (2).
- Drzemczewski, Andrew (1997) *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford: Clarendon.
- Drzemczewski, Andrew (1979) “The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties”, *Netherlands International Law Review*, 26 (2).
- Engle, Eric (2009) “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, *Hanse Law Review*, 5 (2).
- Ertürk, Şükran (2002) *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gören, Zafer (2001) “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Hunt, Murray (2002) “The “Horizontal Effect” of the Human Rights Act: Moving Beyond the Public–Private Distinction”, Jeffrey Jowell ve Jonathan

- Cooper (eds.), *Understanding Human Rights Principles* içinde, Oxford ve Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2011) *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 7. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.
- Koch, Ida Elisabeth (2009) *Human Rights as Indivisible Rights (The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights)*, International Studies in Human Rights, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Letsas, George (2009) *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford and New York: Oxford University Press.
- Lewan, K. (1998) "The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany", *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, (17).
- MacQueen, Hector ve Douglas Brodie (2002) "Private Rights, Private Law, Private Domain", Alan Boyle, Chris Himsworth, Andrea Loux ve Hector MacQueen (eds.), *Human Rights and Scots Law* içinde, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Murzea, Cristinel Ioan (2013) "The Theories Of Interpreting The European Convention Of Human Rights-As Shown In The Case Law Of The European Court Of Human Rights", *Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique*, (52).
- Oliver, Dawn ve Jörg Fedtke (2007) "Human Rights and Private Sphere-The Scope of the Project", Dawn Oliver ve Jörg Fedtke (Der), *Human Rights in Private Sphere A Comparative Study* içinde, Londra ve New York: Routledge-Cavendish.
- Panomariovas, Artūras ve Egidijus Losis (2010) "Proportionality: From the Concept to the Procedure", *Jurisprudence*, (120).
- Pattinson, Shaun D. ve Deryck Beyleveld (2002) "Horizontal Applicability and Horizontal Effect", *Law Quarterly Review*, (118).
- Phillipson, Gavin (1999) "The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper?", *The Modern Law Review*, (62).
- Radačić, Ivana (2010) "The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of the Vulnerable Groups", *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 31(1).
- Raphael, Thomas (2000) "The Problem of Horizontal Effect", *European Human Rights Law Review*, (5).
- Reinhard, Ellger (2001) "The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law", Daniel Friedmann ve Daphne Barak-Erez (Der.), *Human Rights in Private Law* içinde, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Sottiaux Stefan ve Gerhard Van der Schyff (2008) "Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-making

- Process for the European Court of Human Rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, (31).
- Spielmann, Dean (2007) “The European Convention on Human Rights The European Court of Human Rights”, Dawn Oliver and Jörg Fedtke (Der.), *Human Rights and The Private Sphere A Comparative Study* içinde, Londra ve New York: Routledge-Cavendish Taylor & Francis Group.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu (2009) 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Xenos, Dimitris (2012) *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londra ve New York: Routledge.