

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

ANAYASA YARGISINDA SOSYAL HAKLARIN KORUNMASI

Doktora Tezi

Serkan YOLCU

Ankara-2018

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

ANAYASA YARGISINDA SOSYAL HAKLARIN KORUNMASI

Doktora Tezi

Serkan YOLCU

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Ankara-2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Serkan YOLCU

ANAYASA YARGISINDA SOSYAL HAKLARIN KORUNMASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Tez Jürisi Üyeleri

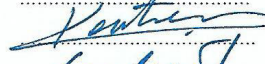
Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Mervat ÖDEN
Prof. Dr. Levent Gönenç




Yrd. Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI
Doç. Dr. Ozan Ergüç
Yrd. Doç. Dr. Gonca Alp Aslan





Tez Sınavı Tarihi 24.11.2018

Tez Doğruluk Beyanı Belgesidir.

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,**

Yrd. Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI danışmanlığında hazırladığım "Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması (Ankara-2018)" adlı yüksek lisans ☐
- doktora/bütünleşik doktora ☒ tezimdaki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 26. 01. 2018
Adı-Soyadı ve İmza

Serkan Yolcu


İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ

I. SOSYAL HAKLARIN VAROLUŞ DİNAMİKLERİ	8
A. SOSYAL HAKLARIN DÜŞÜNSEL (FELSEFİ) TEMELLERİ	8
B. SOSYAL HAKLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ	11
1. Sosyal Hakların Ortaya Çıkmasına Yol Açan Koşullar	11
2. Sosyal Hakların Ortaya Çıkmasını Açıklayan Teoriler	14
II. SOSYAL HAKLAR EKSENİNDE ANAYASACILIĞIN DÖNÜŞÜMÜ.....	18
A. KLASİK ANAYASACILIK.....	20
1. Genel Olarak	20
2. Prosedürel Anayasa Anlayışı	21
B. SOSYAL HAKLAR ANAYASACILIĞI.....	24
1. Yeni Bir Anayasacılığa Duyulan İhtiyaç	24
2. Sosyal Anayasa Anlayışı.....	25
3. Sosyal Haklar Anayasacılığının Gelişimi	28
C. YOKSULLUK BAĞLAMINDA ANAYASACILIK	32
1. Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Yoksulluk	33
2. Yoksulluk Karşısında Anayasacılığı Yeniden Düşünmek	38

III. SOSYAL HAKLARIN NORMATİF ANLAMI.....	42
A. HAK TEORİSİ AÇISINDAN.....	42
1. Sosyal Haklar Haktır.....	42
2. Sosyal Haklar Menfaatleri Korur	44
3. Sosyal Hakların “Pozitif” Olduğu İddiası.....	46
4. Negatif/Pozitif Hak Ayrımının Geçersizliği	48
B. SOSYAL HAKLARIN UNSURLARI	52
1. Sosyal Hakların Gerekçesi/Sebebi (Z): İnsan Onuru	53
a) Genel Olarak	53
b) Anayasacılık Perspektifinden	55
c) İnsan Onurunun Normatif Anlamı	59
aa) Yetkilendirme ve Sınırlandırma.....	60
bb) Ampirik ve İçsel	66
cc) Sentez: Sosyal Haklar İçin İnsan Onuru.....	67
2. Sosyal Hakların Sahibi/Yararlanıcıları (X).....	73
3. Sosyal Hakların İçeriği/Kapsamı (P)	74
4. Sosyal Hakların Muhatabı (Y)	80
C. DEĞERLENDİRME	83

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA SOSYAL HAKLARIN

DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

I. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU.....	95
A. DAVA EDİLEBİLİRLİK KAVRAMI	100

B. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİNE YÖNELİK TEMEL İTİRAZLAR VE BUNLARIN GEÇERSİZLİĞİ	117
1. Genel Olarak.....	118
2. Özel Olarak.....	121
a) Çok Merkezlilik İtirazı	123
b) Demokratik Meşruluk İtirazı	126
C. SOSYAL HAKLARIN YARGISAL DENETİMİ TİPOLOJİSİ	130
1. Zayıf Denetim Teorisi: Zayıf Mahkemeler, Güçlü Haklar.....	132
2. Yeni Bir Tipoloji: Sonuçlar Yerine Süreçler.....	133
a) Uyumlu Denetim.....	135
b) Etkileşimli Denetim	136
c) Deneyselci Denetim	138
d) Yönetimsel Denetim	139
e) Emredici Denetim	140
3. Mahkemelerin Rol Anlayışı ve Katalizör Mahkeme Teorisi	140
II. SOSYAL HAKLAR EKSENİNDE ANAYASA YARGISININ SINIRLARI:	
ABD GERÇEKTEN BİR İSTİSNA MI?.....	145
A. SOSYAL HAKLARIN “YENİ DÜNYA”DAKİ SERÜVENİ.....	148
B. FEDERAL YÜKSEK MAHKEMENİN SOSYAL HAKLARA YAKLAŞIMI ...	155
C. FEDERE DÜZEYDE SOSYAL HAKLARIN KORUNMASI.....	161
1. Eğitim Hakkı	163
2. Sosyal Yardım Hakkı.....	171
III. KARŞILAŞTIRMALI YARGISAL UYGULAMA: GÜNEY AFRİKA, KOLOMBİYA VE HİNDİSTAN.....	178
A. GÜNEY AFRİKA	185
1. Güney Afrika Anayasacılığı ve Günümüz Anayasal Yapısı.....	186

2. Sosyal Haklar ve Anayasa Mahkemesi.....	193
a) Birinci Dalga: Makullük.....	194
b) İkinci Dalga: Sosyal Hakların Usul Boyutu.....	215
3. Değerlendirme	233
B. KOLOMBİYA	234
1. Kolombiya’da Sosyal Hakların Anayasal Seyri.....	235
2. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı	241
a) Bağlantılı Hak Doktrini	243
b) Asgari Geçim Seviyesi Doktrini.....	244
c) Yapısal Anayasaya Aykırılık Hali	255
3. Değerlendirme	266
C. HİNDİSTAN	271
1. Hindistan’da Sosyal Hakların Anayasal Seyri	272
2. Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Sosyal Haklar	275
a) Konut Hakkı	285
b) Eğitim Hakkı	293
c) Beslenme Hakkı.....	298
3. Değerlendirme	303
IV. SOSYAL HAKLAR İÇİN YENİ BİR PARADİGMA: DİYALOĞA DAYALI AKTİVİZM	305

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN SOSYAL HAKLAR BİLANÇOSU

I. SOSYAL HAKLARIN TÜRKİYE SERÜVENİ.....	321
A. 1961 ÖNCESİ.....	322
B. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ.....	326

1. Anayasal Tanımaya Yol Açan Dinamikler	326
a) Genel Olarak	326
b) Türkiye Özelinde.....	329
2. 1961 Anayasasının Sosyal Nitelikleri	332
3. Sosyal Hakların Normatif Sınırı	338
C. YÜRÜRLÜKTEKİ ANAYASAL DÜZEN	348
1. 1982 Anayasasının Sosyal Nitelikleri	348
2. Sosyal Hakların Kritik Eşiği: 65’inci Madde	355
II. SERÜVENİN TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNDEKİ İZDÜŞÜMLERİ ...	366
A. NORM DENETİMİ	367
1. Birinci Dalga: Tedirgin İzler	372
2. İkinci Dalga: Mahkemenin Sosyal Hak Açılımı.....	383
3. Üçüncü Dalga: Sosyal Hakların Duraklama Dönemi	394
4. İki Kararın Düşündürdükleri	410
a) Emekli İkramesinde Otuz Yıl Sorunu	411
b) Köy Korucularının Sigortalılık Sorunu	417
B. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU	421
1. Bireysel Başvurunun Sosyal Haklar İçin Anlamı	421
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sosyal Hak Anlayışı	423
a) Sağlık Hakkı.....	430
b) Sosyal Güvenlik Hakkı.....	433
c) Konut Hakkı.....	437
3. Değerlendirme	440
III. KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEM İŞİĞİNDA TÜRK ANAYASA	
MAHKEMESİ.....	442
A. GENEL GÖZLEMLER	442

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN İÇTİHAT ANALİZİ	444
C. DEĞERLENDİRME	448
SONUÇ VE ÖNERİLER	452
KAYNAKÇA.....	458
ÖZET.....	495
SUMMARY.....	496



KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
GAAM	: Güney Afrika Anayasa Mahkemesi
HA	: Hindistan Anayasası
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AY	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
Haz.	: Hazırlayan
HYM	: Hindistan Yüksek Mahkemesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAM	: Kolombiya Anayasa Mahkemesi
m.	: Madde
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
v.	: Versus
Yay.	: Yayınları

GİRİŞ

Başlangıç dinamikleri XIX. yüzyılın sanayileşme hareketlerinden türeyen sosyal sorunlara çare bulma düşüncesinde görülen sosyal haklar, İkinci Dünya Savaşı sonrası hızla yeni anayasalar tarafından benimsenmiştir. Daha sonra Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Sözleşmenin uygulanmasını gözeten Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ile birlikte sosyal hakların dünya çapındaki yayılması sürmüştür. Sovyetlerin dağılması sonrasında demokrasiye geçiş süreçlerini tamamlayarak kurulan yeni kapitalist rejimlerin de sosyal hakları anayasalarına eklemesi, sosyal hakların diğer bütün hak taleplerinden ayrılamayacağı ve tüm insanların doğuştan sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklar olduğu fikrini pekiştirmiştir.

Yirminci yüzyılın başında, yalnızca 1917 Meksika Anayasası (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) ve 1919 Weimar Anayasasında (Die Verfassung des Deutschen Reichs) kendine yer bulan sosyal haklar, günümüzde çağdaş anayasaların büyük çoğunluğunda yer almaktadır. Gerçekten de 2004 tarihli bir çalışmada dünyadaki 165 yazılı anayasanın yaklaşık dörtte üçünün (116) eğitim hakkını, yarısına yakınının (73) ise sağlık hakkını düzenlediği belirtilmektedir.¹ 2014 yılında yayınlanan başka bir çalışmada ise, yürürlükteki 195 ülke anayasasından %90'ının en az bir sarıh sosyal hakka yer verdiği; yaklaşık olarak dörtte birinin ise on veya daha fazla sayıda sosyal hak içerdiği ifade edilmektedir.²

¹ Varun Gauri, "Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries", **World Development**, C. 32, No. 3 (2004), s. 465.

² Courtney Jung, Ran Hirschl & Evan Rojevar, "Economic and Social Rights in National Constitutions", **American Journal of Comparative Law**, C. 62, No. 4 (2014), s. 1053.

Bununla birlikte, her ne kadar sosyal haklar kendilerine anayasalarda giderek daha çok yer bulsalar da bunların korunmasıyla alakalı uygulamadaki problemler sürmektedir. Diğer bir ifadeyle, sosyal hakların anayasallaşmasının, bu hakların güvence altına alınması bakımından *gerekli olduğu*, ancak *yeterli olmadığı* anlaşılmaktadır. Bu bağlamda çalışma, uzun bir zaman boyunca hak ettiği ilgiyi görmekten yoksun kalmış, öteden beri adeta “ikinci sınıf” hak muamelesine maruz kalmış ve deyim yerindeyse insan hakları hukuku külliyatının Sindirella’sı olarak görülen³ sosyal haklara ve bunların yargısal korunmasına anayasa hukuku penceresinden karşılaştırmalı bir bakış sunabilmeyi amaçlamaktadır.

Türkiye’de sosyal haklara ilişkin kamu hukuku araştırması sayısı son yıllarda giderek artmaktadır.⁴ Anayasa hukuku alanında ise Bülent Tanör’ün 1970’lerde kaleme aldığı *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*⁵ başlıklı muazzam eseri, kapsamlı ve detaylı bir analitik inceleme olarak öne çıkmaktadır.⁶ Tanör’ün uzun yıllar önce kaleme aldığı eser, teorik bakımdan sundukları ve karşılaştırmalı hukuku ele alışında kullandığı

³ Sandra Fredman, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 2. Gerçekten de dünya üzerinde kişi hakları ve siyasi haklara ilişkin çalışmaların kapsam ve niceliği dikkate alındığında, bu haklara kıyasen sosyal haklar üzerinde nispeten daha az yazıldığı bilinmektedir. Bu ilgi eksikliği ise, hukuki olmaktan ziyade, bu hakların daha geç tarihli olması, Batıda soğuk savaş ikliminin etkisiyle kişi hakları ve siyasi hakların öne çıkarılması ve küreselleşmenin hızlanması ile birlikte neo-liberal politikaların güçlenmesi karşısında, sosyal eşitlik taleplerinin zayıflaması gibi daha çok tarihi, siyasi ve ekonomik sebeplere dayanmaktadır. (International Commission of Jurists (ICJ), **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability**, Human Rights and Rule of Law Series No. 2, Geneva, ICJ, 2008, <http://www.refworld.org/docid/4a7840562.html>, s. 1.)

⁴ Bkz. İzzet Mert Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, İstanbul, Beta, 2015; Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul, Oniki Levha, 2014; Kıvılcım Akkoyunlu et. al. (ed.), **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, Ankara: TODAİE, 2014; İbrahim Kaboğlu (ed.) **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, İstanbul, Legal, 2012; Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul, Oniki Levha, 2009; Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2007. Anayasa yargısında sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda yakın tarihli bir çalışma için ise bkz. Engin Yıldırım, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir *Scylla* ve *Charybdis* İkilemi Mi?”, **Haşım Kılıç’a Armağan**, Cilt II, ed. Ali Rıza Çoban et. al., Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015, ss. 1131-1193.

⁵ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978.

⁶ Kitap ile ilgili güncel bir değerlendirme için bkz. Murat Sevinç, “Bülent Tanör ve Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, No. 3 (2013), ss. 155-163.

incelikli yöntem bakımından hâlâ değerini korumaktadır. Ancak elbette eserin yazıldığı günden bugüne değin pek çok yeni anayasa yapılmış, pek çok yeni anayasa mahkemesi kurulmuş ve sayısını bilemediğimiz kadar yeni içtihat ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı; Tanör'ün açtığı yoldan giderek sosyal hakların anayasa yargısı düzeyinde korunması meselesini güncel gelişmeler ışığında tekrar ele almak ve okuyuculara anayasa hukuku penceresinden güncel bir bakış sunabilmektir. Bir diğer ifadeyle bu çalışmanın temelini, anayasa hukuku açısından sosyal hakların dava yolu ile korunması meselesi ve bu korumanın anayasa yargısı aracılığı ile mümkün olup olamayacağı sorusu ekseninde yapılan karşılaştırmalı gözlemler oluşturmaktadır.

Anayasa hukuku teorisinde anayasa mahkemeleri, yasama ve yürütme dışında karar alma süreçlerinde kaçınılmaz olarak rol alan hukuki aktörler olarak görülmektedir. Diğer bir ifadeyle anayasa mahkemeleri, değişik uygulamalarla kamu politikalarının oluşmasına etkin bir şekilde katılmaktadırlar.⁷ Öte yandan anayasa yargısı temel ahlaki ve siyasi açmazları ve kamu politikası sorunlarını ele alırken mahkemelere ve yargısal araçlara güvenmek⁸ olarak tanımlanan “siyasetin yargısallaşması” (judicialization of politics) olgusu dolayısıyla önlenemez bir yükselişe geçmiştir. En son 1781–2011 yılları arasındaki dönemi ve 204 ülkeyi kapsayan bir araştırmaya göre, anayasaya uygunluğun yargısal denetimi 1951’de dünyadaki ülkelerin %38’inde uygulanıyorken, 2011 yılı itibarıyla bu oran %83’e yükselmiştir.⁹ Dolayısıyla bir zamanlar Tocqueville tarafından Amerikan yargıçlarına özgü istisnai bir uygulama kabul edilen anayasa yargısı, artık neredeyse her demokratik ve otokratik —“seçimsel demokrasiler” (electoral

⁷ Genel olarak bkz. Tom Ginsburg, “Global Spread of Constitutional Review”, **Oxford Handbook of Law and Politics**, ed. Keith Whittington et al., Oxford, Oxford University Press, 2008, ss. 81-98.

⁸ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics”, **Oxford Handbook of Law and Politics**, ed. Keith Whittington et al., Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 119.

⁹ Tom Ginsburg ve Mila Versteeg, “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?”, **Journal of Law, Economics and Organization**, C. 30, No. 3 (2013), s. 587.

democracies) ve “seçimsel otoriter rejimler” (electoral authoritarianism)¹⁰—devlette görülen bir fenomen haline gelmiştir.¹¹ Bu bağlamda çalışmada anayasa yargısı alanındaki bu zengin birikimden hareketle, dünya üzerinde anayasa mahkemelerinin sosyal hakları icra etmek ve korumak yönündeki uygulamaları ve rolü karşılaştırmalı bir perspektifle incelenecektir. Dolayısıyla çalışmanın karşılaştırmalı anayasa hukuku ile insan hakları hukukunun kesişiminde yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Klâsik görüşlere göre sosyal hakların korunması, sahip oldukları nitelikler nedeniyle son kertede siyasi karar verme süreci ile alâkalıdır. Yani sosyal haklar münhasıran karar alıcı mekanizmaların tercihleri doğrultusunda ve bu tercihler ölçüsünde gerçekleşebilir. Ancak, artık siyasi karar alma süreçlerinin yargısallaşmasının sosyal haklar bakımından da etkili olmaya başlamasıyla birlikte, sağlık, eğitim, barınma, sosyal güvenlik gibi, bütün insanlar için evrensel minimum ihtiyaçların dahi karşılanmadığı durumlarda, kişilerin bu ihtiyaçları için ileri sürecekleri hak talepleri mahkemeler önüne gelmeye başlamıştır. Sosyal hakların korunmasında dava yolunun etkili bir yöntem olarak kullanılmamasının, hak ihlaline maruz kalanlar için koruma mekanizmalarının daralması, devletin hesap sorulabilirliğinin ve caydırıcılığının zayıflaması ve hak ihlallerin yaptırımsız kalmasını teşvik etmek gibi olumsuz sonuçları olabilir.¹² Bu gibi olumsuz sonuçlardan kaçınmak için eskiden tamamen yasama ve yürütme organının uhdesinde bulunduğu ve bu organların takdiri ölçüsünde gerçekleştirilebileceğine inanılan sosyal haklar, artık diğer bütün haklar gibi yargısal

¹⁰ Bu her iki melez rejim türü “liberal demokrasilerle kapalı otoriter rejimler arasındaki gri bölgede yer alan ara tipler” olarak nitelendirilmektedir. Seçimsel otoriter rejimler “göstermelik seçimlerin otoriter yöneticilerin bir aracı olarak kullanıldığı” ve “bazı demokratik görüntülere yer verse de özünde otoriter rejim niteliğini sürdüren” yönetim biçimleri olarak tanımlanmaktadır. Seçimsel demokrasiler ise “serbest, dürüst ve yarışmacı seçimlere sahne olmakla beraber demokrasinin diğer unsurları açısından önemli eksiklikleri olan, demokratik niteliklerin daha ağır bastığı, fakat birtakım otoriter özelliklerinde korunduğu” siyasal rejim tipini ifade etmektedir. Bkz. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. vii, 4.

¹¹ Ginsburg & Versteeg, a.g.e., s. 589.

¹² ICJ, a.g.e., s. 3.

makamlar önünde giderek artan oranda “dava edilmeye” başlanmış ve bunların yargısal kararlarla korunması yönünde güçlü bir eğilim ortaya çıkmıştır.

Sosyal hakların anayasa mahkemeleri önünde “dava edilebilir” bir olgu haline gelmesi, bu hakların anayasa hukuku açısından ayrıca ve özellikle incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bunun için önce sosyal hakların anayasa hukuku açısından niteliğini belirlemek gereklidir. Bu amaçla birinci bölümde önce düşünsel ve tarihi gelişim çizgisini hatırlamak suretiyle sosyal hakları doğuran dinamikler açıklanacak; ardından sosyal haklar ekseninde dönüşen anayasacılık ve bunun tezahürü olan yeni anayasa anlayışları ele alınacak, son olarak ise yapısal unsurlarından hareketle sosyal hakların normatif anlamı üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde karşılaştırmalı anayasa hukukunda anayasa mahkemelerinin sosyal hakları korumakta sergiledikleri tutumları analiz edebilmek için, önce dava edilebilirlik kavramının hukuki niteliği üzerinde durulacak; ardından sosyal haklar ekseninde anayasa yargısının sınırlarını doğru tespit edebilmek için bu alanda en istisnai örnek olarak zikredilen ABD’deki yargısal denetim ele alınacaktır. Nihayet bu bölümde öne çıkan üç gelişmekte olan ülkenin anayasa yargısı organlarının -Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Kolombiya Anayasa Mahkemesi- sosyal haklar deneyimi incelenecektir. İncelenecek örneklerin Kolombiya, Hindistan ve Güney Afrika olarak seçilmesi elbette tesadüfi değildir. Öncelikle bu ülkelerdeki sosyoekonomik gelişme henüz tamamlanmamış ve devlet imkânları kısıtlı olduğundan, bu ülkelerde anayasa mahkemeleri yoksul kesim adına kamu politikalarına müdahale etmeye ve sosyal hakların gerçekleşmesine yönelik güçlü bir eğilim göstermektedirler.¹³ Gelişmekte olan ülkelerin sosyal hakları sıkıca benimsemesi, bu ülkelerde “ortada henüz kolayca ve bolca paylaşılabilecek bir ulusal gelir” olmaması

¹³ Ran Hirschl, **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford & New York, Oxford University Press, 2014, s. 221.

dolayısıyla¹⁴ Bu bağlamda “az gelişmiş ülke sosyal devletinin, gelişmiş ülkeler arasında biçimlenmiş modellerden kalkılarak değerlendirilmesinin isabetsiz olacağı”¹⁵ kabul edilirse, bu ülkelerde anayasal sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik yargı denetimi deneyiminin de böyle ele alınması gerektiği söylenebilir. Nitekim az gelişmiş ülkelerdeki sosyal haklara yönelik karşılaştırmalı anayasa hukuku yazınının çoğunluğu, bu ülkelerdeki mahkeme kararlarına dayanmakta ve benzer ülkelerde içtihatların nasıl olması gerektiğine ilişkin gösterge olarak kullanılmaktadır.¹⁶ Bu bakımdan Güney Afrika, Hindistan ve Kolombiya örneklerini analiz etmek, pek çok benzer niteliği paylaşan Türkiye’yi değerlendirmek bakımından da anlamlı veriler sunabilir.

Üçüncü ve son bölümde ise Türk anayasa yargısında sosyal hakların korunması, ikinci bölümde incelenen yargısal uygulama ışığında incelemeye çalışılacaktır. Bu bölümün amacı, Türkiye’de sosyal hakların *anayasa hukuku açısından yargısal anatomisini* çıkarabilmektir. Bu amaçla sosyal hakların Türkiye’deki anayasal serüvenine değinildikten sonra, Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bilançosu çıkarılmaya çalışılacaktır. Bunun için Anayasa Mahkemesinin sosyal haklarla ilgili hem norm denetimi hem de 2012 yılından beri uyguladığı bireysel başvuru içtihadı ele alınacaktır. Çalışmanın sonunda Anayasa Mahkemesinin hem norm denetimi hem de bireysel başvuru kararlarındaki sosyal haklara karşı tutumu, çalışmanın ikinci bölümünde incelenen karşılaştırmalı yargısal uygulamanın ışığında değerlendirilerek, Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bakımından gerçekten “koruyucu” bir rol üstlenip üstlenmediği irdelenecek ve birtakım önerilerde bulunulacaktır.

¹⁴ Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**, 2. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2013, s. 36.

¹⁵ Kara, a.g.e., s. 237.

¹⁶ Hirschl, **Comparative Matters...**, a.g.e, s. 185.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ

Anayasa hukukunun kapsam ve yöntemindeki tedrici gelişme, anayasa hukukçularını sosyal haklar üzerinde daha fazla düşünmeye sevk etmektedir. Zira anayasa hukuku, uzun süre önce devlet karşısında bireyin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir hukuk disiplini olmanın ötesine geçmiştir. Profesör Tunaya'nın belirttiği gibi; “sosyal haklar kişiyi devletin karşısında olmak durumundan çıkarmıştır.”¹⁷ Dolayısıyla anayasa hukuku, bireyin *karşısındaki* devleti değil, varlığını bireye borçlu olan ve birey *için* varlığını sürdüren devleti konu edinir. Bu bakımdan sosyal hakların yargısal korunması, birey-devlet ilişkisinde İkinci Dünya Savaşı sonrası olgunlaşmaya başlayan yeni paradigmanın bir yansıması olarak düşünülebilir. Artık anayasa hukuku, bütün kurum ve kurallarıyla sosyal gerçeği tüm olarak ve her yönüyle incelemek zorundadır.¹⁸

Anayasa hukuku açısından sosyal haklar, devlete, kişilerin temel maddi ihtiyaçlarını sağlaması yönünde hukuken bağlayıcı yükümlülükler veren ve anayasal koruma altında bulunan haklardır.¹⁹ Konut, sağlık, eğitim ve sosyal güvenlik gibi temel ihtiyaçların herkes için ve fakat özellikle de toplumun yoksul ve dezavantajlı kesimleri lehine karşılanmasına özgülünen sosyal hakların amacı, insan onuru ilkesi

¹⁷ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 31.

¹⁸ Tunaya, a.g.e., s. 32.

¹⁹ Paul O'Connell ve George Katrougalos, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders, London & New York, Routledge, 2013, s. 375. Kuşkusuz bu tanım, sosyal hakların kimilerinin ihtiva ettiği “manevi” boyutu dışlamamaktadır. Yani bazı sosyal haklar, kişinin kendini geliştirmesiyle ilgili manevi ihtiyaçlara daha çok yaklaşıyor olabilir. Ancak bu çalışmadaki sosyal hak anlayışı, hakları “ihtiyaçlar”dan hareketle tanımlarken, manevi ihtiyaçların da öncelikle maddi ihtiyaçların giderilmesi halinde sağlanabileceği varsayımına dayanmaktadır. Yani maddi ve manevi ihtiyaçlar bir noktada kaynaşmış olabilir; ya da her ikisi arasında belirgin bir ayrım her zaman ölçülemeyebilir. Dolayısıyla bu tanımdaki “maddi ihtiyaçlar” terimine, sosyal hakların “manevi” boyutu da içkindir.

doğrultusunda temel insani ihtiyaçların korunmasının sağlanmasıdır.²⁰ Dolayısıyla sosyal hakların öznesi kural olarak herkeştir. Ancak, bu haklar, en çok da “dezavantajlı toplum kesimleri” üzerinde etki yaratır. Öte yandan “anayasal sosyal haklar”, olağan yasalar yoluyla sağlanan refah politikalarından da belirgin şekilde ayrılmaktadır. Zira yasa düzeyinde tanınan sosyal haklar, doğası gereği yasama organının takdir yetkisindedir. Oysa anayasal sosyal hakların gerçekleştirilmesi, yasama ve yürütme organlarının takdir yetkisinin ötesindedir. Diğer bir deyişle sosyal haklar anayasal tanımaya kavuştukça, değişen politikalardan etkilenmeyecek “temel” bir nitelik ve “güçlü” bir koruma kazanırlar.²¹

Bu ön tespitler sosyal hakların anayasa hukuku açısından niteliğini daha detaylı olarak belirlemeyi gerektirir. Bunun için bu bölüm önce anayasal sosyal hakların düşünsel ve tarihsel varoluş dinamiklerini hatırlayacak, ardından bu dinamiklerin anayasacılık düşüncesini nasıl değiştirdiğini ve klasik anayasacılığın sosyal hakları gerekçelendirebilmek için neden yetersiz kaldığını açıklamaya çalışacak ve son olarak anayasal sosyal hakların maddi içeriğini tespit etmeye çalışacaktır. Böylelikle anayasa yargısında sosyal hakların korunmasına giden yol için berrak bir görüş mesafesi sağlanabilecektir.

I. SOSYAL HAKLARIN VAROLUŞ DİNAMİKLERİ

A. SOSYAL HAKLARIN DÜŞÜNSEL (FELSEFİ) TEMELLERİ

Bu çalışmada ele alınan konunun içeriğindeki “sosyal” nitelik, meseleyi anayasa hukuku boyutuyla inceleyebilmek için, diğer disiplinlere de gerektiği ölçüde değinmeyi

²⁰ O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 376.

²¹ O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 375. Yeri gelmişken bu çalışmada tercih edilecek terminolojiyi belirtmek gerekir. Her ne kadar uluslararası hukuk metinlerinde, anayasalarda ve literatürde “ekonomik ve sosyal haklar”, “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar”, “sosyoekonomik haklar” veya “refah hakları” gibi farklı terimler kullanılıyorsa da, bu çalışmanın konusunu oluşturan hakları Kıta Avrupası geleneğindeki en temel ekonomik hak ve liberalizmin prototip kişi hakkı olan “mülkiyet” hakkından ayırmak için, münhasıran “sosyal haklar” terimi kullanılacaktır. (Aynı yönde bkz. O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 375 ve Tanör, a.g.e., s. 95, 98.)

zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda bir hukuki olgu olarak sosyal hakların varoluş dinamiklerini belirleyebilmek için, önce bu hakların *düşünsel* temellerine değinmek, yani sosyal haklar düşüncesine içkin olan bazı olgu ve kavramlara *felsefi* açıdan bakmak gereklidir.

Bu çalışma sosyal hakların anayasalarda güvence altına alınmasının önemli ve bunların anayasa yargısı organları tarafından korunmasının da gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda bu başlık altında sosyal hakların önemli, olduğuna yönelik “düşünsel” plandaki kavramsal tartışmalar irdelenecektir. Bir diğer ifadeyle burada amaç, “sosyal hakların kriz dönemlerinde kolayca gözden çıkarılan ve gerektiğinde de yaraları sarmak için yeniden devreye alınan yedek hak kategorisi” olmadığını izah edebilmektir.²² Sosyal hakları gerekçelendirmek, sağlık, sosyal güvenlik ve barınma gibi hakların, neden adil yargılanma veya işkence yasağı gibi klasik haklar ile birlikte “temel haklar” listemizde yer alması gerektiğini izah etmekle mümkün olabilir; bu ise sosyal hakları açıklayan ahlaki ve siyasi bir tartışmayı gerektirir.²³ Bu doğrultuda sosyal hakların düşünsel temellerini sunmaya çalışan ilk bu başlık altında, sosyal hakların gerçekten birer “hak” olarak kabul edilmesi ve korunması gerektiğini izah edebilmek için sosyal haklar kavramı ile ne ifade edilmek istendiği açıklanmaya çalışılacaktır.

Bir kavram olarak “sosyal haklar”, aslında birden fazla olguya işaret etmektedir. Bu bağlamda ilk olarak sosyal haklar kavramının “ahlaki” ve “hukuki” anlamına işaret edilmektedir. Buna göre ahlaki bağlamda “sosyal insan hakları”, “sosyal vatandaşlık hakları”; hukuki bağlamda ise “uluslararası sosyal haklar”, “yasalar ile tanınan sosyal haklar” ve “anayasal sosyal haklar” olguları karşımıza çıkmaktadır.²⁴ Bu bağlamda bir hukuki olgu olarak “anayasal sosyal hakları” açıklayabilmek için, ahlaki bir olgu olarak

²² Dericiler, a.g.e., s. 8.

²³ Jeff King, **Judging Social Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 17.

²⁴ King, a.g.e., s. 18-19.

“sosyal insan hakları” anlayışından hareket edilebilir. Zira Joseph Raz’ın işaret ettiği gibi anayasal haklar, hem “ahlaki” (*moral*) hem de “kurumsal” (*institutional*) argümanlarla savunulabilir.²⁵ Buna göre “sosyal insan hakları”, ahlak siyasetinin gereği olarak faydalandığımız ve varlıkları hiçbir hukuki tanımaya bağlı olamayan asgari nitelikteki *insan haklarıdır*. Sosyal hakların neden *insan hakları*nın bir parçası olarak kabul edildiğine ilişkin normatif sebepleri araştırmak ise felsefi bir kavrayışı gerektirir.²⁶

Sosyal hakların felsefi olarak varlık sebebini bütünüyle tartışmak, bir anayasa hukuku araştırmasının kapsamını aşar. Ancak en azından ahlak ve siyaset felsefesinden bir düşünürün gözüyle sosyal hakları anlamaya çalışmak, meseleyi hukuken daha sağlam irdelemeyi mümkün kılabilir. Bu bakımdan sosyal hakların felsefi temellerine değinmek için, sosyal haklar üzerine çalışan Cecile Fabre’yi takip etmek uygun olacaktır. Fabre’nin sosyal hakların varlık sebebini açıklamak için geliştirdiği çözümlemesi şöyledir:²⁷

- 1- Her birey özerklik (*autonomy*) ve refah (*well-being*) temellerine dayanan düzgün (*decent*) bir yaşama sahip olmada eşit temel bir menfaate sahiptir.
- 2- Bireyler bu menfaat ve onun iki unsuruna (özerklik ve refah) saygı duyulmasını gerektiren “haklara” sahiptir.
- 3- Bu hakların bireylere verilmesi, düzgün bir hayat süren kişiler olmanın “ahlaki” değeri ile izah edilir.
- 4- Eğer bireylerin bazı ihtiyaçları karşılanmazsa, böyle bir kişi olamazlar.
- 5- Bu yüzden, bireyler bu ihtiyaçlarının karşılanması için eşit haklara sahiptir.

²⁵ Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Oxford, Clarendon Press, 1989, s. 257.

²⁶ King, a.g.e., s. 18, 20.

²⁷ Cecile Fabre, **Social Rights Under the Constitution**, Oxford, Oxford University Press, 2000, s. 8.

Bu felsefi çözümleme sosyal hakları özerklik ve refah odaklı “ahlaki” bir değere dayandırmaktadır. Yani sosyal hakların felsefi bakımdan varlık sebebi, bireyin özerklik ve refahından kaynaklanan ahlaki değeridir. Böyle bir hipotez kendi içinde tutarlı ve değerlidir; ancak bunun bütünüyle incelenmesi anayasa hukukunun araştırma alanını aşar. Dolayısıyla sosyal hakların felsefi temelleri açısından bu çalışmayı ilgilendiren, bireylerin “haklara” sahip olduğu gerçeğidir. Öyleyse sosyal hakların anayasa hukuku açısından niteliğini açıklayabilmek için, somut olarak bunların ne zaman, neden ve nasıl *hak* niteliğine büründüğünü açıklamak gerekir. Bunun için ise sosyal hakların ortaya çıkmasına neden olan “tarihsel gerçekler” üzerine odaklanmak gerekir. Elbette sosyal hakları ahlak düşüncesinin bir ürünü olarak görmek ve varlık sebebinin ahlak felsefesi bakımından tartışmak mümkündür. Ancak gerçek şu ki, anayasa hukukunun bir konusu olarak sosyal haklar, ahlak felsefesinin ortaya koyduğu tartışmaların değil, belirli bir tarihsel dönemde gerçekleşen birtakım ekonomik, sosyal ve siyasi olayların sonucudur. Sonraki başlık bu gerçek üzerinde duracaktır.

B. SOSYAL HAKLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Sosyal Hakların Ortaya Çıkmasına Yol Açan Koşullar

Sosyal haklar tarihsel olarak ilk defa kapitalist sistemin doğduğu Batı Avrupa rejimlerinde on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkmıştır. Nasıl ki sanayi devriminin ortaya çıkardığı işçi sınıfının burjuvazi ile giriştiği mücadelenin bir ürünü olarak kabul edilen “sosyal devlet” modern devletin tezahürlerinden biri kabul ediliyorsa²⁸, sosyal devletin temel özelliklerinden biri olan “sosyal haklar” da dağıtıcı sosyal politika yoluyla sosyal barışı sürdürmek için kapitalizmin mağdurlarını, yani serbest pazar toplumunu

²⁸ Dericiler, a.g.e., s. 16-17.

desteklemek fikrine dayanmaktadır. Yani sosyal hakların tarihi modern toplumun başlangıcına dayanır.²⁹

Modernite öncesi toplumlar, sorgulanmayan metafizik/dini bir düzene dayanmaktayken; modern toplumun belirgin özelliği bireyin kendi eylemlerinden önce ve bağımsız bir şekilde var olan bir çerçeveye göre hareket etmemesidir. Dolayısıyla, yoksulluğun sanayi toplumlarının sosyal problemi niteliğini almasıyla birlikte, bu yeni toplumun risklerine karşı yeterli korunma ve düzgün hayat koşulları için mücadelenin aracı olarak sosyal güvenlik ihtiyacı kendini göstermiştir. Bununla birlikte, sosyal güvenlik ihtiyacı aynı zamanda, bireylere kendini gerçekleştirmek için gerekli olan imkânları sunan siyasal toplumun yaratılmasının da temelinde yer alır. Dolayısıyla modern toplum kurduğu seküler ortam, bütün geleneksel ve dini mülahazalardan sıyrılarak, neden başkalarının özel ıstıraplarının kamusal bir mesele olduğu fikrini gündeme getirmiştir.³⁰

Batı’da hızla sanayileşmenin ve bunun yarattığı işçi sınıfının taleplerinden yeşeren sosyal haklar, esasen XIX. yüzyılın Avrupa burjuvazisinin şu büyük sorununa bir çare olarak tanınmıştır: Serbest pazar ekonomisi ve temsili demokratik rejim, sosyalist bir devrim olmaksızın nasıl sosyal haklarla uyumlu hale gelebilir? Kıta Avrupa’sında bu soruna cevap bulmaya çalışan karşıt iki paradigmanın bir tarafında 1848 Devrimi ile Fransa’da özellikle çalışma ve eğitim hakkı bakımından ortaya çıkan hak talepleri yer alırken; diğer tarafında ise, Almanya’da sorunu bir yandan sendikaları yasaklayıp, diğer yandan ise sosyal sigortanın yasa yoluyla tanınması ile çözmeye çalışan Bismarck rejimi yer almaktaydı.³¹

²⁹ Günter Frankenberg, “Why Care? The Trouble with Social Rights”, **Cardozo Law Review**, C. 17 (1996), s. 1365.

³⁰ Frankenberg, a.g.e., s. 1366-1369.

³¹ O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 376-377.

Fransa’da sosyal hakların pozitif hukuka girmesi ilk olarak anayasal düzeyde gerçekleşmiştir. Birinci Dünya Savaşına kadar olan dönemde anayasal düzeyde sosyal hakların tanındığı ilk örneğin çok kısa bir ömrü olan 1793 Anayasası olduğu bilinmektedir. Ancak “işçi sınıfının siyasi bir etkinliğe sahip olmadığı bir dönemde yapılan bu anayasa” oldukça ilkel bir sosyal haklar kavrayışına sahipti. Bu bakımdan Fransa’da sosyal haklar esasen ilk defa 1848 Anayasası ile gerçek bir hukuki tanımayaya nail olmuştur. Bu Anayasanın özelliği “artık işçi sınıfının tarih sahnesinde yeni bir güç olarak belirmiş olduğu bir dönemde” yapılmış olmasıdır. Bu nedenle 1848 Anayasasının “sosyal eğilimini işçi sınıfının mücadelesine ve baskısına borçlu olan ilk anayasa” olduğu kabul edilmektedir.³²

Almanya’da ise Bismarck’ın 1880’lerde işçileri devlete sadık hale getirmek ve tamamen devlet kontrolünde bir çalışma hayatı kurmak amacıyla yürürlüğe koyduğu zorunlu sosyal güvenlik rejimi, modern refah devletinin ve sosyal hakların pozitif hukuka girişinin öncüllerindendir.³³ Gerçekten de Bismarck rejiminin hastalık (1883), kaza (1884) ve yaşlılık (1889) sigortalarını düzenlediği yasalar nedeniyle Almanya’nın sosyal devletin filizlendiği ilk devlet olduğu ve bu sosyal yasaların hızlı sanayileşme ve kentleşme ile beraber işçi sınıfının Alman devletine bağlılığını sağlamak için geliştirilen bir siyasi stratejinin sonucu olduğu kabul edilmektedir.³⁴ Dolayısıyla Bismarck döneminde çıkarılan bu ilk “sosyal yasaların siyasi ve sosyal gerekçesi, sınıf çelişkilerinin devrimci bir patlamaya yol açmasını önleme düşüncesi idi.”³⁵

Batı’da sosyal hakların yasalar yolu ile hukuk düzeni tarafından tanınmasında rol alan temel itici güçlerin bir yandan “genel olarak emekçi sınıfların, özel olarak da işçi

³² Tanör, a.g.e., s. 159.

³³ Stein Ringen, **Demokrasi Neye Yarar? Özgürlük ve Ahlaki Yönetim Üzerine**, Çev. Nurettin Elhüseyni, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009, s. 97.

³⁴ Chris Pierson & Matthieu Leimgruber, “Intellectual Roots”, **The Oxford Handbook of the Welfare State**, ed. Francis C. Castles et. al., Oxford & New York, OUP, 2010, s. 35.

³⁵ Tanör, a.g.e., s. 120.

sınıfının siyasi baskısı” bir yandan ise “kapitalizmin ihtiyaçları”, yani “burjuvazinin ekonomik, siyasi ve ideolojik yararları” olduğu ifade edilmektedir.³⁶ Bu süreçte Almanya’nın öne çıkması o dönem özellikle Bavyera ve Prusya’da, aydınlanmacı refah fikirleri ve doğal haklar teorilerinin etkisiyle, devletin toplumsal mutluluğun bir sağlayıcısı olarak kabul edilmesi ile açıklanabilir. 1794 tarihli Prusya Anayasasının (Allgemeine Preußischen Landrecht) devlete yoksulluğun azaltılması ve geçinmek için yeterli imkânlara sahip olmayanlara iş sağlama yükümlülüğü vermesini ve bugünkü Alman refah devletinin temellerini oluşturan Bismarck’ın sosyal güvenlik düzenlemelerini bu bağlamda okumak gerekir.³⁷

2. Sosyal Hakların Ortaya Çıkmasını Açıklayan Teoriler

Klasik liberal düşüncede insan hakları, kişiye devlet tarafından verilemeyen, insanların doğuştan sahip olduğu bir kavram olarak görülüyordu. Oysa devlete karşı talep edilen sosyal hakların temel amacı, toplumsal riskleri ve serbest piyasanın işleyişinden kaynaklanan aşırı eşitsizlikleri gidermek olduğundan, bu hakların toplumdan önce var olması mümkün değildir. Bu bağlamda “sosyal hakların ortaya çıkışını hazırlayan koşullar, hak kavramının belirmesinden itibaren verilen mücadelelerle örülü sürecin, ama asıl olarak 19’uncu yüzyılda başlayan mücadelenin ürünüdür.”³⁸ Bir diğer ifadeyle sosyal haklar Batı’da 19’uncu yüzyıldan itibaren ortaya çıkmaya başlayan “yeni haklar”dır ve bunlar ilk önce gelişmiş kapitalist ülkelerde, daha sonra ise az gelişmiş ülkelerde görülmektedir. Dolayısıyla sosyal hakların beşiği Batı Avrupa ülkeleridir ve sosyal haklar “klasik ve liberal hukuk sisteminin oynadığı tarihi role karşı doğan sosyal tepkinin bir ürünü” olarak ortaya çıkmıştır.³⁹ Tarihsel süreç

³⁶ Tanör, a.g.e., s. 137.

³⁷ Frankenberg, a.g.e., s. 1372-1374.

³⁸ Dericiler, a.g.e., s. 12.

³⁹ Tanör, a.g.e., s. 61.

içerisinde sosyal hakların şekillenmesi için, “Sanayi Devriminin yaşanması, sanayileşmenin getirdiği çeşitli sorunların –kentleşme, nüfus artışları, gayri-insani çalışma koşulları, yoksulluk çevre kirliliği gibi- ortaya çıkması ve yasa karşısında eşit ve doğuştan özgür bireylerin bu toplumsal ve yapısal sorunlar karşısında adeta çaresizliği duyumsaması gerekmiştir.” Bir diğer ifadeyle 19. yüzyılda yaşanan gelişmeler hakların sosyal boyutuna olan ihtiyacı belirgin hale getirmiş ve bu da hukuki zeminde sosyal haklar ile sonuç vermiştir.⁴⁰

Sosyal haklara giden yolun temelinde “egemen olan burjuva özgürlük anlayış ve pratiğiyle, geniş halk kitlelerinin sefaleti arasındaki çelişkiden doğan gerçek bir hukuk bunalımı” yatmaktadır. Zira sanayi devriminin yarattığı kapitalist toplumda burjuvazi ile işçi sınıfı arasındaki belirgin bir çelişki ortaya çıkmıştı ve işçi sınıfının sosyal eşitlik taleplerinden yoğun bir sosyal tepki doğmuştu.⁴¹ Bu bağlamda yasalar ile tanınan ilk sosyal haklar, “kapitalist düzen içerisinde liberal gelenekten radikal bir kopuşu” simgeliyordu.⁴² Bir diğer ifadeyle sosyal haklar, “doğrudan doğruya emekçi sınıfların mücadelesinin bir ürünü olarak” ortaya çıkmıştır; nitekim en önemli yasal ve anayasal düzenlemeler hep “işçi sınıfının mücadelesinin en çok yüksekliği yer ve zamanlarda” meydana gelmiştir. Bu mücadelenin odak noktası ise “sosyal eşitsizliklerin giderilmesi”dir.⁴³ Bu bakımdan sosyal haklar, serbest piyasanın önceliğini ortadan kaldırmadan, büyük eşitsizlikleri gidermek için ekonomik sahaya yapılan siyasi müdahalelerin hukuki temelini oluşturur. Dolayısıyla sosyal haklar, kapitalist sistemden bir sapma değil, bizatihi “kapitalizmin içinde bir aşama” olarak nitelendirilmektedir.⁴⁴

⁴⁰ Dericiler, a.g.e., s. 26, 29.

⁴¹ Tanör, a.g.e., s. 62-65.

⁴² O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 377.

⁴³ Tanör, a.g.e., s. 70-71.

⁴⁴ O’Connell ve Katrougalos, a.g.e., s. 377-378.

Öte yandan Esping-Andersen kurguladığı refah devleti tipolojisinde sosyal hakları “metalaşmaktan çıkarma” (de-commodification) kapasitesine göre ele almaktadır. Buna göre sosyal hakların önde gelen özelliği, bireylerin kendi yaşam standartlarını piyasa güçlerinden bağımsız olarak belirlemesini sağlamasıdır; böylelikle sosyal haklar yurttaşların hukuki statüsünün metalaşmasını engeller.⁴⁵ Esping-Andersen’e göre sosyal haklara aynen mülkiyet hakkı gibi “dokunulmaz” bir hukuki statü verilmesi, kişilerin serbest pazar içindeki statüsünün “metalaşmaktan çıkarılmasına” (de-commodification) yol açmıştır. Çünkü kapitalizm öncesi toplumlarda işçilerin hayatları iş güçlerinin satışına bağlıydı ve tam anlamıyla emtia niteliğinde değildi. Serbest piyasanın küreselleşmesi ve üstünlüğünü kabul ettirmesi ile birlikte ise bireylerin refahı tamamen nakit paraya bağlı hale geldi ve dolayısıyla insanlar “metalaştı” (commodified). Bu bakımdan sosyal hakların tanınması, bu metalaşmanın gevşetilmesinin ve böylelikle kişilerin serbest piyasaya dayanmak zorunda olmadan insana yaraşır şekilde geçinebilmesinin önünü açmıştır.⁴⁶

Nihayet sosyal hakların ortaya çıkması ve yayılmasında Sosyalist/Marksist düşüncenin payını da yadsımamak lazım. Kuşkusuz Marksizm’in amacı devrim yolu ile sınıfsız bir toplum kurulmasıdır; dolayısıyla Marksist düşünce için hedef sosyal hakların gerçekleştirilmesi değil, siyasi ve sosyal bir devrimdir. Bunun için ise yürürlükteki hukuk düzenini kaldırıp, yerine yenisini kurmayı amaçlar. Bu bakımdan Marksizm’in, kapitalist Batı’da yeşeren sosyal hakların ortaya çıkış sürecindeki yerini iyi tespit etmek gereklidir.

Sosyal hakların İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünya genelinde yayılmaya başlamasından epey önce, daha 1936 Sovyet Anayasası’nda kapsamlı bir sosyal haklar listesi görülmekteydi. 1936 Sovyet Anayasasının beşinci bölümünde (m.118-133)

⁴⁵Gosta Esping-Andersen, **The Three Worlds of Welfare Capitalism**, Princeton, Princeton University Press, 1990, s. 3.

⁴⁶ *Ibid.*, s. 21- 22.

vatandaşların temel hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Çalışma ve dinleme, sosyal güvenlik, sağlık, eğitim hakları bu bölümün en başında koruma altına alınmıştır.⁴⁷ Ancak sosyalist anayasalara hâkim olan anlayış, kapitalist sistem içinde yeşeren sosyal hak fikrinden farklıdır. Zira sosyal haklar bakımından “kapitalist düzende, çalışanların ve iktisaden zayıf durumda olanların haklarının korunması” söz konusu iken, Marksist rejimlerde “işçilerin hakları söz konusudur” ve bu haklar genellikle, “kişilere tanınmış gerçek anlamda sosyal haklar olmaktan çok, Marksist devletin ödevleri, fonksiyonları ve imtiyazları” niteliğindedir.⁴⁸

Bununla birlikte sosyal hakların gelişim çizgisinde “Marksist” düşünce önemli bir etki yaratmıştır. Bir kere Marksist eleştiri düşünsel planda “burjuva özgürlük anlayışının sosyal bir eğilim ya da görüntü kazanmasında önemli bir rol oynamıştır”. Ayrıca Marksist hareket sosyal talepler uğruna verilen tüm mücadeleleri fiilen desteklemiştir. Öte yandan Batı’nın gözünde ise sosyal hakların tanınmasında “sosyal adaleti sağlamak suretiyle komünizmi önlemek” düşüncesinin payının büyük olduğu da belirtilmelidir.⁴⁹ Marksist/Sosyalist rejimler 1917 Sovyet devriminden sonra Batı’da sosyal hakların pozitif hukukta pekişmesini sağlamıştır. Dolayısıyla sosyal haklar tarihte ilk kez kapitalist Batı’da ortaya çıkmış, ancak sosyalist düşünce, bu hakların pekişmesine büyük katkı sağlamıştır.

⁴⁷ **Article 118-** Citizens of the USSR have the right to work, that is the right to receive guaranteed work with payment for their work; **Article 119-** Citizens of the USSR have the right to rest; **Article 120-** Citizens of the USSR have the right to material security in old age as well as in the event of sickness and loss of capacity to work. This right is ensured by the wide development of social insurance of workers and employees at the expense of the state, free medical aid; **Article 121-** Citizens of the USSR have the right to education. This right is ensured by universal compulsory elementary education, free of charge, including higher education.) Samuale N. Harper, “Documents on the Government of the Soviet Union”, **Source Book on European Governments: Switzerland, France, Italy, Germany, the Soviet Union**, ed. William E. Rappard et al., New York, D. Van Nostrand Company, 1937, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/soboogo0001&id=625>).

⁴⁸ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1994, s. 56.

⁴⁹ Tanör, a.g.e., s. 67-68.

II. SOSYAL HAKLAR EKSENİNDE ANAYASACILIĞIN DÖNÜŞÜMÜ

Anayasacılık sosyal haklar fikrinden oldukça eskidir. Sosyal haklar henüz tarih sahnesinde yerini almamışken, anayasacılık “iktidarı sınırlandırma” yolunda dünyanın birçok yerinde emin adımlarla ilerlemekteydi. Bununla birlikte sosyal hakların ortaya çıkması ile birlikte anayasacılık kaçınılmaz bir değişim ve dönüşüme uğramış; günümüzde oldukça farklı bir anlam kazanmıştır. Bunun böyle olması da bir bakıma doğaldır. Çünkü değişen sosyal ve ekonomik koşullara anayasal düzeyde hukuken cevap verebilmek için “klasik anayasacılığın” dinamiklerinin yeterli olmadığı anlaşılmıştır.

On dokuzuncu yüzyılın sonlarında anayasal devletin nihai amacının “iktidarı sınırlandırmak” olarak algılandığı malumdur. Nitekim bu yüzyılda yoğunlaşan anayasacılık, “devletin yönetim düzenini, vatandaşların haklarını ve özgürlüklerini yazılı belgelere dayandırmak amacını güden çabalar” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰ Bununla birlikte yirmi birinci yüzyılın başında anayasacılığın özellikle dezavantajlı kişiler lehine bir değişim geçirdiği de açıktır. Bu yeni anayasacılık “sosyal haklar anayasacılığı” olarak nitelendirilmektedir ve bu anayasacılık, prosedürler yerine sağlık, eğitim, barınma gibi bir dizi yeni haklarla doludur. Bu bakımdan sosyal haklar anayasacılığı, klasik anayasacılığın odaklandığı “kişinin menfaatlerinin engellenmemesi” düşüncesinin çok ötesine geçerek, özellikle yoksul kişiler için “birtakım maddi imkânları” anayasal düzeyde benimsemektedir.⁵¹

Öte yandan başını sokacak bir konutu olmayan, parası olmadığı için ilaç alamayan ya da okula gidemeyen bireylerin, *adalet* ilkesinden nasibini aldıklarını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bireylere en temel ihtiyaçları için bir isteme yetisi tanıyan

⁵⁰ Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 240, 1968, s. 1.

⁵¹ Daniel M. Brinks & Varun Gauri, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights”, **Perspectives on Politics**, C.12, No. 2 (2014), s. 375-76.

sosyal hakların özünde, *adalet* düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda *adalet* fikrinin anayasacılık ile olan ilişkisini irdelemeden, anayasal sosyal haklar anlaşılamaz. Zira anayasalar, bir siyasi iradenin ürünüdürler. Öyleyse anayasalar, siyasi fikirlerin ifadesi olarak farklı içeriklere sahip olabilirler. Yani adalet üzerindeki yarışan fikirler, farklı mekân ve zamanlar da farklı anayasaların doğmasına neden olabilir.⁵² Öyleyse anayasaların adalet ilkesiyle ilişkisi sorgulanarak, anayasal sosyal hakların niteliği izah edilebilir. Anayasacılık ile adalet arasındaki ilişki, bir bakıma anayasanın içeriğinin ne olması gerektiği sorunuyla ilgilidir. Bir anayasanın içeriği ise o anayasanın neden normatif bir zorlama gücüne sahip olduğunu açıklar.

Bu doğrultuda sosyal haklar ekseninde anayasacılık doktrininin yaşadığı dönüşümünü açıklayabilmek için öncelikle anayasacılığın sosyal haklar ile birlikte dönüşüme uğramasından önceki durumuna -klasik anayasacılık- değinilecek ve bunun açık örneklerinden biri olan Rawls'ın *prosedürel anayasaya* yaklaşımı ele alınacaktır. Daha sonra ise yukarıda değinilen tarihsel dinamikler sonucu filizlenen “sosyal haklar anayasacılığı” doktrini ele alınarak, bu yeni anayasacılık anlayışı ile anayasa kavramını klasik anayasacılıktan farklı bir şekilde okuyan “sosyal anayasa” bakışı irdelenecektir. Son olarak ise insanlığın en büyük sorunlarından biri olan “yoksulluk” ile anayasacılık arasındaki ilişki incelenecektir. Elbette “yoksulluk” anayasa hukukun inceleme alanını aşan çok büyük bir vakadır. Bununla birlikte insan hakları perspektifinden yoksulluk, sosyal hakların da evleviyetle bir konusudur. Anayasacılık ile yoksulluk arasındaki etkileşim üzerinde durularak, anayasal sosyal hakların herkes gibi yoksul kişiler için de bir lütuf değil, dönüşen anayasacılık anlayışının bir gereği olduğu savunulmaya çalışılacaktır.

⁵² Dieter Grimm, “Types of Constitutions”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 115-116. (Bu eser bundan sonra “**Oxford Handbook-2012**” olarak zikredilecektir.)

A. KLASİK ANAYASACILIK

1. Genel Olarak

Anayasacılığın ortaya çıkışındaki anlamı “devlet iktidarını çeşitli fren ve denge mekanizmaları ile sınırlandırmaktır.” Böyle olunca da “anayasa kavramının anlamı bakımından önemli olan şey, anayasanın amacıdır.” Klasik anayasacılıkta sadece “devlet iktidarının sınırlandırılmasına hizmet eden” anayasalar gerçek bir anayasa olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda geleneksel olarak anayasacılığın amacı, insan hayatının özerk ve dokunulmaz alanlarının korunmasından ibaret görülmektedir. Bir diğer ifadeyle klasik liberal anayasacılık, “devlet müdahalesini asgari ölçüde tutmak” ve “bireyin özerk alanını da mümkün olduğunca geniş ve dokunulmaz kılmak” amacıdadır.⁵³

Klasik anayasacılığın ilgilendiği temel sorun münhasıran “iktidarın sınırlandırılması”dır. Bu bağlamda klasik anayasacılık doktrini, on sekizinci yüzyılda Amerikan ve Fransız Devrimleri sonrasında başlayan sürecin bir neticesi olarak “baskıya karşı bir cevap” niteliğindedir ve bu nedenle de temel hedefi “iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek” olmuştur. Bir başka deyişle klasik anayasacılığın temel kaygısı, “siyasal iktidarın kuruluş ve işleyiş şemasının, keyfi ve kötü iktidar kullanımının alt seviyeye çekecek şekilde kurgulanmasıdır.”⁵⁴ Bu bağlamda klasik anayasacılık doktrini, somut olarak “prosedürel adalet” fikrini benimseyen “prosedürel anayasa” anlayışında vücut bulmuştur. Bu anlayışın en belirgin izlerine ise Rawls’da rastlanmaktadır.

⁵³ Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 5-6.

⁵⁴ Ozan Ergül, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 72.

2. Prosedürel Anayasa Anlayışı

John Rawls'ın adalet teorisi, “adaleti farklı unsurları içeren bir matris içinde yorumlayan liberal adalet anlayışlarından biridir.”⁵⁵ Diğer bir ifadeyle Rawls'ın adalet teorisinin ayırt edici özelliği “adaletin temel konusu olarak toplumun temel yapısı üzerine odaklanmasıdır. Hakkaniyet olarak adalet teorisi toplumla ilgilidir ve iyi düzenlenmiş toplum için ilkeler bulmak amacındadır.”⁵⁶ Rawls'ın adalet teorisinde anayasanın içeriği, kurguladığı adalet ilkeleri ile uyumlu olmalıdır ki; bu ilkeler adil bir “prosedür” yoluyla belirlenir. Dolayısıyla Rawls'ın anayasa anlayışında prosedür bir yandan anayasanın adil olup olmadığına ilişkin ölçütü, yani adalet ilkelerini, ortaya koyarken; diğer yandan adil bir anayasanın bizzatı kendisini tarif etmektedir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle Rawls'ın teorisinin temelinde “prosedürel adalet” kavramı yer almaktadır ve “prosedürel adalet” anlayışında anayasa, farklı görüşler karşısında tarafsız olması gereken ve rakip tarafların halkın onayını isteyebileceği “adil bir prosedür” kuran bir mefhumdur.⁵⁸

Rawls kült eseri *Bir Adalet Teorisi*'nde (A Theory of Justice), adil bir anayasanın siyasi makam ve yetki için adil bir rekabet şekli kurduğunu ve mükemmel olmayan (eksik) prosedürel adaletin sembolü olduğunu yazar.⁵⁹ Rawls “mükemmel [tam] prosedürel adaletin hiçbir anayasal rejimde gerçekleştirilemeyeceğini savunur. Zira adil olmayan yasaların ortaya çıkmamasını garanti edecek bir siyasi kurallar şeması bulunmamaktadır”; bu nedenle Rawls'ın tasarladığı “anayasa şemasında mükemmel

⁵⁵ Mehmet Kocaoğlu, **John Rawls: Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar**, Ankara, İmaj, 2014, s. 63.

⁵⁶ Kocaoğlu, a.g.e., s. 66.

⁵⁷ Fabre, a.g.e., s. 74.

⁵⁸ Roberto Gargarella, “The Constitution and the Justice”, **Oxford Handbook-2012**, a.g.e., s. 336.

⁵⁹ John Rawls, **A Theory of Justice**, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, s. 221, 227. (“we can say that a just constitution sets up a form of fair rivalry for political office and authority” / “a just constitution is a case of imperfect procedural justice”)

olmayan [eksik] prosedürel adalet söz konusudur”.⁶⁰ Eksik prosedürel adaletin bir sembolü olan anayasa, “herke□ için eşit özgürlüğün □ereklerini yerine □etiren adil bir prosedür olmalıdır.”⁶¹

Rawls için anayasanın bireylerin anayasal sürece eşit katılımını garanti etmesi hayati öneme sahiptir; yani bütün vatandaşlar anayasal sürece katılmakta ve sonuçlarına karar vermekte eşit bir hakka sahiptir. Dolayısıyla eğer devlet cebir gücünü meşru bir biçimde kullanmak istiyorsa, o zaman anayasal süreç bu eşit temsili mümkün olduğu ölçüde korumalıdır.⁶² Prosedürel anayasa anlayışında eşit katılım ilkesinin sağlanması için periyodik, özgür ve adil seçimlerin gerçekleştirilmesi zorunlu ancak yeterli değildir. Bunun için ifade ve toplanma özgürlüğü gibi belirli özgürlükler için de anayasal koruma sağlanmalıdır. Rawls klasik anayasacılığın olağan araçlarının (frenler ve dengeler, kuvvetler ayrılığı vb.) eşit özgürlük anlayışıyla uyumlu olabileceğine inanmaktadır.⁶³

Nihayet Rawls siyasal adalet kavramı ile siyasal liberalizm arasında güçlü bir bağlantı kurmaktadır.⁶⁴ Düşünüre göre siyasi liberalizm elverişli bir siyasi adalet kavrayışı dile getirmeye çalışır ve bu kavrayış en adil ve uygun siyasi kurumlardan meydana gelir. Dolayısıyla bu siyasi adalet kavrayışı siyasi sürecin yapısını belirleyen şu “anayasal temelleri” (constitutional essentials) beraberinde getirir: yasama, yürütme ve yargı organının yetkileri, çoğunluk kuralının kapsamı ve sınırları, yasama organının saygı göstermesi gereken temel kişisel ve siyasal haklar ve özgürlükler ile hukukun üstünlüğünün korunması.⁶⁵

⁶⁰ Hüseyin Avşar, “Siyaset Felsefesi Açısından John Rawls’ın Adalet Teorisi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi (Siyaset Bilimi) Anabilim Dalı, 2006, s. 53.

⁶¹ Avşar, a.g.e., s. 53.

⁶² Rawls, **A Theory**..., s. 221-222.

⁶³ Gargarella, a.g.e., s. 337.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 337-338.

⁶⁵ John Rawls, “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, **John Rawls: Collected Papers**, ed. Samuel Freeman, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, s. 481.

Rawls siyasi adalet kavrayışının anayasal temellerle ilgili sorunların çözümü için makul bir çerçeve sunduğunu, ancak sosyal ve ekonomik meseleler ile ilgili bu adalet anlayışının söyleyeceği çok az şey olduğunu zira bunların münhasıran yasama organı tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtir.⁶⁶ Bu bakımdan Rawls'ın çizdiği anayasa düşüncesinde, “sosyal eşitsizlikleri gidermek” gibi bir kaygının izleri görülmemektedir. Rawls'da yansımaları bulduğumuz prosedürel anayasa anlayışı, devlet bireyleri kendi değerlerini seçebilen özgür ve bağımsız varlıklar olarak gören bir haklar çerçevesi sağlar. Dolayısıyla prosedürü belirli sonuçlara öncelikli kılar. Bu prosedürel dünyada anayasa, içeriği bakımından nötrdür; hiçbir belirli doktrine bağlı değildir ve misyonu esasen birbirinden tamamen farklı yaklaşımlar ile uyumlu bir “çerçeve” yaratmaktan ibarettir.⁶⁷

Federal ABD Anayasası Rawls'un tasarladığı “prosedürel anayasa” anlayışının en belirgin örneklerinden biridir. Nitekim Rawls'ın anayasa tasarımı benzer bir bakışa sahip olan liberal adalet teorisinin “liberteryen yorumuna göre bireyin özgürlükleri esastır ve devlet bunları korumak için vardır.”⁶⁸ Dolayısıyla liberteryenler sosyal hakları benimsemeye gerek görmemektedir. Örneğin Nozick, sosyal hakların mülkiyet haklarının varlığını görmezden gelircesine, nesneleri hiçbir yerden gelmemiş ve hiçbir şeyin sonucu olmayan şeyler gibi görmesini eleştirmektedir.⁶⁹ Bu anlamda pek çok liberteryen, anayasaların sosyal haklara bağlılık göstermesi için geçerli bir sebep görmemektedir.⁷⁰

⁶⁶ Rawls, “The Domain of ...”, a.g.e., s. 481.

⁶⁷ Gargarella, a.g.e., s. 338-339.

⁶⁸ Kocaoğlu, a.g.e., s. 62.

⁶⁹ Robert Nozick, **Anarchy, State, and Utopia**, New York, Basic Books, 1974, s. 160. (“Things come into the world already attached to people having entitlements over them. From the point of view of the historical entitlement conception of justice in holdings, those who start afresh to complete “to each according to his” treat objects as if they appeared from nowhere, out of nothing.”)

⁷⁰ Gargarella, a.g.e., s. 348.

Liberteryenler, 1787 ABD Anayasasını iyi tasarlanmış bir prosedürel araç olarak algılamakta ve belirli bir adalet anlayışı içerdiğini düşünmektedirler. Buna göre ABD Anayasasının temel amacı, bireyi ve onun mülkiyeti koruyarak adaletli bir yönetim yapısı sağlamaktır. Dolayısıyla liberteryen yoruma göre ABD Anayasası “özel mülkiyetin korunması merkezli bir dağıtıcı adalet” anlayışına sahiptir.⁷¹ Nitekim bu düşünceyi benimseyen ünlü Amerikan yargıçlarından Yargıç Richard Posner’a göre “[ABD] anayasası bir negatif haklar beyannamesidir; devlete insanları yalnız bırakmasını söyler, federal hükümetin veya eyaletin birtakım hizmetler sağlamasını gerektirmez.”⁷²

B. SOSYAL HAKLAR ANAYASACILIĞI

1. Yeni Bir Anayasacılığa Duyulan İhtiyaç

Klasik anayasacılığın nitelikleri bugün dahi hayati öneme sahiptir. Ancak zaman içinde değişen ve dönüşen siyasi, ekonomik ve toplumsal dinamikler nedeniyle klasik anayasacılık doktrini de dönüşüme uğramıştır. Bu dinamiklerin yarattığı koşullar karşısında klasik anayasacılık yetersiz kalmış; onun eksik kaldığı yerleri ise tarihsel süreçte “sosyal haklar anayasacılığı” doldurmuştur. Klasik anayasacılığın yetersizliği karşısında “bir anayasanın metnine değil, insan onuruna saygıyı merkez edinen ilkelere ve bu ilkelerden kaynaklanan yükümlülöklere bağlılığı” benimseyen⁷³ yeni bir anayasacılık anlayışı ortaya çıkmıştır.

Bu yeni anayasacılık doktrini, yukarıda sosyal hakları doğuran birtakım siyasi, ekonomik ve toplumsal gelişmelerin bir ürünüdür. Sanayi devriminin yattığı kapitalist

⁷¹ Gargarella, a.g.e., s. 342-343.

⁷² Peter B. Edelman, “Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor”, **Hastings Law Journal**, Cilt 39 (1988), s. 23. (“the Constitution is a charter of negative liberties; it tells the state to let people alone; it does not require the federal government or the state to provide services.”)

⁷³ Walter F. Murphy, **Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order**, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007, s. 16.

üretim düzeninin insana yaraşır bir hayat sürdürmeyi güçleştiren sosyal eşitsizliklerini törpülemeyi amaçlayan bu dinamikler, beraberinde yeni bir anayasacılık anlayışını da getirdiler. Artık anayasalar bireyin özerk alanına müdahale edilmemesini yeterli saymayacak, özgürlükler söz konusu olduğunda devlete karşı “gölge etme başka ihsan istemez” anlayışı terkedilerek, devletin bireyi “özgürleştirmek” yükümlülüğü altında olduğuna dair yeni bir anlayış yeşerecektir. Bu yeni anlayış, kaynakların hakkaniyetli biçimde yeniden dağıtılması yoluyla insana yaraşır bir yaşam kurma amacının üzerine inşa edilmiştir. İşte bu amaç, yeni bir anayasacılık hareketi olarak görülmektedir ve buna “sosyal haklar anayasacılığı” ismi verilmektedir.

Walter Murphy’nin “pozitif anayasacılık” olarak adlandırdığı sosyal haklar anayasacılığı, klasik liberal teorinin ötesine geçerek, “insan onuruna saygı ilkesinin, devlete, vatandaşlarına daha iyi ve adil bir hayat sağlama konusunda yardımcı olma yükümlülüğü yüklediği” fikrine dayanmaktadır⁷⁴. Öte yandan sosyal haklar anayasacılığı, sosyal haklar dilinin ulusal anayasalarda giderek daha fazla yer alması anlamına gelmektedir. Ancak bu, anayasa yapımında sosyal haklara daha çok dikkat çekmeyi başarması dolayısıyla ulusal anayasalara sosyal hakları ekleyen lafzi değişikliklerin çok ötesinde bir durumu ifade etmektedir.⁷⁵

2. Sosyal Anayasa Anlayışı

Klasik anayasacılığın bir ürünü olan prosedürel anayasa anlayışı, bireyleri rasyonel aktörler olarak görmekte ve bireylerin kendi çıkarları ile harekete geçtiklerini, politikaya katılmaya ilgisiz olduklarını veya geniş yapılarda beraber hareket etmekte rasyonel davranmak açısından zorluk çektiğini kabul etmektedir. Sosyal anayasa anlayışı ise, prosedürel anayasa anlayışının bu varsayımlarını reddederek farklı bir

⁷⁴ Murphy, a.g.e., s. 7.

⁷⁵ Daniel Brinks, Varun Gauri ve Kyle Shen, “Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular”, **Annual Review of Law and Social Science**, C. 11 (2015), s. 290-291.

anayasa kavramı sunmaktadır. Kurumsal tasarıma ilişkin sorunlara farklı kavramlarla cevap veren bu “sosyal” bakış açısına göre farklı motivasyonlara sahip farklı bireyler, farklı bir anayasa anlayışı gerektirir.⁷⁶

Sosyal anayasa anlayışı, anayasa ile adalet arasındaki ilişki hakkında farklı bir okuma yapar. Bu yorumda anayasa, tüm farklı iyi kavramlarına ve dağıtıcı adalet fikirlerine açık bir prosedürel mekanizma olarak görülmez. Anayasa daha ziyade kamunun iyiliği için çalışan bir “sosyal sözleşmenin” ifadesi olarak kabul edilir. Bu anlamda anayasa öncelikle erdemli bir yurttaş modeline uygun belirli karakteristik özellikleri ve ahlaki eğilimleri, daha sonra da daha iyi bir toplumsal hayatın gelişmesine yardım eden daha “eşitlikçi” bir sosyal adalet anlayışını desteklemek için vardır. Bunun için anayasada liberal anayasa anlayışındaki saf mülkiyete dayalı negatif özgürlüklerin yerini pozitif özgürlükler –sosyal haklar- alır.⁷⁷

John Rawls *Siyasi Liberalizm*’de bir anayasanın temel özgürlüklere (oy hakkı, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü vb. gibi negatif haklar) ilişkin sorunlar ile sosyal ve ekonomik sorunlara farklı şekilde yaklaşması gerektiğini savunmaktadır. Yani Rawls sosyal haklara ilişkin bir anayasal fonksiyon öngörmemektedir. Zira Rawls’a göre negatif özgürlüklerin temellerini kurmak daha ivedidir, gerçekleştirildiğini bilmek ve ne olması gerektiği üzerinde uzlaşmaya varmak daha kolaydır.⁷⁸ Dolayısıyla adaletin gerektirdiği her şeyin bir “anayasal temel” (constitutional essential) olmayabileceğini savunan Rawls, sosyal hakları “anayasal temeller” olarak kabul etmemiştir.

Rawls’ın sosyal hakların anayasallaşmasının gerekli olmadığını savunmak için kullandığı bu argümanların sorunlu olduğu ve birkaç nedenden dolayı ikna edici olmadığı belirtilmektedir. İlk olarak Rawls bu iki tür ilkenin birine anayasal bir konum

⁷⁶ Gargarella, a.g.e., s. 344.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 344-345.

⁷⁸ John Rawls, **Political Liberalism**, Ex. Ed., New York, Columbia University Press, 2005, s. 230.

verilirken neden diğetine bunun layık görülmediğini izah etmemektedir. Anayasal koruma tasarladığı temel özgürlükler çok daha karmaşık araçlar gerektirebilir, bu hakların birçoğunu güvence altına almak için devletin edimi zaruridir. Dolayısıyla Rawls da diğer pek çok düşünür gibi pozitif hakları yok sayarak anayasanın sadece devlet gücünü sınırlandırmaktan ve bireye müdahale edilmesini engellemekten ibaret gören varsayımı yinelemek hatasına düşmektedir.

İkinci olarak negatif hakları sağlamanın ivediliği, sosyal hakların tamamen anayasa dışına itilmesi için yeterli bir gerekçe değildir. Üçüncü olarak negatif hakların gerçekleştirilmesinin kolay olduğu hususunda Rawls'un haklılığı veya haksızlığı bir yana, bizatihi kolaylık kriteri neyin anayasallaşması gerekip neyin gerekmediği hakkında berrak bir kriter değildir. Nihayet temel haklar üzerinde kolayca uzlaşmaya varılabileceği savı, tek başına sosyal haklar üzerinde uzlaşmaya nispeten varılmasının daha zor olduğu kabul edilse dahi bu hakları anayasal koruma altına almaktan imtina etmek için yeterli değildir.⁷⁹ Öyleyse düşünsel planda sosyal haklar anayasacılığını ve onun en önemli unsuru olan anayasal sosyal hakları makul şekilde reddetmek mümkün değildir. Sosyal haklar “anayasal” bir gerçektir.

Sosyal haklar anayasacılığının çıkış noktası, bireyi sadece kendi çıkarı için varlığını sürdüren bir kavram olarak resmeden liberal anlayışa hem tanımlayıcı hem de normatif bakış açısından karşı çıkan farklı bir “birey” kavramıdır. Bu anlayışta bireyin çıkarını kişinin motivasyonunun oluşturduğu iddiası ve kurumsal sistemin temelinde bireysel çıkarın yer aldığı görüşü reddedilir. Dolayısıyla sosyal haklar anayasacılığında prosedürel anayasa anlayışına karşı çıkılarak, kurumsal sistemin “ortak iyilik” için düzenlenmesi gerektiği kabul edilir.

⁷⁹ Fabre, a.g.e., s. 84-86.

3. Sosyal Haklar Anayasacılığının Gelişimi

Anayasacılığın sosyal haklarla buluşmasının ilk tarihsel örneği 1848 Fransız Anayasasıdır. Bu tarihten önce Fransa’da ve ABD’de izlerine rastlanan anayasal sosyal hak belirtileri ise, “vaktinden erken açan tomurcuklar gibi meyve veremedi kalmıştır.”⁸⁰ Çünkü on sekizinci yüzyılın sonlarında işçi sınıfı henüz siyasi bir etkinliğe sahip değildi.⁸¹ Örneğin ABD’nin ilk eyalet anayasalarından 1776 Pensilvanya Anayasası, sosyal haklar anayasacılığının enteresan bir örneğidir. Sadece on dört yıl yürürlükte kalan bu anayasaya göre adaletle sıkı sıkıya bağlılık özgürlüğü ve devletin bağımsızlığını korumak için gereklidir (m. 14).⁸² Diğer yandan 1776 Anayasası insanların geçim ve bağımsızlığını sağlamak için çeşitli hakları güvence altına almıştır. Dolayısıyla teorik olarak 1776 Pensilvanya Anayasasında tasarlanan adalet anlayışının, anayasal sosyal hakların öncülünü teşkil ettiği söylenebilir.⁸³ Ancak Pensilvanya’da yapılan bu anayasa, çalışan kesimin bir toplumsal sınıf olarak siyasette henüz rol almadığı bir dönemin ürünüdür, dolayısıyla sosyal hakları doğuran temel dinamiklerden yoksundur.

Sanayi devrimi öncesi liberalizmin en büyük handikabı eşit hakların eşit olmayan şartlardaki bireylere uygulanmasıydı. Eşit özgürlüğün eşit olmayan koşullarda sunulması ise Sanayi Devrimi ile birlikte daha da kızışarak menfaatlerin dengelenmesine değil, aksine bir sosyal patlamaya yol açtı. Üretim biçimindeki

⁸⁰ Kapani, a.g.e., s. 53.

⁸¹ Tanör, a.g.e., s. 159.

⁸² “Özgürlüğün nimetlerini korumak ve bir yönetimi özgür kılmak için adalet, ılımlılık, ölçülülük, sanayi ve sadeliğe sıkı bir bağlılık kesinlikle gereklidir.” ([A] firm adherence to justice, moderation, temperance, industry, and frugality are absolutely necessary to preserve the blessings of liberty, and keep a government free.”) The Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania, as established by the general convention elected for that purpose, and held at Philadelphia, July 15th, 1776, and continued by adjournments to September 28, 1776. Philadelphia: Printed by F. Bailey, in Market-Street, M.DCC.LXXXI. [1781]. Eighteenth Century Collections, http://find.galegroup.com.proxy.bc.edu/ecco/infomark.do?&source=gale&docLevel=FASCIMILE&prodId=ECCO&userGroupName=mlin_m_bostcoll&tabID=T001&docId=CB3327070052&type=multi-page&contentSet=ECCOArticles&version=1.0 (Erişim: 7 Temmuz 2015), s. 33.

⁸³ Gargarella, a.g.e., s. 345-346.

değişmenin getirdiği bu yeni koşullar, liberal düşüncenin şekli eşitlikteki ısrarından vazgeçerek ve liberal anayasacılığın bir revizyona tabi tutulmasını zorunlu kılıyordu. Bu şartlar altında 1848’de anayasal gündeme yeni bir element, “sosyal haklar”, girmişti. Liberalizmin açmazlarına karşı bir reaksiyon olarak ortaya çıkan bu sosyal element, liberalizmin eksikliğini tamamlamak amacındaydı. Bu anlayışta devlet adil bir sosyal düzen sağlamak, minimum refah standardını güvence altına almak ve ekonomik özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engellemek sorumluluğunu yüklenmiştir ve bunun aracı da sosyal haklardır.⁸⁴

1848 Fransız Anayasası “işçi sınıfının tarih sahnesinde yeni bir güç olarak belirmiş olduğu bir dönemde sosyal haklara yer veren” ilk anayasadır. Bir diğer ifadeyle 1848 Anayasası “sosyal eğilimini işçi sınıfının mücadelesine ve baskısına borçlu olan ilk anayasa” olarak nitelendirilebilir.⁸⁵ Bu anayasa “sosyal hak ve sosyal hukuk anlayışını geniş ölçüde yansıtan bir belge” niteliğindedir. Anayasa özellikle devletin her vatandaşın refahını arttırmakla görevli olduğunu benimsemiş, devletin işsizlere iş sağlama ve çalışamayacak durumdaki yoksulları korumakla yükümlü olduğunu belirtmiş, ayrıca parasız ilk öğretim, işçi işveren ilişkilerinde eşitliğin sağlanması ve geçim imkânlarından yoksun yaşlı veya engelli kişilere devlet tarafından yardım edilmesini öngören zamanının ilerisinde sosyal hak düzenlemelerine yer vermiştir. Ancak yapıldığı dönemin şartları gereği 1848 Anayasası sosyal haklar anayasacılığının lokomotif olmayı başaramamıştır. Yani bu anayasa “yeni bir çağın açılışını müjdeleyememiş ve bu alanda zamanının tek bir örneği olarak” kalmıştır.⁸⁶ Dolayısıyla 1848 Anayasasını “sosyal haklar anayasacılığının” ancak ilkel bir hali olarak görmek mümkündür.

⁸⁴ Grimm, a.g.e., s. 124-125.

⁸⁵ Tanör, a.g.e., s. 159.

⁸⁶ Kapani, a.g.e., s. 53-54.

Anayasacılığın dönüşüme uğraması ve “sosyal haklar anayasacılığı” örneklerini görmek için XX. yüzyılı beklemek gerekmiştir. Bu yüzyılda sosyal hakların anayasal tanınmasının ilk örneği Batı’da değil, Latin Amerika’da ortaya çıkmıştır. Anayasacılık ile sosyal haklar XX. yüzyılda ilk kez 1917’de Meksika’da buluşmuştur. 1910 Devriminin en önemli sonucu olarak görülen 1917 Meksika Anayasası, o dönem Latin Amerika’da yeşeren “sosyal anayasacılık” hareketinin bir neticesidir. XX. yüzyıl ile birlikte büyüyen ve giderek daha çok mobilize olan emekçi sınıf ve giderek artan sosyal eşitsizlikler Latin Amerika’da anayasacılığın “sosyal” yönde dönüşüme uğramasına yol açmıştır. Bu dönüşümün ilk önemli sonucu ise 1917 Meksika Anayasasıdır. Oldukça sağlam bir temel haklar kataloğuna sahip bu anayasanın en belirgin özelliği sosyal haklara olan bağlılığıdır. Yapıldığı zaman için istisnai bir durum olmasına rağmen bu anayasa, sosyal haklar anayasacılığın dünya genelinde yayılmasının öncüsü olarak kabul edilmektedir.⁸⁷

1917 Meksika Anayasası “sosyal” yanını, “yükselen devrimci mücadelelere ve özellikle köylü hareketlerinin etkisine borçludur” zira 1910 Devriminin “itici gücünü toprak ve özgürlük için mücadele veren köylüler meydana getiriyordu.” Bu ortamda Kurucu Meclisteki devrimci bilinç, “toprak reformu ile ilgili ilkelerin ve sosyal hakların Anayasa tarafından tanınmasına” yol açmıştır.⁸⁸ Nitekim 1917 Meksika Anayasası ulusal sınırlar içerisindeki toprak ve suların millete ait olduğunu belirten 27’nci madde yanında, çalışan sınıf için epey geniş bir koruma sağlayan 123’üncü madde dikkati özellikle dikkat çekmektedir. Azami çalışma saati, küçüklerin çalıştırılması, hamile çalışanların hakları, asgari ücret, dinlenme ve ücretli izin hakkı, iş kazaları ve grev gibi modern iş hukukunun konusuna giren pek çok durum 123’üncü madde tarafından

⁸⁷ Roberto Gargarella, “Latin American Constitutionalism: Social Rights and the ‘Engine Room’ of the Constitution”, **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, C. 4, No. 1 (2014), s. 12. (<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3>)

⁸⁸ Tanör, a.g.e., s. 159.

ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu sosyal nitelikleri dolayısıyla 1917 Meksika Anayasasının Latin Amerika'daki anayasacılık tarihini derinden etkilediğini söylemek mümkündür.⁸⁹

Meksika'nın ardından sosyal hakların anayasal tanıma ile buluştuğu ikinci vaka 1919 Weimar Anayasasıdır. İşçi sınıfının devrim mücadelesi, egemen sınıfların kendilerini koruma güdüsü ve orta sınıfın sosyal ve ekonomik olarak korunması düşüncesi gibi çeşitli etkenlerin rol oynadığı bir ortamda hazırlanan ve kabul edilen 1919 Anayasası⁹⁰, sosyal haklara genişçe yer veren erken dönem sosyal haklar anayasacılığı örneklerindendir. Bu anayasanın belirgin özelliği, ise “devletin sosyal fonksiyonunu” açıkça yansıtmasıdır. Zira Weimar Anayasası “devlete belirli ödevler yüklemekte, onu vatandaşın refahını sağlamakla sorumlu kılmakta”ydı. Bu bağlamda 1919 Anayasası devlete herkese “insanlığa yaraşır bir yaşam tarzı” sağlamak için gerekli gerekli sosyal güvenlik teşkilatını kurma, halkın sağlığını koruma ve ekonomik olarak zor durumdaki yurttaşlara yardım etme yükümlülüklerini vermiştir.⁹¹

Dünya genelinde 1920'ler ile 1940'lar arasında en az bir sosyal hakkın anayasalarda yer alığı görülmektedir. Bu dönemde 1920 Estonya, 1921 Yugoslavya, 1921 Polonya, 1923 Polonya ve 1931 İspanya Anayasalarında sosyal hakların yer aldığı zikredilebilir. 1940'lardan 1990'ların başına kadar geçen süre içerisinde ise muhtemelen sosyal hakların Soğuk Savaş politikaları ile irtibatlandırılması dolayısıyla, sosyal hakların anayasal tanınmasının büyüme hızı, bütün anayasalarda yer alan sosyal hakların büyüme hızı ile paralel seyretmiştir. Bununla birlikte Soğuk Savaşın sona ermesinden sonra 1990'lar ile birlikte çok daha fazla sayıda anayasaya sosyal haklar eklenmiş ya da hak zengini yeni anayasalarda sosyal haklara da yer verilmiştir. Dünya

⁸⁹ Gargarella, “Latin American Constitutionalism...”, a.g.e., s. 12.

⁹⁰ Tanör, a.g.e., s. 160-161.

⁹¹ Kapani, a.g.e., s. 55-56.

üzerinde ulusal anayasalarda yer alan ortalama sosyal hak sayısının önce İkinci Dünya Savaşının ardından, daha sonra ise Soğuk Savaşın sona ermesinin ardından belirgin bir yükselişe geçtiği gözlemlenmektedir. Yirmi birinci yüzyılda ise ulusal anayasalarda ortalama altı (6) sosyal hak görüldüğü belirtilmektedir.⁹²

Anayasal sosyal haklar, günümüzde artık dünyanın pek çok yerinde korunmaktadır. Bununla birlikte, nasıl ki klasik liberal anayasacılık demokrasi ve özgürlük ilişkisini müzakere etmek zorunda ise, liberalizmin açmazlarını gidermeye çalışan sosyal haklar anayasacılığı da özgürlük ile eşitlik arasında bir denge kurmak zorundadır. Bu anlamda sosyal haklar anayasacılığı sonucu yapılan anayasalar kendi içinde *özgürlüğe* veya *eşitliğe* verdikleri öncelik bakımından ayrışmaktadırlar. Ayrımcılık geçmişi olan Hindistan veya Güney Afrika gibi ülkelerde anayasal ağırlık *eşitliğe* verilirken, Batılı geleneğe ait Küresel Kuzey'deki ülkelerde daha ziyade *özgürlüğe* ağırlık verildiği görülmektedir.⁹³ Güney ülkelerinde görülen bu *eşitlik* odaklı sosyal haklar anayasacılığı ise, dünyanın her yerinde ama özellikle bu ülkelerin çoğunda görülen “yoksulluk” sorunu ile yakından ilintilidir. Yoksulluk bugün anayasal sosyal hakların çare bulmaya çalıştığı tek sorun değilse de en önemlilerinden biridir. Sıradaki başlıkta bu gerçekten hareketle sosyal haklar anayasacılığı ile yoksulluk olgusu arasındaki bağlamsal ilişki değerlendirilmeye çalışılacaktır.

C. YOKSULLUK BAĞLAMINDA ANAYASACILIK

Anayasacılık ile yoksulluk olgusu arasında bir bağlantı kurabilmek, yoksulluğu bir “özgürlük” sorunu olarak ele almakla mümkündür. Bu bağlamda özgürlük, “insanların yaşamlarını hakkıyla düzenlemelerine olanak verir” ve “yoksulluk özgürlüğü yıkıma uğratar.”⁹⁴ Dolayısıyla yoksulluk, bütün ahlaki kaygıların odağında

⁹² Brinks, Gauri ve Shen, a.g.e., s. 292.

⁹³ Grimm, a.g.e., s. 126.

⁹⁴ Ringen, a.g.e., s. 9, 19.

yer almasının ötesinde, aynı zamanda tam anlamıyla bir “özgürlük” sorunudur. Böyle olunca da yoksulluk, sosyolojik bir vaka olmaktan çıkacak, bizatihi özgürlükler hukukunun ya da insan hakları hukukunun, dolayısıyla da anayasa hukukunun bir konusu haline gelecektir.

Özgür bir yaşam “potansiyel olarak iyi” ama özgürlük de kolay değildir. Herkes “iyi bir yaşam” sürmek ister; iyi bir yaşam ise insanların “sürmek istedikleri yaşam konusunda fikirlerini değiştirebilmelerine ve yaşam tarzlarında buna uygun değişikliklere gidebilmelerine bağlıdır”; yani “her birey iyi yaşamı kendisi için seçip belirlemek durumundadır.” Öyleyse bireyin özgürlüğü “bize iyi gelen yollarla yaşamımıza şekil vermekte özgür olmayı” ifade eder. Yoksulluk ise muğlak ölçüde görece bir şey değil, gerçek bir şeydir; dolayısıyla ortadan kaldırılabilir.⁹⁵ Bu bakımdan eğer özgürlüklerin güvence altına alınması anayasacılığın esas kaygısını teşkil ediyorsa, yoksulluk da anayasacılık için üzerinde durulması gereken bir meseledir. Zira yoksulluk günümüzde anayasacılığın koruma alanına yönelik en büyük tehditlerden biridir. Buradan hareketle önce neden yoksulluğun bir temel insan hakları meselesi olarak ele alınması gerektiği üzerinde durulacak, daha sonra ise anayasacılık ile yoksulluk arasındaki ilişkiye daha yakından bakılacaktır.

1. Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Yoksulluk

Sosyal hakların özgülendiği temel mesele, toplumun diğer kesimlerine nazaran ekonomik koşulları daha kötü durumda olan grupları ve kişileri, içine düştükleri bu eşitsizliği körükleyici durumdan kurtarmaktır. Zira insan onuruna yaraşır düzgün bir hayat idame ettirebilmek, herkes gibi özellikle toplumun yoksul kesimi için de bir haktır. Öte yandan yoksulluk sadece az gelişmiş ülkelerin karşılaştığı bir sorun değil, aksine dünyanın her yerinde şu veya bu ölçüde karşımıza çıkan bir küresel adalet meselesidir. Günümüzde hem rakipsiz bir zenginlik hem de aşırı ölçüde muhtaçlığın

⁹⁵ Ringen, a.g.e., s. 22-23 ve 30.

aynı anda kol gezdiği bir dünyada yaşıyoruz. Thomas Pogge sürekli biçimde vuku bulan küresel yoksulluğu, günümüzün en büyük ahlaki kusuru ve adaletsizliği olarak görmektedir.⁹⁶

Bu bağlamda diğer birçok etkenin yanında yoksulluğun çözümünde hukuki bir araç olarak sosyal haklara özel bir rol düşmektedir. Eğer sosyal haklar sosyal eşitsizlikleri gidermek ve insan onuruna yaraşır bir hayat için asgari ihtiyaçların karşılanmasını güvence altına almak amacındaysa, bu amaç bakımından söz konusu olacak ilk kesim “yoksul” toplum kesimi olacaktır. Bu bakımdan sosyal hakların gerçekleştirilmesi ne ölçüde artarsa, yoksullukla mücadelede de o kadar ilerleme sağlanabilecektir. Zira yoksulluk “çeşitli sosyal meselelerden biri değil, çok özel bir meseledir; *ortadan kaldırılması* gereken bir sorundur.” Hatta bir sosyal hastalık olarak yoksulluk denilen durumlar, “sırf haksız ya da talihsiz değil, aynı zamanda kabul edilemez durumlardır.” Dolayısıyla bugün artık yoksulluğun sona erdirilmesi gereken bir şey olduğu apaçık bir gerçektir.⁹⁷

Yoksulluk insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmek için gerekli “yapısal olanakları gerçekleştirmenin olanaksızlığı” olarak tanımlanırsa; “açlıkla boğuşan, barınacak bir evi, temiz içme suyu, hayatını idame ettirecek bir geliri olmayan, sağlık sorunları olan ama sağlık hizmetlerine erişemeyen bir kişinin yapısal olanaklarını gerçekleştiremeyeceği açıktır.” Öyleyse “insan onurunu korumaya yönelik hukuk normlarının işlevselleştiği konuların başında, yoksul insanların durumu gelir. Yoksulluğun önlenmesi ve herkesin makul bir yaşam standardına sahip olması için gerekli olan ... çerçeveyi ise sosyal haklar çizer.”⁹⁸

⁹⁶ Thomas Pogge, **World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms**, Cambridge, Polity Press, 2002, *passim*.

⁹⁷ Ringen, a.g.e., s. 164-165.

⁹⁸ Dericiler, a.g.e., s. 68.

Yoksulluk meselesi esasen yasalar önünde eşitliğin insanlar arasında gerçek anlamda eşitlik sağlamaya yetersiz kalması gerçeği ile kesişmektedir. Çünkü yasa önünde eşit olmanın garanti edilmesi, tüm insanların haklardan eşit biçimde yararlanacağını da garanti edememektedir. Bu bakımdan yoksulluğu talihsizlik, kader, sorumsuzluk vb. olarak telakki etmek yerine bir insan hakları ihlali olarak kavramsallaştırmak, sosyal hakların anayasal değere kavuşması ve korunması bakımından önemli bir paradigma değişikliğine işaret etmektedir. Yoksulluğu insan hakları ihlali olarak kavramsallaştırmak hayırseverlik yerine sorumluluk/yükümlülük kavramlarını vurgulayarak, bu hakkın ihlal edilmesinden doğan sorumluluğun kime yükleneceğini de belirlemeyi sağlar.⁹⁹

Yoksulluk en genel anlamda normal uzunlukta sağlıklı bir yaşam için gereken temel ihtiyaçların –temiz su, besin, barınma, giyinme, ilaç ve tedavi imkânı gibi- yoksunluğu olarak algılanmaktadır.¹⁰⁰ Keza meselenin toplumsal boyutu dikkate alınırsa Adam Smith’in vurguladığı şekliyle yoksulluğun “toplum içine utanmadan çıkabilme” olduğunu söylemek de mümkündür.¹⁰¹ BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 25. maddesinden¹⁰² hareketle ise yoksul bir bireyi; yiyecek, giyinme, barınma ve tıbbi

⁹⁹ Pınar Uyan Semerci, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, der. Pınar Uyan Semerci, İstanbul, İstanbul Bilgi Üni. Yay., 2010, s. 2-3.

¹⁰⁰ Semerci, “Dev ve Cüce...”, a.g.e., s. 2.

¹⁰¹ Adam Smith, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, London, Methuen & Co., Ltd., 1776, (5th edition, 1904), Book V, Chapter II, § 148, <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN.html> (Mayıs 2015). (“The poorest creditable person of either sex would be ashamed to appear in public without them.”)

¹⁰² İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Madde 25 (1): “1. Herkesin, yiyecek/(beslenme), giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını/(esenliğini) temin için, yeterli bir yaşama standardına sahip olma hakkı ve işsizlik hastalık, maluliyet/(sakatlık), dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, (sosyal) güvenceye (sahip olma) hakkı vardır.” Bildiri çevirisi şu eserden alınmıştır: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010, s. 3-19. <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/a-1-1948-dec-10-eihb.pdf> (7.7.2015)

bakım gibi kendisi ve ailesi için gerekli yeterli sağlık ve refahtan yoksun kalan kimse olarak tanımlamak mümkündür.¹⁰³

Bu tanım biraz muğlak gibi gözükse de, dünya nüfusunun geniş bir bölümünü kapsamaktadır. Thomas Pogge'nin belirttiği 2001 verilerine göre iki milyar sekiz yüz milyon kişi, yani dünya nüfusunun %46'sı, Dünya Bankası'nın yoksulluk sınırı olan günlük 2 doların altında yaşamakta; her yıl dünya nüfusunun 18 milyonu yoksulluğa bağlı sebeplerden çok erken yaşta ölmektedir. Yüksek gelirli/elişmiş ülkelerdeki 900 milyonu aşkın insan küresel gelirin yaklaşık yüzde 80'ine sahip iken, insanlığın en yoksul yüzde kırk altısı küresel gelirin sadece yüzde 1,2'sine sahiptir.¹⁰⁴ Keza Pogge'nin verdiği 2005 yılı verilerine göre ise küresel bazda kişi başı yıllık ortalama gelir 465 ABD doları iken, dünya nüfusunun yaklaşık yarısı haftalık 9 doların altında bir gelirle yaşamaktadır. Günümüzdeki durum da çok farklı değildir. Dünya nüfusunun yarısına yakını şiddetli yoksulluk içindeyken, yaklaşık dörtte biri ise yaşamı tehdit edici seviyede aşırı yoksulluk çekmektedir. Pogge'nin işaret ettiği son istatistiklere göre yaklaşık 925 milyon insan yetersiz beslenmekte, 884 milyon kişi temiz içme suyundan mahrum, yaklaşık 2 milyar insan önemli ilaçlara erişememekte, 1 milyardan fazla insan yeterli barınmadan mahrum olup, 796 milyon yetişkin ise okuma yazma bilmemektedir.¹⁰⁵

Dolayısıyla bugün dünya nüfusunun büyük bir kısmının insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmek için gerekli asgari standartlardan hâlâ yoksun olduğu gerçeğini kabul etmek gerekir. Bu bakımdan bir insan hakları meselesi olarak ele alındığında hem devlet hem de yurttaşlar “yoksulluğa” dair çözüm üretme sorumluluğu ile yüz yüze gelirler. Böylelikle yoksul insanlar da kendi onuruna ve özgür iradelerine saygı

¹⁰³ Thomas Pogge, “Are We Violating the Human Rights of the World's Poor?”, **Yale Human Rights and Development Law Journal** C. 14, No. 2 (2011), s. 2.

¹⁰⁴ Pogge, **World Poverty...**, a.g.e., s. 2.

¹⁰⁵ Pogge, “Are We Violating...”, s. 2, 21.

duyulmasını -insan haklarının diliyle vurgulayarak- talep edebilecektir. Bunun için ise insan haklarını negatif hakların ihlaline karşı bir mekanizma olarak algılamanın ötesine geçen bir anlayışa; yani pozitif özgürlük anlayışına ihtiyaç vardır. Pozitif özgürlükler tanınmadığı müddetçe yoksulluğa yönelik hak ihlali kavramına ulaşmak mümkün olamayacaktır. Bu bakımdan bir yoksulluğun gerçek anlamda giderilebilmesi için, “eşitsizliklerin farkında olarak, genelde göz ardı edilen ... sosyal haklar mutlaka yaşama geçirilmelidir.”¹⁰⁶

Yoksulluk bir özgürlük meselesidir. Zira yoksulluk “özgürlükten yoksun olma” anlamına gelir. Her ne kadar yoksul olmamak kişinin yaşamını tek başına özgür kılmaz ise de yoksulluktan kurtulmak, “özgürleşme yoluna girilebilecek bir yaşamı olanaksız hale getiren temeldeki maddi olanaklar engelini ortadan kaldırır.” Dolayısıyla yoksulluk sorununun temelinde yatan şey “özgürlükten yoksunluktur.” Bu bağlamda somut ve gerçek bir sorun olarak ele alındığında yoksulluk, “maddi” yoksunluğu ifade eder ve maddi açıdan özgürlük, varlıklardan doğar. Öyleyse “hiçbir şeye *sahip* değilseniz, dilediğiniz gibi davranma ve yaşama gücünüz olamaz.” Bu anlamda yoksulluk, “başvurulacak hiç ya da neredeyse hiç varlığa sahip olmamak ve eldeki azıcık varlığı bile koruyamamak” anlamına gelir. O halde yoksulluk “ağır” bir yoksunluk halini ifade eder. Yoksun olan, yani “özgür bir yaşamın maddi temellerinden yoksun kalan” kişiler için ise *özgürlük* diye bir şey yoktur. Bu bağlamda yoksulluk ile özgürlük arasındaki bu sıkı bağlantı, sosyal hakların “yoksulluk korkusundan uzak kalmayı içerdiği” kavrayışından doğar.¹⁰⁷

Uzun bir zaman boyunca hem insan hakları hukuku hem anayasa hukuku doktrininde yoksulluğun temelini oluşturan meseleleri konu edinen sosyal hakların göz ardı edildiğini düşünecek olursak, bugün anayasa hukukunun yoksulluğun bertaraf

¹⁰⁶ Semerci, “Dev ve Cüce...”, a.g.e., s. 3-6.

¹⁰⁷ Ringen, a.g.e., s. 182-186.

edilmesine yönelik bir katkıda bulunabileceğine dair şüpheleri bir tarafa bırakıp, anayasacılık ve ona eklenen sosyal haklar arasındaki eş zamanlı ilişkiyi dikkate almak gerekir.¹⁰⁸ Yoksulluğun temelinde yatan meseleler genel anlamda eşitsizlik, zenginlik ve gücün asimetrik dağılımı ve temel ihtiyaçlara erişimin yetersizliğinden kaynaklanan diğer sosyal problemlere sıkı sıkıya bağlıdır. Bu sorunların çoğu ise şu veya bu şekilde ana akım anayasa hukuku söyleminin konusuna girmektedir.¹⁰⁹ Bu bakımdan anayasacılığın ilkelerinin yoksulluk meselesi ile ilişkisini belirlemek ve anayasacılığın yoksulluğun giderilmesine koşullanabileceği iddiasını incelemekte fayda vardır.

2. Yoksulluk Karşısında Anayasacılığı Yeniden Düşünmek

Sosyal haklar bakımından “anayasacılık” terimi, klasik liberal düşüncenin ötesinde bir olguya işaret etmektedir. Klasik anlamda anayasacılığın “devleti sınırlandırma” anlamına geldiğine herkes hemfikirdir. Ancak daha yakın zamanda ve özellikle de yoksullukla mücadele etmekte olan ülkelerde anayasa yapımının dinamikleri dikkate alındığında, anayasacılık daha aşkın bir anlam kazanmaktadır. Çünkü yoksullukla mücadele eden ülkelerde anayasacılık anlayışı devleti, yoksulluğu ve ona eşlik eden sosyoekonomik koşulları ortadan kaldırmak üzere yetkilendirmek fikrine dayanmaktadır. Örneğin ABD’de anayasacılık, münhasıran “devleti zapt etme” amacına yönelikken, Hindistan’daki anayasacılık yoksulluğu kaldırmak için “aktivist bir devlet” anlayışına dayanmaktadır. Dolayısıyla küresel yoksulluk açısından anayasacılık kavramının amacı, yurttaşların hem negatif hem de pozitif özgürlüklerini kullanabilmesi ve geliştirebilmesi için aynı anda hem devleti “sınırlandırmak” hem de ona “olanak sağlamak”tır.¹¹⁰

¹⁰⁸ Arun Thiruvengadam ve Gedion T. Hessebon, “Constitutionalism and Impoverishment: A Complex Dynamic”, **Oxford Handbook-2012**, a.g.e., s. 154.

¹⁰⁹ Thiruvengadam ve Hessebon, a.g.e., s. 154.

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 155.

Az gelişmiş ülkeler açısından temel handikap, ekonomik büyüme ile hak ve özgürlükler arasındaki korelasyonu sağlamaktır. Louis Henkin'in belirttiği gibi kalkınma her bakımdan önemlidir; ancak kalkınmanın insan haklarına muhalif bir pozisyon almasına da müsaade edilmemelidir. Aksine ideal olan, insan hakları ve kalkınmanın birlikte yaşamasıdır. Yani nasıl ki kalkınma olmadan hiçbir özgürlük söz konusu olamazsa, aynı şekilde özgürlük olmadan da otantik bir kalkınma mümkün değildir.¹¹¹ Keza Amartya Sen'e Nobel Ekonomi Ödülünü kazandıran “özgürlük olarak kalkınma” teorisine göre de özgürlüklerin genişletilmesi kalkınmanın hem “amacı” hem de “aracı”dır. Sen şöyle yazmaktadır:

“Kalkınma özgürlüğü engelleyen temel etkenlerin kaldırılmasını gerektirir: istibdat kadar yoksulluk, sistematik sosyal mahrumiyet kadar düşük ekonomik imkân, baskıcı devletlerin hoşgörüsüzlüğü kadar kamusal faaliyetlerin ihmali gibi. Pek çok durumda özgürlüğün ihlali otoriter rejimlerin kişisel ve siyasi hakları reddetmesi ve toplumun sosyal, siyasi ve ekonomik hayatına katılma özgürlüğü üzerine dayatılan sınırlandırmalardan kaynaklanmaktadır.”¹¹²

Bununla birlikte ekonomik kalkınma ile özgürlük arasındaki bu ideal ilişki, pratik olarak daha farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Zira pek çok gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkenin esas sorunu ekonomik büyüme ya da kalkınma politikalarını öncelikli kılarken, birey hak ve özgürlüklerinin gelişimi göz ardı etmektir. Dolayısıyla hak ve özgürlükler kalkınma politikalarına feda mı edilecektir? Ya da diğer bir ifadeyle, hakların ve özgürlüklerin ekonomik büyüme ve kalkınmaya gerçekten köstek olduğuna ilişkin ampirik kanıt var mıdır?

Yakın zamanlarda en yoksul 10 ülke üzerinde yapılan bir araştırma, anayasacılık ile yoksulluk arasındaki ilişkiyi ele almaktadır. BM Kalkınma Programı (UNDP) tarafından hazırlanan İnsani Gelişim Endeksi'nin 2010 sıralamasında listenin

¹¹¹ Louis Henkin, **The Age of Rights**, New York, Columbia University Press, 1990, s. 192-193.

¹¹² Sen, **Development As Freedom**, a.g.e., s. 3-4.

sonlarında yer alan on ülkede (Kongo, Nijer, Burundi, Mozambik, Çad, Liberya, Burkina Faso, Mali ve Guinea-Bissau) aşırı yoksulluk genellikle *kader* olarak algılanmış, anayasacılık düşüncesinin bu durumla bir ilişkisi olup olmayacağı sorgulanamamıştır.

Kuşkusuz yirminci yüzyılın ikinci yarısının büyük çoğunluğunda askeri darbeler, iç savaş, otoriter diktatörlükler ve tek parti rejimleri gibi pek çok sorunun varlığı, bu ülkelerde anayasacılığın iç karartıcı bir sicile sahip olmasında büyük pay sahibidir. Dolayısıyla bu örnekler anayasacılığın yokluğunun zorunlu bir şekilde yoksulluğa yol açacağını göstermez. Ancak anayasal sınırlamalara tabi olmayan devletler ile yoksulluğa yol açan keyfilik, kötü ekonomi yönetimi ve yolsuzluk gibi unsurlar arasında belirgin bir korelasyona işaret eder. Yani bu ülkelerde anayasacılığın başarısız olması kuşkusuz ekonomik koşullarla ilgilidir; bununla birlikte anayasacılığın eksikliğinin de bu ülkelerdeki ekonomik felaketleri pekiştirdiğini söylemek mümkündür.¹¹³

Etnik olarak bölünmüş toplumların homojen toplumlara nazaran demokrasiye çok daha fazla ihtiyaç duyduğu gözlemlenmektedir.¹¹⁴ Bu gözlem Hindistan gibi sosyal adaleti gerçekleştirmek bakımından büyük sorunlar yaşamış, ekonomik olarak gelişmekte olan (orta gelirli) ve etnik çeşitliliğe haiz heterojen toplumların yoksullukla mücadelesinde de karşımıza çıkmaktadır. Hindistan toplumunda yoksulluk ile anayasacılık arasındaki korelasyon paradoksal bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Zira 68 yıldır anayasal demokratik bir rejime sahip olan ülkede, anayasal devlet çoktan sağlam bir yapıya kavuşmuş ve demokratik pekişme ülkenin bağımsızlığını kazandığı 1947'den beri az gelişmiş ülkelerin aksine sağlıklı bir şekilde sürmesine rağmen,

¹¹³ Thiruvengadam ve Hessebon, a.g.e., s. 161.

¹¹⁴ Paul Collier, **Wars, Guns, and Votes: Democracy in Dangerous Places**, New York, Harper, 2009, s. 61-66.

tarihsel olarak ülkeyi kuşatan yoksulluk, derin bir mesele olarak sürmektedir. Bu bakımdan Hindistan anayasal bir demokrasiyi kurmasına rağmen, yoksulluğu etkili bir biçimde ortadan kaldıramayan ender örneklerden birini teşkil etmektedir.¹¹⁵

Bunun temel nedeninin Hindistan’da hem federal hem de federe düzeyde görülen sağlam ve sürdürülebilir siyasi iradenin eksikliği; yani kırılğan koalisyonlara dayanan yönetimlerden kaynaklanan yöreye özgü siyasi istikrarsızlık olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁶ Bu bakımdan Hindistan demokrasisindeki parçalanmışlık ve siyasi irade eksikliği, diğer başka aktörlerin devreye girerek yoksulluk ile mücadeleye dâhil olmasına yol açmıştır. Bu bağlamda yoksul kesimin menfaatleri adına eyleme geçen en önemli anayasal aktör kuşkusuz yargı organıdır. Benzerlerine kıyasla güçlü bir tasarıma sahip olan Hindistan yargısı, toplumunun yoksul ve güçsüz kesimleri adına hareket ederek yetkilerini genişletmiştir. Özellikle 1970’lerde sonları ve 1980’lerin başlarından itibaren yargı organı “kamu yararı davası” (*public interest litigation*) yoluyla toplumun dezavantajlı kesimlerini taleplerini dinlemeye ve etkili kararlar vermeye başlamıştır. 1980 ve 90’lar boyunca Hindistan Yüksek Mahkemesi, barınma, sağlık, eğitim gibi hakları anayasanın içinden çekip gün yüzüne çıkarmak ve bu hakların uygulanması için devlete talimat vermek suretiyle çığır açmıştır.¹¹⁷

Yoksullukla mücadelede yargı organının sorumluluk almasına yönelik benzer uygulamalara başka ülkelerde de rastlamaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecek bu yargısal uygulamalar, yoksullukla mücadele ile yargısal tutumlar arasında belirgin bir bağlantı olduğunu ileri sürmeye olanak tanımaktadır. Kuşkusuz farklı hukuk gelenekleri ve farklı anayasalarla işleyen ülkelerin deneyimlerinden

¹¹⁵ Thiruvengadam ve Hessebon, a.g.e., s. 165-166.

¹¹⁶ Sunil Khilnani, “The Constitution and Individual Rights: A Comment on Dr. Abhishek Singhvi’s *India’s Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives*”, **George Washington International Law Review**, Cilt 41 (2009), s. 365.

¹¹⁷ Thiruvengadam ve Hessebon, a.g.e., s. 167. Hindistan’da mahkemelerin yargısal aktivizmi benimsemesi ve kamu yararı davası yoluyla çeşitli sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik yargısal tutum, diğer örneklerle beraber detaylı bir biçimde ikinci bölümde incelenecektir.

hareketle bir genelleme yapmak kolay değildir. Ancak bu ülkelerde yoksullukla mücadeleye anayasal dinamiklerin katkısı bağlamında mahkemeler, sosyal hak taleplerinde yükümlülüğün dağıtımı ve sundukları çözümler bakımından ortak bazı nitelikler sunmaktadırlar.

III. SOSYAL HAKLARIN NORMATİF ANLAMI

A) HAK TEORİSİ AÇISINDAN

1. Sosyal Haklar Haktır

Bireylerin sosyal ihtiyaçlarını karşılamaya hakları olduğu iddiası, beraberinde hukukun genel teorisi bakımından “hak” kavramının da tartışılmasını gerektirir. Zira yukarıda zikredilen çözümlemede ileri sürülen “bireylerin düzgün bir yaşama sahip olmak için başkaları karşısında “haklara” sahip olduğu” hipotezi, bu iddia bağlamında “hak” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamayı da zorunlu kılar. Kuşkusuz “haklar” üzerindeki tartışma –aynı adalet gibi- normatif, analitik ve kurumsal değerlendirmeleri yansıtan bitmek tükenmek bilmeyen türden bir bahistir.¹¹⁸ Burada sadece sosyal haklar kavramına bir temel oluşturması bakımından ve bu kavramı desteklemek için ihtiyaç duyulduğu ölçüde “hak” kavramına yönelik yaklaşımlar değerlendirilecektir.

Genel olarak insan hakları hukukunda bir hakkın varlığının formülasyonu için kullanılan yaygın önerme şöyle ifade edilebilir: “X’in Z’den ötürü Y karşısında P’ye hakkı vardır.”¹¹⁹ Bununla birlikte “hak” kavramını izah etmek için başka önermeler de

¹¹⁸ Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, Oxford & New York, Oxford University Press, 2002, s. 283.

¹¹⁹ Alan Gewirth, **Human Rights: Essays on Justification and Application**, Chicago & London, University of Chicago Press, 1982, s. 2; Raymond Plant, “Needs, Agency, and Welfare Rights”, ed. J. Donald Moon, **Responsibility, Rights and Welfare: The Theory of the Welfare State**, Boulder & London, Westview Press, 1987, s. 55. (“A has a right to X against B in virtue of Y”) Biz bu formüle ilk defa Fabre’nin yukarıda zikrettiğimiz eserinde rastladık. Ancak Fabre bu formül için bir kaynak göstermiş değil. Daha sonra yaptığımız okumalarda ise Plant’in aynı formülü zikrettiği çalışması, bizi

ileri sürülmüştür. Örneğin Robert Alexy üç unsurlu bir hak modeli kurgulamıştır. Alexy'nin teorisi, hakları; “hakkın sebebi”, “hukuki konumlar ve ilişkiler olarak haklar” ve “hakların icra edilebilirliği” olmak üzere üç unsuru ele almak suretiyle kavramsallaştırmaktadır. Ancak merkez unsur, ikinci aşamadaki “hakların konumu ve ilişkiler”dir. Bu temel hukuki pozisyonlar ve ilişkiler sistemi ise kendi içinde üçlü bir yapıya sahiptir: (1) Bir şeye hakkı olmak (*right to something*), (2) özgürlükler (*liberties*) ve (3) yetkiler (*powers*).

Bir şeye hakkı olmak, hak sahibi (a), hakkın muhatabı (b) ve hakkın konusu (S) arasındaki ilişki ile açıklanmaktadır. Bu üçlü arasındaki ilişki ise (R) ile temsil edilmektedir. Dolayısıyla bir şeye hakkı olmanın en genel ifadesi, “RabS” olarak formüle dökülmektedir.¹²⁰ Sosyal haklar söz konusu olduğunda ise öne sürülen temel önerme şudur: “X kendisinin ahlaki değerinden dolayı devlet ve diğer taraflar karşısında düzgün bir hayata imkân sağlayacak kaynaklar için sosyal haklara sahiptir.”¹²¹ Aynı şekilde Alexy'nin formülasyonu da (a), (b) ve (S)'nin neyi temsil ettiğine bağlı olarak farklı haklar için geçerli olabilir. Örneğin (a) bir gerçek kişiyi, (b) devleti ve (S) bir ihmal ya da kusuru temsil ettiğinde klasik haklar (negatif haklar) ifade edilir. Oysa eğer (S) devletin pozitif bir edimini temsil ediyorsa bu sefer bir sosyal hak söz konusu olacaktır.¹²²

Son olarak neden “hakların diline” ihtiyaç duyulduğuna; yani hayırseverliğin, gönüllülüğün ve yardım kuruluşlarının yüklendiği ahlaki sorumluluklar varken, neden ihtiyaç sahipleri için ayrıca “haklara” gerek olduğuna da bir yanıt vermek gerekir. Bir iddiaya göre insanların gelir, sağlık ve eğitim gibi ihtiyaçlarını ahlaki olarak talep

bu formülün kullanıldığı ilk kaynak olarak Gewirth'in eserine ulaştırdı. Dolayısıyla bu formüle ilişkin ulaşabildiğimiz en eski kaynak Gewirth'in eseridir.

¹²⁰ Alexy, a.g.e., s. 285-286.

¹²¹ Fabre, a.g.e., s. 13.

¹²² Alexy, a.g.e., s. 286.

etmeleri zaten mümkün iken, bu talepleri bir de “hak” olarak görmeye gerek yoktur. Ancak sosyal haklar ile “hayırseverlik” arasındaki ayrım şudur: Yardımlaşma olgusu, yoksunluk içine düşmüş kişilerin ihtiyacını yeteri kadar karşılamaya yönelik çok düşük bir beklenti sunmaktadır. Zira birincisi bazı insanlar hasta, engelli ya da çok genç veya çok yaşlı olabilirler. İkincisi insanlar kendilerine yardım edecek bir aileye sahip olmayabilir ve yoksul insanlar çoğunlukla az gelirli ailelerden gelmektedirler. Nihayet yardım kuruluşlarının ihtiyaç sahiplerine sağlayabileceği kaynak, sorunun büyüklüğü karşısında çok sınırlıdır.¹²³

Özgürlük haklara dayanır ve kaynaklara bağlıdır. İnsanların çoğu özgür yaşam için gereken kaynakları kendi çabasıyla edinebilir; ancak herkes bunu sürekli olarak başaramayabilir. Özellikle hastalık, işsizlik, yaşlılık gibi risklerle karşı karşıya kalan kişilere bir güvence sağlanmadığı takdirde, insanların bir kısmının yoksulluğa düşebilir ve özgürlükten yoksun kalabilir. Bu insanlara özel kanallarla verilecek gönüllü destek ve yardımların ne geçmişte ne de şimdi hiçbir zaman yeterli olmadığı görülmüştür. Dolayısıyla yurttaşların, içine düştükleri zor durumlar karşısında başvuracakları nihai sığınak devletin sorumluluğu olmalıdır ki bu sorumluluk sosyal haklar ile varlık kazanmıştır.¹²⁴

2. Sosyal Haklar Menfaatleri Korur

Sosyal hakları temellendiren hak formüllerinde kullanılan “hak” teriminin hukukun genel teorisinde görülen hak teorileri bakımından neyi ifade ettiğinin üzerinde biraz daha durmak gereklidir. Zira bir kişinin “hak” sahibi olduğunu söylemek, bir mal ya da arzu ettiği her ne ise onun bu kişiye verilmesinin iyi, güzel ya da asil bir davranış olacağını söylemekten farklıdır. Hak sahibi olmak, emredici ve isteğe bağlı olmayan bir

¹²³ James W. Nickel, “Poverty and Rights”, *The Philosophical Quarterly*, C. 55, No. 220 (2005), s. 397.

¹²⁴ Ringen, a.g.e., s. 268-269.

gerekliliğe işaret eder.¹²⁵ Bu bağlamda geleneksel olarak yapılageldiği gibi sosyal hakları da diğer bütün haklar gibi “menfaat” ve “irade” teorilerinden hareketle irdelemek mümkündür; zira on dokuzuncu yüzyıldan beri “irade” ve “menfaat” teorileri, hakların niteliğini açıklamaya çalışan en yeterli teori olmak için yarışmaktadır.

John Austin’de köklerini bulabileceğimiz “irade” teorisinde bir bireyin bir hakka sahip olması, onun herhangi iradesinin veya tercihinin, özgürlüğünün tanınmasıdır. Buna karşılık Jeremy Bentham’da ilk izlerini bulduğumuz “menfaat” teorisine göre ise haklar için esas olan; sahiplerinin menfaatlerini, refahını korumak ya da geliştirmektir ki bu sosyal haklar için evleviyetle geçerli hak anlayışıdır.¹²⁶ Diğer bir ifadeyle, menfaat teorisine göre bir hakka sahip olmak, bu hak sahibinin bir menfaatinin normatif olarak korunduğu (ya da söz konusu hakkın hak sahibinin refahını koruduğu) anlamına gelirken; irade teorisinde hak sahibinin zorunlu olarak bir menfaatin normatif korunması söz konusu olmayıp, hak sahibi bir çeşit özgürlük, özerklik veya egemenliğe sahiptir.¹²⁷

Daha yakın geçmişte “irade” teorisinin bir versiyonunu savunan Hart’a göre; bir birey bir başka tarafın yapmak zorunda olduğu şeyi talep etmeyi ya da bundan feragat etmeyi seçebildiği zaman bir hakka sahip olabilir.¹²⁸ Bununla birlikte, Raz’ın öncülüğünü yaptığı “menfaat” teorisinin bir versiyonuna göre ise, bir kişi için ancak sahip olduğu bir menfaatin başka kişileri bir sorumluluk altına sokmaya yetecek kadar

¹²⁵ Alon Harel, “Theories of Rights”, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, s. 191.

¹²⁶ Alexy, a.g.e., s. 284.

¹²⁷ Siegfried Van Duffel, “Moral Philosophy”, **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, ed. Dinah Shelton, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 37.

¹²⁸ H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, C. 64, No. 2 (1955), ss. 175-191, *passim*.

önemli olması halinde haktan söz edilebilir.¹²⁹ Bu bakımdan “sosyal haklar” kavramındaki hak kelimesini açıklayan temel teori “menfaat” teorisidir. Sosyal haklar menfaatlere dayanır ve her birey refah içinde düzgün bir hayata sahip olmak menfaatine sahiptir.¹³⁰

3. Sosyal Hakların “Pozitif” Olduğu İddiası

Sosyal hakların sosyal eşitsizlikleri gidermekteki normatif değeri üzerine bir şeyler söylemek için, geleneksel olarak yapılan “negatif” ve “pozitif” haklar ayırımına değinmek gerekir. Zira kişisel ve siyasi hakların “negatif”, sosyal hakların ise “pozitif” haklar olduğu şeklideki geleneksel ayırım, anayasal sosyal hakları hem desteklemek hem de onlara karşı çıkmak için kullanılagelmıştır. Bu nedenle negatif ve pozitif haklar ayırımının gerçekten anlamlı olup olmadığını ve bu ayırımın sosyal haklarını gerekçelendirirken nasıl bir işlev göreceğini tartışmak gerekir.

Geleneksel olarak “negatif” ve “pozitif” haklar arasında yapılan ayırmda, hakkın niteliği ile yükümlülüğün niteliği arasındaki bağlantıya odaklanılmaktadır.¹³¹ Bu geleneksel anlayışa göre pozitif bir hak, bir miktar maddi gereksinim veya bir doktorun bakımı gibi bazı belirli malları talep etmekten ibaret iken; negatif bir hak, birisine bir şeyin yapılmaması hakkıdır. Pozitif haklar kaçınılmaz olarak kısıtlı kaynaklar karşısında ileri sürülür ve kaynak kıtlığı eninde sonunda bu taleplerin sınırlandırılmasına yol açar. Bununla birlikte negatif haklar, böylesine doğal ve kaçınılmaz sınırlamalara tabi değildir.”¹³²

¹²⁹ Raz, **The Morality...**, a.g.e., s.166. (‘X has a right’ if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X’s well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty.)

¹³⁰ Fabre, a.g.e., s. 15.

¹³¹ Fredman, a.g.e., s. 66.

¹³² Charles Fried, **Right and Wrong**, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978, s. 110.

Bu klasik ayrım bakımından negatif haklar, bireyleri devletin *müdahalesine* karşı koruyan haklar olarak nitelendirirken; sosyal haklar ise devlet tarafından bireylerin ihtiyaçları *gidermek* sağlanan için korumayı ifade eder. Her ne kadar “hakların bütünlüğü” yaklaşımı bu yapay ayrımının etkilerini ortadan kaldırmaya çalışsa da, gerçekte uluslararası insan hakları hukuku yapılanmasında bu ayrım açıkça kabul görmekte ve bu kategorik ayrım hem uluslararası toplumun hem de Batılı devletlerin iç hukuk koruma mekanizmalarında haklar arasında açıkça bir hiyerarşiye yol açmaktadır.¹³³ Şurası açıktır ki, uzunca bir süredir devletler ve bir bütün olarak uluslararası toplum, sıklıkla sosyal hak ihlallerine müsamaha gösterirken; kişisel ve siyasi haklara yönelik ihlaller çok daha önemli ve göz ardı edilemez olarak görülmüştür. Kuşkusuz bu durumun hukukun dışında kalan pek çok sebebi vardır. Ancak bunları incelemek bu çalışmanın amacının dışında kalır. Bu nedenle yapılabilecek olan, hem teorik hem de pratik bakımdan sosyal haklara yönelik bu ihmalkârlığın nasıl aşılabileceğini sorgulamaktır.

Bu kategorik ayrımdan yola çıkılarak yapılan değerlendirmeye göre, negatif ve pozitif haklar arasındaki ayrımın temel iki veçhesi vardır. Hakların yüklediği sorumluluğu esas alan bir ayrıma göre, bazı haklar sadece müdahale etmeme şeklinde negatif yükümlülükler yüklerken; diğer bazıları ise, sadece yardım ve kaynaklara erişime yönelik pozitif yükümlülükler yükler. Diğer bir ayrım ise kaynakların kısıtlı olduğu gerçeğinden yola çıkarak negatif hakların kısıtlı kaynaklarla ilgisi olmadığı için birbiriyle çatışmadıklarını; buna karşın, pozitif hakların doğrudan kaynaklara erişim amacıyla oldukları için birbirleriyle çatışma içinde olduklarını ileri sürer.¹³⁴

Hakları tasnif eden bu her iki ayrım da sosyal haklara karşı ileri sürülen itirazın temelini oluşturmaktadır. Buna göre pozitif haklar, hak sahiplerine doğrudan muhtelif

¹³³ Fredman, a.g.e., s. 66.

¹³⁴ Fabre, a.g.e., s. 41.

mal ve hizmetlerin sağlanması yükümlülüğünü devlete yükler ve zaten kıt olan kaynakların kullanımını etkilediği için birbiriyle çatışırlar. Dolayısıyla sosyal hakların, kişi hakları ve siyasi hakları kapsayan negatif haklar gibi anayasal koruma altına alınması anlamlı ve gerekli değildir.

4. Negatif/Pozitif Hak Ayrımının Geçersizliği

Ancak bu iddia kendi içinde sorunludur. Zira sosyal hakların anayasallaşması fikrinin reddedilmesi, ancak negatif ve pozitif haklar arasında gerçekten bir “yükümlülük” farkı olduğunun ispat edilmesi halinde mümkündür. Oysa bunu ispat etmek kolay değildir. Diğer bir ifadeyle haklar arasında bağlantılı yükümlülüklerin niteliğine göre yapılan ayırım yapay bir ayırmadır. Zira bütün haklar hem negatif hem de pozitif bir dizi yükümlülüğe yol açabilirler; yani bu iki gruba giren haklar arasında önemli etkileşimler vardır.¹³⁵ Çoğu yerde bu iki hak kategorisi birbiriyle iç içe geçmiştir veya birbirinin işlevine bürünmüştür. Dolayısıyla, sosyal hakların anayasalarda koruma altına alınması, “bu haklar ile diğer haklar arasında gerçekten bir yükümlülük farkı bulunmadığı” iddiası ile savunulabilir.

Bu iddiaya göre, negatif haklar sadece negatif yükümlülüklerden ibaret değildir; aksine bu haklar sahiplerine, diğer bireylerin negatif haklarını kullanırken maruz kaldıkları müdahaleler esnasında onlara yardım etmek ve bu negatif haklarını kullanmak için onlara gerekli kaynakları temin etmek gibi pozitif yükümlülük de yükler. Dolayısıyla eğer negatif haklara bütünüyle saygı gösterilecekse, bunun için bu hakların kullanılmasına yardım edecek kaynaklara yönelik hakların, yani pozitif hakların, da güvence altına alınması gerekir. Diğer bir ifadeyle negatif haklar, müdahaleden kaçınma şeklindeki negatif yükümlülüklerle ek olarak, kaynaklar üzerinde pozitif yükümlülükler de yükler. Bu tespit dolayısıyla denilebilir ki negatif ve pozitif haklar arasındaki

¹³⁵ Fredman, a.g.e., s. 65, 67.

yükümlülük farkı geçersizdir ve bu ayrıma dayanarak sosyal hakların anayasal koruma altına alınması reddedilemez.¹³⁶

Gerçekten de negatif olarak nitelenen haklar yakından incelendiğinde görülmektedir ki, bütün kişisel ve siyasi hakların devlete ve diğer kişilere hak sahibine müdahalede bulunmama yükümlülüğü getirdiği doğru değildir. Bazı geleneksel kişisel ve siyasi haklar, yarattıkları yükümlüğün niteliği bakımından “negatif” olabileceği gibi bazıları da “pozitif” olabilir. Yani negatif ve pozitif haklar, esasında birbirleri ile karşılıklı etkileşim içindedirler. Birbirlerini bütünleyen bu hakların her biri belirli bir menfaati belirli bir şekilde korur ve hepsi birlikte bu menfaatlerin tam anlamıyla korunmasına hizmet ederler.¹³⁷ Şöyle ki:

Örneğin “bir jüri önünde adil yargılanma hakkı” ve bunun bir açılımı olarak “şüpheli veya sanığın avukat yardımından yararlanma hakkı”nın geleneksel anlamda negatif bir hak olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bunların devletin gerekli maddi kaynağı sağlamaması halinde gerçekleşmesi beklenemez. Bu bakımdan, bireylerle mahkemeler arasındaki ilişkilere dair klasik kişi haklarının tamamı esasında pozitif haklardır. Keza mahkemeler “işkence yasağı” gibi devletin sadece müdahalede bulunmamasını çağıştıran hakların dahi, asgari bir geliri gerektirdiğine hükmetmişlerdir ki böylelikle muhtaç kişiler açlık veya soğuk yüzünden mağdur olmasınlar.¹³⁸ Benzer durum siyasi haklar bakımından da söz konusudur. Örneğin oy verme hakkının, devletin seçim için gerekli masrafları karşılaması ve gerekli organizasyon kaynağını yaratması şeklindeki pozitif edimi olmadan gerçekleşebilmesi mümkün değildir.¹³⁹

¹³⁶ Fabre, a.g.e., s. 42.

¹³⁷ *Ibid.*, s. 47.

¹³⁸ Gavin Phillipson, “Positive Obligations”, **The New Oxford Companion to Law**, ed. Peter Cane & Joanne Conaghan, Oxford, Oxford University Press, 2008, <http://www.oxfordreference.com.proxy.bc.edu/view/10.1093/acref/9780199290543.001.0001/acref-9780199290543-e-1692>. (Nisan 2015)

¹³⁹ Fabre, a.g.e., s. 44-45.

Öte yandan tersi durum için de bu etkileşim geçerlidir. Yani kişisel ve siyasi haklar da sosyal eşitsizlikleri -örneğin yoksulluğu- engellemek veya azaltmak için önemli araçlar olabilir. Bu bağlamda Amartya Sen'in işaret ettiği üzere, klasik düşüncünün aksine, siyasi haklara da "pozitif" bir rol düşebilir. Yazar, kıtlığı ele almakta ve çeşitli siyasi hakların tanınması ve kullanılmasının böylesine büyük facialardan sakınmayı kolaylaştırabileceğini belirtmektedir. Zira demokratik hükümet sistemi ve özgür basın olduğu hiçbir ülkede bugüne kadar güçlü bir kıtlığa rastlanmamıştır. Bu facialar daha ziyade eski krallıklar, otoriter rejimler, despotik ulusal liderler veya katı tek partiler ile yönetilen devletlerde karşımıza çıkmaktadır. Oysa bağımsız, düzenli seçimlerin gerçekleştiği, muhalefetin eleştirme imkânına sahip olduğu ve basının özgür bir şekilde haber verip, sansüre maruz kalmadan hükümet politikalarını sorgulayabildiği hiçbir ülkede kıtlık baş göstermemiştir. Sen'e göre kıtlık ile siyasi özgürlük arasındaki ters orantılı bu tarihi bağlantı sadece bir rastlantıdan ibaret değildir.¹⁴⁰ Çünkü:

"Demokratik ülkelerin genellikle zengin olduğu ve pek çok farklı sebepten ötürü bu ülkelerde kıtlığın yaşanmadığı gerçeği dikkate alındığında, siyasi haklar ile kıtlık arasındaki zıt ilişkinin yapay bir korelasyon olduğu ileri sürülebilir. Fakat Hindistan, Botsvana ve Zimbabwe gibi demokratik ama fakir ülkelerde de kıtlık görülmemektedir. Hindistan'da kıtlık bağımsızlığın kazanıldığı 1947'ye kadar görülmüştür. Ancak bağımsızlık ve çok partili demokratik sistem kurulduğundan beri ülkede -ciddi mahsul eksikliği ve yiyecek azlığı sıklıkla meydana gelmekle birlikte- esaslı bir kıtlık yaşanmamıştır. Öyleyse demokrasi ile kıtlığın meydana gelememesi arasında neden genel bir bağlantı beklemeliyiz? Cevap çok da zor değil. Kıtlık birçok ülkede milyonlarca insanın ölümüne yol açar. Krallar, başkanlar, bürokratlar, patronlar, askeri liderler ise asla açlık çekmezler. Eğer seçim, muhalefet partileri ve sansürsüz eleştiri platformları yoksa yöneticiler kıtlığı önleyememekten doğan siyasi sonuçlara katlanmak zorunda kalmazlar. Oysa demokrasi kıtlığın meydana gelmesinin cezasını yöneten gruplara ve siyasi liderlere keser."¹⁴¹

¹⁴⁰ Amartya Sen, "Freedom and Needs", **The New Republic**, C. 210, No. 2/3 (10-17 Ocak 1994) s. 33-34. *Business Source Complete*, EBSCOhost (erişim tarihi 7 Temmuz 2015).

¹⁴¹ Sen, "Freedom and Needs", a.g.e., s. 34.

Yukarıda sosyal hak kavramı “menfaat teorisi” ile temellendirilmişti. Bu bağlamda negatif ve pozitif haklar arasındaki iç içe geçme/birbirini tamamlamanın sebebini, Jeremy Waldron da menfaat teorisi bakımından mükemmel şekilde izah etmektedir. Waldron’a göre menfaat teorisinde haklar ile yükümlülükler arasında basit bir ilişki yoktur. Haklardan bahsedebilmek için bir bireyin bazı menfaatlerinin yeterli ahlaki öneme sahip olması gerekir ki, başkaları üzerinde bu haktan kaynaklanan talepler bir yükümlülük kurabilsin. Fakat belirli bir menfaat bu türden bir ahlaki öneme sahip olduğunda, bunun hakkın muhatabına sadece tek bir yükümlülük yükleyeceğini söyleyemeyiz. Zira menfaatler karmaşık olgulardır. Örneğin ifade özgürlüğü devleti siyasi sansür uygulamaktan menederken, aynı zamanda ona kamusal alanda ifade özgürlüğünü kullananların bu ifadelerden rahatsız olanların hiddetinden korunması ve rekabet eden konuşmacılar arasında bir ifadenin yok olup gitmesini engelleyecek düzen kurallarının koyulması gibi başka yükümlülükler de yüklemektedir.¹⁴²

Öyleyse negatif haklar söz konusu olduğunda bile hakkın kaynaklandığı menfaatin önemini dikkate almak gerekir. Zira bu “menfaat” testi, bir kişinin gerçekten bir hakka sahip olup olmadığının temelini oluşturur. Tekrar ifade özgürlüğü örneğine dönecek olursak, A ifade özgürlüğü hakkına sahip ve B de bu hakka saygı gösterme yükümlülüğü altında ise bu halde B kendisine ait ifade özgürlüğü kullanımını sınırlandırmak zorundadır. Dolayısıyla eğer A’nın hakkı B’nin bazı menfaatlerinin ciddi bir şekilde zarar görmesi sonucunda tanınmışsa, o halde A’nın hakkının B’nin menfaatini aşındırmayı gerekçelendirmek için yeterli derece önemli olmadığını söyleyebiliriz.¹⁴³ Öyleyse sadece pozitif haklar değil, negatif haklar bakımından da hakkın kaynağı olan menfaatin talep edilebilir olması hakları kategorileştirmek bakımından gerçekten bir anlam ifade etmez.

Sonuç olarak sosyal hakların normatif değeri için şöyle bir değerlendirmede bulunulabilir: Pozitif haklar yetilerimizi kullanma ve geliştirme esnasında bizi korumak,

¹⁴² Jeremy Waldron, “Rights in Conflicts”, *Ethics*, C. 99, No. 3 (1989), ss. 503-519, s. 510.

¹⁴³ D. M. Davis, “Socio-Economic Rights”, *Oxford Handbook-2012*, a.g.e., s. 1025.

refahımız için gerekli maddi araçları sağlamak ve bu kaynakları sağlamak için gerekli tedbirleri almak için devlete karşı ileri sürülebilir.¹⁴⁴ Örneğin bir kişinin temiz içme suyuna yönelik talebi, hayatta kalma ve temiz içme suyunun insan sağlığına katkısının taşıdığı önem ile izah edilebilir ve meşrulaştırılabilir. Dolayısıyla temel haklar, ortaya çıkardıkları yükümlülüğe göre tutarlı bir biçimde ayrıştırılamazlar; bu hakların odağında hangi tür yükümlülüklerin yer alacağını haklara bakılan ideolojik bakış açıları belirler. Eğer haklara müdahale etmeme olarak özgürlük anlayışı ile bakılırsa kişisel ve siyasi haklar münhasıran kendini sınırlama/sakınma yükümlüğü ile nitelendirilebilir. Oysa eğer özgürlük daha geniş anlamda, bir kişinin hakkını derhal kullanabilme yetisi olarak ele alınırsa kuşkusuz bu halde haklar pozitif yükümlülükler de ihtiva edecektir.¹⁴⁵

B. SOSYAL HAKLARIN UNSURLARI

Bu başlık altında yukarıda değindiğimiz temel hak formülünden hareketle sosyal hakların unsurları, yani yapısal özellikleri izah edilmeye çalışılacaktır. Yukarıda genel olarak hakları tanımlamak için verdiğimiz temel önermeye göre “X’in Z’den ötürü Y karşısında P’ye hakkı vardır.” Bu önermedeki unsurların ne anlama geldiği üzerinde durarak, sosyal hakların anayasa hukuku açısından niteliğini açıklamak mümkün olabilir. Önermedeki unsurları şöyle gösterebiliriz:

ŞEKİL 1: Sosyal Hakların Unsurları

X’in	Z’den ötürü	Y karşısında	P’ye	
↓	↓	↓	↓	hakkı vardır.
<i>hak sahibi</i>	<i>sebebi</i>	<i>muhatap</i>	<i>içerik</i>	

¹⁴⁴ Fabre, a.g.e., s. 47.

¹⁴⁵ Fredman, a.g.e., s. 67.

Bu formüldeki hakkın sahibi, hakkı yaratan sebep, hakkın muhatabı ve hakkın içeriğini inceleyerek, sosyal haklara yönelik önermemizin içeriğini doldurabiliriz. Diğer bir ifadeyle, önermedeki X, Y, Z ve P unsurlarının ne anlama geldiğini açıklayarak, sosyal hakların yapısal özelliklerini analitik bir biçimde belirleyebiliriz.

1) Sosyal Hakların Gerekçesi/Sebebi (Z): İnsan Onuru

Bu unsur sosyal hakların “özünü” ifade etmektedir. Bireylerin neden sosyal haklara sahip olması gerektiği, aslında sosyal hakların özünü teşkil etmektedir. Sosyal hakların özü ise insan onurunun korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle “X, insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmenin hukuki değerinden ötürü (Z), böyle bir hayat sürdürebilmek için gerekli kaynakları (P), Y karşısında talep etme hakkına sahiptir.” Bu nedenle bu kısımda anayasa hukuku açısından “insan onuru” (*human dignity*) kavramı üzerinde durulacaktır.

a) Genel Olarak

“İnsan onuru” başlı başına bir çalışmanın konusu oluşturabilecek niteliktedir ve kamu hukukunun hemen bütün dallarında inceleme konusu edilebilir. Ancak sosyal hakları meydana getiren en hayati unsur olarak insan onurunun incelenmesi, bu önemli konunun teknik anayasa tartışmaları içinde erimesini engelleyebilecektir. Dolayısıyla bu başlık sadece, sosyal hakların yapısal özelliklerinden ilk ve belki de en önemlisini sıfatıyla “insan onuru” üzerine bir sorgulamadan ibarettir.

İnsanlık tarihine bakıldığında insan onuru kavramı, çeşitli biçimler alan bir muğlak bir mefhum olarak görünmektedir. Kimi zaman anayasal çerçeveyi belirleyen bir siyasi ilke, bazen diğer hakların ve değerlerin yorumu ve uygulanmasında bir anahtar ve bazen de bizatihi icra edilebilir bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak çalışmanın konusu bakımından insan onuru kavramının ayırt edici niteliği şudur: Gücünü özgürlükten alan klasik liberal hakların (kişisel ve siyasi haklar) aksine, insan

onuru özgürlük ve eşitliğin maddi şartlarını kapsayarak sosyal hakların temelini oluşturur.¹⁴⁶ Dolayısıyla burada insan onuru kavramı, sosyal hakları gerekçelendirdiği ölçüde ve kapsamda irdelenecektir.

İnsan onuru, kuşkusuz siyasi, felsefi, ahlaki ve hukuki açıdan her platformda önemli bir tartışma konusudur. Anayasal hukuku bakımından nispeten daha yeni bir kavram iken felsefe, teoloji ve hukukun genel teorisinde uzunca bir geçmişe sahiptir. Her insanın doğasında var olduğu kabul edilen modern bir kavram olarak ise genellikle Aydınlanma hareketi ve Kant felsefesi ile ortaya çıkmıştır. Aydınlanma öncesi hukukta toplumdaki hiyerarşik sosyal yapının bir tezahürü olarak karşımıza çıkarken, Aydınlanmanın son zamanları ile birlikte bu anlayış terkedilerek, insan onuru özgürlük ve eşitlik kavramları yoluyla insanlar arasında eşitliği sağlamanın bir aracı olarak vücut bulmuştur.¹⁴⁷

Gerçekten de “onur” kelimesinin Latincedeki kökenine, *dignitas*, bakıldığında bu kelimenin yüksek sosyal statüdeki kişilere saygı için kullanıldığı görülmektedir. Örneğin eski Roma’da senatörler *dignitas* sahibi iken, kadınlar, köleler ve avam erkekler sahip değildi. Dolayısıyla *dignitas* insan doğası ile ilgili değil, kişilerin sosyal ve mesleki statüleriyle alakalı bir olguydu. Roma’da insan onuru, *dignitas*, günümüzde anlaşıldığı gibi evrensel bir ahlaki eşitlikten ziyade tam tersine insanlar arasında ayrımı belirleme işlevi görmekteydi. Dolayısıyla günümüze uzanan ve dünyanın çeşitli yerlerinde çeşitli toplumsal ve kültürel şartlar altında birbirinden tamamen farklı anlamlar yüklenen insan onurunun kökleri, insanların neden doğası gereği başkaları tarafından saygı gösterilmesi gereken evrensel bir değere (çağdaş anlamda insan

¹⁴⁶ Margit Cohn ve Dieter Grimm, “Human Dignity as a Constitutional Doctrine”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Sanders, London & New York, Routledge, 2013, ss. 193-203, s. 193.

¹⁴⁷ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 193.

onuruna) sahip olduğu ve bir başkasının ahlaki değerine saygı göstermenin anlamını daha iyi kavramaya da imkân vermektedir.¹⁴⁸

b) Anayasacılık Perspektifinden

Anayasacılık düşüncesi bakımından insan onuru erken dönem anayasacılık hareketinde önemli bir rol edinmemiştir. Öyle ki 20'inci yüzyılda yapılan anayasalara bakıldığında I. Dünya Savaşından sonra sadece birkaç anayasada insan onuru kavramına rastlanmaktadır. Nitekim 1900 ile 1945 yılları arasında yapılan sadece beş anayasa insan onuru kavramına yer vermiştir; 1917 Meksika Anayasası (m. 3/II/c)¹⁴⁹, 1919 Weimar Anayasası (m. 151)¹⁵⁰, 1934 Brezilya Anayasası (m. 115)¹⁵¹ ve 1937 İrlanda Anayasası (başlangıç)¹⁵² ve 1940 Küba Anayasası (m. 20).¹⁵³ Bu anayasalarda insan onuru, herkesin koşulları devlet tarafından güvence altına alınmış onurlu bir yaşam sürme imkânı olarak algılanmıştı. Ancak İkinci Dünya Savaşına yol açan felaketlerden sonra

¹⁴⁸ Paolo G. Carozza, "Human Dignity in Constitutional Adjudication", **Comparative Constitutional Law**, ed. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar, 2011, s. 459-460.

¹⁴⁹ "It shall contribute to a better human coexistence, to the end of strengthening the appreciation and respect for cultural diversity, the dignity of the person, the integrity of the family, the conviction of the general interest of society, the ideals of fraternity and equality of rights of all, avoiding the privileges of race, of religion, of groups, of sex or of individuals." (Adela Staines, Jefri J. Ruchti & Maria del Carmen Gress, trans., Political Constitution of the United Mexican States, 1917, as amended by decree (May 27, 2015) (HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2015) (erişim 8 Temmuz 2015)

¹⁵⁰ Die Verfassung des Deutschen Reichs („Weimarer Reichsverfassung“) vom 11. August 1919, Artikel 151: (1) "Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern." (http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung.pdf) (erişim 8 Temmuz 2015)

¹⁵¹ "A ordem economica deve ser organizada conforme os principios da Justiga e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existencia digna. Dentro desses limites, e garantida a liberdade economica." (Portuguese original text of the Constitution of 1934, HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2015) (erişim 8 Temmuz 2015)

¹⁵² "And seeking to promote the common good, with due observance of prudence, justice and charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations." (English text of the Constitution of 1937, HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2015) (8 Temmuz 2015)

¹⁵³ "All discrimination by reason [motivo] of sex, race, color, class, or any other damaging human dignity, is declared illegal and punishable." (Anna I. Vellvo Torras, trans., Constitution of the Republic of Cuba (July 5, 1940) (HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2010) (erişim 8 Temmuz 2015)

insan onuru, her insanın sırf insan olmaktan ötürü doğasında olan bir kavram olarak kabul edildi ve hızlı bir şekilde yeni anayasalara girdi. Savaş sonrası insan onuru kavramına ilk yer veren anayasalar ise 1946 Japonya (m. 24), 1947 İtalya (m.3, 41) ve 1949 [Batı] Almanya (m.1) anayasalarıdır.¹⁵⁴ Nihayet 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi de benzer nedenlerle “insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve bunların eşit ve devredilmez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlüğün, adaletin ve barışın temeli olduğu” ile başlayıp; 1’inci madde de “bütün insanlar özgür ve onur ve haklar bakımından eşit doğarlar” demektedir.¹⁵⁵

Bir hukuki kavram olarak insan onuru gerek Kıta Avrupası ve gerek *common law* sistemlerinde temel bir değere sahiptir ve günümüzde dünyanın hemen her yerinde insan onuru şu veya bu biçimde hukukun konusu haline gelmiştir. Anayasal açıdan ise 2012 sonu itibarıyla BM üyesi 193 ülke arasından 162 ülkenin anayasasında insan onuru terimine yer verdiği belirtilmektedir.¹⁵⁶ Ayrıca dünya üzerindeki bütün anayasaları internet ortamında derleyen bir projenin verilerine göre ise bu satırların yazıldığı tarihte (Mayıs 2015), dünya üzerindeki 194 anayasadan 149’unda “insan onuru” (*human dignity*), 159’unda “onur” (*dignity*) kavramı geçmektedir.¹⁵⁷ Yeryüzünde son yıllarda çok hızlı bir anayasa yapımı sürecine şahit olduğumuz düşünüldüğünde, bu veri en günceli yakalamak bakımından eksik kalsa dahi, bu haliyle bile insan onuru kavramının artık anayasacılığın mütemmim cüzü haline geldiğini göstermek bakımından çarpıcıdır.

¹⁵⁴ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 194; Doron Shulztiner ve Guy E. Carmi, “Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers”, **American Journal of Comparative Law**, C. 62 (2014), ss. 461-490, s. 461-465.

¹⁵⁵ Bildiri metnin çevirisi şu eserden alınmıştır: Gemalmaz, a.g.e., s. 3-19.

¹⁵⁶ Shulztiner ve Carmi, a.g.e., s. 461. Bu çalışmadaki veriler anayasalarda geçen sadece “onur” (*dignity*) terimi üzerinde değil insan onuru kavramına işaret eden kelimenin başka varyasyonlarını (*dignified*, *dignities*, *dignify*, *dignification*) da dikkate almaktadır. Ancak çalışma, tespit edilen bütün kelimelerin %91’inin “onur” (*dignity*) kelimesi olduğunu da kaydetmektedir. (*Ibid.*, s. 463)

¹⁵⁷ Constitute Project, <https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=dignity> (Mayıs 2015).

Anayasasında insan onuru kavramına hiç vermeyen BM üyesi 31 ülke bulunmaktadır.¹⁵⁸ Bunlar arasında malum anayasal yapısı nedeniyle değerlendirmeye alınamayan Birleşik Krallık ve anayasal blokta yer almakla beraber 1958 Anayasası metninde bulunmayan Fransa bir yana bırakılırsa, bu listede farklı sebepler yüzünden dünyanın en eski yazılı anayasasının –ABD- yer almadığını da not etmek gerekir. Gerçekten de 1787 tarihli ABD Anayasasının metni, yapıldığı ortam ve koşullar sebebiyle “insan onuru” ya da “onur” kavramını içermemektedir. İnsan onuru kavramının Amerika’da anayasal düzeyde normatif bir yapıya kavuşamaması, ABD’nin nevi şahsına münhasır yapısı ile ilgilidir. Kıta Avrupası’nda insan onuru kavramı tarihsel olarak kabullenilmiş ve sahip çıkmışken, Atlantik’in diğer ucunda bambaşka bir dünya yaratılmış ve bu yenedünyada Avrupalı değerler çeşitli sebepler göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla insan onuru anlayışının Amerika’da sahiplenilmemesi, hukuki olmaktan ziyade daha çok tarihsel ve sosyolojik bir olgudur.¹⁵⁹

Aslında ABD hukukunda insan onuru paradoksal bir rol oynamaktadır. Zira bir bakıma bütün ABD anayasal sisteminin halk egemenliği, temsili yönetim ve güçlü kişi hakları düzenleyerek belirgin bir insan onuru vizyonuna dayandığı söylenebilir. Ancak diğer taraftan Anayasanın orijinal metni (ve de ilk on değişiklik), devleti evrensel bir insana saygı anlayışına bağlılık altına almamış, aksine köleliği ve ırk ayrımcılığı yasaklamadığı için –daha sonra yapılan anayasa değişiklikleri ve bazı önemli yargı

¹⁵⁸ Shulztiner ve Carmi, a.g.e., s. 469. Bu ülkeler şunlardır: Avustralya, Bahamalar, Botswana, Kamerun, Kanada, Kıbrıs (1960), Danimarka, Djibouti, Fransa, İzlanda, Jamaika, Ürdün, Liberya, Lüksemburg, Malta, Marshall Adaları, Mauritius, Mikronezya, Nauru, Hollanda, Norveç, Palau, Katar, Senegal, Singapur, Tonga, Uruguay, Birleşik Krallık, ABD, Vanuatu, Zimbabwe.

¹⁵⁹ ABD hukukunda insan onurunun genel bir analizi için bkz. Carter Snead, “Human Dignity in US Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 386-393.

kararları ile ortadan kaldırılrsa da- insan onurunun ayaklar altına alınmasına açık ya da dolaylı yoldan yol vermiştir.¹⁶⁰

Onur kavramının tarihine bakıldığında Avrupa'daki aristokratik düzen ile birlikte gelişme kat ettiğini görürüz. Yani Kıta Avrupa'sında bundan iki yüz elli yıl önce daha ziyade toplumdaki yüksek statülü kişilerin (aristokrat sınıfı) menfaatlerini korumak için onur kavramına başvurulduğu gözlemlenmektedir. Bu gelenek ile yirminci yüzyıla gelindiğinde daha çok Avrupa'da insanların kendi onurlarını hukukun koruması altına almaları doğaldır. Dolayısıyla modern anlamda Avrupa'da insan onuru kavramına dünyanın ger kalanında çok daha fazla sahip çıkılması, ancak eski rejimin (*ancien régime*) miras bıraktığı karmaşık kolektif hafıza ile izah edilebilir. Bu bağlamda ABD'de bu türden bir feodal düzenin ve onun mirasının hiçbir zaman var olmaması, belirgin bir insan onuru doktrininin Kuzey Amerika'da yer bulamamasını yeterince açıklamaktadır.¹⁶¹

ABD Yüksek Mahkemesinin içtihadında ise “insan onuru” kavramı ilk kez 1946 tarihli *In re Yamashita* (327 U.S. 1, 29) kararında Yargıç Murphy tarafından yazılan karşı oyda kullanılmıştır.¹⁶² Daha sonra çeşitli kararlarda¹⁶³ insan onuru kavramı kullanılmışsa da, genel anlamda insan onurunun içtihadındaki rolü süreklilik arz etmeyen

¹⁶⁰ Gerald N. Neuman, “Human Dignity in the United States Constitutional Law”, **Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis**, ed. Dieter Simons ve Mafred Weiss, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 251-252.

¹⁶¹ James Q. Whitman, “Human Dignity in Europe and the United States: The Social Foundations”, **European and US Constitutionalism**, ed. Georg Nolte, New York, Cambridge University Press, 2005, s. 108-111. <<http://www.myilibrary.com?ID=41641>> (21 Mayıs 2015) Öte yandan her ne kadar ABD'de federal anayasa düzeyinde insan onuru kavramının normatif bir konumu yoksa da, çeşitli eyalet anayasaları bu kavrama yer vermekte ve hatta iki eyalet Anayasasında (Louisiana ve Montana) kişinin onuru bizzatı bir “hak” olarak yer almaktadır. (Snead, a.g.e., s. 387, dn 3.)

¹⁶² İnsan onuru tabirinin Yüksek Mahkeme kayıtlarındaki bu ilk kullanımında Yargıç Murphy karşı oyunda şöyle yazmıştır: “If we are ever to develop an orderly international community based upon a recognition of human dignity it is of the utmost importance that the necessary punishment of those guilty of atrocities be as free as possible from the ugly stigma of revenge and vindictiveness. Justice must be tempered by compassion rather than by vengeance.”

¹⁶³ *Trop v. Dallas*, 356 US 84 (1958); *Goldberg v. Kelly*, 397 US 254 (1970); *Powers v. Ohio*, 499 US 400 (1991); *Lawrence v. Texas*, 539 US 653 (2003); *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 (2011).

ve az gelişmiş kalmıştır.¹⁶⁴ Yüksek Mahkemenin insan onurundan en çok etkilendiği kabul edilen kararlardan biri olan *Lawrence v. Texas* kararında bile, “onur” (*dignity*) terimi sadece üç (3) kere geçmekte iken¹⁶⁵, “özgürlük” (*liberty*) kelimesi en az elli iki (52) defa geçmektedir. Dolayısıyla sırf bu örnek bile insan onurunun, Amerikan hukukundaki yerleşik hakları ve doktrinleri ayrıntılandırmak için kullanılan bir yorum aracı olmaktan öteye gidemediğini göstermektedir. Yakın gelecekte de muhtemelen Yüksek Mahkemenin insan onurunu hakların kaynağı olan temel bir ilke olarak tanımasının olası olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁶⁶

c) İnsan Onurunun Normatif Anlamı

Yirminci yüzyılın ortalarından beri insan onuru anayasa hukuku mimarisinin her tarafına nüfuz eden bir olgu haline gelmiştir ve dünyanın çeşitli yerlerinde mahkemeler bu kavramın gereklerini ve tanımlamak ve korumak sorumluluğunu üzerlerine almıştır. Bununla birlikte kavramın içeriğinin belirsizliği, kavramın farklı anayasal sistemler bakımından yeterince genel ve ortak bir anlama sahip olup olmadığını belirlemeyi ve onu sınırları belirli bir şekilde tanımlamayı güçleştirmektedir. Bu bağlamda en geniş anlamda insan onuru birbiri ile ilişkili iki fikre işaret eder: a) bütün insanların eşit ve içkin bir ahlaki değere sahip olduğuna dair ontolojik bir talep ve b) bütün insanların

¹⁶⁴ Vicki Jackson, “Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse”, *Montana Law Review*, C. 65 (2004), ss. 15-40, s. 16-17.

¹⁶⁵ Kararda insan onuru şu üç kelime öbeği içinde geçmektedir: “their dignity as free persons”; “personal dignity”; “dignity of the persons”.

¹⁶⁶ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 197. Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin 2015 yılında eşcinsel evliliğin yasaklanmasını anayasaya aykırı bulduğu ve dünya kamuoyunda büyük yankı uyandıran *Obergefell v. Hodges* kararındaki tutum (576 U. S.____ (2015) (http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), Amerikan yargıçlarının insan onurunu benimsemesindeki radikal gelişmeyi göstermesi bakımından çarpıcıdır. Beşe karşı dört oy çokluğuyla verilen ve Yargıç Kennedy tarafından yazılan kararda, insan onuru kavramı tam otuz (30) defa geçmektedir. Dolayısıyla *Lawrence v. Texas* kararından bu yana Mahkemenin insan onuruna yaptığı vurgudaki bu belirgin artış, gelecek dönemlerde de insan onurunun Amerikan yargı kararlarında daha sık rastlanılmasını mümkün kılabilir. Mahkemenin daha önceki pek çok kararında yaptığı gibi “özgürlük” ve “eşitlik” kavramlarına dayanmayıp, anayasada zikredilmeyen “insan onuru” kavramını öne çıkarması dikkat çekicidir. Bu bakımdan *Obergefell v. Hodges* kararı, lafzı aynı kalsa da ABD Anayasasının yorumunun değiştiğini, değişen toplumsal algıya ve yargısal yoruma uyum sağlayan anayasanın anlamının da evrildiğini göstermektedir. (Michèle Finck, “Human Dignity in *Obergefell v. Hodges*”, *Int’l J. Const. L. Blog*, 04.09.2015, <http://www.iconnectblog.com/2015/09/human-dignity-in-obergefell-v-hodges> (Eylül 2015).

başkaları tarafından saygı gösterilen bu eşit değer statüsüne ve başkalarınınkine de saygı duymak yükümlülüğüne sahip olmaya yetkilendirildiği normatif bir ilke. Farklı hukuk sistemlerinde kavramın bu özü üzerinde genel anlamda geniş bir uzlaşmanın var olduğu söylenebilir. Ancak insan onurunun gereklerinin daha ihtilaflı olduğu ve belirli bir sosyal, siyasi ve kültürel ortamda somut olarak belirlenmesi gerektiği hallerde insan onurunun anlamı üzerine büyük zorluklar ve çatışmalar ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁷ Nitekim bu nedenle birçok düşünür insan onuruna farklı anlamlar yüklemişlerdir. Ancak çağdaş insan hakları mimarisindeki önemi dolayısıyla insan onurunu kavramsallaştırma girişimleri bulmak da mümkündür.

aa) Yetkilendirme ve Sınırlandırma

Bu bakımdan insan onuru hakkında ileri sürülen iki önemli kavramsallaştırmaya değinmek mümkündür. Birincisi bireyin özerkliğine vurgu yaparak insan onurunu insanın yaradılışı itibariyle özünde sahip olduğu bir unsur olarak ele alan “liberal” anlayış, ikincisi ise gerektiğinde bireyin özerkliğini sınırlandıran ve devletin yükümlülüğüne kaynak oluşturan “muhafazakâr” anlayıştır. Bu ayrım Roger Brownsword tarafından sırasıyla “yetkilendirme olarak insan onuru” (*human dignity as empowerment*) ile “sınırlandırma olarak insan onuru” (*human dignity as constraints*) olarak adlandırılmaktadır.

Geniş anlamda bu ayrıma göre modern insan hakları düşüncesi ile sıkı bir bağlantı içinde olan liberal bakış bireyin tercih alanını genişletmek ve korumak için insan onuruna sarılırken, muhafazakâr bakış meşru bireysel tercihleri sınırlandırmanın bir aracı olarak insan onuruna başvurmaktadır.¹⁶⁸ Brownsword’a göre “özgürlük olarak insan onuru” bireylerin hayatlarına yön verebilmek için karar alıp tercihte

¹⁶⁷ Carozza, a.g.e., s. 459-460.

¹⁶⁸ Roger Brownsword, “Human Dignity from a Legal Perspective”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, s. 1.

bulunabilmesinin aracıdır. “Sınırlama olarak insan onuru” anlayışı ise bunun aksine toplum nezdinde kabul edilen medeni bir hayat fikrine bağlıdır ve insan onurunun bireyin tercihleri ve özerkliğinden bağımsız olarak ele alınabileceğini kabul eder.¹⁶⁹

İnsan onuruna yönelik bu iki çıkış noktası arasındaki çatışmanın ya da gerilimin tezahürünü bulmak için Brownsword çok da eski olmayan bir örneğe, Fransız Danıştayının 1995 tarihli meşhur “cüce fırlatma” davasında verdiği *Commune de Morsang-Sur Orge* kararına atıf yapmakta ve Danıştayın insan onuruna saygının kamu düzeninin kurucu unsurlarından biri olduğunu vurgulayarak, idarenin insan onuruna tehdit oluşturacak her türlü eylemi yasaklamasını hukuka uygun bulduğunu hatırlatmaktadır. Davayı kısaca hatırlayacak olursak:

“Fransa’da ‘cüce fırlatma (lancer de nain)’ denen ve oyuncuların bir cüceyi olabildiğince uzağa fırlatması şeklinde oynanan bir oyun vardır. ... Fırlatılan cüce haliyle bu oyundan para kazanır. Morsang-Sur-Orge Belediyesi Başkanı, 1991 yılında, belde sınırları içinde bu oyunun oynanmasını, insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle bir kolluk işlemiyle yasaklamıştır. Bu yasaklama kararına karşı açılan iptal davasında Versailles İdare Mahkemesi, Belediye Başkanının bu kararını kolluk yetkilerini aşan bir karar olarak görmüş ve iptal etmiştir. Bu kararı temyizen inceleyen ve bozan Fransız Danıştayı ise bu oyunun insan onuruna aykırı bir pratik olduğuna ve ‘insan onuruna saygının kamu düzeninin unsurlarından biri olduğuna’ ve dolayısıyla Belediye Başkanının ...bu oyunu yasaklayabileceğine karar vermiştir.”¹⁷⁰

Bireylerin bizzat kendilerinin, kendilerine karşı korunması da insan onuru kavramının gereği kabul eden cüce fırlatma kararı, sınırlama olarak insan onuru anlayışının, yetkilendirme olarak insan onuru anlayışı ile doğrudan çatıştığı çarpıcı bir örnektir. Zira bu olayda cüceler kendi geçim kaynakları olan bu oyunun yasaklanmasına

¹⁶⁹ Roger Brownsword, “Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the Dignitarian Alliance”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, C. 17 (2003), s. 20-28.

¹⁷⁰ Conseil d'Etat, Assemblée, 27 Ekim 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, RDCE, 1995, s. 372’den aktaran Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2008, s. 560. Bu kararın İngilizcesine Fransız Danıştayının İngilizce karar çevirilerinin yer aldığı adresten (<http://english.conseil-etat.fr/Judging>) 136727 dava numarası ile ulaşılabilir.

karşı çıkarken “yetkilendirme olarak insan onuru” anlayışına dayanmaktadır. Cüceler için temel mesele başkalarının kendi iradelerine karşı hareket edip etmediğidir. Bu gösterilerde kendi özgür seçimleri ile yer almaktadırlar ve idarenin kararı nedeniyle çalışma özgürlüğünden mahrum bırakılmak, kendilerinin onurunu zedelemektedir. Dolayısıyla cüceler açısından kararın özü cüce fırlatanların eylemlerinin cücelerin onuruna tehdit oluşturmamasından ziyade, Mahkemenin iyi niyetli paternalizminden ibarettir.¹⁷¹

Fransız Danıştay “sınırlama olarak insan onuru” anlayışı ile karar vermiştir. Mahkemenin dayandığı temel fikir cücelerin kendi onurlarını tehlikeye attıklarıdır ki bu bakış açısı insan onuruna diğer bütün değerlere ağır basan bir anlayışla yaklaşmaktadır. Cüce fırlatanların cücelere zarar vermek, onları küçük düşürmek veya aşağılamak niyetinde olmaması ya da cücelerin bu oyuna kendi rızaları ile katılması dava bakımından önemsizdir. Zira kamu düzeni bireyin özerkliğinin de sınırını oluşturur ve Mahkeme cücelerin kendi özsaygısına zarar veren bu tercihlerini, yanlış bilinç halinde bulunması hali olarak kavramıştır.¹⁷²

1949 Alman Anayasası’nın birinci maddesi “insan onurunun” (*Menschenwürde*) “dokunulmaz” (*unantastbar*) olduğunu belirtmekte ve devamında insan onuruna saygı gösterme ve onu korumanın devletin yükümlülüğü olduğu hüküm altına almaktadır.¹⁷³ Dolayısıyla bu düzenleme ile anayasa devlete açıkça insan onuru lehinde eyleme geçme yükümlülüğü vermektedir ve diğer temel hakların aksine insan onuruna herhangi suretle

¹⁷¹ Brownsword, “Bioethics Today...”, a.g.e., s. 30.

¹⁷² Brownsword, “Bioethics Today...”, a.g.e., s. 30. Benzer şekilde iki kavrayış arasındaki çatışmaya Kanada Yüksek Mahkemesinin kararlarında da rastlamak mümkündür. Bu konuda bkz. R. James Fyfe, “Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada”, *Saskatchewan Law Review*, C. 70 (2007), ss. 1-26.

¹⁷³ 1949 Almanya Anayasası Madde 1/1: “İnsan onuru dokunulmazdır. Onu korumak ve ona saygı duymak bütün devlet organlarının görevidir.” (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949), Artikel 1 (1): “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”; Basic Law for the Federal Republic of Germany (1949), Article 1 (1): “Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.”)

ihlal edilebilmesi olasılığını ortadan kaldırmaktadır. İnsan onuru Alman anayasal sistemi içinde korunan en yüksek anayasal değerdir; anayasada mutlak bir hak olarak düzenlenen insan onuru herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz; dolayısıyla insan onuru üzerine getirilecek herhangi bir sınırlama haddi zatında anayasaya aykırıdır.¹⁷⁴

Ancak devletin insan onuruna saygı gösterme ve onu koruma yükümlülüğü altında olması, bu korumanın insanların iradesine rağmen sürece olup olmadığını sorununu da beraberinde getirmektedir. Öyleyse şu paradoksal soruya cevap vermek gereklidir: İnsan onuru insanın kendi özerkliğini kısmak için kullanılabilir mi? Diğer bir ifadeyle bir kişi kendi onurunun hukuken korunmasından feragat edebilir mi? Zira eğer kişinin böyle bir yetkisinin olmadığı kabul edilirse paternalist bir insan onuru ile karşılaşılacaktır. Oysa Alman Anayasasının birinci maddesindeki insan onurunu güvence altına alan hüküm, bir taraftan bireylere kendi onurlarını korumak bakımından yükümlülük vermemekte, dolayısıyla da kişilerin devlet tarafından dayatılan belirli bir onur anlayışı edinmeye zorlanmayacağını varsaymaktadır. Üçüncü kişiler söz konusu olmadığı sürece insan onurunun ne anlama geldiğine karar verecek olan kişinin kendisidir. Bununla birlikte diğer taraftan insan onurunu güvence altına alan birinci madde aynı zamanda bireyleri kendi iradelerine rağmen ya da kendilerine karşı koruma (*Würde-Schutz gegen sich selbst*) amacıyla da olabilir.¹⁷⁵

Bu iki farklı insan onuru bakışının çatışmasının, uygulamada Alman mahkemelerinin bir çeşit insan onuru enflasyonu yaşamasına sebep olduğu ve bu nedenle anayasanın bu en yüksek değerinin sıradanlaşmasına ve değerinin

¹⁷⁴ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 202; Nigel Foster ve Satish Sule, **German Legal System and Laws**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 214-215.

¹⁷⁵ Olha O. Cherednychenko, **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions**, München, Sellier European Law Publishers, 2007, s. 250.

düşürülmesine yol açtığı belirtilmektedir.¹⁷⁶ Bu enflasyonun en meşhur örneklerini, insan onurunu hak sahibinin iradesine rağmen koruma eğilimindeki cüce fırlatma kararındakine benzer bir yaklaşımla ele alan Alman Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) içtihadında görmek mümkündür. Federal İdare Mahkemesi önce 1981’de, daha sonra da 1990 yılında önüne gelen *peepshow*¹⁷⁷ davalarında, Fransız Danıştayınıninkine oldukça benzer bir tutum sergilemiştir.

Alman Federal İdare Mahkemesi 1981 yılında verdiği ilk kararda (BVerwGE 64, 274), anayasanın birinci maddesinin, bu gösterilerde yer alan kadınların onurunu aksi iradelerine rağmen korumak için devletin bu gösterileri yasaklamasını gerektirip gerektirmediğine karar vermek zorundaydı. Davaya konu olan gösterilerde yer alan kadınlar buralarda çalışmayı kendileri seçtikleri ve kendi onurlarının ihlal edilmediğine inandıkları için mahkemenin işi çok çetrefilliydi. Mahkeme bu gösterilerin yasaklanmasını anayasada devlete yüklenen insan onurunu koruma yükümlülüğüne uygun buldu.¹⁷⁸ Olayda *peepshow* gösterisi yapmak için ruhsata başvuran davacının talebi, idare tarafından ilgili mevzuatın insan teşhirinin ahlaka aykırı işlemlere cevaz vermediği gerekçesiyle reddedilmiştir. İdarenin bu kararını denetleyen Federal İdare Mahkemesi, insan onuru kavramına dayanarak bu işlemi hukuka uygun bulmuştur. Federal Mahkeme kararda şöyle yazmaktadır:

“Peepshow yapan kadınların bu işi yaparken gönüllü olarak hareket etmesi gerçeği, bunun insan onuru ihlali olmasına bir istisna teşkil edemeyeceği gibi bu ihlalin gerekçesi de olamaz. İnsan onuru objektif, yok edilemez bir değerdir ki kişi bundan geçerli bir şekilde feragat edemez. (...)”

¹⁷⁶ Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2011, s. 202. Öyle ki yazar, kişinin ismindeki bir harfin yanlış yazımının (*oe* yerine *ö*) dahi insan onurunun ihlali olup olmadığının üç farklı olayda mahkeme kararına konu olması gibi tuhaf bir örneğe işaret etmektedir.

¹⁷⁷ Bu kelimeyi Türkçeye “dikiz şovu” olarak çevirmek mümkünse de kelimeyi İngilizce’deki sözlük anlamından yola çıkılarak izah etmek daha doğru olacaktır: “İçinden canlı bir çıplak kadının para karşılığı izlendiği kabin” (a booth from which a viewer can see a live nude model for a fee) *peepshow*. Dictionary.com. *Collins English Dictionary - Complete & Unabridged 10th Edition*. HarperCollins Publishers. <http://dictionary.reference.com/browse/peepshow> (Mayıs 2015).

¹⁷⁸ Foster & Sule, a.g.e., s. 215.

Burada insan onurunun önemi bireyin ötesinde olduğundan, kendi sübjektif fikirleri insan onurunun objektif değerinden sapmış olan kadınların isteği karşısında dahi insan onuru korunmalıdır.”¹⁷⁹

Bu karar şiddetli biçimde eleştirilmiş ve bireysel özgürlüğe müdahale olarak görülmüştür. İnsan onuru bireysel özerklik ile sıkı bir ilişki içinde olduğundan, kişinin onayı söz konusu olduğunda özerk bireyin onurunun gerçekten ihlal edilip edilmediğinin her olayda dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiği; bu davada Mahkemenin kendi onur anlayışını bireye dayatarak, insanı devletin bir nesnesi haline getirdiği ileri sürülmüştür.¹⁸⁰ Bu sert eleştiriler karşısında 1990 yılında aynı sorun yeniden önüne geldiğinde bu sefer federal mahkeme, dava konusu yasağın hukuki temeline yönelik yaklaşımını değiştirmiş ve *peepshow*’un yasaklanmasını hukuka uygun bulurken münhasıran ilgili mevzuatın ahlaka aykırı eylemlerin yasaklanabileceğine ilişkin hükmüne dayanmış, insan onurunu değerlendirmeye almamıştır (BVerwGE 84, 314).¹⁸¹

Nihayet Alman Federal İdare Mahkemesinin ikinci *peepshow* kararındaki içtihat değişikliğine benzer bir tutum değişikliği, Fransız Danıştayının yakın zamanlı bir kararında görülmektedir. Danıştay, 2010 yılında kamuya açık alanda peçe giyilmesini yasaklayan kanun tasarısı hakkında verdiği tavsiye kararında¹⁸², cüce fırlatma kararında benimsediği sınırlama olarak insan onuru anlayışından uzaklaşmış görünmektedir.¹⁸³

¹⁷⁹ Sabine Michalowski & Lorna Woods, **German Constitutional Law: The Protections of Civil Liberties**, Aldershot, Ashgate/Darhmouth, 1999, s. 105. Kararın Türkçe çevirisi, İngilizce çevirinin yer aldığı bu eserdeki metinden yapılmıştır.

¹⁸⁰ Michalowski & Woods, a.g.e., s. 106.

¹⁸¹ Cherednychenko, a.g.e., s. 251.

¹⁸² Kararın İngilizce resmi çevirisi Danıştay’ın internet sitesinde mevcut olup buradaki atıf bu çeviriyedir: Conseil d’Etat, “Study of possible legal grounds for banning the full veil: Report adopted by the Plenary General Assembly of the Conseil d’Etat Thursday 25 March 2010”, http://www.conseil-etat.fr/content/download/1910/5758/version/1/file/etude_voile_integral_anglais.pdf (Erişim 7 Temmuz 2015).

¹⁸³ Stephane Henne-Vauchez, “Human Dignity in French Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, s. 373.

Her ne kadar Danıştay'ın istişare fonksiyonu gereği verildiği için bağlayıcı olmayan bu karar hükümet tarafından benimsenmemişse de; Mahkemenin insan onuru kavramının peçe yasağına temel oluşturmaya uygun olmadığı ve hatta tehlikeli olduğuna işaret etmesi bakımından önemli bir gelişmeye işaret etmektedir. Danıştay neyin insan onurunu azaltacağı (değerini düşüreceği) neyin azaltmayacağını subjektif olduğunu belirtmiş; peçenin insan onuru gerekçesiyle yasaklanmasının uygulamada zaman ve mekâna bağlı olarak farklı yorumlara tabi tutulabileceğine işaret etmiştir.¹⁸⁴

Alman ve Fransız mahkemelerinin sergilediği bu iki farklı yaklaşım, Brownsword'un kavramsallaştırmasıyla birebir örtüşmekte ve bu bağlamda insan onurunun bir kere yargıçların elinde bir araç haline geldi mi, iki uçlu bir bıçak olduğu tezini doğrulamaktadır.¹⁸⁵ Öyleyse sonuç olarak bu kavramsallaştırma pratikte şöyle bir tablo çizmektedir: Yetkilendirme olarak insan onuru anlayışı insan hakları düşüncesi ile sıkı bir birliktelik içinde ve bireylere kendi kaderlerini yazarken kendi kendine karar veren yazarlar olma imkânı sunma amacındayken; sınırlama olarak insan onuru anlayışı insanlar için neyin belirleyici olduğuna (insanların onuru) kafa yoran Kantçı bir bakış açısı ile belirli bir toplumda medeni bir hayatı tanımlayan (ve böylece insan onuruna saygı duyan) bakış açısını bir araya getirmeye çalışmaktadır.¹⁸⁶

bb) Ampirik ve İçsel

İnsan onurunu kavramsallaştırmaya yönelik ikinci bir ayrımı Alan Gewirth'de bulmak mümkündür. Yazar biri “ampirik” (*empirical*) diğeri “içsel” (*inherent*) olmak üzere iki farklı insan onuru kavramına işaret ederek, insan onurunu ilkinde sosyal olarak

¹⁸⁴ “[T]he assessment of what does or does not detract from the dignity of the person is, at least potentially, comparatively subjective. ... It would therefore appear to be difficult to base a system of prohibition on grounds that may lend themselves to a range of different interpretations. In practice such interpretations are inevitably subjective, being influenced inter alia by circumstances of time and place.” (Conseil d’Etat, “Study of possible legal grounds...”, a.g.e., s. 22)

¹⁸⁵ David Feldman, “Human Dignity as a Legal Value-Part I”, **Public Law** (1999), s. 685.

¹⁸⁶ Brownsword, “Bioethics Today...”, a.g.e., s. 29.

tevdî edilmiş saygı; ikincisinde ise bütün insanların doğuştan sahip olduğu bir olgu olarak ayrıma tabi tutmaktadır.¹⁸⁷ Gewirth'e göre ampirik anlamda insan onuru, bir tür vakar veya adap ya da özsaygı veya özgüven gibi davranışları açıklayan özellikler anlamına gelir. Bu anlamda insan onuru bazı insanların diğerlerine karşı gösterdiği rastlantısal bir niteliklidir ve çeşitli olaylar neticesinde kazanılabilir veya kaybedilebilir ve duruma göre belirli bir ahlaki duruşa sahip olabilir ya da olmayabilir. Dolayısıyla ampirik anlamda insan onuru haklara sahip olmanın temeli değil, onun bir sonucudur.¹⁸⁸

Diğer yandan içsel anlayışa göre ise insan onuru, bütün insanlarda eşit olarak kendiliğinden var olan bir değer anlamına gelir ki bu değer tesadüfen değil doğası gereği zorunlu olarak bütün insanlarda mündemiçtir; sürekli ve değişmeyen bir değerdir ve insanların nasıl muamele görebileceğinin doğal sınırını oluşturur. Bir diğer ifadeyle eğer bir şeyin fiyatı varsa denk değerdeki başka bir şeyle takas edilebilir ya da yerine başka bir şey koyulabilir. Eğer bu değer bir kişinin arzuları ya da fikirlerine benzer türden ise ampirik anlamda insan onuru da başka bir şeyle yer değiştirebilir. Oysa içsel anlamda insan onuru başka hiçbir şeyle değiştirilemez ya da takas edilemez ve hiç kimsenin arzuları ya da fikirlerine bağlı değildir. Dolayısıyla içsel insan onuru anlayışı insan haklarının neticesini değil, temelini oluşturur. Bu anlamda insan onuru insan haklarının öncülüdür; yani kişiler doğaları gereği, kendiliğinden bir onura sahip oldukları için insan haklarına sahiptirler.¹⁸⁹

cc) Sentez: Sosyal Haklar İçin İnsan Onuru

Brownsword ve Gewirth'in çizdiği kavramsal çerçeveler, insan onurunun içeriği hakkında net bir fikir vermemektedir. Dolayısıyla bu olgunun içeriğini doldurmak

¹⁸⁷ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 194.

¹⁸⁸ Alan Gewirth, "Human Dignity as the Basis of Rights", **The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values**, ed. Michael J. Mayer ve William A. Parent, Ithaca & London, Cornell University Press, 1992, s. 12.

¹⁸⁹ Gewirth, "Human Dignity...", a.g.e., s. 12-13.

gereklidir. İnsan onurunun kişilere bahsettiği haller, Andrew Clapham tarafından dört unsurla belirlenmiştir. Clapham’a göre insan onuru;

- (1) insanlık dışı muameleyi, aşağılamayı veya küçük düşürmeyi yasaklar,
- (2) kişisel tercihleri mümkün kılarak bireyin kendini gerçekleştirmesi, kişisel tatmin ve özerkliğini güvence altına alır,
- (3) grup aidiyeti ve kültürün korunmasını sağlar ve
- (4) herkesin temel ihtiyaçlarının sağlanması için gerekli koşulları güvence altına alır.¹⁹⁰

Kuşkusuz bu temel unsurlar tüketici veya karşılıklı olarak dışlayıcı değildir ve kesin sınırlar üzerine kurulmamıştır; yani aralarında bir öncelik ya da üstünlük ilişkisi olmadığı gibi çoğu zaman bu unsurlar farklı toplumlarda iç içe geçebilir veya örtüşebilir. Örneğin geçmişi ırkçılıkla dolu bir ülkede insan onuru anlayışında her insanın içsel değerinden kaynaklanan eşitlik ön plana çıkarken, diktatörlükten kurtulan ülkelerde ise bireyin özerkliği ve kendini gerçekleştirmesi öne çıkabilir. Nüfusun büyük çoğunluğunun büyük bir yoksulluk içinde yaşadığı şartlarda ise insanların onurlu bir hayat için gerekli belirli yararlar edinebilmesi özellikle önemli olacaktır. Dolayısıyla insan onurunun içeriği ya da gerekleri belirli bir topluma ait sosyal, siyasi, ekonomik ve kültürel-tarihi koşullar altında belirlenecektir.¹⁹¹

Clapham’ın vurguladığı insan onurunun dördüncü koşulu -herkesin temel ihtiyaçlarının sağlanması için gerekli koşulları garanti altına alması- sosyal haklara işaret etmektedir. Buradaki “temel ihtiyaçların karşılanması” vurgusu, yukarıda sosyal hakların gerekliliğini ortaya koymak için izah edilmeye çalışılan bakış açısı ile örtüşmektedir. Keza yargısal pratiğe bakıldığında da, anayasalardaki sosyal hak

¹⁹⁰ Andrew Clapham, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, Oxford & New York, Oxford University Press, 2006, s. 545- 546’dan aktaran McCrudden (2008), a.g.e, s. 686.

¹⁹¹ Cohn & Grimm, a.g.e., s. 195-196.

hükümlerinin çeşitli biçimlerde yorumlanması yoluyla insan onuru ile sosyal haklar arasında sıkı bir ilişki kurulduğu görülmektedir. Dünyanın birçok yerinde mahkemeler, sosyal hakların devlet üzerinde insan onurunun gerçekleşebilmesi için gerekli olan asgari menfaatleri sağlama yükümlülüğü yarattığına işaret etmiştir.

Örneğin Güney Afrika Anayasa Mahkemesi yeterli yiyecek, giysi veya barınma imkânına sahip olmayan insanların toplumun temel değerleri olan insan onuru, özgürlük ve eşitlikten mahrum kalacağı üzerinde hiçbir şüphe olmadığını, bu nedenle de bir toplumda insan onuruna yaraşır biçimde yaşamak için gerekli temel ihtiyaçların herkese sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Güney Afrika Anayasası insan onurunu hem bütün diğer hakların korunmasının temelini oluşturan bir değer, hem de bu güvenceler için bir yükümlülük olarak düzenlemiştir.¹⁹² Anayasa bir yandan sosyal hakları düzenlerken, bir yandan da bütün hakların yorumlanması sırasında insan onuru, özgürlük ve eşitlik ilkelerinin mahkemeler tarafından öncelikle dikkate alınmasını emretmektedir. (m. 39)¹⁹³ Bu bağlamda anayasanın mihenk taşı olarak nitelendirilen insan onuru, Anayasa Mahkemesi tarafından sosyal hakların korunması ve icra edilmesi

¹⁹² 1996 Güney Afrika Anayasası'nın devletin niteliklerini belirleyen birinci maddesi şöyledir:

1. Güney Afrika Cumhuriyeti- Güney Afrika Cumhuriyeti aşağıdaki değerlere dayanan üniter, egemen, demokratik bir devlettir: a) İnsan onuru, eşitliğin gerçekleştirilmesi ve insan hak ve özgürlüklerinin ilerlemesi. **(1. Republic of South Africa-** The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.)

Anayasanın ikinci bölümünde düzenlenen temel hakların ilk hükmü olan yedinci madde şöyledir:

7. Haklar-(1) Bu Haklar Bildirgesi Güney Afrika demokrasisinin bir temel taşıdır. Yurdumuzdaki bütün insanların haklarını saklar ve insan onuru, eşitlik ve özgürlük demokratik değerlerini tasdik eder. **(7. Rights-**(1) This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.)

Keza anayasanın onuncu maddesi ise doğrudan insan onurunu düzenlemektedir:

10. İnsan Onuru- Herkes içkin onura ve ona saygı duyulması ve korunması hakkına sahiptir. **(10. Human dignity-** Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected.)

¹⁹³ **39. Haklar Bildirgesinin Yorumu-** (1) Bir mahkeme, divan ya da forum Haklar Bildirgesini yorumlarken (a) insan onuru, eşitlik ve özgürlüğe dayanan açık ve demokratik bir toplumun temelini oluşturan değerleri iletmelidir; (b) uluslararası hukuku dikkate almalıdır ve (c) yabancı hukuku dikkate alabilir. **(39. Interpretation of Bill of Rights-**(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum- (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.)

için yorumlanmış ve Mahkeme insan onurunun kişilerin içinde bulunduğu sosyal şartlardan ayrı görülemeyeceğini vurgulamıştır.¹⁹⁴

Benzer şekilde Hindistan Yüksek Mahkemesi de yaşama hakkını insan onuru ışığında yorumlayarak ulaştığı sosyal haklar içtihadında, yeterli besin, giyecek ve konut gibi temel ihtiyaçların onurlu bir hayat sürebilmek için sağlanması gerektiği hakkında devletin yükümlülüğüne dikkat çekmiştir.¹⁹⁵ Yüksek Mahkeme 1981 yılında verdiği bir kararda insan onuru kavramının Hindistan Anayasasının 21'inci maddesinde¹⁹⁶ güvence altına alınan yaşama hakkının (*right to life*) ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiştir: “Yaşama hakkı insan onuru ile yaşamayı içerir ve böylece yeterli besin, giyecek ve barınma gibi temel ihtiyaçlar ile birlikte var olur. Bu hakkın boyutu ve içeriği ülkenin ekonomik kalkınmasına bağlı ise de her halükârda yaşamın temel ihtiyaçlarını ve aktivitelerini sürdürebilmeyi kapsamalıdır. İnsan onuruna aykırı olan veya onu zayıflatan her eylem yaşama hakkından mahrumiyetine sebep olur.”¹⁹⁷

Aynı şekilde sosyal hakları icra etmek konusunda Güney Amerika'nın¹⁹⁸ lideri olarak kabul edilen Kolombiya'nın 1991 tarihli Anayasasının 1'nci maddesi ise devletin

¹⁹⁴ Evadne Grant, “Human Dignity and Socio-Economic Rights”, **Liverpool Law Review**, C. 33 (2012) s. 235-239.

¹⁹⁵ Cristopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, C. 19, No. 4 (2008), s. 693-694. Benzer örnekleri Kanada, Macaristan ve Almanya mahkemelerinin yaklaşımında da bulmak mümkündür.

¹⁹⁶ Constitution of India 1950 (As on 1 December 2011), “**21. Protection of life and personal liberty.** - No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.”

¹⁹⁷ Francis Coralie *Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi and Others* (1981) 1 SCC 608, §6 (<http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=10150>) (Erişim: 8 Temmuz 2015) (“The right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter.... The magnitude and content of the components of this right would depend upon the extent of the economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the right to the basic necessities of life and also the right to carry on such functions and activities.... Every act which offends against or impairs human dignity would constitute deprivation ... of this right to live....”)

¹⁹⁸ Genel olarak Güney Amerika hukukunda insan onuru kavramı için bkz. Claudia Lima Marques & Lucas Lixinski, “Human Dignity in South American Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 394-400.

insan onuruna saygıya dayandığını belirtmektedir.¹⁹⁹ Kolombiya Anayasa Mahkemesi de iddialı ve ısrarcı bir şekilde sosyal haklara ilişkin talepleri incelerken genel anlamda onurlu bir yaşamın (*dignified existence*) asgari gerekliliklerine dayanmış ve kişilerin onurlu bir yaşama erişebilmeleri için devletin mutlaka gerekli şartları yaratmak zorunda olduğunu ısrarla vurgulamıştır.²⁰⁰

İnsan onuru, kişilerin yapabileceklerini ve gelişmelerini sağlamak için gerekli maddi şartlarla ilişkisi bakımından, toplumun yoksul insanlara eşit değerde saygı göstermesini ve insanların mahrumiyetlerini sürekli kılan şartları düzeltmek için kaynakları derleyip toparlamasını gerektirir. Bu bağlamda sosyal haklar insanın hayatta kalması ve gelişebilmesi için kritik öneme sahiptir. Zira sosyal haklar sadece metalar sağladığı için değil değerli değildir ve fakat insanlara olmak ve yapmak istedikleri adına imkânlar sağladıkları için değerlidir. Dolayısıyla en temel ihtiyaçlarının karşılanmaması dolayısıyla bireyin ve toplumun yoksullaşması, insanların hem bir birey hem sosyal varlıklar olarak insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmek için gerekli koşulları sağlamadaki kolektif başarısızlığın bir neticesidir.²⁰¹ Diğer bir ifadeyle bireyler ve toplumsal grupların yaşamını sürdürmek için gereken temel ihtiyaçlardan mahrumiyeti, insan onuruna verilen değerdeki sosyal bir arızanın göstergesidir.²⁰² Bu bağlamda insan onuru, sosyal hakların korunmasında temel norm olarak ele alındığında, onurlu bir

¹⁹⁹ 1991 Kolombiya Anayasası, Madde 1: “Kolombiya üniter bir devlet biçiminde örgütlenmiş, bölgesel birimlerinin özerkliği ile adem-i merkezi, demokratik, katılımcı ve çoğulcu, insan onuruna saygıya, kendisini meydana getiren insanların emeğine ve dayanışmasına ve kamu yararının hakimiyetine dayanan bir sosyal hukuk devletidir.” (Constitution of Colombia 1991, Article I: “Colombia is a social State of law [Estado social de derecho] organized in the form of a unitary Republic, decentralized, with the autonomy of its territorial units, democratic, participatory, and pluralistic, based on the respect for human dignity, on the work and the solidarity of the persons who compose it, and the prevalence of the general interest.”) (Anna I. Vellvo Torras, Jefri J. Ruchti & Maria del Carmen Gress, trans., Political Constitution of Colombia of 1991, as consolidated to Legislative Act No. 1 (July 15, 2013) (HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2013) (Erişim: 8 Temmuz 2015))

²⁰⁰ Daniel M. Brinks ve William Forbath, “The Role of the Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, ed. Randall Perrenboom & Tom Ginsburg, New York: Cambridge University Press, 2014, ss. 221-245, s. 240.

²⁰¹ Sandra Liebenberg, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, C. 21 (2005), ss. 1-31, s. 1-3.

²⁰² Liebenberg, a.g.e., s. 23.

yaşam için gereken şartlara sahip olmayanların buna yönelik taleplerine meşruiyet kazandırdığı gibi, ilgili her bir birey ya da grubun ihtiyaçlarından mahrumiyetinin gerçek etkisini dikkate almayı da sağlamaktadır.²⁰³

Sonuç olarak bütün insan hakları düşüncesinin temelinde yer alan insan onuru, bireyin sırf insan olması sebebiyle kendisinden menkul değerine başkaları tarafından da saygı gösterilmesini gerektirir. Öyleyse insan onuru sadece klasik kişi haklarına değil, aynı zamanda sosyal haklara da yol açar. Dolayısıyla insan onurunu tam anlamıyla koruma altına almak, devlete yüklenecek pozitif yükümlülükleri berraklaştırmayı gerektirir. Bu anlamda kişilerin her koşulda işkence yasağı, ifade özgürlüğü ya da vücut bütünlüğü gibi değerlerine sahip oldukları onur nedeniyle müdahale edilmemesini istemeleri ne kadar haklıysa; evsiz ve sokakta yaşayan, hiçbir sağlık hizmeti alamadığı için ya da temiz içme suyuna erişemediği için sürekli hasta olan bireylerin de bu mahrumiyetlerinin giderilmesini talep etmek için kendilerinden menkul olan onurlarına sarılmaları o kadar değerlidir.

Bireyler onurlu bir hayat sürdürebilmek ve buna saygı gösterilmesini mümkün kılabilmek için belirli başlı temel kaynaklara ihtiyaç duyarlar. Bu bakımdan insan onuru, devletin dezavantajlı bireylere ve gruplara vereceği sosyal desteğin, yani bireylerin talep edebileceği sosyal hakların temelini oluşturur. Nitekim ikinci bölümde incelenecek olan örneklerin de ortaya koyacağı gibi birçok durumda insan onuru, kişinin özel hayatının ötesine geçerek yoksulluk ve mahrumiyet içinde yaşayan toplumların ya da bireylerin koşullarına teşmil edilmektedir. Özellikle korunmaya muhtaç grupların sosyal ve ekonomik şartlarının güvence altına alınması bakımından insan onuru ile eşitlik arasındaki ilişki Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan'da açıkça görülmektedir.

²⁰³ Liebenberg, a.g.e., s. 18.

İnsan onuru sosyal haklara bağlılığın tek gerekçesi değilse de, kesinlikle sosyal hakların temelinde yer alan bir değerdir. Zira eğer insanlar kendi iyiliği için varlarsa (*ends-in-themselves*), insan hayatının maddi koşulları için gerekli ve mevcut olan şartlara sahip olacak şekilde davranılmalıdırlar.²⁰⁴ Dolayısıyla sosyal hakları koruma altına almak klasik kişi haklarını koruma altına almak düşüncesinden daha az değersiz ya da işlevsel olmadığında göre, insan onuru bütün hakların özünde yer alan temel ahlaki değer olarak sosyal hakların da evleviyetle temelini oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle insan onurunu korumak kaygısı, sosyal hakları koruma amacı için yeterli ve geçerlidir.

2) Sosyal Hakların Sahibi/Yararlanıcıları (X)

Sosyal haklar da tüm insan hakları gibi “herkesin” haklarıdır. Zira insan hakları teorisinde, genel olarak “hakların bütünlüğü” ilkesi geçerlidir. İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesi gereği birey, “ancak tüm haklarından aynı anda ve tam olarak yararlanabiliyorsa insan haklarının tümüyle güvence altına alındığından söz edilebilir”; dolayısıyla insan haklarının bütünlüğü, sosyal hakların “insan hakları ailesinin ayrılmaz bir parçası” olarak görülmesini ve “diğer haklarla yanı muameleye tabi tutulmasını” zorunlu kılar.²⁰⁵ Bütün insan hakları bireyler içindir ve sosyal haklar da bireylerin haklarıdır. Öyleyse sosyal haklara da, tüm diğer insan hakları gibi, “tüm insanların” doğuştan sahip olduğu, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklar olarak yaklaşılması, insan haklarının tanımı gereğidir.

Tanör’e göre sosyal haklar “iktisadi ve sosyal yönden zayıf durumdakilerin hakları” olarak belirmektedir ve aslında “hukuk metinlerinde ‘herkes’e tanınmış gibi görünen haklar(ın) büyük bir bölümü aslında iktisaden zayıf durumda bulunan kişilerin

²⁰⁴ Matthias Mahlmann, “Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders”, **Oxford Handbook-2012**, a.g.e, s. 391.

²⁰⁵ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 74.

haklarıdır.”²⁰⁶ Bu önerme, ilk bakışta sosyal hakları belirli kişi ve gruplara özgüler gibi gözükmekle birlikte, aslında yukarıda verdiğimiz temel formülü -minimum düzgün bir hayat için gerekli kaynakları talep etmeye herkesin hakkı olduğu- reddetmemektedir. Ancak “iktisadi yönden zayıf” olanları vurgulamakla Tanör, herkesin günün birinde bu duruma düşebileceğini hatırlatarak, son tahlilde sosyal hakların özellikle ekonomik zorluk yaşayan kişilerin düzgün bir hayat sürmeyi talep edebilmesini aslında yine bütün insanlığa hasretmektedir.

Dolayısıyla “sosyal hakların öznesi kimdir” sorusuna şu yanıt verilebilir: İnsan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürme hakkı dolayısıyla gerekli kaynakları talep etmeye, bu ihtiyaçları karşılayamayan “herkesin” Y karşısında hakkı vardır. Dolayısıyla bu önermede hak sahibi/hakkın yararlanıcıları (X) bütün insanlardır ve eğer bu önerme doğru ise sosyal haklar evrenseldir; her insan sosyal hakları talep edebilir. Bu bağlamda X, “ihtiyacı olan her bir kişi” olarak belirlenmelidir.

3) Sosyal Hakların İçeriği/Kapsamı (P)

İnsanlar eğer bazı “temel ihtiyaçları” karşılanmazsa düzgün bir hayat sürdüremezler. Dolayısıyla bireylerin düzgün bir hayat sürdürebilmesi için gereken minimum ihtiyaçların belirlenmesi gereklidir. Böylelikle sosyal hakların içeriği de tayin edilebilir.²⁰⁷ Kuşkusuz insanların düzgün bir hayat sürmek için gereken ihtiyaçlar kişiden kişiye değişebilir ve toplumsal, siyasal, ekonomik ve kültürel pek çok etken bu ihtiyaçların tespitini zaman ve mekâna göre farklılaştırabilir. Ancak siyasi olarak örgütlenmiş hemen hemen bütün toplumlarda şu taleplerin bireylere asgari bir hayat seviyesini sağlama gerekli olduğu ileri sürülebilir: “İnsanlar açlık çekmemelidir”; “hiç kimse düzgün bir tıbbi müdahaleye ulaşmaktan mahrum bırakılmamalıdır” ve “herkes

²⁰⁶ Tanör, a.g.e., s. 76-77.

²⁰⁷ Fabre, a.g.e., s. 18.

temel ihtiyaçlarını karşılayabilmelidir.”²⁰⁸ Bu temel ve basit görünen talepleri “sosyal minimum” olarak adlandırmak mümkündür. Ancak bu sosyal minimumun niteliği yoğun bir tartışmanın konusudur.

Meseleyi daha iyi betimlemek için konut hakkını gerekçelendirmek üzere sunulan farklı önermeler faydalı olacaktır. Henry Shue, konut hakkının temelini bireyin “hayatta kalma” (*survival*) içgüdüsünden kaynaklanan, doğa şartlarında açıkta kalmaktan korunma hakkından çıkarmaktadır.²⁰⁹ Oysa aynı hakkı Jeremy Waldron uyku, tuvalet ihtiyacı, banyo gibi faaliyetler için bir mekâna ulaşma hakkına temel oluşturan “özgürlük” ile gerekçelendirmektedir. Zira bu tür faaliyetler, kamusal alanda ve diğer bütün özel mülkiyete tâbi yerlerde yasaklanmıştır.²¹⁰ Görüldüğü gibi her iki argüman da aynı sosyal hakkı, birbirinden tamamen farklı gerekçelerle temellendirmekte ve neden bazı olguların –hayatta kalma ve özgürlük- üstün veya temel öneme sahip olduğunu açıklamaktadır.²¹¹ Dolayısıyla tek başına bu örnek bile, sosyal hakları temellendirmekteki karmaşıklığı göz önüne sermeye yeterlidir. Öyleyse, düzgün bir hayat sürebilmek için, hangi kaynaklara ne ölçüde erişebilme imkânının bireylere talep edilebilir haklar olarak sağlanması gereklidir?

²⁰⁸ Stuart White, “Social Minimum”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum> (Nisan 2015) (Bu kaynağın internet ortamında yalnızca HTML versiyonuna ulaşılabilirdiğimiz için, bu ve bundan sonraki atıflarda sayfa numarası veremiyoruz.)

²⁰⁹ Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy**, 2nd Ed., New Jersey, Princeton University Press, 1996, s. 23-25. Keza bir başka yazara göre de insanların asgari menfaatlerinden biri, hayatta kalmalarını tehdit edecek koşullara maruz kalmamalarının sağlanmasıdır. Bkz. David Bilchitz, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 188.

²¹⁰ Jeremy Waldron, “Homelessness and the Issue of Freedom”, **UCLA Law Review**, C. 39 (1991), s. 310-311. (“In order to work out whether a particular person is free to sleep or wash, we must also ask whether there are any prohibitions of place that apply to his performance of actions of this type. As a matter of fact ... Most private places, for example, are off-limits to us for these (or any other) activities. ... Most homeless people do not have jobs and few of them are allowed inside restaurants. ... Above all, they have no homes. So there is literally no private place where they are free to sleep or wash.”)

²¹¹ Katherine G. Young, **Constituting Economic and Social Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 35.

Sosyal hakların amacı, insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmek için bireylerin asgari koşulları, yani “minimal düzgün hayat beklentilerini” sağlamak olmalıdır.²¹² Yoksa insanların her türlü ihtiyacını sınırsız bir biçimde sosyal haklar yolu ile karşılamak rasyonel bir imkân değildir. Bu bağlamda sosyal hakların temelinde yatan sosyal minimum, bireylerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmesini sağlamak için belirli bir toplumun koşullarında ihtiyaç duyduğu yeterli kaynakları ifade eder.²¹³ Bu kaynaklar nakdi menfaatler, hizmetler ya da ayni (konut, tıbbi malzeme, okul malzemesi vb.) menfaatler olabilir; önemli olan bunların miktarının (niceliğinin) ne olacağı ve nasıl tespit edileceğidir.²¹⁴

Peki, eğer sosyal hakların temelinde insan onuruna yaraşır bir yaşam için gerekli asgari “temel ihtiyaçlar” yatıyorsa, bu temel ihtiyaçlar nelerdir? İhtiyaç kavramı muğlak olmakla birlikte, genel anlamda bu soruna iki şekilde cevap verilebileceği belirtilmektedir: “Araçsal” veya “kategorik”. İhtiyacın araçsal anlamı “P’nin, Y için X’e ihtiyacı var” (P needs X in order to Y) şeklinde ifade edilir ki bu durumda Y’nin uygun bir hal olup olmadığı veya belirsizliği üzerinde tartışma yaşanacaktır. Yani bir şeye başka bir şey dolayısıyla ihtiyaç duyulması, ihtiyaç kavramını sınırsız kılabilir. Kategorik anlamda ihtiyaç ise daha dar bir olguya işaret eder: “P’nin X’e ihtiyacı var” (P needs X). Yani dar anlamda ihtiyaç bağlamında “P tahammül edilebilir bir hayat yaşayabilmenin minimum bir koşulu olarak X’e ihtiyaç duyar.”²¹⁵ Dolayısıyla “temel ihtiyaçlar” bireyler için ilave, ihtiyari ya da heves edilen menfaatleri değil; yaşanılabilir hayat sürdürebilmek için zaruri olan minimum maddi menfaatleri ifade etmektedir.²¹⁶

²¹² Fabre, a.g.e, s. 23.

²¹³ White, a.g.e.

²¹⁴ King, a.g.e., s. 29.

²¹⁵ Jeremy Waldron, “Rights and Needs: The Myth of Disjunction”, **Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives**, ed. Austin Sarat & Thomas R. Kearns, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1996, s. 92.

²¹⁶ Young, a.g.e., s. 35.

Buna göre insanlar hayatta kalabilmek için temel ihtiyaçlarını gidermek zorundadır ve kategorik anlamda temel ihtiyaçlar “yaşama hakkı” ile doğrudan bağlantılıdır. Yani yaşama hakkı ile sağlık ve konut gibi temel ihtiyaçlar arasında sezgisel bir ilişki bulunmaktadır.²¹⁷

İnsan ihtiyaçları karmaşık ve sonsuzdur. Keza bazı ihtiyaçlar zaman ve mekândan bağımsız, evrensel olarak herkes için söz konusu olabileceği gibi bazıları ise içinde bulunulan zaman ve mekâna bağlı olarak da belirlenebilir.²¹⁸ Gough ve Doyal’e göre “ihtiyaçlar her birey tarafından farklı anlaşılabilecek öznel istekler olamayacağı gibi, planlamacılar ve siyasetçilerin anladığı gibi statik niteliğe sahip durumlar da değildir. İhtiyaçları tespit etme ve karşılama süreci devingen ve ucu açık bir süreçtir.”²¹⁹ Dolayısıyla burada insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmek için sosyal hakların temelinde yatan asgari ihtiyaçları tespit etme çabasının ötesinde bir amaç yoktur.

Kuşkusuz “hayatta olmak” en önemli ihtiyaçtır ve bunun için asgari düzeyde yiyecek ve suya ihtiyaç olduğu gibi, ciddi bir sağlık sorunu halinde tıbbi müdahale ihtiyacı da elzemdir. Ayrıca aç, susuz, üşümüş, hasta ve evsiz bir bireyin özgür olduğu söylenemez. Bu nedenle gerçek özgürlük için temel ihtiyaçlarımızı giderebilmeyi mümkün kılacak gelire ihtiyacımız vardır. Dahası entelektüel kapasite için belirli ölçüde eğitim gereklidir. Dolayısıyla insan onuru gereği bireylerin her şeyden önce geçinmek için asgari ücret, sağlık yardımı, eğitim ve konut ihtiyaçlarının karşılanması gerekir.²²⁰

²¹⁷ Young, a.g.e., s. 37-38. Bu bağlantı ulusal yargı organları tarafından da teyit edilmiştir. Hindistan ve Kanada Yüksek Mahkemeleri’nin acil tıbbi müdahale, barınma ve asgari ücret gibi sosyal hakların korunmasını içeren yaşama hakkı davalarına yönelik kararları bilinmektedir. Bu örnekler detaylı şekilde ikinci bölümde incelenecektir.

²¹⁸ Fabre, a.g.e., s. 18.

²¹⁹ Ian Gough & Len Doyal, **A Theory of Human Needs**, New York, The Guilford Press, 1991’den aktaran Başak Ekim Akkan, “Sosyal Hak Talebi Olarak Bakım İhtiyacı”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, der. Pınar Uyan Semerci, İstanbul, İstanbul Bilgi Üni. Yay., 2010, s. 58.

²²⁰ Fabre, a.g.e., s.19-20.

Bir düşünürün belirttiği gibi, insan hakları sadece iyi bir yaşam idealleri değildir; daha ziyade insan hakları düşüncesinin temel kaygısı insanlara *asgari düzeyde iyi bir hayatın* negatif veya pozitif şartlarını sağlamaktır.²²¹ Öte yandan hak kavramının temel amaçlarından biri, kendilerini korumak için çok güçsüz olanların düştüğü acziyete karşı asgari bir koruma sağlamaktır. Zira temel haklar, bazı temel ihtiyaçların mahrum kalmaya veya kalma olasılığına karşı sosyal garantiler ihtiva ederler. Bir diğer ifadeyle temel haklar güçsüz kesimlere kendilerine en çok zarar verecek güçler karşısında bir veto yetkisi verme girişimine benzetilmektedir. Dolayısıyla temel haklar, herkesin insanlığın geri kalanından talep edebileceği minimum makul (akla uygun) talepleri ifade etmektedir.²²² Öyleyse sosyal haklar yoluyla hakkın muhatabından talep edilecek minimum kaynakların neler olduğunu tespit etmek gereklidir. Zira hakkın muhatabından belirsiz, ucu açık veya muğlak yükümlülükler talep etmek zordur.

Henry Shue sosyal hakları esas olarak “asgari ekonomik güvence” (*minimal economic security*) ya da “geçim” (*subsistence*) ile ilişkilendirerek tespit etmekte ve geçimin temiz hava, temiz su, yeterli gıda, yeterli giyecek, uygun barınma ve asgari düzeyde koruyucu sağlık hakkını içerdiğini ileri sürmektedir. Shue “temel ihtiyaçların” altında yatan temel fikri, trajik olaylar hariç, normal uzunlukta ve makul düzeyde aktif ve sağlıklı bir hayattaki düzgün şans için gerekenler olarak tanımlamaktadır.²²³ Benzer şekilde, Brian Orend de insanın asgari bir iyi hayat sürdürebilmesi için gereken hayati öneme sahip ihtiyaçlarının beş unsurdan meydana geldiğini ileri sürmekte (kişisel güvenlik, maddi gelir, doğal eşitlik, kişisel özgürlük ve toplumun bir üyesi olarak tanınmak) ve sosyal haklara işaret eden “maddi gelir”in (*material subsistence*) içeriğini asgari seviyede gıda, temiz su, taze hava, biraz kıyafet ve barınma ile temel koruyucu

²²¹ Nickel, “Poverty”, a.g.e., s. 386.

²²² Shue, a.g.e., s. 18-19. (“Basic rights, then, everyone’s minimum reasonable demands upon the rest of the humanity.”)

²²³ Shue, a.g.e., s. 23.

sağlık hakkı gibi kişinin biyolojik ihtiyaçlarını karşılamak için gereken kaynaklar olarak belirlemektedir.²²⁴

Bununla beraber, sosyal hakların içeriğini “gelire” indirgeyen bu yaklaşım, eğitim hakkını göz ardı etmesi ve sağlık hizmetine çok sınırlı bir yer vermesi nedeniyle fazla minimal bir sosyal hak anlayışı sunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştirel bakış açısı ile James Nickel, başka bir sosyal hak kavrayışı sunmaktadır. Bu kavrayışa göre sosyal haklar, diğer bütün insan hakları gibi asgari iyi bir hayata sahip olmanın şartlarıyla ilgilidir ve şunlardan ibarettir: (i) hayatta kalma (temiz hava, besin, su, uygun konut ve giyinme), (ii) eğitim ve (iii) sağlık talepleri.²²⁵

Kuşkusuz, sosyal hakların içeriğini *numerus clausus* belirlemek çok zordur. Ancak uygulamada en çok karşımıza çıkan sosyal hak ihlalleri göz önüne alınarak öncelikle asgari ücret, konut, eğitim ve sağlık hakkı zikredilebilir. Asgari ücret bireylerin temel yiyecek, su ve giyecek ihtiyaçlarını elde edebilmeleri için zaruridir. Konut, bireyin uzunca bir zaman boyunca hayatını idame ettirebileceği bir yaşam alanını ifade eder. Eğitim hakkını ise kişinin iş bulması ve böylece kendisi ve ailesi için düzgün bir hayat kurması için gereken entelektüel kapasite olarak algılamak gerekir.²²⁶ Eğitim hakkı bakımından asgari eşik mevcut eğitim kaynaklarının insanlara hayatını idame ettirebilmek için gerekli yetenekleri öğrenmek için iyi bir şans verip vermediğidir.²²⁷ Sağlık hakkı ise şu üç temel unsurdan meydana gelmektedir:

- i) öncelikle hastalıkları önlemek için gerekli koruyucu sağlık tedbirlerinin (bağışıklık ve salgın hastalıklardan korunma tedbirleri gibi) alınması,

²²⁴ Brian Orend, **Human Rights: Concept and Context**, Peterborough, Broadview, 2002, s. 64.

²²⁵ Nickel, “Poverty...”, a.g.e., s. 387-388.

²²⁶ Fabre, a.g.e., s. 35-36.

²²⁷ Nickel, “Poverty...”, a.g.e., s. 388.

- ii) doktora ve önemli ilaçlara erişebilme, yaygın hastalık ve yaralanmalar için gerekli uygun tedaviye ve acil tıbbi müdahale gibi belirli tıbbi kaynaklara ulaşma,
- iii) tıbbi tedavi sağlayıcıların karşı bireyin tedavi ile ilgili kararlar alırken belirli usullere (tedavi kayıtlarının gizliliği, kişisel sağlık kayıtlarına ulaşabilmek, belirli bir tedavinin neden verildiğinin ya da verilmediğinin açıklanması ve tedavi yapılmadan önce bireyin onayının alınması) uymaya riayet etmesi.²²⁸

Nihayet asgari ücret, konut, eğitim ve sağlık haklarına ilaveten yargısal uygulamada karşımıza çıkan ve aslında bu haklarla bağlantılı olan sosyal güvenlik hakkı ve çalışma hakkının da sosyal hakların içeriğine dâhil olduğu belirtilmelidir. Sosyal güvenlik hakkı hem asgari ücret hem de yeterli sağlık hakkı ile iç içe geçmiş iken, çalışma hakkı da aynı şekilde geçim için asli bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle “çalışma hakkı sadece sosyal ve ekonomik hakların değil, temel inşan haklarının da merkezini oluşturur. ... [Ç]alışma, kişinin maddi gerekçimlerini karşılama, ekonomik varlığını sürdürme yöntemidir. ... İnşanın korunma ve sosyal adalet amacı çalışma hakkı yanında sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesini gerektirir. İnşan onuru temelinde sosyal güvenlik hakkı çalışma hakkının güvencesidir.”²²⁹ Dolayısıyla çalışma ve sosyal güvenlik hakları da sosyal hakların içeriğine dâhildir.

4) Sosyal Hakların Muhatabı (Y)

İnsan hakları karmaşık ilişkiler içerir. Bu bakımdan haklardan bahsederken, hakkın unsurlarından biri olan hakkın “muhatabının” kim olduğunun belirgin olması önemlidir. Modern insan hakları hukuku teorisinde belirli bir hak, bu hakkın kapsamı tarafından belirlenen özgürlük ya da menfaati sağlamakla yükümlü olan taraf ya da

²²⁸ Fabre, a.g.e., s. 37-39.

²²⁹ Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2008/1), s. 233.

tarafların kim olduğunu da belirlemelidir. Bu taraflar hakkın muhatabıdır²³⁰ ve haklar kendilerine normatif yükümlülükler, sorumluluklar veya engeller atfedilebilen muhataplar (kişiler ya da kurumlar) içerir.²³¹ Bu bakımdan geniş anlamda herkese karşı ileri sürülebilen (*in rem rights*) haklarla (alacak hakkı gibi), sadece belirli taraflara karşı ileri sürülebilen (*in personam rights*) haklar (mülkiyet hakkı) arasında bir ayrıma işaret edilebilir.²³²

Onora O'Neill sosyal hakların muhatabına yönelik problemi şu şekilde dile getirmektedir: “[Sosyal haklar] var ise yükümlülükler de var olmalıdır ki, bunlar belirli kişilere belirli yerlerde mal ve hizmetlerin sağlanmasından ibarettir. Herkesin mahrum kalmış herkese karşı bir lokma yiyecek ya da bir miktar gelir sağlama yükümlülüğü altında olduğunu iddia etmek absürt olur. Mallar ve hizmetler belirli kişi ya da kurumlar tarafından diğer kişilere sunulmalıdır.”²³³

Gerçekten de sosyal eşitsizlikleri giderip asgari bir düzgün hayat sürdürebilmek için gerekli ihtiyaçlar söz konusu olduğunda, bu ihtiyaçların kim veya kimler tarafından karşılanması gerektiğinin berrak olması gerekir. Zira sosyal hak talepleri çoğu zaman kırılgan zaman ve mekânlarda ileri sürülmekte ve bu hukuki talep yetkisinin kullanılması halinde verilecek hukuki yanıtlar çoğu zaman muğlaklığı nedeniyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla tam anlamıyla hukukun bir konusu olarak sosyal hakların korunması ve geliştirilmesi isteniyorsa, bu hakların yöneleceği muhatapların berrak bir şekilde ortaya konulması hayati öneme sahiptir.

²³⁰ James Nickel, **Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declarations of Human Rights**, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1987, s. 14.

²³¹ Nickel, **Making Sense...**, a.g.e., s. 41.

²³² Joel Feinberg, **Social Philosophy**, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1973, s. 59.

²³³ Onora O'Neill, “Hunger, Needs, and Rights”, **Problems of International Justice**, ed. Steven Luper-Foy, Boulder, Westview Press, 1988, s.76’dan aktaran James W. Nickel, “How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide”, **Human Rights Quarterly**, C. 15, No. 1 (1993), s. 77.

Bu bağlamda yukarıda asgari bir düzgün hayat sürebilme ihtiyacı ile temellendirilmeye çalışılan sosyal hakların muhatabı esasen *devlettir*. Aslında genel anlamda bütün insan haklarının yükümlüsü devlettir. Zira tarihsel olarak insan hakları için verilen mücadele, devlet gücünün kötüye kullanılmasını sınırlandırma amacıyla verilen mücadeledir. Devletin bireylerin hakları karşısındaki yükümlülüğü hem negatif (ihlal etmeme) hem de pozitif (uygulamak veya desteklemek) anlamda söz konusu olabilir. Bununla birlikte devlet, insan haklarının tek muhatabı değildir; pek çok durumda bireyler de insan haklarının muhatabı olabilirler. Zira pek çok hakkın hem devletle hem de gerçek kişilerle ilgisi vardır.²³⁴

Devletlerin bireylerin haklarına yönelik yükümlülükleri “saygı gösterme” (*respect*), “koruma” (*protect*) ve “gereğini yerine getirme” (*fulfil*) şeklinde üçlü bir klasik tipoloji ile izah edilir. Buna göre hakların uygulanmasında “saygı gösterme”, devletin bireylerin özgürlüklerine müdahale etmekten kaçınması gerektiğini; “koruma”, bireylerin özgürlüklerinin üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleye karşı korunmasını ve “yerine getirme” ise bireylerin kendi çabalarıyla sağlayamayacakları ihtiyaçlarının giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını ifade eder.²³⁵ Bu tipoloji sadece insan haklarının gerçekleştirilmesi bağlamında devletin yükümlülükleri için bir analitik çerçeve çizmekle kalmaz; aynı zamanda sosyal hakları kişi hakları ve siyasi haklardan kategorik olarak ayırma eğilimindeki geleneksel varsayımları çürütmeye de hizmet eder. Zira her bir insan hakkı için bu üç yükümlülük şu veya bu ölçüde varsa, medeni ve sivil hakların negatif, sosyal hakların tamamen pozitif haklar olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır.²³⁶

²³⁴ Nickel, **Making Sense...**, a.g.e., s. 41-43.

²³⁵ Devletin sosyal hakları gerçekleştirmek bakımından üsteleneceği “gereğini yerine getirme” (*fulfil*) yükümlülüğünü Jeff King sosyal minimumu herkese sağlayabilmek için var olan azami kaynaklar ve makul koşullar ölçüsünde hızlı tedbirler almak olarak tanımlamaktadır (King, a.g.e, s. 35-36.)

²³⁶ Matthew Crawen, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 109-110.

C) DEĞERLENDİRME

Yirminci yüzyıl öncesi insan hakları taleplerini dile getiren mülkiyet sahibi orta ve üst sınıfların verdiği mücadelede, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının sadece devlet gücünün sınırlanması ile sağlanacağı düşünülürken; sanayi devrimi sonrasında insanın sırf devlete karşı korunmasının yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Zira sanayi çağının özellikle çalışma hayatında ortaya çıkardığı sorunlar, insan onurunun korunması için, sosyal adaletin sağlanması ve insanın içine düştüğü ekonomik güçlüklerden kurtarılmasının da gerektiği düşüncesini yeşertmiştir. Bu bağlamda sosyal hakların ayırt edici niteliği, “sosyal eşitlik”, diğer bir ifadeyle toplumdaki eşitsizliklerin en aşırı yönlerinin törpüleme amacına yönelik olmalarıdır. Burjuva devriminin ortaya çıkardığı klasik (soyut) özgürlük anlayışı, toplumun yoksul ve güçsüz kesimlerini korumasız bırakmıştır. Bu anlayışın değişmesiyle birlikte soyut özgürlük anlayışından, “özgürleştirme” anlayışına geçiş başlamıştır. Dolayısıyla sosyal hakların temel niteliği, “insan onurunu insanı özgürleştirerek koruma” amacında olmasındadır.

Geleneksel olarak insan haklarının fonksiyonu, devlet karşısında bireylerin özgürlüğünü korumak olarak algılanmış ve devlete bireye gereksiz müdahale etmekten alıkoyan ve fakat birey adına hiçbir eylemde bulunmasını da gerektirmeyen bir yükümlülük verilmiştir. “Kısıtlı insan hakları anlayışı” olarak isimlendirebileceğimiz bu geleneksel anlayışın temelinde; özgürlüğü sadece müdahale etmemek olarak kavramsallaştırma, devleti bireyden ayrı ve onun karşısında bir varlık olarak nitelendirme ve bireysel ahlaki tercihler söz konusu olduğunda devletin tarafsız kalması gibi unsurlar yatmaktadır. Ancak bu değerler çok sınırlı bir insan hakları anlayışına yol açmaktadır. Şöyle ki:

Birincisi, insan hakları bireylerin haklarını gerçekten kullanabilecekleri bir konumda olmaları kaygısıyla çok daha zengin bir özgürlük anlayışına dayanır ki bu

özgürlük anlayışı sağlam bir eşitlik ilkesiyle izah edilebilir. İkincisi, bireyler sosyal varlıklardır ve ihtiyaçlarının karşılanması ancak toplum vasıtası ile mümkün olabilir. Devlet gücünün sınırlandırılması gerekmele beraber, aynı zamanda bir bireyin bütün haklarından tam olarak istifade edebilmesi ancak devletin sağlayacağı imkânlarla mümkün olabilir. Nihayet, devletin tarafsız olmasını beklemek anlamsızdır; zira demokrasi ve insan hakları kaygısı bizatihi açık bir değere bağlılık teşkil eder. Dolayısıyla negatif ve pozitif haklar arasındaki yapay ayrım terkedilerek, insan hakları bir bütün olarak hem “sakınma” hem de “pozitif edimde bulunma” şeklinde çeşitli yükümlülükler içeren bir olgu olarak ele alınmalıdır.²³⁷

Negatif özgürlükler için bilinen en eski ve klasik kavramsallaştırma, klasik liberal özgürlük düşüncesine ve John Stuart Mill’e dayanır. Mill, özgürlük bireyin kendisi, bedeni ve aklı üzerindeki egemenliğini, yani kendi çıkarları doğrultusunda kişinin dilediğini yapma hakkına sahip olmasını ifade eder. Bir asır sonra özgürlüğü “müdahale edilmeme” olarak algılayan Isaiah Berlin ise klasik liberal özgürlük görüşünü, negatif serbestlik kavramına dayanarak açıklamaya çalışmıştır. Berlin’e göre özgürlüğü kısıtlayan tek şey müdahaledir; eğer bir müdahale yoksa özgürlük vardır. Dolayısıyla Berlin’in anlayışında birey, tercihlerini kullanabilmek için gerekli kaynaklara veya fırsatlara sahip olmasa dahi bir başkası tarafından müdahale edilmediği müddetçe özgürdür. Dolayısıyla yoksulluk, başkalarının kasıtlı eylemleri neticesinde meydana gelmediği sürece özgürlükten mahrum olmak demek değildir. Doğal olarak Berlin’in anlayışı sadece “sakınma” yükümlülüğü doğurur ve pozitif özgürlük fikrini reddeder. Yani Berlin, negatif serbestliğe vurgu yaparak, kısıtlanmama yerine dilediğini yapma üzerine kurulu pozitif serbestlik kavramını tehlikeli bulur. Benzer şekilde, devletin büyümesini bireysel özerkliğin en büyük düşman olarak gören Hayek’e göre ise bireyler ancak serbest pazar ortamında gerçekten özgür olabilirler. Devletin sosyal adalet

²³⁷ Fredman, a.g.e., s. 9.

amacıyla hareket etmesi ise devlet gücünün meşru olmayan kullanımına yol açar. Bu bakımdan Hayek'e göre insan haklarının rolü, serbest pazar şartları içinde devleti bireylerin özerkliğine müdahale etmekten alıkoymaktan ibarettir.²³⁸

Bununla birlikte, bu kısıtlı insan hakları anlayışını aşmak mümkündür. Eğer insan hakları herkese tanınmış haklar ise, bireylerin haklarını kullanma yetisine getirilen diğer sınırlamaları görmezden gelmek anlamsızdır. Bu sınırlamalar hoşgörüsüzlük ve tiranlıktan kaynaklanabileceği gibi, yoksulluk, sağlıksızlık veya eğitim alamamak yüzünden de pekâlâ kaynaklanabilir. Haklara ve özgürlüklere böyle bir yaklaşımı Nobel Ekonomi Ödülü sahibi Amartya Sen'in düşüncelerinde bulmak mümkündür. Sen'e göre "ekonomik imkânlar, siyasi özgürlükler, sosyal güçler ve iyi sağlık, temel eğitim ve girişimlere teşvik ve yetiştirme şartlarının sağlanması bireylerin başarabileceklerini etkiler."²³⁹ Sen, özgürlüğü sadece baskının/cebirin yokluğu olarak değil, fakat hakiki tercihler yapabilme yetisi ve bu tercihlere göre hareket etme olarak görmektedir. Düşünür, bu özgürlük anlayışını "yapabilirlik" (*capability*) kavramı ile ortaya koymaktadır.

Bu teoride Sen, *yapabilirlikleri* "insanların refahını sağlamak amacıyla eşitsizliklerin daha doğru biçimde ölçülmesi için genel bir çerçeve olarak" önermektedir. Buna göre "her bireyin iyi-olma halini ya da refahını (*well-being*) sağlamak ancak ve ancak o bireyin 'yapabilirliklerine-olabilirliklerine' odaklanmakla mümkündür" ve yapabilirlik yaklaşımı "insanların refah seviyesini ölçmek için gerçekten neler yapabildiklerine, nasıl bir hayat sürdürebildiklerine bakmamız gerektiğini söyler." Öte yandan "yapabilirliklerin eyleme dönüşüp dönüşmemesi kişilerin tercihidir." Ancak "hedef, yapabilirlik kümesini mümkün olduğunca genişletmek ve sonrasında insanlara kendi tercihlerini kullanma imkânı vermektir."

²³⁸ Ringen, a.g.e, s. 261-262; Fredman, a.g.e., s. 10-11.

²³⁹ Amartya Sen, **Development as Freedom**, New York, Alfred A. Knopf, 2000, s. 5

Nihayet, düşünür “asıl gelişimin insanların yapabilirliklerini artırmak; yani seçme şanslarını, farklı imkânlarını sunarak özgürlük alanlarını genişletmek olduğunu” söyler.²⁴⁰ Bu bağlamda Sen’in özgürlük anlayışı, Berlin’in tam aksine, yoksulluğu temel yapabilirliklerden mahrumiyet olarak görür ve bu nedenle özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirir.²⁴¹

Bununla beraber Amartya Sen’in yapabilirlik teorisi, bir insan hakları kaygısından ziyade, gelişmekte olan ülkelerde kalkınmanın hedefleri ve ölçülmesi üzerinde odaklanmıştır; zira bu teori yapabilirlikleri genişletmek için gerekli pozitif edimlerin, insan haklarından doğan pozitif yükümlülükler olarak nitelendirilmesi gerekip gerekmediği hususunda sessiz kalmaktadır. İşte yapabilirlikler teorisini insan hakları düşüncesine taşıyan ve insan hakları temelli bir yapabilirlik yaklaşımı geliştirecek olan kişi Martha Nussbaum’dur.²⁴² Nussbaum “yapabilirlik yaklaşımını insani bir yaşamın kriterlerini belirlemek amacıyla daha spesifik bir şekilde geliştirir ve ‘yapabilirlikler listesi’ni sunar.”²⁴³ Nussbaum’un amacı, yapabilirliklerin kişilerin devletten bir talepte bulunabileceği haklar yaratan anayasal ilkeler için nasıl temel oluşturabileceğini açıklamaya çalışmaktır.²⁴⁴ Bu bağlamda Nussbaum, devletin pozitif yükümlülüğünden bahseder ve savunuculuğunu yaptığı haklar gerçek anlamda insani fonksiyonları yerine getirebilmenin sağlanması için devlete zaruri birtakım pozitif yükümlülükler yükler.²⁴⁵

²⁴⁰ Semerci, “Dev ve Cüce...”, a.g.e., s. 12-14.

²⁴¹ Sen, **Development as Freedom**, a.g.e., s. 75

²⁴² Fredman, a.g.e., s. 12.

²⁴³ Semerci, “Dev ve Cüce...”, a.g.e., s. 12.

²⁴⁴ Martha Nussbaum, **Women and Development: The Capabilities Approach**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, s. 12. (“But my goal in this book is to go beyond the merely comparative use of the capability space to articulate an account of how capabilities, ... , can provide a basis for central constitutional principles that citizens have a right to demand from their governments.”)

²⁴⁵ Nussbaum, a.g.e., s. 97. (“capabilities as I conceive them have a very close relationship to human rights... In effect they cover the terrain covered by both the so-called first-generation rights (political and civil liberties) and the so-called second- generation rights (economic and social rights). And they play a similar role, providing the philosophical underpinning for basic constitutional principles.”)

Benzer şekilde, pozitif özgürlüklere duyulan ihtiyacın izlerini -daha sınırlı düzeyde de olsa- Rawls'ın adalet teorisinde de bulmak mümkündür. Rawls'ın birinci adalet ilkesi (temel özgürlükler ve öncelikleri) açık bir biçimde devlete pozitif yükümlülükler vermektedir. Keza ikinci adalet ilkesinde (eşitliğin liberal savunusu) ise pozitif yükümlülükler daha etkili bir rol oynamaktadır. Rawls'ın birinci ilkesine göre “her bireyin herkesinkine benzer, en geniş ve eşit temel özgürlüklere sahip olma hakkı vardır.”²⁴⁶ Bu teoride “öncelik özgürlüğe verilmektedir. Ancak özgürlüğe verilen bu öncelik özgürlüklerin adil değerini sağlayacak sosyal ve ekonomik alanda demokratik eşitliğe muhtaçtır.”²⁴⁷ Dolayısıyla Rawls'ın özgürlük anlayışı hem siyasal hak ve özgürlükleri hem de “ekonomik refahın dağıtımı” ile ilgili alanı düzenlemektedir ve Rawls bu ikinci düzenleme alanını “sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin vatandaşların özgürlüklerinin adil değerinin altını oyduğunu” kabul ederek savunmaktadır.²⁴⁸

Rawls'ın ikinci ilkesine göre “temel özgürlüklerin değeri, vatandaşların arasında otorite ve zenginlik konusunda eşitsizlikler olduğu sürece eşit olmayacaktır. Bu nedenle bazı sosyal ve ekonomik eşitsizlikler herkesin avantajına olacak şekilde düzenlenmelidir.”²⁴⁹ Bu ilke gereği tüm pozisyonlar toplumdaki herkese açık olmalıdır (adil fırsat eşitliği) ve sosyal ve ekonomik eşitsizlikler toplumdaki en dezavantajlıların lehine olacak şekilde düzenlenmelidir (fark ilkesi).²⁵⁰ Böylece Rawls “doğumdan ve

²⁴⁶ John Rawls, **Justice as Fairness: A Restatement**, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, s. 42. (“Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all.”)

²⁴⁷ Mehmet Kocaoğlu, **John Rawls: Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014, s. 74.

²⁴⁸ Kocaoğlu, a.g.e., s. 75.

²⁴⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s. 79.

²⁵⁰ Kocaoğlu, a.g.e., s. 80. Rawls şöyle yazmaktadır: “Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society.” (Rawls, **Justice as...**, a.g.e., s. 42.)

toplumsal sebeplerden kaynaklanan birtakım keyfi dezavantajları kaldırmayı arzulamaktadır.”²⁵¹

Dolayısıyla bu teoride “doğuştan ve doğal yeteneklerden kaynaklanan bu eşitsizlikler hak edilmemiş olduğu için tazmin edilmesi gerekir. Toplum, dezavantajlı pozisyonlarda doğan ve daha az doğal yeteneğe sahip olanlar için daha fazla özen göstermelidir.”²⁵² Rawls’ın kurguladığı “liberal eşitlik” anlayışı, doğal özgürlük sistemini aşan birtakım özellikler gerektirir. Rawls’a göre bunun için bir yandan serbest piyasaya yönelik düzenlemeler ile mülkiyetin ve zenginliğin özellikle siyasi hayata yön verenlerin elinde aşırı biçimde birikmesini engellemek gerekliken; diğer yandan ise toplum, aile gelirine bağlı olmaksızın eğitimde fırsat eşitliğini sağlamalıdır.²⁵³ Bununla birlikte Rawls’ın adalet teorisinde pozitif yükümlülükler düşen rol, sosyal haklar düşüncesi bakımından çok sınırlı kalmaktadır. Zira Rawls, siyasi özgürlükler dışındaki özgürlüklerin korunmasında adil bir değer görmez; aksine bütün özgürlüklere böylesine geniş bir güvence sağlamanın hakkaniyet ilkelerini aşan çok daha geniş bir eşitlik anlayışı gerektirdiğini, bunun ise irrasyonel, aşırı ve toplumu ayrıştırıcı olduğunu düşünmektedir.²⁵⁴

Bütün bu düşünürler, özünde özgürlüğe daha geniş bir anlam vererek bireyin seçimlerini yerine getirebilme yetisine olanak sağlamaya vurgu yapmaktadır. Bu ise bireylerin tercihlerinin “sosyal” anlamına daha yakından bakmayı gerektirir. Bireylerin tercihleri sosyal niteliklerden soyutlanamaz. Dolayısıyla bireysel tercihler toplumsal

²⁵¹ Kocaoğlu, a.g.e., s. 81.

²⁵² Kocaoğlu, a.g.e., s. 84.

²⁵³ Rawls, **Justice as...**, a.g.e., s. 44. (“A free market system must be set within a framework of political and legal institutions that adjust the long-run trend of economic forces so as to prevent excessive concentrations of property and wealth, especially those likely to lead to political domination. Society must also establish,...equal opportunities of education for all regardless of family income.”)

²⁵⁴ Rawls, **Justice as...**, a.g.e., s. 151. (“The idea of fair value of the political liberties raises another question: namely, why not secure fair value for all the basic liberties? This proposal of a wide guarantee of fair value for all basic liberties carries the idea of equality further than the two principles. The idea of this wide guarantee is, I think, either irrational, or superfluous, or socially divisive.”)

yapının içinde kök salmış sınırlandırmaların bir sonucu olabilir. Bu nedenle bireyler kendi tercihlerini içinde bulundukları koşullara, mümkün olduğunu hissettikleri şeylere ve kendilerini buldukları güç yapılarına adapte etme sorumluluğu altındadırlar. Bireylerin bu adaptif tercihlerini tanımak ise, devlete pozitif edimler yükleme düşüncesini destekler. Bu bağlamda devletin yükümlülüğü, seçim özgürlüğünü genişletmek için elverişli seçeneklerin niceliğini arttırmaktır. Bu özgürlük anlayışı, bireylere hangi tercihlerini kullanmaları gerektiğini dikte etmez. Aksine, amaç; sadece bireyler için seçimlerini gerçekten bir özgürlük içinde şekillendirebilme imkânı verecek şartları sağlamaktır. Diğer bir ifadeyle devletin pozitif yükümlülüğü, önceden belirlenmiş hiçbir seçimi bireylere dayatmadan bu şartları güvence altına almaktır. Böylece devlete yüklenen pozitif yükümlülük, despotizm ya da paternalizm tehlikesinden kaçınarak bireyin seçim alanını genişletmek suretiyle özgürlüğü genişletebilir.²⁵⁵

İnsan haklarına yönelik dar anlayış, bireyin ancak devlet ve toplumsal düzenlemeler tarafından kısıtlanmamış olması halinde özgür olabileceğini kabul ederek; bireyin tam olarak özgür bir biçimde dünyaya geldiğini varsayar. Hobbes ve Locke'un malum kurgularında karşımıza çıkan bu liberal mit, doğa halindeki özgür bireylerin devlete olan ihtiyacını yalnızca hukuk ve düzen ihtiyacı ile izah eder. Buna karşın bireyi esasen sosyal bir varlık -sosyal ve siyasi bir hayvan- olarak nitelendiren Aristocu anlayışın izinden giderek alternatif bir özgürlük anlayışına ulaşmak mümkündür. Yani bireyin özerkliğini yok etmeden özgürlüğün “sosyal” niteliğini tanımak yönünde bir senteze ulaşmak mümkündür.

Bu bağlamda toplumun bireysel özgürlükleri sınırlandıran bir mefhum olmaktan ziyade, bizatihi bu sosyal bağlamın bireyin özerkliğini genişletebileceği söylenebilir.

²⁵⁵ Fredman, a.g.e., s. 15.

Habermas'ın işaret ettiği gibi, insan hakları birbirlerinden kopuk bireylerin birbirlerine karşı korunmasının bir aracı olmaktan ziyade, hukuk düzeni karşılıklı hak ve yükümlülükler açısından birbirini özgür ve eşit vatandaşlar olarak tanıyan özneler arasında bir iş birliği şartına dayanır.²⁵⁶ Dolayısıyla insan hakları, bireyi topluma öncelikli kılan bir anlayışla açıklanamaz. Toplum hem bireyi şekillendirir hem de insani işlevleri tam anlamıyla yerine getirmek için gereken imkânları sağlar. Bu bakımdan, pozitif yükümlülükleri içeren bir insan hakları anlayışı zaruridir. Toplumun bir parçası olan bireyin özgürlüğü, toplumdan soyutlanarak açıklanamaz. Bireysel özgürlük, insan ilişkilerinin gelişebileceği bir çerçeveyi sağlamak bakımından devlete doğrudan pozitif bir yükümlülük yükler.²⁵⁷

Klasik özgürlük anlayışına göre devlet vatandaşlarına hiçbir “iyi” anlayışı dayatmamalıdır ve iyi bir hayatın devlet tarafından desteklenmesi fikri meşru görülmemektedir. Nitekim Nozick’e göre “vatandaşının sadakatini isteyen bir devlet ya da hükümet, vatandaşları arasında titizlikle tarafsız olmak zorundadır.”²⁵⁸ Bu yorum hem eşitlikçi hem de liberteryen akıma mensup liberallerin çoğunluğunda benimsenmiştir. Devlete atfedilen bu siyasi tarafsızlık anlayışı, kaçınılmaz olarak pozitif edimlere değil, devleti sınırlandırma doktrinine dayanır. Bu doktrin devletin belirli değerlere dayanan hedeflerin peşinden koşma hakkını reddeder ve iyiliğe yönelik geçerli ve geçersiz bütün idealler karşısında tarafsız kalmasını savunur.²⁵⁹ Pozitif

²⁵⁶ Jürgen Habermas, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Cambridge, MIT Press, 1996, s. 88. (“...rights are based on the reciprocal recognition of cooperating legal persons. ...rights do not necessarily imply the atomism—the isolation of legal subjects from one another... The citizens who mutually grant one another equal rights are one and the same individuals as the private persons who use rights strategically and encounter one another as potential opponents”)

²⁵⁷ Fredman, a.g.e., s. 18.

²⁵⁸ Nozick, a.g.e., s. 33. (“A state or government that claims. . . . [the citizen's] allegiance (as other individuals do not) therefore scrupulously must be neutral between its citizens.”)

²⁵⁹ Raz, a.g.e., s. 110. (“The doctrine of political neutrality seeks to implement it through a policy of neutrality. Government action should be neutral regarding ideals of the good life. Such a doctrine is a doctrine of restraint. Doctrines of governmental restraint ... deny the government's right to pursue

özgürlükleri tehlikeli gören bu özgürlük anlayışına göre; devlet farklı dünya görüşleri ve değerler karşısında tarafsız kalmalı ve münhasıran negatif özgürlükler güvence altına alınmalıdır.

Bununla birlikte devletin gerçekten tarafsız kalabilmesi mümkün değildir. Çünkü yukarıda işaret edildiği gibi, bireylerin seçimleri, içinde bulundukları “sosyal” bağlamdan bağımsız değildir. Aksine bireyin tercihleri, özellikle sosyal şartlar tarafından belirlenir. Eğer yeterli seçenek bulunmuyorsa birey için seçim yapmak imkânsız hale gelir ve sadece devlet bu seçenekleri sağlayabilir. Bu nedenle pozitif yükümlülükler, bireylerin kendileri için iyi olanı seçme kudretini zorunlu olarak ihlal ettiği gerekçesiyle reddedilemez.²⁶⁰ Gerçek özgürlük, bir “pozitif serbestlik” unsuru içerir; dolayısıyla özgürlük negatif haklardan fazlasına bağlıdır. Bununla birlikte haklara ve kaynaklara sahip insanlar, anlamlı tercihlerde bulunabilecekleri alanlar olmadıkça özgür olamaz. Öyleyse özgürlük haklara dayanır ama haklardan fazlasını gerektirir. İnsanlar önce tercihlerini belirleme hakkına ve ardından bunu yapma gücüne sahip olmalıdır. Tercih gücü ise kaynakların bireyler ve seçeneklerle bileşiminden doğar. Dolayısıyla ancak ve ancak “haklara, haklardan yararlanacak kaynaklara ve uygun seçenekler sunan bir sosyal ortama sahip insanların gerçek tercih yapacak gerçek gücü olur.”²⁶¹

Nitekim devletin tarafsızlığını reddeden Raz, devlet tarafından belirli bir dünya görüşünün dayatılmasını reddeder. Ancak Raz’ın devlet anlayışı, kişilerin yaşam biçimleri için doğrudan devlete pozitif yükümlülükler atfeder. Ona göre insanlar ancak devlet gereken şartları yaratırsa tam anlamıyla özerk olabilirler.²⁶² Devlete tarafsız

certain valuable goals.... The doctrine of political neutrality is a doctrine of restraint for it advocates neutrality between valid and invalid ideals of the good.”)

²⁶⁰ Fredman, a.g.e., s. 23.

²⁶¹ Ringen, a.g.e., s. 263-264, 268.

²⁶² Raz, a.g.e., s. 425-426.

kalamayacağı için pozitif yükümlölükler ithaf etmek ise, bu yükümlölüklerin “normatif” niteliğine dikkat çeker. İnsan hakları lehine devletin tarafsızlığını reddetmek ve pozitif yükümlölükleri savunmak, bızatihi devlet yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemenin bir aracıdır. Bu bakımdan pozitif yükümlölüklerin geleneksel (kısıtlı) özgürlük anlayışına katkısı, devletin “eylemleri” kadar “eylemsizliğinin” de özgürlükleri sınırlandırabileceğı fikridir.²⁶³

* * *

Sosyal eşitsizlikleri gidermek ve insan onuruna yaraşır bir yaşamın asgari gereklerini sağlamak amacına özgülendiğı kabul edilen sosyal haklar, uzunca bir insanlık mücadelesinin eseri olmanın ötesinde; bugünkü küresel ekonomik düzen dikkate alındığında daha da anlamlı bir olgu halini almıştır. Zira dünya üzerindeki küresel ekonomik hareketler, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki gelir adaletsizliğini arttırırken, kaynaklara ulaşma ve temel insani ihtiyaçlarını sağlama bakımından da büyük bir dengesizlik yaratmaktadır. Bu bakımdan mahrumiyet içine düşenlerin ihtiyaçlarını temin etmek bütün toplumlardaki en büyük sorunlardan biridir. Her ne kadar ekonomik kaynakların nasıl kullanılacağı siyasi iktidarın iradesine bağılı ise de, anayasal bir yükümlölük söz konusu olduğunda devlet organlarının gerekli tedbirleri almaktan imtina etmeleri tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Zayıf ve korunmaya muhtaç durumdaki toplumsal kesimlerin, içinde bulundukları sosyal sıkıntıyı aşmak için hiçbir çareye sahip olmaması, onların daha da derin sorunlarla yüzleşmeye terk edilmesine yol açabilir.

Bu gibi sakıncalardan kaçınmak, sosyal adaleti tesis etmek için gerekli araç, kurum ve yöntemlerin devlet organları tarafından sağlanmasına bağılıdır. Devlet organları ise bu anayasal yükümlölüklerini görmezden gelerek, anayasanın bağlayıcılığı

²⁶³ Fredman, a.g.e., s. 25.

ilkesinin içini boşaltabilirler. Bu gibi bir durum ise bizatihi anayasacılık düşüncesinin çökmesi gibi bir sonuca yol açabilir. Dolayısıyla eğer anayasalar üstün ve bağlayıcı normlar ise ve hitap ettiği devlet organları, bu anayasanın kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmekte isteksiz ve duyarsız olursa, geriye bunu düzeltecek tek bir araç kalır: Yargı!

Tabir caizse masal çoktan sona ermiş ve Sindirella, kendi onuruna yaraşır düzgün bir hayat için devletten birtakım taleplerde bulunabileceğini anlamıştır; yani sosyal haklar önemlidir ve değerlidir. Bunların önemini ve değerini inkâr etmek ise nafi bir çabadan ibarettir. Bir diğer ifadeyle sosyal haklar, insan haklarının geri kalanından “ne daha az gerekli, ne de daha az değerlidir.”²⁶⁴ İkinci bölümde açıklanacak yargısal uygulama örnekleri ise dünyanın birçok yerinde artık insanların masallara değil, haklara inandığını ortaya koymaya çalışacaktır.

²⁶⁴ Algan, a.g.e., s. 7.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

Bu bölümde esas olarak Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan’da sosyal hakların korunmasına yönelik anayasa yargısı düzeyindeki yargısal tutumlar incelenecektir. Ancak öncesinde konunun teorik temelini oluşturmak için sosyal hakların dava edilebilirliğine yöneltilen temel itirazlar ve bunlara verilen yanıtlar ele alınacaktır. Bu amaçla ilk başlıkta sosyal hakların dava edilebilirliğinin hukuki niteliği irdelenecektir. Ardından ikinci başlık altında anayasa yargısının sosyal haklar bağlamında sınırını test edebilmek için sosyal hakların en zayıf yargısal koruma gördüğü ülkelerden biri olduğu varsayılan ABD’deki federal ve federe düzeydeki yargısal uygulamalar incelenecektir. Böylece sosyal hakların yargısal korunmasına yönelik karşılaştırmalı analiz için daha geniş ve çarpıcı bir veri elde edilmiş olacaktır. ABD’nin ardından ise Türk anayasa yargısı için gerçekçi bir karşılaştırma yapmaya imkân verecek üç ülkenin –Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Kolombiya Anayasa Mahkemesi ve Hindistan Yüksek Mahkemesi- anayasa yargısı uygulaması incelenecektir. Nihayet son başlık altında karşılaştırmalı yargısal uygulamada dikkati çeken “diyaloga dayalı aktivizm” teorisi incelenecektir. Bu bölümde sunulacak olan zengin karşılaştırmalı sosyal haklar içtihadı, sosyal hakları dava konusu etmeye karşı ileri sürülen aşağı yukarı tüm argümanları ampirik bir biçimde sorgulamayı mümkün kılacaktır. Bu nedenle aşağıda detaylı olarak incelenecek yargısal uygulamanın, çalışmanın son bölümde Türk anayasa yargısını etkili biçimde değerlendirebilmek açısından yol göstermesi beklenmektedir.

I. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU

İlk kuşak –kişi hakları ve siyasal haklar- hakların aksine sosyal hakları diğer haklardan ayıran özellikleri üzerinde öteden beri bir tartışma sürmektedir. Geleneksel olarak sosyal hakları klasik (negatif) haklardan ayıran özellikleri şu şekilde sıralanmaktadır: (i) devlete yüklediği sorumluluk bakımından pozitif haklardır; (ii) kaynakların kıt olduğu koşullarda sosyal haklar elverişli olmayabilir, sosyal haklar maliyetlidir; (iii) sosyal hakların dayattığı yükümlülükler muğlâk ve belirsizdir ve (iv) sosyal haklar yargısal denetime (dava edilebilirlik) uygun değildir. Sosyal hakların yargı denetimine konu edilemez nitelikte olduğuna yönelik bu son varsayım, bu hakların kişisel ve siyasi haklardan gerek doğası gerekse normatif karakteri yönünden belirgin farklılıklar gösterdiği tezine dayanmaktadır. Bu farklılıklar ise geleneksel olarak sosyal hakların “dava edilebilir” olmadığı ve bu nedenle de yargı organları tarafından icrasının mümkün olmadığına yönelik yaygın inançtan kaynaklanmaktadır.

Dava edilebilirlik (*justiciability*) en dar anlamda bir sorunun yargısal denetime tabi olup olmayacağıdır.²⁶⁵ Daha geniş anlamda hakların dava edilebilirliği, “haklarının ihlal edilmesi dolayısıyla mağdur olduğunu iddia eden bireylerin, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı önünde şikâyetle bulunabilmesi ve bu organ tarafından ihlal bulunduğuna hükmedilmesi halinde yeterli hukuki çözümü talep edebilmesi ve hükmün icra edilebilmesi”²⁶⁶ anlamına gelmektedir. Bir hukuki talep uygun bir mahkemenin esasa ilişkin bir karar vermesi halinde dava edilebilirdir. Diğer bir ifadeyle, mahkemelerin bir uyuşmazlık hakkında çeşitli sebeplerle yargısal çözüme uygun

²⁶⁵ King, a.g.e., s. 3.

²⁶⁶ International Commission of Jurists (ICJ), Haz. Christian Curtis, **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability**, Geneva, 2008, s. 6.

olmadığı gerekçesiyle esasa ilişkin karar vermekten imtina etmesi halinde haklar dava edilebilir değildir.²⁶⁷

Siyasi süreçlerle çözülebilir sorunlar bazen yargısal süreçlerle çözülürler ve iki sürecin benimsediği yöntemler arasında karakteristik farklılıklar vardır. Yargısal kararlar sonuçları bakımından aynı zamanda siyasi karar da olabilir. Ancak siyasi ve yargısal yöntemlerle aynı anda aynı karara ulaşılamaz. İşte bir sorunun dava edilebilirliği tartışması bu noktada gündeme gelir: Bir uyuşmazlığın siyasi süreç yerine yargısal süreçle çözümlenmesine değer mi? Ya da doğası gereği sadece belirli bir karar türüne uygun olan bazı uyuşmazlık tipleri var mıdır?²⁶⁸ Dolayısıyla dava edilebilirlik tartışması genel olarak anayasaya uygunluğun yargısal denetimi ile alakalıdır. Bu bakımdan dava edilebilir haklar anayasa tarafından ulusal yargı sistemi içinde icra edilebilir ve hukuki çözüme kavuşturulan hakları ifade eder.

Çağdaş anayasalar sosyal hakları dava edilebilir ya da arzu edilen program hükümler olarak düzenlemektedir. Hedef belirleyen ilkeler şeklindeki haklar kamu politikasına yol göstermek amacıyla ve fakat bağlayıcı olmayan hükümlerdir; dolayısıyla devlet üzerinde bir yükümlülük getirmez ve bireylere yargısal taleplerde bulunma imkânı vermezler. Bu bakımdan bir hakkın dava edilebilir olarak nitelendirilebilmesi için anayasada belirli bir yargısal denetim mekanizması öngörülmüş olmalı ve anayasa sarıh veya zımni biçimde bireylere bu yargı denetimini harekete geçirebilme imkânını tanımalıdır.²⁶⁹

Sosyal haklar bağlamında dava edilebilirlik sorunu şöyle tarif edilebilir: Yargıçlar sosyal adaletin gerçekleştirilmesi ve toplumsal eşitsizliklerin giderilmesi sürecine en

²⁶⁷ Mark Tushnet ve Juan F. Gonzalez-Bertomeu, “Justiciability”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet et. al., New York, Routledge, 2013, s. 111.

²⁶⁸ Geoffrey Marshall, “Justiciability”, **Oxford Essays in Jurisprudence**, ed. A. G. Guest, Oxford, Oxford University Press, 1961, s. 265.

²⁶⁹ Jung et. al., a.g.e., s. 1048-1049.

azından anlamlı bir şekilde katkıda bulunabilir mi? Negatif haklar yargı organı önüne getirildiğinde yargıcın rolü hak sahibinin hakkını kullanırken hukuka aykırı bir müdahaleye maruz kalıp kalmadığı hakkında karar vermekten ibarettir. Oysa sosyal haklar söz konusu olduğunda durum daha karmaşık bir hal alır. Sosyal hakların dava edilmesi halinde yargıç, hak sahibinin isteme hakkı olan bir kaynaktan mahrum bırakılıp bırakılmadığına karar vermek zorundadır. Böyle bir karar verirken yargıçlar davacı hak sahibine talep ettiği kaynakları vermenin, diğer kişileri bu kaynaklardan mahrum kılıp kılmayacağı hakkında eşitlik ilkesi yönünden bir değerlendirme yapmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle yargıçlar sosyal haklar üzerinde karar verirken sosyal haklara daha çok “eşitlik” ilkesi çerçevesinde yaklaşır ve kaynakların dağıtımının eşitlik ilkesini zedeleyip zedelediğine bakar. Bu, kaynakların kısıtlı olduğu bir ekonomik düzende başarılması çetrefilli bir iştir. Dolayısıyla şurası açıktır ki sosyal hakların dava edilebilmesi için yaratılacak kurumsal mekanizmalarda ne kadar ileri gidileceği, bu haklara yönelik yargı yetkisi kullanılmasında mahkemelerin rolünün ne ölçüde sınırlanacağı ve bu kurumsal mekanizmaların seçilmiş devlet organlarıyla ilişkisinin nasıl şekilleneceği gibi sorunlar hala gerçek ve önemli sorunlar olarak varlığını sürdürmektedir.²⁷⁰

Dünyanın birçok yerinde sosyal haklar, anayasa mahkemeleri/yüksek mahkemeler önünde aktif bir şekilde dava edilmektedir. Sosyal hakların anayasa yargısına taşınmasıyla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde önemli gelişmeler yaşanmıştır. Anayasasında sosyal haklara yer vermeyen birkaç istisnadan biri olan ABD’de Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court of the United States) çok tartışılan “ayrı fakat eşit”

²⁷⁰ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne bireysel şikâyet mekanizması eklenmesi amacıyla hazırlanan *İhtiyari Protokol* üzerindeki tartışmalar, dünyanın bir kısmında hala sosyal hakların dava edilebilirliğini tanımaya karşı bir direnç sürdüğünü göstermektedir. Zira BM Genel Kurulu tarafından 2008 yılında kabul edilen protokol, yeterli sayının bulunmasıyla ancak Mayıs 2013’te yürürlüğe girebilmiştir. Kasım 2017 itibarıyla Protokol 48 devlet tarafından imzalanmış ancak bunların yalnızca 22’si protokolü iç hukukta onaylamış ve sözleşmenin tarafı olmuştur. Yüz elli ülke ise Protokol hakkında hiçbir eylem ve işlemde bulunmamıştır. (<http://indicators.ohchr.org/>, Erişim: Mayıs 2017)

içtihadını 1954’de terk etmiş ve eğitim hakkına erişim için ayrımcılığa son verilmesinin önünü açmıştır.²⁷¹ 1972’de Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) mesleğini seçme hakkının üniversiteleri, kontenjanlarını mümkün olan en üst düzeyde tutmak için ellerinden geleni yaptıklarını ispat etmek zorunda kıldığına karar verirken²⁷², 1978’de ise Hindistan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of India) de Hindistan Anayasasında devletin niteliklerini belirten yol gösterici hükümler ve bir temel hak olarak düzenlenen yaşama hakkından hareketle anayasada yer almayan çeşitli sosyal haklar yaratmaya başlamıştır²⁷³.

Günümüzde karşılaştırmalı anayasa yargısında sosyal hakların korunmasına yönelik oldukça zengin bir içtihat birikimi ve yargısal tutum çeşitliliği gözlemlenmektedir. Bu tutumlar genel hatlarıyla şöyle tasnif edilebilir: Öncelikle sosyal hakların anayasal koruması “doğrudan” ya da “dolaylı” olabilir. Doğrudan korumaya çeşitli sosyal hakları açıkça zikreden Güney Afrika ve Kolombiya anayasaları örnek verilebilir. Dolaylı koruma ise genellikle eşitlik, insan onuru ve adil yargılanma gibi klasik hakların yorumlanması yoluyla gerçekleşir. Bu dolaylı korumanın Kanada, ABD ve Birleşik Krallık ve Almanya’da gerçekleştiğini görebiliriz. Anayasalarında insan haklarının yorumlanmasına yönelik emir verici ilkeler içeren ülkeler de dolaylı koruma modeline dâhildir. Bu emir verici ilkeler Hindistan ve İrlanda gibi ülkelerde sıklıkla sosyal unsurlara sahip kişi hakları ve siyasi hakları güçlendirmek için kullanılmaktadır.²⁷⁴

Bir başka açıdan ise sosyal haklara yönelik bu anayasal koruma modellerinden iki ana yargısal yaklaşım türediği görülmektedir. Bazı mahkemeler evrensel olarak saygı

²⁷¹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483.

²⁷² Numerus clausus I, BVerGE 33, 303.

²⁷³ *Sunil Batra v. Delhi Administration*, SC 1675.

²⁷⁴ Ilias Trispiotis, “Socio-Economic Rights: Legally Enforcable or Just Aspirational?”, **Opticon** 1826, No. 8 (2010), s. 4 (<http://dx.doi.org/10.5334/opt.081007>).

gösterilen bir bireysel refah standardı oluşturma eğilimindeyken, diğerleri ise içerik ve kapsam bakımından sosyal hakları tanımlamaktan kaçınarak hükümet tarafından kaynakların dağıtımı için uygulanan programın makul olup olmadığını denetlemektedir. Bu bağlamda Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, anayasada açıkça düzenlenmiş sosyal haklardan hareketle kuvvetler ayrılığı prensibini zedelemekten incelikli bir yöntemle sosyal hakların yargısal icrasının mümkün olduğuna iyi bir örnektir. Temel olarak kamusal otoritelerin eylem ve işlemlerinin anayasadaki sosyal haklar karşısında “makul olup olmadığını (makullük)” incelemek üzerine dayanan bu denetim, benimsediği pragmatik ve minimalist yöntem sayesinde sosyal hakların hassas bir biçimde denetlenebileceğinin en dikkat çekici örneği haline gelmiştir.²⁷⁵ Diğer yandan Kolombiya ve Hindistan’daki anayasa yargısı organları ise Güney Afrika’ya kıyasla daha güçlü ve aktivist bir yargısal denetim yolu ile sosyal haklar korunmuştur. Devlete doğrudan pozitif edimler yükleyen ve gerekli tedbirleri alma konusunda talimat veren müdahaleci bir niteliğe sahip olan bu “güçlü” denetim yolunun temelinde ise “hakkın asgari özü” yaklaşımı yatmaktadır.

Bu bölümün temel tezi sosyal hakların anayasa mahkemeleri önünde dava edilebilirliğinin “gerekli” ve “mümkün” olduğudur. Sosyal hakların yargı organı tarafından korunması *gereklidir* zira sosyal hakların dava edilebilirliğini reddetmek sadece bir hak kategorisini yargı denetiminden dışlamaktan ibaret değildir. Bunun daha büyük ve önemli bir anlamı vardır. Bu hakları yargısal korumadan mahrum bırakmak, bir bütün olarak insan haklarının önemli bir boyutunu dışlamak anlamına gelir ve bunun mahkemelerce korunan klasik kişi hakları ve siyasi haklara kadar uzanan hayati etkileri vardır. Zira devletin belirli yükümlülüklerini mahkemelerin denetim alanının dışına çıkarmak en temel birey haklarını toplum içerisindeki bazı gruplar için dava edilebilir

²⁷⁵ Mark S. Kende, **Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 244.

kılarken, bazıları için ise daha çok bir hayali ifade eder hale getirmesi dolayısıyla hakların uygulanmasında ciddi eşitsizliklere yol açabilir.

Bununla birlikte, sosyal hakların dava edilebilirliği ile alakalı şüphelik halen sürmektedir. Bu şüphelerin pek çoğu aslında toplumdaki zayıf gruplarca talep edilen bir hakkın “sosyal” niteliğinden ziyade, devletin “pozitif tedbirler” almasına yönelik taleplerin niteliği ile ilgilidir. Bu bağlamda eğer mahkemeler, münhasıran devletin birey aleyhine müdahalesine karşı talepler lehinde sistematik bir tercihte bulunur ve fakat zayıf kişilerin ve/veya grupların korunması için gerekli pozitif edimlere yönelik taleplere cevap vermekten kaçınırsa, adalet ve eşitlikle ilgili kritik sorunlar yargı denetiminin dışında bırakılarak yargı denetiminin istisnaları sistematik olarak kuvvetlendirilmiş olur. Örneğin engelli bireyler genellikle ev ve işyerlerindeki ulaşım sorunları için pozitif tedbirler alınmasına ihtiyaç duyarlar; oysa bu pozitif tedbirlerin esas sebebi ev ve işyerlerinin sanki engelli insanlar hiç var olmamışlar gibi tasarlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu alandaki pozitif edim talepleri mahkemeler tarafından karara bağlanmazsa ya da mahkemeler bu sorunlar karşında ziyadesiyle yasama organına boyun eğerse, o zaman yargı organı zayıf grupların sosyal dışlanmasını körükleyebilir. Dolayısıyla sosyal hakların yargı organı tarafından güvence altına alınması, sıradan bir yargısal denetimin ötesinde hayati bir anlam ifade etmektedir.

A. DAVA EDİLEBİLİRLİK KAVRAMI

Dava edilebilirlik bir uyuşmazlığın mahkemelerde karara bağlanıp bağlanmayacağına karar vermek ile ilgilidir ve genellikle bir mahkemenin konu bakımından yetkisiyle (*ratione materiae* [by reason of the matter involved]) ilgili olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte öteden beri bazı uyuşmazlıkların çeşitli gerekçelerle mahkemeler dışında daha iyi çözümlenebileceği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla dava edilebilirlik olgusu yargı organının siyasi ve sosyal hayattaki konumunun merkezinde yer alır. Hangi meseleleri mahkemelerin karara bağlayacağı,

hangi meselelerin ise yasama veya yürütmeye bırakılacağı sorunu, hukuki ve siyasi sistemlerin sınırlarını da belirleyen çok yönlü bir sorundur. Dolayısıyla dava edilebilirliğin parametrelerini tespit etmek hayati öneme sahiptir.²⁷⁶ Bu bağlamda Patrick Macklem ve Craig Scott'un şu tespiti aydınlatıcı olacaktır:

“Dava edilebilirlik aldatıcı bir terimdir; çünkü terimin hukuki tonu neyin dava edilebilir olup olmadığının yargı fonksiyonuna içkin olduğu ve bunun değiştirilemez olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Aslında tersi doğrudur: dava edilebilirlik hem bağlama göre farklı anlama gelir, hem de zamana göre değişir. Dava edilebilirlik belirli bir mekân ve zamanda yargının rolüyle ilgili varsayımlara bağlı olan rastlantısal ve değişken bir kavramdır.”²⁷⁷

Gerçekten de Lorne Sossin'in dikkat çektiği gibi hukuki ve siyasi bakımdan böylesine değişken bir kavrama kesin sınırlar çizmek ne arzu edilir ne de bu mümkündür. Dolayısıyla dava edilebilirlik kavramı yargının sosyal, ekonomik ve siyasi hayata müdahalesinin boyutunu betimleyen normlar, ilkeler ve yargıç yapımı kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.²⁷⁸ Dava edilebilirlik kavramı uluslararası insan hakları hukukunda sıklıkla kullanılan bir terimdir. Geniş anlamda bu kavram bir kişinin hakkının ihlal edilip edilmediği veya devletin anayasa gereği kişi haklarına saygı gösterme, koruma ya da yerine getirme yükümlülüğünü ihmal edip etmediğinin yargısal olarak karara bağlanabilmesini ifade eder.²⁷⁹ Diğer bir ifade ile uluslararası insan hakları hukuku terminolojisinde *justiciability*, bir sorunun hukuken yargısal sürece başvurarak çözümlenebilme niteliği olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁰

²⁷⁶ Lorne M. Sossin, **Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada**, 2. Baskı, Toronto, Carswell, 2012, s. 1-2, 6.

²⁷⁷ Craig Scott ve Patrick Macklem, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 141, No. 1 (1992), s. 17.

²⁷⁸ Sossin, a.g.e., s. 7.

²⁷⁹ Scott ve Macklem, a.g.e., s.17.

²⁸⁰ H. Victor Conde, **A Handbook of International Human Rights Terminology**, Lincoln, University of Nebraska Press, 2004, s. 143.

Bununla birlikte bu terim, dilbilimsel olarak İngilizce’de aslında yeteri kadar bilinen bir ifade değildir. Zira terim ile ilgili İngiliz ve Amerikan kaynaklarında belirgin bir farklılık göze çarpmaktadır. İngilizce sözlükler arasında klasikleşmiş otorite olarak bilinen ve en yaygın sözlüklerden biri olan *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*’de *justiciability* sözcüğü yer almamaktadır.²⁸¹ Keza İngiltere kaynaklı en yaygın hukuk sözlüğü olan *Oxford Dictionary of Law*’da da “*justiciability*” girdisi yoktur.²⁸² Buna karşın Amerikan İngilizcesinin en önemli referanslarından biri olan *American Heritage Dictionary* *justiciable* sıfatı şöyle açıklamaktadır: (1) Sonucundan gerçek payları bulunan taraflar arasındaki bir uyuşmazlıkta açık hukuki sorunların sunulması nedeniyle bir mahkeme kararına elverişli olan. (2) Yasama veya idarenin değil yargı organının karara bağlamasına uygun olan.²⁸³ Aynı şekilde yine ABD kaynaklı bilinen en yaygın ve kapsamlı hukuk sözlüklerinden biri olan *Black’s Law Dictionary*, “*justiciability*” girdisini şöyle tanımlamaktadır: “Bir mahkeme tarafından yargılanmaya uygun veya elverişli olma şartı, durumu ya da niteliği.”²⁸⁴

Dolayısıyla öncelikle dava edilebilirlik teriminin ulusal hukuklar bakımından, İngiliz hukukunda daha dar bir doktrin olarak görüldüğü ve İngiliz mahkemelerinin genellikle yasama organının niyeti ile ilgili olarak dava edilebilirliği sorguladıkları belirtilmektedir. Oysa Amerikan hukukunda İngiltere’deki durumun tam aksine dava edilebilirlik kavramı çok daha gelişmiş bir niteliktedir. Amerikan hukukunda dava edilebilirlik kavramı sistemin sert kuvvetler ayrılığı niteliğinden kaynaklanmaktadır ve anayasa hukukunun önemli ve kapsamlı konularından biridir. Federal mahkemelerin bir

²⁸¹ <http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/spellcheck/english/?q=justiciable> (23 Eylül 2015)

²⁸² Jonathan Law ve Elizabeth A. Martin (ed.), **Oxford Dictionary of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²⁸³ “1. Appropriate for a decision by a court because of the presentation of clear legal issues in a dispute between parties with an actual stake in the outcome. 2. Appropriate to adjudication by the judiciary rather than resolution by the legislative or administrative branches.” The American Heritage Dictionary of the English Language, Fifth Edition, 2015 (<https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=justiciability&submit.x=22&submit.y=19>)

²⁸⁴ Bryan A. Garner (ed.), **Black’s Law Dictionary**, 10. Baskı, St. Paul, Thomson Reuters, 2014, s. 997.

konuyu dava edilebilir ya da edilemez bulması, mahkemelerin yargı yetkisini düzenleyen ABD Anayasasının 3. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanmaktadır.²⁸⁵ Buna göre anayasa mahkemelere münhasıran “davalar” (cases) ve “uymazlıklar”ı (controversies) karara bağlama yetkisi vermektedir. Maddedeki bu sınırlamanın sonucu olarak dava edilebilirlik, Amerikan öğretisinde anayasa yargısının temel dinamiği olarak görülmektedir.²⁸⁶ Sonuç olarak dava edilebilirlik kavramı üzerindeki tartışmanın büyük çoğunluğunun Amerikan anayasa hukukunda karşımıza çıktığını, ancak terimin uluslararası insan hakları hukukunda kullanımının da yaygın olduğunu tespit etmek gerekir.

Dava edilebilirlik bazen uymazlıklarla, bazen ise kurallarla ilişkilidir ve “tespit edici” (*fact-stating*) ya da “normatif” (*prescriptive*) anlamda ele alınabilir. Tespit edici anlamda dava edilebilirlik, bir iddianın kendisinde içkin olan yargısal denetime tabi olma zorunluluğu ne olursa olsun usulen icra edilemez olabileceği anlamına gelir.²⁸⁷ Hakların dava edilebilirliğini ise, dava konusu uymazlığın bir takdir derecesi olmaksızın mahkemece incelemesi gerektiği şeklinde, yani normatif olarak, anlamak gerekir.²⁸⁸ Diğer bir ifadeyle dava edilebilirlik mahkemelerin ne yapabileceğinin soyut bir hesabı değil, mahkemelerin ne yapması gerektiğiyle ilgili normatif bir bakıştır.²⁸⁹ Bu bağlamda dava edilebilirliğin normatif anlamı bir sorunun yargısal çözüme yakınlığına işaret eder.²⁹⁰

Ancak bu normatif anlamı biraz daha genişletmek mümkündür. Örneğin Sossin, dava edilebilirlik kavramını “kurumsal kapasite” ve “kurumsal meşruiyet” unsurları ile

²⁸⁵ Constitution of United States of America 1789, Article III, Section 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, ... to Controversies ...” (https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en)

²⁸⁶ Sossin, a.g.e., s. 23-27.

²⁸⁷ King, a.g.e. 130.

²⁸⁸ Marshall, a.g.e., s. 268.

²⁸⁹ Katrougalos & O’Connel, a.g.e., s. 382.

²⁹⁰ Marshall, a.g.e., s. 268.

ele almaktadır. Buna göre dava edilebilirlik tek bir gerekçeye dayanan tekil bir doktrin değildir; daha ziyade nelerin yargılamaya konu edilebileceğinin kapsamına ilişkin ortak kural ve ilkelere dayanan çeşitli doktrinler yığındır. Bu bakımdan dava edilebilirlik iki temel ilke üzerine kurulmuştur: mahkemeler uyuşmazlıkları çözerken, (1) kendi kurumsal kapasitelerinin üzerinde ve (2) kendi meşruiyetlerini aşan yargılama yapmazlar. Kurumsal kapasite mahkemelerin yargı ekonomisi ve etkinliği kaygısıyla veya çekişmeli bir yargılamanın bulunmaması dolayısıyla bir konuyu yargı yetkilerinin dışında görmelerini ifade eder. Kurumsal meşruluk ise çoğu durumda hukuken tanımlanamayan bir sorun gündeme getiren her uyuşmazlığın, bu uyuşmazlığı karara bağlayacak mahkemenin meşruluğuna zarar verdiğidir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın dava edilebilir olup olmadığını belirlemek, o uyuşmazlığın kurumsal kapasite ve meşruluk ışığında yargılamaya elverişli olup olmadığını analizini gerektirir.²⁹¹

Hakların gerçekten hukuki bir yaptırıma bağlanarak dava edilebilirliğinin sağlanıp sağlanmadığının, şekli anlamda anayasada güvence altına alınmanın ötesinde çeşitli faktöre bağlı olduğu; bununla birlikte hakların anayasa metni içindeki yerinin mahkemelere ve devlete bireyin refahı için nasıl bir yükümlülük verildiğinin tespiti bakımından önem arz ettiği; dolayısıyla sosyal hakların dava edilebilirliğinin anayasal düzenleme altına alınmasının bizatihi bu hakların hukuki yaptırımını garanti etmese de, sosyal hakların anayasal konumunu tespit etmenin bu hakların varlıkları ya da yokluklarını ölçmekten ziyade anayasadaki diğer dava edilebilir hak ve özgürlüklerle denk statüsü hakkında daha çok bilgi verebileceği belirtilmektedir.²⁹²

Hirschl ve Rosevear'ın dikkat çektiği gibi sosyal hakların şeklen anayasal koruma altına alınmasının bunların gerçek durumlarını iyileştirmesi beklenirse de, anayasal haklar ile gerçekler arasında kolayca görünür bir korelasyon bulunduğunu söylemek

²⁹¹ Sossin, a.g.e., s. 13, 284-285, 290-292.

²⁹² Jung et. al., a.g.e., s. 1049-1050.

mümkün değildir.²⁹³ Bu bağlamda sosyal hakların anayasal konumları üzerine yapılan yakın tarihli bir çalışmada şu ampirik gözleme ulaşılmıştır: Anayasalardaki sosyal hak hükümlerinin gücü bakımından üç farklı hak modelinin varlığı söz konusudur: tamamen dava edilebilir (*purely justiciable*), tamamen yol gösterici (*purely aspirational*) ve karma (*mixed*). Bu modellemenin anayasal hakların, yargısal denetim ve bireylerin hukuki yaptırım talep etme kapasitesi üzerinde bir etkisi olup olmadığı hakkında bir sonuca ulaşmaya yardım edebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre yargısal yorum ve uygulamadaki çeşitliliğin, anayasanın lafzından daha önemli olduğu varsayımı öne çıkmaktadır. Bu iddiayı desteklemek için Hindistan ve Kanada anayasalarının neredeyse birbiriyle aynı hükümlerinin bu ülkelerin en yüksek yargı organları tarafından tamamen farklı şekilde yorumlanması örnek gösterilmektedir.²⁹⁴ Gerçekten de bu iki ülkenin anayasalarındaki çok benzer hükümler, sosyal hakların dava edilebilirliği bakımından bambaşka yargısal yorumlara tabi tutulmuştur.

Kanada Anayasasının 7'inci maddesi şöyledir:²⁹⁵ “Herkes yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkına ve temel adaletin ilkelerine uygun ayırık durumlar dışında bunlardan mahrum bırakılmama hakkına sahiptir”. Hindistan Anayasasının 21. maddesi²⁹⁶ ise şöyledir: “Kanunla öngörülen usullere uygun haller hariç hiç kimse yaşamından ve kişisel özgürlüğünden mahrum bırakılamaz.” Görünüşte birbirine çok benzeyen bu iki hüküm, dava konusu sosyal yardım/geçim hakları söz konusu olduğunda çok farklı yargısal yorumlara tabi olmuştur.

²⁹³ Ran Hirschl ve Evan Rosevear, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities”, **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**, ed. Tom Campbell et. al., Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 211.

²⁹⁴ Jung et. al., a.g.e., s. 1050-1051.

²⁹⁵ The Constitution Act 1982 [1.1.2013]: “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

²⁹⁶ The Constitution of India 1950 [1.12.2011]: “No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.”

Her ne kadar sosyal yardım hakları Kanada kamuoyunda önemli bir konumda olsa da, Kanada Yüksek Mahkemesi beşe karşı dört oy çokluğuyla verdiği kritik bir kararda yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarını münhasıran devlet eylemlerini sınırlayan negatif biçimde tanımlamış ve sosyal yardım talebini 7'nci maddenin kapsamında görmemiştir.²⁹⁷ Buna karşın Hindistan Yüksek Mahkemesi ise yaşama ve özgürlük hakkını devlete yoksul kesimler için gerekli maddi şartları sağama konusunda pozitif yükümlülükler veren biçimde yorumlamış ve 21'inci maddenin yeterli barınma hakkını da kapsadığını ve bu hakkın dava edilebilirliğini ve icrasını mümkün kıldığına hükmetmiştir.²⁹⁸

Kanada'da sosyal hakların anayasanın anlamına dahil edilmesi mücadelesi halen sürmektedir. 1982 Haklar Bildirgesinin erken yıllarında sosyal hakları da kapsayan belirli bir insan hakları paradigmasının belirtileri görülmektedir. Bu bağlamda 7'nci maddenin sosyal hakları kapsayacak şekilde yorumlanması gerekip gerekmediği sorunu ilk kez Yüksek Mahkeme'nin 1989'daki *Irwin Toy* kararıyla açığa çıkmıştır.²⁹⁹ On üç yaşından küçük çocukların reklamlarda yer almasını sınırlayan bir düzenlemeye karşı bir oyuncak şirketinin açtığı bu davada, mahkeme davacı şirketin ekonomik haklarının anayasanın 7'nci maddesinin kapsamında olmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte mahkeme uluslararası sözleşmelerde yer alan sosyal güvenlik, yeterli gıda ve barınma

²⁹⁷ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429. (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2027/index.do>)

²⁹⁸ *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 S.C.R. 545. (<http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=9246>): "The sweep of the right to life conferred by Article 21 is wide and far reaching. It does not mean merely that life cannot be extinguished or taken away as, for example, by the imposition and execution of the death sentence, except according to procedure established by law. That is but one aspect of the right to life. An equally important facet of that right is the right to livelihood because, no person can live without the means of living, that is, the means of livelihood. If the right to livelihood is not treated as a part of the constitutional right to live, the easiest way of depriving a person of his right to life would be to deprive him of his means of livelihood to the point of abrogation. Such deprivation would not only denude the life of its effective content and meaningfulness but it would make life impossible to live."

²⁹⁹ *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/443/index.do>) ("the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property -- contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of Charter interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the same ilk as corporate-commercial economic rights.") (§ 282)

gibi sosyal hakların mülkiyet haklarından belirgin bir şekilde farklı olduğunu da not etmiş ve sosyal hakların peşinen 7'nci maddesinin kapsamının dışında bırakılmaması için uyarıda bulunmuş, dolayısıyla gelecekteki davalarda sosyal hakların 7'nci maddenin kapsamında görülebilmesinin kapısını açık bırakmıştır.³⁰⁰

Gosselin kararı bu bakımdan uluslararası insan hakları hukukunda koruma altına alınan bir sosyal hakkın, Kanada Anayasası tarafından koruma altında olup olmadığının doğrudan konu edildiği tek karardır. Bu davanın konusu mesleki eğitime kayıtlı olmayan 30 yaşın altındaki yararlanıcılara ödenen parayı gıda veya barınma gibi temel ihtiyaçları dahi karşılamayacak bir seviyeye indirdiği iddiasıyla bölgesel bir sosyal yardım düzenlemesinin anayasaya aykırılığıdır.³⁰¹ Kararın karşı oyunda yedinci maddenin devlete herkese temel ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek miktarda sosyal yardım sağlama zorunluluğunu yüklediği ifade edilirken³⁰², çoğunluk görüşü ülkenin refah rejimini genç insanları işgücüne katılmaya teşvik etmenin bir aracı olarak görmüş ve bu yorumu benimsememiştir.³⁰³ Bununla birlikte Mahkeme azınlık görüşünde sosyal haklar lehine benimsenen yorumun gelecekteki davalarda kabul edilebilme olasılığının önünü de tamamen kapatmamıştır.³⁰⁴ Kararda yer verilen şu ifade bu olasılığı açıkça benimsemektedir: “Uzunca bir zaman boyunca 7. maddenin tam etkisini öngörmek ve

³⁰⁰ Bruce Porter ve Martha Jackman, “Introduction”, **Advancing Social Rights in Canada**, ed. Martha Jackman & Bruce Porter, Toronto, Irwin Law, 2014, s. 12-13 (ET: 4 Eylül 2015, ebrary); Bruce Porter, “Inclusive Interpretation: Social and Economic Rights in Canadian Charter”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar Garcia, Karl Klare ve Lucy A. Williams, New York, Routledge, 2015, s. 222.

³⁰¹ Porter, “Inclusive Interpretation...”, a.g.e., s. 223.

³⁰² “this case raises altogether a different question: namely, whether the state is under a positive obligation to provide basic means of subsistence to those who cannot provide for themselves. ... One can in principle answer the question of whether a *Charter* right exists — in this case, to a level of welfare sufficient to meet one’s basic needs — without addressing how much expenditure by the state is necessary in order to secure that right.” (§332); “every suitable approach to *Charter* interpretation, including textual analysis, purposive analysis, and contextual analysis, mandates the conclusion that the s. 7 rights of life, liberty and security of the person include a positive dimension.” (§357).

³⁰³ “I leave open the possibility that a positive obligation to sustain life, liberty, or security of the person may be made out in special circumstances. ... The frail platform provided by the facts of this case cannot support the weight of a positive state obligation of citizen support.” (§ 83)

³⁰⁴ “One day s. 7 may be interpreted to include positive obligations. ... It would be a mistake to regard s. 7 as frozen, or its content as having been exhaustively defined in previous cases.” (§82)

belirlemek zor olacaktır. Mahkememiz bu maddenin yorumuna belirli bir esneklik kazandırma ihtiyacına karşı canlı/uyanık olmalıdır.”³⁰⁵

Gosselin kararı Kanada Yüksek Mahkemesinin *Irwin Toy* kararı ile erken dönem içtihadına bilinçli olarak yoruma açık bıraktığı sosyal hakların benimsenmesi imkanını dikkate almayarak, sosyal hakların Kanada anayasal sisteminin bir parçası haline gelmesini sağlamakta sessiz kalması bakımından önemlidir. Zira ilk kez doğrudan bir sosyal hak ihlalinin konu edildiği bu kararda, sorun çözümsüz kalmaya devam etmiştir. 1982 Kanada Anayasasının ilk otuz yılında ortaya çıkan içtihadı bakıldığında sosyal hak talepleri açısından hem başarılı hem de başarısız örneklerin gözlemlendiği, dolayısıyla anayasada güvence altına alınan yaşam hakkı, kişinin güvenliği ve eşitlik haklarının sosyal hakları da içerip içermediğine Kanada mahkemeleri tarafından halen net bir cevap verilmediği belirtilmektedir.³⁰⁶ Bu bakımdan Kanada deneyimi sosyal hakların gerçekleştirilmesinde hakların yorumlanmasının önemini açığa çıkarması bakımından özellikle önemlidir. Kanada’daki sosyal haklar mücadelesinin gösterdiği gibi, sosyal hakların gerçekleşebilmesinin yargı organının kapsayıcı bir yorumbilime bağlılığını, yani yurttaşlık ve eşitlik değerleriyle uyumlu bu değerlerden haberdar bir yorumu benimsemesini, gerektirdiği not edilmektedir. Zira hakların tam yorumlanmasında güvenilecek nihai bir otorite ya da kesin garantinin bulunmaması gerçeği sorun değil, çözümün ta kendisidir.³⁰⁷

Kanada ve Hindistan deneyimlerinde gözlemlenen benzer anayasal hükümlere verilen belirgin yargısal yorum farkı, belirli bir yönetim biçimindeki sosyal yardım haklarının sahip olduğu anayasal korumanın kapsamı, zorunlu olarak bu hakların ait

³⁰⁵ “The full impact of s. 7 will remain difficult to foresee and assess for a long while yet. Our Court should be alive to the need to safeguard a degree of flexibility in the interpretation and evolution of s. 7 of the Charter.” [*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44] (§82)

³⁰⁶ Porter ve Jackman, a.g.e., s. 16.

³⁰⁷ Porter, “Inclusive Interpretation...”, a.g.e., s. 218, 230, 232.

olduğu kamuoyunda hâkimiyetini de yansıtmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.³⁰⁸ Bu bağlamda benzer metinlerden zıt sonuçlar çıkaran diğer durumları da dikkate alarak anayasa metninin yorumlanmasının, çetrefilli politik meselelerle ilgili mahkeme kararlarının çeşitli aktörlerin etkisiyle şekillenmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.³⁰⁹

Gerçekten de karşılaştırmalı yargı politikası (*comparative judicial politics*) literatüründe, mahkemelerin politik aktörler olarak neden ve nasıl kararlar aldığını, yargı kararların temellerini belirlemeye çalışan “yargısal davranış” (*judicial behaviour*) çalışmalarıyla karşılaşılmaktadır. Mahkemelerin neden çetrefilli politik sorunlarla ilgili davalarda karar verdiği ve bu kararları etkileyen aktörlerin ve güçlerin neler olduğu hakkında Epstein ve Jacobi, yargıçların kararlarını her türlü etkiden arındırılmış bir vakum içinde vermediği, aksine stratejik karar alıcılar olduklarını belirtmektedir. Buna göre yargısal kararların stratejik analizi bakımından yargıcın (1) kendisiyle aynı seviyedeki çalışma arkadaşları, (2) yargısal üstleri ve (3) diğer devlet organlarının üyelerinin tercihlerini ve olası reaksiyonlarını da dikkate alması mümkündür.³¹⁰

Aynı doğrultuda Kapiszewski de yüksek mahkemelerin karar alma süreçlerini “taktiksel dengeleme” (*tactical balancing*) olarak ele almaktadır. Bu analize göre mahkemeler belirsizlik halinde kendi menfaatlerini en üst seviyeye taşımaya çalışan, hedefe yönelik, rasyonel aktörlerdir ve yargıçlar siyasi olarak kritik konularla ilgili karar alırken şu dinamikleri dikkate alırlar: (1) kendi ideolojileri, (2) kurumsal menfaatler, (3) seçilmiş organların tercihleri, (4) kararlarının olası ekonomik ve siyasi sonuçları, (5) dava konusuyla ilgili kamuoyu ve (6) dava konusunu ilgilendiren pozitif hukuk. Bu kurama göre yargıçlar karar verirken bu altı dinamiği dengelemeye çalışır ve her bir

³⁰⁸ Hirschl ve Rosevear, a.g.e., s. 213.

³⁰⁹ Jung et. al., a.g.e., s. 1051.

³¹⁰ Lee Epstein ve Tonja Jacobi, “The Strategic Analysis of Judicial Decisions”, **Annual Review of Law and Social Sciences**, C. 6 (2010), s. 342-344.

davada bu dinamiklerin farklı kombinasyonları karar alma sürecini belirleyerek, dava konusunun zorunluluklarını stratejik olarak dengelemeye çalışır.³¹¹

Gauri ve Brinks ise sosyal hakların yargısal icrasını temellendirmek için kurguladıkları teorilerini şöyle açıklamaktadırlar: Mahkemeler hakların ihlal edilmesi halinde hukuki talepleri ve yükümlülükleri belirleyen paradigmatik kurumlardır. Dolayısıyla politik karar alma süreçlerine mahkemelerin müdahil olmasını izah edebilmek için, öncelikle mahkemelerin karar alma süreçlerine karıştıklarında aslında ne yaptıklarını tespit etmek gerekir. Bu bağlamda Gauri ve Brinks karar alma sürecine mahkemelerin dâhil olmasını bir kavramsal çerçeveye oturtmaktadır. Buna göre mahkemelerin politika yapımına katılımı dört aşamalı bir süreçtir: (a) mahkemelerin iş listesine davaların girmesi (hukuki mobilizasyon), (b) yargısal karar, (c) bürokratik, siyasi veya özel tarafların tepkileri ve (d) bazı müteakip davalar. Bu dört aşamalı sürecin nihai çıktısı ise belirli bir politika alanında “hukukileşme” (legalization) olarak adlandırılmaktadır.³¹²

Gauri ve Brinks’e göre kuşkusuz bir ülkenin hukuki ve siyasi atmosferi sosyal ve ekonomik politika alanındaki hukukileşme sürecinin kapsamı ve şeklini etkiler. Ancak önemli olan sürecin her aşamasının bir veya birden fazla stratejik aktörün seçimlerini içermesidir. Hukukileşme sürecinde rol alan aktörler davacılar, devlet ya da özel sektör ve mahkemelerdir. Bu süreçte hâkim hukuki üstyapının mahkeme kararlarını önemli biçimde etkilemesi mümkünse de, yargıçlar aynı zamanda kararların riayet edilmesi veya siyasi tepki verilmesi ve bunların yargının saygınlığı üzerindeki doğuracağı etki ile yargılama sürecini sonuna kadar takip edecek, gerekirse yeni davalar açacak güçlü bir

³¹¹ Diana Kapiszewski, “Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases”, **Law & Society Review**, C. 45, No. 2 (2011), s. 471-481.

³¹² Varun Gauri ve Daniel Brinks, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, ed. Varun Gauri & Daniel M. Brinks, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 1-4.

davacının varlığı gibi etkenleri de dikkate alarak karar verirler. Dolayısıyla kavramsal olarak hukukileşme süreci açısından yargı kararlarının temel niteliği açık uçlu ve interaktif olmalarıdır. Diğer bir ifadeyle bu teoriye göre karar alma yetkisi, devlet organları arasındaki bir sıfır toplam (zero-sum) ilişki değildir. Hukukileşme, mahkemelerin diğer aktörlerin karar alma yetkilerini ele geçirmesinden ziyade, yeri geldiğinde ilgili tüm aktör ve mülahazaları sürece eklemlediği kesintisiz bir olgudur.³¹³

Nihayet Gauri ve Brinks hakların dava konusu haline gelmesi bakımından yargı ve yasama organlarının fonksiyonlarındaki popüler bölünme/ayrışmayı sorgulamaktadır. Yaygın kanıya göre mahkemeler özellikle insan haklarıyla ilgili karar verirken kategorik veya deontolojik bir mantıkla hareket ederler; yargıçların bütün ilgisi önlerindeki davacı, ilgili hukuk ve kendi eğilimleridir. Yasama organı ise aksine seçmenlerin tercihlerini temsil edebileceği için gelecek kuşaklar da dahil bütün yönetilenlerin çok daha geniş menfaatlerini dikkate alır. Oysa, mahkemelerin hukukileşme sürecinde, aslında yaygın anlayışın aksine daha geniş kaygılar benimsedikleri ileri sürülmektedir. Özellikle sosyal hakların denetiminde mahkeme kararlarında, popüler taleplere cevap vermek, altyapı sınırlamalarını hesaba katmak, yasama ve yürütme organının önceliklerini öngörmek gibi -açıkça veya zımnen- toplamcı/faydacı bir anlayışın unsurlarını da benimsediği belirtilmektedir. Dolayısıyla sosyal hakların yargısal icrası, bir lütuf olmadığı gibi sosyal adalet için karşılıksız bir yükümlülük de değildir. Mahkemeler mahrumiyet içindekilerin lehine politikalar belirlemede önemli aktörler haline gelebilirler, ya da en azından durumlarının daha kötüye gitmesine yol açmazlar. Bununla birlikte yargı organı ancak uygun şartlar altında sosyal hakları dezavantajlılar lehine genişletebilirler zira her ülkede rol oynadıkları dengeler farklıdır.³¹⁴

³¹³ Gauri ve Brinks, a.g.e., s. 4-5.

³¹⁴ Gauri ve Brinks, a.g.e., s. 5-6.

Gerçekten de karşılaştırmalı uygulamaya bakıldığında mahkemelerin sosyal hakları düzenleyen normları daha geniş muhataplara uyguladığı ve böylelikle hukuken hesap sorulabilir farklı aktörlerin hak ve ödevlerini tespit ettikleri ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle mahkemeler dava konusu normların içeriğinden daha geniş bir koruma yaratmaktadır. Örneğin sağlık hakkına ilişkin içtihadattan çok az veya tamamen ücretsiz tıbbi tedavi görmek, tıbbi durumu veya ödeyebilme imkanı ayrılmaksızın acil müdahaleye kabul edilmek, sağlık programlarını göçmen işçilere de uygulamak, tıbbi verilerin gizliliğini sağlamak gibi pek çok hak ve yükümlülük türediğine işaret edilmektedir.³¹⁵ Dolayısıyla sosyal hakların dava edilebilirliği bizatihi hak ihlallerinin kaynağını gidermese de, bu hakların genişletilerek olabildiğince fazla koruma sağlanmasını mümkün kılabilir.

Anayasacılık düşüncesi açısından esas olan her türlü kamu gücünün hukukla sınırlanmasıdır. Dolayısıyla bir kamusal yetkinin kullanılmasının anayasaya aykırı olduğunun iddia edildiği her durumda uygulanacak bir hukukun var olduğu kabul edilir. Bu nedenle pek çok anayasal sistem “dava edilemez anayasaya aykırılık” fikrini kabul etmemiştir. Ancak aksi durumlar da söz konusudur. Bazı hukuk sistemleri, ulusal güvenlik veya dış ilişkiler gibi hassa konularda anayasaya aykırılık iddialarının dava edilebilir olmadığı anlayışını sürdürmektedir.³¹⁶ Örneğin Japonya’da usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası antlaşmaların uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar nadiren anayasallık denetiminin konusu olmaktadır. Gerçekten de muhafazakârlığı ile ünlü Japonya Yüksek Mahkemesi’nin kritik siyasi konular önüne geldiğinde, siyasi nitelikleri nedeniyle yargısal denetime uygun olmadığı gerekçesiyle karar vermekten imtina ettiği bilinmektedir. Nitekim ulusal güvenlikle ilgili uluslararası antlaşmanın anayasaya uygunluğunu açıkça hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle

³¹⁵ Gauri ve Brinks, a.g.e., s. 8-9.

³¹⁶ Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 112.

reddederken³¹⁷ Japonya Yüksek Mahkemesi sorumluluk almaktan kaçınıp, ulusal güvenlikle ilgili uyuşmazlıkların dava edilebilir olgular olmadığına hükmetmiştir.³¹⁸

Bir anayasal sorunun dava edilebilirliğinin esastan reddedilmesi mahkemelerin diğer devlet organlarına riayet etmesi ve karşı koymaktan çekinmesi etmesi halinde söz konusu olur. Bu bakımdan eğer bir anayasa bir konu üzerinde yürütme organına geniş bir “takdir yetkisi” tanıyorsa, anayasaya aykırılık iddiasının başarıya ulaşma şansı azdır. Söz konusu sosyal haklar olduğunda bu ihtimal sıklıkla ortaya çıkmakta ve takdir yetkisi sosyal hakların dava edilemez olduğunun kabul edilmesine yol açmaktadır. Bu durumda anayasanın gerçekten sosyal sorunlarla ilişkin takdir yetkisinin olup olmadığı ve bu takdir yetkisinin tam olarak kapsamının ne olduğu soruları açığa çıkmaktadır.³¹⁹ Bu sorunları tasvir etmek için iki farklı hukuk sisteminde karşımıza çıkan içtihadı değinmek yerinde olacaktır.

Japonya Yüksek Mahkemesi’nin 1967 tarihli *Asahi* kararında bir tüberküloz hastası, tedavisi esnasında idare tarafından kendisine ödenen sosyal yardımın kardeşi tarafından kendisine maddi destek verilmeye başlanması üzerine kesilmesinin Japon Anayasasının 25’inci maddesinde³²⁰ koruma altına alınan sağlıklı yaşam hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme Anayasanın 25’inci maddenin bireyler için mahkeme önünde talep edilebilecek doğrudan bir hak yaratmadığını, daha ziyade devletin belirli hedefleri gerçekleştirmesine ilişkin bir program hüküm olduğunu belirtmiştir.³²¹ Aslında dava sürerken davacı Shigeru Asahi’nin hayatını kaybetmesi

³¹⁷ Sunagawa Case (Sakata v. Japan), Judgment of the Grand Bench, Case No. 1959 (A) 710, 16.12.1959, http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13 (Temmuz 2017).

³¹⁸ Shigenori Matsui, **The Constitution of Japan: A Contextual Analysis**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2011, s. 143-145.

³¹⁹ Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 112.

³²⁰ Article 25: (1) All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living. (2) In all spheres of life, the State shall use its endeavors for the promotion and extension of social welfare and security, and of public health. (https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946?lang=en#83)

³²¹ Matsui, a.g.e., s 156; Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 113.

üzerine dava konusuz kalmıştır. Ancak Mahkeme yine de kararda işin esasına girerek dava konusu sosyal hak talebine neden cevap vermeyeceğini açıklamıştır. Mahkeme anayasanın idareye asgari yaşam standartlarının belirlemek konusunda geniş bir takdir yetkisi verdiğini; ayrıca dava konusu anayasal hükmün muğlak ve göreceli olduğunu ve ancak ulusal kültür ve ekonomik kalkınma gibi faktörlerin dikkate alınmasından sonra belirlenebileceğine hükmetmiştir. İdarenin işlemine karşı geniş bir hoşgörüyle yaklaşan Yüksek Mahkeme, aşırı derecede kötü bir yaşama yol açmadığı müddetçe idarenin bu işlemini politik niteliği gereği denetlemekten imtina etmiştir. Bu bakımdan anayasanın devleti refah devletini gerçekleştirme yükümlülüğü altına sokmasına rağmen hem mahkemenin hem de idarenin sosyal hakların anayasal koruma altındaki bireysel haklar olduğunu kabul etmekteki açık isteksizliği dolayısıyla Japonya'nın refah devletinin asgari yaşam standartlarını sağlamanın çok uzağında olduğu ifade edilmektedir.³²²

Benzer bir yaklaşım ABD Yüksek Mahkemesinin 1970 tarihli *Dandridge v Williams*³²³ kararında görülmektedir. ABD Anayasasının sosyal haklar vizyonunun yükselme ve çöküş dönemleri olduğu kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme Başyargıç Warren dönemindeki (1953-1969) çeşitli davalarda dezavantajlı grupların korunması konusunda popüler bir rol oynarken, Başyargıç Burger dönemi (1969-1986) ile birlikte sosyal haklara yönelik dışlayıcı bir tutum sergilemiştir.³²⁴ Bu dışlayıcı tutumun ilk örneklerinden olan *Dandridge* kararında mahkeme, bakmakla yükümlü olunan çocukların korunması için bir ihtiyaç standardı kurmak ve ailenin büyüklüğü veya ihtiyacı dikkate alınmaksızın bir maksimum aylık ödenek tahsis edilmesinin ABD Anayasasının 14'üncü değişikliğinde yer alan Eşit Koruma Hükümüne (Equal Protection Clause) aykırı olmadığına karar verilmiştir. Mahkeme sosyal haklar alanında devletin

³²² Matsui, a.g.e., s. 223-224; Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 113.

³²³ 397 US 471 (1970).

³²⁴ Jeff King, "Two Ironies About American Exceptionalism Over Social Rights", *International Journal of Constitutional Law*, C. 12, No. 3 (2014), s. 576.

sadece dava konusu sosyal yardım programındaki sınıflandırmanın makul temellere sahip olduğunu göstermek zorunda olduğunu belirtmiş ve 14'üncü değişikliğin federal mahkemelere eyaletlere ekonomik ve sosyal politikalarının ne olması gerektiğine ilişkin görüşlerini empoze etme yetkisi vermediğini ifade etmiştir.³²⁵ Yüksek Mahkemeye göre “kamusal sosyal yardım programlarının ortaya koyduğu ekonomik, sosyal ve hatta felsefi sorunlar bu Mahkemenin işi değildir.”³²⁶

Bu davalar nazik bir denetim standardı olarak dava edilebilirlik ile bir anayasa mahkemesinin anlamı açık olmayan anayasal hükümleri yorumlanması isteği ya da isteksizliği, diğer bir ifadeyle dava edilebilirlik fikri ile anayasayı yaratıcı biçimde yorumlamaya yönelik yargısal istek arasındaki ilişkiyi gözler önüne sermektedir.³²⁷ Ancak sosyal haklara yönelik neredeyse bütün itirazlar genel olarak dava edilebilirlik şemsiyesi altına gizlenmiştir. Zira dava edilebilirlik veya edilemezlik kavramlarının koruma altına alınmış sosyal hakların hem savunucuları hem de muhalifleri tarafından gelişigüzel veya muğlak bir şekilde kullanıldığı belirtilmektedir.³²⁸ Dolayısıyla bir çalışmada işaret edildiği gibi dava edilebilirlik kavramını, sosyal haklar aleyhine yöneltilen diğer bütün argümanları kapsayacak şekilde değerlendirmek yerinde olacaktır.³²⁹

Her şeyden önce dava edilebilirlik komplike ve çok yönlü bir kavramdır ve mahkemeler dava edilebilirliğin kendilerini pek çok işi görmekten alıkoyduğuna karar vermişlerdir. Mahkemeler için dava edilebilirlik kavramı, diğer başka olasılıkların yanında, mahkemelerin tavsiye kararları vermeyeceği; ancak karşıt taraflarla ilgili uyuşmazlıklara bakabileceği; kararları kesin hüküm yaratmadıkça hareket etmeyeceği;

³²⁵ Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 113.

³²⁶ “But the intractable economic, social, and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court.” (*Dandridge v. Williams*, s. 487)

³²⁷ Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 114.

³²⁸ Michael J. Dennis ve David P. Stewart, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, *American Journal of International Law*, C. 98, No. 3 (2004), s. 473.

³²⁹ Katrougalos & O’Connel, a.g.e., s. 382.

politik sorunlarla ilgilenmeyeceği; davanın konusuz kalması halinde görev yapamayacağı ya da taraf sıfatına sahip olmayan kişilerce açılan bir davaya bakamayacağı gibi pek çok farklı hususta çeşitli kısıtlar koyan bir olgudur.³³⁰ Bu bakımdan dava edilebilirlik olgusu birçok saklı kural ve istisnalar ile dolu olması ve mahkemelerin dava edilebilirliğe karar verirken istikrarsız ve olaya göre değişen unsurları vurgulamayı seçmesi dolayısıyla daha karmaşık bir hal almaktadır.³³¹ Dolayısıyla ne ulusal hukuk sistemlerinde ne de uluslararası anlamda yeknesak bir dava edilebilirlik kavramından bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Bir mahkeme bir davayı görmeden önce uyuşmazlığın dava edilebilir olup olmadığına karar verir. Buna göre yargıç, uyguladığı dava edilebilirlik testini geçemeyen bir uyuşmazlığa bakamaz. Dava edilebilirliğin önemi, esasen bir mahkemenin pek çok meseleyi siyasi çözüme bırakmaktansa, maddi hukuku belirleyerek bunu uygulama yetkisini kullanıp kullanmayacağına karar vermesinde yatmaktadır. Dolayısıyla dava edilebilirliğin bu kadar sofistike, tartışmalı ve zorlu bir mesele haline gelmesine şaşırılmamak gerekir.³³² Her ne kadar uygulamadaki tutarsızlıklar nedeniyle dava edilebilirlik doktrininin *hukuki* olmaktan ziyade *siyasi* bir olgu olduğu ileri sürülse de³³³, kanımızca bir kavramın hassas ve kırılgan yapısı yüzünden ortaya çıkan zorluklar, onun yargısal sürecin bir parçası olarak hukuki bir kavramsallaştırmaya tabi tutulması ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır.

³³⁰ Jonathan R. Siegel, “A Theory of Justiciability”, *Texas Law Review*, C. 86 (2007), s. 76-77.

³³¹ Donna Batten (ed.), *Gale Encyclopedia of American Law*, 3. Baskı, Detroit, Gale, 2011, s. 109-111. (Erişim: *Gale Virtual Reference Library*. Web. 22 Eylül 2015)

³³² Leonard W. Levy & Kanneth L. Karst (ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Cilt 3, New York, Macmillan Reference USA, 2000, s. 1519-1520.

³³³ Jethro K. Lieberman, *A Practical Companion to the Constitution*, Berkeley, University of California Press, 1999, s. 272.

B. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİNE YÖNELİK TEMEL İTİRAZLAR VE BUNLARIN GEÇERSİZLİĞİ

Sosyal hakların yargısal korunması söz konusu olduğunda, dava edilebilirlik argümanı esasen mahkemelerin bu hakların yargılanmasında bir rol oynayamayacağı iddiasıyla ilgilidir. Bu bakımdan sosyal haklar bağlamında dava edilebilirlik kavramı genel olarak, belirli bir davada ileri sürülen bir sosyal hakkın ihlali iddiasının ulusal düzeyde yargısal veya yarı-yargısal denetime uygun olmasını ifade eder.³³⁴ Martin Scheinin benzer bir tanımını ilginç bir analogi ile yapmaktadır: Dava edilebilirlik ilkesinin tanınması bir şeyin varlığını kolayca ispatlamakla ilgilidir. Örneğin yaşayan bir kırlangıç bulmak, bir kuş türü olarak kırlangıçların varlığını ispat etmek için yeterlidir. Benzer biçimde belirli sosyal hakların somut davalarda icra edildiği hem ulusal hem de uluslararası düzeyde bolca olay vardır. Dolayısıyla dava edilebilirlik olgusunun varlığı zaten kanıtlanmıştır. Diğer bir ifadeyle bir şeyin varlığını kanıtlamak için o şeyin bir örneğini göstermek yeterliyse, sosyal hakların icrasını mümkün kılan her türlü yargısal içtihat nedeniyle sosyal haklar da evleviyetle dava edilebilir bir olgudur.³³⁵

Ancak daha geniş anlamda dava edilebilirliği kavramsallaştırabilmek için bazı niteliklerinin belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda Scheinin ikili bir ayrım yapmakta ve bir kavram olarak dava edilebilirliği uluslararası ve ulusal düzeyde ayrı ayrı tanımlamaktadır. Buna göre uluslararası düzeyde dava edilebilirlik, sosyal haklara ilişkin uluslararası sözleşme normlarının yine sözleşmede öngörülen mekanizma tarafından esasa ilişkin yorumlanmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu yorum esnasında karar verici organ ve uygulanacak usulün parametreleri açıkça belirlidir. Ulusal düzey de ise

³³⁴ Fons Coomans, “Some Introductory Remarks on the Justiciability of Economic and Social Rights in a Comparative Constitutional Context”, **Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems**, ed. Fons Coomans, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 4.

³³⁵ Martin Scheinin, “Justiciability and the Indivisibility of Human Rights”, **The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, ed. John Squires et. al., Sydney, University of South Wales Press, 2005, s. 17.

dava edilebilirliğin özü bir sosyal hakla ilgili ihtilafta yeterli hukuki çözümü sağlamaya elverişli bir usul arayışından ibarettir. Diğer bir ifadeyle iç hukuk açısından önemli olan sosyal hakların esasa ilişkin yorumunda uygun usulün kullanılması ile yeterli hukuki çözümün ortaya çıkarılmasıdır.³³⁶

Scheinin'in benzetmesinde dikkat çektiği üzere sosyal hakların savunucuları bakımından bu hakların dava edilebilirliğinin varlığını ispat etmek *amaç* değil bir *araç* olarak görülmelidir. Çünkü bir kırlangıç tek başına yaz mevsimini meydana getirmese de yaz mevsimi geldiğine yeterli sayıda kırlangıç görebiliriz ve işte o zaman yaz tatilini planlama vakti gelmiştir.³³⁷ Dolayısıyla önemli olan şudur: Sosyal haklar dava edilebilir, önemli olan dava edildiğinde hangi sürecin nasıl devam edeceğidir. Diğer bir ifadeyle hakları korumak, koruma mekanizması işletildiğinde belirgin bir insan hakları vizyonu sergileyebilmeyi gerektirir.

Sosyal hakların dava edilebilirliğine yönelik itirazları bilmek ve bunları çürütmek böyle bir vizyonu edinmeye katkıda bulunabilir. Bu nedenle bu başlığın amacı, *kavramsal* perspektiften sosyal hakların dava edilebilirliğine yönelik temel itirazları sorgulamak ve bunlara karşı verilen cevapları izah etmektir.

1. Genel Olarak

Sosyal hakların dava edilebilirliği aleyhine ileri sürülen argümanları ele almak adeta Pandora'nın Kutusunu açmaya benzetilmektedir; çünkü sosyal hakları yargı denetimine konu etmeye karşı değişik açılardan birçok itiraz yükselmiştir.³³⁸ Bu bağlamda sosyal hakların dava edilebilirliğini kabul etmeyen geleneksel itirazın en belirgin izlerini, diğerleri arasında iki ABD'li bilim insanı, Cass Sunstein ve Frank Cross'da bulmak mümkündür.

³³⁶ Scheinin, a.g.e., s. 20.

³³⁷ Scheinin, a.g.e., s. 23, 26.

³³⁸ Trispiotis, a.g.e., s. 1.

Cass Sunstein orta ve doğu Avrupa’da komünizm sonrası kurulan yeni devletlere ilişkin olarak sosyal hakların bu ülkelerde tanınmasını “büyük bir hata, muhtemelen bir felaket” olarak tanımlamıştır. Sunstein’a göre komünizmden serbest piyasa ekonomisine geçiş yapan Doğu Avrupa ülkelerindeki anayasalar, sadece klasik liberal hakları ve serbest piyasa ekonomisinin koşullarını güvence altına almalıdır. Oysa çoğunluğu absürt olan sosyal haklar bu iki hedefi tehdit eder.³³⁹ Sunstein anayasal sosyal haklara karşı bu çıkarımını mekân ve zaman açısından sınırlı olarak yapsa da çok daha çarpıcı bazı genel çıkarımlarda da bulunmaktadır. Yazara göre belki de sosyal hakları ayrıca tanımak hukuken icra edilebilir garantilerden oluşan bir sistem kurmayı tehlikeye sokabilir. Çünkü eğer bir anayasa düzgün bir toplumun kendini adadığı her şeyi içermeye çalışırsa, sadece bir kâğıt parçası olma ve gerçek dünyada hiçbir anlam ifade etmeme tehdidini de beraberinde getirir.³⁴⁰

Ayrıca Sunstein’a göre örneğin yapılan işin niteliği ve niceliğine uygun ücret hakkını sağlamak için hükümetler bile yetersizken, mahkemeler evleviyetle yetersiz bir konumdadır. Dolayısıyla sosyal hakların çoğunluğu mahkemeler tarafınca icra edilebilir değildir. Mahkemeler bürokratik araçlara sahip olmadığı gibi, hükümet programları yapamazlar. Bu nedenle sosyal hakların çoğunun mahkemelerce icra edilmesini beklemek gerçekçi değildir. Bu bağlamda Sunstein’a göre sosyal hakları anayasallaştırmak, mahkemelerin yetersiz olduğu bir hususu boş yere hukukileştirmek, yarardan çok zarar getirecektir. Eğer anayasal sosyal haklar icra edilebilir değil ise, mahkemeler bunları ele almaktan imtina edeceklerdir. Bu ise iki olumsuz sonuca yol açar: vatandaşlar artık anayasayı sadece bir kâğıt parçası olarak görmeye başlar ve daha kötüsü mahkemeler diğer bütün hakları uygulamanın da aynı derecede mümkün

³³⁹ Cass R. Sunstein, “Against Positive Rights”, **Western Rights? Post-Communist Application**, ed. Andras Sajó, Hague, Kluwer Law International, 1996, s. 225.

³⁴⁰ Sunstein, a.g.e., s. 227.

olmadığı kanısına kapılabilirler. Bu olumsuz sonuçların ortaya çıkması kesin değilse de kaçınılması gereken büyük bir risktir.³⁴¹

Frank Cross'a göre ise pozitif anayasal haklara güvenmek tamamen yanlış bir plandır.³⁴² Cross sosyal hakların tanınmasının değersiz olduğu ve yargıçların bu hakları icra etmek bakımından elle tutulur bir katkı sağlayamayacakları görüşündedir. Yazara göre muhtemelen yargının sosyal haklara müdahil olması, bu hakların yararlanıcıları bakımından işleri daha kötü hale getirmekten başka bir işe yaramayacaktır.³⁴³ Cross'a göre bunun temel nedeni sosyal hakların esas bakımından belirsiz/muğlak olmasıdır. Sosyal haklar niteliği gereği belirsizdir ve yargının belirli bir sonucu elde eden bir program yaratmasını gerektiren “sonuççu” (consequentialist)³⁴⁴ niteliktedir. Bu bağlamda bu sonuççu niteliğin ortaya çıkardığı belirsizlik, sosyal hakların yargısal icrasını da anlamsız kılmaktadır. Çünkü Cross'a göre sosyal hakları icra eden mahkemeler bir ilke uygulamaz, kendilerine sadece belirli bir sonuca ulaşacak politikayı emretmek için başvurulmaktadır. Dolayısıyla yazara göre en sosyal hakların en samimi yargısal icrası dahi, yargı organının doğru organ olduğu hususunda şüpheler uyandırmaktadır. Yani, yargı organı tarafsız ilkelerin şekli bakımından uygulanmasına dayanan klasik hukuki karar alma yöntemini uyguladığında dahi, sosyal hakların icrası birçok karmaşık sorunu cevapsız bırakmaktadır. Bunu bir örnekle açıklayan Cross, devletten yeteri kadar parasal destek almadığını iddia eden bir davada, samimi bir yargıcın kişilere belirli asgari ücret seviyesi tanıyan anayasal bir hakkı icra etmek istemesi halinde şunlara cevap vermek gerektiğini yazmaktadır:

³⁴¹ Sunstein, a.g.e., s. 228-229.

³⁴² Frank B. Cross, “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, C. 48 (2001), s. 858.

³⁴³ Cross, a.g.e., s. 900-901.

³⁴⁴ Sonuççu: Bir eylemin değerini sadece sonunda getireceği sonuçlara göre belirleyebileceğimizi savunan “sonuçculuk” (consequentialism) akımına uyan. <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism> (Erişim: Eylül 2015).

“Mahkeme davacının hakkını kullanabilmek için gerçekten yoksul olup olmadığına nasıl karar verecek? Kesin mi yoksa göreceli bir kriter mi olmalı? Bu kriter hangi niceliksel seviyede tutulmalı? Eğer davacı kriterlere uyuyorsa, mahkeme bu kişiye her ay belirli bir miktar nakit para ödenmesine mi yoksa birtakım aynı hizmetler verilmesine mi emretmelidir? Yardım ulusal olarak yeknesak mı olmalıdır yoksa coğrafi olarak değişken mi? Mahkeme devletin anayasal yükümlülüklerine ilişkin savunmalarını dikkate almalı mıdır? Ya federal bütçe sıkışık ve bir mahkeme kararı vergilerin arttırılmasını ya da savunma veya çevrenin korunması gibi diğer sahalardan para aktarılmasını gerektirirse?... Mahkeme davacının yoksulluğunun kendi sorumluluğunun bir sonucu olabileceğini dikkate alabilir mi? Ya eğer davacı kayda değer bir meblağı kumarda kaybettiye? Ya görevi kötüye kullandığı için işinden atıldıysa?”³⁴⁵

Cross bu soruların ardından sonuç olarak cevabını sosyal hakları icra etmenin karmaşıklığına dikkat çekerek vermektedir. Yani Cross’a göre yargıçlar sosyal hakların kastettiği ödünleşmeleri yapabilecek ve değerlendirebilecek niteliklere sahip değildir.³⁴⁶

Sunstein ve Cross’un örneğini sunduğu sosyal hakların yargısal denetimine yönelik genel şüpheli yaklaşım, bu bölümün ilerleyen kısımlarındaki karşılaştırmalı yargısal uygulamanın göstereceği gibi, her zaman ve mekânda geçerli değildir. Dolayısıyla doktrinde sosyal hakları dava edilemez kılmak için daha özel argümanlar üzerinde durulmuştur.

2. Özel Olarak

Jeff King, sosyal hakların dava edilebilirliğine karşı ileri sürülen argümanları “kötü argümanlar” ve “iyi argümanlar” olarak ikiye ayırmaktadır. Buna göre daha zayıf ve daha kolay çürütülebilen, “kötü” argümanlar şunlardır: Sosyal haklar insan hakları değildir; mahkemeler politik sorunları ve pozitif hakları karara bağlayamaz; kuvvetler ayrılığını ihlal eder; sosyal haklar çok muğlaktır; sosyal haklar birbiriyle çelişir. Buna

³⁴⁵ Cross, a.g.e., s. 903-904.

³⁴⁶ Cross, a.g.e., s. 905.

karşın daha kuvvetli ve ciddi bir sorgulama gerektiren nispeten “iyi” argümanlar ise şunlardır: Demokratik meşruluk, çok merkezlilik (polycentricity); uzmanlık (expertise); esneklik (flexibility).³⁴⁷ King, bu “iyi” argümanlara cevap verebilmek için, neden bunların önemli ama sosyal hakların dava edilebilirliğini reddetmek için ikna edici olmadığını açıklamaya çalışmaktadır.³⁴⁸

Jeff King’in analizinden yola çıkarak sosyal hakların dava edilebilirliğine karşı itirazların iki temel argüman üzerinde yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle sosyal hakların niteliği gereği kişi hakları ve siyasi haklardan belirgin bir şekilde farklı olduğu gerekçesiyle yargı önünde dava edilebilirliğine karşı özel olarak iki temel itiraz ileri sürülmektedir: İlk olarak mahkemelerin sosyal hakların yargısal icrasını düzgün bir biçimde yerine getirme kapasitesine sahip olmadığı ileri sürülmektedir. İkinci olarak ise sosyal hakların yargı kararları ile uygulanmasının demokratik yasama fonksiyonuna aleyhine bir yetki tecavüzü meydana getirdiği ileri sürülmektedir.³⁴⁹

Bu itirazlardan ilki King’in güçlü argümanlar arasında saydığı “çok merkezlilik” (polycentricity) itirazına denk düşerken, ikincisi ise “demokratik meşruluk” itirazına denk düşmektedir.³⁵⁰ Şimdi bunlar üzerinde durulacaktır.

³⁴⁷ King, a.g.e., s. 4-6.

³⁴⁸ Jeff King çalışmasının devamında bu dört iyi argümanı, aynı zamanda birer yargısal kendini sınırlandırma (judicial restraint) ilkesi olarak ele almaktadır. Yani yazara göre bu iyi argümanlar doğru bir şekilde anlaşılırsa, yargıçların karar verirken üzerinde duracakları temel ilkeler olarak işlev görebilirler. Bu ilkelerin her biri, bir davayı karar bağlamaya yardımcı olabilir ve fakat bu dört ilkenin hepsinin bir arada, aynı anda ve mekanik olarak bir teste tabi tutulması zorunlu değildir. Böyle bir mekanik yaklaşım gereksizdir de çünkü kolektif olarak bu dört ilke yargıçların varsayılan bir *yargısal perakendecilik* (judicial incrementalism) pozisyonu aldığını ileri sürmektedir. Buna göre yargıçlar sosyal haklara ilişkin uyuşmazlıkları perakendeci anlayışı uygulayarak karara bağlayabilirler. Dolayısıyla King’in teorisinde sosyal hakların başarıyla uygulanmasında mahkemelerin ideal rolü, yargısal perakendeciliğe dayanan dört yargısal kendini sınırlandırma ilkesinden meydana gelmektedir. (King, a.g.e., s. 8-9)

³⁴⁹ Davis, “Socio-Economic Rights”, a.g.e., s. 1023; Katrougalos & O’Connel, a.g.e., s. 380.

³⁵⁰ Jeff King’in üzerinde durduğu diğer iki argüman -uzmanlık ve esneklik- bu iki temel itirazın yanında daha arızı kalmaktadır. Bu nedenle bundan sonra sadece iki temel itirazın açıklanması ve çürütülmesi üzerinden devam edilecektir.

a) Çok Merkezlilik İtirazı

Mahkemelerin genel anlamda sosyal haklarla ilgili iddiaları karara bağlamaya uygun olmadığı (ill-suited) ya da yeterli donanımına sahip olmadığı (ill-equipped) tezi esas itibarıyla Lon Fuller'in "çok merkezli (polycentric) uyuşmazlıklar" tezine dayanır.³⁵¹ Fuller, 1978 yılında yayınladığı "The Forms and Limits of Adjudication" başlıklı makalesinde, yargının çok merkezli sorunları çözmekte yetersiz kaldığını ileri sürmektedir. Bu kurama göre çok merkezli sorunlar, normal olarak yargılamada birden çok etkilenen tarafın bulunduğu durumlardır. Bu bakımdan Fuller, çok merkezli unsurların yargılamaya konu edilen neredeyse her sorunda bulunduğunu ve çok merkezliliğin esasen bir nitelik değil, nicelik meselesi olduğunu belirtmektedir. Buna göre iki tarafın hak ve yükümlülüklerini ilan eden bir yargı kararı, aslında çok merkezli bir soruna getirilen beyhude bir çözümdür. Hemen hemen her uyuşmazlık niteliği gereği çok merkezli olduğuna göre, çok merkezlilik sorunu siyahı beyazdan ayırt etme meselesi değil; bu olgunun unsurlarının belirgin ve dominant hale geldiğini bilmekle ilgilidir. Bu bağlamda ekonomik kaynakların dağıtımıyla ilgili sorunlar yargısal karara uygunluk açısından çok güçlü bir "çok merkezlilik" taşırlar. Diğer bir ifadeyle kamusal kaynakların dağıtımına ilişkin her uyuşmazlık, yoğun miktarda çok merkezlidir ve bu nedenle de yargısal denetime uygun değildir.³⁵²

Fuller'e göre çok merkezli bir problem birbiri ile kesişen geniş ve karmaşık bir ilişkiler ağından oluşur; öyle ki bu ilişkilerden herhangi birindeki değişim diğer faktörleri etkileyen ciddi karmaşık değişimlere yol açar. Bu ağlar -bir örümcek ağındaki gibi- farklı tarafların müzakere, değiş-tokuş ya da diğer yollarla birbirlerinden etkilendiği etkileşim merkezlerine (interacting centres) sahiptir ve etkileşim merkezlerinin bol olduğu bir problem de doğal olarak çok merkezlidir.

³⁵¹ Katrougalos & O'Connell, a.g.e., s. 381.

³⁵² Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", **Harvard Law Review**, C. 92, No. 2 (1978), s. 397-400.

Çok merkezliliğin en güzel örneğini uygun ücret ya da maaşın nasıl belirleneceği sorusunda bulmak mümkündür. Bir malın fiyatını ya da bir çalışanın maaşını belirlemek o iş ya da mal için arz veya talebi etkileyebilir ki bu da sonuçta diğer ilişkileri etkileyebilir. Yani bir parasal miktarın belirlenmesinin doğuracağı her etki diğer ilişki ağlarını (örneğin fabrikasyon ve tedarik zinciri sözleşmeleri, ulaşım, sigorta, reklam vd.) da etkiler.³⁵³ Bu bakımdan Fuller hangi sosyal sorunların yargı denetimine uygun olduğunu ve hangilerinin doğası gereği uygun olmadığını göstermek için geliştirdiği yargı teorisinde şunları yazmaktadır:

“Yargılamanın ayırt edici niteliği, tarafların kendi lehine deliller ve gerekçeli argümanlar sunmak suretiyle karara kendine özgü bir şekilde katılması gerçeğinde yatmaktadır. Bu katılmanın önemini arttıran her ne olursa olsun yargılamayı optimum seviyeye taşır. Katılmanın anlamını ortadan kaldıran her şey ise yargılamanın kendi bütünlüğünü yok eder.”³⁵⁴

Fuller bu yargılama teorisinden hareketle, çok merkezli uyuşmazlıkların yargısal çözümünün üç olumsuz sonucu olacağı kanısındadır: (1) yargısal çözüm başarısız olması halinde, kararın görmezden gelinmesi veya işlemez hale getirilmesine yol açan istenmeyen sonuçların doğmasına sebep olur, (2) yargıçları davada temsil edilmeyen taraflara danışmak, delille ispatlanmamış maddi gerçeği tahmin etmek gibi alışılmışın dışında çözümler denemeye teşvik eder ve (3) yargıcı var olan usulleri önündeki uyuşmazlığa uygulamak yerine, sorunu yargısal olarak incelenebilir bir şekilde yeniden biçimlendirmeye sevk eder.³⁵⁵

King’e göre mahkemelerin çok merkezli (polycentric) meseleleri yargılamaması gerektiği fikri sosyal haklara yöneltile en abartılı eleştiridir. Yazar çok merkezliliğin yargılamanın yaygın bir niteliği olduğunu ve bizatihi bu kavramın çok merkezli

³⁵³ King, a.g.e., s. 190.

³⁵⁴ Fuller, a.g.e., s. 364.

³⁵⁵ Fuller, a.g.e., s. 401.

sorunların dava edilebilir olmadığı argümanına temel olamayacağını ifade etmektedir. Zira Fuller'in çok merkezli uyuşmazlıkların yargısal çözümünün yol açacağını ileri sürdüğü olumsuz özelliklerin hemen hepsi sosyal haklarla ilgili davalarda görülmektedir. Bu bakımdan King, bir mahkeme kararından etkilenen insanların sadece davanın tarafları ile sınırlı olduğu bir uyuşmazlık hayal etmenin zor olduğunu yazmaktadır. Dolayısıyla Fuller'in her uyuşmazlığın aslında çok merkezli olduğu, dolayısıyla aslında önemli olanın bu çok merkezliliğin derecesi olduğu görüşü zayıftır. Zira hem kamu hukuku hem de özel hukukta hayli yüksek derecede çok merkezli problemler bolca görülmektedir.³⁵⁶

Öte yandan çok sıradışı örneklerle varmadan dahi çok merkezliliğin dava edilebilirlik için bir engel olmadığı görebilmek için vergi uyuşmazlıklarına bakmak yeterlidir. Vergi davaları yargıçların sıklıkla yüksek derecede çok merkezli uyuşmazlıkları böyle bir yetkileri olup olmadıklarına ilişkin ikinci bir sorgulamaya gerek kalmadan karara bağladıklarını gösteren en basit örnek olarak ele alınabilir. Vergi hukuku hayli çok merkezli bir alandır ve fakat bu alanda mahkemelerin bireyi kontrolsüz kamu gücüne karşı koruma rolü kabul görmüştür.³⁵⁷

Dolayısıyla vergi uyuşmazlıklarına benzer şekilde kaynakların dağıtımına ilişkin sağlık, eğitim, sosyal güvenlik veya konut gibi sosyal hak taleplerinin de yüksek orandaki çok merkezli niteliklerine rağmen yargısal sürecin konusu olabileceğinin kabul etmek gerekir. Vergi uyuşmazlıklarında yargıçlar nasıl karar verebiliyor ve buna itiraz edilmiyorsa, sosyal haklarla ilgili uyuşmazlıkların da yargı denetimine tabi olması evleviyetle mümkündür. Bu bakımdan çok merkezlilik itirazı sosyal hakların dava edilebilirliğini reddetmek için geçerli bir gerekçe değildir.

³⁵⁶ King, a.g.e., s. 189, 192-193.

³⁵⁷ Jeff King, "The Persuasiveness of Polycentricity", **Public Law** (2008) s.101, 109-111.

b) Demokratik Meşruluk İtirazı

Sosyal hakların yargısal icrasının kuvvetler ayrılığının sürdürülmesine zarar verdiği ileri sürülmektedir. Yani demokrasi cephesinden sosyal hakların yargısal denetimine karşı getirilen temel itiraz mahkemelerin yasama ve yürütme organlarının uhdesinde bulunan dağıtıcı karar alma süreçlerine karışmaması gerektiğidir. Bu anlayışa göre mahkemeler sosyal ve ekonomik sorunlarla ilgili nihai kararı vermek için gerekli demokratik yetki ve meşruluğa sahip değildirler. Bu kararlar siyasi organlara bırakılmalıdır.³⁵⁸

Dworkin'in ilkeler ve politikalar arasındaki ayrımı da demokratik meşruluk itirazının kapsamına düşmektedir. Buna göre mahkemeler ilke kurumlarıdır ve politika demokratik olarak hesap verebilen organların uhdesinde olmalıdır. Bu teze göre mahkemeler davaları ilkelere göre karara bağlamalıdır ve politika sorunlarına bulaşmamalıdır. Dworkin'e göre bir politika toplumun genellikle ekonomik, siyasi ve sosyal özelliklerindeki bir gelişmeyi hedefleyen ulaşılmak istenen standartlardır. İlkeler ise arzu edilen ekonomik, siyasi ve sosyal koşulları güvence altına alacağı için değil, adalet ya da hakkaniyet öyle gerektirdiği için dikkate alınacak standartlardır. Bu bağlamda örneğin otomobil kazalarının azaltılması bir politika, hiç kimsenin kendi hatasından menfaat elde etmemesi bir ilkedir.³⁵⁹ Dolayısıyla Dworkin, yasama organı ile mahkemeler arasında karar alma fonksiyonunun katı ve kavramsal bir dağıtımını savunmaktadır.

Oysa eğer mahkemeler kuvvetler ayrılığını zedeler kaygısıyla sosyal haklara yaklaşımdan çekiniyorlar ve dava edilemez kabul ediyorlarsa, o halde kişi hakları ve siyasi haklardan doğan yükümlülüklerin icra edilmesine de aynı derecede ihtiyatla

³⁵⁸ Coomans, a.g.e., s. 5.

³⁵⁹ Roandal Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Cambridge, Harvard University Press, 1977, s. 22.

yaklaşmaları gerekir. Oysa pratikte durum hiç de böyle değildir.³⁶⁰ Sağlık, eğitim, barınma gibi devlet bütçesine büyük yükler bindiren meseleler üzerindeki kontrolün mahkemelere mi yoksa siyaseten sorumlu devlet organlarına mı verilmesi gerektiği sorunu öteden beri sürmektedir. Esasen sosyal hak savunucularının büyük çoğunluğunun sosyal refaha ilişkin kaynakların büyük bir oranının mahkemelerin kontrolünde olması gibi bir dertleri yoktur. Fakat bazı durumlarda mahkemelerin müdahaleyi arttırarak kaynak dağıtımındaki kontrolü ele geçirme yönünde hareket ettikleri de bilinmektedir. Bu bağlamda Jeff King mahkemelerin demokratik meşruluklarını kaybetmeden kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştirebilmesini iki temel şarta bağlamaktadır: Buna göre bir mahkeme ya haklarla ilgili bir mesele yasama organının odağında değilse ya da bir yasal düzenleme siyasi olarak ötekileştirilmiş bir gruba mensup bir kişiyle ilgiliyse müdahalede bulunmasında demokratik olarak bir sakınca yoktur. Anayasa yargısı bu hallerin ortaya çıkması durumunda işlevsel ve ölçülü bir çözüm sunabilir.³⁶¹

King'e göre kanunların yargısal denetimini gerekçelendirmenin iki koşulundan biri olan yasamanın odaklanmaması iki demokratik kaygı barındırır. Birincisi bu odaklanma eksikliği yüzünden hak talebinde bulunan kişi, meseleye uygun yasama usullerinin uygulanması halinde elde edeceği menfaatlerden mahrum kalmış olur. İkinci olarak ise yasama organı üyelerini temel sorunlarla mücadele etmeye teşvik etmenin genel olarak siyasi kültüre faydası vardır.³⁶² Sosyal haklar açısından yasama organının bu eksikliği Rosalind Dixon tarafından “anayasal diyalog” teorisiyle ele alınmaktadır. Dixon'un teorisine göre sosyal hakların icra edilmesi bağlamında yargı denetimi kendi meşruiyetini kuvvetlendirebilmek için geleneksel modellere kıyasla zayıflatılmalıdır. Dixon diyalog temelli bir anlayışla sosyal hakların yargısal denetiminin neden cazip

³⁶⁰ Katrougalos & O'Connel, a.g.e., s. 383.

³⁶¹ King, a.g.e., s. 152-153.

³⁶² King, a.g.e., s. 164.

olabileceğini tartışmakta ve yargısal denetim savının, mahkemelerin siyasi süreçteki kapsayıcılık ve duyarlılık ihmallerine –yazar bunları “kör noktalar” ve “eylemsizlik yükleri” olarak adlandırmakta- engel olmaya yardımcı olma kapasitesinden türediğini ileri sürmektedir. Çünkü mahkemeler hakları icra ederken siyasi süreçteki ihmallerin olumsuz sonuçlarını gidermekte büyük bir kapasite ve hatta sorumluluğa sahiptirler.³⁶³

Dixon’ın çoğunlukçu siyasi süreçlerin sıklıkla ciddi blokajlara maruz kaldığını ve anayasal diyalog teorisine göre yasama sürecinin yasa yapımı ve yasaların uygulanması sürecindeki potansiyel kör noktalar ve eylemsizlik yüklerinden kaynaklanan ciddi blokajlara tabi olacağını belirtmektedir. Yasama sürecindeki kör noktalar ve eylemsizlik yüklerinin neyi ifade ettiğini yazar şöyle açıklamaktadır: Yasama sürecindeki kör noktalar üç temel nedenle ortaya çıkabilir. Birincisi kanun koyucu yasama müzakerelerindeki zaman baskısı veya diğer sınırlamalardan ötürü bir kanunun hakları ihlal edecek bir şekilde uygulanabileceğinin farkında olmayabilir (uygulama kör noktaları). İkinci olarak kanun koyucu, farklı hayat deneyimleri ve dünya görüşleri ile hak talep eden kişilerin perspektifine yeteri kadar saygı duymadığı için kanunların haklar üzerindeki etkisini öngöremeyebilir (perspektif kör noktaları). Üçüncü olarak ise belirli bir yasama hedefine odaklanmış ve sınırlı bir hukuki deneyime sahip kanun koyucu, hak temelli bir talebin tam olarak yerine getirilebileceği yolları kavramak için gerekli donanımına sahip olmayabilir (yerine getirme kör noktaları).³⁶⁴

Yasama süreçlerindeki eylemsizlik yükleri, genel olarak kanun koyma fonksiyonunun zaman alıcı bir süreç olması ve belirli bir yasama dönemindeki kapasite sınırlamaları içinde işlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu şartlar altında Dixon’a göre kanun koyucu üç nedenden ötürü hak temelli talepleri karşılamakta başarısız olabilir.

³⁶³ Rosalind Dixon, “Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 5, No. 3 (2007), s. 391, 394.

³⁶⁴ Dixon, a.g.e., s. 402.

Birincisi olarak yarışan yasama öncelikleri seçimle ilgili olarak daha baskı yapıcı veya dikkat çekici olabilir. İkinci olarak eylemsizlik bir sorunun bir siyasi partide bölünmeye yol açması ve bu nedenle daha duyarlı bir yasama sonucunun faydalarının maliyetinin, bu sonucun partinin bütünlüğüne getireceği zararı aşmasından kaynaklanabilir. Üçüncü olarak ise hak temelli taleplerin gerçekleştirilmesi karmaşık idari işlemler gerektirdiğinde, yasama sürecindeki eylemsizlik bileşik eylemsizlik yükleri üretmek için idarenin eylemsizliği ile kaynaşabilir.³⁶⁵

Yasama sürecindeki ihmallerin yargı denetimi ile telafi edilmesine yönelik diyalog anlayışında, kör noktalar ve eylemsizlik yükleri bir bütün olarak anayasal sistemin meşruiyetinde büyük bir öneme sahiptir. Zira mahkemeler de dâhil diğer devlet kurumlarının ortaya çıkan blokajları hafifletebilmek için kullanacağı yolları belirlemeye ihtiyaç vardır. Bu bağlamda diyaloga dayalı anlayış anayasa mahkemelerinin somut yargı yetkisinin, mahkemelerin uygulama kör noktalarını ortadan kaldırmakta tam anlamıyla uygun olduğunu gösterdiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca mahkemeler yasama organında bir şekilde temsil edilmeyen davacılar haklarını talep ederken seslerini duyurmalarında yardımcı olmada önemli bir rol oynamaktadırlar. Dolayısıyla mahkemeler bir şekilde anayasaya uygunluk denetimine girdikleri zaman, kör noktaları ve eylemsizlik yüklerine karşılık vermek için mümkün olan en azami ölçüde iletişimsel ve icrai yetkilerini kullanmakta doğrudan bir sorumluluk yükleneceklerdir.³⁶⁶

Jeff King'in yargı denetimini meşru kılmak için dikkat çektiği ikinci nokta marjinalleşme ya da ötekileşmedir. Genel olarak kanun koyucunun siyasi olarak ötekileştirilmiş grupları koruyamadığı, diğer bir ifadeyle bu gruplar üzerinde çoğunluğun tiranlığı sürdüğüne işaret edilmektedir. Bu bakımdan iyiniyetli hareket eden halk temsilcileri bile ötekileşmiş grupların menfaatlerini koruyamayabilirler. Aşına

³⁶⁵ Dixon, a.g.e., s. 403.

³⁶⁶ Dixon, a.g.e., s. 405-406.

olmamaları veya yeterli deneyime sahip olmamaları nedeniyle bu kişilerin durumlarını anlamayabilirler. Bazen de bu anlayış eksikliği basit bir görmezden gelmedir. Ancak her halükârda önemli olan yasama sürecinin özellikle çoğunluğun ihmali dolayısıyla ötekileştirilmiş insanların menfaatlerini nasıl dikkate alacağıdır. Bu yoksulluk ve sosyal haklar bakımından vahim bir problemdir. Korumasız ve dışlanmış gruplar üzerindeki yoğun ilgi muhtemelen son zamanlardaki sosyal haklar yazınının esas temasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda ironik olan toplum gelişip zenginleştikçe, yoksul kesimin giderek daha fazla korunmaya muhtaç hale gelmesi ve sosyal dışlanmanın artmasıdır. Dolayısıyla dışlanma, ötekileştirilme ve korunmaya muhtaç kalma sadece az gelişmiş toplumların değil gelişmiş toplumların da kanayan yarasıdır.³⁶⁷ Bu sorunun çözümüne mahkemelerin olumlu bir katkıda bulunabilmesi mümkün müdür? King’a göre evet. Sosyal hakların yargısal denetiminde demokratik meşruluğa ağırlık veren bir yaklaşım, ötekileştirme problemine ölçülü bir çözüm sunmaya yardımcı olabilir.

C. SOSYAL HAKLARIN YARGISAL DENETİMİ TİPOLOJİSİ

Katherine Young sosyal hakların denetimindeki farklı yargısal eğilimleri açıkladığı bir yargısal denetim tipolojisi tasarladığı çalışmasında, sosyal hakların dava edilebilirliğine yönelik itirazları iki ana akıma ayırarak incelemektedir. Young’a göre sosyal hakların dava edilebilirliğinde iki itiraz öne çıkmaktadır; bir yanda “yargısal gasp”, diğer yanda “yargısal kaçınma”. Yargısal gasp (judicial usurpation), hakları yargı organının demokratik olarak seçilmiş devlet organlarını adeta dışarı iterek siyasi sistemin kontrol edecek şekilde yorumlaması ve uygulaması anlamına gelmektedir. Bu anlayışın bariz örneğini Ran Hirschl’in artık yaygın şekilde bilinen “jüristokrasi” teorisinde görmek mümkündür.³⁶⁸

³⁶⁷ King, a.g.e., s. 165-168.

³⁶⁸ Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Cambridge, Harvard University Press, 2004, *passim*.

Yargısal kaçınma (judicial abdication) ise yargı organının bütün temel hak ve özgürlüklerin değerini düşürerek anayasal hakları korumayı zayıflatmasını ifade etmektedir. Bu anlayışın izlerini ise Cass Sunstein'in yukarıda sosyal haklar aleyhine ileri sürdüğü erken dönem fikirlerinde bulmak mümkündür.³⁶⁹ Kuşkusuz bu iki aşırı yaklaşım da genel anlamda bütün anayasal haklar bakımından söz konusu olabilir. Ancak sosyal haklar bağlamında bu iki zorluk çok daha istisnai bir boyut kazanmaktadır. Öte yandan bu iki kaygı, her zaman aynı derecede benimsenmemektedir. ABD'li yorumcular genellikle yargısal gasp konusunda endişelenirken³⁷⁰, Güney Afrika'lı yazarlar genellikle yargısal kaçınma ile ilgilenmektedir.³⁷¹ Ancak her iki bakış açısının temelinde de kuvvetler ayrılığı kaygısı yatmaktadır. Buna göre yargıçlar, yasama veya yürütme organlarındaki gibi seçilme veya yeniden seçilme kaygısı ile karşı karşıya kalmadıkları için, seçilmiş organların uhdesindeki demokratik güvencelere de tabi değildirler.³⁷²

Kuvvetler ayrılığı kaynaklı bu temel itirazlara cevap verebilmek için genel anlamda mahkemelere iki reçete sunulduğu belirtilmektedir. Birinci reçete "kaçınma"yı savunurken, diğeri "sahiplenme"yi savunmaktadır. Birinci ve geleneksel anlayışa göre mahkemeler sosyal haklar üzerindeki tartışmalardan uzak durmalıdır, kaçınmalıdır; zira bunlar daha ziyade politikadaki ahlaki söylemlerden ibarettir veya en fazla kanun koyma ya da idari karar alma süreçlerinde icra edilemez nitelikte rehber hükümlerdir.³⁷³ Yukarıdaki kırlangıç benzetmesinden hatırlanabileceği gibi bu iddia artık pratik olarak değerini kaybetmiştir. Dolayısıyla bu noktada üzerinde durulması gereken ikinci tezdır.

³⁶⁹ Sunstein, "Against Positive Rights", a.g.e., *passim*.

³⁷⁰ Örneğin bkz. Mark Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton, Princeton University Press, 2008.

³⁷¹ Örneğin bkz. David Bilchitz, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2007.

³⁷² Young, a.g.e., s. 133-134.

³⁷³ Young, a.g.e., s. 135.

1) Zayıf Denetim Teorisi: Zayıf Mahkemeler, Güçlü Haklar

Son zamanlarda büyük yankı uyandıran bir çözüm önerisine göre mahkemeler, sosyal haklarla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlamayı günlük özel hukuk uygulamaları kapsamında kabul etmelidirler. Mark Tushnet'in zayıf denetim (weak-form review) teorisinde görülen bu anlayışa göre her anayasa mahkemesi mülkiyet hukuku veya borçlar hukukunun şartlarını müzakere ederken aslında sosyal hakların bazı vizyonlarını icra eder. Ancak bu durumlarda hiç kimse yargı organının buna ehliyeti olup olmadığını sorgulamaz. Temel kaygısı “yargısal gasp” olan Tushnet, yargı denetiminin sınırlarını şöyle belirlemektedir: Mahkemeler anayasal normlar karşısında kanunları değerlendirir ve fakat bunların anayasaya uygun olup olmadığı hakkında son sözü söyleme hakkına sahip değildir. Tushnet'in “zayıf denetim” adını verdiği bu yargısal denetim modelinin karşısındaki “güçlü denetim” modelinde ise mahkemeler kanun koyucunun işlemlerini anayasaya aykırı bularak geçersiz kılar. Zayıf denetim ise demokrasi ile anayasacılığı uzlaştırmak için çekici bir yol olarak tasarlanmaktadır. Tushnet'e göre sosyal haklar bağlamında zayıf denetim modeli, sunduğu kurumsal mekanizma sayesinde bu hakların dava edilebilirliğine karşı ileri sürülen iki temel itirazı çürütebilir.³⁷⁴

Tushnet'in tipolojisinde tasarladığı “zayıf mahkemeler” esasen demokrasi ile anayasacılık arasındaki süregelen gerilime ilişkin şu soruna yanıt aramaktadır: Demokratik süreçler anayasanın sınırlarına aykırı düşen politikalar üretirse ne olacak? Bu hayati soruna çözüm olarak özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra yargı denetiminin ve anayasa mahkemelerinin bir kontrol mekanizması kabul edildiği bilinmektedir. Bu bağlamda Tushnet'e göre yargı denetiminin iki alternatif modelinden bahsedilebilir. Amerikan yargı denetimi sistemi güçlü denetimin en bariz örneğidir ve mahkemelerin akla uygun anayasal yorumlarının kanun koyucunun akla uygun

³⁷⁴ Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights**, a.g.e., s. ix-xi

işlemlerine üstün geleceği anlayışına dayanır. Yani Amerikan sisteminde mahkemeler yaptıkları yorum kesin ve değiştirilemez olduğundan güçlü denetim uygulamaktadırlar.

Oysa zayıf denetim sistemi yargı denetimi ile demokratik yönetim arasındaki gerilimi azaltmayı hedefler ve bunun için insanların makul bir biçimde hatalı olduğunu düşündükleri kararlara tepki verebilmesini anayasayı değiştirmekten daha çabuk şekilde mümkün kılar. Zayıf denetim sistemlerinde anayasal hükümlerin yargısal yorumu bağlama göre yapılır ve zayıf mahkemelerin kararları güçlü denetim sistemlerine kıyasla yasama organı tarafından daha kısa süre içerisinde revize edilmeye müsaittir. Dolayısıyla bir sorumluluk tespit edilirse buna ilişkin karar genellikle nispeten geçici ve/veya tespit edici niteliktedir. Bununla birlikte Tushnet güçlü ve zayıf denetim ayrımını bir ikilem değil daha ziyade süreklilik olarak sunmaktadır. Dolayısıyla yargısal denetimde her zaman saf bir “zayıf” veya “güçlü” denetim bulunmayabilir. Diğer bir ifadeyle güçlü ve zayıf denetim iç içe geçebileceği gibi, karma sistemlere rastlamak mümkündür; bazı anayasal sorunlarda güçlü denetim gözlemlenirken, diğer bazılarında zayıf denetim söz konusu değildir. Bununla birlikte zayıf ve güçlü denetim normatif kesinlik bakımından birbirinden belirgin şekilde farklıdır ve bu iki modeli farklı kurumlar olarak düşünmekte bir sakınca yoktur.³⁷⁵

2) Yeni Bir Tipoloji: Sonuçlar Yerine Süreçler

Katherine Young, Tushnet’in güçlü ve zayıf denetim ayrımına dayandığı yargısal denetim tipolojisini eleştirmekte ve kendi tipolojisini tasarlamaktadır. Young’a göre mahkemelerin sosyal hakları icra etme uygulamalarını ele almak için, zayıf ve güçlü mahkeme kavramlarının ötesinde üçüncü bir reçete daha vardır ve bu reçete Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nde vücut bulmuştur. Bununla birlikte yazar, Güney Afrika Anayasasının sosyal haklara bağlılığının sadece bu ülkeye özgü olmadığını, sosyal

³⁷⁵ Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights**, a.g.e., s. 18-24, 36, 42.

demokrasinin ciddi manada itiraz bulduğu ABD’de dahi sosyal haklara ilişkin yargısal denetim örneklerinin görülmesinin de bunun göstergesi olduğunu ileri sürmektedir.³⁷⁶ Öte yandan Young, sosyal haklara yönelik yargısal ilginin Kanada, Kolombiya, Almanya, Hindistan ve Birleşik Krallık’ta da gözlemlendiğini belirtmektedir. Ancak bütün bu örnekler arasında Güney Afrika yargısal müdahaleye en geniş ve sarıh anayasal izini vermesiyle öne çıkmaktadır. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bugüne kadar pek çok farklı sosyal hak ihlali iddiasını denetlemiş ve birbirinden farklı tonlarda hükümler vermiştir. Bu bakımdan Young sadece bu mahkemenin ortaya koyduğu içtihat çeşitliliğinin bile, sosyal hakların yargısal denetiminin Tushnet’in ikili ayrımına indirgenemeyeceğinin açık bir göstergesi olduğunu belirtmektedir.³⁷⁷

Katherine Young, Tushnet’in yargısal denetim tipolojisindeki zayıf/güçlü sınıflandırmasının bağlama göre yapılacak bir analizin sağlayacağı inceliklerden de uzak kaldığını ileri sürmektedir. Çünkü Young’a göre mahkemelerin zayıflık ya da kuvvetlilik derecelerine odaklanmak, dava edilebilir sosyal hakların arkasına gizlenmiş zorlukların üstesinden gelmek için gereken mahkemeler ile diğer kurumlar arasındaki etkileşim çeşitliliğinin üstünü örtebilir. Bu bakımdan Young aslında kendi yargısal denetim tipolojisinin çok da “yeni” bir sosyal hakların yargısal denetim biçimi sunmadığını belirtiyor. Çünkü bu tipolojinin temelinde hakların yargısal denetimindeki başarının değerlendirilmesi yatmaktadır. Ancak bu değerlendirme davaların kazanılması/kaybedilmesi gibi sonuçlar değil, sosyal hakları kuvvetlendiren yargısal denetim süreci ile ilgilenir. Çünkü mahkeme salonunda kazanılan bir dava, hak mücadelesinin kaybedilmesi ile sonuçlanabileceği gibi; önemli bir davanın kaybedilmesi de beklenenin aksine uzun vadede başarıya yol açabilir. Dolayısıyla

³⁷⁶ Bu iddianın doğrulanması için bkz. *infra* s. 145 vd.

³⁷⁷ Young, a.g.e., s. 135-138.

davaların kazanılması ya da kaybedilmesi aslında *başarı* adı verilen çok büyük buz dağının yalnızca görünen ucunu meydana getirir.³⁷⁸

Young, sosyal hakların yargısal denetiminde beş temel yargısal tutum gözlemlediğini belirtmektedir: (a) Uyumlu/itaatkâr (deferential) denetim, (b) etkileşimli (conversational) denetim, (c) deneyselci (experimentalist) denetim, (d) yönetsel (managerial) denetim ve (e) emredici (peremptory) denetim. Bu denetim tiplerinin hiçbirisi yargısal denetimin “güçlülüğü” veya “zayıflığı” üzerine oturmamaktadır; çünkü mahkemelerin kullandığı yetki -önceden belirlenmiş bir normu yaklaşık bir kesinlik ile icra edebilme ehliyeti- çok boyutlu bir olgudur. Yani mahkemelerin tercih edeceği denetim biçimi birtakım farklı kurumsal tepkiler ile eşzamanlıdır ve önlerindeki hakkın yorumlanması, devlet eylemlerinin değerlendirilmesi ve bir hüküm tasarlanması ile belirlenir. Dolayısıyla bu tipoloji sosyal haklarla ilgili davalarda uygulanan çeşitli yargısal tutumları anlamak için bulgusal bir argümandır.³⁷⁹

a) Uyumlu/itaatkâr Denetim

Uyumlu denetim modelinde, mahkeme sosyal hakların yorumlanması ve bunlardan kaynaklanan yükümlülüklerin belirlenmesi ile ilgili esas karar alma makamının seçilmiş devlet organları olduğunu varsayar. Yargı denetimini demokratik kaygılarla savunan gelenekte yer edinen bu modelde, mahkemeler yasama ve yürütme organlarının bilgisel üstünlüklerine itimat eder. Bu bakımdan uyumlu denetim, sosyal hakları korumak için yargısal pasiflik anlayışına dayanır. Riayet edilen bilgisel otorite genellikle en çok teknik imkânlarla ve bilgiye sahip olan yürütme organıdır, ancak yasama organına itaat etmenin örnekleri de mevcuttur. Seçilmiş organların hukuki ve bilgisel otoritesine boyun eğmekle bir mahkeme sosyal hakların denetiminde öne sürülen yetkisizlik ve meşruluk eleştirilerine karşı koyabilir. Diğer bir ifadeyle uyumlu

³⁷⁸ Young, a.g.e., s. 138-140.

³⁷⁹ Young, a.g.e., s. 142-143.

denetim modeline göre kendisine riayet edilen karar alıcı organ, ilgili sorunları doğru bir şekilde çözmek açısında mahkemelerin yapabileceğinden daha fazla bilgi, deneyim ve hesap verebilirliğe sahiptir. Dolayısıyla bu model, yasama ve yürütme organının karar alma ehliyeti bakımından pozitif, mahkemelerin bu organlara kıyasla daha zayıf karar alıcı olduğu şeklindeki kabul bakımından ise negatif bir tutum takınmaktadır.³⁸⁰

Seçilmiş organlara saygı uğruna yargısal denetimden kaçınmanın bariz örneğini ABD Yüksek Mahkemesinin sosyal haklar yaklaşımında görmek mümkündür. Pek çok alandaki müdahaleci ve aktivist tutumuna rağmen, sosyal haklar söz konusu olduğunda Yüksek Mahkemenin sergilediği yargısal pasiflik, yukarıda değinilen *Dandridge v. Williams* kararında görüldüğü gibi, Amerikan anayasa hukuku doktrinine hâkim olan mahkemelerin yalnızca rasyonel olarak sorgulanmaya gerek kalamayacak derecede açık bir yasama hatasının bulunması halinde müdahale edebileceğine yönelik geleneksel anlayıştan kaynaklanmaktadır. Bu anlayışın teknik detayları ve federe düzeydeki yargısal tutumlar bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

b) Etkileşimli Denetim

Bu model devlet organları arasındaki diyalogun etkisine dayanarak sosyal hakların korunmasında mahkemeler ile diğer organlar arasındaki karşılıklılığın tesis edilmesini ifade eder. Bu denetimde devletin her üç organı uyuşmazlık konusu hakları yorumlama rolünü paylaşırlar. Dolayısıyla sosyal haklardan doğan yükümlülükler de, mahkemeler ile seçilmiş organlar arasında zaman içerisinde müzakere edilir. Bu modelde diyalog, mahkemelerin haklarla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlayabileceğini ve fakat bu haklardan doğan yükümlülüklerle ilgili son sözü söylemenin seçilmiş ve sorumlu yasama organına bırakılması gerektiğini ifade eder. Yasama organının mahkemelerle aynı fikirde olmamasına müsaade edilmesiyle, bu fikir ayrılığı makul ve

³⁸⁰ Young, a.g.e., s. 143-144.

açıkça ifade edilmiş olduğu sürece, her iki aktör de anayasal normları ayrıntılarıyla açıklama rolünü paylaşmış olurlar.³⁸¹

Yasama ve yargı organı arasındaki diyalogun en sürdürülebilir örneği, Kanada'nın anayasal uygulamasında karşımıza çıkmaktadır. Kanada Anayasasındaki sınırlama hükmü (the *notwithstanding* clause) açık bir biçimde yasama organının hakları sınırlandırırken bir gerekçe sunmasını gerektirmekte, böylelikle yasama organının bir kanunun nihai geçersizliği saptamasına mücadele etmektedir. Şöyle ki: Kanada Anayasasının haklar beyannamesini oluşturan ve 1982 yılında yürürlüğe giren *Haklar ve Özgürlükler Bildirgesinin* (Canadian Charter of Rights and Freedoms) 33. maddesi³⁸², federal parlamento ve bölgesel meclislerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili fakat bildirgeden muaf tutulacak kanunlar yapabilmesini çok sınırlı şartlar altında mümkün kılmaktadır. Bu hükme dayanabilmek için yasa koyucu yaptığı bir düzenlemenin Bildirgeden muaf olacağını açıkça beyan etmeli ve bildirgenin hangi hükümlerinin söz konusu düzenlemeye uygulanmayacağını açıkça belirtmelidir. Bildirgenin en ayırt edici unsurlarından biri olan 33. maddenin amacı Bildirgede koruma altına alınan temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak isteyen yönetimin bunun siyasi sonuçlarını kabul ettiğini beyan etmesidir. Aynı zamanda bu hüküm, kamu politikasına ilişkin önemli konularda son sözü söyleme hakkının mahkemelere değil yasama organına ait olduğunu güvence altına almaktadır.³⁸³

Diğer bir ifadeyle 33. Maddenin hakların reddiyesi değil, hakların kendi kendini yorumlayamayacağı ve mahkemelerin yapıları ve uzmanlıkları gereği geleneksel olarak sosyal eşitsizliğe daha çok uyum sağlayan bir hak kavramından ziyade, varlıklı bir

³⁸¹ Young, a.g.e., s. 147.

³⁸² “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.” (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>)

³⁸³ *Your Guide to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Section 33, <http://www.pch.gc.ca/eng/1355344632007/1355344738223#a33> (Ekim 2015)

bireyselliği yeğlediğinin tasdik edilmesi olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.³⁸⁴ Öte yandan 33. madde, her ne kadar yasama organının Bildirgedeki haklara bağlı olmaksızın yapacağı kanunların beş yıl süreyle yürürlükte kalması öngörülmüşse de, bu sürenin sınırsız olarak yenilenmesi mümkündür. Ayrıca Bildirgedeki bütün haklar bu hüküm uygulanmasına tabi değildir, azınlık dillerinde eğitim ve bölgeler arası hareketlilik bu hükmün dışında bırakılmıştır. Çünkü federal hükümetin federe bölgelerin özellikle bu alanlarda söz konusu hükmü sıkça kullanmasından korktuğu ifade edilmektedir.³⁸⁵ Bugüne kadar 33. Madde, Quebec dışında federe meclislerde çok nadiren kullanılmıştır; federal parlamento ise hiçbir zaman bu hükmü kullanmamıştır.

c) Deneyselci Denetim

Üçüncü denetim modeli davranışsal ekonomi alanının gözlemlerinden hareketle, dinamik ve sistematik bir karar alma uygulamasını ifade etmektedir. Bu model yargılamanın taraflarını sosyal haklardan faydalanmayı zayıflatan dava konusu problemi müzakere etmek ve kendi çözümlerini tasarlamaya zorlar. Dolayısıyla bu denetim modeli sosyal haklardan faydalanamamanın sistematik ya da yapısal niteliklerinin üstesinden gelme amacındadır. Bu modelde mahkeme uyumlu/itaatkâr değildir, daha ziyade bir kamu politikasının ya da yasama işleminin akla uygunluğunu güçlü bir şekilde değerlendirmeye girişmeye hazırdır. Öte yandan mahkeme bu modelde deneysel hükümler vermeye de hazırdır. Bu bakımdan deneyselci denetim modeli, sorunun çözümü için hemen gerekli adımları tanımlamanın yanında, aynı zamanda kamu kurumlarını dürtmek, birbirine bağlamak ve istikrarını bozmak suretiyle başarıya ulaşabilir.³⁸⁶

³⁸⁴ Jeremy Webber, **The Constitution of Canada: A Contextual Analysis**, Oxford, Hart Publishing, 2015, s. 190.

³⁸⁵ Webber, a.g.e., s. 189.

³⁸⁶ Young, a.g.e., s. 150.

Deneyselci yaklaşımların yargılama yolu ile yapısal reformlara sebep olma kapasitesi özellikle “yeni yönetim” alanındaki araştırmalar tarafından üzerinde durulmuştur. Bu araştırmalar mahkemeleri “demokratik deneysencilik” projesinin önemli bir parçası olarak görürler. Bu anlayışın izlerini ABD ve Avrupa’da görmek mümkündür. Örneğin ABD’de deneyselci yargılama federal mahkemelerin okullar, zihin sağlığı ve konut programlarıyla ilgili demokratik karar alma biçimini desteklediği örneklerde görülmektedir. Bu uygulamanın mümkün olması mahkemelerin başka her türlü itirazdan bağışık olan kamu kurumlarının yetkisini zayıflatmaya ikna edilmesi sayesinde. Sosyal haklar bağlamında deneyselci denetimin örneklerini ise ABD’de eyalet düzeyindeki anayasal eğitim hakkına ve Kanada’da federe düzeydeki anayasal sağlık hakkına mahkemeler tarafından “yeterlilik” (adequacy) kriterlerinin uygulamasında bulmak mümkündür.³⁸⁷

d) Yönetimsel Denetim

Bu model devlet eylemlerinin yüksek şekilde denetimini ve yapısal ve/veya zorunlu hüküm şekli öngörür ki bu hüküm sürekli ve günlük bir kontrol gerektirir. Bu denetim modelinde ilk olarak sosyal haklarla ilgili hak ihlali iddiası mahkeme tarafından yakından incelenir ki bu denetim dava konusu hakkın içeriğinin tespit edilmesine kadar uzanabilir. İkinci olarak ise detaylı bir hüküm verilir ve hükmün gereğinin yerine getirilip getirilmediği mahkemece kontrol edilir. Bu denetim türünün yüksek mahkemeler bakımından bir öncüsünü ABD Yüksek Mahkemesinin okullardaki ırk ayrımcılığını ortadan kaldırdığı *Brown v Board of Education* kararında bulmak mümkündür. Ayrıca ABD’de hapishanelerin reformu, okul yönetimi ve zihinsel sağlık düzenlemeleri de yönetimsel denetimin benimsendiği yargısal alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸⁸

³⁸⁷ Young, a.g.e., s. 151-152.

³⁸⁸ Young, a.g.e., s. 155-157.

e) Emredici Denetim

Geleneksel statik yargısal denetim modeline yakın olan bu modelde, bir kamu politikasının ya da kanunun güçlü bir denetime tabi tutulması söz konusudur ve eğer bir ihlal bulunursa mahkeme dava konusu eylem ve işlemi iptal edebilir. Emredici denetimde sosyal haklardan doğan pozitif yükümlülüklerin icra edilmesi için başka hükümler de verilebilir. Yani bir kanunu hukuka aykırı bulup iptal etmek yerine, mahkeme dava konusu düzenlemeyi değiştirebilir; ya da karşı çıkılan kanun hükmünü tedavi etmek için yeni kelimelerle onu okuyabilir. Kelimeleri tedavi etme yöntemi Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından sıklıkla kullanılmıştır.³⁸⁹

3) Mahkemelerin Rol Anlayışı ve Katalizör Mahkeme Teorisi

Yukarıda açıklanan beş yargısal denetim tipolojisinin uygulamadaki karşılığı her biri için verilen örneklerle sınırlı değildir. Bu tipolojinin her bir tipi şu veya bu ölçüde bir mahkemede görülmektedir: Güney Afrika Anayasa Mahkemesi (GAAM). Bu değişik yaklaşımların hepsi GAAM tarafından sosyal haklara ilişkin ilk kararını verdiği 1998 yılında beri uygulanmaktadır. Bu beş belirgin model diğer başka anayasal sistemlerde de gözlemlenmekle beraber, GAAM anayasanın da teşviğiyle beraber bu modellerin önde gelen uygulayıcılarından biri haline gelmiştir. Öte yandan bu beş modelin her biri bir diğerinin sorunlarına çözüm sunmakta, bunu yaparken bir yandan sonuçta kendi sorunlarını yaratmaktadır; sonra bir diğeri bu yeni soruna çözüm bulmaya çalışmakta ve aralarında bir döngü meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu tipoloji aslında yargısal denetim modelleri arasındaki karşılıklı ilişkiyi de ortaya koymaktadır.³⁹⁰

Yargısal tutumlardaki bu çeşitlilik ve GAAM'nin bu tipolojinin tüm unsurlarının barındırması kendi içinde bir sorunu açığa çıkarmaktadır: Bu farklı denetim biçimleri

³⁸⁹ Young, a.g.e., s. 162.

³⁹⁰ Young, a.g.e., s. 167-168.

farklı anayasal demokrasi teorileri benimsemelerine rağmen nasıl oluyor da tek bir mahkemede –GAAM- bir arada yaşayabiliyorlar? Güney Afrika’nın özel durumunu izah edebilmek için Young, mahkemelerin “rol anlayışının” (role conception) etkili olduğunu ileri sürmektedir. Yani bir mahkemenin “rol anlayışı”, o mahkemenin sosyal hakları yorumlarken neden ve nasıl bir tepki verdiğini açıklamaya yardımcı olabilir. Şöyle ki: Bir demokraside sosyal hakların icrasını anlamak için yargıcın rolüne ilişkin anlayışın kritik bir öneme sahip olduğu belirtilmektedir. Özellikle yüksek mahkemelerde görülen kamu hukuku davalarında yargıç özel uyuşmazlıkların çözümlenmesinin ötesine geçer ve kamu hukukunda benimsenen “kamusal değerleri” kuvvetlendirmeye doğru hareket eder. Bu “değerler”in belirlenmesi çok tartışmalı olduğu için anayasal hakların ve özel olarak sosyal hakların icrası ucu bucağı belirsiz bir tartışma ortamı yaratmaktadır. Bu bağlamda sosyal hakların icrasına bakımından mahkemelerin rolünün ne olması gerektiğine ilişkin teorilerin hepsi sosyal haklarla ilgili yargısal karar alma usulleri geliştirmekte ve sosyal hakların anayasal ve demokratik normlarla nasıl uyumlu olabileceğini ele almaktadır.³⁹¹

Kathreine Young’a göre ise “rol anlayışı” teorik olarak mahkeme anlayışının ötesine gitmekte ve mahkemelerin kendilerini nasıl anladıklarına bakmalıdır. Mahkemeler demokratik rollerini, kararlarına bağlılığı ve emirlerinin yerine getirilmesini sürdürebilmek için kendi meşruiyet biçimleriyle mücadele etmelidirler. Bu bakımdan mahkemelerin kendi meşruiyet anlayışları, Young’ın “rol anlayışı” kavramsallaştırmasının temelini oluşturmaktadır. Bu teoride bir rol anlayışı mahkemelerin içinde bulundukları anayasal düzenin siyasi tarih, hukuk geleneği ve hukuk kültürüne bağlıdır. Dolayısıyla yargısal rol anlayışı farklı anayasal kültürlerde çok farklı biçimde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan bir mahkemede görev yapan tüm hâkimler aynı rol anlayışına sahip olamayabilir ve karşı oy kurumunun kaynağı büyük

³⁹¹ Young, a.g.e., s. 168-170.

oranda hâkimlerin farklı rol anlayışına sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Yargı bireylerin toplamından oluşur ve bu bireylerin hukuki yorumlarında önceden tanımlanmış bakış açılarına itibar edeceklerinin garantisi yoktur. Dolayısıyla Young'ın rol anlayışı teorisi bir mahkemenin sosyal haklarla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlarken yaptığı yargılamanın, mahkemenin kendisini bir kurum olarak nasıl algıladığı ile ilişkili olduğunu iddia etmekte ve bu ilişkiyi gösterebilmek için “katalizör mahkeme” metaforunun rol anlayışını ele almaktadır.³⁹²

Bir katalizör mahkemenin rol anlayışı, kendisini diğer siyasi ve hukuki aktörlerle karşılıklı ilişki içinde görür. Bu mahkeme sosyal hakların korunmasını değiştiren siyasi enerjiyi ya da en azından devletin sosyal hakların korunmasına vereceği tepkiyi azaltmaya çalışır. Bu bakımdan katalizör mahkeme anlayışı açısından iki şey önemlidir: Birincisi sosyal haklar üzerine gereksiz yükler bindiren işe yaramaz içtihatları ve kanunları ayıklayabilmek; ikincisi ise siyasi söylemi yoksul insanlara karşı davranışlardaki önyargılardan ve basmakalıp fikirlerden uzaklaştırabilmek. Bu bakımdan bir mahkemenin katalizör işlevi, sosyal haklar hakkında hüküm verilmesinin zorluklarına ilkeli bir çözüm sunar. Dolayısıyla katalizör mahkeme, sosyal haklara içkin olan pozitif yükümlülüklerin harekete geçirilmesini temsil eden faydalı bir metafordur. Bu metafor örneğin ABD eyalet mahkemelerinin eğitim politikası üzerindeki etkisini yansıtmakta kullanılmıştır. Texas, Kentucky ve Kuzey Dakota'daki katalizör eyalet mahkemelerinin okulların finans siteminde değişikliği zorlayarak eğitim alanındaki gelişmeye katkıda bulundukları belirtilmektedir.³⁹³

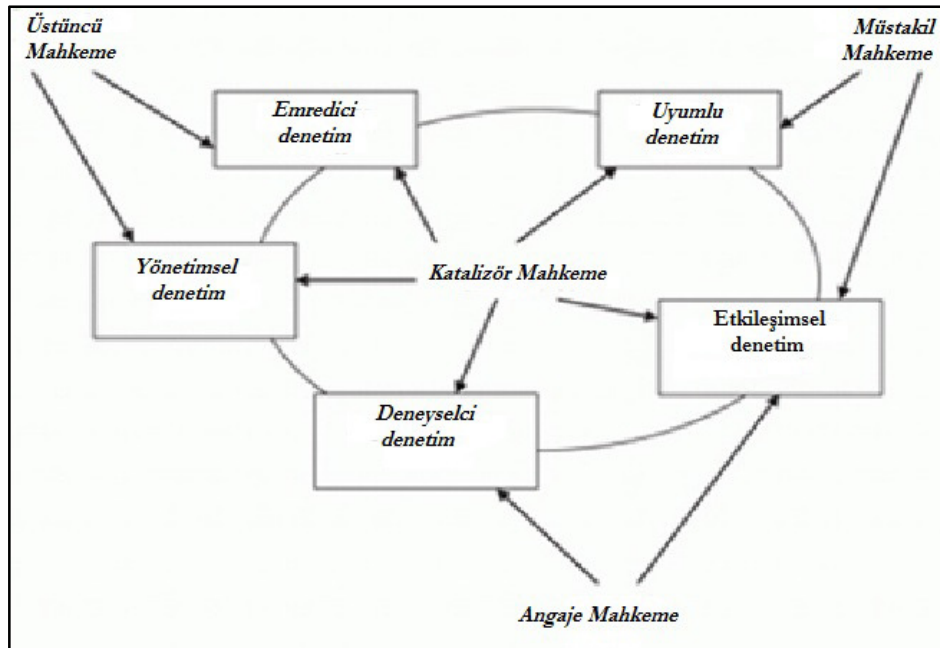
Katalizör bir mahkeme yukarıda açıklanan yargısal denetim tutumlarının hepsini içine almıştır. Bu bağlamda katalizör mahkeme metaforu, GAAM'nin benimsediği yargısal denetim usullerini betimlemektedir. GAAM, katalizör bir fonksiyon rolüne

³⁹² Young, a.g.e., s. 170-172.

³⁹³ Young, a.g.e., s. 172-173.

bürünerek seçilmiş devlet organları ile ilişkisini geliştirmiş, anayasanın değerlerinin ahlaki bir söylemini sürdürmüş ve böylelikle pek çok defa hak koruyucu bir sonuç katalize etmiştir. Bu bakımdan katalizör mahkeme metaforu GAAM'nin kasıtlı olarak farklı yargısal tutumlar benimsediğini göstermektedir. Mahkemenin katalizör rolü, ülkedeki eski ırkçı rejim sonrası anayasal düzen ve bu sistemde kendisine verilen görev nedeniyle önemlidir. Zira Güney Afrika Anayasası toplumu otoriter ve ırkçı geleneklerden demokratik değerlere doğru dönüştürmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan GAAM'nin katalizör rolü anayasanın bu hedefi ile belirginleşmiştir. Diğer bir ifadeyle GAAM, anayasanın hedefleri, güvence altına aldığı haklar ve eski rejim sonrası dönüşüme bağlılığını katalize etme sorumluluğunu üstlenmiştir. Bu nedenle Mahkeme, anayasa yargısını anayasal demokrasi için hayati bir kurum olarak görmüş ve sosyal haklarla ilgili kaygıları ortaya dökmek için olası davalara da açıkça icazet vermiştir. Mahkeme bu dönüşüm hedefi doğrultusunda uyumlu/itaatkâr, etkileşimli, deneyselci, yönetsel ve emredici denetim yöntemlerinin hepsini kullanmıştır.³⁹⁴

ŞEKİL 2: Mahkemelerin Rol Anlayışı Tipolojisi



(Kaynak: Young, a.g.e., s.194)

³⁹⁴ Young, a.g.e., s. 174-177.

Katherine Young, katalizör mahkeme dışında sosyal hak taleplerine cevap veren diğer mahkemelerin rol anlayışları için üçlü bir tipoloji tasarlamıştır: “müstakil (detached) mahkeme” (Birleşik Krallık), “angaje (engaged) mahkeme” (Hindistan) ve “üstüncü (supremacist) mahkeme” (Kolombiya). Bu tipolojiye göre “müsatkil” bir mahkeme uyumlu ve etkileşimsel denetimin, “angaje” bir mahkeme etkileşimli ve deneyselci denetimin özelliklerini gösterirken, “üstüncü” bir mahkeme ise yönetsel ve emredici eğilimler sergilemektedir.

Müstakil mahkeme modelinin örneği olarak gösterilen Birleşik Krallık’ta mahkemeler devlet sosyal politikaları belirlerken beklemede kalan ve devlete insan hakları yükümlülüklerinin bu politikalarda bazı değişimler gerektirebileceğini hatırlatan müstakil gözlemciler olarak nitelendirilmektedir.³⁹⁵ Anayasal düzenin tedvin edilmemiş niteliği ve İngiliz hukukunun mahkemelere biçtiği geleneksel rol bir araya gelince Birleşik Krallık’ta sosyal hakların yargısal icrası, *uyumlu* ya da en fazla *etkileşimsel* denetim düzeyinde kalmıştır.

Bu çalışma Türkiye üzerine anlamlı bir sonuca varabilmek için esasen gelişmekte olan ülkelerde sosyal hakların yargısal denetimi üzerine odaklanacaktır. Bu nedenle “müstakil” mahkeme dışarıda bırakılarak, bu bölümün son başlığında, önce “katalizör” mahkeme (Güney Afrika), ardından “üstüncü” mahkeme (Kolombiya) ve nihayet “angaje” mahkeme (Hindistan) anlayışları incelenecektir. Ancak bundan önce sosyal hakların yargısal denetiminin dünya genelinde artık geleneksel olarak varsayıldığı gibi bir *istisna* değil, *kural* halini aldığını ispatlamak için, sıradaki başlıkta bu alanda en aykırı örnek olarak gösterilen ABD’ye yakından bakılacaktır.

³⁹⁵ Young, a.g.e., s. 193, 206.

II. SOSYAL HAKLAR EKSENİNDE ANAYASA YARGISININ SINIRLARI: ABD GERÇEKTEN BİR İSTİSNA MI?

Dünya üzerinde sosyal hakların anayasallaşması yönündeki hızlı gelişme, oldukça zengin bir bilimsel birikim ortaya çıkarmıştır. Ancak bu birikimin izleri ABD’de ya hiç görülmemektedir ya da çok sınırlı bir biçimde mevcuttur. Yazılı anayasa düşüncesinin ve anayasa yargısının doğduğu bu topraklarda, bugün artık anayasal hakların ayrılmaz bir parçasını teşkil eden sosyal haklara yer verilmemesi ilk bakışta garip karşılanabilir. Ancak söz konusu ülke ABD olduğunda gariplikler ya da istisnalar artmaya başlamaktadır. Genel olarak gerek Türk doktrininde gerekse yabancı literatürde yazılanlara bakıldığında –ki Türkiye’de ABD hukukunda sosyal hakların dava edilebilirliği üzerine neredeyse hiçbir araştırma yapılmamıştır- ABD Anayasasında sosyal hakların kabul edilmediği ve dolayısıyla bu hakların yargısal korunmasının da mümkün olmadığı varsayımından hareketle ABD hukuku sosyal haklar üzerine çalışan akademisyenler tarafından bir anlamda yok sayılmıştır.

Gerçekten de ABD Anayasası sarıh biçimde hiçbir sosyal hak içermemekte ve Amerikan mahkemeleri ve hukukçular genellikle anayasa aracılığı ile sosyal hakların korunmasına şüphe ile bakmaktadırlar. Diğer bir ifadeyle ABD sosyal haklar kategorisi bakımından dünyanın geri kalanı karşısında en büyük istisnalardan biri olarak kabul edilmektedir. Kuşkusuz bu tespitte ilk bakışta büyük bir doğruluk payı vardır; zira federal düzeyde bakıldığında ABD Anayasası uluslararası düzenlemelerde ve ulusal anayasalarda yer alan sosyal hakların hiçbirini açıkça koruma altına almamaktadır ve federe düzeyde ise federasyonun 50 üyesinin anayasalarında sadece bir kaç sarıh sosyal hak yer almaktadır.³⁹⁶ Dolayısıyla kendisine benzer nitelikteki ekonomik bakımdan gelişmiş ülkeler ile kıyaslandığında sosyal refahın güvence altına alınması ve ekonomik

³⁹⁶ Francesca Bignami ve Carla Spivack, “Social and Economic Rights as Fundamental Rights”, *American Journal of Comparative Law Supp.*, C. 62 (2014), s. 561-562.

eşitsizliklerin giderilmesine yönelik çok düşük bir kamusal yükümlülük sergilemesi bakımından ABD –diğer pek çok konuda olduğu gibi- “istisnai” bir yere sahiptir.³⁹⁷

OECD rakamlarına göre gelişmiş ülkeler arasında göreceli yoksulluk oranının en yüksek seviyede olduğu ABD’de, yeterli refah imkânlarının vatandaşlarına sağlamak konusunda kamusal istek de oldukça düşüktür. Öyle ki kamuoyundaki yoksulluk algısını yansıtmak için yapılan bir saha araştırmasında, katılımcılara insanların neden muhtaç durumda yaşadığı sorulmuş ve “tembellik ve iradesizlik” yüzünden veya “toplum tarafından mağdur edilmeleri” yüzünden şıkları arasında seçim yapmaları istenmiştir. ABD’de katılımcıların yüzde 61’i ilk şıkkı tercih ederken, benzer gelişmişlik düzeyindeki on beş Avrupa ülkesinde bu tercihe yüzde 18 düzeyinde kalmıştır.³⁹⁸ Pek çok ABD’li hukukçu sosyal hakların anayasal korumaya sahip olması gereğine inanmamakta ve bu inanç federal düzeyde pek çok yargı kararı ile pekiştirilmektedir. Dolayısıyla günümüzde uluslararası camiada sosyal hakların anayasal korumayı hak ettiği fikri hâkim olmasına rağmen, bunun başlıca istisnası pek çoklarının bu hakların bir anayasaya ait olmadığını düşündüğü ABD’dir.³⁹⁹ Dolayısıyla günümüzde ABD, sosyal hakların korunmasına kayıtsız kalması bakımından *istisnai* kalmaya devam etmektedir.

ABD dışında dünyanın geri kalanında sosyal hakların anayasal korumaya sahip olması gerektiği hususunda neredeyse bir uzlaşma olduğu söylenebilir. Oysa Amerika’da tarihsel olarak anayasal hakların bireyleri sadece devletin tiranlığından koruyacağı, buna karşın devletin bireyleri sosyal tehlikelerden korumasını zorunlu kılmadığı kabul edilmekte, bu nedenle de Amerika pozitif sosyal hakları içermeyen bir

³⁹⁷ Jeff King, “Two ironies about American exceptionalism over social rights”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 12, No. 3 (2014), s. 572; David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, **Harvard International Law Journal**, C. 53 (2012), s. 190.

³⁹⁸ King, “Two Ironies...”, a.g.e., s. 574.

³⁹⁹ Cass Sunstein, **Designing Democracy: What Constitutions Do**, New York, Oxford University Press, 2001, s. 221.

istisna olarak algılanmaktadır. Diğer bir ifadeyle Amerikan anayasal sisteminin devletin sosyal ve ekonomik mahrumiyet çekenleri korumasına ilişkin hakları içermediği için istisnai olduğu ileri sürülmektedir. Amerikan anayasal geleneğinin bu istisnai niteliğinin nedenleri konusunda ise farklı görüşler vardır. Bir kısım düşünürler bu istisnailiği Amerika'nın kendine özgü siyasi kültürüne bağlamakta; bu siyasi kültürün yarattığı anayasal düzenin sadece negatif haklara yer verdiğini ve sosyal hakların klasik liberal siyasi kültürde kendine yer bulamayacağını ileri sürülmektedir. Diğer bazı düşünürler ise istisnailiğin Amerika'nın olağandışı tarihinde görülen kültürel farktan kaynaklandığını, Amerikan devriminin farklı niteliğinin anayasal hakların farklılığını da açıkladığını düşünmektedirler. Özellikle Amerika'da feodalizmin yaşanmamış olmasının Amerikalılara ayırık bir siyasi kültür ve hukuk kültürü bahsettiğini, dolayısıyla Amerikan geleneğinin negatif haklara bağlılığının nedenlerinin, ülkenin farklı tarihi deneyimin derinliklerinde yattığını düşünmektedirler.⁴⁰⁰ Gerçekten de on dokuzuncu yüzyılda Avrupa'da bir çok ülkede sanayileşme ile birlikte güçlü refah devletleri ortaya çıkarken, aynı dönemin Amerikası bu tür bir devlet anlayışından ve refah bürokrasisinden uzak, daha ziyade mülkiyetin korunmasına dayalı bir görünüm sunmaktaydı.⁴⁰¹

Amerikan anayasacılığının geleneksel olarak dünyanın geri kalanı karşısında "istisnai" olduğu savı, günümüzde birçok ABD'li hukukçu tarafından şüpheyile karşılanmaktadır. Çünkü anayasal haklardaki Amerikan istisnailiğine inananlar, münhasıran ABD'nin *federal* anayasal geçmişini ve özelliklerini ele almakta, fakat ülkenin *federe* düzeydeki anayasal yapısını dikkate almamaktadır. Bu ise bilerek ya da bilmeyerek federal Anayasanın sosyal hakları içermediği iddiasından, Amerika'da bu hakların hiç bulunmadığı kanısına saplanmaya yol açmaktadır. Oysa bu kanı doğru

⁴⁰⁰ Emily Zackin, **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**, Princeton, Princeton University Press, 2013, s. 7-8.

⁴⁰¹ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 9.

değildir; çünkü ABD’deki federe anayasalar çok uzun bir zamandan beri çeşitli sosyal hakları koruma altına almış ve federe devletin bunları gerçekleştirmesi için pek çok yükümlülük kurmuştur. Gerçekten de Amerikan devlet geleneğini federal düzeyin ötesine genişleten yeni araştırmaların 19. yüzyıl Amerika’sının bile düzenleyici ve koruyucu devlet özelliklerinden yoksun olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığını ortaya koyduğu; tam tersine bu dönemde eyalet yönetimlerinin birçok alanda sosyal hayatı düzenlediği ve sosyal refahı geliştirmek için müdahaleci politikalar kurduğunun açık olduğu belirtilmektedir.⁴⁰²

Bu nedenle bu başlık ABD’de dahi yargısal denetimin sosyal hakların korunmasına katkıda bulunabileceğini gösterebilmek için ABD’deki uygulamayı hem federal hem de federe düzeyde ele alacak; sanılan aksine sosyal hakların korunmasının ABD’de hem teorik olarak hem de yargısal denetimde bir karşılık bulunduğunu görmek için ABD mahkemelerine biraz daha yakından bakacaktır. Böylece hem genel anlamda anayasa yargısında sosyal hakların dava edilebilirliği fikrine daha berrak bir bakış elde etmek mümkün olacak, hem de bir sonraki başlıkla yapılacak karşılaştırmalı incelemenin önemi daha net bir biçimde ortaya çıkacaktır.

A. SOSYAL HAKLARIN “YENİ DÜNYA”DAKİ SERÜVENİ

Sosyal hakların ABD Anayasasındaki konumu büyük bir bilimsel ve siyasi bir tartışma konusudur. Bazıları sosyal hakların anayasanın sosyal hakları içermediğini savunurken, diğerleri ise bu hakların Amerika’nın anayasal yapısı, tarihi ve anayasa metninin içine eklendiğinde ısrar etmektedir.⁴⁰³ Burada önce bu iki karşıt argüman incelenecek, ardından da federal ve federe düzeyde yargısal uygulamada nasıl bir tutum benimsendiği ele alınacaktır.

⁴⁰² Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 2-3, 10.

⁴⁰³ Emily Zackin, “Positive Rights”, **The Oxford Handbook of the U.S. Constitution**, ed. Mark Tushnet, Mark Graber ve Sanford Levinson, New York, Oxford University Press, 2015, s. 717.

Sosyal hakların ABD Anayasasına ait olmadığını savunanlar Amerika'nın siyasi liberalizm geleneğini ve bu geleneğin devlet otoritesini sınırlandırma fikrine bağlılığını vurgular ve sosyal hakları Amerika'nın liberal anayasal sistemine uygun görmemektedir.⁴⁰⁴ Bu reddiyenin açık örneğini Yargıç Posner'in *Jackson v. City of Joliet* davasında anayasa yapıcıların fikirlerine dayanarak kaleme aldığı kararda bulmak mümkündür.⁴⁰⁵ Posner'a göre Amerikan Anayasası halkı devletin baskılarından korumayı amaçlamıştır, temel kamu hizmetlerini sağlamayı değil. Posner'a göre anayasa yapıcıların niyeti sadece negatif hakları güvence altına almaktı, dolayısıyla anayasanın Ondördüncü Değişikliğinde güvence altına alınan "uygun hukuki usul" (due process) kurumunu kamu hizmetlerini talep edebilmeyi içerecek şekilde okumak yalnızca anayasayı yapanların orijinal niyetlerini aşmakla kalmaz, aynı zamanda anayasanın anlamını temelden bozmak anlamına gelir. Böyle bir okuma kişileri devlet baskısından korumayı değil, devletin vergilendirme yetkisi ile bazı vatandaşlarını diğer başkalarına hizmet sağlamak için zorlamasına yol açar. Dolayısıyla hakları negatif ve pozitif olarak kategorileştirmeye dayanan Posner'in sosyal hakların ABD Anayasasına ait olamayacağına ilişkin temel argümanı, bu hakların Amerikan anayasal sisteminin bel kemiğini oluşturan sebepsiz vergilendirilmeme hakkını ihlal etmesine dayanmaktadır.⁴⁰⁶

ABD Anayasasının pozitif hakları içerdiğine ilişkin argümanın ise Amerikan solunda uzunca bir geçmişe sahip olduğu ve genellikle cumhuriyetçilik (republicanism) fikrinin Amerikan siyasi düşüncesindeki etkisi ile ilişkilendirildiği belirtilmektedir ki bu anlayışa göre Amerika'nın kurucu jenerasyonunda dahi, maddi kaynakların dağıtımı

⁴⁰⁴ Zackin, "Positive Rights", a.g.e., s. 720.

⁴⁰⁵ *Jackson v. City of Joliet*, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, August 23, 1983, 715 F.2d 1200, s. 1203-1204. ("The modern expansion of government has led to proposals for reinterpreting the Fourteenth Amendment to guarantee the provision of basic services such as education, poor relief, ... , even if they are not being withheld discriminatorily. ... To adopt these proposals, however, would be more than an extension of traditional conceptions of the due process clause. It would turn the clause on its head. It would change it from a protection against coercion by state government to a command that the state use its taxing power to coerce some of its citizens to provide services to others.")

⁴⁰⁶ Zackin, "Positive Rights", a.g.e., s. 720.

anayasal bir meseledir.⁴⁰⁷ Gerçekten de kronolojik olarak bakıldığında Amerika'nın kurucu babalarının diğer insanları önemsemediği söylenemez. Aksine James Madison, Thomas Jefferson gibi önde gelen kurucu babaların ekonomik olarak dipte yer alan kişilerin korunması fikrine -anayasal düzeyde olmasa da- güçlü bir şekilde bağlı olduğu belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle anayasanın kurucularının bireylerin temel ihtiyaçlarından mahrum kalmaya karşı korunmaya hakları olduğuna inandığı, ancak bu hakları anayasaya yerleştirmeye gerek görmediği; çünkü bu hakların anayasallaşmasının o zaman için çok yabancı bir fikir olduğu ifade edilmektedir.⁴⁰⁸

William Forbath ise Amerika'da sert sınıf eşitsizliklerinin üzerine giden ve bireyin kendini geliştirmesi için gerekli imkânların ve maddi bağımsızlığının güvence altına alınması fikrine dayanan bir eşitlikçi geleneğin olduğunu hatırlatmaktadır. Yazarın “sosyal yurttaşlık geleneği” olarak nitelendirdiği bu gelenekte düzgün bir yaşam ve insan onuruna yaraşır iş gibi değerlerin anayasal olarak tanınması yönünde çeşitli hareketler görüldüğünü belirtmektedir. Forbath, 1880'lerden başlayarak bazı sol hareketlerin eşitlik fikrinin sadece bütün insanların kanun önünde eşitliği dogmasından ibaret olmadığını, gerçek anayasal eşitliğin insanlar arasında zenginliğin en geniş biçimde dağıtımını da gerektirdiğini, bu nedenle düzgün bir geçim kaynağı ve onurlu bir iş için anayasal normların güvence altına alınması gerektiği fikrini savunduğunu; benzer şekilde yirminci yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkan “ilerici” (*progressive*) hareket de düzgün çalışma koşulları sağlamak için devletin iş hayatını düzenlemesi gerektiğini savunduğunu belirtilmektedir. Bu bağlamda yazar Büyük Buhran sonrası uygulanan *New Deal* dönemi (1933-1938) politikalarının, 19'uncu yüzyılın sonlarında filizlenen bu reformist hareketin mirasını devraldığını, bu dönemde sosyal hak taleplerinin reformların dilini şekillendirdiğini, sosyal haklar düşüncesinin her yere nüfuz ettiğini,

⁴⁰⁷ Zackin, “Positive Rights”, a.g.e., s. 724.

⁴⁰⁸ Cass R. Sunstein, “Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?”, *Syracuse Law Review*, C. 56, No. 1 (2005), s. 8-9.

bu dönemde devletin düzgün bir hayat sürdürebilmek için gerekli şartları sağlamak zorunda olduğu düşüncesinin federal yönetimin buyruğu haline geldiğini, dolayısıyla *New Deal*'ın sosyal yurttaşlık akımının ve sosyal hakların Amerikan Anayasasına içkin olduğu görüşünün doruk noktası olduğunu ifade etmektedir.⁴⁰⁹

Gerçekten de *New Deal* politikalarının başmimarı kabul edilen ve dört kez üst üste Başkan seçilerek Amerika'da yirminci yüzyılın ikinci çeyreğine damgasını vuran Franklin D. Roosevelt, Amerikan devriminin köklü biçimde eksik kaldığına, bu devrimi tamamlamak için yeni haklara ihtiyaç olduğuna inanmaktaydı.⁴¹⁰ Görev süresi boyunca çeşitli vesilelerle kişi haklarının ve devletin yükümlülüklerinin yeniden tanılanması gerektiğini vurgulayan Roosevelt, nihayet 11 Ocak 1944'deki ünlü hitabında "İkinci Haklar Bildirgesi" (Second Bill of Rights) ilan etmiş ve ekonomik güvenlik ve bağımsızlık olmadan gerçek birey özgürlüğünün var olamayacağını, muhtaç kişinin özgür olamayacağını ifade etmiştir.⁴¹¹

Roosevelt 11 Ocak günü ABD Kongresinde yaptığı "Birliğin Durumu" (State of the Union) konuşmasında her Amerikan vatandaşının kazançlı ve faydalı bir işte çalışma hakkına, yeterli gıda ve giyeceğe, düzgün bir konuta, yeterli sağlık yardımına ve iyi bir eğitime hakkı olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla Roosevelt'in yeni haklar çağrısı aslında ekonomik güvenliğe sahip olmanın hakların siyasi güvencesinin temelini oluşturduğunu, yani Amerikan Anayasasının ekonomik refah haklarını – sosyal hakları- içermesi gerektiğini ifade etmekteydi. Roosevelt'in ikinci haklar bildirgesi 1930'ların başlarındaki *New Deal* düşüncesi ile İkinci Dünya Savaşı'na 1940 başlarında

⁴⁰⁹ William E. Forbath, "Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction", *Fordham Law Review*, C. 69 (2001), s. 1827-1832.

⁴¹⁰ Cass R. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic Books, 2004, s. 1.

⁴¹¹ Franklin D. Roosevelt, "State of the Union Address", *January 11, 1944*, <http://www.heritage.org/initiatives/first-principles/primary-sources/fdrs-second-bill-of-rights> (ET: 26 Ekim 2015) ("true individual freedom cannot exist without economic security and independence"; "Necessitous men are not free men.")

Amerika'nın verdiği tepkinin bir birleşimi olarak okunabilir. Öte yandan Roosevelt'in sosyal haklar vizyonunun eşitlik değil, özgürlük vurgusuyla yeşerdiğini belirtmek gerekir. Onu sosyal haklar düşüncesine iten özgürlük fikriydi, çünkü muhtaç olan insanların özgür olamayacağına inanıyordu.⁴¹²

Nihayet Roosevelt, bu yeni hakları Amerikan toplumuna aşılama için hiçbir zaman anayasayı değiştirmeyi düşünmemiş, dahası bu hakları yargıların icra edeceği hukuki normlar olarak da tasavvur etmemiştir. Daha ziyade bütün vatandaşların bağlılık hissedeceği kamusal taahhütler bütünü olarak görmüştür.⁴¹³ Gerçekten de sadece Roosevelt değil, öncesindeki sosyal yurttaşlık hareketlerinin hiçbirisi sosyal hakları dava edilebilir anayasal normlar olarak tasavvur etmemişlerdir. Dolayısıyla Amerika'daki sosyal hakları savunan hareketlerin amacı mahkemeleri sosyal hakları icra etmek konusunda yetkilendirmek değildi. Aksine sosyal adalet için münhasıran yasama organının etkili olması gerektiğini düşünüyorlardı.⁴¹⁴ Dolayısıyla Amerikan fikir hayatındaki sosyal haklar düşüncesi, mahkemelerde yargılama konusu yapılacak bir mefhum olarak değil, siyasi olarak sahiplenilecek bir dönüşüm olarak tasarlanmıştı. Ancak ilerleyen yıllarda yargı organı, bu tasarının aksine sosyal adaletin yargısal denetimine —bir ileri bir geri de olsa— şu veya bu ölçüde girişmekten geri durmayacaktır.

Amerikan hukuk tarihinde anayasal sosyal haklar vizyonunun yükseliş ve düşüşü gözlemlenmektedir. Özellikle Başyargıç Warren dönemindeki (1953-1969) Yüksek Mahkeme ile birlikte 1960'lı yıllarda Amerika'da Yüksek Mahkemenin anayasayı yorumlaması yoluyla sosyal hakları kabul etme yönünde hızlı bir eğilim görülmüştür. Aynı dönemde Amerikan hukuk fakültelerinde yoksulluk hukuku dersleri çoğalmış,

⁴¹² Sunstein, **The Second Bill of Rights**, a.g.e., s. 1-2.

⁴¹³ *Ibid.*, s. 4.

⁴¹⁴ Zackin, "Positive Rights", a.g.e., s. 725.

halk tabanındaki asgari yaşam standartlarının anayasal koruma altında olduğuna dair yayılan hareketlerle birlikte, önde gelen hukukçu akademisyenler anayasanın dava edilebilir sosyal haklar içerdiğine dair fikirleri güçlü bir şekilde savunmaya başlanmıştır. Sosyal hakların bu akademik savunucuları Amerikan anayasayı, insanları yoksulluğun tehlikelerinden korumak için devletin aktif müdahalesinin gerekli olduğu şeklinde bir okumaya tabi tutmuşlardır. Anayasa ile sosyal hak politikaları arasındaki ilişkiyi izah eden bu okumanın temelinde anayasanın 14. değişikliği yatmaktadır.⁴¹⁵

Anayasanın 14. değişikliğinin sosyal hakları koruyacak şekilde okunabileceğine dair argümanlar geliştiren akademik ilginin öne çıkan iki ismi Frank Michelman ve Charles Reich'dir. Reich mülkiyetin usuli korunması ve anayasanın bireysel özgürlüğü savunması arasındaki ilişkiden yola çıkarak bir teori geliştirmiştir.⁴¹⁶ Yazar, anayasal özgürlükleri kullanabilmek için kamu yararına tahsis edilen devletin kaynaklarının – yani çeşitli türdeki sosyal yardımların- anayasadaki geleneksel mülkiyet biçiminin yerini almaya başladığını; bireylere kamu yararı amacıyla yapılan devlet yardımlarının yeni bir mülkiyet biçimi oluşturduğunu ve modern bürokratik devlette bireylerin bu yeni mülkiyet biçimi üzerinde anayasal uygun hukuki usul haklarına sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre Anayasanın 14. değişikliğinin uygun hukuki usul (due process) hükmü, tarih boyunca geleneksel mülkiyet biçimi sahiplerini koruduğu gibi yeni mülkiyetin, yani refah haklarının yararlanıcılarını da korumalıdır. Çünkü yoksul insanların asgari maddi ihtiyaçları, diğer sosyal sınıfların yaşama ve kendi özgürlüklerini sürdürmesine izin veren kurulu mülkiyet sistemi ile kıyas edilebilir.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Zackin, “Positive Rights”, a.g.e., s. 726-727; King, “Two Ironies...”, a.g.e., s. 576. ABD Anayasasının onördüncü değişikliğinin birinci fıkrası şöyledir: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en)

⁴¹⁶ Charles Reich, “The New Property”, **Yale Law Journal** 73 (1964), ss. 733-787, *passim*.

⁴¹⁷ Zackin, “Positive Rights”, a.g.e., s. 727; King, **Judging Social Rights**, a.g.e., s. 269.

Dönemin diğer öne çıkan hukukçusu Michelman ise ABD Anayasasının 14. değişikliğinin devletin ekonomik risklere karşı bireye asgari koruma sağlamasını zorunlu kıldığını savunmuştur.⁴¹⁸ Temel olarak Rawls'ın adalet teorisinden hareket eden düşünür, anayasadaki uygun hukuki usul hükmünün, insanların en temel ihtiyaçlarının karşılanmasını zorunlu kıldığı şeklinde yorumlanması gerektiğini vurgulayarak, kapitalizmin yarattığı hayat riskleri için devletin bir sığınak sağlaması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴¹⁹

Teorik düzeydeki gelişmeler ne olursa olsun, ABD'de sosyal hakların somut olarak hayata geçirilebilmesi için yargı organının tutumu hayati bir rol oynamaktadır. Zira yargıç yapımı bir hukuk sisteminde, anayasal hakların varlığı ve korunması büyük oranda bu hakların yargı organı tarafından ciddiye alınması halinde mümkün olabilmektedir. Amerikan hukuk öğretisinde anayasa, aslında Yüksek Mahkeme ne diyorsa o anlama gelir. Bu nedenle Mahkemenin 1960 ve 70'li yıllardaki tutumu devam etseydi, bugün Amerika'da sosyal hakların dava edilebilirliği bakımından çok farklı bir durum söz konusu olabilirdi. Nitekim her ne kadar Yüksek Mahkeme üye yapısındaki değişim ile birlikte 1970 ve 80'lerde anayasanın sosyal hakları kapsadığı fikrini reddetse de federe düzeydeki mahkemeler sosyal hakların yargısal korunmasını sürekli ve karar bir biçimde benimsemiştir. Bu nedenle önce federal düzeyde Federal Yüksek Mahkemenin, daha sonra da federe düzeydeki yüksek mahkemelerin sosyal haklara yaklaşımı ele almak, sosyal hakların Amerikan hukukundaki gerçek onumunu anlayabilmek için zorunludur. Bundan sonraki iki başlıkta bu yapılmaya çalışılacaktır.

⁴¹⁸ Frank Michelman, "Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteen Amendment", **Harvard Law Review**, C. 83, ss. 7-59, *passim*.

⁴¹⁹ Zackin, a.g.e., s. 728.

B. FEDERAL YÜKSEK MAHKEME’NİN SOSYAL HAKLARA YAKLAŞIMI

Genel olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin anayasayı sosyal hakları içeren bir okumaya tabi tutmayı benimsediği söylenemez. Ancak bu Mahkemenin daima ve ısrarla Anayasanın sosyal hakları içermesi olasılığını reddettiği anlamına gelmemektedir. Aksine eğitimde ayrımcılıktan, sosyal yardımlara kadar birçok alanda Mahkemenin anayasanın sosyal hakları içerdiği şeklinde okuduğunu ve okuyabileceğini gösteren örnekler mevcuttur. 1940’lardan itibaren başlayarak yavaş yavaş Yüksek Mahkeme anayasanın ekonomik ve sosyal hayatın geniş bir sahasını düzenlediğini kabul etmeye başlamıştır. Başyargıç Warren dönemi ile birlikte ise Mahkeme net ve kararlı bir şekilde federal anayasanın devletin yoksul kesim lehine edimde bulunmasını gerektirdiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

Gerçekten de 1953 yılından itibaren Mahkeme, emin adımlarla sosyal hakları tanıyan kararlara imza atmış ve belirli alanlarda devletin yoksul insanlara mali yardım sağlamak zorunda olduğunu vurgulamıştır.⁴²⁰ Mahkemenin doğrudan bir sosyal hakkı – eğitim hakkı- ele aldığı ilk önemli dava, Amerikan tarihinde ırk ayrımcılığının kaldırılmasında çığır açan 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483) kararıdır. Bu tarihi davada devlet okullarındaki ırk ayrımcılığının anayasaya aykırı olduğuna karar veren mahkeme, eğitim hakkına ilişkin ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ilan etmiştir: “Eğitim imkanından mahrum hiçbir çocuğun hayatta başarılı olmasını beklemek akla uygun değildir. Devletin sağlamayı üstlendiği bu imkân, herkes için eşit olarak mevcut olması gereken bir haktır.”⁴²¹ Karar eşitlik ilkesi ile eğitim hakkı arasındaki ilişkiye vurgu yaparak sosyal haklarla ilk kuşak haklar arasındaki bölünmezliği dolaylı yoldan ikrar etmiştir.

⁴²⁰ *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 19-20 (1956); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353, 357 (1963); *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663, 672 (1966).

⁴²¹ *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483), s. 493.

Yüksek Mahkeme 1969 yılında verdiği *Shapiro v. Thompson* kararında ise bir adım daha ileri giderek daha sağlam ve kapsayıcı bir sosyal hak anlayışı sergilemiştir.⁴²² Bu davada bazı eyaletlerin yeni vatandaşlarına sosyal yardımdan faydalanabilmek için bir yıl beklemeyi şart koşmasının anayasanın 14. değişikliğindeki eşit koruma hükmünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu kararda hem seyahat özgürlüğüne atıfta bulunmuş hem de insanların özel ihtiyaçlarını dikkate alarak sosyal yardımın bir yıldan daha az süredir vatandaş olanlara verilmemesinin vatandaşlar arasında haksız ayrımcılık yaratan bir sınıflandırmaya sebep olduğunu, böyle bir sınıflandırma yüzünden sosyal yardımdan mahrum bırakılmanın besin, konut ve diğer yaşamsal ihtiyaçlara ulaşmaları bu yardıma bağlı olan ailelerin geçinmelerini imkânsız kılacağını vurgulayarak, bunun irrasyonel olduğunu ve anayasanın eşit koruma ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁴²³ Bu karar her ne kadar teknik olarak eyalet içindeki seyahat özgürlüğüne dayanmaktaysa da, Mahkeme eyaletin kusurlu politikasının yoksul insanların geçinme vasıtalarından mahrum bıraktığına işaret ederek meselenin sosyal boyutunu öne çıkarmıştır.

1970 yılına gelindiğinde Amerikan Yüksek Mahkemesi, Roosevelt'in düşlediği sosyal haklar vizyonun en güçlü adımını *Goldberg v. Kelly* kararıyla atmıştır.⁴²⁴ Bu davada Mahkeme sosyal yardımların usuli korunmasının önemini vurgulayarak, devletin bu yardımları bunlardan yararlananları yargı organı önünde dinlemeden kaldıramayacağına hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle sosyal yardımlardan faydalananları yargı organı önünde tam olarak delillerin tartışıldığı bir duruşma yapılmadan bu

⁴²² 394 U.S. 618 (1969).

⁴²³ *Shapiro v. Thompson*, s. 627. (“There is no dispute that the effect of the waiting-period requirement in each case is to create two classes of needy resident families indistinguishable from each other except that one is composed of residents who have resided a year or more, and the second of residents who have resided less than a year, in the jurisdiction. On the basis of this sole difference the first class is granted and the second class is denied welfare aid upon which may depend the ability of the families to obtain the very means to subsist—food, shelter, and other necessities of life.”)

⁴²⁴ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

yardımdan mahrum bırakmanın, Anayasanın 14. Değişikliğinde öngörülen “uygun hukuki usul” (due process) ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu sosyal yardımın yararlanıcılarının gerçek ekonomik ihtiyaçlarını vurgulayarak, yardımın kesilmesinin vahim sonuçlarını tanımlamıştır. Bu kararda Mahkeme Chales Reich’ın yukarıda değinilen sosyal hakların yeni bir “mülkiyet” biçimi olduğu tezini açıkça benimsemiş ve yazara atıfta bulunarak sosyal yardımın uygun hukuki usul ilkesi bakımından bir hibe/bağış değil bir tür mülkiyet olduğuna hükmetmiştir.⁴²⁵ Mahkeme sosyal yardımın hukuki niteliğini şöyle tanımlamıştır:

“Sosyal yardım, geçinmek için temel taleplerini karşılayarak, toplumsal hayata anlamlı bir şekilde katılabilmek için diğer kişilerde mevcut olan imkanları yoksulların yakınına getirmeye yardımcı olabilir. Aynı zamanda, sosyal yardım haksız mahrumiyet ve güvensizlik hissinden kaynaklanan sosyal kırıngılığa karşı bir koruma sağlar. Dolayısıyla kamusal yardım, sadece hayırseverlik değil, fakat ‘genel refahı yükseltmek ve hem kendimizin hem de gelecek nesillerimizin özgürlük nimetlerini güvence altına almak’ için bir vasıtaadır.”⁴²⁶

Goldberg kararı çoğunlukla Mahkemenin anayasal sosyal hakları tanımaya yönelik attığı en ilerici adım olarak kabul edilmektedir. Öyle ki o zamanlar bazı yazarlar Mahkemenin Anayasanın kimi hükümlerinin ihtiyacı olanlara geçinmek için gerekli asgari gelir hakkını verdiğini dikkate alma eğiliminde olduğu vurgulamaktaydı.⁴²⁷ Diğer bir ifadeyle içtihat böyle devam ederse Mahkemenin federal anayasanın devletin pozitif edimini gerektiren sosyal hakları açıkça koruma altına aldığını ilan etmesi an meselesi

⁴²⁵ *Ibid.*, dn. 8: “It may be realistic today to regard welfare entitlements as more like ‘property’ than a ‘gratuity.’ Much of the existing wealth in this country takes the form of rights that do not fall within traditional common-law concepts of property.” Mahkeme bu tespiti hemen ardından aynı dipnotta Charles Reich’in şu eserinden bir paragraf doğrudan alıntı yapmıştır: “Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues”, *Yale Law Journal*, C. 74 (1965), s. 1255.

⁴²⁶ *Goldberg v. Kelly*, s. 265. Bu alıntının son cümlesinde Mahkeme ABD Anayasasının başlangıç kısmına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla tırnak içindeki kısım aslında başlangıç metnidir. Başlangıç şöyledir: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, *promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity*, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.” (İtalikler bize ait)

⁴²⁷ Michelman, “Foreword: ...”, a.g.e., s. 9.

olduğu kanısı yaygınlaşmaktaydı. Bununla birlikte kararı sosyal haklar lehinde büyük bir zafer olarak görmeye şüpheyle yaklaşıldığı da görülmektedir. Zira kararın aslında devlete pozitif bir yükümlülük yüklemekten uzak olduğu, çünkü dava konusu hak ihlalinin devlete yüklenen bir emrin ihlali değil, devlet üzerindeki bir sınırlandırmanın (mülkiyete dokunmama) ihlali olduğu; dolayısıyla mahkemenin aslında sosyal hakları federal anayasaya eklemlemeyi reddettiği, sadece devleti bireyleri özel mülkiyetten mahrum bırakmaktan men ettiği vurgulanmaktadır.⁴²⁸

Yüksek Mahkeme'nin anayasal sosyal hakları tanımaya hevesli bu görüntüsü, Mahkemenin üye yapısındaki değişim ile birlikte çok geçmeden tam karşıt bir istikamete yol almıştır. Bu değişimde en büyük etki 1968 yılında seçilen Başkan Nixon'ın Yüksek Mahkemeye atadığı dört üye olduğu belirtilmektedir. Bu üyelerle birlikte yeni mahkeme çok sınırlı bazı durumlar hariç sosyal hakların ABD'de anayasal bir statüye sahip olmadığını açıkça kararlarına yansıtmıştır.⁴²⁹ Nitekim Mahkeme *Goldberg* kararı ile aynı yılda, 1970 yılında, verdiği *Dandridge v. Williams* kararında sosyal hakları korumaya yönelik içtihadını tamamen değiştirmiş, sosyal hakların dava edilebilir olmadığını benimsemiştir.⁴³⁰ Mahkemelerin rol anlayışları bakımından uyumlu mahkeme modelinin açık bir uygulaması olan bu karar, uyumlu bir mahkemenin bir kanuni düzenlemeyi ya da politikayı geçersiz kılmak veya ikinci defa sorgulamakta yavaş davrandığını gözler önüne sermektedir.⁴³¹ Bu davada Mahkeme Maryland eyaletinde kabul edilen bir düzenleme ile eyaletin ailelere yönelik sosyal yardım programında ailenin büyüklüğü dikkate alınmadan bir üst limit belirlenmesinin anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir. Yargıç Stewart'ın yazdığı kararda

⁴²⁸ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 6, dn. 8.

⁴²⁹ Sunstein, "Why Does the American...", a.g.e., s. 21.

⁴³⁰ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970). İlginçtir ki anayasal sosyal hakları açıkça dışlayan *Dandridge* kararı, genel olarak Mahkemenin sosyal haklar lehine gelişen tutumunun zirve noktası olarak görülen *Goldberg* kararından yalnızca yaklaşık üç hafta sonra verilmiştir.

⁴³¹ Young, a.g.e., s. 144.

anayasanın 14'üncü değişikliğinin mahkemelere eyalet politikalarını sadece ihtiyatsız ya da kusurlu olmaları sebebiyle geçersiz kılma yetkisi vermediği ve Mahkemenin kamusal sosyal yardımların idaresine burnunu sokmaya yetkisi olmadığı vurgulanmıştır.⁴³² Dava konusu düzenlemede anayasaya aykırılık bulunmadığını söylerken Yüksek Mahkeme kararı şöyle bitirmiştir:

“Maryland düzenlemesinin bilgece olduğunu, eyaletin ideal olarak benimsediği sosyal ve ekonomik hedefleri tam olarak yerine getirdiğini söylemiyoruz. Fakat kamusal sosyal yardım programlarının yol açtığı zorlu sosyal, ekonomik problemler bu mahkemenin işi değildir. Anayasa sosyal yardım sistemlerine belirli usuli güvenceler sağlamış olabilir. Bununla birlikte Anayasa bu Mahkemeye sınırlı sosyal yardım fonlarını dağıtma gibi zorlu bir sorumluluk üstlenen devlet yetkililerinin yaptıkları işi yeniden sorgulamak yetkisini vermemektedir.”

Bu kararın ardından mahkeme *Lindsey v. Normet* davasında Oregon eyaletinde yürürlükte olan kiracının yargılamasız olarak konuttan tahliyesi prosedürünü anayasaya uygun bulmuştur. Bu kararda davacılar düzgün bir konut ihtiyacının Anayasanın koruduğu ve özellikle yoksullar için önemli olan temel bir menfaat olduğunu ve devletin ancak telafi edici nitelikte güçlü bir gerekçe sunarak müdahale edebileceğini ileri sürmüştür.⁴³³ Mahkeme ise bu iddiayı şu gerekçeyle reddetmiştir: “Düzgün, güvenli ve hijyenik barınmanın önemini yadsımiyoruz. Ancak Anayasa her sosyal ve ekonomik sorun için yargısal güvence sağlamamaktadır. Anayasada belirli nitelikte konuta erişimin güvence altına alındığını algılayamıyoruz.”⁴³⁴ Böylece Mahkeme konut

⁴³² *Ibid.*, s. 487. (“We do not decide today that the Maryland regulation is wise, that it best fulfills the relevant social and economic objectives that Maryland might ideally espouse. ... But the intractable economic, social, ... problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court. The Constitution may impose certain procedural safeguards upon systems of welfare administration, ... But the Constitution does not empower this Court to second-guess state officials charged with the difficult responsibility of allocating limited public welfare funds among the myriad of potential recipients.”)

⁴³³ *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56, s. 73.

⁴³⁴ *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56, s. 74. (“We do not denigrate the importance of decent, safe, and sanitary housing. But the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill. We are unable to perceive in that document any constitutional guarantee of access to dwellings of a particular quality...”)

hakkının anayasal bir hak olmadığını vurgulayarak, sosyal hakların negatif bileşenini tanımayı dahi reddetmiştir.

1973 yılında ise Yüksek Mahkeme, beşe dört oy çokluğuyla verdiği eğitim hakkına ilişkin *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* kararında Texas eyaletinde devlet okullarının yerel finansmanının anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir. Davacılar Texas'ın yerel emlak vergisine dayanan okul finansmanının düşük emlak vergisine tabi okul bölgelerinde yaşayan yoksul ailelerin okul çağındaki çocuklarının eğitim haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüş; Yüksek Mahkeme ise eşit koruma adına temel haklar yaratmanın kendi görevi olmadığını ve eğitim hakkının federal anayasada ne açıkça nede zımni biçimde koruma altına alınan bir hak olmadığını söyleyerek bu sistemin Anayasanın eşit koruma hükmüne aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir.⁴³⁵

Amerika'da sosyal hakların sonunu getirdiği ileri sürülen⁴³⁶ *Rodriguez* kararından sonra Yüksek Mahkeme, 1989 yılında sosyal hizmet yetkililerinin babasından gördüğü şiddet yüzünden beyin hasarı geçiren bir çocuğu koruyamamasıyla ilgili *DeShaney v. Winnebago Country* kararında, devletin muhtemel kötü muamele raporlarına rağmen çocuğu babasından korumakta herhangi bir anayasal yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir. Olayda hakkında şikayetler almalarına rağmen çocuğuna şiddet uygulayan babanın gözetiminden çocuğu almayan sosyal çalışmacı ve yerel memurlara karşı açılan davada, mahkeme devletin sosyal alanda pozitif yükümlülüğünün reddettiği en sert tavrını sergilemiştir:

⁴³⁵ *San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, s. 33-35. Ancak Mahkeme 1982 yılında verdiği *Plyler v. Doe* (457 U.S. 202) kararında, ABD'ye hukuka uygun olarak kabul giriş yapmamış göçmen çocukların eğitimden topyekûn mahrum bırakılmasının Anayasanın eşit koruma hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme bir yandan eğitim hakkının federal anayasada güvence altına alınan bir hak olmadığını vurgulamış, diğer yandan ise eğitimin diğer sosyal yardım düzenlemelerinden ayrıldığını belirterek, genç ve yoksul insanların hayatındaki önemine işaret etmiştir.

⁴³⁶ Sunstein, "Why Does the American...", a.g.e., s. 22.

“Uygun hukuki usul hükmünün lafzı devlete vatandaşlarının yaşam, özgürlük ve mülkiyetlerini özel kişilerden gelecek ihlallere karşı koruma yükümlülüğü vermemektedir. Bu hüküm devlet gücünün eylemlerine bir sınırlama olarak düzenlenmiştir, belirli bir asgari güvence seviyesinin garantisi olarak değil. Bu düzenlemenin lafzı devlete söz konusu menfaatlara diğer vasıtalarla zarar gelmemesini temin etme gibi bir pozitif edim yükleyecek biçimde genişletilemez. Bu hükmün amacı insanları devletten korumaktır, devletin insanları birbirinden korumasını sağlamak değil.”⁴³⁷

C. FEDERE DÜZEYDE SOSYAL HAKLARIN KORUNMASI

ABD’de pek çok çağdaş anayasa hukukçusu sosyal hakların Federal Anayasa ve Federal Yüksek Mahkeme dışındaki kurumlar aracılığı ile gerçekleştirilebileceği fikrine sarılmışlardır. Zira Amerika’nın eyalet anayasaları federal anayasaya kıyasla çok daha sarıh sosyal haklar içermektedir. Federal Anayasanın sosyal hakları dışlayan yapısının tersine, federe devlet anayasalarında eğitim hakkından güvenli çevre hakkında, insan onuru ve mutluluğundan ve çalışanların sendika hakkına kadar çeşitli sosyal haklar uzunca zamandır korunmaktadır. Gerçekten de eyalet anayasaları devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini zorunlu kılmış ve ücretsiz eğitimden doğal çevrenin korunmasına kadar pek çok durumda devletin pozitif bir edimde bulunmak için sadece yetkili değil aynı zamanda yükümlü de olduğunu düzenlemiştir. Keza eyalet mahkemeleri Federal Yüksek Mahkemenin aksine federe anayasalarındaki bu hakları dava edilebilir haklar olarak kabul etmiş ve icra etmiştir.⁴³⁸

Amerika’da sosyal hakların federal anayasadan ziyade federe anayasalarda gözlemlenmesinin tarihi sebepleri vardır. Öncelikle federal anayasaya temel hakların eklendiği 19’uncü yüzyılın başlarında dahi sosyal politikayla ilgili temel kararların baskın kaynağı eyaletlerdi ki bu durum *New Deal* dönemine kadar sürmüştür. Gerçekten de Amerikan tarihinin büyük kısmında sosyal politikaları belirlemede federal devlet, federe devlet yönetimlerine kıyasla çok daha sınırlı bir rol oynamış; sosyal ve ekonomik

⁴³⁷ *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189, s. 195.

⁴³⁸ Zackin, *Looking for Rights...*, a.g.e., s. 3.

hayatı düzenlemekte baş sorumluluk eyaletlerde olmuştur. Nitekim on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllar eyalet anayasalarına sosyal hakların eklenmesi lehinde başarılı ve sürdürülebilir sosyal hareketlere şahit olmuştur. On dokuzuncu yüzyılda Amerikan eyaletlerinde üzerinde yaratılan bu anayasal emirler bu bugün hala yürürlüktedir ve eyalet anayasalarının metinleri bir asırdan fazla bir süredir dünyanın diğer yerlerinde görülen anayasal sosyal hak yükümlülükleri ile en azından kıyaslanabilir güvenceler içermiştir.⁴³⁹

Öte yandan eyalet hukuk sistemlerinde genellikle yargıçlar seçimle göreve gelmektedir ve eyalet anayasalarını değiştirmek federal anayasa kıyasla çok daha kolaydır. Bu nedenle federal anayasada sosyal haklara karşı görülen isteksizlik eyalet mahkemeleri için uygun olmadığı gibi, uygulamada da tam tersi gözlemlenmektedir. ABD Anayasasının sosyal hakları dışlaması genellikle bu anayasanın on sekizinci yüzyıla dayanan kökenleriyle ilişkilendirilir. Oysa bir düzineden fazla eyalet anayasasının aynı yüzyıldaki versiyonlarının ücretsiz devlet okulu ve yoksullar için kamu hastaneleri gibi önemli sosyal hükümler içerdiği belirtilmektedir.⁴⁴⁰ Nihayet federal anayasaya temel hak ve hürriyetler eklenirken sosyal hakların dışlanmasını, dönemin federal politikasında aramak gerekir. Amerikan Anayasasına eklenen ilk on anayasa değişikliğinin getirdiği temel hak ve hürriyetler (Bill of Rights, 1789-1791) anti federalistleri yeni kurulan federal hükümetin halihazırda var olan eyalet yönetimlerinin egemenliğine tecavüz etmeyeceğini dair memnun etmek için yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle anayasa eklenen bu haklar, yeni ulusal idarenin artık istenmeyen Britanya'nın sömürge sistemi uygulamalarını taklit etmeyeceğini garanti altına almak amacıyla kabul edilmişti ve bu nedenle münhasıran devlet gücünü sınırlandırmaya adanmıştı.⁴⁴¹

⁴³⁹ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 11.

⁴⁴⁰ Helen Hershkoff, "Just Words: Common Law and the Enforcement of State Constitutional Social and Economic Rights", **Stanford Law Review**, C. 62 (2010) s. 1534-1535.

⁴⁴¹ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 12.

1) Eğitim Hakkı

ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin tartışmasız biçimde eğitimin ne sarıh ne de zımni biçimde federal anayasal koruma altında olmadığını benimsemesine rağmen⁴⁴², federe devlet anayasaları öteden beri kamusal eğitimin koşullarını belirlemede federal yönetimden çok daha geniş bir ol oynamıştır. Nitekim eyalet anayasalarında yer alan erken dönem sosyal hak düzenlemeleri arasında devlet okullarında ücretsiz eğitim hakkı açık biçimde öne çıkmaktadır. Nitekim 1776 ile 1800 yılları arasında yapılan veya değiştirilen yirmi beş federe anayasadan on ikisinin eğitim hakkına ilişkin bir hüküm içerdiği aktarılmaktadır.⁴⁴³

Örneğin Federal Anayasa kabul edilmeden önce, 1780 Massachusetts Anayasası aslında nasihat verici ya da cesaretlendirici bir biçimde, öğrenme ve kültürü geliştirmek için yasama organına bir sorumluluk yükleyerek eğitim hakkını koruma altına almıştır.⁴⁴⁴ Devlete nasihat veren bu tutum 1784’de New Hampshire, 1816’da Indiana, 1834’de Tennessee’de, 1836’da Kansas’ta da benzer şekilde benimsenmiştir. Ancak bu düzenlemeler eğitimi bir temel hak olarak ilan etmekten ziyade, anayasa yapıcılarının kurdukları yönetim biçiminin korunması için önemli olduğunu düşündükleri bir hedef koymuşlardır.⁴⁴⁵ Öte yandan 1776 Pensilvanya Anayasası ise, eyalet yasama organının eyalet sınırları içindeki bütün çocuklar için kamu okulları kurmasını ve bunları finanse etmesini zorunlu kılmaktadır.⁴⁴⁶ Benzer biçimde 1776 Kuzey Caroline ile 1777

⁴⁴² “Education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected.” San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973), s. 35.

⁴⁴³ John C. Eastman, “When Did Education Become a Civil Right? An Assessment of State Constitutional Provisions for Education 1776-1900”, *The American Journal of Legal History*, C. 42 (1) (1998), s. 3.

⁴⁴⁴ Massachusetts Constitution Pt. 2, C. 5, § 2: “Wisdom, and knowledge, as well as virtue ... being necessary for the preservation of their rights and liberties. .. it shall be the duty of legislatures and magistrates, in all future periods of this commonwealth, to cherish the interests of literature and the sciences, ... public schools ... in the towns...”

⁴⁴⁵ Eastman, a.g.e., s. 8.

⁴⁴⁶ The Constitution of Pennsylvania 1776, Section 44: “A School or schools shall be established in each county by the Legislature, for the convenient instruction of youth, with such salaries to the masters

Vermont ve Georgia anayasaları da devletin eğitime ilişkin tedbirler almasını zorunlu kılan hükümler içermekteydi. Ancak bu hükümlerin de tam anlamıyla icra edilebilir bir eğitim hakkı sağladığını söylemek güçtür.⁴⁴⁷

On sekiz ve on dokuzuncu yüzyıl boyunca eğitimin federe devletin bir yükümlülüğü olarak sağlanması gerektiğini savunan toplumsal hareketler, federe yasama organlarının ailesinin imkânı olmayan çocuklarının eğitim imkanlarını sağlanmak zorunda olduğunu ısrarla savunmuşlardır. Çünkü bunlara göre anayasal hakların değeri yasama organını yeniden dağıtıcı politikalar kabul etmeye zorlayan politika değişikliklerini teşvik etme potansiyellerinde yatmaktadır. Federe devletlerde eğitim hakkı için mücadele eden bu aktivistlerin parasız devlet okullarının kurulmasını savundukları ve bu toplumsal hareketin öncülerinin birçoğunun eğitimi ahlaki bir hak olarak tanımladığı belirtilmektedir. Böylece özellikle on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren birçok federe anayasa devletin ücretsiz okulları kurmasını ve bunlara bakmasını zorunlu kılmıştır. Nihayet yirminci yüzyılın başına gelindiğinde ise federe anayasaların çoğunluğunda federe hükümetin devlet okulları kurmasını ve işletmesini zorunlu kılan hükümler içermekteydi. Nitekim 1816 ile 1959 yılları arasında kırk beş (45) federe anayasaya devlet okullarına ilişkin bir hüküm eklendiği aktarılmaktadır.⁴⁴⁸

Günümüzde ise bütün federe anayasalar devletin parasız kamu okulları kurmasını gerektirecek şekilde eğitim hakkını düzenlemekte ve birçok eyalette bu hakkının biçim ve içeriğine ilişkin zengin bir federe yargı içtihi gözlennmektedir.⁴⁴⁹ Bununla

paid by the Public as may enable them to instruct youth at low prices: And all useful learning shall be duly encouraged and promoted in one or more Universities.

⁴⁴⁷ Eastman, a.g.e., s. 8-10.

⁴⁴⁸ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 16, 69, 71.

⁴⁴⁹ Cathy Albisa ve Jessica Schultz, "The United States: A Ragged Patchwork", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, CUP, 2008, s. 240; Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 16.

birlikte federe anayasaların çok azı açıkça “eğitim hakkı” ibaresini kullanmaktadır.⁴⁵⁰ Daha ziyade bu anayasalar yasama organına çoğunlukla çok ayrıntılı talimatlar vermektedirler. Dolayısıyla eğitim hakkının kapsamı ve devletin yükümlülükleri değişik yollarla düzenlenmiştir. Eğitim hakkına ilişkin düzenlemelerin yarısından fazlasının sunulan eğitimin kalitesinin tanımlarken, en az on federe anayasanın da ayrımcılığı yasakladığı ve/veya eğitimin devlet sınırları içindeki bütün çocuklara sağlanmasını zorunlu kıldığı belirtilmektedir.⁴⁵¹ Diğer hükümler arasında ise en yaygın eğitim hükmü ise yasama organının ücretsiz devlet okulları kurmak zorunda olduğudur.⁴⁵²

Bu yükümlülük federe mahkemelerde çeşitli defalar dava konusu edilmiş ve muhtelif eyalet yüksek mahkemeleri anayasal eğitim hakkının gereklerinin belirli bir yeterliliğe sahip olup olmadığını denetlemişlerdir. Bu yargısal denetimin kökenlerini on dokuzuncu yüzyıla kadar götürmek mümkündür. Gerçekten de daha 1874 yılında, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi anayasanın federe yasama organının parasız devlet okulları kurmasını emreden hükmünün yargısal olarak icra edilebilir olduğuna karar vermiştir.⁴⁵³ Kuşkusuz o zaman için bu karar dava edilebilir eğitim hakkı için bir zafer olarak görülmesine de, on dokuzuncu yüzyılda devletin anayasa gereği parasız okul kurma yükümlülüğünün, bireyler tarafından yargısal olarak talep edilebilir ve mahkemeler

⁴⁵⁰ Örneğin 1971 Kuzey Karoline Anayasasının birinci maddesinin 15. fıkrasına göre göre “İnsanlar eğitim imtiyazı hakkına sahiptir ve bu hakkı korumak ve devamlılığını sağlamak Devletin görevidir” (The people have a right to the privilege of education, and it is the duty of the State to guard and maintain that right.)

⁴⁵¹ Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240.

⁴⁵² Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 68.

⁴⁵³ “The opportunity of instruction at public schools is afforded the youth of the state by the statute of the state, enacted in obedience to the special command of the constitution of the State, directing that the legislature shall provide for a system of common schools . . . the advantage or benefit thereby vouchsafed to each child, of attending a public school is, therefore, one derived and secured to it under the highest sanction of positive law. it is, therefore, a right— a legal right— as distinctively so as the vested right in property owned is a legal right, and as such it is protected, and entitled to be protected by all the guarantees by which other legal rights are protected and secured to the possessor.” (*Ward v. Flood*, 48 Calif. 36’dan aktaran Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 91.)

tarafından icra edilebilir bir “hak” olarak anlaşıldığını göstermesi bakımından önemlidir.⁴⁵⁴

Öte yandan on dokuzuncu yüzyıl boyunca federe anayasalara giren eğitim hakkına ilişkin hükümlerin, bunlar mahkemeler önünde dava edilebilsin diye kabul edilmediği belirtilmelidir. Aksine bu hükümleri kaleme alanların, eğitime ilişkin devlet yükümlülüklerinin icrasını mahkemeleri için içine katmadan tasarladıkları ifade edilmektedir. Bununla birlikte zaman içinde özellikle eyaletlerde uygulanan devlet okullarının finansmanı sistemlerinin eşitlenmesi uğruna mahkemeleri göreve çağırabilmek için anayasalarda değişikliğe gidilmesi eğilimi türemiştir. Böylece eyalet mahkemelerinin federe devleti, kamu okullarına daha çok para ayırmaya zorlamasının umulduğu belirtilmektedir.⁴⁵⁵ Bu bağlamda geç yirminci yüzyılda, 1960’lardan itibaren, eğitimde eşitlik savunucuları federe devletin eğitim finansmanı sistemini yeniden biçimlendirmek için mahkemelerin kapısını çalmaya başlamış; eğitimin bir “temel hak” olduğu ve öğrenci başına düşen eğitim harcamasındaki eşitsizliklerin bu hakkı esaslı biçimde etkilediğini iddia etmişlerdir.⁴⁵⁶

Gerçekten de eyaletlerde devlet okullarının finansmanı meselesi elli eyaletin hepsinde dava konusu olmuş, bazıları çok uzun yıllar sürmüştür. Çünkü eyalet bazında devlet okulları yerel mülkiyet vergileri ile finanse edilmektedir ve bu sistem daha iyi okulların emlak fiyatlarının en yüksek olduğu yerlerde ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu nedenle eğitimin finansmanı ile ilgili federe davaların birçoğunda finansman sisteminin eşitliğe aykırı ve ayrımcı olduğu ya da federe anayasanın devlet okullarının finansmanının bütün öğrenciler için asgari seviyede bir eğitim kalitesini gerektirdiği

⁴⁵⁴ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 91.

⁴⁵⁵ Zackin, **Looking for Rights...**, a.g.e., s. 97.

⁴⁵⁶ Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240.

ileri sürülmüştür.⁴⁵⁷ Bu iddialar karşısında bazı federe mahkemeler eğitimin finansmanındaki eşitsizliğin sıkı bir denetim gerektirdiği fikrini benimsemişlerdir. Bu bakımdan 1971 yılında Kaliforniya Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of California) *Serrano v. Priest* davasında (5 Cal.3d 584), bir çocuğun eğitiminin kalitesinin gittiği okulun bulunduğu bölgede yaşayan insanların zenginliğinin değil, bir bütün olarak (federe) devletin zenginliğinin bir fonksiyonu olması gerektiğine; eyaletin yönetiminin okullarda uyguladığı finansman sisteminin insanlar arasında zenginliğe dayanan ayrımcılığa yol açtığına; bu nedenle hem Kaliforniya Anayasasının koruma altına aldığı eğitim hakkına hem de Federal Anayasanın 14. değişikliğinde düzenlenen “eşit koruma” ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁵⁸ Ancak eğitim hakkı bakımından federe düzeyde çığır açan bu kararın ardından çok geçmeden 1973 yılında, yukarıda değinilen *Rodriguez* kararı ile birlikte Federal Yüksek Mahkeme, *Serrano* kararındaki eşit koruma ilkesine dayalı eğitim hakkı argümanını federal yargı sisteminde ilerletmenin kapılarını kapatmıştır.⁴⁵⁹

Federal mahkemenin bu katı tutumu karşısında, eğitim hakkı kaynaklı talepler için federe mahkemelerde hak aramaya devam edilmiştir. Nitekim 1973’de New Jersey Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of New Jersey) eğitim hakkını güçlendirme yönünde cesur bir adım atarak, eyaletin eğitim finansmanı sisteminin devletin eğitim yükümlülüğü sebebiyle anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Federal Yüksek Mahkemenin anayasal eğitim hakkını tanımayı reddettiği *Rodriguez* kararı ile aynı yıl içinde verilen bu kararda, Mahkeme oldukça aktivist bir tutumla karar alma sürecinin merkezine kendini koymaktan çekinmemiş ve devlet okullarındaki finansmanın eyalet Anayasasının eğitim hakkını düzenleyen hükmün⁴⁶⁰ devlete yüklediği “eksiksiz ve etkili

⁴⁵⁷ Francesca Bignami ve Carla Spivack, “Social and Economic Rights as Fundamental Rights”, *American Journal of Comparative Law*, C. 62 (2014), s. 577.

⁴⁵⁸ Bignami ve Spivack, a.g.e., s. 578; Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240; Zackin, *Looking...*, a.g.e., s. 98.

⁴⁵⁹ Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240.

⁴⁶⁰ 1947 New Jersey Anayasası Article VIII, Section IV (1): “The legislature shall provide for the maintenance and support of a thorough and efficient system of free public schools for the instruction of all the children in this state between the ages of five and eighteen years.” (<http://www.nj.gov/state/archives/docconst47.html>)

bir parasız devlet okulları sistemi” kurma yükümlülüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁶¹

Benzer şekilde Kentucky Yüksek Mahkemesi de 1989’da federe devletin uyguladığı devlet okullarının finans sisteminin eğitim hakkını koruma altına alan eyalet Anayasasına aykırı olduğuna; 1892 tarihli federe anayasanın “etkili bir devlet okulları sistemi sağlama” emirinin⁴⁶² devlet üzerinde bir yükümlülük yarattığına ve kendisinin bu hakkı icra etmeye tartışmasız biçimde yetkili olduğuna karar vermiştir.⁴⁶³ Bu kararla aynı yılda Texas Yüksek Mahkemesi ise eyaletin kamusal eğitimi finanse etmek için kullandığı mülkiyet vergisine dayanan sisteminin federe anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme federe anayasa gereği⁴⁶⁴, etkili bir parasız okul sistemi kurmak ve bunu sürdürmenin federe devletin yükümlülüğü olduğunu; mevcut sistemin sınırlı ve ölçüsüz olduğunu ve bu nedenle anayasanın etkililik vizyonuna aykırı olduğunu belirtmiş ve yasama organına yeni bir finansman sistemi geliştirmesi için bir süre zarfı emretmiştir.⁴⁶⁵

Amerika’da federe düzeyde eğitim hakkına ilişkin en meşhur davalardan bir diğeri New York eyaletinde görülmüştür. Eğitim hakkına ilişkin en büyük zaferlerden biri olarak anılan ve 1993 yılında başlayıp 2003 yılına kadar süren bir dizi davanın sonucunda eyalet mahkemeleri, New York şehrindeki devlet okulu sisteminin yetersizliğinin giderilmesi için federe devletin her yıl için ilave 1,92 milyar dolar (\$)

⁴⁶¹ *Robinson v. Cahill*, 287 A.2d 187’den aktaran Zackin, **Looking...**, a.g.e., s. 103.

⁴⁶² Kentucky Anayasasının 183 ila 189’uncu maddeleri eğitimi düzenlemektedir. Dava konusu 183’üncü madde şöyledir: “The General Assembly shall, by appropriate legislation, provide for an efficient system of common schools throughout the State.” (<http://www.lrc.ky.gov/legresou/constitu/183.htm>)

⁴⁶³ *Rose v. Council for Better Education*, 790 S.W.2d 186’dan aktaran Zackin, **Looking...**, a.g.e., s. 103-104. Aynı karar için bkz. Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 241-242 ve Bignami ve Spivack, a.g.e., s. 578.

⁴⁶⁴ 1876 Texas Anayasasının “eğitim” başlıklı yedinci maddesinin ilk fıkrası şöyledir: “A general diffusion of knowledge being essential to the preservation of the liberties and rights of the people, it shall be the duty of the Legislature of the State to establish and make suitable provision for the support and maintenance of an efficient system of public free schools.” (<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/CN/htm/CN.7.htm#7.1>)

⁴⁶⁵ *Edgewood Independent School District v. Kirby*, 777 S.W.2d 391 (1989)’dan aktaran Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240-241.

harcamasına hükmetmiştir. Bu davalar zincirinin ilk aşamasında, kamu yararın çalışan bir grup tarafından, eyaletin devlet okullarını finansman sisteminin New York şehrindeki devlet okulları için yeterli mali kaynak sağlamadığını ve bu nedenle eyalet Anayasasına⁴⁶⁶ aykırı olduğunu ileri sürülmüştür. Eyaletin en yüksek mahkemesi – Court of Appeals- 1995 yılında verdiği ilk kararda eyalet Anayasasının her çocuk için esaslı bir temel eğitimi garanti ettiğini belirtmiş ve bunun için asgari düzeyde fiziksel şartların, öğrenme araçlarının ve güncel bir müfredat ile eğitimin gerekli olduğuna karar vermiştir.⁴⁶⁷ Bu ilk kararın üzerine dava alt derece mahkemesine geri gönderilmiş ve eyaletin eğitim hakkına ilişkin bu asgari standartları New York şehrinde ihlal edip etmediğine karar vermesi istenmiştir. Alt derece mahkemesi (Supreme Court, New York County) yedi ay boyunca 72 tanık dinledikten ve 4300 civarında delili değerlendirdikten sonra, 2001 yılında federe devletin eğitim hakkının gereklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁶⁸

Bu kararın orta derece mahkemesi tarafından bozulması üzerinde, konu yeniden eyaletin nihai temyiz mahkemesinin (Court of Appeals) önüne gelmiş ve mahkeme 2003 yılında ekonomik durumları gözetilmeksizin bütün öğrencilerin lise düzeyinde eğitime hakkı olduğuna ve bu bakımdan federe devletin New York şehrindeki anayasal yükümlülüklerini ihmal ettiğine ve eyalet Anayasasının eğitim hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁶⁹ Bu ikinci kararda Mahkeme, federe devlet yönetiminin New York şehrinde esaslı bir temel eğitimin maliyetini saptayarak karar tarihinden on üç ay içinde bu

⁴⁶⁶ New York Anayasasının eğitim hakkını düzenleyen 11. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: “The legislature shall provide for the maintenance and support of a system of free common schools, wherein all the children of this state may be educated.”

⁴⁶⁷ *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*, 86 N.Y2d 307 (1995).

⁴⁶⁸ *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*, 719 N.Y.S2d 475 (2001).

⁴⁶⁹ *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*, 100 N.Y.2d 893 (2001).

maliyetin sağlanmasına riayet edilmesini emretmiştir ki bu hüküm New York şehrindeki okulların finansmanı için yaklaşık 1.93 milyar dolarlık bir kaynak gerektirmekteydi.⁴⁷⁰

Son olarak eğitim hakkı bakımından 2008 küresel ekonomik krizi sonrasına değinmek uygun olacaktır. Küresel krizin ABD'deki devlet okulları bütçelerini ciddi anlamda olumsuz etkilediği, 2008'den bu yana eyaletlerin yarısının eğitime ayırdıkları bütçeyi %10'dan fazla oranda kısıtış ve bunun beraberinde federe düzeydeki eğitim hakkına ilişkin davalardan sonuç alma eğilimini de sona erdirdiği ifade edilmektedir. Nitekim krizden önce eğitim hakkıyla ilgili davaların eyaletlerin yarısında davacıların lehine sonuçlandığı, oysa 2008 ve 2009 yıllarında New Hampshire, Indiana, New Jersey ve Colorado mahkemelerinin açılan davaları reddettiği veya anayasaya aykırılık bulmadığı belirtilmektedir.⁴⁷¹ Kuşkusuz bu mahkemelerin sadece yaşanan ekonomik sıkıntı yüzünden insiyatif almadığını ileri sürmek mümkün değilse de, kriz sonrası federe mahkemelerde eğitim hakkı bakımından devletin üzerine düşen pozitif edimleri icra etmekte gözle görülür bir yargısal kendini sınırlandırma eğilimi yaşandığı bir gerçektir.

Bununla birlikte sözkonusu pasif eğilim Washington Yüksek Mahkemesi'nin 2012 yılında devletin anayasadan kaynaklanan temel eğitim için yeterli şartları sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermesiyle yeniden boyut değiştirmiştir.⁴⁷² Mahkemenin *McCleary* kararında eyalet yönetiminin anayasanın güvence altına aldığı eğitim hakkı karşısında⁴⁷³, kamu okullarının finansmanında yetersiz kaldığını ve böylece anayasal yükümlülüğünün gereğini yapmadığına karar vermiştir. Kararın federe

⁴⁷⁰ Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 240-241; King, "Two Ironies...", a.g.e., s. 583-585.

⁴⁷¹ Helen Hershkoff ve Stephen Loffredo, "Tough Times and Weak Review: The 2008 Economic Meltdown and Enforcement of Socio-economic Rights in US State Courts", **Economic and Social Rights After Global Financial Crisis**, ed. Aoife Nolan, West Nyack, Cambridge University Press, 2014, s. 244-245.

⁴⁷² *McCleary v. State*, 269 P.3d 227 (Wash. 2012)'den aktaran Hershkoff ve Loffredo, a.g.e., s. 245.

⁴⁷³ Washington Anayasasının "eğitim" başlıklı dokuzuncu maddesinin birinci (Article IX, Section 1) fıkrası şöyledir: "It is the paramount duty of the state to make ample provision for the education of all children residing within its borders, without distinction or preference on account of race, color, caste, or sex." (<http://leg.wa.gov/LawsAndAgencyRules/pages/constitution.aspx>) (Kasım 2015)

yasama organının anayasal yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini sorgulayan bir kuvvetler ayrılığı teorisi geliştirdiği ve eğitim hakkını tanımlamakta yasama organının yargı organının işbirlikçisi olduğunu kabul etmekle birlikte, yargının rolünün ilkeleri açıklayarak eğitim hakkını yorumlamak iken, yasama organının rolünün eğitsel programlar ve finans mekanizmaları kurmak suretiyle bu ilkelere içerik kazandırmak olduğunu kabul ettiği belirtilmektedir. Mahkemenin bir anayasal hakkı gerçekleştirilmenin yalnızca yasama organının pozitif edimde bulunmasını değil, aynı zamanda mahkemelerin de sürekli olarak tetikte olmasını da gerektirdiğini vurguladığı aktarılmaktadır.⁴⁷⁴

Yakın zamanlı bir çalışma son otuz beş yılda, eyalet eğitim finansmanı sisteminin anayasaya aykırılığının 45 eyalette dava konusu edildiğini ve davaların yaklaşık %60'ının davacılar lehine sonuçlandığını yazmaktadır. Öte yandan bu davalarda federe mahkemelerin çağdaş bir toplumda öğrencilerin eğitim ihtiyaçlarını detaylı bir şekilde incelediği ve devletin asgari seviyede bilginin ötesinde daha esaslı bir eğitim sistemi sağlamak zorunda olduğuna hükmettikleri belirtilmektedir.⁴⁷⁵ Bu bakımdan yukarıda eğitim hakkına ilişkin zikredilen kararlar, ABD'de federe mahkemelerin, federe devletin anayasal haklara riayet edip etmediğini değerlendirmek için detaylı göstergeler geliştirme isteğinin açık örnekleri olarak okunabilir.⁴⁷⁶

2) Sosyal Yardım Hakkı

Federe anayasal düzenlerde görülen sosyal hakların bir diğer önemli veçhesi muhtaç durumdaki kişilere yapılan devlet yardımıdır. Federal düzeyde kamusal harcamalardan sosyal yardıma ayrılan payın yetersizliği dolayısıyla yoksulluğun

⁴⁷⁴ Hershkoff ve Loffredo, "Tough Times...", a.g.e., s. 247-248.

⁴⁷⁵ Michael A. Rebell, "The Right to Comprehensive Educational Opportunity", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, C. 47 (2012), s. 80-82.

⁴⁷⁶ Albisa ve Schultz, a.g.e., s. 243.

ABD’de diğer bütün sanayileşmiş toplumlardan daha fazla olduğu, bunun da esasen devletin yoksulluğu giderici çabalarının yetersizliğinin bir sonucu olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁷⁷ Gerçekten de OECD verilerine bakıldığında ABD’de gayrisafi yurt içi hasıladan (GDP) kamusal sosyal harcamalara ayrılan oranın, benzer gelişmişlik düzeyindeki ülkelerindeki oranlarla ile karşılaştırıldığında son 40 yılda oldukça düşük düzeyde seyrettiği görülmektedir.⁴⁷⁸ Keza yine gelir eşitsizliğine ilişkin OECD verilerine göre de ABD’deki yoksulluk oranının bariz bir şekilde diğer bütün karşılaştırılabilir ülkelerden yüksek olduğu gözlemlenmektedir.⁴⁷⁹ Öte yandan federal düzeyde ABD Yüksek Mahkemesi yaklaşık kırk beş yıl önce sosyal yardımı bireyler için talep edilebilir bir hak olarak tanımayı reddetmiş⁴⁸⁰ ve sürekli bir şekilde devletin vatandaşlarına karşı hiçbir pozitif bakım yükümlülüğü borçlu olmadığı içtihadını sürdürmüştür.⁴⁸¹

Bununla birlikte ABD’yi meydana getiren elli eyalet içinde bazı federe anayasalar devlete yoksullara yardım etme yükümlülüğü veren açık hükümler içermektedir. Gerçekten de yoksul kişilere yapılacak mali destek konusunda 1868’den itibaren Alabama, Kuzey Karolina ve Güney Carolina’da başlayarak çeşitli eyaletler federe devletin yoksulların ihtiyaçlarını karşılamayı üstlendiği hükümler kabul etmişlerdir. Örneğin halen yürürlükte olan 1867 Alabama Anayasasına göre “eyaletin yoksullarının bakımı için her ilçede yeterli koşulları sağlamak [eyalet meclisinin] görevidir”.⁴⁸² Günümüzde yirmi üç eyalet anayasasının şu veya bu biçimde ekonomik zorluk içinde

⁴⁷⁷ Helen Hershkoff ve Stephen Loffredo, **The Rights of the Poor**, Carbondale & Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1997, s. 2.

⁴⁷⁸ <https://data.oecd.org/social-exp/social-spending.htm> (Kasım 2015)

⁴⁷⁹ <https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm> (Kasım 2015)

⁴⁸⁰ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970).

⁴⁸¹ Helen Hershkoff, “Positive Rights and the State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, **Harvard Law Review**, C. 112 (1999), s. 1133.

⁴⁸² “It shall be the duty of the General Assembly to make adequate provisions in each county for the maintenance of the poor of this State.” Alabama Constitution of 1867, art. IV, § 34. (Hershkoff, “Just Words...”, a.g.e., s. 1537, dn 74.)

olan kişilere federe devletin mali yardımda bulunmasını düzenlediği, kalan yirmi yedi federe anayasada ise hiçbir sosyal yardım hükmü yer almadığı aktarılmaktadır.⁴⁸³

Sosyal yardıma ilişkin bu federe düzenlemelerin bazıları devlet üzerinde pozitif bir yükümlülük yaratmakta yetersiz kalsa da, devletin yoksullara ekonomik destek sağlama yükümlülüğünün kuvveti bakımından kendi içinde sınıflandırıldığında, bazılarının devlete diğerlerinden daha fazla pozitif edim yüklediği görülmektedir. Bu anayasalar açık bir şekilde devlete pozitif bir edimde bulunma sorumluluğu yüklemekte, kullanılan emredici dil ile yoksulların devlet eylemlerinin yararlanıcıları oldukları açıkça belirtilmektedir. Bu bağlamda dört federe devlet Anayasasının – Alabama, Kansas, New York ve Oklahoma- açıkça federe devlete pozitif bir edimde bulunma sorumluluğu yüklediği ve vatandaşlarına da bu sosyal yardımları talep edilebilir bir sosyal hak olarak tanıdığı belirtilmektedir.⁴⁸⁴

Bu dört eyalet Anayasası, devletin ekonomik yardım sağlayacağını, hangi yardımın sağlanması gerektiğini ve bu yardımlara kimin hakkı olduğunu ortaya koymaktadır.⁴⁸⁵ Örneğin New York Anayasasının “sosyal refah” (social welfare) başlıklı on yedinci maddesinin ilk fıkrası şöyledir: “İhtiyaç sahiplerine yapılacak yardım, bakım ve destek kamusal meselelerdir ve yasama organının karar vereceği

⁴⁸³ William C. Rava, “State Constitutional Protections for the Poor”, **Temple Law Review**, C. 71 (1998), ss. 543-578, s. 551, 577. Bu eyaletler şunlardır: Alabama, Kansas, New York, Oklahoma, Montana, New Mexico, Pennsylvania, Texas, Alaska, California, Hawaii, Louisiana, Arizona, Colorado, Idaho, Indiana, Mississippi, Missouri, Nevada, North Carolina, Washington, West Virginia, Wyoming. Anayasalarında hiçbir sosyal yardım (welfare) hükmü bulunmayan eyaletler ise şunlardır: Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Illinois, Iowa, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oregon, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, Vermont ve Wisconsin. (*Ibid.*, s. 553)

⁴⁸⁴ Rava, a.g.e., s. 554. Kansas Constitution art. 7, § 4: “The respective counties of the state shall provide, as may be prescribed by law, for those inhabitants who, by reason of age, infirmity, or other misfortune, may have claims upon the aid of society. Provided, however, the state may participate financially in such aid and supervise and control administration thereof.”; Oklahoma Constitution art. XVII, § 3: “The several counties of the State shall provide, as may be prescribed by law, for those inhabitants who, by reasons of age, infirmity, or misfortune, may have claims upon the sympathy and aid of the county.”

⁴⁸⁵ Rava, a.g.e., s. 554.

yöntem ve vasıtalarla devlet tarafından sağlanır.”⁴⁸⁶ Hershkoff, New York Anayasasına 1938 değişikliği ile getirilen bu hükmün federe devlete diğer başka sorumluluklar yanında, en az onlar kadar temel bir sorumluluk daha yükleyerek devlet ile vatandaş arasındaki ilişkiyi yeniden tanımladığını; yoksulluğun karmaşık sorunlarıyla mücadele etmek için devleti geniş bir yetkiyle donatmayı amaçladığını ve bu nedenle de söz konusu yetkinin geniş ve ucu açık terimlerle ifade edildiğini belirtmektedir.⁴⁸⁷

Öte yandan eyaletlerde federe mahkemelerin yoksulları korumayı amaçlayan bu anayasal hükümleri bir sosyal yardım hakkını kuracak şekilde yorumlamalarının, bu hükümlerin lafzı, anayasal tarihi, ilgili normun özgülendiği amaçlar ve mahkemelerin karar almada benimsedikleri ilkelere bağlı olacağı vurgulanmaktadır.⁴⁸⁸ Bu bağlamda New York eyaleti mahkemeleri sosyal yardım hakkını icra etmekte benimsedikleri içtihatla bir model olarak ön plana çıkmaktadır. Zira Kansas ve Alabama mahkemeleri sosyal yardım hakkını icra etmeye karşı daha çekingen bir tavır sergilerken⁴⁸⁹, New York eyaleti mahkemeleri sosyal yardıma ilişkin devletin pozitif edimini aktif bir şekilde icra etmekten çekinmemiştir. Nitekim New York’un refah sorunları karşısında bağımsız bir federe analiz geliştirmekte en agresif eyalet olduğu; çeşitli mahkeme ve akademisyenlerin New York mahkemelerinin sosyal haklara ilişkin kararlarını diğer eyaletler içinde örnek olarak gördüğü belirtilmektedir.⁴⁹⁰ Dolayısıyla New York eyaletinin sosyal yardım içtihadı yol gösterici ve açıklayıcı olması nedeniyle üzerinde durmaya değerdir.

⁴⁸⁶ Art. XVII, § 1: “The aid, care and support of the needy are public concerns and shall be provided by the state and by such of its subdivisions, and in such manner and by such means, as the legislature may from time to time determine.”

⁴⁸⁷ Hershkoff, “Positive Rights...”, a.g.e., s. 1145.

⁴⁸⁸ Hershkoff ve Loffredo, a.g.e., s. 4.

⁴⁸⁹ King, “Two Ironies...”, a.g.e., s. 581-582.

⁴⁹⁰ Hershkoff, “Positive Rights...”, a.g.e., s. 1139-1140.

New York eyalet mahkemelerinin, anayasanın on yedinci maddesine ilişkin uyuşmazlıklarda sosyal yardımı idari takdir yetkisine dayalı olarak bahşedilen ya da edilmeyen bir “ayrıcalık” olarak değil, bunlardan yararlanmaya uygun kişiler için bir kanuni “hak” olarak gördüğü vurgulanmaktadır.⁴⁹¹ Bu yargısal tutum özellikle kendi iradeleri dışında sosyal yardımı hakkettiklerini belgeleyemeyen yoksul kişileri ilgilendirmektedir. Nitekim eyaletin en yüksek temyiz organı olan New York Temyiz Mahkemesi (Court of Appeals) 1977 tarihli *Tucker v. Toia* kararında, o zaman yürürlükte olan federal sosyal yardım düzenlemesinden (Aid to Families with Dependent Children (AFDC)⁴⁹²) yararlanan genç hak sahiplerinin normal şartlarda kendilerine bakmakla yükümlü olan akrabalarına karşı bir mahkeme emri almadıkları için bu yardımdan faydalanmalarını engelleyen eyalet meclisi düzenlemesini anayasaya aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Mahkeme eyalet düzenlemesinin devletin meşru menfaatlerine hizmet ettiğini fakat sosyal yardıma ulaşmayı geciktirmesi nedeniyle hak eden ihtiyaç sahiplerini yardımdan mahrum bıraktığını, bu nedenle hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Anayasanın on yedinci maddesini yorumlayan Mahkeme, bu hükmün lafzının federe devletin eyaletin ihtiyaç kriterlerine göre muhtaç durumda olanlara, bu kişiler

⁴⁹¹ Hershkoff, “Positive Rights...”, a.g.e., s. 1146.

⁴⁹² ABD’de 1935’de kabul edilen Sosyal Güvenlik Kanunu (Social Security Act) ile yürürlüğe giren bu federal sosyal yardım programı, hiç geliri olmayan ya da düşük gelirli ailelerin bakmakla yükümlü oldukları çocuklarına mali yardım sağlamaktaydı. Bu programın amacı geçimini sağlayamayan çocuklu annelere bu duruma nasıl düştüklerine bakılmaksızın yardımda bulunulmasıydı. Programa eyaletlerin katılması Federal bütçeden karşılanan etkili bir federal sosyal güvenlik sistemi yaratan bu program, kadınları isteğe bağlıydı ve 1939 tarihinde sadece sekiz eyalet programa katılmıştı. Önceleri küçük ve önemsiz olarak başlayan bu program, 1950 ve 60’li yıllarda geçirdiği değişikliklerde tek ebeveynli ailelere yardım ulaştıran temel bir nitelik almıştır. Programın uygulandığı ilk otuz yılda daha çok bir özel yardım kuruluşu gibi çalışmış, ancak 1960’lardaki toplumsal hareketlerin etkisiyle programla ilgili hak talepleri mahkemelerin önüne gelmeye başlamıştır. Ayrıca 1965 yılında federal hükümetin programa aktardığı payı yüzde elliye çıkarılmıştır. Buna rağmen yetmiş küsur yıllık yürürlük süresince eyaletlerin ihtiyaç sahiplerine ihtiyacı olanı ödemesi beklentisi çeşitli sebeplerle çoğunlukla gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla başlangıçta çocuklu kadınların evde kalmasını amaçlayan bu sistem 1960’lardan itibaren anneleri işgücüne dahil etmek adına yeniden düzenlenmiş, işe giren annelere vergi avantajı ve hatta kendisine uygun bir işi reddeden anneye yapılacak yardımın kesilmesi gibi tedbirler yürürlüğe sokulmuştur. Nihayet program 1996 yılında yürürlükten kaldırılarak yerine daha sınırlı bir sosyal güvenlik programı, Temporary Assistance for Needy Families (TANF), getirilmiştir. King, “Two Ironies...”, a.g.e., s. 586-587; L. Gordon, & F. Batlan, “The legal history of the Aid to Dependent Children Program” (2011), <http://www.socialwelfarehistory.com/programs/aid-to-dependent-children-the-legal-history>, Erişim: 30 Ekim 2015.

akrabalarından maddi destek almadığını ispat edemese dahi, sosyal yardım ödemesi yapması için pozitif bir edim yüklediğini belirtmiştir.⁴⁹³

Bu kararından yalnızca birkaç hafta sonra ise aynı mahkeme, bu sefer bir devlet yardımının yeterliliğinin anayasaya aykırılığı iddiasını incelemiş ve anayasaya aykırılık bulmamıştır. *Bernstein v. Toia* (373 N.E..2d 238, 1977) davasında özel durumu olan kişileri dikkate almadan herkes için sabit ve aynı miktarda konut yardımını öngören bir eyalet düzenlemesinin, eyalet Anayasasının sosyal yardım hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. New York Temyiz Mahkemesi, kesin bir dille bu iddiayı reddetmiş ve sosyal yardımın ihtiyaç sahiplerine dağıtım yönteminin makul biçimde kamusal destek fonlarından optimum yararlanmaya hizmet etmesi beklendiği ölçüde anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu olayın birkaç hafta önce karara bağladığı *Tucker* kararından belirgin şekilde farklı olduğunu çünkü federe kanun koyucunun devlet yardımını almaya kimin uygun olduğunu belirlemeye kıyasla, yardımın seviyesini belirlemekte daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu; bu durumda ise Mahkemenin daha az aktif bir denetim rolü oynayacağını belirtmiştir.⁴⁹⁴

Nihayet Montana eyalet mahkemelerinin, sosyal yardımın federe anayasada düzenlendiği dönemde aktivist bir tavırla bu hakkı koruduğu aktarılmaktadır. Gerçekten de 1973 ile 1988 yılları arasında Montana Anayasası devlete pozitif bir edim yükleyen bir sosyal yardım hükmü içermekteydi⁴⁹⁵ ve Montana Yüksek Mahkemesi (Supreme

⁴⁹³ Albisa ve Schultz, a.g.e, s. 243. Bunun dışında New York mahkemeleri eyalet hukukunda yer alan çok düşük ücretli istihdam programı, destekleyici federal güvenlik geliri alan kişileri ev yardımının dışında tutmak, vatandaş olmayanları bazı eyalet yardımlarından hariç tutulması gibi diğer bir takım sosyal refah düzenlemelerinin de Anayasa'nın 7. Maddesini ihlal ettiğine ilişkin kararlar vermiştir. (King, "Two Ironies...", a.g.e., s. 581-582)

⁴⁹⁴ Rava, a.g.e., s. 562-563; King, "Two Ironies...", a.g.e., s.582. Benzer şekilde 1980 tarihli bir kararında New York Yüksek Mahkemesi (New York Supreme Court) federe devletin enflasyon karşısında sosyal yardım miktarını arttırmamasının anayasanın on yedinci maddesine aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir. (*RAM v. Blum*, 432 N.Y.S.2d 892, App. Div. (1980)'den aktaran Hershkoff, "Positive Rights...", a.g.e., s. 1150, dn. 96.)

⁴⁹⁵ Constitution of Montana, Article XII, Section 3(3): "The legislature shall provide such economic assistance and social and rehabilitative services as may be necessary for those who, by reason of age, infirmities, or misfortune may have need the aid of society".

Court) iki yıl içerisinde iki ayrı kanunu bu düzenlemeye aykırı bulmuştur. İlk davada (*Butte I*) muhtaç durumda ancak bedeni sağlam, bakmakla yükümlü çocuğu olmayan ve otuz beş yaşın altındaki vatandaşların devlet yardımı almamasını ya da bunlara verilen yardımın azaltılmasını öngören bir yasal düzenleme, Mahkeme tarafından keyfi olduğu ve devletin tasarruf etme tedbirinin yoksul vatandaşların yardım alma menfaatlerine ağır basmadığı gerekçesiyle düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmuştur.⁴⁹⁶

Butte I kararının ardından Montana yasa koyucusu yeni bir değişiklik ile devlet yardımında yeniden kısıntıya gitmiş ve bu sefer bedenlen sağlam ve çocuksuz kişilerin bir yıl içinde en fazla iki ay süreyle sosyal yardım alabileceğini düzenlemiştir. Bunun üzerine konu yeniden Yüksek Mahkemenin önüne gelmiş (*Butte II*) ve Mahkeme anayasanın yasama organına yoksul vatandaşlara gerekli ekonomik desteği sağlama görevi yüklediği ve bu desteğe tabi olacak kişileri tanımlayarak kendi anayasal sorumluluğundan kaçamayacağı, yardım alacak ve alamayacak kişiler arasında yapılan sınıflandırmanın ancak makul olması ve devletin menfaatlerinin bireyin menfaatlerine üstün geldiğinin açık olması haline kabul edilebileceği, dolayısıyla keyfi olan bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁹⁷ Bu iki kararın ardından Montana’da anayasadaki devlet yardımı hükmüne yönelik bir rahatsızlık kendini göstermeye başlamış ve nihayet 1988 yılında Montana Anayasası değiştirilerek devlet yardımının zorunlu bir şekilde verilmesini öngören emredici düzenleme, yardım yapılabileceği şeklinde ihtiyari bir norma dönüştürülmüş ve yardımına kimin uygun olduğunu belirleme yetkisinin münhasıran yasama organına ait olduğu eklenmiştir.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ *Butte Community Union v. Lewis*, 712 P.2d 1309 (Mont. 1986)’dan aktaran Rava, a.g.e., s. 564-5.

⁴⁹⁷ *Butte Community Union v. Lewis*, 745 P.2d 1128 (Mont. 1987)’den aktaran Rava, a.g.e., s. 565-6.

⁴⁹⁸ Halen yürürlükte olan değişik hüküm şöyledir: “The legislature *may* provide such economic assistance and social and rehabilitative services for those who, by reason of age, infirmities, or misfortune *are determined by the legislature to be in need.*” [İtalik bize ait] (<http://leg.mt.gov/bills/mca/CONSTITUTION/XII/3.htm>) (Kasım 2015).

Bu değişlikle birlikte Montana’da yasama organının sosyal yardımı dağıtmaya ilişkin tercihlerinin, yargı organı tarafından esastan denetimi olasılığı ortadan kaldırılmıştır.⁴⁹⁹

Sonuç olarak gerek eğitim hakkı gerekse sosyal yardım hakkı alanındaki federe yargı içtihadı, yargısal yorumun ABD’de dahi sosyal hakların korunmasını mümkün kılabileceğinin berrak örneklerini sunmaktadır. Diğer bir ifadeyle ABD federe mahkemelerinin sosyal haklar deneyimi, sosyal hakların üstlendiği kritik amaca esaslı ve fakat hassas bir yargısal bağlılığı yansıtmaktadır.⁵⁰⁰ Dolayısıyla günümüzde ABD, sosyal haklar sözkonusu olduğunda, sanıldığıının aksine hem federal düzeyde ama özellikle de federe düzeyde artık bir istisna değildir. Bir diğer ifadeyle ABD dahil bütün hukuk sistemleri sosyal hakları dava edilemez kılma hayalini bir kenara bırakmıştır. Bir sonraki başlık gerçek karşısında, Türkiye için bir değerlendirme yapmayı mümkün kılacak karşılatırmalı yargısal uygulamayı ele alacaktır.

III. KARŞILAŞTIRMALI YARGISAL UYGULAMA: GÜNEY AFRİKA, KOLOMBİYA VE HİNDİSTAN

Bu bölümde yukarıda mahkemelerin rol anlayışı teorisinde izah edilmeye çalışılan *katalizör*, *üstüncü* ve *angaje* mahkeme modellerinde sosyal hakların denetiminin nasıl gerçekleştiği incelenecektir. Bu mahkemelerin yine yukarıda açıklanan beş unsurlu yargısal denetim tipolojisinin hangilerini, ne ölçüde uyguladığı açıklanarak, bu uygulamalar arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya koyulacaktır. Ancak bundan önce incelenecek bu üç ülkenin, neden Türk anayasa yargısı hakkında sağlıklı bir analiz için elverişli olduğunu açıklamak gereklidir. Kanımızca bunun iki temel sebebi vardır.

Birinci sebep incelenecek olan ülkelerin hepsinin *Küresel Güney*’de yer alıyor olmasıdır. Soğuk savaş süresince adeta moda haline gelen “kişisel ve siyasi haklar”

⁴⁹⁹ Rava, a.g.e., s. 566.

⁵⁰⁰ Hershkoff ve Loffredo, “Tough Times ...”, a.g.e., s. 266.

karşısında sosyal hakların konumu üzerindeki tartışma, 1970'lerden itibaren önemli bir Kuzey-Güney boyutu almıştır. Bu boyutun odağında ise gelişmekte olan ülkelerin bazı açılardan gelişmiş ülkeler ile aynı standartlara tabi tutulmaması gerektiğine yönelik iddialar yer almaktadır.⁵⁰¹ Bu bağlamda Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan uzun bir süredir tartışmanın bu boyutunun aktif nesneleridir. Zira bu üç ülke de sosyal hakların belki de en çok ihtiyaç duyulduğu coğrafi bölgelerin, yani *Küresel Güneyin* (Global South) öne çıkan üç aktördür.⁵⁰²

Küresel Güney olgusunu şu örnekle izah etmek mümkündür: Karşılaştırmalı anayasa hukuku disiplini üretilen eserlerin mütemadiyen aynı ülkeler üzerine odaklanması, bu disiplinin epistemolojik ve metodolojik tercihleri üzerinde sorgulamaya yol açmaktadır. Bu sorgulamanın en önemli boyutlarından biri, karşılaştırmalı anayasa hukukunda referans alınan, yani karşılaştırılan vakaların nitelikleri ile ilgilidir. Ran Hirschl bu husustaki paradoksu ilginç bir sendromla ilişkilendirerek ortaya koymaktadır. ABD'de en popüler spor dallarından biri olan beyzbol ligi final müsabakası *Dünya Serisi* (World Series) diye adlandırılmaktadır. Oysa sadece ABD'de oynanan bu spor ligi, 29'u ABD ve biri de Kanada'dan olmak üzere 30 takımın mücadele ettiği bir ulusal ligdir. Buna rağmen Amerikan ulusal beyzbol liginin finaline *Dünya* sıfatını eklemek, ancak dünyayı da kendinden ibaret görme sendromu ile açıklanabilir.⁵⁰³

⁵⁰¹ Philip Alston & Ryan Goodman, **International Human Rights: Text and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 278.

⁵⁰² Daniel Bonilla Maldonado, "Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South", **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**, ed. D. B. Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 21.

⁵⁰³ Hirschl, **Comparative Matters**..., s. 206. Yazarın değinmediği benzer bir diğer örnek de Amerikan ulusal basketbol liginde -National Basketball Association (NBA)- karşımıza çıkmaktadır. NBA, beyzbolun aksine birçok ülkede milyonlarca insan tarafından takip edilen daha popüler bir spor organizasyonudur. Fakat netice itibarıyla ABD'de gerçekleştirilen ulusal bir spor müsabakası ligidir. Ancak NBA'de de şampiyonun belirlendiği final müsabakaları *Dünya Şampiyonluğu Serisi* (World Championship Series) olarak adlandırılmaktadır. Hatta şampiyon olan takım oyuncularının bir gelenek olarak taktıkları şampiyonluk yüzüklerinde de *Dünya Şampiyonu* (World Champion) yazdığı bilinmektedir.

İşte bu *Dünya Serisi* sendromunda olduğu gibi, anayasa hukuku alanındaki karşılaştırmalı çalışmaların yakalandığı sendrom da şudur: karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında mütemadiyen belirli birkaç gelişmiş “kuzey” (“batılı”) ülkesine odaklanılması bu alanın uygulanabilirliği veya değeri hakkında şüphe uyandırmaktadır. Dolayısıyla karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarının genellikle anayasal evrenin neredeyse %95’inden fazlasının kurum, kural ve deneyimlerine nadiren başvurması, bu disiplinden ne ölçüde evrensel veya genelleştirilebilir dersler edinilebileceği hususunda şüphe doğurmaktadır.⁵⁰⁴

Hirschl bu soruna küresel güney eleştirisinden hareketle bir yanıt vermektedir. Buna göre eskiden ilk dünya ile üçüncü dünya arasında yapılan şimdilerde ise daha ziyade gelişmiş dünya ve gelişmekte olan dünya arasındaki ayrıma işaret eden küresel kuzey ve güney arasındaki ayrım, genel olarak küresel sosyoekonomik bölünmeye bağlanmaktadır. Her ne kadar “kuzey ve güney” in resmi bir tanımı yoksa da genel anlayış odur ki kuzey ülkeleri genellikle yüksek seviyede demokrasi, hesap sorulabilirlik ile ekonomik ve insani gelişmeye sahiptirler. Özellikle ekonomik bakımdan kuzeydeki ileri ekonomi, güneyin gelişmekte olan ekonomik yapısından kesin bir şekilde ayrılmaktadır. G7 üyesi (+gruba sekizinci üye olarak 1998’de katılan ancak 2014’te üyeliği askıya alınan Rusya) ülkelerin tamamı küresel kuzeyde yer almaktadır; OECD’ye üye 34 ülkeden ise sadece dördü (Şili, İsrail, Meksika ve Türkiye) küresel kuzey olarak görülen bölgenin dışında yer almaktadır.⁵⁰⁵

Anayasa hukuku alanındaki çalışmalarda artık ABD ve Avrupa dışındaki küresel güney ülkeleri üzerine giderek artan bir ilginin geliştiği gözlemlenmektedir. Kuşkusuz küresel güneyin aktif birer parçası olan Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan, hem bütün liberal demokrasiler için önemli olan sorunlarla hem *Güney*’in karakteristik

⁵⁰⁴ Hirschl, *Comparative Matters...*, s. 206.

⁵⁰⁵ Hirschl, *Comparative Matters...*, s. 207.

sorunlarıyla başa çıkmaktadır. Birçok bakımdan benzerlik ve farklılıklar gösterebilir de bu ülkeler sosyal hakların yargısal korunmasına yönelik çok zengin bir deneyim barındırmaktadır. Bu bakımdan bu üç ülkeden yola çıkılarak yapılacak bir değerlendirme, karşılaştırmalı anayasa hukukunun çağdaş epistemolojik ve metodolojik anlayışına yönelik önemli bir eleştiriyi de gözler önüne serecektir.⁵⁰⁶

İkinci sebep ise seçilen örneklerin insani ve ekonomik gelişmişlik bakımından Türkiye ile paylaştığı benzerliklerdir. Bu üç ülke Birleşmiş Milletler Kalkınma (UNDP) programı tarafından her yıl yayınlanan İnsani Gelişme Endeksi (Human Development Index) ve de Dünya Bankası verilerine göre Türkiye ile hemen hemen aynı potada yer alan ülkelerdir. Dünya Bankası sınıflandırmasında Türkiye ile birlikte bu üç ülke de *orta gelirli (middle income)* ülkeler kategorisinde yer almaktadır.⁵⁰⁷ Aynı şekilde insani gelişme endeksinde de bu ülkeler Türkiye ile beraber hemen hemen aynı sırada yer almaktadırlar.⁵⁰⁸ Dolayısıyla bu ülkelerdeki anayasa yargısı organlarının ekonomik hayata müdahalenin en bariz biçimde öne çıktığı alan olan sosyal hakların korunmasına yönelik performansı Türkiye gibi gelişmekte olan (orta gelirli) bir ülke için anlamlıdır.

Dünya Bankası verilerine göre Türkiye'nin de mensubu bulunduğu orta gelir ülkelerinin sayısı günümüzde 108'i bulmuştur ve dünya nüfusunun yaklaşık yüzde yetmişi ve dünya üzerindeki yoksul kesimin üçe biri bu ülkelerde yaşamaktadır.⁵⁰⁹ Bu bağlamda orta gelir ülkelerindeki hukuk ve gelişme ilişkisi bakımından söz konusu üç ülkenin Türkiye ile karşılaştırılacak olması ayrıca önemlidir. Zira orta gelir ülkelerindeki temel handikap yüksek gelir ülkeleri sınıfına girebilmek olduğu halde, birçoğu bunu başaramamaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde bir çok ülke hızlı

⁵⁰⁶ Hirschl, **Comparative Matters...**, s. 217.

⁵⁰⁷ <http://data.worldbank.org/about/country-and-lending-groups>

⁵⁰⁸ <http://hdr.undp.org/en/content/table-1-human-development-index-and-its-components>

⁵⁰⁹ World Bank Independent Evaluation Group, **Development Results in Middle-Income Countries: An Evaluation of the World Bank's Support**, Washington, D.C., World Bank, 2007, s.3, http://ieg.worldbank.org/Data/reports/mic_evaluation.pdf (E.T.: Mart 2015).

bir şekilde orta gelir sınıfına yükselmiş ancak çok azı üst gelir sınıfına çıkabilmiştir. Bu ülkelerin birçoğu “orta gelir tuzağı”na saplanmışlardır ve orta gelirlikten kurtulamamak bu ülkelerdeki sosyal eşitsizliklerin temelindeki en önemli dinamiklerden biridir.

Orta gelir tuzağı “bir ekonominin belirli bir kişi başına gelir düzeyine ulaştıktan sonra orada sıkışıp kalması hali” ya da “belirli bir gelir düzeyine ulaştıktan sonra durgunluk içine girilmesi durumu” olarak tanımlanmaktadır.⁵¹⁰ Bu yaklaşıma göre orta gelir tuzağı kavramı bir ülkenin alt gelir seviyesindeki hızlı gelişme dönemlerinde yüksek büyümeye yol açan faktörlerin -düşük maliyetli işgücü ve kolay teknolojik adaptasyon- orta ve üst-orta gelir seviyesine ulaşıldığında ortadan kalkmasıyla birlikte büyüme için yeni kaynaklar bulmaya zorlanmasını ifade eder. Zira alt gelir ülkeleri başka ülkelerde geliştirilen teknolojileri kullanarak işgücü yoğun, düşük maliyetli ürünler üreterek uluslararası pazarda rekabet edebilirler. Ancak ülkeler orta gelir seviyesine ulaştığında kırsal kesimin işsiz kesimi küçülmeye zorlar ve ücretler artar, dolayısıyla rekabet edebilirlik azalır. Sektörel dağılım ve teknolojik gelişmeyi yakalamada üretkenlik büyümesi peyderpey tükenirken, işçilik ücretlerinin artması emek yoğun ihracat ürünlerini daha az rekabet edebilir hale getirir. Bu halde eğer ülkeler yabancı teknolojiler yerine inovasyon yolu ile üretkenliği arttıramazsa, kendilerini orta gelir tuzağına saplanmış bulurlar.⁵¹¹ Bir diğer deyişle “orta gelir tuzağına yakalanmadan refah seviyesi yüksek ülkeler kategorisine girmenin yolu kaliteli insan sermayesi, ihracata dayalı büyüme modeli, yenilik ve teknoloji”den geçtiği ileri sürülmektedir.⁵¹²

⁵¹⁰ Mahfi Eğilmez, “Orta Gelir Tuzağı ve Türkiye”, 16 Aralık 2012, <http://www.mahfiegilmez.com/2012/12/orta-gelir-tuzag-ve-turkiye.html> (Nisan 2015).

⁵¹¹ World Bank, **China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society**, 2013, s.12. (<http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/China-2030-complete.pdf> (Nisan 2015))

⁵¹² Mine Yavuz, “Türkiye, Orta Gelir Tuzağına Düştü mü?”, 4 Nisan 2014 <http://www.ankarstrateji.org/haber/turkiye-orta-gelir-tuzagina-dustu-mu-1230/> (Nisan 2015).

Latin Amerika ve Orta Doğu’da birçok ülke orta gelir tuzağı hipotezini doğrulamıştır. Bu iki bölgedeki ekonomilerin çoğu 1960 ve 1970’lerin başında orta gelir seviyesine ulaşmış ve o zamandan beri bu seviyede kalmışlardır. Son verilere göre 1960 ile 2008 yılları arasında sadece 13 orta gelir ülkesi yüksek gelir sınıfına ulaşabilmiştir.⁵¹³ Genel olarak orta gelir ülkelerinin sayısı 1995’den beri %3,7 artmıştır ve sürdürülebilir yüksek kalitede bir gelişme kat edememişler ve gelir eşitsizliği bu ülkelerin yarısından fazlasında artmıştır. Sürdürülebilir bir ekonomik gelişme ile birlikte gelir adaletsizliğini, yoksulluğu ve sosyal eşitsizlikleri ortadan kaldırmak bu ülkelerdeki temel sorunu teşkil etmektedir. Yoksulluğun azaltılmasında orta gelir ülkeleri, az gelirli ülkelere göre daha başarılı olsa da yoksulluk bu ülkelerin birçoğunda hala ciddi bir sorun olmaya devam etmektedir. Keza yolsuzluk, yargı bağımsızlığının zedelenmesi ve adalete erişim gibi sorunlar bu ülkelerde süregelmektedir. Dolayısıyla bu ülkeler kaynak yetersizliği ve kurumsal güçlüklerle birlikte pek çok karmaşık sorunla karşı karşıya kalmaktadır.⁵¹⁴

Öte yandan orta gelir ülkeleri yeknesak özelliklere sahip değildir, bunlar sosyal, kültürel, siyasal ve ekonomik olarak farklı özellikler göstermektedir. Dolayısıyla orta gelir ülkelerinin hepsi için geçerli bir çözüm reçetesi bulmak mümkün değildir.⁵¹⁵ Nihayet gelişmekte olan bu ülkelerde karşılaşılan kalkınma sorununun çözümü sürecinde birçok faktörün yanında hukuki kurumlar, düzenlemeler ve uygulama çok önemli bir rol oynamaktadır. Bu ülkelerde hukuki kurumlar ve kurallar arzu edilen seviyede işleyemediği ölçüde, bir orta gelir ülkesinin gelişimini sürdürmesi çıkmaza girmektedir.

⁵¹³ **China 2030**, a.g.e., s. 12. Bu ülkeler şunlardır: Ekvator Ginesi, Yunanistan, Hong Kong, Çin, İrlanda, İsrail, Japonya, Mauritius, Portekiz, Porto Riko, Kore, Singapur, İspanya ve Tayvan.

⁵¹⁴ Randall Perenboom, “Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction”, **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, ed. Randall Perenboom & Tom Ginsburg, New York, Cambridge University Press, 2014, s.3-4.

⁵¹⁵ Perenbroom, “Introduction”, s. 4-5.

Bu çalışma esas itibarıyla günümüzde Türkiye ile hemen hemen aynı şartlarda gelişmekte olan ve yargı organının çeşitli politika alanlarına şu veya bu ölçüde müdahale içinde bulunduğu orta gelir ülkelerinde sosyal hakların yargı organı tarafından koruma altına alınmasının analizini yapma amacındadır. Orta gelir ülkeleri eğitimden sağlığa, çalışma haklarından çevreye kadar uzanan çok geniş sosyoekonomik sorunların baskısı altındadır ve bu sosyoekonomik sorunlar dünyanın farklı yerlerine nazaran orta gelir ülkelerinde çözümü daha zordur zira bu ülkelerde vatandaşların talepleri katlanarak artmasına rağmen, devlet bütün meşru talepleri karşılayacak kaynaklara sahip olmadığı gibi kurumlar da gelişmiş ülkelere kıyasen hala zayıftır.⁵¹⁶ Dolayısıyla kaynakların kısıtlı, sosyal eşitsizliklerin ise görece yüksek olduğu orta gelir ülkelerinde kaynakların dağıtımının nasıl ve kim tarafından yapılacağı sosyoekonomik açmazın özünü oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle sorunu şöyle ifade etmek mümkün: Sosyal haklara ilişkin uyuşmazlıkların mahkemeler tarafından mı yoksa siyasi veya idari kanallarla mı çözülmesi gerekir?

Kalkınma hedeflerinin peşinde koşarken sosyal adaleti tesis etmeye çalışan gelişmekte olan ülkelerde, bu iki olgu arasındaki dengeyi sağlayacak farklı mekanizmalar gözlemlenebilir. Esasında siyasi kurumların uhdesinde gibi görünen bu hassas işin giderek daha fazla mahkemelerin önüne gelmesi, ilk bakışta bazı şüpheleri doğursa da dünyadaki örnekler sosyal hak düzenlemelerinin lafzı ve sunduğu araçları kullanarak mahkemelerin bu dengeyi sağlamakta başarılı bir iş çıkarabileceğini ve devlet organları arasındaki ilişki dışında özellikle sivil toplum ve mahkemeler arasındaki etkileşimin buna katkıda bulunabileceğini göstermektedir.

⁵¹⁶ Perenbroom, "Introduction", s. 7-8.

A. GÜNEY AFRİKA

Uzunca bir ayrımcılık ve zorlu bir bağımsızlık mücadelsinin ürünü olan Güney Afrika Anayasası ve onun kurduğu Anayasa Mahkemesi, kamu hukuku alanında çalışanların görmezden gelemeyeceği bir anayasacılık hikâyesidir. Henüz yirmi yıllık bir mazisi olan bu anayasa ve onun koruyucusu olan Mahkeme üzerine yazılanlar, çok daha uzun bir anayasal tarihe sahip diğer birçok ülke ile kıyaslandığında, bu ülkenin ve onun anayasal kurum ve kurumlarının ne kadar belirgin bir şekilde önemsendiğini anlamaya yetmektedir. Güney Afrika anayasal sistemi sadece sosyal haklar yargısal icrası bakımından sunduğu deneyim ile değil, anayasacılık düşüncesinin bütün veçheleri bakımından dikkat çeken veriler sunan, çok zengin bir hukuk dünyasıdır.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ilk kararını verdiği günden itibaren uluslararası camianın dikkatini çekmiş, yoksulluk ve eşitsizliğin had safhada olduğu bu ülkede, yargı organının sosyal hakları icra etmek konusunda takındığı tavır dünya çapında takip edilmeye başlamıştır. İlk günden bugüne Mahkeme artık sosyal hakların yargısal icrası konusunda adeta bir *model* olarak alınmış, pek çok yazar bu modeli kendi yargı sistemlerine adapte etmenin yollarını tartışmıştır. Dolayısıyla Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sosyal hakların yargısal korunmasına ilişkin akademik tartışmaların adeta “mütemmim cüzü” haline gelmiştir. Bu başlık altında Türk yazınında çokça üzerinde durulmayan bu ülkenin önce kısa ve genel bir anayasal anatomisi çıkarılmaya çalışılacak, ardından Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların icrasında dünden bugüne benimsediği içtihat kronolojik olarak açıklanacak, son olarak ise bu içtihadın sosyal hakların korunmasında gerçekten olumlu bir katkıda bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

1. Güney Afrika Anayasacılığı ve Günümüz Anayasal Yapısı

Güney Afrika topraklarının kendine özgü hibrid hukuk sisteminin tarihi on yedinci yüzyılın ortalarında (1652) başlayan Hollanda istilasına kadar gitmektedir. Sonraları İngiliz sömürgesi haline gelince ülkeye taşınan Anglo-Sakson hukuku (common law) ile birlikte Hollandalıların ait olduğu Roma hukukunun birleşimi Güney Afrika hukukunun temellerini meydana getirmiştir. İngiltere 1795 ile 1902 arasında sistematik biçimde bugünkü Güney Afrika topraklarını işgal etmiş; 1806'da Cape, 1843'de ise Natal kolonileştirilmiştir. Böylece İngiliz hukuk sisteminin kurum ve kuralları giderek buralarda hâkim olmaya başlamıştır. Kolonileştirilen bölgelerde yerleşik Felemenkçe konuşan yerleşimciler (voortrekkers), İngilizlerin uyguladığı baskıcı politikalar yüzünden topraklarını terketmiş ve 1850'li yıllarda Flemenk-Roma hukukuna dayanan iki bağımsız yönetim kurmuşlardır (Transvaal ve Orange Free State). Daha sonra İngiltere bu iki bağımsız bölgeyi de işgal ederek kendi himayesi altına almıştır. (1900) Nihayet 1910'da Britanya parlamentosu bu dört koloniye birleştiren bir anayasa kabul etmiş (South Africa Act) ve Güney Afrika her biri özerkliğe sahip dört bölgeden oluşan (Cape, Transvaal, Orange River ve Natal) ve İngiltere'ye bağlı bir devlet statüsü kazanmıştır. Ancak kolonici anlayışa dayanan bu yeni yönetimde ülke nüfusunun büyük çoğunluğunu oluşturan siyahlar dışlanmış, devletin anayasal bir parçası olarak görülmemiş ve kurulan parlamentoda üstünlük beyaz azınlığa bırakılmıştır. Bu anlayış daha sonra hakim olacak ırkçı tahakkümü (apartheid) kolaylaştırmış ve yirminci yüzyılın sonlarına kadar çözülemeyecek uzun ve acı dolu bir mücadeleye sebep olmuştur.⁵¹⁷

⁵¹⁷ Francois Venter, "The Republic of South Africa: Introductory Note", **Oxford Constitutions of the World**, ed. Rüdiger Wolfrum & Erika de Wet, New York, Oxford University Press, 2011, s. 2-3; James S. Read, "South Africa: Overview", **The Oxford International Encyclopedia of Legal History** (Volume 5), ed. Stanley N. Katz, New York, Oxford University Press, 2009, s. 279.

Güney Afrika'daki anayasal değişim yirminci yüzyılın ortalarında hız kazanmış, 1934 yılında İngiliz uluslar topluluğu dâhilinde bağımsızlığını elde eden ülke 1961'de ise günümüzdeki Güney Afrika Cumhuriyeti şeklini almıştır. Sonraki yirmi yılda ise bilinen adıyla *Apartheid* rejimi ülkeye hâkim olmuştur. Yirminci yüzyılın çoğunda Güney Afrika hükümetleri ve parlamentoları anayasal ve yasal araçları apartheidin ideolojisini ve eskiden beri süregelen ırk ayrımını, komple bir tecrite dönüştüren politikaları uygulamak için kötüye kullanmasına sahne olmuştur. Apartheid idaresi siyahlara ait etnik yönetim bölgeleri kurmuş ve ülke topraklarının kalanını beyazlara bırakmıştır. Böylece ulusal ulusal hükümetin yanında, anayasal olarak bağımsız dört etnik bölge ve altı özerk bölge kurulmuş, oldukça karmaşık bir devlet yönetimi sistemi tesis edilmiştir. 1983 yılında kabul edilen yeni bir anayasa ile bu karmaşık yapı yeniden düzenlenmiş, üç meclisli bir parlamento (Hintliler, renkliler ve beyazlar) ve aşırı güçlü bir başkanlık sistemi kurulmuştur.

Nelson Mandela'nın 1990'da özgürlüğüne kavuşması ile birlikte başlayan demokrasiye geçiş sürecinde, beyaz ağırlıklı hükümet ile Africa Ulusal Kongresi (African National Congress) arasında anayasal yapının yeniden inşası için sürdürülen müzakerenin sonucunda, 1993 yılında geçici bir anayasa hazırlanmıştır. Avrupa anayasacılığı tarzında bir nihai anayasa için yapılan bu geçici anayasada 34 değiştirilemez temel ilke kabul edilmiştir ve anayasa yapım sürecinin meşruluğu 1994 yılındaki kurucu meclis seçimleri ile pekiştirilmiştir. Kurucu meclis, 1993 geçici Anayasasında benimsenen temel ilkelere dayanan nihai anayasayı 1996'da kabul etmiş ve nihai anayasa 4 Şubat 1997'de yürürlüğe girmiştir.⁵¹⁸

1996 Anayasası literatürde bir “dönüşümcü” (transformative) anayasacılık projesi olarak nitelendirilmektedir. Bu kavramı ilk olarak kullanan Karl Klare'nin tanımına göre dönüşümcü anayasacılık, “bir ülkenin siyasi ve sosyal kurumlarını ve güç

⁵¹⁸ Venter, a.g.e., s. 3-5; Read, a.g.e., s. 280-281.

ilişkilerini demokratik, katılımcı ve eşitlikçi bir yönde dönüştürme amacına bağlı uzun süreli bir anayasa yapımı, yorumu ve icrası projesidir” ve “hukuka dayanan şiddet içermeyen siyasi süreçler yoluyla geniş ölçekli sosyal değişime sebep olmayı ifade eder.”⁵¹⁹ Bu bakımdan derinden bölünmüş bir toplumu dönüştürmeyi (transformation) amaçlayan ve uzun bir müzakerenin ürünü olan 1996 Anayasası, çağdaş dünyada karmaşık toplumlar için bir anayasal uzlaşma modeli olarak görülmektedir. Anayasa yarı korporatif federal bir sistem kurmuş, dengeli bir kuvvetler ayrılığı tesis etmiş ve kapsamlı bir temel haklar ve özgürlükler kataloğu kabul etmiştir. Sadece klasik kişi haklarını değil, sosyal hakları da açıkça güvence altına alan anayasa, on bir üyeli bir de anayasa mahkemesi kurmuştur. Demokrasi ve insan haklarına dayanan yeni bir toplum inşası için benimsenen temel değerler, anayasanın birinci maddesinde açıkça beyan edilmiştir.⁵²⁰

1996 Anayasasının 1’inci maddesine göre egemen ve demokratik bir devlet olan Güney Afrika Cumhuriyeti şu kurucu değerlere dayanmaktadır: (a) İnsan onuru, eşitlik ve insan hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesi; (b) ırk ve cinsiyet ayrımcılığını reddi; (c) anayasanın ve hukukun üstünlüğü; (d) genel oy, düzenli seçimler ve çok partili demokratik hükümet sistemi. Her ne kadar anayasanın birinci madde teknik olarak değiştirilemez değilse de, anayasanın en önemli kurucu hükmü olarak tanımlanabilir. Ayrıca bu kurucu değerler özellikle 7(1), 36(1) ve 39(1)’uncu maddelerde tekrar vurgulanmaktadır. Öte yandan bu kurucu değerler arasında “insan onuru” bir adım öne çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi krumaktan özellikle kaçınmışsa da, mevcut içtihadın insan onuruna diğer kurucu değerlerden daha

⁵¹⁹ Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, **South African Journal on Human Rights**, C. 14, No. 1 (1998), s. 150.

⁵²⁰ Constitution of the Republic of South Africa: December 16, 1996 (as Amended to March 26, 2009) **1 Republic of South Africa**: “The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values— (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. (b) Non-racialism and non-sexism. (c) Supremacy of the constitution and the rule of law. (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multiparty system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.” (Oxford Constitutions, Oxford University Press, 2015, <http://oxcon.oup.com>, Erişim: 17 Kasım 2015.)

sık atıfta bulunduğu belirtilmektedir. Nitekim Mahkemenin *Makwanyane*, davasındaki tutumu bu tezi açıkça desteklemektedir: “Hayat ve onura saygı Anayasamızdaki en üst düzey değerlerdir.”

1996 Anayasası geçmişteki eşitsizlikleri düzeltmek ve demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayanan bir toplum yaratmayı mümkün kılacak hukuki çerçeve oluşturmayı amaçlamıştır. Bu anayasanın temel niteliği kişi hakları ve siyasi hakları sosyal haklarla birleştiren ve hepsi icra edilebilir olan bütüncül bir temel hak ve özgürlükler haklar bildirgesidir (Bill of Rights).⁵²¹ Temel hak ve özgürlükler 1996 Anayasasının ikinci bölümünde (m. 7-39) düzenlenmiştir. 1994 yılına kadar “temel haklar” kavramı Güney Afrika hukukunda anlamı olan bir kavram değildi. Zira gerek siyasi gerekse sistemsel nedenlerden ötürü anayasanın üstünlüğü ve icra edilebilir temel haklar anayasa 1996 öncesi Güney Afrika için uygun değildi. Ancak geçici 1993 Anayasasında benimsenen temel ilkeler, nihai 1996 Anayasasında da korunmuş ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının kabul edilerek temel haklar ve hürriyetler geniş bir katalog halinde güvenceye alınmıştır. Dolayısıyla Güney Afrika’nın demokrasiye geçişindeki temel yapısal ve normatif değişim, apartheid rejiminde süren parlamentonun egemenliği (parliamentary sovereignty) sisteminden, sağlam ve icra edilebilir temel hak ve özgürlükleri içeren anayasal bir demokrasiye geçiştir.⁵²² Öte yandan anayasanın gelişiminde çeşitli yabancı ve uluslararası sistemlerin ve belgelerin örnek, deneyim ve fikirlerinden yararlanılmış; Anayasanın 39’uncu maddesi mahkemelerin temel hakların yorumlanmasında uluslararası hukuku zorunlu olarak, yabancı hukukları ise ihtiyari olarak dikkate almasını hükme bağlamıştır.⁵²³

⁵²¹ Sandra Liebenberg, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Claremont, Juta, 2010, s. xxi.

⁵²² Liebenberg, **Socio-Economic Rights...**, a.g.e., s. 1.

⁵²³ **39 Interpretation of Bill of Rights:** (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum— (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

Uygulamada ise mahkemeler karşılaştırmalı yabancı hukuku, uluslararası hukuktan daha fazla dikkate almıştır.⁵²⁴

Anayasanın haklar bildirgesi bütün temel hak ve hürriyet türlerini kapsamaktadır. Nitekim daha 1995 yılında Anayasa mahkemesi ölüm cezasının geçici anayasada koruma altına alınan zalimane ve insanlık dışı muamele yasağına dayanarak anayasaya aykırı bulmuştur.⁵²⁵ Ancak ülkenin gelir eşitsizliğinde hala dünyanın en yüksek sıralarda yer alması ve tarihindeki ayrımcılık politikaları, Anayasanın devlet ve mahkemeler üzerinde “eşitlik”e yaptığı vurgunun büyüklüğünü açıklamaktadır. Gerçekten de birinci maddedeki kurucu değerlere ilaveten, dokuzuncu madde eşitliği ayrıca düzenlemektedir.⁵²⁶ Ancak anayasa eşitliği *hak* olarak yaratmamış, daha ziyade eşitlik kavramını bir *değer* olarak ele almıştır.⁵²⁷

Anayasa Mahkemesi ise ilk günden beri eşitlik ile insan onuru arasında doğrudan bir bağlantı kurmuştur. Mahkeme insan onurunun özünün eşitlik haklarının yorumlanması, uygulanması ve sınırlanmasının yöntemini belirleyeceğinden hareketle, kendine özgü ve belirgin bir eşitlik doktrini geliştirmiştir. Bu doktrin, Aglo-Amerikan simetrik eşitlik anlayışının aksine, ayrımcılığı ortadan kaldırmak için devletin pozitif edimde bulunmasını gerekli kılan asimetrik bir modeldir. Diğer bir ifadeyle Güney Afrika’da dezavantajlı grupların lehine alınacak tedbirlerin külfetinin, görece daha iyi durumda olanlara yüklenmesi daha eşit bir toplum yaratma hedefi bağlamında bir ayrımcılık olarak görülmemiştir. Bu bakımdan Güney Afrika’da benimsenen eşitlik

⁵²⁴ Venter, a.g.e., s. 13.

⁵²⁵ *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) 1995 (3) SA 391 (CC).

⁵²⁶ (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination. (5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

⁵²⁷ Venter, a.g.e., s. 15.

modelinin bireyseliğinin aksine daha çok komünitaryen ve sosyal demokrasi düşüncesi ile sıkıca bütünleşik olduğu belirtilmektedir.⁵²⁸

Eşitlik ilkesinin en yaygın uygulama bulduğu ve anayasanın lafzı ile yargısal uygulamanın sıçrama gösterdiği sahalardan biri, karmaşık bir toplumdaki tarihsel sosyoekonomik uyuşmazlıklar dolayısıyla öne çıkan *sosyal haklar*dır. Siyahi nüfusu çeşitli sosyal hizmetlere ve kaynaklara erişmekte sistematik olarak ayrımcılığa tabi tutan apartheid rejimi, yasal düzenlemelerle ırk ayrımcılığını derinleştirmiş; dönemin anayasal yapısı kanunların anayasaya uygunluğuna izin vermediği gibi; eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi sosyal menfaatler ırk ayrımcılığına dayanan kanunlarla düzenlenmiştir.⁵²⁹ Demokrasiye geçiş sonrası ise sosyal haklar 1996 Anayasasında çalışma, barınma, sosyal güvenlik, sağlık, gıda, su ve eğitim gibi çok geniş bir yelpazede düzenlenmiştir. Anayasa yapılırken temel sorunlardan birinin sosyal hakların anayasada yer verilip verilmeyeceği olduğu; Kurucu Mecliste temsil edilen siyasi partilerin sosyal hakların bir biçimde tanınmasını savundukları ve anayasanın haklar bildirgesi kısmında dava edilebilir sosyal hakların da yer alması lehinde güçlü bir sivil toplum desteği bulunduğu belirtilmektedir.⁵³⁰ Keza 1993 geçici anayasasına göre nihai anayasa tasdik etmesi için Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde (certification), Mahkeme de sosyal hakların anayasada yer almasına karşı itirazları açık bir biçimde reddetmiş, böylece sosyal haklar Mahkemenin de onayını alarak nihai anayasadaki yerlerini korumuştur.⁵³¹

⁵²⁸ Venter, a.g.e., s. 15-16.

⁵²⁹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 2-4.

⁵³⁰ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 17.

⁵³¹ Aslında Mahkemenin iki tasdik kararı vardır. İlkinde nihai anayasa taslağını tasdik etmeyi reddetmesi üzerine, Kurucu Meclis yeniden toplanarak gerekli değişiklikleri yapmış; ardından da Mahkeme ikinci tasdik kararı ile değiştirilen nihai anayasa taslağının geçici anayasadaki temel ilkelere uygun olduğunu tasdik etmiştir. Bu ikinci kararın ardından anayasa yürürlüğe girmiştir. İlk tasdik kararı şu şekilde zikredilmektedir: *Ex parte Chairperson of the Constituent Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996) [First Certification judgment] İkinci karar ise şöyle: Certification of the Amended

Tasdik sürecinde sosyal hakların Anayasanın kapsamına alınmasına karşı üç temel itiraz ileri sürülmüştür. İlk olarak sosyal hakların evrensel olarak kabul edilen temel haklar olmadığı ileri sürülmüş; Mahkeme bu iddiayı 1993 Anayasasının Kurucu Meclisinin evrensel olarak kabul edilmiş haklara, evrensel olarak kabul edilmeyen hakları eklemesine izin verdiği gerekçesiyle reddetmiştir. İkinci olarak sosyal hakların devlet bütçesinin nasıl dağıtılacağına mahkemelerin emir vermesine olanak vermesi dolayısıyla yasama ve yürütme organlarının alanına tecavüz ettiği, dolayısıyla kuvvetler ayrıklığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş; Mahkeme ise sosyal hakların bütçeye etki eden sonuçlarının olabileceğini ve fakat etkinin diğer bir çok kişi hakları ve siyasi haklar için de sözkonusu olduğunu, dolayısıyla bizatihi sosyal hakların anayasada yer almasının kuvvetler ayrıklığını ihlal etmeyeceği gerekçesiyle bu iddiayı da reddetmiştir. Üçüncü ve son olarak ise sosyal hakların dava edilemez nitelikte olduğu ileri sürülmüş; Mahkeme evrensel olarak kabul edilmeyen bu hakların dava edilebilir olmasının geçici anayasa tarafından zorunlu kılınmadığını, bununla birlikte en azından uygunsuz müdahalelere karşı negatif korumaya tabi oldukları gerekçesiyle bu iddiayı da reddetmiş ve böylece sosyal hakların nihai anayasada yer almasını onaylamıştır.⁵³²

Bu karar ile Mahkeme'nin klasik hakların da pozitif etkilerinin olabileceğini kabul etmek suretiyle, farklı hak türleri arasında katı ve belirgin bir hiyerarşiyi kabul etmediği; dolayısıyla devlet organlarının rolleri ve fonksiyonları arasında katı bir ayrıma dayanmayan daha esnek bir kuvvetler ayrılığı doktrinini benimsediği belirtilmektedir. Ayrıca her ne kadar Mahkeme'nin sosyal haklar için negatif anayasacılığa dayanan bir yargısal icra yöntemini tercih ettiği söylenebilirse de, Mahkeme'nin uygunsuz müdahaleye karşı negatif korumayı sosyal hakların dava edilebilirliğinin asgari boyutu olarak kabul ettiği, dolayısıyla bu haklara içkin pozitif

Text of the Constitution of The Republic Of South Africa 1996 1997 (2) SA 97; 1997 (1) BCLR 1 (4 December 1996) [Second Certification judgment]

⁵³² "First Certification judgment"dan aktaran Liebenberg, **Socio-Economic Rights...**, a.g.e., s. 20.

yükümlülüklerin icrasını yasaklamadığı belirtilmektedir.⁵³³ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 1996 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra sosyal hakların icrası alanında ortaya koyduğu zengin içtihat bu kanıyı doğrulamıştır.

2. Sosyal Haklar ve Anayasa Mahkemesi

Mahkemeler Güney Afrikada'ki *apartheid* sonrası dönüşüme (transformation) şekil veren ve rehberlik eden normatif değerler ve hedefler üzerinde kararlarıyla etkili olan önemli kurumlardır. Bu bağlamda anayasadaki geniş sosyal haklar listesi, mahkemelere ülkenin hukuk sistemini toplumdaki yoksulluk ve sosyal dışlanmaya cevap verebilecek şekilde geliştirebilmek için önemli bir imkân sağlamıştır. Diğer bir ifadeyle Güney Afrika'da mahkemelerin sosyal ve ekonomik dönüşümün ilerlemesinde önemli bir rol oynaması beklenmiştir. Nitekim bugüne kadar sosyal haklar alanında Güney Afrika mahkemelerinin yarattığı içtihat, mahkemelerin sosyoekonomik mahrumiyete nasıl tepki gösterdiğini inceleyebilmek için sağlam temel sunmuştur.⁵³⁴ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi anayasa yürürlüğe girdikten sonra sosyal haklarla ilgili hükümlere dayanan birçok tartışmalı konuda çığır açan kararlara imza atmış ve başından beri ısrarlı bir şekilde sosyal hakların icra edilebilir ve dava edilebilir olduğunu açıkça kabul etmiştir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin sosyal haklarla ilgili uyuşmazlıkları ele aldığı içtihadını kronolojik olarak iki safhada incelemek mümkündür.⁵³⁵ “Birinci dalga” içtihat Mahkemenin sosyal haklarla ilgili ilk kararını verdiği 1997 ile 2004 arasında

⁵³³ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 21.

⁵³⁴ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. xxii.

⁵³⁵ Mahkemenin içtihadını birinci ve ikinci dalga olarak dönemlere ayırma fikri, ilk kez Wilson ve Dugard tarafından geliştirilmiştir. Bkz. Stuart Wilson ve Jackie Dugard, “Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves”, *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?*, ed. Malcolm Langford et. al., New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 35-62, *passim*.

verilen altı kararı kapsarken⁵³⁶, “ikinci dalga” ise 2008’ten 2012’ye kadar uzanan süreçte verilen altı kararı ifade etmektedir.⁵³⁷ İlk dalga kararları ilgili oldukça geniş bir lietartür bulmak mümkünken, ikinci dalga kararlara ilişkin yazılanlar daha sınırlıdır.⁵³⁸ Bu başlık altında her iki dalgadaki kararların önemli nitelikleri açıklanarak, Mahkemenin iki zaman periyodunda sosyal hakları nasıl ele aldığı ve kendisine nasıl bir görev atfettiği irdelenecektir.

a) Birinci Dalga: Makullük

Anayasa Mahkemesinin ilk dalga kararları bu mahkemenin dünya çapında ün kazanmasına neden olan “makullük” (reasonableness) teorisini geliştirdiği kararlardır. Bu dönemde Mahkeme hem sosyal hakları icra ederken kullanacağı yorum paradigmasını bulmaya, hem de kurumsal istikrarını sağlamaya çalışmıştır. Mahkemenin geliştirdiği paradigmanın 1990’ların ortalarında sosyal hakların hala kavramsal olarak alışılmamış olması; Mahkemenin örnek alabileceği gelişmiş bir *common law* tutumunun mevcut olmaması; sosyal haklarla doğrudan ilgili ve görece gelişmiş tek hukuki çerçeveyi çizen BM SEKHS (1966) ve bunun uygulayıcı konumundaki Komitenin genel yorumlarının Güney Afrika Sözleşmeyi yürürlüğe sokmadığı için ilk dalga kararlarında etkisi olmadığı ve ülkenin hukuki pozitivizm

⁵³⁶ İlk dalga kararlar şunlardır: *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC) (Soobramoney); *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (Grootboom); *Treatment Action Campaign v Minister of Health (No. 2)* 2002 (5) SA 721 (CC) (TAC); *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others* 2004 (6) SA 505 (CC) (Khosa); *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC) (Port Elizabeth Municipality); ve *Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Scholtz* 2005 (2) SA 140 (CC) (Jaftha).

⁵³⁷ İkinci dalga kararlar şunlardır: *Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v the City of Johannesburg and Others* 2008 (3) SA 208 (CC) (Olivia Road); *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others* 2010 (3) SA 454 (CC) (Joe Slovo); *Nokotyana and Others v Ekurhuleni Municipality* 2010 (4) BCLR 312 (CC) (Nokotyana); *Joseph v City of Johannesburg* 2010 (4) SA 55 (CC) (Joseph); *Abahlali base Mjondolo v Premier of KwaZulu Natal Province and Others* 2010 (2) BCLR 99 (CC) (Abahlali); *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* 2010 (4) SA 1 (CC) (Mazibuko) ve *City of Johannesburg v Blue Moonlight Properties* 29 [2011] SA ZACC 33 (Blue Moonlight).

⁵³⁸ İkinci dalga üzerine yakın zaman önce yayınlanan şu kapsamlı çalışmayı zikretmek gerekir: Brian Ray, **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa’s Second Wave**, New York, Cambridge University Press, 2016.

mirasına dayalı muhafazakâr hukuk kültürü ile sosyoekonomik politikaları değerlendirmenin Güney Afrikalı hukukçu ve bilim adamlarına yabancı olmasının Mahkemenin değer yüklü bir yorum benimsemesine engel olması gibi etkenlerle şekillendiği belirtilmektedir.⁵³⁹

Mahkeme yukarıda sayılan nedenlerden ötürü daha esnek bir tutumla devletin sosyal haklarla ilgili pozitif yükümlülüklerini dikkatli ve tedrici bir şekilde inşa etmeye gayret etmiştir. Bu çabanın ürünü olan makullük testi, sosyal hakları gerçekleştirmek için devletin eylemlerinin hakkaniyeti ya da uygunluğuna odaklanmakta, bizzat bu hakların kurduğu objektif normları veya güvence altın aldığı belirli mal ve hizmetleri hesaba katmamaktadır.⁵⁴⁰ Bu bakımdan ilk dalgada görülen Mahkemenin erken dönem kararları, devletin seçilmiş organlarının kararlarına riayet etmek ve müdahalede kendini sınırlamaya dayanan bir yargısal denetimi yansıtmaktadır. Dolayısıyla makullük testi, yukarıda izah edilmeye çalışılan yargısal denetim tiplerinden “uyumlu/itaatkâr denetim” modelinin bariz örneklerini teşkil etmektedir.⁵⁴¹

İlk dalganın öncülü *Soobramoney* kararıdır. Makullük teorisinin temelleri *Soobramoney* ile atılırken, bir sonraki adımda, *Grootbroom*, bu testin ilkeleri net bir şekilde ortaya konmuştur. *Soobramoney* kararında davacı (Bay Soobramoney) iskemik kalp rahatsızlığından muzdarip bir diyabet hastasıydı ve böbrekleri 1996’da iflas eden hastanın durumu artık tedavi edilemez olarak teşhis edilmişti. Bir devlet hastanesinden diyaliz tedavisi talep eden hastanın talebi hastane tarafından reddedilmişti zira hastane sadece kısa süre içinde tedavi edilebilecek ve böbrek nakline uygun kronik böbrek yetmezliği çeken hastaların hastaneye kabul edileceğine ilişkin bir karar almıştı.

⁵³⁹ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 37-38.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ Young, a.g.e., s. 144; Dennis Davis, “Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution: Towards ‘Deference Lite?’”, **South African Journal of Human Rights**, C. 22 (2006), s. 318.

Hastanenin bu politikasına göre Soobramoney kalp rahatsızlığı nedeniyle böbrek nakli için uygun olmadığından, diyaliz tedavisi talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı hastane idarenin bu kararının hem Anayasanın 27'nci maddesinin üçüncü fıkrasında korunan acil tıbbi tedaviden yararlanma hakkını, hem de aynı maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan sağlık hizmetlerine erişim hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Mahkeme kronik bir hastalığın devam eden tedavisinin madde 27(3)'ün kapsamında olmadığını; sağlık hakkının genel sağlık hizmetlerinin genel mevcudiyeti bağlamında yorumlanabileceğini; mevcut kaynaklar dahilinde hastanenin davacının sağlık profilindeki hastalara tedavi sağlamasının beklenemeyeceğini; konuya ilişkin uygun kararın hastanenin yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre madde 27(3)'ün amacı esasen ani bir afete maruz kalarak acil tıbbi müdahale isteyen bir kişinin ambulans hizmetinden ya da hastaneye erişmekten mahrum kalmamasıdır. Oysa davacının talebi devletin böbrek nakline uygun olmayan kişilere de diyaliz tedavisi verilmesinin masrafını karşılamak için devletin kaynaklarını yeniden dağıtmasıdır. Mahkeme açıkça bu iddiayı reddetmiş ve somut koşullarda diyalize erişimin sınırlandırılmasının rasyonel olduğuna karar vermiş; sorumluluk sahibi siyasi organların ve tıbbi makamların iyi niyetle aldığı rasyonel kararlara müdahale etmek için bir mahkemenin çok yavaş olduğunu belirterek⁵⁴²; kıt kaynaklar ve zorlu talepler bağlamında verilecek kararlar için açık bir isteksizlik sergilemiştir.⁵⁴³

⁵⁴² “The provincial administration which is responsible for health services in KwaZulu-Natal has to make decisions about the funding that should be made available for health care and how such funds should be spent. These choices involve difficult decisions to be taken at the political level in fixing the health budget, and at the functional level in deciding upon the priorities to be met. A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters.” (§29)

⁵⁴³ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 39; Davis, “Adjudicating...”, a.g.e., s. 306.

Mahkeme davacının acil tıbbi tedavi hakkını düzenleyen m. 27/3 kasamındaki taleplerinin geçersiz olduğuna hükmederken, bu hükmün esasının niteliği ve sınırlarını yorumlamakta bir haklı bir de sorunlu nokta olduğu gözlemlenebilir. Bu maddeyi dikkatli bir şekilde yorumlayan Mahkeme, haklı olarak acil tıbbi hizmetin genel sağlık hizmetlerinden belirgin bir şekilde ayrıldığını ve kronik bir hastalığın devam eden tedavisinden farklı olarak sadece kaza ya da kalp krizi gibi ani acil durumlara uygulanabileceğini vurgulamıştır. Diğer bir ifadeyle m. 27/3 *genel* sağlık hakkının *özel* bir boyutunu oluşturmaktadır ve dolayısıyla m.27/2’de düzenlenen sağlık hakkının makul tedbirler, aşamalı gerçekleştirme veya kaynakların yeterliliği gibi niteliklerine tabi değildir.⁵⁴⁴ Diğer bir ifadeyle özel hüküm-genel hüküm ilişkisi gereği m. 27/3’ün yorumlanmasında *lex specialis derogat legi generali* ilkesi uygulanır. Bununla birlikte karardaki sorunlu nokta acil tıbbi tedavi hakkının kapsamının var olan imkânlarla erişimin reddedilmesine hasredilmesi ve böylece sözkonusu hakkın olası pozitif boyutlarını kısıtlamasıdır. Oysa ne lafzi ne de amaçsal yorumun Mahkemenin bu hakka vermeye çalıştığı gibi sınırlı ve neaktif bir yapı sunmadığı; aksine m. 27/3’ün saf negatif yorumunun, m. 27/1’deki devletin negatif yükümlülüğü ışığında bu hükmü gereksiz bir hak haline sokacağı belirtilmektedir.⁵⁴⁵

Soobramoney kararının ikinci önemli boyutu Mahkemenin davacıların iddiaları arasında bulunmamasına rağmen davayı m. 27/1-2 bakımından incelemesidir. Mahkeme davanın m. 27/1-2 bağlamında incelenmesi gerektiğin karar verdikten sonra hemen, bu maddede düzenlenen “herkesin sağlık hizmetlerine erişme hakkı”nın esas bakımından içeriği yerine, davacının taleplerinin bütçeye ilişkin sınırlarını ve çok merkezli

⁵⁴⁴ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 138.

⁵⁴⁵ Craig Scott ve Philip Alston, “Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney’s Legacy and Grootboom’s Promise”, *South African Journal on Human Rights*, C. 16, No. 2 (2000), s. 247. (“... the Constitutional Court’s ... negative-right interpretation of s 27(3) not only strays some distance from the need to make rights effective but, in the end, also creates -or comes very close to creating- a redundant right.”)

(polycentric) etkilerini tartışmıştır.⁵⁴⁶ Mahkeme bu noktada sözkonusu hükümlerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin iki temel soruna yanıt vermek durumundaydı: davacının durumundaki hastalara diyaliz tedavisine erişimin verilmesinin gerekli olup olmadığı ve eğer gerekliyse hastane politikasının m. 27/1-2’den kaynaklanan anayasal zorunluluklara uygun olup olmadığı ve eğer uygunsa somut davada rasyonel ve hakkaniyetli bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı. Mahkeme bölgesel sağlık bakanlığının davacının durumundaki hastalara gerekli tedaviyi sağlamak için yeterli fona sahip olmadığını vurgulayarak; davacının kendi durumundaki hastalar için devletin ilave fon sağlayabileceği iddiasını, bölgesel yönetimin içinde bulunduğu bütçe kısıtlarını gerekçe göstererek reddetmiştir. Keza Mahkeme bölgedeki kaynak kıtlığı nedeniyle diyaliz tedavisine erişim ihtiyacı mevcut diyaliz makinalarının sayısını aştığını ve bu durumun böbrekle ilgili tüm klinikleri kapsayan ulusal bir problem olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme genel sağlık bütçesinin belirgin bir şekilde arttırılması durumunda devletin konut, sosyal güvenlik, gıda gibi diğer sosyal ihtiyaçları karşılamak için kullanacağı mevcut kaynaklarının azalacağını belirtmiş; dolayısıyla devletin m.27/1 veya 2’nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

GAAM m. 27(1) ve (2)’nin herkese devlet tarafından mevcut kaynakları içerisinde sağlık hizmetlerine erişme hakkı verdiğini kabul ederek⁵⁴⁷, davacının talebinin savunulabilirliğini değerlendirmek için dolaylı bir makullük standardı kullanmıştır. Bu bakımdan *Soobramoney* kararı iki şekilde okunabilir.

Birinci okumaya göre Mahkemenin sosyal haklar bakımından uyumlu/itaatkâr bir denetim ölçütüne bağlı olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de Mahkeme *Soobramoney*’in talebini reddederken hem hastanenin tedaviyi dağıtmaya ilişkin benimsediği ilkelere,

⁵⁴⁶ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 139.

⁵⁴⁷ *Soobramoney*, §22. (The appellant’s demand to receive dialysis treatment at a state hospital must be determined in accordance with the provisions of sections 27(1) and (2) and not section 27(3). These sections entitle everyone to have access to health care services provided by the state “within its available resources”). (<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>)

hem de yerel makamların genel sağlık bütçesini dağıtımına uyum göstermiş/riayet etmiştir. İlki bakımından Mahkeme hastanenin hayat uzatan sağlık bakımını belirlemekteki tercihini yaparken kullandığı uzmanlığını inkâr etmek için hiçbir geçerli neden bulamamış; bu uzmanlığın tıp uygulayıcılarının klinik deneyimlerinde ve niteliklerinde yer aldığına kannat getirmiş ve bu tıbbi kararın, kurumsal kapasite ve uygun anayasal tevazunun bilhassa dikkatli olmayı gerektiren alanları kapsadığı kannatindedir. İkincisi ise siyasi organların bütçeyi yapma yetkisi varsayılmıştır. Bu bağlamda mahkemenin sergilediğı itaat/uyum demokratik hesapverebilirlik teorisine uygundur.⁵⁴⁸ Diğer bir ifadeyle Mahkemenin vardığı sonuç genel anlamda kolayca savunulabilir, zira sağlık hizmetlerine erişim hakkına yönelik her değerlendirmede, tedavi edilemez kişilerdense tedavi edilebileceklere sağlık hizmeti sunmanın daha iyi olduğu fikrinde kusur bulmak çok zordur. Bununla birlikte Mahkemenin tutumu, aynı zamanda sağlık hizmetlerine erişim hakkının kapsamının neyden ibaret olduğunu ve özellikle de bunların devlet tarafından alınan dağıtıcı kararları nasıl etkileyebileceğı üzerine esaslı bir araştırma yapmaktaki isteksizliğinin açık göstergesidir.⁵⁴⁹

Kararın ikinci okuması ise Mahkemenin sosyal haklara erişim sağlamamak için yapacağı kaynak temelli gerekçelendirmeye dayanan denetimini, var olan bütçe dağıtımını ile sınırlı tutacağını ileri sürmektedir. Buna göre bir hakkın kapsamını münhasıran varolan bütçe tahsislerin hasretmenin, ekonomik politikaya rehberlik eden anayasanın bağı olduğu insan hakları normları ve değerleri yerine devletin bütçe kararlarının hakların içeriğini de belirlemesine izin vereceğı belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle önemli olan bir hakkın içeriğine karar verecek olanın hükümetin yaptığı bütçe tahsisleri mi yoksa evrensel insan hakları ilkeleri mi olacağıdır. Zira sosyal hakların korunması yurttaşların diğer haklarla, özellikle siyasi katılma haklarıyla, korunan yollarla hareket

⁵⁴⁸ Young, a.g.e., s. 145.

⁵⁴⁹ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 39.

edebilmesi için gerekli bir koşuldur. Dolayısıyla sosyal haklar demokratik devletlerin gelecekteki zengin günlerinde gerçekleştireceği lüksler değildir. Aksine eğer sosyal haklar korunmazsa diğer haklar imtiyazlı kesimin ayrıcalıkları haline gelecektir. Bu nedenle eğer sosyal haklar kamu politikasına bağımlı olmayıp ona rehberlik edecekse, mahkemelerin ‘mevcut kaynaklar’ kavramına ilişkin daha geniş bir anlayış benimsemesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁵⁵⁰

Son olarak *Soobramoney* kararına ilişkin olarak şu noktaya değinmek gerekir: Snadra Liebenberg kararın ilk bakışta Mahkemenin anayasal hakların yargılanmasında uygulanan geleneksel iki aşamalı yaklaşımdan sosyal hakların devlete yüklediği pozitif edimler bağlamında uzaklaşacağı izlenimi yarattığını belirtmektedir. Buna göre geleneksel yaklaşım dava konusu hakkın kapsamı ve niteliği ile şüphelenilen düzenleme ya da işlemin bu hakkı ihlal edip etmediğine odaklanır. Bundan sonra ise dava konusu hakka getirilen sınırlamanın makul ve savunulabilir olduğuna ilişkin ispat yükü davalıya düşer. Mahkeme davacının diyaliz tedavisi talebinin reddedilmesinin savunulabilir olup olmadığını dikkate alırken bu iki aşamayı bir araya getirmektedir. Bu ise Mahkemenin orantısız biçimde sınırlamanın haklılığına odaklanmasına; anayasanın korunmasını kastettiği hedefler ve değerlerle yetersiz bir ilişki kurmasına ve belirgin şekilde faydacı bir gerekçe sunmasına yol açmıştır. Dolayısıyla Liebenberg’e göre Mahkemenin ilgili bütçe tahsisi ve böbrek diyaliz tedavisinin dağıtımına kararlarına ilişkin değerlendirmesi sağlık hakkını bir insan hakkı olarak ele almaya yeterince ağırlık vermemektedir. Kararda sağlık hizmetlerine erişimi anayasal bir hak olarak yorumlamaya yönelik neredeyse hiçbir girişim yoktur. Bunun yerine idarenin işlemi makullük, rasyonellik ve hakkaniyete uygunluk yönünden ele alınmış; fakat bu ölçütleri insan hakları değerlerinin nasıl etkilediği sorgulanmamıştır. Bu bağlamda Mahkemenin sağlık hakkının

⁵⁵⁰ Darrel Moellendorf, “Reasoning about Resources: Soobramoney and the Future of Socio-Economic Rights Claims”, **South African Journal on Human Rights**, C. 14, No. 2 (1998), s. 332.

esasına değinmemesinin, sosyal hakları dönüştürme potansiyelinden yoksun bırakacağı; sosyal hakların niteliği ve kapsamı üzerine mahkemelerin rehberliği olmadan bu hakların devletin sosyal programlar ve bütçe tahsislerini ilgilendiren kararlarında temel bir etki göstermesini beklemenin gerçekçi olmadığı vurgulanmaktadır.⁵⁵¹

Soobramoney kararı sosyal hakların yüklediği pozitif edimler için makullük denetiminin temel paradigmasını kurmuş ve fakat 1996 Anayasasının sağlık hakkını düzenleyen hükümleri ile korunan hedef ve değerlerle yakın bir ilişki kuramamıştır. Eğer Mahkeme sağlık hakkı ile sıkı bağlar kurabilseydi, davacının talebinin reddedilmesinin neden hukuka uygun olduğunu daha tatmin edici biçimde açıklamayı mümkün kılabilirdi. Oysa Mahkeme sağlık hakkının normatif içeriğini ele almak yerine, devletin kendini haklı çıkarmak için sunduğu gerekçelere odaklanmayı tercih etmiştir. Bu bakımdan kanun koyucu, devlet yetkilileri ve tıbbi personelin bu kararla sağlık hakkını bir insan hakkı olarak ciddiye almak için ilham aldığını söylemek güç olduğu gibi, Mahkeme evrensel bir insan hakkı olarak sağlık hakkı ile yakın bir ilişki kurmayarak sosyal hakların siyasal ve toplumsal dönüşüme katkıda bulunma potansiyelini iletme fırsatını da kaçırmıştır.⁵⁵²

Mahkemenin makullük denetimini geliştirdiği ilk dönemin diğer önemli kararları ise *Grootboom* ve *Treatment Action Campaign* (TAC) kararlardır. *Soobramoney* kararından yaklaşık üç yıl sonra Mahkemenin önüne gelen *Grootboom* davası, bir grup yetişkin ve çocuğun çok kötü şartlar altında yaşadıkları gayri resmi yerleşimlerinden özel mülke taşınmaları ile ilgiliydi. Özel mülk üzerinden tahliye edilen bu kişiler, önce bir spor sahasında kamp kurmuş, fakat tahliye esnasında malzemeleri zarar gördüğü için yeteri kadar barınak kuramamışlar; dolayısıyla evsiz ve korunmasız kalmışlardır. Bunun üzerine bu kişiler Batı Cape Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak anayasasının 26 ve

⁵⁵¹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 141-142.

⁵⁵² *Ibid.*, s. 146.

28'inci maddeleri uyarınca sürekli bir yer bulana kadar kendilerine geçici bir barınma sağlanmasını talep etmişlerdir. Yüksek Mahkeme herkese konut hakkı veren 26'ncı maddenin ihlal edilmediğini, ancak çocukların korunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Dava Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde ise Mahkeme, tam aksine devletin konut programının anayasasının 26'ncı maddesine aykırı olduğunu, ancak çocukların barınma hakkını düzenleyen 28'inci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu karar mevcut kaynakların dağıtımı meselesinden ziyade, hak ihlali iddiasına ilişkin mevcut hiçbir devlet programının olmayışını ele alması dolayısıyla önemlidir. Diğer bir ifadeyle bu davada sorun, devletin çaresiz ve acil barınma ihtiyacı içindeki kişilere yardım etmek için hiçbir bir hazırlığı olmamasıdır ve Mahkeme devletin bu ihmali yeni bir anayasal değer olan makullük (*reasonableness*) ilkesi çerçevesinde ele almıştır.

Yaklaşık iki yıl sonra ise bu sefer sağlık hakkı ile ilgili *TAC* davasında devletin anneden çocuğa HIV geçişini engellemeye yönelik tedbirlerinin yetersizliği dava edilmiş; devletin HIV virüsünün anneden çocuğa geçişini azaltan nevirapine ilacının yalnızca her bir bölgede iki pilot sağlık tesisinde sunulmasına yönelik işleminin makul olmadığı ve devletin anneden çocuğa HIV geçişini engellemek konusunda kapsamlı ulusal bir program başlatmak ve uygulamakta başarısız olduğu ileri sürülmüş; bunun anayasasının 27'inci maddesinde güvence altına alınan sağlık hizmetlerine erişim hakkını ihlal ettiği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi devletin anneden çocuğa HIV geçişini engelleme programının sağlık hakkı bakımından anayasal yükümlülüklerine uygun olmadığına karar vermiş ve devlete tespit edici ve zorunlu emirler vermiştir.

Mahkeme *Grootboom* davasında Anayasasının 26'ncı maddesindeki konut hakkının, *TAC* davasında ise 27'inci madde düzenlenen sağlık hizmetlerine erişme hakkının diğer bütün haklar gibi bir asgari çekirdek içeriği olduğu iddiasını reddetmiştir. Sosyal hakların asgari çekirdeği (*minimum core*), BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

Komitesi'nin, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin yükümlülüklerinin içeriğini ele alan 3 No'lu Genel Yorumunda benimsediği yaklaşımı ifade etmektedir. Komite'ye göre "Sözleşme'nin amacına ulaşabilmesi için, Devletlerin her bir hakkın hayata geçirilmesini en azından asgari düzeyde sağlama konusunda, temel yükümlülük altında olduğunu belirtmek gereklidir. Bu nedenle, örneğin, ülkesinde açlık sınırında olan, temel sağlık hizmetlerinden faydalanamayan, evsiz ve korunmasız durumda olan, ilköğretim hakkında yararlanamayan önemli sayıda bireyin bulunduğu bir devlet karine olarak Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirememektedir."⁵⁵³

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Komite'nin bu yaklaşımını benimsememiş; *Grotboom* kararında 26'ncı maddenin devlete gerçekten evsiz ve çaresiz durumdaki kişilere en en basit barınma imkanını sağlaması için asgari çekirdek edimler yüklediği iddiasını reddederken, benzer şekilde *TAC* kararında ise her bireyin sağlık bakımı hizmetlerinin temel çekirdeğine hakkı olduğu ve bu asgari çekirdeğin insan onuru ışığında yorumlanması gerektiği iddialarını kabul etmemiştir. Her iki davada da Mahkeme asgari çekirdek kavramına karşı birtakım ilkesel, lafzi, pragmatik ve kurumsal itirazlar öne sürmüştür.⁵⁵⁴

Mahkemenin asgari çekirdek kavramına karşı ilk ve en büyük itirazı hak ihlali iddia eden sosyal grupların birdirinden farklı olduğu ve bunların sosyo-ekonomik ihtiyaçlarının içinde bulundukları farklı bağlamlara göre değişeceği; bu nedenle haklardan yararlanmak için ihtiyaçlar ve imkanlar çok çeşitli olduğu gerçeğidir. İkinci olarak Mahkeme asgari çekirdek yükümlülükleri belirlemek için yeterli bilgi temeline sahip olmadığını vurgulamaktadır. Üçüncü olarak Anayasanın 26 ve 27'inci

⁵⁵³ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 5. Oturum (1990) / Genel Yorum No. 3: Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin İçeriği (Sözleşme'nin 2. Maddesinin 1. Paragrafı), Belge No. E/1991/23, §10. Bu metin şu eserden alınmıştır: Lema Uyar (Der.), **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 140-141.

⁵⁵⁴ Liebenberg, **Socio-Economic Rights...**, a.g.e., s. 149.

maddelerinin lafzının bu hükümleri asgari çekirdek kavramı ışığında yorumlamaya müsait olmadığını ileri sürmüştür. Dördüncü olarak Mahkeme asgari çekirdek yükümlülük kavramının devlet üzerine gerçek dışı talepler empoze ettiğini belirtmiştir. Son olarak ise Mahkeme asgari çekirdek kavramının mahkemelerin yetki ve rollerine uygun olmadığına hükmetmiştir.⁵⁵⁵

Bütün bu itirazları neticesinde Mahkeme anayasanın 26 ve 27’inci maddeleri bağlamında yapılacak denetimin, sadece sosyal hakları gerçekleştirmek için devlet tarafından alınan tedbirlerin makul (reasonable) olup olmadığını sorgulamak olduğuna hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme asgari çekirdek yükümlülükler yerine devletin pozitif yükümlülüğünün esasen mevcut imkanları çerçevesinde makul bir politika kabul etmek ve uygulamak olduğuna karar vermiş ve kendi denetiminin bu bağlamda bir makul politika bulunup bulunmadığını tespit etmekten ibaret görmüştür. Bununla birlikte Mahkeme devletin aldığı tedbirlerin makul olup olmadığının bu tedbirlerin alındıkları bağlama göre belirleneceğini, dolayısıyla belirli bir davadaki kanıtların devletin tedbirlerinin makullüğüne karar verilirken dikkate alınması gereken belirli bir hizmetin asgari çekirdeğini ortaya koyabileceğini de vurgulamıştır.⁵⁵⁶

Mahkeme *Grootboom* ve *TAC* davalarında asgari çekirdek anlayışını reddetmesinin ardından, konut ve sağlık hakkını düzenleyen anayasanın 26 ve 27. maddelerinin devlete yüklediği pozitif edimleri incelemek üzere “makullük” denetimini harekete geçirmiştir. Devlete sosyal hakları gerçekleştirmek için alınan belirli politika tercihlerine ilişkin bir takdir yetkisi bırakmak üzere tasarlandığı belirtilen bu yaklaşım ile Mahkeme, devletin seçtiği araçların dava konusu sosyal hakları makul bir biçimde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını denetlemiştir. Diğer bir ifadeyle makullük denetimi, devletin yaptığı tercihleri makul biçimde açıklayabilmesini gerekli kılar; bu

⁵⁵⁵ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 150.

⁵⁵⁶ *Grootboom*, §33; *TAC*, §34; Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 40-41; Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 151.

ise sözkonusu tercihler yapılırken kullanılan bilginin ve sürecin açıklanmasını gerektirir.⁵⁵⁷ Bu bağlamda *Soobramoney* kararı sosyal haklar için ince bir rasyonellik denetimi görüntüsü çizerken, *Grootboom* ve *TAC* kararlarında Mahkeme bir adım daha ileri gitmiş ve devletin eylem ve işlemlerinin makul olup olmadığını değerlendirirken daha esasa ilişkin bir denetim kriteri benimsemiştir.⁵⁵⁸ Mahkemenin her iki kararda önce çıkan değerlendirmelerine göre sosyal haklar bağlamında bir devlet programının *makul* olarak kabul edilebilmesi için şu niteliklere sahip olması gereklidir:

- Sosyal hakların gerçekleşmesini kolaylaştırabilmeli,
- Kapsamlı, uyumlu ve koordine olmalı,
- İlgili program için uygun finans ve insan kaynağı sağlanmalı,
- Ölçülü ve esnek olmalı ve kısa, orta ve uzun vadeli ihtiyaçlara ilişkin önlemler almalı,
- Makul biçimde tasarlanmalı ve uygulanmalı,
- Şeffaf olmalı ve içeriği hakkında kamuoyuna bilgilendirilmeli,
- Acil ihtiyaç halindeki ve kabul edilemez şartlarda yaşayanlar için kısa vadeli önlemler almalıdır.⁵⁵⁹

Diğer yandan mahkemenin mukullük değerlendirmesi anayasa m. 26(2) ve 27(2)'den kaynaklanan iki ayrı kriterden daha etkilenmiştir.⁵⁶⁰ Bunlardan biri “aşamalı

⁵⁵⁷ *Mazibuko* (2010), s. 71.

⁵⁵⁸ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 151-152.

⁵⁵⁹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 152-153; Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 40. Öte yandan Mahkeme daha sonraki bir kararında devletin eylem ve işlemlerinin makul olup olmadığını değerlendirirken dikkate alınacak bu özelliklerin sınırlı bir liste olmadığını ve her bir vakada bütün ilgili faktörlerin dikkate alınacağını vurgulamış; hangi niteliklerin değerlendirme konusu olacağını her davanın özel şartlarına göre değişeceğini belirtmiştir; dolayısıyla burada zikredilen nitelikler "numerus clausus" olarak algılanmamalıdır. Bkz. *Khosa* §44: “When the rights to life, dignity and equality are implicated in cases dealing with socio-economic rights, they have to be taken into account along with the availability of human and financial resources in determining whether the state has complied with the constitutional standard of reasonableness. This is, however, not a closed list and all relevant factors have to be taken into account in this exercise. What is relevant may vary from case to case depending on the particular facts and circumstances.” <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/11.html> (Aralık 2015).

gerçekleştirme” (progressive realisation), diğeri ise “mevcut kaynaklar” (available resources) kavramlarıdır. İlk kavramı *Grootboom* kararında Mahkeme şöyle yorumlamıştır: “Aşamalı gerçekleştirme terimi hakkın hemen gerçekleştirilemeyeceği anlamında tasarlandığını göstermektedir. Fakat Anayasasının hedefi toplumumuzdaki herkesin temel ihtiyaçlarının etkin bir şekilde karşılanmasıdır ve aşamalı gerçekleştirme zorunluluğu devletin bu hedefe ulaşmak için adım atması gerektiği anlamına gelir. Aşamalı gerçekleştirme erişebilirliğin aşamalı olarak kolaylaştırılması yani hukuki, idari, operasyonel ve finansal engellerin değerlendirilmesi ve mümkün olduğu ölçüde zaman içinde azaltılması anlamına gelir. Barınma sadece çok sayıda insan için erişebilir olmamalı ve fakat zaman içerisinde daha fazla sayıda insan tarafından erişilebilmelidir.”⁵⁶¹ Mahkeme’ye göre “mevcut kaynaklar” kavramı ise hem bir hakkın yükümlülüğünün içeriği hem de hakkın hedeflediği sonuca ulaşmak için devlet tarafından alınana alınan tedbirlerin makullüğünün mevcut kaynaklar yoluyla idare edilmesi anlamına gelir.⁵⁶²

Grootboom kararında Mahkeme devletin konut programının diğer pek çok bakımdan kapsamlı ve rasyonel olmasına rağmen, başlarını sokacak bir çatısı bulunmayan ve kabul edilemez koşullarda veya kriz halinde yaşanan kişilere hiçbir çare sağlamadığı için Anayasasının 26’ncı maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Kararda bu kişiler için spesifik olarak ne tür bir çareye ihtiyaç olduğu belirtilmemiş ve fakat sadece devletin konut programının bu tür insanlar için çare sağlayacak makul tedbirler içermesi gerektiği yönünde tespit edici bir hüküm verilmiştir. Bu bakımdan karar devleti konutlarından tahliye edilmiş veya kendi kaynakları ile bir barınma imkanına

⁵⁶⁰ m. 26(2): “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.”; m. 27(2): “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.”

⁵⁶¹ *Grootboom*, §45. (<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>)

⁵⁶² *Grootboom*, §46.

sahip olmayan kişilere geçici konut sağlamakla yükümlü kılmış; neticede ulusal bir acil durum konut politikası düzenlemesine sebep olmuştur. Bu bakımdan *Grootboom* kararı Mahkemenin sosyal haklar içtihadının doruk noktası olarak görülmektedir.⁵⁶³

TAC kararında ise devlet dava konusu ilaca erişimi sınırlandırmasını ilacın güvenliği ve etkililiğinden kamusal sağlık sektöründeki kaynak ve kapasite eksikliğine kadar çeşitli gerekçelerle savunmuş; ancak Mahkeme bütün bu gerekçeleri reddetmiştir. Kararda detaylı bir değerlendirmenin ardından devletin masraf ve kapasite iddialarının, hayat kurtaran temel bir tıbbi müdahaleden men edilmenin etkisine ağır basmak için yeterli seviyede inandırıcılığa sahip olmadığına, bu nedenle kamusal sağlık birimlerinde Nevirapine ilacının gecikmeksizin kullanılmasına izin vermemek ve kolaylaştırmamanın makul olmadığına ve bunun Anayasanın 27'inci maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Neticede Mahkeme devletin sağlık birimlerinde Nevirapine ilacının kullanımının kolaylaştırılması ve hızlandırılması için devlete gerekli tedbirleri alması yönünde emredici bir hüküm vermiştir.

Grootboom kararındaki yargısal tutum da *Soobramoney*'de olduğu gibi *uyumlu/itaatkâr* olarak nitelendirilmektedir. Mahkemenin asgari çekirdek doktrinini benimsemeyi, yeterli bilgi ve kapasiteye sahip olmadığı gerekçesiyle reddetmesi, yukarıda açıklanan uyumlu denetim modelinin nitelikleri ile birebir örtüşmektedir. Kararda her ne kadar devletin konut politikasının konut hakkının gereklerini karşılamadığı vurgulansa da, sonuçta sadece teşhis edici bir hüküm verilerek korunmasız durumdaki kişilerin barınma ihtiyacının en iyi nasıl karşılanacağı idarenin takdirine bırakılmış; böylece hükmün fiili sonucunu yasama ve yürütme organlarına

⁵⁶³ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 41.

havale etmeyi tercih etmiştir.⁵⁶⁴ Mahkeme’de 1994-2009 yılları arası görev yapan Yargıç Albie Sachs kararın bu uyumlu niteliğini şöyle ifade etmektedir:

“Acil durumlardaki barınma programının ulusal, bölgesel ya da yerel olarak mı uygulanacağını ve nasıl geliştirileceğini; sözkonusu programın sadece insanların barınak yapabileceği arsayı mı yoksa hem arsa hem de konutu mu kapsayacağı ya da devletin insanlara kendi konutlarını yapmaları için yeterli mali yardımda bulunmasının mı daha etkili olacağını devlete bıraktık. Benzer şekilde, acil durum için gerekli parayı nereden bulacağını da devlete bıraktık; savunmadan alabilir, yeni vergiler koyabilir ya da anayasal olarak korunan yargıçların maaşları hariç heryerden alabilir.”⁵⁶⁵

Böylesine ucu açık bir hükmün gözetim ve uygulama vasıflarından mahrum kaldığı ve dolayısıyla yargısal çekinmeye örnek gösterilebileceği vurgulanmaktadır.⁵⁶⁶ Bu yargısal çekinmenin Anayasa Mahkemesinin mevcut anayasasının koruyucusu rolünü benimsediği Güney Afrika gibi bir ülkede daha da sorunlu bir hal alması, acil barınma ihtiyacı için ulusal ve bölgesel yönetimlerin 2003 yılında acil barınma durumlarında konut yardım programını yürürlüğe sokması ile ortandan kalkmamıştır. Nitekim karardan sekiz yıl sonra davacı Irene Grootboom’un bir konuta sahip olamadan hayatını kaybetmesi *uyumlu* denetimin çıkmazları ile birlikte kararın hukuk tarihinin dramatik kayıtlarında yerini almasına yol açmıştır.

TAC kararı ise belirgin biçimde bir *etkileşimli* denetim tutumunu sergilemektedir. Mahkeme dava konusu ilacın sağlanması için sadece devletin kamusal sağlık birimlerinde ilacın kullanımına izin vermesini ve kolaylaştırmasını emreden bir emir vermiştir. Ancak bu hükmün sonucu tüm ülkede hemen gerçekleşmemiştir; öyle ki küçük gecikmelerin birçok hayata mal olduğu bilinmektedir. Hükmün başarıyla

⁵⁶⁴ Young, a.g.e., s. 145-146.

⁵⁶⁵ Albie Sachs, **The Strange Alchemy of Life and Law**, Oxford & New York, Oxford University Press, 2009, s. 178-179.

⁵⁶⁶ Young, a.g.e., s. 146.

uygulandığı yerlerde ise bu başarı Mahkemenin kararda çizdiği devlet organları arasındaki diyalogdan ziyade, davayı yargıya taşıyan sosyal hareketlerin etkisiyle meydana gelmiştir.⁵⁶⁷

Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bağlamındaki bir sonraki adımı eşitlik ilkesi ile sosyal hakların bir devlet programının belirli bir grubu hakkaniyete aykırı ya da makul olmayan bir biçimde dışladığına ilişkin bir tespiti desteklemek için karşılıklı biçimde birbirini pekiştirebileceğini ortaya koyan *Khosa* kararıdır.⁵⁶⁸ *Khosa* davası primiz sosyal yardımların sadece Güney Afrika vatandaşlarına verilmesini öngören kanuni düzenlemelerin anayasaya aykırılığı ile ilgilidir. Davacılar uzun süredir Güney Afrika’da yaşayan ve bu ülkede oturma iznine sahip (permanent resident) Mozambik vatandaşlarıdır ve kendilerine çeşitli sosyal yardımların vatandaş olmamaları nedeniyle tahsis edilmemesinin anayasada düzenlenen sosyal güvenlik hakkı (m. 27/1/c) ve adil olmayan ayrımcılığa maruz kalmama hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme sürekli oturma iznine sahip ancak vatandaş olmayan kişilerin sosyal yardımdan mahrum bırakılmasının makul olup olmadığını incelerken, Anayasanın sosyal güvenlik hakkını sadece vatandaşlara değil “herkes”e verdiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre sosyal yardıma erişim hakkının amacı temel hayati ihtiyaçlara herkesin erişebilmesini sağlamaktadır ve bu insan onuru, özgürlük ve eşitlik gibi kurucu değerlere anayasal bağlılığın bir ifadesidir. Sosyal yardım hakkı istisnasız herkese özgülendiğine göre sosyal yardımlarla ilgili vatandaşlık bazında ayırım keyfi ve irrasyonel olmamalıdır. Bu bakımdan dava konusu düzenlemeler akla uygun olmayan bir ayrımcılığa yol açtığı için Anayasanın 9(1) ve 27(2) maddelerine aykırıdır.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ Young, a.g.e., s. 149-150.

⁵⁶⁸ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 157.

⁵⁶⁹ *Khosa*, § 53-57.

Khosa kararında Mahkeme vatandaş olmayan fakat sürekli oturma iznine sahip kişilerin korunmaya muhtaç bireyler olduğunu; bu kişilerin toplumsal refah sistemine vergi ödeyerek katkıda bulundukları halde sosyal yardımdan yararlanırken ayrımcılığa maruz kalmalarının onların onuru üzerinde ciddi etkilerinin olabileceğini vurgulamış ve bu ayrımın onları anayasa tarafından verilen diğer haklarını kullanmaktan da mahrum bırakabileceğini belirtmiştir.⁵⁷⁰ Bu bakımdan kararda oturma iznine sahip kişilerin sosyal yardım almamasının onların hayat ve onuru üzerindeki etkisi, devletin bu ayrımı gerekçelendirmek için ileri sürdüğü mali ve göçle ilgili kaygılara ağır basmıştır. Dolayısıyla *Khosa* kararı korunmaya muhtaç bir grubun temel bir sosyal menfaatten mahrum kalması ve bir sosyal hak ile ayrımcılığa maruz kalmama hakkına yönelik ortak bir ihlal bağlamında anlaşılmalıdır.⁵⁷¹

Birinci dalganın sonlarındaki içtihadında Mahkeme sosyal hakların devlet üzerine yüklediği pozitif edimler değil, negatif yükümlölükleri ele almıştır. Bu bakımdan *Jaftha* davası Mahkemenin anayasasının 26. (ve dolaylı olarak 27.) maddesi bağlamında “negatif yükümlölük” kavramının ne anlama geldiğini ele aldığı ve bu negatif yükümlölüklerin ihlaline yönelik belirgin bir denetim modeli uyguladığı ilk dava olması bakımından önemlidir.⁵⁷² *Jaftha* davasında bireylerin konutlarının borç karşılığı icra yoluyla satışına izin veren bir kanuni düzenlemenin anayasaya aykırılığı incelenmiştir. Mahkeme bu satışın yargısal gözetim olmadan gerçekteştirilmesinin konut hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Çünkü dava konusu düzenleme yargısal gözetim olmaksızın konutun satışına izin vermektedir ve bu eksiklik anayasasının 26. Maddesinde güvence altın alınan konut hakkına yersiz bir sınırlandırma teşkil etmekteydi.

⁵⁷⁰ *Khosa*, § 71, 74, 76.

⁵⁷¹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 161.

⁵⁷² *Ibid.*, s. 215.

Mahkeme ilgili düzenlemeyi kişileri mevcut konutlarına erişme hakkından mahrum bırakması dolayısıyla m. 26'nın negatif bir ihlali olarak nitelendirmiştir. Bu negatif yükümlülük aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen makullük, kaynak kısıtlılığı ve aşamalı gerçekleşme gibi niteliklere tabi değildir. Bu bakımdan mevcut konuta erişmekten mahrum bırakılmak sadece anayasanın 36. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebepleri ile gerekçelendirilebilir. Bu bağlamda dava konusu düzenleme ile konut hakkına getirilen sınırlandırmayı Anayasanın 36'ncı maddesi bakımından ele alan Mahkeme, dava konusu hükümlerin amacının çok geniş olduğuna ve yersiz icra satışına imkân veren bu hükümlerin 36. maddedeki genel sınırlama ilkelerine uygun olmadığına hükmetmiştir.

Jaftha davasına adını veren Maggie Jaftha işsiz, sağlık problemleri olan yoksul bir kadındır. Kalp rahatsızlığı ve yüksek tansiyon sorunları nedeniyle çalışamayan Bayan Jaftha, 1997 yılında devletin konut yardımına başvurmuş ve bu yardım sayesinde iki çocuğu ile birlikte yaşadığı evi satın almıştır. Daha sonra birisinden taksitle borç para alan davacı hakkında, borcun tamamını ödemediği gerekçesiyle icrai işlem başlatılmıştır. Bu esnada rahatsızlanarak hastaneye kaldırılan davacı, eve döndüğünde kalan borcuna karşılık olarak evinin icra yoluyla satışa çıkarıldığını öğrenmiştir. Alacaklı ile müzakerelerinden sonuç alınmamasının ardından, satışı engellemek için gereken miktarı ödeyemediği için ev satılmış ve davacı evini boşaltmak zorunda kalmıştır.⁵⁷³

Mahkeme devlet yardımıyla konut sahibi olan yoksul kişilerin, ödemekten kaçınmadığı ancak tek bir kalemde ödeyemediği sıradan bir alacak için evsiz bırakılmasının konut hakkının ölçüsüz bir sınırlandırılması olduğu kanaatine varmıştır. Bu bakımdan *Jaftha* kararı yoksul insanların evlerini korumadaki menfaatlerinin daha önce sadece borç vereni korumakla ilgilenen bir yargısal süreç bakımından göz önüne

⁵⁷³ *Jaftha*, §3-4.

alınması gereken önemli bir nokta olduğunu ortaya koyması bakımından önemlidir. Zira bu karardan önce borçlunun borcu karşılayak miktarda yeterli taşınır malı bulunmaması halinde, alacaklı taşınmazlarına icra yoluyla el konulması kararını alabiliyordu. Jaftha kişinin yaşamını sürdürdüğü evini kaybetmesini dikkate alarak somut davanın koşulları ışığında ölçülü bir çözüm bulmayı sağlamıştır. Bu bağlamda karar konut hakkına dayanak oluşturan değerler ve menfaatlerin dana önce ilgisiz bulunduğu bir hukuki sürece dönüştürücü bir yaklaşımı temsil etmektedir.⁵⁷⁴

Benzer bir gelişme *Port Elizabeth* kararında yaşanmıştır. Bu davada başvuru Port Elizabeth Belediyesi, belediye sınırları içindeki bir özel arazi üzerindeki barınaklarda iki ila sekiz yıl arasında değişen sürelerdir yaşayan 23'ü çocuk 68 yerleşimcinin bu araziden tahliye edilmesi kararı almış; yerleşimcilerin tahliye kararına karşı başlattığı hukuki süreç neticede Yüksek Temyiz Mahkemesinin (Supreme Court of Appeal) önüne gelmiş ve Temyiz Mahkemesi ilgili mevzuat bakımından “adil ve hakkaniyete uygun” olmadığı gerekçesiyle tahliye kararını iptal etmiştir. Belediye bunun üzerine Anayasa Mahkemesi’ne başvurarak Temyiz Mahkemesinin kararının bozulmasını ve tahliye kararının yeniden uygulanmasını talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi yerel makamların tahliye vakalarındaki tutumunu hassas, cömert ve yoksullar lehine bir yorumla ele aldığı kapsamlı bir kararla⁵⁷⁵, davalı topluluğun üyelerine önceden danışılmaksızın ve en azından kendilerine başka bir yerleşim yeri sağlanacağı teminatı verilmeksizin tahliye edilmelerinin adil ve hakkaniyete uygun olmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi davalıların çoğunluğunun başka yerlerden tahliye edilerek dava konusu araziye yerleşmek zorunda kaldıklarını ve uygun bir alternatif sağlanması halinde dava konusu araziden ayrılmak niyetinde olduklarını vurgulamış; yerleşimcilerin uyuşmazlık konusu arazi üzerinde yaşadıkları süre boyunca, ne belediye ne de arazi sahiplerinin araziyi

⁵⁷⁴ Liebenberg, *Socio-Economic Rights*..., a.g.e., s. 217-218.

⁵⁷⁵ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 42.

başka bir amaçla kullanmak için yerleşimcileri tahliye etmeye ihtiyaç duyduğuna dair kanıtın bulunmaması, belediyenin davalıların sorunlarını dikkate alma ve dinlemeye yönelik belirgin bir girişiminin olmaması ve bu topluluğun gerçekten evsiz ve muhtaç durumdaki az sayıda insandan ibaret olması gerçeği karşısında davalı yerleşimcilerin tahliyesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵⁷⁶

Port Elizabeth kararında her ne kadar Anayasa Mahkemesi doğrudan Anayasanın 26'ncı maddesi bağlamında konut hakkının esasını ele almış olmasa da, kararın hukuka aykırı tahliyenin engellenmesine ilişkin yasal düzenlemeyi m. 26 ışığında yorumlama girişimi olduğu; davalı yerleşimcilere belirli bir ölçüde barınma teminatı sağlama ihtiyacının Mahkemenin temel kaygısı olduğunun karar boyunca belirgin olduğu ve dolayısıyla barınma teminatının konut hakkının bir kurucu unsuru olduğu belirtilmektedir.⁵⁷⁷ Gerçekten de kararda, Mahkemenin dava konusu yasal düzenlemenin Anayasa m. 26/3'ün temelinde yatan hedefler ve değerleri ilerletecek şekilde yorumlanması gerektiğini açıkça benimsediği⁵⁷⁸ görülmektedir:

“Madde 26/3 kişinin ikametgahı için özel bir anayasal gözetimi ortaya koymaktadır. Bu hüküm bir meskenin, bir barınaktan daha fazlası olduğunu göstermektedir. Bir mesken kişisel mahremiyet ve aile güveliği alanıdır. Mesken kişilerin (özellikle de yoksulların) özel hayatı ve huzuru için görece tek güvenli yerdir. (Meskenden) zorunlu tahliye herhangi bir aile için bir şoktur.”⁵⁷⁹

Mahkeme zorunlu tahliyenin demokrasiye geçiş öncesi dönemindeki rolü ve niteliği hakkında ayrıntılı bir analiz yaparak, demokrasiye geçiş ile birlikte Anayasasının 26'ncı maddesinin hedeflediği dönüştürücü fonksiyonu vurgulamıştır. Ayrıca karar mahkemelerin mülkiyet hakkı ile konut hakkı arasındaki çatışmalara nasıl yaklaşması gerektiğine ilişkin belirgin bir tutum sergilemektedir. Mahkeme mülkiyet haklarının

⁵⁷⁶ *Port Elizabeth*, §55, 59.

⁵⁷⁷ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 42.

⁵⁷⁸ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 273.

⁵⁷⁹ *Port Elizabeth*, §17.

sınırsız olmadığını ve özellikle Güney Afrika'nın kolonici ve ırkçı mülksüzleştirme geçmişi göz önüne alındığında aslında bu hakların kamu yararını arttırmak bakımından önemli bir sosyal boyutu bünyesinde barındırdığını vurgulamaktadır.⁵⁸⁰ Dolayısıyla anayasaya göre mülkiyet üzerindeki normal zilyetlik hakları yeni ve eşit derecede alakalı bir hak olan keyfi şekilde barınmaktan mahrum bırakılmama hakkı ile dengelenmiştir.⁵⁸¹ Diğer bir ifadeyle zorunlu tahliye ile ilgili mevzuat hukuka aykırı yerleşimcilerin bile artık anayasal olarak tanınan konut hakkının sahipleri olduğu gerçeği ışığında yorumlanmalıdır.⁵⁸²

Bu bakımdan zorunlu olarak tahliye edilmek istenen kişilerin, başka kişilerin mülkiyet haklarıyla çatışabilecek konut haklarına sahip olması, zorunlu tahliye ile ilgili uyuşmazlıklarda yargı organının geleneksel rolünü değiştirmiştir.⁵⁸³ Artık yargı organının fonksiyonu farklı menfaatler arasında bir hiyerarşi tesis etmek değil, daha ziyade karşıt iddiaları mümkün olduğunda hakkaniyetli bir şekilde dengelemek ve uzlaştırmaktır. Bu dengeleme ve uzlaştırma fonksiyonunu yerine getiren Mahkeme, mülkiyet haklarının sosyal boyutunu da dikkate alması gerektiğini belirtmiş; Anayasa m. 26/3'de tanımlanan hakları koruma hakları olarak tanımlamış ve mal sahibinin “burası benim toprağım, istediğimi yaparım diyerek buldozerleri gönderemeyeceğini” vurgulamıştır.⁵⁸⁴ Sonuç olarak Mahkeme istisnai haller hariç bir tahliye emrinin devlet organlarının tahliye edilecek ve evsiz kalacak yerleşimciler için alternatif barınma imkanı sağlayacak makul tedbirler almasını zorunlu kıldığına hükmetmiştir. Bu hükmün önemi hukuka aykırı yerleşimcilerin dahi artık konut hakkının anayasal yararlanıcıları

⁵⁸⁰ *Port Elizabeth*, §16.

⁵⁸¹ *Port Elizabeth*, §23.

⁵⁸² Liebenberg, **Socio-Economic Rights**..., a.g.e., s. 274.

⁵⁸³ *Ibid.*, s. 275.

⁵⁸⁴ *Port Elizabeth*, §20-23.

olarak kabul edileceğindeki yargısal ısrarda yatmaktadır. Zira bu tutum evsiz kalma tehlikesi altındaki kişilere hem usuli hem de esas bakımından koruma sağlayacaktır.⁵⁸⁵

b) İkinci Dalga: Sosyal Hakların Usul Boyutu

İlk dalganın sonuncusu olan *Jaftha* kararından yaklaşık 3,5 yıl sonra verilen *Olivia Road* kararı ile ikinci dalganın başladığı kabul edilmektedir. En son 2012 yılına kadar uzanan ikinci dalgada ortaya koyulan içtihadın, birinci dalgadan belirgin şekilde farklılaştığı vurgulanmaktadır. Birinci dalgada Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara yönelik genel tutumun, belirli bir sosyal hak talebiyle Mahkemeye başvuran bireyler açısından çok umut verici olmadığı ve dava yoluna başvurma isteğinin görece düşük kaldığı; ikinci dalgada görülen sosyal hak taleplerinin ise münhasıran az sayıdaki sivil toplum hareketi ve örgütleri tarafından sözkonusu grupların menfaatlerini savunma amacıyla Mahkeme önüne taşındığı belirtilmektedir.⁵⁸⁶

Mahkemenin denetim tercihi bakımından ise ikinci dalga içtihadının genel anlamda ilk dalgada kurulan *makullük* denetimini takip etmekle beraber, ilk dalga kararlarından farklı olarak bağlamsal bir makullük ölçütü uygulamak yerine, daha çok sosyal hakların *usuli* boyutunun geliştirilmesi üzerinde durduğu ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme ikinci dalga kararlarında daha ziyade hem var olan kamu politikalarının uygulanmasını, hem de devleti belirli bir dava bakımından yapması gereken taahhütlerini yerine getirmesini emretmek suretiyle usuli hakları icra etmeyi tercih etmiştir. Bununla birlikte Mahkemenin pozitif yükümlülükler veren bir politikanın tasarlanması ve uygulanmasına ilişkin belirli sosyal hakların tesiri bakımından devlete çok fazla direktif vermekten de kaçındığı belirtilmektedir.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 277.

⁵⁸⁶ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 44.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, s. 45.

İkinci dalganın ilk adımı olan *Olivia Road* kararı “sosyal hakların usulileşmesinin” klasik örneği olarak zikredilmektedir.⁵⁸⁸ Davanın konusu Johannesburg’da yaşayan yüzlerce yoksul insanın şehiriçinde yaşadıkları binalardan Johannesburg Belediyesi tarafından bu binaların yerleşime uygun olmadığı gerekçesiyle tahliye edilmeleridir. Davacı yerleşimciler sözkonusu tahliye kararının iptal edilmesi için yaptıkları başvuruda, yaşadıkları binaların ideal yaşam koşullarının çok uzağında olduğunu ve fakat bunların evsiz kalmaya karşı tek alternatifleri olduğunu; Belediyenin kendilerine alternatif bir barınma imkânı sunmayı reddettiğini belirtmiştir. Dahası yerleşimciler tahliye işleminin aslında şehirdeki güvenli olmadığı iddia edilen çeşitli yerlerdeki yaklaşık 67 bin kişiyi tahliye etmeye yönelik daha geniş bir projenin bir parçası olduğunu ve Belediyenin bu insanlar için hiçbir alternatif barınma planı olmadığını; böyle bir konut planının olmamasının Anayasa m. 26/2’nin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi *Olivia Road* davasında tahliye kararına karşı davacıların ileri sürdükleri ilk argüman olan *usul* yönünden itirazı dikkate alarak karar vermiştir. Davacılar tahliye kararının herşeyden önce usul bakımından hakkaniyete aykırı olduğunu, çünkü Belediyenin yerleşimcilerin barınma ihtiyaçlarını belirlemek için hiçbir adım atmadığı gibi, tahliye kararını almadan önce bu kararın sonuçlarının neler olabileceğini müzakere etmek üzere kendileri ile görüşme ihtiyacı duymadığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu iddiaları ciddiye almış ve Belediye ile davacıların uyumsuzluğu çözmek üzere birbirleri ile “anamlı bir ilişki” (*meaningful engagement*) kurması gerektiğine hükmetmiştir. Neticede yerleşimciler Belediyenin şehir içinde kendisi tarafından idare edilen bir mülkte barınma teminatı karşılığında içinde bulundukları binaları boşaltmayı kabul etmişlerdir. Bu anlaşmaya göre yerleşimciler Belediyenin sağlayacağı bu yereler için gelirlerinin %25’i kadar kira ödemeyi kabul

⁵⁸⁸ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 46.

etmiş, Belediye de onlara kalıcı bir konut mevcut sağlanıncaya kadar kalmalarına izin vermeyi taahhüt etmiştir.⁵⁸⁹

Karar her ne karar görünüşte devletin davacıların sadece bir kısmını temsil ettiği altmış yedi bin civarında kişinin barınma ihtiyacını karşılayacak bir program planlamaması ve uygulamamasını konu edinse de, neredeyse tamamen “anlamli ilişki” (meaningful engagement) kavramını sosyal hakların yargılanmasına dahil etmeye adanmıştır. Mahkeme “anlamli ilişki” kavramının makullük denetiminin bir kurucu unsuru olduğuna ve dolayısıyla konut hakkını düzenleyen Anayasa m. 26/2’nin bir usuli gerekliliği olduğuna hükmetmiştir. Bu bağlamda Mahkeme idarenin normalde bir tahliye kararı almadan önce evsiz kalması sözkonusu olan yerleşimciler ile hem bireysel hemde kolektif olarak yakın ilişki kurması gerektiğini ve bu süreçte dile getirilen kaygı ve ihtiyaçlara makul biçimde yanıt vermek zorunda olduğunu belirtmiştir. (§ 13,18) Mahkeme evsiz kalma potansiyeline karşı verilecek makul cevapların neler olduğunu tanımlamamış ancak bunun yerine ucu açık bir örnekleme ile kalıcı konut yapmak ile hiç konut sağlamamak uçları arasında sayısız olasılığın mümkün olduğunu belirtmekle yetinmiştir. (§ 18)

Olivia Road kararı Güney Afrika’da sosyal hakların yargısal icrası bakımından yeni bir denetim modelinin ortaya çıkışının ilk adımıdır. Çünkü karar hak ihlaline maruz kalan bireyler ile kamu gücü arasında bir uzlaşma zemini kurmaya çalışması bakımından belirgin bir şekilde yenilikçidir. Mahkeme konut hakkını maddi normlara dayandırmak yerine, somut menfaatlerin taraflara arasında bir anlaşma ile müzakere edilip uygulanabileceği bir alan yaratmayı tercih etmiştir. Bu yöntem yoksul kişiler için önemli bir imkân gibi gözüktse de uygulanması için bu kişiler iyi organize olmaları, uygun kaynağa sahip olmaları ve sürece içkin olasılıklar hakkında yeterince bilgilendirilmelerinin gerekli olduğu belirtilmektedir. Keza bu süreç devletin yoksul

⁵⁸⁹ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 46.

kişilere karşı iyiniyetli, sempati ile ve saygılı şekilde yaklaşmasını gerekli kıldığı vurgulanmaktadır. Bununla birlikte eğer devlet mağdur kişilerin ihtiyaçları için yeterince hassas değil ve bu ihtiyaçlara esnek çözümler sunmak niyetinde değil ise, anlamlı ilişki kurmanın o kişilerin ihtiyaçlarına uygun olmayan ve önceden saptanmış bir politikanın icra edilmesine dönüşebileceğine dikkat çekilmektedir. Diğer bir ifadeyle anlamlı ilişki, mağdur kişileri harekete geçirmek için önemli bir imkân ise de bu kişilerin ihtiyaçlarına uygun konutun sağlanmasını garanti etmek için yeterli olmadığı belirtilmektedir.⁵⁹⁰

“Anlamlı ilişki” kavramı sosyal hakların icrası esnasında tarafların mahkemenin emri üzerine zorunlu olarak birbirine danışmasını ifade eder. Ancak bu imkân sosyal hakların icrası bakımından eğer mahkemeler etkin bir gözetim rolü oynar ve devlet organları ile kamuoyunun iyi niyetli, enerjik ve açık şekilde sürece katılmaya hazır olursa sosyal haklar lehine büyük bir potansiyele sahiptir. Bu araç karşılıklı uzlaşmayı kolaylaştıran bir mekanizma sunarak, uyuşmazlık alanlarının daraltır, tansiyonu düşürür, yargılama masraflarını azaltır ve tarafların birbirleriyle pragmatik ve mantıklı bir şekilde ilişki kurabilmesini sağlar. Ayrıca ilişki kurma zorunluluğu dava konusunun adil ve hakkaniyetli olup olmadığı ve kamu yararı bulunup bulunmadığı hakkında maddi bir etki de yaratır.⁵⁹¹

Öte yandan anlamlı ilişki devlet üzerine hak sahiplerinin görüşlerini edinmeye çalışma ve dikkate alma sorumluluğu getiren prosedürel bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu yükümlülük belirli grupların hakedişlerinin esasının tanımlanabileceği ve uygulanabileceği katılımcı bir süreci ifade eder. Bu katılım yoluyla bireyler ve topluluklar sosyal haklarla ilgili karar alma ve öncelik belirleme süreçlerini etkileyebilirler. Ancak karşılıklı katılımın etkili olabilmesi için şeffaflık, hesapverirlik ve cevap verebilirlik gibi demokratik ilkeler ve değerlere uyulması gerekmektedir. Bu

⁵⁹⁰ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 46-47.

⁵⁹¹ Lillian Chenwi, “Democratizing the Socio-Economic Rights-Enforcement Process”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar Garcia, Karl Klare ve Lucy A. Williams, New York, Routledge, 2015, s. 179-181.

bağlamda *Olivia Road* kararı, anlamlı ilişkinin mahkeme hükmünün geliştirilmesi ve şekillendirilmesi sürecini demokratikleştirmede kullanılan başat örneklerden biridir.⁵⁹² Diğer bir ifadeyle anlamlı ilişki kavramı katılımcı demokrasinin ve usuli yargısal hükümlerin hakların icrası sürecini demokratikleştirme kapasitesinin somut bir manifestosudur. Bu yöntem mahkemelerin, yurttaşların ve siyasi organların her birinin anayasanın anlamını müzakere etmeye katıldığı bir iş birliğine dayanan anayasal gelişmeye denk düşer.⁵⁹³

Yukarıdaki yargısal denetim tipolojisi açısından *Olivia Road* kararı, *Porth Elizabeth* kararı ile birlikte, “deneyselci” denetim modelinin tipik bir örneğidir. Zira tarafların anlamlı bir ilişki kurmasına hükmetmek ile Mahkeme yargısal fonksiyonu merkezileşmekten uzaklaştırarak, tarafların kendi menfaatlerini kendi bakış açılarından ifade edebilmelerini mümkün kılan bir süreç geliştirmiştir. Böylece Mahkeme hem tarafların uyuşmazlığı aydınatabileceği ve çözüm için müzakerede bulunabileceği süreci gözlemleyebilme imkânı edinmiş, hem de aynı zamanda önceden siyasi denetimden bağışık olan kamu otoritelerinin stratejileri ve amaçlarını gerekçelendirmeye mecbur kılmıştır. Bu bağlamda karar gereği yapılan anlaşma, her ne kadar geçici de olsa, belirgin şekilde davacıların menfaatine sonuçlanmıştır.⁵⁹⁴

Son olarak *Olivia Road* kararı, alternatif uyuşmazlık çözümü süreçlerinin esnekliği ile geleneksel yargılama yetkisi veren kamu hukuku normunu bir araya getiren hibrit bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak nitelendirilmektedir. Buna göre GAAM’nin devleti mağdur kişiler ile anlamlı bir ilişki kurarak bir müzakere süreci geliştirmeye hükmetmesi, alternatif uyuşmazlık çözümü süreçlerinin kamu hukuku normları geliştiremeyeceği iddiasının doğru olmadığını; aksine alternatif uyuşmazlık

⁵⁹² Lillian Chenwi, “Democratizing...”, a.g.e., s. 182, 185.

⁵⁹³ Brian Ray, “Proceduralisation’s Triumph and Engagement’s Promise in Socioeconomic Rights Litigation,” *South African Journal on Human Rights*, C. 27 (2011), s. 109, 114.

⁵⁹⁴ Young, a.g.e., s. 153-154.

çözümü süreçlerinin norm yaratma potansiyeli ile ilgili taleplerin sosyal hakların ayasaya uygunluk denetimi bağlamında geliştirilebilme potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda *Olivia Road* kararının sosyal hakların icrasında önemli bir gelişmeye işaret ettiği; anlamlı ilişki kavramı düzgün uygulandığı takdirde hibrit bir alternatif uyuşmazlık çözümü modeline dönüşebileceği ve bu modelin alternatif uyuşmazlık çözümü süreçlerini, geleneksel yargılama yöntemi ile birleştirerek hükümün meşruluğunu güçlendirebileceği belirtilmektedir. Keza bu hibrit sürecin sosyal hakların icrası için özellikle uygun olduğu çünkü geleneksel yargılama usulünden daha demokratik olduğu gibi, sosyal hakların doğurması muhtemel kaygılara karşı daha esnek ve duyarlı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁵ Bu yöntemde mahkeme uyuşmazlığın kapsamının ötesinde değerler yaratmaya teşebbüs etmekte ve fakat belirli bir davadaki uygun çözümü de teşvik etmektedir. Bu bakımdan tam olarak bu hibrit niteliğin GAAM'nin deneyselci tutumunu kuvvetlendirdiği; çünkü mahkemenin zayıf tarafın güç dengesizliğini düzeltme girişimlerinin birçok zorlukla karşı karşıya olduğu ve taraflar arasında bir düşmanlık bulunması halinde anlamlı müzakerede bulunmanın çok zor olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁹⁶

İkinci dalganın bir sonraki adımı, Batı Cape bölgesindeki 4386 hanede yaşayan yaklaşık yirmi bin kişinin, devlet tarafından yaptırılacak ve az gelirli ailelere tahsis edilecek yeni bir konut projesi kapsamında yaşadıkları yerden tahliye edilmelerini konu edinen *Joe Slovo* kararıdır. Bu davada devlet adına sözkonusu projeyi yapan şirket, davacıların yaşadıkları yerden tahliye edilerek yaklaşık on beş kilometre uzaklıktaki bir başka yere geçici olarak yerleşmelerini talep etmiş ve fakat tahliye edilecek kişiler için kalıcı konutun ne zaman ve nerede sağlanacağını kesin olarak belirlememiştir. Davacılar, yapılacak yeni konutların yüzde yetmişinin kendilerine dağıtılmasına yönelik

⁵⁹⁵ Brian Ray, "Extending the Shadow of the Law: Using Hybrid Mechanisms to Develop Constitutional Norms in Socioeconomic Rights Cases", *Utah Law Review*, C. 2009, No. 3 (2009), s. 799-800.

⁵⁹⁶ Young, a.g.e., s. 154-155.

haklı beklentilerinden kaçınmak için tahliye yoluna gidildiğini; kendileri ile hiçbir anlamlı ilişki kurulmadığını ve gitmeleri istenen yerin uzaklığı ve yeterli sosyal imkânlarının bulunmaması gibi sebepler yüzünden tahliyenin kendileri için kaydadeğer bir güçlüğe yol açacağını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesinin bu davayı karara bağlaması on ay gibi nispeten uzun bir zaman almış ve hüküm ancak beş ayrı gerekçe ile verilebilmiştir. Neticede Mahkeme davacıların tahliye sonrası yaşayacakları geçici yerleşim bölgesinde gerekli imkanların kırk beş hafta içinde sağlanması şartıyla tahliye kararını onaylamış ve aynı zamanda bu geçici barınmanın tahliye anında hazır ve mevcut olmasını emretmiştir. Öte yandan karar tahliye edilecek bölgede yapılacak yeni konutların -1500 konuttan daha az olmamak kaydıyla- yüzde yetmişinin davacılara tahsis edilmesinin sağlanmasını ve kamusal makamların tahliye edilecek her bir meskendeki yerleşimcilerle anlamlı ilişki içine girmesini emretmiştir.⁵⁹⁷ Dolayısıyla bu karar idarenin uzun vadeli şehir planlarının, bireylerin bazı kısa vadeli zorlukları pahasına makul biçimde gerçekleştirilmesine onay vermiştir.⁵⁹⁸

Benzer bir yaklaşım Johannesburg yakınlarındaki bir gecekondu bölgesi sakinlerinin, konut hakkının bir parçası olarak yeterli tuvalet ve sokak ışığı hakkını talep ettiği *Nokotyana* davasında görülmektedir. Bu dava Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeden önce ilgili belediye kendi yetkisi içindeki gecekondu bölgelerinde her on hane için bir tuvalet sağlamayı kararlaştırmış, yerleşimciler bunun makul olmadığını ve ilgili mevzuat gereği her bir ya da iki hane için bir tuvalet sağlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi acil durum/olağanüstü hal içerisinde bulunmadıkları için davacıların iddialarının uygulanabilir olmadığına; dolayısıyla doğrudan anayasaya aykırılık iddiasında bulunamayacaklarına karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme bölgesel hükümetin

⁵⁹⁷ Young, a.g.e., s. 160; Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 48.

⁵⁹⁸ Young, a.g.e., s. 122.

gecekondü bölgesini iyileştirmekle ilgili bir karar almamasının davacıların zor durumunun kökten sebeplerinden biri olduğunu vurgulayarak, karar tarihinden itibaren on dört ay içerisinde bölgesel yönetimin buna ilişkin bir karar almasını emretmiştir.⁵⁹⁹

Nokotyana kararı Anayasa Mahkemesinin önceden mevcut olan devlet politikasının tanımlamak ve onun düzgün uygulanmasını enretmek suretiyle sosyal hakların gerçekleştirilmesinin bir diğer örneği olarak değerlendirilmekte ve Mahkemenin idarenin kararlarını *Grootboom* tarzı bir esastan makullük denetimine başvurarak değerlendirme yetkisini kullanmaktaki isteksizliğini sergilediği belirtilmektedir. Bu bağlamda davacılar iddialarını alınmasını istedikleri belirli, somut ve saptanmış talepler üzerine inşa etmiş, devletin aldığı tedbirlerin yeterliliği üzerinde daha az durmuşlardır. Oysa kendini devletin eylemlerinin makullüğünü denetlemeye sınırlandıran Mahkemenin, belirli bir hakkın gerçekleştirilmesi için atılacak detaylı adımlara ilişkin iddialara yanıt vermesini beklemenin gerçekçi olmadığı belirtilmektedir.⁶⁰⁰

Mahkemenin negatif hak ihlallerini dikkate alarak yeni bir hakkı —elektrik hakkı— anayasanın içinden çekip çıkardığı bir sonraki adımı ise *Joseph* kararıdır. Davanın konusu Johannesburg’un güneyinde ikamet eden davacıların elektriğinin, ödedikleri kira elektrik bedelini de kapsamasına rağmen, şehrin elektriğini tedarik eden şirket tarafından kesilmeden önce kendilerine uyarıda bulunmamasının hukuka uygun olup olmadığıdır. Söz konusu şirket elektriği kesmeden önce mülk sahibine bildirimde bulunmuş, ancak ne mülk sahibi ne de şirket kiracılara herhangi bir ikazda bulunmamıştır. Davacılar elektriğin hukuka aykırı şekilde kesildiğini çünkü anayasal konut hakkının uygun şartlarda elektrik hakkını da kapsadığını; şartlar uygunken mesken olarak kullanılan bir taşınmazda elektriğin kesilmesinin konut hakkını ihlal ettiğini ve en azından kesme kararı alınmadan önce usuli gerekliliklerin yerine

⁵⁹⁹ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 50-51.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, s. 51-52.

getirimesini istemeye hakları olduğunu ileri sürmüşlerdir. Elektrik şirketi ise kiracıların kendisine karşı icra edilebilir elektrik hakkına sahip olmadığını; mülk sahibinin aralarındaki sözleşme gereği elektrik alma hakkına sahip olmasına karşın, kiracıların doğrudan böyle bir sözleşme ilişkisi içinde olmadıklarından elektriği bir hak olarak talep edemeyeceklerini iddia etmiştir.⁶⁰¹

Mahkeme konut hakkının elektrik hakkını da kastedip etmediğini dikkate almamış ve fakat Johannesburg Belediyesinin anayasa gereği bazı kamu hizmetlerini sağlama yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan ilgili yasal mevzuat gereği kiracıların diğer herkes gibi elektrik alma hakkına sahip olduğuna ve davalı şirketin en azından davacıların elektriğini kesmeden önce susuli olarak hakkaniyetin gereğini yerine getirmek zorunda olduğuna hükmetmiştir. Bu bağlamda Joseph kararı elektrik almayı anayasal bir hak olarak tanıması bakımından sosyal hakların yorumu ve icrasında önemli bir gelişmedir. Bu hakkın devlet üzerine yüklediği pozitif edimleri tanımlaması ve icra etmesi zor olsa da, karar hakkın negatif boyutunu dikkate alarak elektrik sağlayıcılarının hesap sorulabilirliği için yeni bir kapı aralamıştır. Zira karar hizmet sağlayıcıların kullanılmakta olan elektriğe müdahale etmeden önce usuli gereklilikleri yerine getirmek ve bir işlem ya da eylemden önce en azından usul bakımından hakkaniyeti gözetmek zorunda olduklarını ortaya koymuştur. Ayrıca bu karar uygunsuz fatura ve buna dayanarak elektriğin kesilmesi uygulamalarının denetimi olasılığında yol açabilecektir. Nitekim 2010 yılında 420 az gelirli ailenin elektriğinin *Joseph* kararında ortaya konan içtihadı dayanarak yeniden sağlandığı belirtilmektedir.⁶⁰²

Mahkemenin ikinci dalgada yeni bir hak ihdas ettiği diğer bir karar ise *Abahlali baseMjondolo* davasıdır. Bu davada Mahkeme KwaZulu-Natal bölgesinde kabul edilen gecekondularla ilgili bir kanununun (Eelimination and Prevention of Re-Emergence of

⁶⁰¹ *Ibid.*, s. 52.

⁶⁰² *Ibid.*; <https://www.escr-net.org/docs/i/1545303>.

Slums Act) anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. 2007 tarihli bu kanunun 16. maddesi bölgesel yönetimin hukuka aykırı biçimde bir yeri işgal eden her yerleşimcinin tahliyesini tek bir ikaz ile belirleyeceği süre içerisinde gerçekleştirmesine imkân vermektedir. Bölge sakinleri bu düzenlemenin anayasal konut hakkını zayıflattığını ve anayasaya aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme sözkonusu hükmü konut hakkı bakımından anayasaya aykırı bulmuş; mevzu hukukun gecekonduların tahliyesi için onurlu bir çerçeve çizdiğini ve dava konusu hükmün bu çerçeveye uygun biçimde yorumlanamayacağını belirtmiştir.

Abahlali davası zorla tahliye edilmek istenen gecekondulu sakinlerinin meydana getirdiği güçlü bir sosyal hareketin başarısıdır ve demokrasiye geçiş sonrasında yoksul kişilerin en iyi organize olduğu hareket olarak nitelendirilmektedir.⁶⁰³ Mahkeme karar verirken zorla tahliyenin normalde bütün diğer makul alternatifler müzakere yoluyla irdelendikten sonra başvurulacak son çare olması gerektiğini; mümkün olduğu takdirde gecekonduların bulundukları yerde iyileştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin bu vurgusu anayasal konut haklarının korunmasını isteyen yoksul kişiler için görece yeni haklara icazet vermiştir. Çünkü *Abahlali* kararından sonra gecekondulu sakinlerinin durumunu iyileştirmeyi dikkate almamak, muhtemelen zorla tahliye kararının denetlenmesini mümkün kılacaktır. Ayrıca yoksul insanlar eğer varsa zorla tahliye yerine alternatif tedbirler teklif edebileceklerdir. Bu nedenle *Abahlali* kararının, aşamalı olarak da olsa, konut hakkının kapsamını ve içeriğini geliştirdiği belirtilmektedir.⁶⁰⁴

Mahkemenin çok tartışma yaratan bir sonraki adımı Güney Afrika’da ilk kez “su hakkı”nın dava konusu edildiği *Mazibuko* kararıdır. Bu kararın Mahkemenin sosyal

⁶⁰³ Jackie Dugard, Tshepo Madlingozi ve Kate Tissington, “Rights-Compromised Or Rights-Savvy? The Use Of Rights-Based Strategies To Advance Socio-Economic Struggles By Abahlali Basemjondolo, The South African Shack-Dwellers’ Movements”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar García et. al., New York, Routledge, 2015, s. 35.

⁶⁰⁴ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 54.

hakların nicelleştirilmesi/ölçülmesinden kaynaklanan bir sonuç olduğu; Mahkemenin yargılamada tercih ettiği denetim modelinin dava konusu sosyal hakkın (su hakkı) yargısal olarak yönetilebilirliğine göre değiştiği; bu bağlamda su hakkının, eğitim veya sağlık hakkının aksine, ölçülebilir/niceliği tespit edilebilir bir hak olduğu; kişi başına düşen litre miktarı yoluyla belirlenen temiz suya erişme hakkının, kolaylıkla ölçülebilen bir meta olması dolayısıyla diğer sosyal haklardan belirgin şekilde ayrıldığı ve netice olarak miktarı ölçülen suya erişim hakkının, ölçülemeyen diğer haklardan yargısal olarak daha fazla yönetilebilir olduğu belirtilmektedir.⁶⁰⁵

Mazibuko davasında Johannesburg Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisindeki Soweto şehrinin Phiri mahallesinde yaşayan beş yoksul kişi, Belediyenin sağladığı ücretsiz temiz su miktarının yetersizliğini kamu yararı adına dava etmiş; her haneye verilecek su miktarının hane halkı sayısı dikkate alınmaksızın aylık 6 kilolitreyle (altı bin litre) sınırlandırılmasının makul olmadığını; Belediyenin ücretsiz su politikasının yoksulların ihtiyacını karşılamak için yetersiz olduğunu ve Anayasanın herkesin yeterli suya erişim hakkını koruma altına alan m. 27/1/b hükmüne aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Öte yandan davadaki diğer mesele idare tarafından Phiride kurulan ön ödemeli su sayaçlarının hukuka uygun olup olmasıdır. Davacılar belediyenin uygulamasının kişi başına düşen günlük su miktarının 25 litre üzerinden hesaplanmasına dayandığını, oysa uluslararası standartların insan onuruna yaraşır günlük kişisel su miktarını asgari 50 litre olarak tavsiye ettiğini belirtmiş; ayrıca aylık altı kilolitre su kararının her hanede sekiz kişi yaşadığı varsayılarak hesaplandığını, oysa Phiride genellikle bir hanede on beş veya daha fazla sayıda kişi yaşadığını belirtmiştir. Sonuçta hem ön ödemeli sayaçlar hem de günlük 25 litrelik program ikisi birlikte, her ayın ortası dahi gelmeden davacıların ücretsiz sularının tükenmesine ve su

⁶⁰⁵ Young, a.g.e., s. 184.

parası ödemeye güçleri olmadığı için yıkanma, yemek yapma, içme ve temizlik için gerekli su ihtiyaçlarını karşılayamamalarına sebep olmuştur.⁶⁰⁶

Anayasa Mahkemesinden önce davanın görüldüğü Yüksek Mahkeme (High Court) ve Yüksek Temyiz Mahkemesi (Supreme Court of Appeal) uyuşmazlığı benzer şekilde çözümlenmiştir. İlk olarak Yüksek Mahkeme günlük 25 litre suyun davacıların temel ihtiyaçlarını karşılamak, insan onuruna yaraşır şekilde yaşamak ve sağlıklarına yönelik tehditlerden kaçınmak için yetersiz olduğuna karar vermiş ve Johannesburg Belediyesinin her bir kişiye günlük 50 (elli) litre ücretsiz su sağlamasını emretmiştir. Ardından Yüksek Temyiz Mahkemesi de suya erişim hakkının ölçülebilir ve belirli bir hak olduğunu onaylamış ancak günlük asgari su miktarının 42 litre olarak kararlaştırmıştır. Her iki kararın da su hakkının nicelleştirilmesi ile uyum içerisinde olduğu ifade edilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu anlayışı benimsememiş, su hakkının niceliksel özelliğini dikkate almamış ve idarenin kararına riayet etmeyi tercih etmiştir.⁶⁰⁷ Karar Belediyenin ücretsiz su programının makul sınırlar içinde olduğuna ve Anayasasının 27'nci maddesi veya su hizmetlerini düzenleyen ulusal yasal düzenlemelere aykırı olmadığına; Phiri'de kurulan ön ödemeli su sayaçlarının da hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme davacıların idarenin su politikasının makul olmadığına ilişkin iddialarını reddederken, idarenin aslında yurttaşlara belirli oranda ücretsiz su sağlamak gibi bir anayasal zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Ayrıca hane halkı sayısının farzedilenden fazla olduğu meskenlere (örneğin davacılardan Bayan Mazibuko'nun yaşadığı yerde yirmi kişi vardır) verilen ücretsiz suyun yetersiz olduğu iddiasını, devletin kişi başına düşen su miktarını evrensel olarak belirlemesinin idari bakımdan çok zor olduğu gerekçesiyle kabul etmemiştir. Karar davacıların ön ödemeli su sayaçlarının hukuka

⁶⁰⁶ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 55.

⁶⁰⁷ Young, a.g.e., s. 184-185.

aykırılığı iddialarını da reddetmiştir. Mahkeme ilgili mevzuatı çok sınırlayıcı ve şekilci bir okuma ile yorumlayarak, ön ödemeli sayaçların kurulmasının yerel yönetimin vatandaşlara sürdürülebilir hizmet sunması bağlamında makul bir işlem olduğu ve idarenin fonksiyonlarını etkili biçimde yerine getirmesi kapsamında olan bu sayaçları kurmaya yetkili olduğuna hükmetmiştir.

Mahkemenin bu tutumu *Grootboom* kararı ile benimsediği “makullük” ölçütünden belirgin bir geri adım olarak değerlendirilmektedir. Çünkü Mahkemenin davacıların gerçekten vahim seviyede yoksul kişiler olduğuna, özellikle temizlik için kullanılan suya erişiminin yetersiz olduğuna ve bu nedenle büyük su sıkıntısı çektikleri gerçeğine çok az önem verdiği; davacının içinde bulunduğu bu gerçek şartlar üzerinde kararda neredeyse hiç durulmadığı belirtilmektedir. Mahkeme *Grootboom* kararında yaptığı gibi idarenin dava konusu hakkın gerçekleşmesini kolaylaştırabilecek makul bir program olup olmadığını sorgulamamış; bunun yerine idarenin davacıların yaşadığı bölgeye su sağlarken karşılaştığını iddia ettiği zorluklara ilişkin bürokratik verilere odaklanmıştır.⁶⁰⁸

Mazibuko kararının Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların temelini oluşturan normatif ölçütleri anayasa ışığında yorumlamadaki özel sorumluluğundan kaçınmasını temsil ettiği belirtilmektedir. Gerçekten de Mahkemenin *Grootboom* ve *TAC* kararlarında kabul ettiği “makullük” ölçütü devlet eylemlerinin Anayasada güvence altına alınan sosyal haklar ışığında değerlendirilmesi gerektiğini emrederken, *Mazibuko* kararı ile Mahkeme makullük ölçütünü fazla esnek, soyut ve bağlam dışı bir ölçüt olarak kullanmayı tercih etmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme bu karar ile devletin politika tercihleri ile oldukça uyumlu bir denetim benimsemiş, önceki içtihadlarında benimsediği denetim ölçütünü belirgin biçimde dar yorumlamayı tercih etmiştir. Dolayısıyla *Mazibuko* kararı ile makullük ölçütü adeta anlamsızlaşmıştır.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 55-56.

⁶⁰⁹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 469-470; Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 56.

Mazibuko kararının devlete sosyal hakların gerçekleştirilmesinin esas aracı olarak alınacak yasal ve diğer bütün tedbirleri belirlemede geniş bir serbesti sağladığı; bunu yaparken ise Mahkemenin herkesin sosyal haklara erişimini garanti altına alan normatif kriterler karşısında devletin eylem ve işlemlerinin makul olup olmadığını esastan denetlemekte kendine çok asgari bir rol biçerek daha önceki içtihadından geri adım attığı ve Anayasanın 26 ve 27. maddelerinin üstlendiği analitik işlevi kayda değmez bir orana düşürdüğü belirtilmektedir. Zira Mahkeme bu hükümleri devletin münhasıran sosyo-ekonomik alanda makul tedbirler almasını zorunlu kıldığı şeklinde yorumlamıştır. Oysa makullük denetiminin hassas bir denetim ölçütü olması, bir davanın somut şartlarında hak taleplerinin esas bakımından da denetlenemeyeceği anlamına gelmediği ifade edilmektedir.⁶¹⁰

Mazibuko kararında benimsenen uyumlu ve normatif olarak ince makullük kavramının, sosyal hakların yargısal denetiminin Güney Afrika'da demokrasiye geçişle birlikte hedeflenen dönüştürücü sosyal değişime anlamlı bir şekilde katkıda bulunması kapasitesini zayıflattığı; Mahkemenin yoksulluk ve sosyal mahrumiyete karşısındaki duyarlılığının davacıların hakkaniyet ve eşitlik itirazlarına ilişkin analize hâkim olan biçimcilik tarafından zayıflatıldığı vurgulanmaktadır. Bu bakımdan Mahkemenin Güney Afrika'nın ihtiyaç duyduğu temel sosyal ve ekonomik reformlara öncülük edebilecek normatif ölçütlere evrilme potansiyeline sahip önceki içtihadını terkederek, bu ölçütleri mümkün olan en dar biçimde yorumlaması ve idarenin işleminin davacılar üzerindeki etkisini yapay bir şekilde analiz etmeye girişmesi büyük talihsizlik olarak değerlendirilmektedir.⁶¹¹

⁶¹⁰ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 470.

⁶¹¹ Liebenberg, *Socio-Economic Rights...*, a.g.e., s. 480.

Nihayet *Mazibuko* kararı sosyal haklar literatüründe Alman Anayasa Mahkemesinin 2010 tarihli *Hartz IV*⁶¹² kararı ile karşılaştırılmaktadır. Her iki kararın da sosyal hakların icrası bakımından benimsedikleri yargısal tereddüt bakımından benzeştiği ve bu iki kararın karşılaştırılmasının hakların nicelleştirilmesi ve yargısal denetim arasındaki gerilimi berrak biçimde yansıttığı belirtilmektedir.⁶¹³ Bu nedenle sözkonusu karşılaştırmaya değinmek gereklidir.

Alman Anayasa Mahkemesi *Hartz IV* kararı ile sosyal hakların uygulanmasında yargı organının dâhil olmasının, yasama organının yetki alanını gasp etmeden mümkün olabileceğinin başarılı örneklerinden birini sergilemiştir. Mahkeme, sosyal yardım miktarını azaltan bir yasal düzenlemeyi yasama organının anayasanın sosyal devlet ve insan onuru ilkelerinden türeyen asgari ücret yardımı hakkına saygı duymadığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur. Dava konusu yetişkin ve çocuklara ödenen işsizlik ödeneği miktarının yeterli olup olmadığıdır ancak mahkeme burada, söz konusu parasal miktarın yeterli olup olmadığını değerlendirmemiş, bunun yerine yasama organının bu miktarı azaltmasında uyguladığı usule ilişkin daha teknik bir denetim yapmıştır. Mahkeme yasama organının uyguladığı istatistiksel yöntemin dikkatli bir analizini yaparak bu yöntemden ortaya çıkan sayısal yararın insan onuruna aykırı olduğuna; bu nedenle de parlamentonun insan onuruna uygun bir asgari geçim miktarı tespit etmek için yeni bir süreç başlatmasına hükmetmiştir. Her ne kadar Mahkeme sosyal yardım miktarının nicelik olarak ne olması gerektiğini söylemese de yasama organı tarafından işletilen mekanizmanın anayasal sorgudan geçemediğini belirtmiştir.

⁶¹² BVerfG, Judgment of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09 - Rn. (1-220), http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html (Erişim: Ocak 2016)

⁶¹³ Young, a.g.e., s. 186-187.

Böylelikle mahkeme yasama organını sayısal miktarın yeniden hesaplanmasını gerektiren bir usule zorlayarak başvuruclara güçlü bir tedbir sağlamıştır.⁶¹⁴

Alman Anayasa Mahkemesine göre esas bakımından yapabileceği denetim söz konusu sosyal yardımın gerçekte uyumlu olup olmadığının, makul ve bilimsel bir yöntem benimseyip benimsemediğinin incelenmesi ile sınırlıdır. Bu bağlamda mahkeme misyonunun, dava konusu sosyal yardım miktarının belirlenirken uygulanan usulün denetlenmesi olduğunu belirterek, böyle bir denetim için dört yönlü bir metot ile uygulamıştır. Buna göre Mahkeme yasama organının a) amacının insan onuruna yaraşır bir miktar belirlemek olduğunu tanımlayıp tanımlamadığı, b) asgari yardım miktarının belirlenmesine uygun bir hesaplama yöntemi seçip seçmediği, c) gerçekleri tam ve düzgün olarak tespit edip etmediğinin ve d) seçilen usul ve ilkelerdeki bütün hesaplama aşamalarında doğruluğu ispat edilebilir sınırlarda kalıp kalmadığını incelemiştir.⁶¹⁵ Böylece Alman Anayasa Mahkemesi, muhtemelen kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmeme kaygısıyla, yasama organının sosyal yardım miktarını belirlemesinin rastgele tahminlerden ziyade ampirik ve uygun yöntemlere dayanması gerektiğinden yola çıkarak, anayasaya uygun yorum yöntemini uygulayarak anayasaya aykırı bulduğu hükümleri iptal etmemiş ve fakat anayasaya aykırı bulduğu düzenlemeyi yasama organına tekrar değerlendirmesi için geri gönderilmesine karar vermiştir.⁶¹⁶

Hartz IV ile *Mazibuko* kararları arasında yapılan karşılaştırma, sosyal hakların yargısal denetiminde kullanılan çeşitli denetim ölçütleri üzerindeki büyük bir tartışma

⁶¹⁴ Davis, a.g.e., s. 1028-1029; Katrougalos & O’Connel, a.g.e., s. 383; Tushnet & Gonzalez-Bertomeu, a.g.e., s. 114.

⁶¹⁵ “The Federal Constitutional Court hence examines whether the legislature has covered and described the goal to ensure an existence that is in line with human dignity in a manner doing justice to Article 1.1 in conjunction with Article 20.1 of the Basic Law, whether within its margin of appreciation it has selected a calculation procedure that is fundamentally suited to an assessment of the subsistence minimum, whether, in essence, it has completely and correctly ascertained the necessary facts and, finally, whether it kept within the bounds of what is justifiable in all calculation steps with a comprehensible set of figures within this selected procedure and its structural principles.” (1 BvL 1/09, §143.)

⁶¹⁶ Young, a.g.e., s. 186.

sahasına –kuvvetler ayrılığı- ışık tutmaktadır. Zira karşılaştırmalı çalışmalar göstermektedir ki kuvvetler ayrılığı doktrini, anayasa mahkemelerindeki yargılamada gerçekte olanları açıklayamaz. Çünkü mahkemelerin gerçekte ne yaptıkları, bilerek ya da bilmeyerek karar alırken kullandıkları değerler, varsayımlar ve duyarlılıklarına bağlı olduğu ifade edilmektedir.⁶¹⁷ Bu bağlamda iki karar arasındaki temel farkın kuvvetler ayrılığı kaygısı değil daha ziyade seçilen yargısal denetim modelinden kaynaklandığı; diğer bir ifadeyle iki kararda sergilenen birbirinden tamamen farklı tutumun, mahkemelerin devletin uyguladığı politikaları gerekçelendirmek için sunduğu kanıtları irdeleme ve buna ilişkin denetim ölçütü ve hüküm geliştirmedeki yaratıcılık dereceleri ile alakalı olduğu belirtilmektedir.⁶¹⁸

Her iki kararın ortak niteliği bir sosyal hakkı gerçekleştirmek için yapılan yasal düzenlemenin ya da bir yürütme işleminin anayasaya uygunluğunun denetlenmesini esnasındaki temel sorunun devletin sözkonusu programının hedef kitleye ya da hak sahiplerine anayasal olarak güvence altına alınan sosyal emtiayı sayısal (niceliksel/kantitatif) olarak ölçülebilen miktarda yeterince sağlayıp sağlamadığıdır. Bu tip davalarda temel kaygı mahkemenin niteliği gereği niceliksel olan kanıtları nasıl ele alacağıdır. Bu bağlamda iki karar da devlet organlarının sosyal hakları gerçekleştirmeye yönelik eylemlerine ilişkin yargısal gözetim ve yargının rolü bakımından ortaya çıkan kaygıyı berrak biçimde yansıtmaktadır.⁶¹⁹

Mazibuko ile *Hartz IV* kararları niceliksel nitelikleri gereği pek çok sorunu barındırmaktadır ve bu iki kararın karşılaştırması bu sorunlara verilecek cevapların kolayl olmadığını göstermektedir. Diğer bir ifadeyle bu iki karar üzerine odaklanmak sosyal haklarla ilgili davalarda tekerrür eden şu temel soruna cevap vermeye yardımcı

⁶¹⁷ Lucy A. Williams, “Role of courts in the quantitative-implementation of social and economic rights”, *Constitutional Court Review*, No. 3 (2010), s. 142.

⁶¹⁸ Young, a.g.e., s. 187.

⁶¹⁹ Williams, “Role of courts...”, a.g.e., s. 143.

olabilir: su, besin, barınma vb. gibi sosyal emtialara ilişkin bir anayasal sosyal hakkı gerçekleştirmek için tasarlanan bir sosyal program, devletin anayasal yükümlülüğü gereği sağlamak zorunda olduğu o sosyal emtianın miktarına bağlı ise, mahkemeler ne ölçüde devletin verilerini ve hesaplama yöntemlerini soruşturabilir, açıklamasını isteyebilir ve/veya ikinci bir tahmide bulunabilir?⁶²⁰ Bu soruna yanıt ararken Alman Anayasa Mahkemesi, Güney Afrika Anayasa Mahkemesine göre çok daha ileri gitmiştir. Bu ise her iki mahkemenin benimsediği “rol anlayışı”na ve bu rol anlayışına ilişkin “yargısal denetim modeli”ne bağlanabilir.

Alman Anayasa Mahkemesi “emredici denetim” modelini uygulamayı tercih etmiştir ki bu model sosyal haklardan kaynaklanan pozitif edimlerin icrası için mahkemelere bir kanun ya da idari düzenlemenin iptal edilmesi dışında hükümler tesis etme imkânı da yer veririr. Yani doğrudan hak ihlaline neden olan düzenlemenin iptal etmek yerine, emredici denetim modelini uygulayan bir mahkeme dava konusu düzenlemeyi değiştirerek anayasaya uygun bulabilir. Diğer bir ifadeyle böyle bir mahkeme dava konusu düzenlemeyi hukuk düzeninden koparıp ayırmak yerine onu yeni bir okuma ile düzeltmeyi tercih edebilir. Nitekim *Hartz IV* kararında tercih edilen yöntem tam olarak budur. Fakat önündeki açık niceliksel soruna rağmen GAAM böyle bir değerlendirme yapmayı tercih etmemiştir.⁶²¹

Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin sosyal haklarla ilgili son içtihadı 2011 yılında verdiği *Blue Moonlight* kararıdır. Uyumlu/itaatkâr denetim modelinine güçlü bir geri dönüş yaptığı *Mazibuko*’nun ardından *Blue Moonlight* kararı ile Mahkeme sosyal hakları korumakta yeniden hakları genişletici bir tutum benimsemiştir. *Blue Moonlight* kararının konusu, özel mülk sahipleri tarafından yaşadıkları yerden zorla tahliye edilen yoksul kişilerin idarenin geçici konut programına kabul edilmemesine ilişkin işlemin

⁶²⁰ Williams, “Role of courts...”, a.g.e., s. 181-182.

⁶²¹ Young, a.g.e., s. 162, 187.

anayasada düzenlenen konut hakkına (m. 26/2) aykırı olup olmadığıdır. Karar cesur bir adım atarak Mahkemenin konut hakkı içtihadını kritik noktalarda geliştirmiş ve *Grootboom* davasında benimsenen yorum yönteminin gücünün ve özelliğinin bir kez daha altını çizmiştir.⁶²² Belediyenin sadece güvenli olmayan yerlerden tahliye ettiği kişilere geçici konut sağlayan ve fakat özel mülk sahipleri tarafından tahliye edilen kişileri bundan dışlayan programı, zorla tahliyenin bir sonucu olarak konut krizi içinde bulunan herkesin faydalanması için kabul edilen acil durum konut politikasına ilişkin ulusal yasal düzenlemeye rağmen kabul edilmişti. İdare bu düzenlemeyi dar yorumlayarak özel mülk sahipleri tarafından yaşadıkları yerlerden tahliye edilen kişiler için acil konut sağlamak zorunda olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme ise daha geniş bir yorumla idarenin bu uygulamasının Anayasa m. 26/2 bağlamında makul olmadığına; zorla tahliye evsiz kalmaya yol açacağı ölçüde bir kişinin evinden çıkartılmasının idarenin ya da özel mülk sahibinin talebi üzerine gerçekleşmesinin bir önemi olmadığına ve idarenin özel mülkiyet sahipleri tarafından tahliye edilen kişilere de konut sağlamak zorunda olduğuna hükmetmiştir.⁶²³

3. Değerlendirme

Sosyal haklar szkonusu olduğnda Güney Afrika akla ilk gelen ülkelerin başını çekmektedir. Elbette bu şöhret, ülkenin yaşadığı onca acı tecrübenin ardından yargı organının devletin pozitif edimlerde bulunma yükümlülüğünü ciddiye almaya gayret etmesinden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar GAAM'nin yukarıda zikredilen içtihadı kimi zaman cesur kimi zaman ise haddinden fazla çekingen bir nitelik arz etmekteyse de, mahkemenin kısa ömrüne rağmen dünyanın geri kalanında bu kadar çok dikkat çekmesi ve her kararının pür dikkat incelenmesi takdire şayandır. Güney Afrika demokrasiye

⁶²² Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 60.

⁶²³ *Blue Moonlight* § 67, 95.

geçiş sosyal adaletten ayrı görmemiş, bu süreçte yargıların üzerinde düşen sorumluluk da şu veya bu biçimde sosyal adaletin tesisinde normatif sonular doğurmuştur.

Güney Afrika'da yeni anayasanın verdiği heyecanla başlayan sosyal hakları koruma girişiminin, büyük eşitsizlikler ve derin yoksulluğa çözüm bulunamaması halinde Güney Afrika projesinin başarısız olacağına yönelik yaygın inançtan kaynaklandığı belirtilmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu hedefle verdiği ilk içtihattan bu yana, ülkede ekonomik dönüşümde çok sınırlı bir ilerleme kaydedildiği, ülkenin çoğunluğu siyahi olan yoksul kesiminde işsizlik, eğitim ve barınma gibi temel ihtiyaçların hala eksik kaldığı, hatta Güney Afrika'da şu andaki eşitsizliğin demokrasiye geçiş öncesinden daha fazla olduğu ifade edilmektedir.⁶²⁴ Diğer bir ifadeyle Güney Afrika'da anayasal demokrasiye geçiş, maalesef geniş insan sınıflarının karmaşık bir yoksulluk, eşitsizlik ve ikinci sınıfa itilme ağı yüzünden hala toplumun bütün alanlarına aktif olarak katılamaktan dışlanmasını ortadan kaldıramamıştır.⁶²⁵

B. KOLOMBİYA

Kolombiya, 1991 tarihli Anayasası ile kurduğu Anayasa Mahkemesi sayesinde karşılaştırmalı anayasa hukuku alanında daha çok zikredilmeye başlamıştır. Çünkü Kolombiya Latin Amerika'da anayasa yargısının iyi çalıştığı nadir örneklerden biri olarak gösterilmektedir. Hatta Kolombiya'nın anayasa yargısı deneyimi hukuk ve demokrasi arasındaki bağlantıyı anlamaya çalışmak bakımından ilham verici bir örnek olarak nitelendirilmektedir. Ülke uzun bir süre boyunca şiddetli iç çatışmalara sahne olmuş, devletin gerilla ile mücadelesi yanında yasadışı uyuşturucunun üretim ve ihracatı ile körüklenen çatışma ortamında kamu kurumlarının dürüstlüğü ve etkinliği zedelenmiştir. Anayasa Mahkemesi içinde doğduğu bu olumsuz şartlara rağmen çarpıcı

⁶²⁴ Wilson ve Dugard, a.g.e., s. 35.

⁶²⁵ Liebenberg, **Socio-Economic Rights**..., a.g.e., s. xxi.

biçimde sıradan insanların adalete erişmesine katkıda bulunmuş ve ulusal kamu politikasının önemli veçhelerini şekillendirmek ve etkilemekte belirgin bir etki yaratmıştır.⁶²⁶ Diğer bir ifadeyle Kolombiya Anayasa Mahkemesi (KAM), anayasanın kendisine verdiği *anayasanın bütünlüğü ve üstünlüğünü koruma* görevini (m. 241⁶²⁷) ciddiye alarak kısa zamanda ülke siyasetinde öne çıkan bir aktör olarak kendini göstermiştir. Dokuz üyeden oluşan KAM, kurulduğu günden beri sosyal hakların korunması alanında iddialı adımlar atmıştır. Mahkeme hem norm denetimi hem de bireysel başvurular yoluyla verdiği kararlar ile sosyal hakların ülkedeki en etkin koruyucusu haline dönüştüğü gibi, bu alanda en aktivist ve yaratıcı örneklerden biri olarak dünyanın geri kalanının da dikkatini çekmiştir.⁶²⁸

1. Kolombiya’da Sosyal Hakların Anayasal Seyri

Kolombiya’da sosyal hakların yargısal icrası serüveni esasen 1991 yılında kabul edilen yeni anayasa ve onun kurduğu Anayasa Mahkemesi ile ilintilidir. 1991 öncesi Kolombiya’da 1886 yılında yapılan anayasa yürürlükteydi ve bu anayasada sosyal haklar yoktu. Keza bu dönemde mahkemelerin de sosyal hakların korunması gibi bir kaygısı bulunmuyordu. 1886 Anayasasının yürürlükte kaldığı süre boyunca kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yetkisi ülkedeki en yüksek yargı mercii olan Yüksek Mahkemeye (*Supreme Court*) aitti ve bu mahkeme bölgedeki diğer emsalleri gibi genellikle yasama ve yürütme organlarına itaat ettiği, hakları korumaktan ziyade yasama ve yürütme rasındaki güç dengesi ve anayasa değişikliği gibi daha çok yapısal sorunlarla uğraştığı belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle 1991 öncesi Kolombiya uzun bir

⁶²⁶ Julio Faundez, “Democratization Through Law: Perspectives from Latin America”, **Democratization**, C. 12, No. 5 (2005), s. 758.

⁶²⁷ “The safeguarding of the integrity and supremacy of the Constitution is entrusted to the Constitutional Court in the strict and precise terms of this article.”

⁶²⁸ Magdalena Sepulveda, “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Justice”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 144.

yargısal denetim geleneğine ve belirli ölçüde yargı bağımsızlığına sahip olmasına rağmen, sosyal haklar yargısal olarak icra edilmemiştir. Bunun nedeni 1886 Anayasasının zayıf bir temel haklar bildirgesine sahip olması ve Yüksek Mahkemenin kendi fonksiyonunu bireyin haklarını korumak ve geliştirmek değil, münhasıran devlet organları arasındaki çatışmaları çözmek olarak algılamasında yatmaktadır. Yüksek Mahkeme 1970’lerin sonlarında anayasanın koruyuculuğu rolünü daha ciddiye almaya başlamış ise de ülke 1980’lere gelindiğinde artan şiddet olayları yüzünden bir siyasi krize girmiştir. Geleneksel siyasi kuvvetler meşruiyetlerini kaybederken, uyuşturucu kartelleri, gerilla grupları ve paramiliter organizasyonların arasındaki şiddet yükselmiştir.⁶²⁹

Bu siyasal ve sosyal kriz ortamında en son liberal Başkan adayı Luis Carlos Galan’ın 1989’da öldürülmesinin ardından, diğer başkan adayları yeni bir anayasa yazımı için bir Kurucu Meclis’in toplanmasına karar vermiştir. Şiddet ve çatışma ortamından kurtulmak ve demokrasiyi yeniden inşa etmek için kurulan Kurucu Meclis’te daha önce geleneksel olarak Kolombiya’da siyaset sahnesinden dışlanan dağıtılmış gerilla grupları, yerel topluluklar ve dini azınlıklar gibi çeşitli siyasi ve sosyal güçler önemli bir rol oynamışlardır. Böylelikle daha çoğulcu bir yapıya sahip olan Kurucu Meclis mevcut siyasi kurumlara, özellikle de Kongre’ye güven duymamış, bu nedenle mevcut siyasal kurumları daha güçlü ve çoğulcu bir yapıya kavuşması için ıslah etmeyi amaçlayan yeni anayasayı 1991 yılında kabul etmiştir. Karmaşık ortamda uzlaşma girişimi olarak kabul edilen Anayasa 6 Temmuz 1991’de yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar otuzun üzerinde değişiklik geçirmiştir. 1991 Anayasası siyasi katılmayı genişletecek mekanizmalar kurmuş, devlete sosyal adalet ve eşitliğe yönelik

⁶²⁹ David Landau, “The Promise of A Minimum Core Approach: The Colombian Model For Judicial Review of Austerity Measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, ed. Aoife Nolan, New York, Cambridge University Press, 2014, s. 268; Rodriogo Uprimmy Yepes, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, ed. Roberto Gargarella, Pilar Domingo ve Thénus Roux, Hampshire & Burlington, Ashgate, 2006, s. 128.

yükümlükler yüklemiş geniş bir haklar bildirgesi ve bunların korunması için etkili yargısal mekanizmalar tesis etmiştir. Bu bağlamda Anayasanın gerçekten de bilerek ve isteyerek Kolombiya toplumunu dönüştürme eğilimde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla 1991 Kolombiya Anayasasını geriye bakan değil, ileriye bakan bir anayasa olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.⁶³⁰

1991 Anayasasının devletin temel niteliklerini belirten birinci maddesine göre Kolombiya Cumhuriyeti insan onuruna saygıya dayanan, demokratik, katılımcı, çoğulcu bir sosyal hukuk devletidir.⁶³¹ Bu hükümde kullanılan terminoji bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır. Hükmün sonundaki “sosyal hukuk devleti” (*estado social del derecho*) ibaresi, 1886 Anayasasındaki “hukuk devleti” (*estado del derecho*) ibaresinden farklı olarak berlignin bir değişimi yansıtmaktadır ve kurucu iktidarın Kolombiyayı bir *sosyal devlet* olarak tasarlamasının sonucudur.⁶³² Devletin üzerine inşa edildiği sütunlar olarak nitelendirilen birinci maddedeki ilkelerin, anayasanın koruma altına aldığı haklar ile birlikte ele alındığında KAM’nin sosyal hakların korunmasına yönelik içtihadının temelini oluşturduğu belirtilmektedir.⁶³³

KAM özellikle 1992’deki bir kararı ile (T-406/92) *sosyal hukuk devleti* kavramını bir normatif ilke olarak içtihadının merkezine yerleştirmiş ve bu ilkenin devleti sosyal refahı korumak için tedbir almaya mecbur kıldığına hükmetmiştir. Bu bağlamda sosyal hukuk devleti, doğrudan doğruya icra edilebilir bir anayasal hak değil ve fakat diğer anayasal hakların yorumlanmasında kullanılan bir temel ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilke Kolombiya anayasa hukukunun en çok atıfta bulunulan kavramlarından biridir ve

⁶³⁰ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 204; Yepes, a.g.e., s. 128.

⁶³¹ Kolombiya Anayasasının İngilizcesine *Constitute* projesinden ulaşılmıştır: Constitution of Colombia 1991 (rev. 2013), Translated by Max Planck Institute, with updates by the Comparative Constitutions Project (Oxford University Press) https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2013?lang=en (Nisan 2016). Bundan sonra Kolombiya Anayasasına yapılan tüm atıflar bu kaynaktan alınmıştır.

⁶³² Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 206.

⁶³³ Sepulveda, a.g.e., s. 144.

1991 öncesi ülkede hâkim olan klasik hukuk devleti kavrayışının ötesine geçerek formel eşitlik yerine devlete maddi eşitliği ilerletme yükümlülüğü veren bir anlayışı yerleştirmiştir. Mahkemeye göre sosyal hukuk devleti anlayışı diğer gerekliliklerle beraber devletin tedrici olarak sosyal refah sistemini geliştirmesini ve bu sistemin özellikle en yoksul halk kesiminin ihtiyaçlarını öncelikli kılmasını gerektirmektedir.⁶³⁴

Kolombiya Anayasası insan haklarını üç kategori halinde düzenlemiştir: klasik siyasi ve medeni haklardan oluşan *temel haklar*, *sosyal ekonomik ve kültürel haklar* ve *kolektif haklar ve çevre hakları*. Sosyal, ekonomik ve kültürel haklar başlığını taşıyan bölümde (m. 42-77) çalışma hakkı, mesleğini seçme özgürlüğü, sendika kurma ve katılma özgürlüğü, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, yeterli konut hakkı, grev hakkı gibi KAM tarafından anayasanın birinci maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesinin bir ifadesi olarak görülen (Bkz. C-1064/01 sayılı karar) pek çok sosyal hak koruma altın alınmıştır. Ayrıca anayasanın 93. maddesine göre Kolombiya'nın taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri ülkenin iç hukukundan üstündür ve anayasada sayılan haklar ve ödevler bu sözleşmelere uygun biçimde yorumlanmak zorundadır.⁶³⁵

1991 Anayasasının getirdiği en önemli yenilik olan Anayasa Mahkemesi, sekiz yıllığına seçilen dokuz üyeden oluşmaktadır ve görev süresi dolan üyenin yeniden seçilmesi mümkün değildir. Üyeler devlet başkanı, Yüksek Mahkeme ve Danıştay tarafından önerilen üç aday arasından Senato tarafından atanmaktadır. Bu atanma yönteminin Latin Amerika'da nadir görülen biçimde üyelere büyük bir siyasi meşruiyet,

⁶³⁴ Katherine Young ve Julieta Lemaitre, "The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa", **Harvard Human Rights Journal**, C. 26 (2013), s. 185; Landau, "The promise of...", a.g.e., s. 272.

⁶³⁵ Madde 93: "International treaties and agreements ratified by Congress that recognize human rights and prohibit their limitation in states of emergency have domestic priority. The rights and duties mentioned in this Charter shall be interpreted in accordance with international treaties on human rights ratified by Colombia."

bağımsızlık ve kendine güven kazandırdığı belirtilmektedir.⁶³⁶ Krizden çıkmak ve siyasal yenilenmeyi sağlamak için kurulan Mahkeme anayasaya göre iki temel fonksiyon görmektedir.

Birincisi Anayasanın 241'nci maddesine göre her yurttaş herhangi bir kanunun hem şekil hem de esas bakımından anayasaya aykırılığını Anayasa Mahkemesinde soyut olarak ileri sürebilir. Anayasa Mahkemesi bir yasama veya yürütme işlemi üzerinde yaptığı bu norm denetimini beş ay içinde karara bağlamak zorundadır.⁶³⁷ Halk davası (actio popularis) olarak nitelendirilen bu dava yolunun geçmişi aslında Kolombiya'da daha eskiye dayanmaktadır. Bir kanunun anayasaya aykırılığının ilgili düzenlemede menfaati olmasa dahi herkes tarafında ileri sürülebilmesi 1910 yılından beri Kolombiya hukukunda mevcuttur. Dolayısıyla her ne kadar Yüksek Mahkeme 1991 öncesi bu yekisini etkili biçimde kullanmaktan imtina etmiş ise de, Kolombiya'daki siyasi kültür ve hukuk kültürünün yargısal denetime uzun zamandır aşinadır ve 1991 Anayasası tarafından da benimsenen çok kolay ve ulaşılabilir olan bu soyut norm denetimi, yirminci yüzyılın başlangıcından beri Kolombiya anayasa hukukunun belirleyici niteliklerinden biri haline gelmiştir.⁶³⁸

1991 Kolombiya Anayasasının KAM'ne verdiği ikinci ve hem yurttaş hem de anayasa hukukçuları için daha cezbedici olan fonksiyon ise yargı sisteminin en iyi işleyen kısmı olarak görülen ve *tutela* adı verilen anayasa şikâyeti mekanizmasıdır. KAM soyut norm denetimi yoluyla da sosyal hakların korunmasına katkı sağlamışsa da⁶³⁹, sosyal haklar lehine kullandığı esas anayasal mekanizma *tutela*dır. *Tutela*

⁶³⁶ Faundez, a.g.e., s. 758; Landau, "The Reality of...", s. 204-205; Rainer Grote, "The Republic of Colombia: Introductory Note", **Oxford Constitutions of the World**, Oxford University Press, 2012, <http://oxcon.oup.com/>.

⁶³⁷ Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin sayıldığı m. 241'in dördüncü fıkrası şöyledir: "Decide on the petitions of unconstitutionality brought by citizens against statutes, both for their substantive content as well as for errors of procedure in their formation."

⁶³⁸ Landau, "The Promise of...", a.g.e., s. 269; Yepes, a.g.e., s. 129.

⁶³⁹ Bu konuda C-776/03, C-383/99, C-700/99 ve C-747/99 numaralı kararlar zikredilebilir.

anayasal hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacıyla 1991 Anayasası tarafından kurulan yenilikçi bir yargısal denetim mekanizmadır ve başından beri sosyal hakların korunması bağlamında Anayasa Mahkemesi için en önemli araç halini almıştır.

Anayasanın *hızlı* (başvuru ilk derece mahkemesi tarafından on gün içinde, üç gün içinde itiraz edilmesi halinde ise temyiz mercii tarafından yirmi gün içinde görüşülmek zorundadır) ve *şekle tabi olmayan* (başvuru için hiçbir şekil şartı olmadığı gibi, başvuru her gün her saat yapılabilir, başvuruken hangi anayasal hükmün ihlal edildiğinin belirtilmesi zorunlu değildir ve acil durumlarda sözlü olarak da başvuru yapılabilir) bir yargısal mekanizma olarak tasarladığı⁶⁴⁰ ve temel hakların korunması için bireylere sağladığı en önemli yargısal araçlardan biri olan *tutela*, 1991 Anayasasının 86. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre “temel anayasal haklarının bir kamu otoritesi tarafından ihlal ya da ihmal yolu ile tehlikeye sokulabileceği ya da tehdit edilebileceğinden korkan herkes bu haklarının ivedilikle korunmasını her yerde ve her zaman yargıçlardan talep edebilir.”⁶⁴¹ Aynı hükme göre derece mahkemeleri tarafından verilen tüm *tutela* kararlarına üç gün içinde üst derece mahkemesinde itiraz edilebilir ve itiraz üzerine yirmi gün içinde karar verilmelidir. Ardından nihai denetim Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. (m. 86/2)⁶⁴² Anayasa Mahkemesi kendisine ulaşan *tutela* itirazlarından hangilerini inceleyeceğini kendisi seçer ve seçtiği başvurular üç üyeden oluşdan daireler tarafından incelenir.⁶⁴³ Anayasa Mahkemesinin nihai kararını vermek

⁶⁴⁰ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 205.

⁶⁴¹ “Every individual may claim legal protection before the judge, at any time or place, through a preferential and summary proceeding, for himself/herself or by whoever acts in his/her name, the immediate protection of his/her fundamental constitutional rights when the individual fears the latter may be jeopardized or threatened by the action or omission of any public authority.”

⁶⁴² “The protection shall consist of an order so that whoever solicits such protection may receive it by a judge enjoining others to act or refrain from acting. The order, which shall be implemented immediately, may be challenged before the competent judge, and in any case the latter may send it to the Constitutional Court for possible revision.”

⁶⁴³ Derece mahkemelerinin anayasal hakların korunması amacıyla verdikleri binlerce *tutela* kararının yaklaşık yüzde biri Anayasa Mahkemesi tarafından incelemektedir. Öte yandan Kolombiya’da genel olarak *tutela* sayısı giderek artmaktadır. 1992’de Kolombiya’da bütün mahkemeler tarafından karar verilen *tutela* sayısı 10,000’in üzerinde iken, 2002 yılında bu rakam 141,000’e yükselmiştir. 1999 ile

için inceleyeceği davaları seçtikten sonra üç aylık zamanı vardır. Mahkeme bazen de genel kurul halinde toplanarak ile belirli bir konudaki içtihadı birleştirmek amacıyla karar vermektedir.⁶⁴⁴

Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin *tutela* başvurusu üzerine verdikleri kararları nihai olarak denetlemesi uygulamada yeni bir kararı beraberinde getirmekte, Anayasa Mahkemesi kendi içtihadına aykırı *tutela* kararlarını bozmakta ve bu kararlar derece mahkemelerini bağlamaktadır. *Tutela* başvuruları hakkında her seviyede bütün mahkemeler karar vermeye yetkilidir. Dolayısıyla son kertede Anayasa Mahkemesi bütün mahkemelerin *tutela* kararlarını denetleyebilir. Bu durum uygulamada Anayasa Mahkemesini ülkenin yüksek mahkemeleri dail diğer bütün mahkemelerinin de üzerinde adeta bir “süper mahkeme” konumuna getirmiştir. Yargı yetkisinin tek bir mahkemede bu derece merkezileşmesi ise beraberinde Mahkemenin yargısal aktivizmini kolaylaştırmış; *tutela* kararlarının nihai denetimi vesilesiyle Anayasa Mahkemesi sosyal hakların korunması bakımından oldukça aktivist ve zengin bir içtihat geliştirmiştir.⁶⁴⁵

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Kolombiya Anayasası temel hakları sınıflandırmasına rağmen hangi hakların *tutela* başvurusu yoluyla korunabileceğini açıkça belirtmemiştir. Bu nedenle dava konusu bir hakkın *tutela* kararı için uygun olup olmadığına davaya bakan mahkeme karar vermektedir. Keza *tutela* başvurusu üzerine verilecek belirgin, özel bir hüküm yoktur. Anayasaya göre *tutela* başvurusu sonunda başvurucuya sağlanacak koruma davaya bakan yargıç tarafından diğer kişilere bir eylemde bulunma veya bir eylemden

2010 arasında ülke çapında toplam 2,725,261 *tutela* kararı verilmiştir. Keza Anayasa Mahkemesi 1991 yılı itibarıyla 182 *tutela* kararını denetlemişken, 2004 yılında bu rakam 1133’e ulaşmıştır. (Faundez, a.g.e., s. 759; Sepulveda, a.g.e., s. 147; Young ve Lemaitre, a.g.e., s.186)

⁶⁴⁴ Sepulveda, a.g.e., s. 146.

⁶⁴⁵ Sepulveda, a.g.e., s. 144-145; Yepes, a.g.e., s. 129.

sakınma yolunda emir vermesinden ibarettir. Dolayısıyla dava konusu bir anayasal hakkın korunması için hangi tedbirin gerekli olduğunun belirlenmesi tamamen davaya bakan yargıcın takdir yetkisindedir.

KAM *tutelayı* mahkemelerin insan hakları başvuruları hakkında karar vermek için yetkilerini genişlettiği kapsayıcı bir kurum haline getirmiş ve yargılamaya katılma hakkına getirilen usuli sınırlandırmaları kaldırmıştır. Keza *tutela* kurumu, Latin Amerikadaki yaygın olarak kullanılan benzeri *amparo* davasının formalitelerle dolu ve şekilci, çok zaman alan, masraflı yapısının aksine hem dava yolunun niteliği hem de mahkemelerin yetkileri bakımından oldukça cömerttir. Neticede *tutela* kurumu sosyal haklara teşmil etmesiyle birlikte Kolombiya’da anayasal dönüşümün merkezine yerleşmiş, mahkemeleri sıradan insanlar için daha ulaşabilir kılmış ve dramatik biçimde eşitsiz bir toplum olan Kolombiya’da kaynakların ve hizmetlerin yeniden dağıtmı üzerinde daha önce eş benzeri görülmemiş sonuçlar doğurmuştur.⁶⁴⁶

KAM *tutela* başvurularında geniş ve epey liberal bir yorum yöntemi benimseyerek sosyal hakların icrası bağlamında özellikle sağlık hakkı, yeterli konut hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve eğitim hakkı gibi alanlarda hayati kararlar vermiştir. Mahkeme genel olarak sosyal hakların tedrici olarak gerçekleştirilebilecek nitelikte olduğunu kabul etmiş ve fakat uluslararası hukukun da öngördüğü gibi bu niteliğin devleti yükümlülüklerinden mahrum bırakmayacağı ilkesini benimsemiştir. Aksine mahkemeye göre sosyal hakların anayasal olarak tanınması, devleti bunların uygulanması için gereken eylem planlarını yapmaya mecbur kılar. Böyle bir planın bulunamaması ise anayasaya aykırılık oluşturur. Mahkeme anayasaya göre ekonomik ve sosyal politikaları belirleme ve uygulama yetkisinin yasama ve yürütmeye ait olduğunu kabul etmekle birlikte, bu yetkinin kullanılmasının da anayasaya uygun olmak zorunda olduğunu kabullenmiştir. Buna göre anayasa

⁶⁴⁶ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 185-186.

ekonomik ve sosyal politikalar konusunda nötr değildir ve eğer bu politikalar bir anayasal sosyal hakkı ortadan kaldırırsa sosyal haklar yargısal olarak icra edilebilir niteliğe bürünür.⁶⁴⁷

KAM ancak belirli şartlar altında sosyal hakların *tutela* başvurusu yoluyla doğrudan uygulanabilir olduğunu benimsemiş; bu sonuca ulaşmak içinse anayasayı sistematik ve teleolojik bir metodla yorumlayarak anayasanın birinci maddesindeki temel ilkeleri kararlarının odağına yerleştirmiştir. Bu bağlamda sosyal hakların derhal uygulanmasında Mahkemenin üç temel yorum pratiği geliştirdiği belirtilmektedir: a) temel hakların geniş yorumu, b) onurlu bir yaşam için asgari koşullar kavramı ve c) anayasaya aykırı gidişat kavramı.⁶⁴⁸

a) Bağlantılı Hak Doktrini

İlk olarak KAM temel hakların geniş yorumu yoluyla anayasayı dar bir şeklici yoruma tabi tutmayı reddetmiş bunun yerine *tutela* ile sağlanan korumanın doğası gereği *temel* olan bütün haklara teşmil edeceğini kabul etmiştir. Böylelikle sosyal haklar için de belirli şartlar altında *tutela* yoluyla koruma imkânını yaratmıştır. 1991 Anayasası geniş bir sosyal haklar listesi içermesine rağmen, bu hakların dava edilebilirliği bakımından sessiz kalmıştır. Nitekim anayasanın 85. maddesinde derhal uygulanabilir olan haklar sayılırken bunlar arasında sosyal haklar zikredilmemiştir. Keza *tutela* kurumunun düzenlendiği anayasanın 86. maddesi *tutela* ile sadece “temel hakların” (fundamental rights) korunacağını belirtmektedir ve anayasanın “temel haklar” başlığını taşıyan kısmında (m.11-41) esasen siyasi ve medeni haklar düzenlenmiş, sosyal haklar başka bir başlık altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla ilk bakışta anayasanın lafzi yorumu Kurucu Meclisin sosyal hakların yargısal olarak icra edilebilir olmasını istemediği

⁶⁴⁷ Faundez, a.g.e., s. 758; Sepulveda, a.g.e., s. 147.

⁶⁴⁸ Sepulveda, a.g.e., s. 147.

düşüncesini öne çıkarmış ve sosyal hakların da *tutela* başvurusu yoluyla korunup korunmayacağı sorunu doğmuştur.⁶⁴⁹

Anayasa Mahkemesi bu sorunu çözerken sosyal hakları korumak için inisiyatif almış ve 1998 tarihli bir kararında 86. maddedeki “temel haklar” kavramının tanımını yaparken bu kavramın kapsamının 85. maddede sayılan haklarla sınırlı olmadığı gibi, temel haklar başlığını taşıyan bölüme münhasır da olmadığına ve fakat her somut olayda Mahkeme tarafından belirlenmesi gereken bir kavram olduğuna karar vermiştir. (T-002/92) Her ne kadar bu karar 1991 Anayasasındaki sosyal hakların tamamını derhal icra edilebilir kılmadıysa da Mahkemenin *tutela* yoluyla sosyal hakları icra etmesinin önünü açmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasayı sosyal haklar lehine yorumlarken “ilgili temel hak” veya “bağlantılı temel hak” doktrinini geliştirmiştir. Bu doktrin sosyal hakların diğer temel haklar ile birbirine sıkı sıkıya bağlandığı ve o temel hakkın ivedi olarak korunmamasının ihlale yol açacağı ya da tehlikeye sokacağı durumları ifade eder. Buna göre sosyal haklar için sağlanacak yargısal koruma bireyin yaşamına, onuruna veya vücut bütünlüğüne saygı duymak için derhal korumanın gerekli olduğu istisnai durumlarda diğer temel haklarla bağlantılı olarak sağlanabilecektir. Nitekim Mahkeme 1998 tarihli bir başka kararında (T-534/92) sağlık ve sosyal güvenlik gibi sosyal hakları, yaşama hakkı ve insan onuru gibi temel haklarla bağlantılı olduğu ölçüde *tutela* kurumu bakımından bir temel hak olarak kabul etmiştir.⁶⁵⁰

b) Agari Geçim Seviyesi Doktrini

İkinci olarak KAM Alman hukukunda insan onuruna yaraşır bir hayat için gerekli

⁶⁴⁹ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 206-207.

⁶⁵⁰ Sepulveda, a.g.e., s. 147; Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 207. Anayasa Mahkemesi insan onuru kavramını nasıl tanımladığını 2006 tarihli bir kararında (C-355/06) şöyle özetlemiştir: “Bu mahkeme karar vermek için insan onurunun kriter olduğu çeşitli davalarda insan onurunun i) kişinin kendi karakterine göre hayatını planlaması ve kendi kendine karar verebilmesi imkanı veya özerkliğini, ii) yaşamını sürdürebilmesi için gereken belirli somut maddi koşulları ve iii) fiziki ve ahlaki bütünlük gibi kalıtsal olmayan soyutluklarını (küçük düşürülmeden yaşama) korumak olarak anlaşıldığına karar vermiştir.” (Kararın İngilizce çevirisinden aktaran Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 187, dn 41)

asgari koşulların devlet tarafından sağlanması gerektiğini ifade etmek için geliştirilen “asgari geçim seviyesi” (Existenzminimum⁶⁵¹) doktrinini takip ederek, herkesin onurlu bir yaşamın asgari koşullarına hakkı olduğunu kabul etmiştir. Asgari geçim seviyesi kavramı KAM’nin ilk dönemindeki en önemli kavramsal innovasyonu olarak nitelendirilmektedir ve ilk defa 1992’de yargıç Eduardo Cifuentes tarafından yazılan karar (T-426/92) ile benimsenmiştir. Doktrinin uygulandığı bu ilk karar asgari geçim seviyesi hakkının insan onuru ve sosyal devlet ilkelerinin doğrudan bir sonucu olduğuna hükmetmiş ve birey için neyin esasen öncelikli olduğunu belirlemiştir ki buna göre devlet tüm yurttaşlara en azından asgari seviyede besin, giyecek ve barınma sağlamak için kaynaklarını kullanmalıdır. Yapısal olarak dışlanmış bir başvurucunun konu olduğu bu ilk karar yaşlı ve hasta olan davacının emekli aylığını koruma altına almıştır. Bunun için Mahkeme davacının mahrumiyetinin somut olarak yaşama hakkı ve insan onuru ile bağlantılı olduğunu açıklamış; yaşlı, hasta, işsiz ve evsiz olan davacıya maaş bağlanmamasının onun asgari geçim seviyesi hakkını ciddi biçimde etkileyeceğini vurgulamıştır.⁶⁵²

Her ne kadar asgari geçim seviyesi kavramı 1991 Anayasasında açıkça belirtilmemişse de, Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı, sağlık hakkı, çalışma hakkı ve sosyal güvenlik haklarının ve birinci maddedeki sosyal hukuk devleti ve insan onuru ilkelerinin içinden çekip çıkarılabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre kişinin ve ailesinin temel geçim kaynağı tehlike altında olduğu aşırı acil durumlarda, sosyal hakların icrası için bir acil durum tedbiri olarak yargısal emire hükmetmek mümkün olabilir. Buna göre eğer bir kişi aşırı derecede korumaya muhtaç durumdaysa, geçim koşullarının kabul edilebilir asgari seviyenin altına düşmesi insan onuruna aykırıdır ve

⁶⁵¹ Bu kavram hakkında bkz. Ingrid Leijten, “The German right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection”, **German Law Journal**, C. 16, No. 1 (2015), ss. 23-48. (http://www.bin-italia.org/UP/doc_istituz/PDF_Vol_16_No_01_23-48_Leijten.pdf) (Erişim Nisan 2016)

⁶⁵² Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 207-208; Landau, “The promise of...”, a.g.e., s. 270, dn. 11 ve s. 277.

bu durumda derhal yargısal koruma sağlanması gereklidir.⁶⁵³ Diğer bir ifadeyle asgari geçim seviyesi yurttaşlara insan onuruna yaraşır biçimde varlığını sürdürebilmek için gereken asgari seviyedeki sosyal ihtiyaçlarına sahip olma hakkı verir. Mahkemenin de işaret ettiği gibi bu hak bir kişinin sahip olmadığında perişan olma ve kendi geçimini kendi başına sağlayamayan bir varlığa dönüşme tehlikesi altında kalacağı temel maddi koşulları güvence altına almayı ifade eder.⁶⁵⁴

KAM genellikle bu yorum yöntemini kişinin maaşı, emekli aylığı ya da doğum yardımından mahrum kalması ve bunların kişinin ve ailesinin sahip olduğu tek geçim kaynağı olması halinde benimsemiştir. Bu hallerde Mahkeme genellikle davacının zaten risk altındaki durumuna çözüm sunabilmeyi geciktirmemek için dava konusu hakkın derhal icra edilmesine hükmetmiştir. Bununla birlikte mahkeme asgari geçim seviyesi hakkını sistematik bakımdan ele alırken ihtiyatlı davranmış ve devletten her zaman talep edilebilecek sınırsız bir hakka dönüşmemesi için hassas bir denge gözetmiştir.⁶⁵⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi ilk yıllarında asgari geçim seviyesi kavramını genişletmekte ihtiyatlı davranmış, 1995 öncesi asgari geçim seviyesi ile ilgili sadece altı davada karar vermiştir ve bu kararlarında davacının kendi durumunun kesinlikle çaresiz olduğunu ve başkasına muhtaç olduğunu kanıtlamadığı durumlarda bu kişilerin asgari geçim seviyesi hakkının korunamayacağına hükmetmiştir.⁶⁵⁶

Asgari geçim seviyesi doktrini KAM'nin neredeyse bütün sosyal haklar içtiğinde yer almış ve adeta Mahkemenin işleyişine yön veren bir temel ilke halini almıştır. Bu bakımdan asgari geçim seviyesi doktrininin iki temel amaca hizmet ettiği

⁶⁵³ Sepulveda, a.g.e., s. 148; Landau, "The Reality...", a.g.e., s. 207.

⁶⁵⁴ Landau, "The promise of...", a.g.e., s. 270.

⁶⁵⁵ Landau, "The Reality...", a.g.e., s. 207.

⁶⁵⁶ Pablo Rueda, "Legal Language and Social Change During Colombia's Economic Crisis", **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**, ed. Javier Couso et. al., New York, Cambridge University Press, 2010, s. 37. Ayrıca 1992 ile 1997 arasında Anayasa Mahkemesinde sosyal haklara ilişkin devlet aleyhine 164 davanın görüldüğünü ve bunların yüzde altmış altısında hak ihlali bulunduğu belirtilmektedir. (Landau, "The Reality...", a.g.e., s. 209, dn 92)

söylenabilir. Birincisi bu doktrin sosyal hakların diğer bazı haklar ile yeterince bağlantılı olduğu hallerde *tutela* yoluyla icra edilmesine hükmedebilmek için bir araç sağlamış, ikinci olarak da çok muhtaç durumdaki sosyal gruplara vurgu yapan bir sosyal haklar vizyonu geliştirmiştir. Diğer yandan bu doktrin önemlidir çünkü Mahkeme için bir önceliklendirme fonksiyonu da görmüştür. Yani her kim insan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesinin altın düşerse, Anayasa Mahkemesi sosyal hakları doğrudan icra edilebilir kılarak yargı yetkisinin öncelikle aşırı yoksulluğu azaltmaya odaklanmasını sağlayabilir.⁶⁵⁷ Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin asgari geçim seviyesi doktrini uygulayıp sosyal haklara derhal koruma sağlayarak Roma hukukundan miras kalan “geciken adalet adaletin reddi demektir” (*justitia dilata est justitia negata*⁶⁵⁸) deyimine uygun hareket ettiğini söylemek mümkündür.⁶⁵⁹

Anayasa Mahkemesi asgari yaşam seviyesini uygulayarak özellikle toplumun en çok korunmaya muhtaç kesimlerinin muhtelif sosyal haklarının *tutela* yolu ile korunmasının yolunu açarken, özellikle iki sosyal hak alanında Mahkemenin iş yükü giderek artmıştır. Birincisi emekli aylıkları ile ilgili başvurulardır ki bunlarda davacının başka hiçbir kaynağa sahip olmadığını ve emekli aylığından mahrum kalmasının onun onurlu bir yaşam sürme hakkını tehdit ettiğini göstermek zorundadır. Bu dönemde tipik bir emekli aylığı başvurusu devlete karşı davacının hakedişinin yanlış hesaplandığı veya hak ettiği aylığın hiç ödenmediği iddiası ile açılmaktadır. Sağlık hakkı ile ilgili davalarda ise asgari yaşam seviyesi prensibinin uygulanması davacının tedavi alamamasının onun yaşam hakkını, onurunu ve vücut bütünlüğünü tehdit ettiğini ve tedaviyi karşılamak mali imkânlara sahip olmadığını ispat etmesi gerekmektedir.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 208; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 271-272.

⁶⁵⁸ Latince’de bu deyim “*iustitiae dilatio est quaedam negatio*” olarak da geçmektedir. Bkz. Belgin Erdoğan, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 69.

⁶⁵⁹ Sepulveda, a.g.e., s. 148.

⁶⁶⁰ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 208-209.

Sağlık hakkı ve emekli aylığı hakkına ilişkin davalar 1990’ların sonlarına doğru büyük oranda artmış ve bu iki hak ile ilgili *tutela* başvuruları Anayasa Mahkemesinin gündemine hâkim olmuştur. Özellikle sağlık hakkı 1991’den itibaren dava edilebilir bir güvence olarak kamu sağlığını korumanın çok ötesine geçmiş ve ayrıntılı bir yapısal yargı yolu ve yurttaşın haklarına yönelik yeni bir bilinç ortaya çıkarmıştır. Sağlık hakkı 1991 Anayasası m. 49’da düzenlenmiştir.⁶⁶¹ Anayasal olarak yasama organının ortadan kaldırılamayacağı bir varolma garantisi bahşedilen kurumsal güvence formunda olan bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından *tutela* kurumunun da desteğiyle subjektif ve dava edilebilir bir hakka dönüştürülmüştür.⁶⁶²

Kolombiya sağlık sistemi 1993 yılında kabul edilen 100 sayılı kanun ile büyük bir dönüşüm geçirmiş, klasik halk sağlığı anlayışı terkedilip, sağlık hizmetinde özel şirketler tarafından sunulan zorunlu sağlık sigortasına geçilmiştir. Bu yeni sistem sigortalılar arasında çapraz sübvansiyonları bir araya getirmiştir. Kanun zorunlu sağlık sigortası planının (*Plan Obligatorio en Salud* “POS”) içeriğini ve sorumluluk kapsamını belirlemiş ve sigortalıların yararlanabilecekleri sağlık yardımlarını liste halinde belirtmiştir. Kanun özel sağlık sigortası şirketlerinin (*Entidades Promotoras de Salud* “EPS”) vatandaşlar, devlet ve sağlık hizmeti sağlayıcıları arasında aracılık etmesini sağlayarak herkesin bu şirketlerden herhangi birinden sağlık sigortası satın almak için gelirinin belli bir oranı kadar katkıda bulunmasını zorunlu kılmış, yoksul kişiler için ise

⁶⁶¹ 1991 Anayasasının 49’uncu maddesinin İngilizcesi şöyledir:

“Public health and environmental protection are public services for which the State is responsible. All individuals are guaranteed access to services that promote, protect, and restore health.

It is the responsibility of the State to organize, direct, and regulate the provision of health services to the inhabitants and of environment protection in accordance with the principles of efficiency, universality, and solidarity; in addition, to establish policies for the provision of health services by private entities and to exercise oversight and control over them; and to establish the competences of the nation, territorial entities, and individuals, and to determine the subsidies to their tasks in the terms and conditions established by statute.

Health services shall be organized in a decentralized manner, according to care levels and with the participation of the community.

An Act shall define the terms under which basic care for all inhabitants shall be free of charge and mandatory.

Every person has the duty to obtain comprehensive health care for themselves and for their community.”

⁶⁶² Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 180-183.

sağlık sigortasının devlet tarafından sübvansede edilmesini öngörmüştür. Buna göre EPS'ler bütün sigortalıların her türlü masrafını, bu giderler kanundaki yardım listesinde yer aldığı sürece sağlık hizmeti sağlayıcılarına ödeyecek, bunun karşılığını da devletten ve katkı ödeyen bireylerden tahsil edecektir.⁶⁶³

Bu dönemde KAM'nin mesaisi yeni kanun sağlık sisteminin imkanları ve açmazları üzerinde yoğunlaşmıştır. Sağlık hakkı ile ilgili tipik bir *tutela* başvurusu davacı tarafından bir sigorta şirketine karşı yapılmaktadır ve şirketin davacının ihtiyaç duyduğu bir kısım tedaviyi sağlamadığı ileri sürülmektedir. Buna göre Mahkeme iki durumda sağlık hakkının yeni sistem içerisinde dava edilebilir olduğuna karar vermiştir. Birincisi davacının kanundaki yardım listesinde yer alan tıbbi yardım ve ilaçtan hukuka aykırı biçimde mahrum bırakılması halidir ki bu durumda Mahkeme genellikle sağlık hakkını dava edilebilir olduğun kabul etmiştir. İkinci durum ise yardım listesinde yer almayan ilaç ve hizmetlere ilişkin “hariç tutulmuş yardım” başvurularıdır ki bunlar daha çok yüksek tedavi masrafları gerektiren HIV/AIDS gibi hastalıklar halinde söz konusu olmaktadır. Hariç tutulmuş yardım başvurularında Anayasa Mahkemesi genellikle ancak yaşama hakkı veya insan onuruna karşı bir tehdit söz konusu olduğunda sağlık hakkının dava edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Bu ikinci tür başvurular büyük tartışmalar yaratmış ve ekonomistler ve bazı hukukçuların *hakimler hükümeti* iddialarını gündeme getirmesine yol açmıştır.⁶⁶⁴

Sağlık hakkının dava edilebilirliğinin daha fazla genişletilmesini sınırlandırmak için 1997 tarihli SU-11 kararında bazı ilkeler belirlemiştir. Buna göre bir ilaç ya da sağlık hizmeti kanundaki listede yer almıyorsa, anayasal sağlık hakkı devletin bu ilaç ya da hizmeti ancak şu hallerde sağlamasını zorunlu kılar: 1) bir doktor tarafından emredilmiş ise, 2) kişinin hayatını veya kişisel bütünlüğünün kurtarmak için zorunlu ise,

⁶⁶³ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 187-188.

⁶⁶⁴ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 188-189.

3) kişi tedaviyi ödeyemeyecek durumda ise ve 4) devlet bu tedaviyi ödeyebilecek durumda ise. Karar göre eğer bu koşullar karşılanıyorsa o halde sağlık hakkı için dava yolu mümkündür ve hakimler mahkemenin hükmettiği masrafların devlet tarafından sigorta şirketlerine ödenmesini emredebilir.⁶⁶⁵

KAM'nin bu ilkeleri ile sigorta şirketlerine açtığı masraflarını tazmin etme yolu kısa zamanda ülkenin sağlık sisteminde büyük bir yolsuzluğa yol açtıdır. Bu imkân sigorta şirketlerinin ve ecza şirketlerinin daha çok kazanımlarını kolaylaştırdığı için işine gelirken, kamu görevlilerinin ve yargıçların da tazmin başvurularını kötüye kullanarak kendi menfaatler için için yolsuzluğa bulaşmasına sebep olmuştur. Bu dönemdeki tutela başvurularının profili Mahkeme icadı olan bu kuralların istenmeyen sonuçları hakkında bir fikir vermektedir. Katkı payı rejimine tabi hastaların kanuni listedeki yardımlar için yaptıkları başvurular esas dava türü haline gelmiş, hariç bırakılmış yardımlara ilişkin davalar da bunu takip etmiştir. Bu bakımdan Mahkemenin kurduğu bu tazmin mekanizmasının istemeden de olsa münhasıran orta sınıf lehine bir davaedilebilirlik temayülü yarattığı, çünkü bu sınıftaki hastaların hukuk sistemini kendi lehine kullanmakta yoksul toplum sınıfına nazaran daha ehil olduğu belirtilmektedir.⁶⁶⁶

KAM'nin ilk döneminde uğraştığı gerek sağlık hakkı gerekse emekli aylıkları ile ilgili *tutela* başvuruları aslında birçok bakımdan klasik bir yargısal uyuşmazlık fonksiyonunu andırmaktadır. Zira davacının iddiası devletin veya özel şirketin kendisine bazı menfaatler borçlu olması, hüküm ise devletin söz konusu menfaati sağlamasına yönelik bireyselleştirilmiş bir emirden ibarettir. Bir araştırmaya göre Ocak 1991 ile Aralık 1996 arasında ülke çapındaki *tutelaların* %11,6'sı sosyal güvenlik hizmetleri (sağlık veya emelilik) içeren bir hakediş talep etmiş, %9,2'si bir işverenin ya da kurumun çalışanın maaşını ya da sosyal yardımlarını ödemediğini iddia etmiş ve

⁶⁶⁵ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 189.

⁶⁶⁶ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 190.

yüzde üçlük bir kısmı ise sosyal güvenlik yardımı ile ilgili taleplerinin reddedildiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla sosyal temalar Mahkemenin ilk döneminde dahi önüne gelen *tutela* başvurularının en azından dörtte birini oluşturmuştur.⁶⁶⁷

Bununla birlikte doksanların ikinci yarısından itibaren özellikle sağlık hakkı ile ilgili Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sayısı keskin ve sürekli bir biçimde artış göstermiştir. 1992 yılı itibarıyla denetim için Anayasa Mahkemesine gönderilen sağlık hakkı ile ilgili *tutela* sayısı 10.732 iken, bu rakam 2011 yılında 133.373'e yükselmiştir. Keza sağlık hakkını icra etmek isteyen başvuruların toplam başvuru sayısı içindeki oranı 1999'da %24,7 iken, 2008'de bu oran 41,5'e yükselmiştir. Anayasa Mahkemesinin sağlık hakkı ile ilgili önüne gelen başvurular arasından seçerek incelediği başvuru sayısı ise 1994'te yirmi bir iken, 2003 yılında 290'a yükselmiştir. Benzer şekilde emeklilik hakları ile ilgili başvuruların da 2001 yılı itibarıyla Mahkemenin *tutela* gündeminin yaklaşık yüzde onunu meydana getirdiği belirtilmektedir. Bu bakımdan 2003 yılında KAM'nin gündeminin yarısını bu iki hakkın meşgul ettiği ve diğer yarısının büyük bir oranının ise dolaylı olarak bu haklarla ilgili olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶⁸

Kolombiya'da 1990'ların sonunda patlak veren ekonomik kriz ekonomik konularla ilgili bir başka *tutela* dalgası yaratmış ve Anayasa Mahkemesi popülist bir yaklaşımla ekonomik sorunlara geniş ölçekli sorunlar çözümler sunmaya başlamıştır. Bu geniş yargısal popülizm yoluyla Anayasa Mahkemesi üyelerinin daha ziyade orta sınıfın ekonomik çıkarlarını koruyarak bu sınıf içinde kendilerine önemli bir destek bulduğu belirtilmektedir. Mahkemenin bu geniş ölçekli müdahale döneminde özellikle *konut hakkı* ve *ücret hakkı* ile ilgili kararları öne çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi ciddi bütçe krizine rağmen, orta sınıfı korumak adına bir yandan borç yüzünden kişilerin

⁶⁶⁷ Landau, "The Reality...", a.g.e., s. 210.

⁶⁶⁸ Landau, "The Reality...", a.g.e., s. 211.

kullandığı konutun satışını engellemiş, diğer yandan kamu görevlilerinin maaş artış oranlarını korumaya gayret etmiştir.⁶⁶⁹

Anayasa Mahkemesinin büyük ölçekli ilk müdahalesi 1999 yılında meydana gelen ve 200,000’den fazla konut kredisini satış tehdidi oluşturan konut krizi ile ilgili kararlarında görülmüştür. O dönem Kolombiya’da uygulanan konut finansmanı sisteminde konut sahiplerinin ödeyeceği kredi taksitleri faiz oranlarına göre ayarlanıyordu ve ülkede nominal faiz yüzde 33 seviyelerine ulaşınca kredi ödemeleri birdenbire aşırı oranda yükselmiş ve konut kredisi pazarında büyük sorunlar başgöstermiştir. Bunun üzerine ev sahipleri ve ilgili dernekler hem soyut denetim hem de *tutela* yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurular yapmaya başlamıştır. Ancak bu sırada hükümet ve Kongre sorunu düzeltmek için hiçbir adım atmamıştır. Böylece Mahkeme borçlu kişileri korumak adına ön ödeme cezasını ve faizin aktifleştirilmesini yasaklama tedbirleri aldığı kararlar vermeye başlamıştır. Nihayet Temmuz 1999’da Mahkeme geniş bir kamuya açık yargılamaya başlamış, sivil toplum örgütleri, bankacılar, işçi sendikaları temsilcileri, ekonomistler ve milletvekillerinden oluşan çeşitli kişileri dinlemiştir. Sonuçta Mahkeme Eylül 1999’da konut finansmanı sistemine ilişkin yasal düzenlemenin tamamını yapısal gerekçelerle anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Daha sonra bu konuda Mahkemenin iptal gerekçelerine uygun olarak yeni bir düzenleme yapılmıştır.⁶⁷⁰

KAM’nin konut hakkını büyük ölçüde etkileyen bu geniş ölçekli müdahalesinin arkasında genel olarak mevcut siyasi sistemin açmazları ve siyasi organların sistemi düzeltmek için etkili önlemler almaktaki başarısızlıkları yatmaktadır. Ancak bunun yanında Mahkemenin bu müdahalesini alt orta veya yoksul sınıfı dışlayan ve fakat özellikle orta ve üst sınıfların menfaatine bir popülist girişim olarak da okumak

⁶⁶⁹ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 216.

⁶⁷⁰ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 216-217; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., 278.

mümkündür. Bu popülist niyet ise Mahkeme üyelerinin kayda değer bir oranının yargıçlıktan ayrıldıktan sonra siyasi kariyere başlamaları ile izah edilmektedir. Nitekim emekli üyelerin devlet başkanı ve başkan yardımcısı adayı, ombudsman, senatör ve belediye meclisi üyeliği gibi çeşitli politik kariyerlere yaptığı bilinmektedir.⁶⁷¹

Anayasa Mahkemesinin ülke ekonomik kriz halindeyken popülist yaklaşımını sürdürdüğü ikinci alan ise 2000 yılında kamu çalışanlarının maaşlarına yönelik müdahalesidir. Ekonomik kriz yüzünden o seneki bütçede maaşı asgari ücretin iki katından az olan az kamu çalışanları için yüzde dokuzluk bir artış belirlenmiş, maaşı bu seviyeden fazla olanlara ise artış verilmemesi düzenlenmişti. Ancak Mahkeme devletin her kamu çalışanına en azından enflasyon oranında artış vermek zorunda olduğuna karar vermiştir. (C-1433/00) Yaklaşık 600,000 kamu çalışanını ilgilendiren bu kararda Mahkeme, devletin çalışanların sosyal haklarına hem olağan hem de olağanüstü durumlarda riayet etmesi gerektiği gerekçesiyle maaşın gerçek değerini sürdürmesinin bir temel hak olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bu kararında asgari geçim seviyesi doktrini ile bağlantı kurarken çalışanların sadece işin değerini yansıtan değil aynı zamanda kendisinin ve ailesinin insan onuruna yaraşır ve adil bir yaşam sürdürebilmesi için gereken maddi ihtiyaçlarını karşılayacak derecede ölçülü de olması gerektiğini vurgulamıştır. Daha az gelirli kamu çalışanları zaten enflasyon oranında artış aldıklarından, bu kararın esas yararlanıcılarının orta sınıf kamu görevlileri olduğu belirtilmektedir.⁶⁷²

Bu kararlar farklı kesimlerden büyük bir tepki görmüş ve normal olarak siyasi organların uhdesinde olan bir ekonomik soruna yapılan bu yargısal müdahalenin büyük makroekonomik sonuçları olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Hükümet yetkilileri de Mahkemeyi sert bir dille eleştirirken, kimi siyasetçiler Mahkemenin lağvedilmesi gerektiği bile dile getirmiştir. Her iki kararın karşılaştırmalı hukuk açısından dünyanın

⁶⁷¹ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 219.

⁶⁷² Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 219-220; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 279.

diğer yerlerinde bir mahkemelerin kriz halindeki hükümetlerin mevcut sosyal yardımlarda kesintiye giden tasarruf tedbirleri almasını zorlaştıran nitelikteki kararları ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Bu tür kararların doğruluğu ve demokratik meşruluğu büyük bir tartışma konusudur. Ancak önemli olan KAM'nin bu kararlarının esaslı makroekonomik etkiler ve siyasi tartışmalar yaratma eğiliminde olmasıdır.⁶⁷³

Neticede bazı üyelerinin görev süresi dolması nedeniyle üye yapısında meydana gelen değişikliklerinin ardından yeni KAM, maaş sorununa 2001 yılında verdiği bir karar yeniden ve fakat farklı bir şekilde yaklaşmıştır. (C-1064/01) Anayasa Mahkemesi o yılın bütçesini denetlerken asgari ücretin iki katından daha az maaş alan çalışanların enflasyon oranında artışı hakkettiğini tekrar etmekle birlikte; önceki içtihadını terketmiş ve daha varlıklı çalışanların gerçek gelirlerinin makroekonomik koşullar gerektirdiğinde sınırlandırılabilceğini kabul etmiş; böylece asgari geçim seviyesi doktrininin az gelirli kesimin lehine yorumlama yolunu tercih etmiştir.⁶⁷⁴

KAM'nin ikinci maaş kararındaki gerekçesi iki noktayı vurgulamıştır: dava konusu bütçe tedbirlerinin ölçülülüğü ve asgari geçim seviyesi doktrininin en yüksek korumayı yoksullara sağladığı gerçeği. Mahkeme anayasaya göre kaynak kıtlığı halinde sosyal harcamaların diğer harcamalara öncelikli olduğunu vurgulayarak ölçülülük ilkesini uygulamış ve yüksek maaşlı kamu personelinin maaşlarının gerçek değerinin azaltılmasının sosyal harcamaları kabul edilebilir seviyede tutmak için zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Bu karar ile Mahkeme ekonomik mücadele bağlamında tasarruf tedbirleri üzerindeki denetimini sürdürmüş fakat bu tedbirlerin yeterince gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği ve nüfusun en yoksul ve korunmaya muhtaç kısmına zarar verip vermediğine odaklanmıştır. Böylelikle Mahkeme asgari geçim

⁶⁷³ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 221; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 280.

⁶⁷⁴ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 221-222.

seviyesi kavramına yeni bir yorum getirmiş. Bu yorum yöntemi bir yandan devlete ekonomik krizle daha rahat mücadele etme imkânı verirken, diğer yandan ise yoksul kesimi öncelikli tutma yükümlülüğü vermiştir.⁶⁷⁵

c) Yapısal Anayasaya Aykırılık Hali

KAM sosyal hakların doğrudan uygulanabilirliğini sağlamak için üçüncü olarak “anayasaya aykırı gidişat” (unconstitutional state of affairs) kavramını geliştirmiştir. Bu kavram anayasada yer almaması ve *tutela* kararlarının *inter partes* niteliğine ters düşmesi dolayısıyla yargısal yaratıcılığın açık bir göstergesi olarak görülmektedir. Buna göre Mahkeme bir davayı incelerken eğer a) çeşitli hakların belirli sayıda insanı etkileyen nitelikte sistematik ihlali söz konusu ise ve b) bu hak ihlalleri tek bir devlet organına atfedilemez ve fakat yapısal eksikliklerden kaynaklandığına kanaat getirirse bu durumun bir *anayasaya aykırı gidişat* olduğuna hükmetmektedir.⁶⁷⁶

Mahkeme eğer önündeki olayda anayasaya aykırı gidişat bulunduğuna karar verirse, aynı şartlar yüzünden aynı hakların ihlal edildiğine ilişkin kendisine daha fazla talep gelmesini beklemeyiz ve sadece o ana kadar başvuranlar için değil aynı durumdaki herkes için geçerli korumanın sağlanmasına hükmetmektedir. Diğer bir ifadeyle bu yöntem ile Mahkeme tek bir davacı lehine *tutela* hükmü vermek yerine, bir kamu politikası alanında değişiklik yapması için bürokrasiye yapısal emirler vermektedir. Ayrıca Mahkeme genellikle ilgili kamu makamlarının ihlalin sonuçlarının giderilmesi için gerekeni yapmasını ve buna yönelik bir eylem planı hazırlamasını emretmekte ve kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini her dava için uzun bir süre boyunca takip etmektedir.⁶⁷⁷ Mahkeme *anayasaya aykırı gidişat* doktrinini 2004 yılından önce çeşitli konularda yedi olayda kullanmıştır. Ancak Mahkemenin bu doktrini kullandığı

⁶⁷⁵ Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 281-282.

⁶⁷⁶ Sepulveda, a.g.e., s. 148.

⁶⁷⁷ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 222-223; Sepulveda, a.g.e., s. 148.

2004 ve 2008 tarihli iki *tutela* kararının kamu politikası üzerinde bugün hala devam eden muazzam etkileri olmuştur.

İlk olarak Anayasa Mahkemesi 2004 yılında kırsal bölgelerde süren şiddet olaylarının sonucunda ülke içinde yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kalan kişiler (internally displaced persons) hakkında verdiği karar ile bu doktrini uygulamıştır. Çatışmalar ve şiddet nedeniyle Kolombiya’da yaklaşık üç milyonun üzerinde insanın 1985’ten beri özellikle büyük şehirlere göç etmek zorunda kaldığı belirtilmektedir.⁶⁷⁸ Ancak zorunlu yer değiştirme Kolombiya için yeni bir fenomen değildir. Ülkede 1946 ile 1966 arasında yaklaşık iki milyon insanın ve 1984 ile 1995 yılları arasında ise yaklaşık 600,000 kişinini zorunlu olarak yerinden edildiği belirtilmektedir. Silahlı çatışmanın 1990’ların ikinci yarısında artması ile birlikte ülke içinde zorunlu göz belirgin biçimde artmıştır. Özellikle 2000-2002 yılları arasında zorunlu yer değiştirmenin en yoğun biçimde gerçekleştiği aktarılmaktadır. Nitekim 2002 yılında ülkedeki yerel idarelerin yaklaşık %85’inin nüfusun belirli bir oranının yaşadıkları yeri terkettiği belirtilmektedir.⁶⁷⁹ Son verilere göre (2016) bugüne kadar dünya üzerinde toplam yaklaşık 41 milyon, Kolombiya’da ise yaklaşık 6,3 milyon insan zorunlu olarak yer değiştirmek zorunda kalmıştır. Sadece 2015 yılında Kolombiya’da yaklaşık 224,000 kişi, dünya genelinde ise 8,6 milyon kişi silahlı çatışmalar nedeniyle ülke içinde göç etmek zorunda kalmıştır.⁶⁸⁰

Kolombiya’da zorunlu iç göçe maruz kalan ve memleketlerine dönemeyen kişiler, göç ettikleri yerlerde büyük mahrumiyet ve yoksulluk içine düşmüştür. Ayrıca Kolombiya’da zorunlu göçe maruz kalan kişiler dünyanın diğer yerlerinde (ör. Sudan,

⁶⁷⁸ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 223; Faundez, a.g.e., s. 761.

⁶⁷⁹ Cesar Rodriguez-Garavito ve Diana Rodriguez-Franco, **Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Global South**, New York, Cambridge University Press, 2015, s. 30-31.

⁶⁸⁰ The Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), **Global Report on Internal Displacement**, Mayıs 2016, s. 1, 8, 26. <http://www.internal-displacement.org/globalreport2016/pdf/2016-global-report-internal-displacement-IDMC.pdf> (Mayıs 2016)

Rwanda, Suriye) görülen ve genelde sınırötesi kaplarda mülteci sıfatını alan büyük ölçekli yer değiştirmelerden farklı olarak daha bireysel ve ulusal sınırlar içinde gerçekleşmiş; çatışmaların yoğunlaşması ile doğru orantılı olarak da zorunlu göçün boyutu da artmıştır. Bu büyük sorun uzunca bir süre Kolombiya’da resmi devlet politikasına konu edilmemiş, Kolombiya hükümetinin sorunla yüzleşmesi ise ancak 1995 yılında mümkün olmuştur. Hükümetin hazırladığı çeşitli eylem planlarının ardından neticede Kolombiya parlamentosu 1990’ların sonunda göç etmek zorunda kalan kişilere kapsamlı bir yardımda bulunmanın hukuki çerçevesi için bir kanun kabul etmiş ve bu kişilerin haklarını açıkça tanımıştır. Fakat yeni milenyum ile birlikte sorun azalmak yerine daha da derinleşmiş, hükümet uygulamada bu mağdur insanlara çok az özen göstermiştir. Dolayısıyla 2004 yılına kadar Kolombiya devletinin çözüme yönelik çabaları zayıf kalmış ve etkili devlet politikaları ile mağdurların yaşadığı zorlukların giderilmesi ve engellenmesi talepleri arasındaki mesafe giderek açılmıştır. Neticede bir insanlık krizi başgöstermiş, kriz yüzünden Kolombiya’da mahkemelere pek çok bireysel başvuru yapılmış ve devletin zor durumdaki bu kişilerin acil ihtiyaçlarını gidermek ve temel haklarını korumak için gerekli uzun vadeli tedbirleri alması talep edilmiştir. İşte bu bol fakat etkisiz kamusal düzenlemelerin ortasında Anyasa Mahkemesi zorunlu yer değiştirme olgusunu değiştiren karar ve gözetim süreci vasıtasıyla kamu politikasının değerlendircisi ve koordinatörü rolünü üstlenmiştir.⁶⁸¹

Anayasa Mahkemesi bu taleplerle ilgili önüne gelen *tutela* hakkında verdiği 2004 tarihli kararında (T-25/04), zorunlu olarak göç eden insanların haklarını korumak için bir yargısal yaratıcılık geliştirmiştir. Aslında Mahkeme bu karardan önce zorunlu göç ile ilgili on yedi karar vermiştir. Bu kararlarda önceleri spesifik çözümler üzerine odaklanırken, sonraları göç etmek zorunda kalan bütün topluluğa uygulanacak genel

⁶⁸¹ Sepulveda, a.g.e., s. 159; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 286; Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 31-37.

politikarı vurgulamaya başlamıştır. Bu bağlamda Mahkeme T-25 kararında 22 şehirden 1150 göçmen aile tarafından yapılan 108 *tutela* başvurusunu incelemiş ve bu kişilerin içinde bulundukları yaşam koşullarının onların anayasal haklarını büyük, yaygın ve sistematik biçimde ihlal ettiğine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi zorunlu olarak yer değiştiren kişilerin içinde bulundukları dramatik koşulların, devletin gerekli tedbirleri almadığı genel bir insan hakları ihlali meydana getirdiğini vurgulamıştır.

KAM zorunlu olarak göç eden kişilerin haklarına saygı duyulması, korunması ve gerçekleştirilmesi bakımından geniş çaplı bir ihmal bulunduğu gerekçesiyle çeşitli kamu makamlarına sorumluluklar yüklemiş; devlet organlarının zorunlu olarak yer değiştiren kişilerin korunmasına ilişkin kamu politikalarının oluşturulması ve uygulanması bakımından anayasal yükümlülüklerine uygun hareket etmediğine ve bu kişilerin korunması için yapılan kaynak dağıtımının etkili bir koruma sağlamak için yeterli olmadığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme sosyal hukuk devleti ilkesinin devlete görülen sosyal eşitsizlikleri düzeltme, zayıf, dışlanmış ve korunmaya muhtaç kesimlerin ekonomik ve sosyal hayata katılmasını kolaylaştırma ve toplumunun en çok sıkıntı içindeki kesimlerinin maddi varlık koşullarının tedrici gelişimini arttırma yükümlülüğü verdiğini belirtmiş; zorunlu göçmenlerin temel haklarından etkili biçimde yararlanabilmelerini sağlamak için gereken mali kaynağı dağıtarak yasama ve yürütme organlarının anayasal yükümlülüklerini yerine getirmesini emretmiştir.⁶⁸² Bu bağlamda Mahkemenin daha önce en ciddi ve ağır insan hakları ihlallerini ele almak için uyguladığı anayasaya aykırı gidişat doktrini uygulaması ve devleti mağdurların ihlal edilen haklarının en azından asgari çekirdeğinin derhal korunmasına karar vermesi, bu kararı yukarıda izah edilen tipolojiler bakımından bir *güçlü hak* (strong right) yaklaşımı

⁶⁸² Sepulveda, a.g.e., s. 160; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 287; Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 4.

örneği olduğunu göstermektedir.⁶⁸³

KAM'nin anayasaya aykırı gidişat doktrinini kullanmasının iki anlamı olduğu belirtilmektedir. Birincisi Mahkeme ulusal kurumların uzun süreli ihmalinden kaynaklanan yapısal problem yüzünden zorunlu olarak yer değiştiren kişilerin kırılgan bir konumda olduklarını saptamıştır. İkincisi ise anayasaya aykırı gidişat doktrini zorunlu yer değiştirme olgusu bakımından hak ihlallerinden kaçınmak için gerekli yasal, idari ve mali araçların yeterince var olmadığını göstermiştir. Dolayısıyla Kolombiya Anayasa Mahkemesi sadece dava yolunu başlatan mağdurlar için değil, aynı sorunu yaşayan bütün kişilerin dahil olduğu kapsamlı bir karar alma ihtiyacı hissetmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme dava konusu hak ihlalleri tamamen giderilene ya da ihalelin sebepleri ortadan kaldırılıncaya kadar yargılama yetkisini sürdüreceğini ilan etmiştir. Bu amaçla Mahkeme T-25 kararında verdiği hükmün geçerliliğini sürdürmüş ve detaylı ve sürekli bir gözetim süreci yürüterek devletin karardan sonraki performansını sıkı şekilde izlemiştir. Mahkemenin kararın üzerinden yıllar geçmesine rağmen bugün dahi devam eden bu izleme süreci, *güçlü gözetimin* (strong monitoring) berrak bir örneği olarak gösterilmektedir.⁶⁸⁴

Kolombiya Anayasa Mahkemesi T-25 kararında tespit ettiği yapısal sorunu kökten çözebilmek için etkileri günümüze kadar süregelen bir dizi gözetim mekanizmasına başvurmuştur. Birinci mekanizma Mahkemenin kararın etkisini izlemek için sivil toplum ve devlet yetkililerini dinlediği *kamuya açık duruşmalardır*. İlk kez 2005 yılında hükmün gereğinin yapılıp yapılmadığıyla ilgili en son kanıtları toplamak için yapılmaya başlanan bu duruşmaların sayısının 2014 itibarıyla yirmiye bulduğu belirtilmektedir. İkinci gözetim mekanizması ilk defa 2010 yılında bölgesel ve enformal biçimde yapılmaya başlayan *teknik oturumlardır*. Bugüne kadar özel olarak Mahkeme

⁶⁸³ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 39.

⁶⁸⁴ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 40-41.

tarafından davet edilen uzmanların yer aldığı yedi teknik oturum düzenlendiği aktarılmaktadır. Üçüncü ve en yenilikçi mekanizma ise 2009 yılında kurulan *Gözetim Komisyonu*dur. Komisyon anayasaya aykırı gidişatın üstesinden gelinmesinde görülen ilerleme, gecikme ya da gerilemeyi ölçmek üzere görevlendirilmiştir. Mahkemenin eski üyelerinden oluşan *Gözetim Komisyonu* ampirik soruşturmaların yürütülmesinde, Mahkemeyi bilgilendirmekte ve Mahkeme tarafından benimsenen politikaların formülasyonunda kritik bir rol oynamıştır. Nihayet Mahkemenin son gözetim aracı ise *tamamlayıcı kararlardır*. Ocak 2004 ile Nisan 2014 arasında Mahkeme T-25 hükmünün uygulanmasını izlemek için tam 289 tamamlayıcı karar vermiştir. Mahkeme karara devlet organlarının uyup uymadığını gözetmek için üst düzey kamu görevlilerine karşı çok çeşitli kararlar almıştır. Mahkeme kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini bizzat takip etmiş, karara müteakip yüzlerce tamamlayıcı emir vermiştir.⁶⁸⁵ Bu bakımdan T-25 kararı sosyal hakların yargısal aktivizmi fenomeninin ideal bir örneğini sergilemektedir. Kararın üç özelliği ile bu niteliği hakettiği belirtilmektedir.

Birincisi karar, yararlanacak olanların sayısı, çözmeye çalıştığı hak ihlali ve mahrumiyetin ağırlığı, olaya çok sayıda devlet ve sivil toplum aktörünün müdahil olması ve hükmün uygulanması sürecinin neredeyse on yılı aşan bir süredir devam ediyor olması gibi özellikleri nedeniyle yapısal yargısal kararların paradigmatic bir örneğini meydana getirmektedir. İkinci olarak T-25 Latin Amerika’da yapısal bir hüküm vermenin en sarıh ve sistematik yargısal girişimi olarak görülmektedir. Nitekim Mahkemenin tamamlayıcı kararları ve kamuya açık oturumları bu önermeyi desteklemektedir. Üçüncü olarak ise T-25 zorunlu göçün yarattığı insalık krizine karşı yürütülecek programların hazırlanması ve uygulanmasında devlet ve sivil toplumu bir

⁶⁸⁵ Sepulveda, a.g.e., s. 160; Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 287; Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 41-42.

araya getirerek, tedrici ve diyaloga dayalı bir uygulama süreci tesis etmiştir.⁶⁸⁶

Mahkemenin gözetim sürecinde anayasaya aykırı gidişatı ortadan kaldırmak için verilen çabayı ölçmekte kullanılacak göstergeler inşa etmek için kamu politikasını güçlendirecek genel prensipler koyduğu ifade edilmektedir. Bu durum zorla yerinden edilmiş nüfus içindeki kadınlar ve çocuklar gib özellikle korunmaya muhtaç gruplar için yeni bir politika tasarlamaya yardımcı olmuştur. Nitekim Mahkemenin ülkesinde zorla yerinden edilmiş kişilerin durumu üzerindeki gözetim ve mikro düzeydeki takibi, 2011 yılında Kolombiya parlamentosunun kabul ettiği mağdur kanunu (Victims and Land Restitution Law) ile sona ermiştir. Ülke tarihindeki en istekli onarım kanunu olarak görülen bu kanun, gerçeğe, adalete ve onarıma erişme haklarını güvence altına almak için bir dizi yargısal, idari, sosyal ve ekonomik tedbirler kurmuştur. En önemlisi de yasa ile milyonlarca hektar terkedilmiş arazinin göç etmek zorunda kalan Kolombiyalıları geri verilmesi ve maddi tazminat da dahil bu kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi öngörülmüştür.⁶⁸⁷

KAM 2008 yılında ise ulusal sağlık sistemi hakkında verdiği kararında (T-760/08) anayasa aykırı gidişat doktrinini kullanarak sağlık sisteminin mali sorunlarını yapısal bir müdahale ile doğrudan ele almıştır. Mahkeme T-760 kararında aslında “anayasaya aykırı gidişat” ifadesini kullanmamış ve fakat çok sayıdaki talebi birleştirmiş, kompleks yapısal emirlere hükmetmiş ve kararın sonucunu izlemeye almıştır. Bundan önceki içtihadının sağlık sistemini bir bütün olarak etkileyen politik etkileri varsa da, T-760 kararı özel olarak hükümetin sağlık sistemindeki sorunları ele almasını emreden yapısal prensipler kabul eden ilk Anayasa Mahkemesi karardır. Keza karar 2008 küresel ekonomik krizinin ortasında verilmiş olması bakımından ayrıca önemlidir. Zira bu kriz Kolombiya’da diğer ülkelerden daha az hissedilmiş ve 1990’lardaki aşırı ekonomik

⁶⁸⁶ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 13-14.

⁶⁸⁷ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 47-49.

yavaşlamadan daha az belirgin sonuçları olmuştur. Bu nedenle ülke ekonomisi daha hızlı toparlanmıştır. Bununla birlikte kriz bir yandan bütçe açığının artmasına, diğer yandan ise sosyal harcamaların azalmasına neden olmuştur.

Mahkeme T-760 kararı ile zorunlu sağlık sigortası sistemindeki kişilerin yararlanabilecekleri yardımların hem Mahkemenin önceki içtihadında sürekli olarak hükmedilenleri içerecek hem de farklı sigorta rejimleri arasında süregelen uyumsuzlukları ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlemesini emretmiştir. İlaveten hükümetin Mahkeme hastalar ile sağlık hizmeti sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için yargı dışı mekanizmalar tasarlamasını ve dava yolunun teşvik edilmesini ve özel sağlık sigortası şirketlerinin yasal düzenlemde öngörülen hizmetleri sunmaktan imtina etmesini azaltacak etkili mekanizmalar kurmasını istemiştir.⁶⁸⁸

T-760 kararının gerekçesi sosyal hakların niteliğini tanımlaması bakımından ayrıca önemlidir. Mahkeme sağlık hakkının pek çok durumda diğer başka haklarla bağlantı kurulmasına gerek kalmadan kendiliğinden doğrudan *tutela* yolu ile icra edilebileceğini vurgulamıştır. Her ne kadar bu argüman daha önce Mahkemenin başka kararlarında benimsenmiş ise de, esaslı bir yapısal anayasaya aykırılık vakasında teyit edilmiş olması ayrıca önemlidir. Bu bağlamda Mahkemenin gerekçesinin asgari geçim seviyesi ve sosyal hukuk devleti kavramları ile sıkı bir ilişki içinde olduğu gözlemlenmektedir. Mahkemeye göre bir kişinin devlet tarafından korunabilecek acil sağlık derecesi organik bozulmanın normal bir hayata mani olacağı asgari yaşam seviyesinin korunmasıdır. Ayrıca sağlık hakkının tedrici gerçekleşme niteliği, devletin farklı sağlık yardımı planlarını bütünleme yükümlülüğünü neredeyse unutmasını haklı kılamaz çünkü bir sosyal hukuk devletinde az gelirli kişilerin daha düşük anayasal korumaya tabi tutulmaları kabul edilemez.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 191.

⁶⁸⁹ Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 291.

Her iki karar da Yargıç Manuel Jose Cepeda-Espinosa tarafından kaleme alınmıştır ve iki karardaki süreç de benzer şekilde gelişmiştir. Anayasa Mahkemesi önce hükümet, sivil toplum ve devletin iç denetim mekanizmalarından (ombudsman gibi) bilgi toplamış, bu bilgiye dayanarak devlete epey detaylı emirler vermiş ve nihayet sivil toplum gruplarının ve hükümet dışı bağımsız denetim örgütlerinin görüşlerini aldığı halka açık oturumlar yaparak hükümeti ikna etmiştir.⁶⁹⁰ Bu bakımdan Mahkemenin anayasaya aykırı gidişat doktrinini uygulayarak, toplumda şimdiye dek sesi duyulmayan dezavantajlı grupların haklarını desteklemesinin Kolombiya toplumunda belirgin bir etki yarattığı ve kamusal makamları anayasal temel haklara ve ilkelere riayet etmeye mecbur kılması dolayısıyla da etkili bir frenler ve dengeler mekanizması olduğu belirtilmektedir.⁶⁹¹ Diğer bir ifadeyle bu iki davadaki yapısal reform emreden hükümler, Mahkemenin sosyal haklar lehine yaptığı müdahalenin orta sınıf yerine, gerçekten muhtaç durumdaki alt gelir grubuna kişilerin menfaatine işlemesini sağlamıştır.⁶⁹²

Nitekim dezavantajlı grupların haklarını yapısal kormaya alan 2004 tarihli zorunlu göç kararından beri devletin zorunlu iç göç sorunu için ayırdığı bütçeyi sert bir biçimde arttırdığı ve bu iş için büyük bir bürokrasi kurduğu belirtilmektedir. Kolombiya devletinin zorunlu olarak iç göçe maruz kalan kişilerin faydalanması için 450 milyon dolarlık bir yardım programı başlattığı belirtilmektedir. Dahası artık Kolombiya’da iyi işleyen sorunun derinliğini ölçecek istatistiksel gösterge verileri bulunmaktadır. Nihayet devlet zorunlu olarak göç eden kişilerin belirli alanlardaki haklarından yararlanabilmeleri için gıda, barınma ve sağlık alanlarda yardım programları başlatmıştır.⁶⁹³

Keza 2008 tarihli sağlık hakkı kararının temel amaçlarından biri işsiz veya

⁶⁹⁰ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 223-224.

⁶⁹¹ Sepulveda, a.g.e., s. 148.

⁶⁹² Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 225.

⁶⁹³ Faundez, a.g.e a.g. 761; Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 226.

kayıtdışı çalışan yoksul Kolombiyalıların devlet tarafından karşılanan sağlık sigortasının niteliğini arttırmak ve böylece yoksul Kolombiyalıların *tutela* başvurusu yapmak zorunda kalmadan sağlık bakımı almasını mümkün kılabilmek olmuştur.⁶⁹⁴ Nitekim dava edilebilirliğin sınırlarının zorlanması, sağlık sigortasının özelleştirilmesi ve devletin kötüyönetimi neticesinde Kolombiya’da bu kararın sonrasında sağlık sistemi çökme noktasına gelmiştir. Bunun üzerine ülkede sağlık sisteminin yozlaşmasına karşı protestolar başgöstermiştir. Hükümet ise Aralık 2009’da sosyal ve ekonomik olağanüstü hâl ilan etmiş, Ocak 2010’da çeşitli olağanüstü hal kararnameleri çıkarmış ve fakat bunlar Mahkemenin emrine uymak yerine adeta karara direnmiş ve sağlık hizmetlerini daha da kısıtlayan tedbirler alarak ve yeni vergiler koyarak bütçe krizini aşmaya odaklanmıştır. Bu kararnameler protestoların artmasına yol açmış; nihayet Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal ilanını ve kararnameleri anayasaya aykırı bulmuş ve Haziran 2010’da iktidar değişmiştir.

Nihayet T-760 kararı birkaç yıl sonra yoksul Kolombiyalıları için somut bazı olumlu sonuçlar doğurmuştur. 2011 ve 2012 yıllarında yılında yeni bir kanun kabul edilmiş ve sağlık sisteminin aksayan pek çok yönü ele alınarak Mahkemenin T-760 kararına uygun şekilde farklı katkı rejimine tabi sigortalıların alacağı sağlık yardımlarının tedricen birleştirilmesi sağlanmış ve çocuklar için tam ve ücretsiz sağlık sigortası kabul edilmiştir. Yeni hükümet farklı sağlık sigortası rejimlerini birleştirerek bütün Kolombiya vatandaşlarına ister katılım payı ödesin, ister devlet tarafından ödensin aynı sağlık yardımlarını elde etmesini sağlamış; daha önce hariç tutulan ve fakat Anayasa Mahkemesinin emrettiği ilaç ve hizmetleri de kapsayan yeni bir yardım listesi kabul etmiştir. Ayrıca önceki hükümet döneminde özellikle sigorta şirketlerine para ödenmesinde görev alan kamu görevlileri hakkında ceza soruşturmaları başlatılmıştır. Öte yandan karar ülkedeki toplam *tutela* sayısı içinde sağlık hakkına

⁶⁹⁴ Landau, “The Reality...”, a.g.e., s. 225.

ilişkin olanların oranındaki büyük artışı sınırlandırmış gözükmektedir. Nitekim 2008 yılında bu oran %42 iken, 2011 yılında %26'ya gerilemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı gidişat doktrinini uygulayarak sağlık hakkı bakımından yapısal emirler içeren bir hüküm vermesi, ekonomik kriz ile kızıştırılan bireysel başvuruları yönetmesine yardımcı olmuştur.⁶⁹⁵

Anayasa Mahkemesi sosyal haklar açısından en son 2012 yılında bir anayasa değişikliğini denetlerken önemli bir karara imza atmıştır. (C-288/2012) Değişiklik sosyal hukuk devletini gerçekleştirebilmek için bir araç olarak kullanılması ve kamu gücü kullanan organların uyumlu iş birliğini sağlaması için *mali sürdürülebilirlik* ilkesini getirmekteydi. Bu anayasa değişikliği özellikle mahkemenin sosyal haklar lehine verdiği kararların bütçede önemli etkileri olduğu endişelerinden kaynaklanmıştı. Davacılar değişikliğinin asgari geçim seviyesi ve sosyal hukuk devleti gibi temel anayasal değerleri mali kaygılardan daha önemsiz veya ikincil kıldığı ve bu nedenle mevcut anayasanın olağan biçimde değiştirilmesi değil, bizatihi anayasal düzenin başka bir şeyle değiştirildiği iddiasıyla anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁶⁹⁶

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğini anayasa uygun bulmuş ve değişikliğin gerçekte bir yeni bir anayasal mali sürdürülebilirlik ilkesi yaratmadığına hükmetmiştir. Aksine Mahkemeye göre değişiklik mali sürdürülebilirlik ilkesini aslında sosyal hukuk devletinin büyük hedeflerinin işine yarayacak bir araç olarak getirmiştir. Mahkemeye göre mali sürdürülebilirlik kavramı davacıların iddiasının aksine sosyal hukuk devletine karşı ya da onun üzerinde bir norm değil, ona göre ikincil konumda bir normdur. Diğer bir ifadeyle mali sürdürülebilirlik ile sosyal hukuk devleti arasında bir normatif çatışma yoktur çünkü bunlar önemli derecede farklı bir hiyerarşik konumda yer almaktadırlar. Bu bakımdan karar sosyal hukuk devleti ve bunun tamamlayıcısı olan asgari geçim

⁶⁹⁵ Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 293; Young ve Lemaitre, a.g.e., s. 192-196.

⁶⁹⁶ Landau, “The Promise of...”, a.g.e., s. 273.

seviyesi ile bütçe kaygıları arasında açık bir hiyerarşik ilişki kurmuştur. Buna göre bir sosyal hukuk devletinde mali mülahazalar daima anayasal hakların etkili biçimde gerçekleştirilmesine göre tali konumdur. Dolayısıyla devlet kaynak sıkıntısını ve hatta ekonomik krizi sosyal hakların gerçekleştirilmesine bir bahane olarak kullanamaz.⁶⁹⁷

3. Değerlendirme

Kolombiya gibi halen ciddi yoksulluk sorunu içinde olan bir ülkede, yoksul insanların korunması mevcut siyasal yapı ile mümkün değildi. Bu nedenle KAM sosyal yardım programlarını geliştirmek ve yeni programlar başlatması için devleti bir anlamda itemele ihtiyacı hissetmiştir. Bu bakımdan asgari geçim seviyesi doktrini ile yapısal hüküm verme yaratıcılığı arasındaki etkileşim Mahkemenin tutumunda hayati bir işlev görmüştür. Aslında Mahkeme daha önce anayasanın icrası için kendi içkin yetkilerinden kaynaklanan bazı mekanizmalar geliştirmişti. Nitekim farklı başvuruçular tarafından yapılan aynı konudaki çok sayıda *tutelayı* birleştirmek ve dava konusu sorunun sistematik olarak çözümü için kopleks emirler vermek gibi yetkiler kullandığı bilinmektedir. Mahkeme anayasaya aykırı gidişat kavramını bu yargısal mekanizmalar ile birlikte kullanarak büyük etkileri olan kararlar verebilmiştir.

Bu bağlamda yukarıda açıklanan yargısal denetim tiplojisine göre KAM'nin sosyal haklar tutumu *üstüncü* niteliktedir. Anayasa Mahkemesi sosyal haklar içtihadında *yönetimsel* ve *emredici* denetim türlerini benimseyerek seçilmiş diğer devlet organları karşısında sağlam bir üstüncü rol kavrayışı geliştirmiştir. Mahkemenin sosyal hakların yargısal denetiminde benimsediği *yönetimsel* boyut ilköğretimde kotalar emretmek, devlet destekli sağlık hizmetleri için yeni kriterler tesis etmek ve konut finansmanı düzenlemelerini denetlemek gibi çeşitli sosyal hak alanlarında; *emredici* boyut ise ulusal emeklilik kesintileri konusundaki yasal düzenlemeleri geçersiz kılmak gibi

⁶⁹⁷ Landau, "The Promise of...", a.g.e., s. 274.

kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde görülmektedir. Her iki denetim boyutunda da Mahkeme ilgili birimlerden bilgi toplama, geniş çaplı duruşmalar yapma, doğrudan bir politikayı emretme ve kaynakları yönetme gibi çeşitli yargısal tekniklerle *üstüncü* rolünü aksettirmiştir.⁶⁹⁸

KAM'nin sosyal haklarla ilişkisi oldukça geniş ve ısrarlı bir resim çizmektedir. Sosyal hukuk devleti ilkesini benimseyen anayasanın verdiği izinle Mahkeme Kolombiyalıların sosyal haklarını korumak için yeni yollar sağlamıştır. Mahkemenin bu koruyucu tutumu özellikle sağlık hakkı ve ülke içinde göç etmek zorunda kalmış kimselerin hakları ile öne çıkmaktadır. Sağlık hakkı konusunda verdiği bir dizi karar ile Mahkeme ülkedeki sağlık finansmanının yapısını dönüştürmüştür. Muhtaç ve evsiz durumdaki binlerce iç göçe zorlanmış kişilerin içinde bulundukları durumu sona erdirmek için yeni bir bürokrasiye ön ayak olmuştur. Mahkemenin sosyal hakların üzerinde böylesinde büyük bir anayasal inovasyon geliştirmesine sebep olan üstüncü niteliğine yol açan çeşitli faktörler vardır. Bunları en azından üç grupta toparlamak mümkündür.⁶⁹⁹

İlk olarak Mahkemenin kurumsal özelliklerinden bahsetmek mümkündür. Mahkeme ait olduğu Kıta Avrupası hukuku geleneğini yeniden yorumlamış, bilgi toplamayı, soruşturmanın bağımsızlığını sürdürmüş, fakat Kıta Avrupasında mahkemelere atfedilen bürokratik ve teknokratik çekingenlikten vazgeçmiştir. Ayrıca herkesin temel haklarının mahkemeler tarafından korunmasına yönelik *tutela* mekanizması Mahkeme için en önemli araç haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesine ulaşan *tutela* başvurularının sayısı 1992'de 8060 iken 2005 yılında bu rakam 221.348'e ulaşmıştır. Emeklilik ve sağlık hakkı ile ilgili davalar *tutela* başvurularının yarısından

⁶⁹⁸ Young, a.g.e., s. 196.

⁶⁹⁹ Young, a.g.e., s. 196-197.

fazlasını teşkil etmektedir.⁷⁰⁰

İkinci olarak Mahkemenin kendi anayasal rolüne ilişkin özalgılaması da üstüncü niteliğinin gelişimine yön vermiştir. Mahkeme kendi anayasal rolünü kuvvetler ayrılığı bağlamında değil, esaslı bir anayasal vizyon bağlamında görmektedir. Bu kavrayış yargıçlar bakımından idealleştirilmiş bir inanç, hakların normatif önemi ve bu hakları gerçekleştirmek için yeni yargısal düzene biçilen rol ile geliştirilmiştir. Bu özalgılama otoriteryanizm ve şiddetin Kolombiya tarihindeki yeri nedeniyle Mahkemenin hak koruyucu bir kurum olarak gelişmesinin ve yasama ve yürütme organlarının bu tarihsel olguya karşılık vermek için kendi anayasal fonksiyonlarını yeterince yerine getirememelerinin sonucudur.⁷⁰¹

Üçüncü olarak yasama organı ve idarenin fonksiyon bozukluğu da Mahkemesnin üstüncü denetim tercihinde etkili olmuştur. Nitekim Mahkemenin eski başkanlarından Manuel Jose Cepeda Espinosa “öyle kötü bir Kongremiz var ki birşeyler yapmaya çalışmaktan başka seçeneğimiz yoktu” diyerek yasama ve yürütme organının yetersizliğini ve irrasyonelliğini açıkça vurgulamıştır.⁷⁰² Dolayısıyla yasama organının en basit çoğunlukçu ilklere göre hareket etmekteki ve bürokrasinin hukuku uygulamadaki beceriksizliği ve işlevsizliği Anayasa Mahkemesine üstüncü bir düşünce ve eylem için yer açarak güçlü bir yargısal denetime sebep olmuştur.⁷⁰³

Öte yandan sanılanın aksine hem yönetsel hem de emredici denetimin Kolombiya’daki uygulamasının temel hakların yasama organı tarafından gözardı edilmesinin imkânlarını azalttığına işaret edilmektedir. Zira bu iki denetim yolunun

⁷⁰⁰ Young, a.g.e., s. 197.

⁷⁰¹ Young, a.g.e., s. 197-198.

⁷⁰² David Landau, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, **Harvard International Law Journal**, C. 51 (2010), s. 348, dn 135. (“Justice Manuel Jose Cepeda Espinosa, for example, told me that ‘our view was that we had such a bad Congress that we had no choice but to try and do something.’”)

⁷⁰³ Young, a.g.e., s. 198.

mahkemeler ile sivil toplum arasında bir iletişim kanalı açtığı, yargıların medyanın daha çok ilgisini çekmeye başladığı, anayasal uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarının kamuoyunda daha çok tartışılmaya başlandığı ve hatta sokak gösterilerinde savunulduğu, buna bağlı olarak da kamuoyu yoklamalarında Anayasa Mahkemesinin rolü lehine yüzde 55 gibi muazzam bir destek oranının ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁷⁰⁴ Bununla birlikte kamuoyunun yargısal sürece katılımından kaynaklanan bu geniş hesap verirlilik ve cevap verebilirliğe rağmen, bu gelişme aynı zamanda kendi sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında artan bir popülizm algısının yerleştiğine dikkat çekilmekte ve sekiz yıllık görev sürelerinin ardından birçok üyenin politikaya girdiği ve hatta bazılarının görevleri sona erer ermez siyasi kampanyalarına başladığı aktarılmaktadır.⁷⁰⁵

Kolombiya sosyal haklar bakımından yoğun seviyede yargılama ve icra deneyimine sahiptir. Bu süreçte ülkede yaşanan derin ekonomik kriz ve halk protestoları arasında Anayasa Mahkemesinin görece kısa ömründe anayasanın yorumlanmasına aktivist ve liberal yaklaşımının Latin Amerika'daki mevcut duruma taze bir nefes getirdiği söylenebilir. Çünkü Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkları otomatik olarak yasama ve yürütme organlarının takdirine bırakmayıp, anayasanın koruyuculuğu rolünü ciddiye almış ve neticede idarenin kamu politikasının çeşitli alanlarında önemli değişiklikler yapmasına sebep olmuştur. Ayrıca Mahkemenin aktivist tutumunun sıradan yurttaşları haklarını talep etmeye ve böylelikle siyasi düzen içinde anayasanın konumunun farkında olmaya teşvik ettiği de bir gerçektir.⁷⁰⁶

KAM'nin sosyal haklar lehine sergilediği yüksek seviyedeki aktivizmi iki temel yapısal siyasi sebeple açıklamak mümkündür. Bir yanda ülkenin içinde bulunduğu

⁷⁰⁴ Young, a.g.e., s. 199; Faundez, a.g.e., s. 758.

⁷⁰⁵ Landau, "The Reality of...", a.g.e., s. 219.

⁷⁰⁶ Faundez, a.g.e., s. 761.

siyasi temsil krizi, diğer yanda ise sosyal hareketler ve muhalefet partilerinin zayıflığı. Birincisi Kolombiya’da halkın siyasete olan inancını yitirmesi toplumun belirli kesimlerinin aslında prensip olarak siyasal katılma yoluyla çözülmesi gereken sorunlar için yargı organından medet ummasına yol açmıştır. Pek çok durumda Anayasa Mahkemesi diğer siyasi aktörlerin yetkisini gaspetmemiş, aksine bu aktörlerin kamu politikasında bıraktığı büyük boşluğu doldurmak için adım atmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin müdahaleleri kamuoyunun büyük bir kısmı tarafından en azından etkin bir devlet gücünün hala var olduğunu hissettikleri için meşru görülmüştür. İkincisi Kolombiya zayıf bir sosyal hareket geleneğine sahiptir. Aynı zamanda ülkedeki şiddet ve çatışma ortamı bu hareketlerin eylem riskini arttırmış, pekçok lider ve aktivist öldürülmüştür. Bu ise yargısal rolün –özel olarak anayasa yargısının- giderek güçlenmesine yol açmıştır. Çünkü anayasa yargısı ucuz ve ulaşılması kolay olduğu gibi, anayasa yargıçları ilerici tutumlar alma eğilimindedir. Dolayısıyla sosyal gruplar büyük riskler taşıyan siyasi ve sosyal mobilizasyon yerine çareyi yargısal stratejiler geliştirmekte bulmuşlardır.⁷⁰⁷

Kolombiya örneği anayasa yargısında sosyal hakların korunmasında yargısal yaratıcılığın önemine ışık tutmaktadır. Mahkemenin yapısal emirlere hükmettiği anayasaya aykırı gidişat doktrini, onun sosyal haklar lehine en iyi sonuç elde ettiği kararlarıdır. Bu hükümler sonuçları itibarıyla devlete mali yük getirebilir ve siyaseten problemli olabilir. Fakat buna rağmen yapısal anayasaya aykırılık üzerine verilen kararlar Kolombiya’da kamu politikasının önemli alanlarını dönüştürmüş ve yoksul ve dezavantajlı toplum kesimleri için olumlu sonuçlar doğurmuştur. Dolayısıyla basit bireysel hükümler yerine, karmaşık yapısal hükümlerin özellikle yoksul kesimin sosyal sorunları ile mücadele etmek bakımından daha etkili bir yargısal yöntem olduğu

⁷⁰⁷ Yepes, a.g.e., s. 129-130.

görülmüştür.⁷⁰⁸

Sonuç olarak KAM'nin sosyal haklar içtihadı, iki ekonomik kriz ve tasarruf tedbirleri ile karşı karşıya kaldığı halde, daha ziyade orta sınıfın temayüllerini icra etmekten korunmaya muhtaç yurttaşların etkili biçimde korunmasına doğru evrilmiştir. Mahkemenin bu kayda değer çabasının ve evriminin merkezinde ise adeta bir kutup yıldızı gibi ona yol gösteren asgari geçim seviyesi doktrini yer almıştır. Bu doktrin Anayasa Mahkemesinin bir yandan devletin ekonomik kriz ile etkin şekilde mücadele etmesini engellemeden tasarruf tedbirlerini anlamlı biçimde denetlemesini mümkün kılmış, diğer yanda ise devleti elindeki kıt kaynakları yoksul kesim lehine sosyal programları geliştirmek için harcamaya teşvik etmiştir. Bu bakımdan Kolombiya Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar deneyimi karşılaştırmalı hukuk bağlamında anayasa yargısı organlarının kriz zamanlarında dahi sosyal hakları genişletmek ve korumakta etkili ve sürdürülebilir bir rol oynayabileceğine yönelik bir iyimserlik sunmaktadır.⁷⁰⁹ Bir zamanlar ağır insan hakları ihalleri ile gündemden düşmeyen Kolombiyanın sosyal hakları ciddiye alarak insan haklarının iç hukukta gerçekleştirilmesini sağlayacak anayasal içtihadı ve yenilikçi kurumsal yaklaşımı ihraç eder halde dönüşmesi ise kaydadeğer bir paradoks olarak karşılaştırmalı hukuk tarihindeki yerini almıştır.⁷¹⁰

C. HİNDİSTAN

Hindistan uzun bir mücadelenin ardından Britanya Krallığından bağımsızlığını elde ettiği 1947'den beri her daim ilgi çeken bir kamu hukuku laboratuvarı sunmaktadır. Dünyanın yedinci en büyük yüzölçümü ve en büyük ikinci nüfusuna sahip bu kocaman ülkenin kadim zamanlardan beri toplum içinde eşitsizliğin süregeldiği ve daha da

⁷⁰⁸ Landau, "The Promise of...", a.g.e., s. 298.

⁷⁰⁹ Landau, "The Promise of...", a.g.e., s. 299.

⁷¹⁰ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 5.

önemlisi meşru görüldüğü harmonik bir sisteme sahiptir. Bu bakımdan bağımsızlıktan bu yana ülkenin ulaşmaya çalıştığı sosyal dönüşümün *homo hierarchicus* (Hindistan’daki geleneksel “kast” sistemi) presibine dayanan bir toplumu *homo equalis* presibine dayanan bir toplum haline dönüştürmek olduğu ifade edilmektedir.⁷¹¹ Bu bağlamda bağımsızlık sonrası yapılan 395 madde ve 12 listeden oluşan dünyanın en uzun ve karmaşık anayasası, eşitsizliğin devam ettiği ve fakat artık hukuki ve meşru görülmediği bir sistem kurmuştur.⁷¹² Köklü bir sosyal değişim için tasarlanan bu anayasa, derin statü ve sınıf eşitsizlikleri ile şekillenmiş bir toplumu sosyoekonomik adalete yönelten bir amaca özgülenmiştir. Bu anayasayı yapmak üzere ilk defa Aralık 1946’de toplanan ve 299 üyeden oluşan Kurucu Meclis yaklaşık üç yıllık bir çalışma dönemine yayılan 166 toplantının ardından Kasım 1949’da anayasayı kabul etmiş, anayasa Ocak 1950’de yürürlüğe girmiştir. Hindistan Anayasası bugüne dek doksan yedi defa değişikliğe uğramıştır ki bu yönüyle de dünyanın en sık değiştirilen anayasalarından biri olma özelliğini göstermektedir.⁷¹³

1. Hindistan’da Sosyal Hakların Anayasal Seyri

1950 Hindistan Anayasasını yapan kurucu iktidar, pek çok konuda Batılı anayasal modelleri örnek almıştır. Nitekim hazırlanan ilk taslakta İrlanda, Almanya ve ABD anayasalarının dikkatle incelendiği bilinmektedir. Özellikle Amerikan anayasacılığının etkisi temel hak ve hürriyetler, anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığı ve federal yapı gibi alanlarda açıkça görülmektedir. Bununla birlikte 1950 Hindistan Anayasası, ABD Anayasasının aksine merkeze karşı bir önyargı ile federalizmi kabul etmiş, federe

⁷¹¹ Ramaswamy Sudarshan, “Courts and Social Transformation in India”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, ed. Roberto Gargarella, Pilar Domingo ve Thénus Roux, Hampshire & Burlington, Ashgate, 2006, s. 153.

⁷¹² Hindistan Anayasasının güncel halinin İngilizcesine *Constitute* veritabanından ulaşılmıştır: https://www.constituteproject.org/constitution/India_2015?lang=en (Haziran 2016).

⁷¹³ Rainer Grote, “The Republic of India: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World [Oxford Constitutions]**, New York, Oxford University Press, 2013, (<http://oxcon.oupplaw.com>).

devletler için ayrı bir anayasaya öngörmediği gibi, bireyler sadece tek bir federal vatandaşlık öngörmüştür. Hükümet sistemi bakımından ise İngiliz modelinde görülen parlamenter sistemin tipik niteliklerinin pek çoğu benimsemiştir. Nihayet anayasanın sosyal dönüşüm ve adalate bağlılığını simgeleyen belirgin özelliklerinden biri olan sosyal ve ekonomik hedefler (ve sosyal haklar) ile ilgili kısımda ise 1937 İrlanda Anayasasının izlerini görmek mümkündür.⁷¹⁴

Hindistan Anayasası içinde doğduğu siyasal ve toplumsal koşullara benzer biçimde oldukça karmaşık bir yapı arz etmektedir. Hindistan çeşitli topluluklar ve azınlıklar ile değişik ırk, din, diller ile dolu bir ülkedir. Böylesine çeşitlilikle dolu bir toplumda istikrarlı bir devlet yönetimi kurabilmek için ülkeyi oluşturan topluluklara çeşitli türde anayasal güvenceler verilmiş, bu ise normal şartlar altında kanunla düzenlenebilecek pek teknik çok husus anayasada yer almasına yol açmıştır. Keza anayasa sadece federal devletin değil ve fakat federe yönetimlerin de temel kurumlarını ve yetkilerini oldukça detaylı biçimde düzenlemiş, böylece federe anayasalar için bir yer bırakmamıştır.⁷¹⁵

Hindistan Anayasasının “başlangıç” kısmı dar anlamada Anayasanın bir parçası değildir. Bununla birlikte başlangıç bütün anayasal yapının dayandığı temel değerler ve ilkeleri içermektedir. Buna göre Hindistan egemen, sosyalist, laik ve demokratik bir devlettir. Devletin demokratik ve egemen niteliği anayasanın ilk halinde mevcut iken, sosyalist ve laik devlet ilkeleri 1976 yılındaki kırk ikinci anayasa değişikliği ile eklenmiştir. Başlangıç ayrıca adalet, özgürlük ve eşitliği devletin saygı duyması ve koruması gereken temel ilkeler olarak belirtmektedir. Buradaki adalet ilkesi devletin Hindistan toplumunda refah ve güç bakımından süregelen derin eşitsizlikleri ortadan kaldıracak politikalar tasarlaması ve uygulamasını öngörmektedir. Bu bağlamda

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ *Ibid.*

kamusal hayatın her alanında adalet ilkesine bağlılık Hindistan anayasacılığının belirleyici bir niteliğidir. Nitekim bu ilke devletin ekonomik ve sosyal politikalarında dikkate alması için düzenlenen anayasanın dördüncü bölümündeki “yol gösterici ilkelerin” temel dayanağını oluşturmaktadır.⁷¹⁶

Hindistan Anayasası temel hak ve hürriyetleri İrlanda Anayasasına benzer şekilde iki kategori halinde düzenlemektedir. Anayasanın üçüncü bölümü yaşama hakkı, eşitlik, ifade hürriyeti, din hürriyeti gibi kişi hakları ve siyasi hakları “temel haklar” (fundamental rights) başlığı altında düzenlemektedir. Dördüncü bölümde ise eğitim, sağlık, barınma gibi en temel sosyal haklar “devlet politikasına yol gösteren ilkeler” (directive principles of state policy) başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasanın 32. maddesine göre üçüncü bölümdeki “temel haklar” dava edilebilir haklarken, üçüncü bölümdeki yol gösterici ilkeler ise –yani sosyal haklar- Anayasa m.37’ye göre dava edilebilir haklar değildir ve devlet aleyhine icra edilemez.⁷¹⁷

Hindistan Anayasasının sosyal hakları dava edilemeyen ilkeler olarak benimsemesi kurucu iktidarın sosyal, ekonomik ve siyasal adaletle dayanan yeni bir düzen kurmak ve köklü bir sosyal dönüşüm gerçekleştirme hedefiyle açıklanabilir. Bu bağlamda anayasa yapıcılar tüm yurttaşlara sosyal hakların sağlanması gerektiği üzerinde uzlaşmışlarsa da, bu hakların sadece yerine getirilmesi devletin ekonomik kapasitesine bağlı olan hedefler olarak işgörmesini tercih etmiştir. Kurucu Meclisteki hâkim görüşe göre özgürlüğüne henüz kavuşmuş bir devletin yol gösterici ilkelerin yerine getireceği zaman, mekân ve koşullara karar vermekte özgür olmaması halinde bu yük altında ezilebilir; dolayısıyla bu ilkelerin ihlal edilmesi halinde bunun hesabını

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ “The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed” (m.32/1); “The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.” (m.37)

siyasiler seçmene karşı verecektir. Diğer bir ifadeyle Kurucu Meclise göre gelecekte hem yasama hem de yürütme organı bu ilkelere sözde bir bağlılık göstermemeli ve fakat bu ilkeler bütün yasama ve yürütme işlemlerinin temeline yerleşmelidir. Bu ilkelere hedeflenen haklar için devleti harekete geçirecek olan ise mahkemeler değil halkın kendisi olmalıdır.⁷¹⁸

Anayasayı yapan anlayışa göre temel olamayan haklar (yani sosyal haklar) taraflar arasındaki uzlaşma ile yaratılır oysa temel haklar (yani kişi hakları ve siyasi haklar) hukukun bir hediyesidir. Dolayısıyla temel haklar devletin bir hediyesi olduğu için devletin bunları yerine getirip getirmediğini takip etmez. Bu hak anlayışı anayasanın yapıma biçimiyle uyum içindedir. Zira Hindistan Anayasası diğer birçok örnekte olduğu gibi devrimin ardından yurttaşlar arasında yapılan bir sosyal sözleşme olarak değil, kolonyal yönetimin ve yeni siyasal elitlerin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenledir ki Hindistan Anayasası devletin rolü ile yurttaş arasındaki ilişkide çok temel çatışmalara sahne olmuştur. Anayasa bir yandan devlete tarihsel olarak baskı altında tutulmuş bir topluma sosyal adaleti getirmek için güçlü bir rol biçerken, aynı zamanda devletin güvenliği tehdit edenler karşısında vatandaşını korumak adına oldukça katı düzenlemeler ve yargısal uygulamalar benimsemesine müsaade etmiştir.⁷¹⁹

2. Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Sosyal Haklar

Hindistan Yüksek Mahkemesi (HYM) bağımsızlıktan sonra yaklaşık otuz yıl

⁷¹⁸ Jayna Kothari, “Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2007, ss.171-192, s. 173; Shylashri Shankar ve Pratap Bhanhu Mehta, “Courts and Socioeconomic Rights in India”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, ed. Varun Gauri and Daniel M. Brinks, New York, Cambridge University Press, 2008, ss. 146-182, s. 147-148; Shylashri Shankar, “The Embedded Negotiators: India’s Higher Judiciary and Socioeconomic Rights”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, ed. Daniel Bonilla Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 95-128, s. 96.

⁷¹⁹ Shylashri Sankar, “Descriptive Overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India”, **Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa**, ed. Oscar Vilhena, Upendra Baxi ve Frans Viljoen, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013, ss. 105-134, s. 110-112.

boyunca anayasa koyucuya riayet etmiş ve sosyal hakların dava edilemez ilkeler olduğu görüşünü benimsemiştir. Ancak 1979'lerin sonu ve 1980'lerin başından itibaren tedrici olarak sosyal hakların insan onuruna yaraşır yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiş ve sosyal hakları dava edilebilir kılmak yolunda belirgin bir yargısal aktivizm sergilemiştir. Yüksek Mahkeme hem Anayasanın üçüncü bölümündeki temel hakların hem de dördüncü bölümdeki yol gösterici ilkelerin birbiriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğini, sosyal hakların kişi hakları ve siyasi haklar ile karşılıklı olarak bağımlı ve bölünmez bir bütün olduğunu kabul ederek sosyal hakların dava edilebilir olduğuna hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme hem kişi hakları ve siyasi hakların hem de sosyal hakların, Hindistan Anayasasının başlangıç kısmında benimsenen sosyal dönüşümün gerçekleşmesi ve refah devletinin kurulması bakımından ortak bir hedefe yönelik olduğu, dolayısıyla bu hakların birbirini tamamladığına karar vermiştir.⁷²⁰ Mahkeme dördüncü bölümdeki yol gösterici ilkeleri özellikle 21'inci maddede düzenlenen yaşama hakkının⁷²¹ genişletilmesi yoluyla dava edilebilir kılmış, bu hükmün sağladığı güvencenin kapsamını çeşitli sosyal hakları kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bu yargılama stratejisi zaman içinde geniş biçimde ve mütemadiyen kullanılmış ve böylece sosyal haklar *de facto* dava edilebilir haklar haline gelmiştir. Bu bağlamda Hindistan'nın sosyal hakların dava edilebilirliği deneyimi, sadece toplumun en dezavantajlı kesimleri için değil, daha geniş bir toplumsal boyutta ve daha çeşitli sorunların çözümünde rol oynadığı için sosyal hakların korunması bakımından oldukça pozitif ve önemli bir strateji olarak görülmektedir.⁷²²

Hindistan'da yargı organının sosyal haklar lehine bu kayda değer adımları

⁷²⁰ *Unnikrishan v State of AP*, AIR 1991 SC 2178'den aktaran Kothari, a.g.e., s. 174.

⁷²¹ "No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law."

⁷²² Kothari, a.g.e., s. 174-175.

açıklayabilmek için yargı sisteminin genel özelliklerine ve HYM'nin yapısı ve işleyişine değinmek yerinde olacaktır. Parleментар hükümet sistemine sahip bir federal devlet olan Hindistan'da güçlü Yüksek Mahkeme çatısı altında toplanan bir yargı birliği sistemi görölmektedir. Ancak genel anlamda Hindistan'da yargı organının statüsü öteden beri sorunludur. Zira yaygın kanıya göre Hindistan mahkemelerinde davacı olmaktan daha kötü bir kader olamaz. Mahkemeler ve hukukçular genel olarak halk nezdinde çok saygı duyulan yerler değildir. Mahkemeler bir uyuşmazlığı çözüme bağlamak için kullanılmaz, daha ziyade bir mesele karşı tarafı taciz etmenin bir yolu olarak mümkün olduğunda uzun süre dava konusu yapılır. Ayrıca ülkedeki Mahkeme sayısı, ülkenin muazzam büyüklükteki nüfusu karşısında özellikle alt derece mahkemeleri bakımından oldukça kötü durumdadır. Hindistan'da ortalama 100.000 kişi başına bir yargıç düşmektedir. Dolayısıyla yargı sisteminin bu koşulları dikkate alındığında, Hindistan hukuku üzerine yazılan literatürün daha ziyade ülkenin başkenti Yeni Delhi'deki Yüksek Mahkeme ve ona eşlik eden her eyalet başkentindeki yirmi bir *High Court* üzerine yoğunlaşması şaşırtıcı değildir. Nihayet ilk derece mahkemeleri yoksul ve deavantajlı kesimlerin ihtiyaç duyduğu sosyal dönüşüm bağlamında cazip imkanlar sunmamaktadır. Oysa Anayasaya göre Yüksek Mahkeme (m. 32) ve *High Court*'lar (m. 226) temel hakların icrası için doğrudan emir (writ) verme yetkisine sahiptir ki bu da onlara başvurmayı cazip bir yol haline getirmektedir.⁷²³

HYM hem merkezi yönetim ile federe yönetimlerin arasında, hem de federe birimlerin kendi arasında çıkabilecek her türlü uyuşmazlığı çözmek için hem ilk derece hem temyiz mercii hem de istişare organı olarak görev yapar ve kararları ülkedeki bütün mahkemeleri bağlar. Mahkeme devlet başkanı tarafından atanan bir başyargıç (Chief Justice of India) ve otuz üyeden oluşur. Üye sayısı 2008 yılında yapılan kanun değişikliği ile yirmi beşten otuz bire çıkarılmıştır. Devlet başkanı Baş Yargıç ve

⁷²³ Sudarshan, a.g.e., s. 154-155.

hükümete danıştıktan sonra atama yapmaktadır ancak uygulamada son söz Başbakana aittir ve devlet başkanı sadece şeklen atama yetkisini kullanmaktadır. Üye atanabilmek için sekin bir hukukçu olmak veya en az beş yıldır *High Court*'da yargıcılık ya da en az on yıldır *High Court* nezdinde yetkili avukatlık yapıyor olmak gereklidir. Üyeler 65 yaşında zorunlu olarak emekli olurlar. Uygulamada üyelerin neredeyse tamamı belirli bir süre avukatlık yaptıktan sonra *High Court*'a atanan yargıçlardan seçilmektedir. Ancak üyeler atama koşulları ve zorunlu emeklilik yaşı nedeniyle genellikle 5-6 yıl gibi kısa bir süre görev yapabilmektedir. Bu kısıtlı sürenin bir üyenin Mahkemede kendi etkisini gösterebilmesi için yeterli olmadığı ve üyelerin siyasi etki altında kalmaları endişesi doğurduğu belirtilmektedir.⁷²⁴

HYM'nin üye profiline bakıldığında çoğunlukla erkek ve aynı sosyal sınıfa mensup kişilerden oluştuğu ve atamalarda dışlanmış sınıflar veya kadınlar lehine herhangi bir pozitif ayrımcılık benimsenmediği görülmektedir. Nitekim 1950 ile 2005 yılları arasında görev yapmış 116 Mahkeme üyesinin %97'sinin erkek ve %87'sinin Hindu olduğu, ayrıca %81'inin üst kast sınıfına, sadece %6'sının alt kast sınıfına mensup olduğu aktarılmaktadır.⁷²⁵ Öte yandan Hindistan Yüksek Mahkemesi dünyanın en fazla iş yüküne sahip mahkemelerinden biridir ve emsallerine oranla aşırı bir işyükü altındadır. Mahkemeye yapılan başvuru sayısı 1951 yılında 2600, 1977 yılında 30000 ve 1999 yılında 35000 civarındayken, bu rakam 2008 yılında 70000'e ulaşmıştır.

Bu rakamlar günde ortalama 50 dosyanın Mahkemeye ulaştığını göstermektedir. Sadece 2005 yılında her bir üye ortalama 1700 davaya bakmıştır. Benzer biçimde 2006 yılında Yüksek Mahkeme 56.540 başvuruyu sonuçlandırmıştır ki bu her bir yargıcın yılda 3846 dosyaya baktığını gösterir. Bu bağlamda Mahkemenin bu devasa işyükünün yaklaşık %70'inden fazlasının sorumlusunun alt derece mahkemelerinde kaybettiği her

⁷²⁴ Shankar, "Descriptive...", a.g.e., s. 108, 114, 115.

⁷²⁵ Shankar, "Descriptive...", a.g.e., s. 114.

davayı otomatik olarak temyiz eden hükümet olduğu belirtilmektedir. Nihayet bu kadar büyük iş yükünün temel sonucunun, kararların genellikle karşı oy olmadan alınması olduğu zira yargıçların aşırı işyükü altında güçlkle iş yapabildiği belirtilemektedir. Gerçekten de Mahkemenin toplam karar sayısındaki karşı oy sayısının bariz biçimde az olduğu, kararların neredeyse %98'inin oybirliği ile alındığı, bu tutumun bugün dahi devam ettiği, karşı oyların genellikle anayasaya uygunluk denetimi yapılan çok üyeli kararlarda görüldüğü ve üyelerin daha ziyade bireysel olarak karşı oy yazdıkları belirtilmektedir.⁷²⁶

HYM'nin temel haklar ile yol gösterici ilkeler arasında kesin bir ayrılık ve zıtlık değil tama aksine bir uyum ve denge bulunduğu görüşünü 1980'lerden itibaren giderek benimsemesi ve sağlık, besin, konut, eğitim gibi sosyal hakları yaşama hakkının bünyesine alması, herşeyden önce 1975-77 arasındaki olağanüstü hâl ve otoriter yönetim karşısındaki pasifliğinin ardından kendi meşruluğunu yeniden kazanma için girişimine dayanmaktadır. Gerçekten de Mahkemenin 1966 ile 1984 arasında Indira Gandhi'nin başbakanlığı döneminde ideolojik bir militan tavır içine girdiği ve kendisini anayasanın koruyucusu ilan ettiği belirtilmektedir. Özellikle 1971 seçimlerinin ardından Gandhi hükümeti 24 ve 25. Anayasa değişiklikleri ile Mahkemenin bağımsızlığını zedeleyecek ve yargı denetimini zayıflatan tedbirleri kabul etmiştir.

Mahkeme bu değişiklikleri incelediği 1973 tarihli ve 1700 sayfalık *Kesavananda v Union of India* kararı ile kanun koyucunun Anayasanın temel yapısı ve çerçevesini değiştiremeyeceğini söyleyerek kanunların yargısal denetimden muaf tutlmasını reddetmiştir. Mahkeme hem yol gösterici ilkeler hem de temel hakların anayasanın *temel yapısına* ait olduğunu söyleyerek yargısal denetimi anayasallaştırmıştır. Her ne kadar bu tutum doğrudan devletin sosyal hakları gerçekleştirmesini emreden kararlara yol açmamışsa da, yargısal açıdan yol gösterici ilkelerin Hindistan anayasa hukukunun

⁷²⁶ Shankar ve Mehta, a.g.e., s. 148-149; Shankar, "Descriptive...", a.g.e., s. 116-117.

ayrılmaz bir parçası olduğu ve temel haklara kıyasla ikincil bir nitelikte olmadığını vurgulamış, fakat bu hakların uygulanmasının sadece yasamanın tasarrufu ile mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda *Kesavananda* kararının Mahkemeyi politik alanının kalbine yerleştirdiği ve Mahkemenin temel hak ve hürriyetlerin gözetleyici ve koruyucusu olarak kurumsal rolünü pekiştirdiği belirtilmektedir.⁷²⁷

Başbakan Indira Gandhi'nin milletvekili seçim sonucu 12 Haziran 1975'de bir mahkeme tarafından iptal edilmiştir. Bu karar Başbakanın görevden ayrılmasını ve belirli bir süre milletvekili seçimlerine katılmamasını emretmekteydi zira anayasaya göre Başbakan atanabilmek için parlamentonun alt kanadında milletvekili olmak gereklidir. Dolayısıyla bu karar ile birlikte milletvekilliği ve Başbakanlığı kaybetme ile karşı karşıya kalan Gandhi çareyi demokrasiye ara vermekte bulmuştur. Başbakanlığı bırakmak istemeyen Gandhi'nin, bu karar nedeniyle ülkede ortaya çıkan karışıklığı sebep göstererek talep etmesi üzerine 25 Haziran 1975'de Hindistan devlet başkanı olağanüstü hâl ilan etmiştir. Bağımsız Hindistan'ın tarihindeki bu üçüncü olağanüstü hâl kararının ardından (diğer ikisi 1962 ve 1971'de Çin ve Hindistan savaşları nedeniyle), Ağustos 1975'de bir anayasa değişikliği kabul edilerek Anayasanın 329'uncu maddesine bir ek cümle getirilmiş ve Yüksek Mahkemenin seçim uyuşmazlıkları üzerindeki denetim yetkisi kaldırılmış, bu yetkinin kanun koyucu tarafından kurulacak bir organa verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla 39'uncu anayasa değişikliğinin (m. 329A/4) Gandhi aleyhine verilen mahkeme kararını hükümsüz kılmak ve bu kararın temyiz incelemesinde Yüksek Mahkemenin Başbakan aleyhine bir karar almasını engellemek için gerçekleştiriliği belirtilmektedir. Ancak HYM otuz dokuzuncu anayasa değişikliğini Kasım 1975'de "temel yapı doktrini" uygulayarak

⁷²⁷ Shankar ve Mehta, a.g.e., s. 149; Shankar, "The Embedded...", a.g.e., s. 95; Shankar, "Descriptive...", a.g.e., s. 121-122.

iptal etmiştir.⁷²⁸ Bu hayati kararı alan Mahkeme çoğunluğu anayasa değişikliğini, anayasanın temel yapısının hukuk devleti, serbest ve adil seçim ilkesi, yargısal denetim ve eşitlik gibi çeşitli unsurlarına aykırı olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur.⁷²⁹

Olağanüstü hâl rejiminin yürürlüğe girmesi ile birlikte ülke kararnamelerle yönetilmeye başlanmış ve temel hak ve hürriyetler askıya alınmıştır. Bu esnada yüzlerce siyasi muhalif tutuklanmış, bu tutuklamalara yapılan itirazlar hakkında çeşitli mahkemeler tutuklu bir kişinin tutukluluk halinin hukuka uygun olmadığını olağanüstü hâl rejimi süresince dahi ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Fakat bu kararlar Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuş ve olağanüstü hal rejimi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması askıya alındığından, bu rejim süresince tutuklanan kişilerin tutukluluk hali hakkında mahkemelerin herhangi bir denetim gerçekleştiremeyeceğine hükmetmiştir.⁷³⁰ Bu tutumuyla Yüksek Mahkeme'nin yürütme organını karşısına almak istemeyerek, olağanüstü hal rejimi boyunca temel hakların ihlaline izin vererek yürütme organına teslim olmakla itham edilmiştir.⁷³¹

HYM'nin sosyal haklara yönelik tutumundaki yeni paradigma işte bu sancılı süreçle birlikte başlamıştır. Mahkeme olağanüstü hâl rejiminin 1977'de sona ermesi ile birlikte kamuoyunda zedelenmiş meşruiyetini yeniden kazanma sürecine girmiştir. Olağanüstühalin ardından Yüksek Mahkeme kaybettiği meşruluğu geri kazanmak için yeni ve sağlam temeller atmak istemiş ve bu amaçla inisiyatif almıştır. Bu süreçte Yüksek Mahkemenin mesaisinde daha ziyade yoksul ve dezavatajlı kesimin haklarını korumak lehine belirgin bir aktivizm görülmektedir. Bu aktivizmin en önemli sonucu

⁷²⁸ *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain & Anr* 1975 AIR 2299; 1976 (2) SCR 347.

⁷²⁹ Shankar, "The Embedded...", a.g.e., s. 95; Shankar, "Descriptive...", a.g.e., s. 122; Sudarshan, a.g.e., s. 164.

⁷³⁰ *Additional District Magistrate Jabalpur v. Shivakant Shukla*, 2 SCC 52 (1976).

⁷³¹ Shankar ve Mehta, a.g.e., s. 149; Shankar, "The Embedded...", a.g.e., s. 95.

ise hiç kuşkusuz “kamu yararı davası”dır (public interest litigation) (PIL). Kamu yararı davası idari eylem ve işlemin yargısal denetimine halkın katılımının sağlandığı hukuki araç olarak tanımlanmaktadır. Bu araç sayesinde mahkemeler sadece davacıyı değil genel anlamda bütün kamuyu ilgilendiren davalar görebilmektedir. Ayrıca bu dava yolu ile Yüksek Mahkeme yargısal süreci daha ulaşılabilir ve katılımcı bir anlayışla yeniden yorumlayarak yargı organı önünde taraf olma ehliyetini genişletmiştir. Örneğin kamu yararı davası ile bir gecekonducu kendisinin bir temel hakkının icrası için mahkemeye başvuruda bulunmazken, bu kişinin bütün gecekonducuların temel haklarının icrası için kamu yararı davası başvuru yapabilmesi mümkündür. Kamu yararı davası sayesinde pek çok sosyal hak Yüksek Mahkeme önüne gelebilmiş ve Mahkeme de bunlar lehinde anayasayı yorumlayabilmiştir.⁷³²

Yüksek Mahkemenin bu yargısal inovasyonu benimsemesinde iki Mahkeme üyesinin çabaları dikkat çekmektedir. Yargıç Bhagwati ve Yargıç Krishna Iyer yoksul ve dezavantajlı kesimlerin Mahkemeye erişim hakkını genişleten bu yeni paradigmanın –PIL– öncüleridir. Mahkeme kamu yararı davası kavramının ilk adımını 1978 tarihli *Sunil Batra v Delhi* (AIR SC 1675) davasında atmıştır. Bu davada Yeni Delhi merkez cezaevinde bulunan mahkûm Sunil Batra, bir başka mahkûmun bu hapisanede işkence gördüğünü iddia ettiği bir mektup yazmış ve bu mektubu Yargıç Krishna Iyer’e göndermiştir. Yargıç Iyer bu mektubu mahkumların temel haklarının icrası bakımından bir dilekçe olarak kabul etmiş ve böylece Yüksek Mahkeme için yeni bir yargılama dönemi başlamıştır. Daha sonra Yargıç Bhagwati ise kamu yararı davasının niteliğini 1981 tarihli *S. P Gupta v Union of India* (AIR SC 149) davasında daha net bir biçimde belirlemiştir. Mahkeme dava ehliyeti açısından daha esnek ve yaratıcı bir yorum benimseyerek, herhangi bir kişinin kamu yararı adına kamusal makamların yükümlülükleri için Mahkemeye başvuruda bulunabilmesinin önünü açmıştır.

⁷³² Sudarshan, a.g.e., s. 166, dn 8.

Kamu yararı davası benimsenmeden önce Hindistan yargı sistemindeki geleneksel dava ehliyeti sadece doğrudan ve bizzat bir zarar görmüş kişinin mahkemeye başvuru hakkını tanıyordu. Oysa kamu yararı davası ile birlikte dava ehliyeti genişletilip, kamu yararına hareket eden kişi veya sivil toplum örgütlerinin bir mektup/dilekçe ile ya da doğrudan temsilci sıfatıyla bir başkası lehine yargılama sürecini başlatabilmesi mümkün olmuştur. Bu yargılama usulünün ayırt edici özelliği Yargıç Bhagwati tarafından 1982 tarihli *People's Union for Democratic Rights v. Union of India* kararında bir kez daha ve açık biçimde şöyle vurgulanmıştır:

“Kamu yararı davası hem adli yardımın stratejik bir unsuru hem de insanlığın zayıf görüş alanını meydana getiren büyük yoksul kesimin ulaşabileceği alana adalet getirmeyi amaçlaması bakımından, normal geleneksel dava yolundan tamamen farklı bir yargılama usulüdür. Geleneksel usulde iki karşıt taraf arasında çekişme vardır ve bunlardan biri diğerine karşı bir iddiada bulunur ya da bir şey talep ederken diğeri de bunları reddeder. Oysa kamu yararı davası normal yargılama usulünde olduğu gibi bir bireyin diğerine karşı icra edilmesi amacıyla değil ve fakat yoksul, cahil ya da sosyal veya ekonomik olarak dezavatajlı durumdaki çok sayıdaki insanın haklarının maruz kaldığı hak ihlallerinin farkedilmesi ve telafi edilmesi gerektiğini talep eden bir kamu yararını koruma ve genişleme amacıyla.”⁷³³

Kamu yararı davası HYM’ni adeta bir anayasal ombudsman ile araştırmacı bir derece mahkemesinin kombinasyonuna dönüştürmüştür ve böylece geleneksel yargılama usulü ve kuvvetler ayrılığı pensibini de dönüştürmüştür.⁷³⁴ Bu usul basit ve ulaşılabilir olması dolayısıyla özellikle mahrumiyet içindeki kesimler açısından adalete erişme hakkını pekiştirmekle birlikte, aynı zamanda Mahkeme için muazzam bir iş yükünü de beraberinde getirmiştir. Sıradan bir mektup ile yapılabilecek başvuru sayısının büyüklüğü dikkate alındığında, bu yöntemin kötüye kullanılmasını ve işlevini yitirmesini engellemek için bir komite Mahkemeye gönderilen kamu yararı davası mektuplarını/dilekçelerini ön incelemeden geçirmekte ve sadece gerçekten kamu yararı

⁷³³ *PUDR v. Union of India* 3 S.C.C. 235 (1982)’den aktaran Sudarshan, a.g.e., s. 156.

⁷³⁴ Grote, “The Republic of India...” a.g.e., s. 19.

adına meşru görülenleri ilgili üyeye göndermektedir.⁷³⁵

HYM 1980'den itibaren bariz şekilde yol gösterici ilkeleri temel haklarla birlikte okuyarak dava edilebilir kılmış ve sosyal haklar lehine gözle görülür bir koruma geliştirmiştir. Mahkeme ilk olarak 1980 tarihli *Minerva Mills v Union of India* (AIR (SC) 1789) kararında her ne kadar hiçkimse için mahkemelerde icra edilebilir bir hak tesis etmese de, anayasadaki yol gösterici ilkelerin devlet üzerinde yükümlülükler getirdiği ve devletin bunları yerine getirmek için bir anayasal zorunluluk altında bulunduğuna karar vermiştir.⁷³⁶ Bundan sonra Yüksek Mahkeme yaşam hakkının kapsamını tedrici biçimde genişleterek temiz su ve hava, besin, giyim, barınma, sağlık ve eğitim gibi hakları bunun ayrılmaz bir parçası olarak benimsemiştir. Mahkeme yaşamının sadece hayvani biçimde varlığını sürdürme ya da bir angarya olmadığını, aksine yaşamaya değer kılan insan medeniyetinin ince boyutları anlamına geldiğini karar vermiştir.⁷³⁷ Böylece yaşam hakkından türeyen haklar sayesinde m. 21 kişisel özgürlüğe içkin başka boyutları da kapsayan ve diğer hiçbir temel hak altında toplanmayan bir “bakiye hak” niteliğine dönüşmüştür.⁷³⁸ Yargıç Bhagwati yaşam hakkının anlamını belirlerken, Anayasanın m. 21'deki *yaşam* (life) kelimesinin sadece insanın kendi değerini teslim eden onurlu bir yaşam anlamına gelceğini şu gerekçeyle savunmuştur:

“Yorum ilkesi anayasal bir hükme anlam verirken, dar ve sınırlı bir bağlamda değil fakat geniş ve liberal bir bağlamda kullanılmalıdır. Böylece değişen koşulları ve hedefleri öngörerek anayasal hükmün fosilleşmesini engeller ve yeni gelişen sorunlarla başa çıkabilecek kadar esnek olabilir ki bu anayasal hakların icrası bakımından çok önemlidir.”⁷³⁹

⁷³⁵ Shankar ve Mehta, a.g.e., s. 149; Shankar, “The Embedded...”, a.g.e., s. 97; Shankar, “Descriptive...”, a.g.e., s. 126; Sudarshan, a.g.e., s. 156.

⁷³⁶ Shankar, “The Embedded...”, a.g.e., s. 107.

⁷³⁷ *Board of Trustees of the Port of Bombay v D.R. Nadkarni* (1983) 1 SCC 124'ten aktaran Sudarshan, a.g.e., s. 157.

⁷³⁸ Grote, “The Republic of India...”, a.g.e., s. 17.

⁷³⁹ *Francis Coralie Mullin v. Administrator Union Territory of Delhi* 1981 AIR (SC) 746'dan aktaran Sudarshan, a.g.e., s. 157.

a) Konut Hakkı

HYM'nin anayasanın üçüncü bölümünde düzenlenen yol gösterici ilkeleri yaratıcı biçimde sosyal hakları korumak için kullandığı öne çıkan haklardan ilki konut hakkıdır. Hindistan Anayasasında sarıh biçimde konut hakkı yer almamaktadır ancak yol gösterici ilkeler bağlamında konut hakkı hem insan onuruna yaraşır biçimde yaşama hakkı hem de eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme Anayasa m. 38'de vücut bulan sosyal ve ekonomik eşitsizliği yok etme hedefi bağlamında yeterli konut hakkını korumaya büyük bir önem atfetmiştir. Bu anlayış toplumda büyük yapısal eşitsizliklerin sürdüğü ve devletin bunların sebeplerini ve sonuçlarını ortadan kaldırmakta başarısız olması halinde insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürmenin mümkün olmadığı farkındadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi yaşama hakkının belkemiğini oluşturması bakımından konut hakkına belirgin (münferit) bir hak niteliği kazandırmıştır.⁷⁴⁰

Hindistan'da konut hakkı genel olarak uyumlu, kronolojik ve ilkeli bir gelişim göstermemiş, Yüksek Mahkeme ise önüne gelen başvurularda genellikle bir ilkesel tutumdan ziyade somut olaya göre değişen çeşitli *de facto* tutumlar benimsemiştir. Ne var ki bunların hiçbirinde Yüksek Mahkeme konut hakkının icrasına yönelik somut pozitif emirler vermemiştir.⁷⁴¹ Bu açıdan ilk önemli adım, 1985 tarihli *Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation* (3 SCC 545) kararıdır. Bu davada Bombay şehrinde yaşayan bir milyondan fazla başvuru, işyerlerinin yakınındaki kaldırımlarda bulunan gecekondularda hayatlarını sürdürmekteyken, yaşadıkları yerden zorla tahliye edilmişler ve gecekonduları belediye tarafından yıkılmıştır. Bunun üzerine gecekondu sakinleri tahliyenin Anayasa m. 21'de düzenlenen yaşama hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Yüksek Mahkeme yaratıcı bir yargısal yorumla, yaşama hakkının sadece keyfi

⁷⁴⁰ Kothari, a.g.e., s. 182-183.

⁷⁴¹ Kothari, a.g.e., s. 183

müdahalede bulunulmama gibi negatif bir güvence sağlamadığına, aynı zamanda geçim hakkının (right to livelihood⁷⁴²) da yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olduğuna ve bir kimseyi geçinebilecek imkânlardan mahrum bırakmanın, bu kişinin yaşama hakkını da etkili biçimde ihlal edeceğine hükmetmiştir.⁷⁴³ Mahkemeye göre

“eğer geçim hakkı anayasal yaşama hakkının bir parçası olarak kabul edilmez ise, bir kişiyi yaşama hakkından mahrum bırakmanın en kolay yolu onu geçim imkânlarından mahrum bırakmak olur. Böyle bir mahrumiyet sadece hayatın anlamını ve içeriğini aşındırmakla kalmaz yanı zamanda yaşamayı imkânsız kılar.”⁷⁴⁴

Bu gerekçeyle HYM devletin zorla tahliyeden önce uygun hukuki usul uygulama (*due process*) yükümlülüğüne aykırı davrandığına hükmetmiş, fakat bütün davacılar için alternatif bir barınma sağlama emri vermekten imtina etmiştir. *Olga Tellis* kararı Yüksek Mahkemenin geçinme hakkını yaşama hakkına eklemleyerek yerlerinden edilmeye karşı karşıya kalan gecekonduculara için bir teselli sağlamıştır. Bu bağlamda Hindistan’daki büyük yoksulluk ve evsizlik sorunu ile seçilmiş organların bu sorunlarla mücadele etmekteki başarısızlıkları dikkate alınırsa, Mahkemenin bu karar ile yurttaşların devletten hangi edimleri talep etmeyi hak ettiklerini berraklaştırması hayati öneme sahiptir. Bununla birlikte karar hedeflediği ulvi amaca ulaşamamıştır. Sadece belirli bir tarihten önce mesken olarak kullanılan bir kısım gecekonducuya devlet tarafından alternatif barınma garanti edilmiş ve fakat bu kişiler için dahi devletin sözkonusu konutları tahliyeden önce sağlaması gerektiğine ilişkin bir emir içermemiştir. Dolayısıyla *Olga Tellis* kararı ilerici niyetine rağmen, devlete zorunlu tahliyeye maruz

⁷⁴² *Livelihood* kelimesi en yaygın İngilizce sözlüklerden biri olan *Oxford Advanced Learner’s Dictionary* tarafından şöyle “hayatını sürdürebilmek için para kazanma imkânı” (a means of earning money in order to live) olarak tanımlanmaktadır. <http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/livelihood?q=livelihood> (Temmuz 2016)

⁷⁴³ Davis, “Socio-Economic Rights”, a.g.e., s. 1032.

⁷⁴⁴ David Bilchitz, “Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**, ed. D. B. Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 62.

kalacak gecekonduların sakinleri ile istişare etme yükümlülüğü yüklemiş ve fakat tahliyeden önce bir şart olarak gecekonduların sakinlerine alternatif bir barınma imkânı sunmayı öngörmemiştir.⁷⁴⁵

HYM'nin içtihadı hiçbir zaman evsizlere barınma sağlamak için devlete doğrudan bir pozitif bir edim yüklememiştir. Nitekim bu alanda en iddialı adımlardan biri olarak görülen *Olga Tellis* kararında dahi Mahkeme, alternatif yaşam alanlarının uzun vadeli sakinlere sağlanması ve önceliğin sadece başvuru sahipleri değil bütün gecekonduların sakinlerinin yeniden yerleştirilmesine verilmesi *gerektiğini* belirterek, kısmen muğlak ve daha ziyade tavsiye niteliğinde bir tutum benimsemiş⁷⁴⁶ ve başvuru sahiplerinin kaldırılmadaki gecekondularından tahliye edilmelerinin onları yaşamaktan mahrum bırakılmakla eşit ve anayasaya aykırı olduğu iddiasını, “hiçkimse gerekli izni alamadan bir kamu malını kişisel amaçla kullanma hakkına sahip değildir, dolayısıyla bir kimse kaldırılmaya gecekonduların koyarsa bunun arkasındaki ekonomik zorunluluk ne olursa, bu eylem hukuka aykırı hale gelir” diyerek reddetmiştir.⁷⁴⁷

Gerçekten de Hindistan'da barınmanın görece az ilerleme kaydedilen bir sosyoekonomik güvence olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴⁸ Dolayısıyla mahkeme kararları alternatif barınma sağlamaksızın zorla tahliyeye izin verdiği sürece geçinme hakkını yaşama hakkının dava edilebilir bir parçasına dönüştürmenin davacılar bakımından etkili bir hüküm olarak görülemeyeceği, nitekim karardan yıllar sonra hala

⁷⁴⁵ Bilchitz, “Constitutionalism...”, a.g.e., s. 63; Namita Wahi, “The Tension Between Property Rights and Social and Economic Rights: A Case Study of India”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar García et. al., New York, Routledge, 2015, s. 147-148.

⁷⁴⁶ Malcolm Langford, “Judging Resource Availability”, **The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, ed. John Squires, Malcolm Langford ve Bret Thiele, Sydney, UNSW Press, 2005, ss. 89-108, s. 96; Colin Gonsalves, “Reflections on the Indian Experience”, **The Road To A Remedy...**, a.g.e., s. 180.

⁷⁴⁷ S. Muralidhar, “India: The The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge & New York, Cambridge University Press, 2008, s. 112-113.

⁷⁴⁸ Bilchitz, “Constitutionalism...”, a.g.e., s. 62-63.

gecekonducuların birçoğunun tahliye edilmemiş olmasının onların ve sivil toplum örgütlerinin güçlü aktivizmi sayesinde mümkün olduğu, bununla birlikte bu sosyal hareketlerin sergilediği aktivizmin başarısında Mahkemenin gecekonducuların temel haklarını koruma hassasiyetinin de büyük etkisi olduğu belirtilmektedir.⁷⁴⁹

Olga Tellis kararının ardından 90'lı yıllarda Yüksek Mahkemenin içtihadında konut hakkına ilişkin belirgin bir artış gözlemlenmiş ve birkaç davada Mahkeme hem Anayasa m. 21 hem de m. 19/I/e bağlamında yeterli konut hakkının devletin spesifik bir anayasal yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Bu tutumun ilk örneklerinden biri 1990 tarihli *Shansitar Builders v Narayan K Totame* (1 SCC 520) kararıdır. Olayda davacı inşaat firmasına Bombay şehrinde federe devlet tarafından arazi sağlanmış ve şirket bunun karşılığında yoksul kesim için fiyatı federe devlet tarafından sabit olarak belirlenecek 17000 konut inşa etmeyi taahhüt etmiştir. Bombay High Court'u şirket ile idare arasındaki bu planın uygulanmasının devlet organları tarafından izlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar temyiz edilirken toplumun ekonomik olarak güçsüz kesimine mensup davalılar, yüklenici firmanın plana uymadığını, konut fiyatlarını arttırdığını, hatta konutları hak etmeyen kişilere sattığını ve bunların federe devlet tarafından kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.⁷⁵⁰

Yüksek Mahkeme sözkonusu konut planının usulüne uygun işleyebilmesi için federe devlet tarafından atanacak yetkili bir makamın kurulması gerektiğine ve bu amaçla her şehirde konut planlarının uygulanmasını izleyecek komitelerin kurulmasına karar vermiştir. Mahkeme devletin yoksul kesimler için hazırlanan konut planının uygulanması için sadece bir izleme komitesi kurmasının yeterli olacağına hükmederken şu tespitte bulunmuştur:

“İnsanoğlunun temel ihtiyaçlarının besin, giyinme ve barınma olduğu kabul edilegelmiştir.

⁷⁴⁹ Wahi, a.g.e., s. 148.

⁷⁵⁰ Kothari, a.g.e., s. 184.

Yaşama hakkı ise bütün medeni toplumlarda kabul edilmiştir ve bu hak besin, giyinme, düzgün bir çevre ve makul bir barınma imkânını içerir. Ayrıca anayasa her çocuğun tam gelişimini sağlamayı hedeflemiştir ve bu hedef ancak çocuklar uygun bir barınma imkânına sahip olursa mümkün olabilir. Her yurttaşın iyi yapılmış ve rahat bir konutta yaşamasını sağlamak zorunluluğu yoktur ancak özellikle Hindistan'daki insanlar için makul bir barınma kerpiçle yapılmış bir kamıştan bir ev bile olabilir.”⁷⁵¹

HYM 1997 yılındaki *Ahmedabad Municipal Corporation v Nawab Khan Gulab Khan* (11 SC 121) davasında bir belediyenin zorla tahliye edilen kaldırım gecekonducuları için uygun alternatif barınma planı yapmasını emretmiştir. Davanın konusu kaldırımlara yapılan izinsiz kulübelerde yaşayan 29 gecekondü sakininin Ahmedabad Belediyesi tarafından zorla tahliye edilmesidir. High Court gecekondü sakinlerinin alternatif barınma imkânı sunulmadan tahliye edilemeyeceğine karar vermiş, idarenin itirazı üzerine karar Yüksek Mahkeme önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme Hindistan Anayasası m. 21’de yaşama hakkının temel bir insan hakkı olarak güvence altına alındığını belirterek, bu hükmün İnsan Hakları Evrensen Beyannamesi m. 25/1 ve Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m. 11/1’e uygun biçimde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu hükümlerden hareketle Mahkeme ilgili mevzuat gereği belediyenin şehirdeki yoksul kesim için uygun barınma koşullarını sağlama yükümlülüğü altında olduğuna ve bunun bir anayasal zorunluluk olduğuna karar vermiştir. Mahkeme idareye kaldırım sakinlerine barınma olanağı sağlamak için bir plan yapmasını emretmiş, idare de bunun üzerine üç farklı barınma planı alternatifini hazırlamıştır. Mahkeme belediye idaresinin gecekondü sakinleri için yerleşme imkânlarını sağlamak anayasal ve kanuni bir yükümlülük olduğunu vurgulayarak, tasarlanan plana göre her türlü tedbiri almasına hükmetmiştir. Keza karar Belediyenin mali durumunun şehirdeki yoksul kesime konut sağlama yükümlülüğünden kaçınmasını mümkün kılmayacağını da belirtmiştir. Nihayet davacı gecekondü sakinlerine idarenin

⁷⁵¹ *Shansitar Builders v Narayan K Totame*, s. 527’den aktaran Kothari, a.g.e., s. 184.

sunduğu üç alternatif konut planından birini seçme imkânı tanınmış ve bu üç alternatifi de seçmeyen kişilerin uygun hukuki usul izlenerek tahliye edilebileceğine hükmetmiştir.⁷⁵²

Nihayet konut hakkının Yüksek Mahkeme nezdinde *Olga Tellis* ile başlayan koruyucu rüzgârın tam tersi bir istikamet aldığı dönüm noktası ise 2000 yılında verdiği *Narmada Bachao Andolan v Union of India* (10 SCC 664) kararıdır. Bu davanın konusu devletin Narmada Nehri üzerinde dünyanın en büyük baraj projelerinden biri olarak kabul edilen Sardar Sarovar barajını inşa etmek istemesi ve bu inşaatın neden olacağı büyük sayıda insanın yerinden edilmesidir. Barajın neden olacağı zorunlu yer değiştirme ve mahrumiyete rağmen hükümet bu projenin gerekli ve elverişli olduğunu ileri sürmüş, Yüksek Mahkeme de sonunda hükümetin gerekçesine riayet etmeyi tercih etmiştir.⁷⁵³

Hükümet bu barajın tamamının yaklaşık 30 milyon insanın içme suyunu ve 20 milyon civarında kişinin de besin ihtiyacını sağlama apotansiyeline sahip olduğunu ileri sürmüş; buna karşın konuyu yargıya taşıyan sivil toplum hareketi, Narmada Bachao Andolan (NBA), baraj inşaatının sadece resmi verilere göre 41000'in üzerinde aileyi yerinden edeceğini ileri sürmüştür. Yaklaşık 15 yıl boyunca çiftçiler, çevreciler ve insan hakları aktivistlerinden oluşan NBA barajın yapımına karşı çıkmış ve inşaatından etkilenecek kişilerin rehabilitasyonu ve yeniden yerleştirilmesi için harekete geçmiştir. Nihayet NBA 1994 yılında Yüksek Mahkemeye başvurarak Sardar Sarovar barajının çevre ve yerlerinden edilen binlerce insan üzerinde yaratacağı olumsuz etkiye karşı mahkemenin bir emir vermesini ve projenin denetlenmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme ilk başta telafisi imkânsız haller için bazı tedbirler almışsa da, nihai kararında devletin projenin elverişli ve gerekli olduğu iddialarını kabul etmiş NBA'in taleplerini

⁷⁵² Kothari, a.g.e., s. 185.

⁷⁵³ Wahi, a.g.e., s. 148; Kothari, a.g.e., s. 186.

şu gerekçeyle reddetmiştir:

“Kabilelerin ve diğer kişilerin yerlerinden edilmeleri bizatihi onların temel haklarının ihlal edilmesi değildir. Bunun etkisi onların yerni yerlerde rehabilitasyonunun eski hallerine göre daha iyi konumda olduklarını görmektir. Rehabilitasyon noktalarında, geleneksel yerleşim yerlerinde sahip olduklarından çok daha fazla ve daha iyi imkânlarla sahip olacaklardır. Toplumun anakımındaki tedrici asimilasyon gelişme ve ilerlemeye yol açacaktır.”⁷⁵⁴

Yüksek Mahkeme bu uyumlu/itaatkâr tutumuyla nihai karar alma yetkisinin siyasi iradeye ait olduğunu hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde teyit etmiş ve baraj inşaatının tamalanmasını beraberinde getireceği sosyal ve çevresel maliyetlerden daha önemli kabul etmiştir.⁷⁵⁵ Mahkeme baraj projesi için kullanılacak alanın yaklaşık 200’den fazla köyde yaşan 320.000’in üzerinde insanın yerinden edilmesine yol açacağı olgusunu dikkate almamış; *Olga Tellis* kararındaki tutumunun aksine davacıların yaşama ve geçinme hakkına odaklanmamayı tercih etmiş; böylece konut hakkını yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası kabul eden önceki tüm içtihadını ilga etmiştir. Oysa davacılar Mahkemenin önceki içtihadı ile yaratılan dava edilebilir sosyal haklara dayanarak zorla yer değiştirme ve geçinememeye karşı başvuru yapmışlardır. Fakat sonuçta dava edilebilir sosyal haklar zorla yerinden edilmemeye karşı bir güvence sağlamamıştır. Bu bakımdan dava edilebilir sosyal haklar ile davacıların başvurularını Mahkemeye önüne taşıma yetisi arasında bir korelasyon gözüксе de, dava edilebilir sosyal haklar ile davacıların somut bir hüküm elde etmesi arasında benzer bir korelasyon gözükmemektedir.⁷⁵⁶

Öte yandan hem *Olga Tellis* hem de *Narmado* davalarında Yüksek Mahkeme

⁷⁵⁴ Wahi, a.g.e., s. 149; Kothari, a.g.e., s. 186.

⁷⁵⁵ Balakrishnan Rajagopal, “Limits of Law in Counter Hegemonic Globalisation: The Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle”, **Law and Globalisation from Below: Towards a Cosmopolitan**, ed. B. de Santos ve C. Rodríguez-Garavito, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ss. 183-217, s. 202.

⁷⁵⁶ Wahi, a.g.e., s. 150.

dava edilebilir sosyal hakları ileri sürebilecek farklı grupların haklarını ve menfaatlerini dengelemeye çalışmıştır. *Olga Tellis* kararında Mahkeme gecekonduların konut ve geçinme hakkını, kamunun kaldırımlara erişme hakkı ile dengelerken; Narmada kararında davacıların yaşam ve geçinme hakkı ile milyonlarca Hindistan yurttaşının içme suyu ve elektrik hakkını dengelemiştir. Dolayısıyla bu iki karardaki farklı sonuç, hakların çatışması halinde esas meselenin hakların dava edilebilir nitelikte olmasından ziyade, belirli kişilerin haklarının diğerlerinden daha öne çıkması olduğu gözlemlenmektedir. Diğer bir ifadeyle *Olga Tellis* davasında konunun kent kaynaklı içeriği ve davacıların kimlikleri karşısında Narmada davasında davacıların dağınık ve kim olduğu belli olmayan köylüler ve kabileler olmasının bu kararlar benimsenen tutuma yön verip vermediği sorulmaktadır.⁷⁵⁷

Narmada kararı evrimci, milliyetçi ve kalkıncı özellikleri ile öne çıkmaktadır ve özellikle kararın kalkınma odaklı yaklaşımının *Olga Tellis* kararında benimsenen tutumdan farklı olmasındaki temel faktör olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de kararın barajların değerini bizatihi kalkınmanın bir aracı olarak vurguladığı ve bu nedenle Mahkemenin kalkınma kavramını barajların inşasını neredeyse zorunlu kılacak biçimde belirli anlamda kullandığı belirtilmektedir. Nitekim Mahkeme bu kalkıncı anlayış dolayısıyla davacı sivil toplum hareketi NBA'yı bir insan hakları ya da çevreci hareket olarak değil, baraj karşıtı bir organizasyon olarak nitelendirmektedir ki bu nitelendirme Mahkemenin baraj projesinin eleştiren herkes hakkındaki duruşunu açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin baraj projesinin kalkınma bakımından gerekli ve elverişli olduğuna dair tespitlerinin baraj projesini haklılaştırmak ve meşrulaştırmak için ideolojik bir rol oynadığı belirtilmektedir.⁷⁵⁸

⁷⁵⁷ Wahi, a.g.e., s. 150.

⁷⁵⁸ Rajagopal, a.g.e., s. 205. Kararın kalkınma kaygısı ile verildiğine ilişkin bu iddianın Mahkemenin sonraki iki kararı -*Almitra H. Patel v Union of India* (2000, 2 SCC 679) ve *N D Jayal v Union of India* (2004, 9SCC 362)- ile teyit edildiği belirtilmektedir. (Wahi, a.g.e., s. 150-151).

b) Eğitim Hakkı

Hindistan’da sosyal hakların korunduğu ikinci öne çıkan alan olan eğitim hakkı için verilen mücadelenin nihai sonucu, ülkenin bağımsızlığını kazanmasından yaklaşık 45 yıl sonra 6-14 yaş arasındaki çocuklar için eğitimin bir “temel hak” statüsüne dönüşmüş olmasıdır. Gerçekten de eğitim hakkı Hindistan’da anayasanın dördüncü bölümünde düzenlenen bir yol gösterici bir ilke olmaktan çıkıp, 2002 yılında kabul edilen 86. Anayasa değişikliği ile anayasanın üçüncü bölümündeki bir anayasal temel hak (m. 21-A) haline getirilmiştir.⁷⁵⁹ Bu anayasa değişikliğinden önce eğitim, anayasanın yol gösterici ilkeri arasında m. 45’de düzenlenmişti ve bu hüküm anayasanın diğer vaatlerinden oldukça farklı bir nitelikteydi: “Devlet, bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on yıllık bir süre içinde, on dört yaşını dolduruncaya kadar bütün çocuklara ücretsiz ve zorunlu eğitim sağlamak için elinden geleni yapacaktır.”⁷⁶⁰

Bu düzenlemeye göre çocukların eğitim hakkı Anayasanın dördüncü bölümüne on yıllık bir süre için konulmuştur. Anayasanın dördüncü bölümünde bir hakkın belirli bir zaman dilim içerisinde dava edilebilir kılınmasını emreden tek düzenleme olan bu hüküm, 1950 Anayasasını yapan kurucu iktidarın insanının yapabilirliklerinin (capabilities) gerçekleşebilmesi ve haklarının tam anlamıyla korunabilmesi için eğitimin önemli bir araç olduğunun farkında olduğunu göstermektedir.⁷⁶¹

Ücretsiz ilköğretim hakkı önce Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından bir temel hak ilan edilmiş, ardından bahsi geçen seksen altıncı anayasa değişikliği ile anayasanın

⁷⁵⁹ Muralidhar, a.g.e., s. 115; Kothari, a.g.e., s. 186. Anayasaya eklenen hüküm (m.21A) şöyledir: “The State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine.” (www.constituteproject.org)

⁷⁶⁰ “The State shall endeavour to provide, within a period of ten years from the commencement of this Constitution, for free and compulsory education for all children until they complete the age of fourteen years.” (Aktaran Kothari, a.g.e., s. 187.) Bu çeviri m. 45’in orijinal halidir; bu hüküm seksen altıncı anayasa değişikliği sonrası ise şöyledir: “Provision for early childhood care and education to children below the age of six years.” (https://www.constituteproject.org/constitution/India_2015?lang=en)

⁷⁶¹ Kothari, a.g.e., s. 187.

temel haklar bölümüne eklenmiştir. (m. 21A) Anayasanın üçüncü ve dördüncü bölümünde düzenlenen yol gösterici ilkeler ile temel hakların tamamlayıcı niteliği ve bunların bir ahenk içinde yorumlanması Hindistan’da eğitim hakkının bir temel hak haline gelmesinin temelini oluşturmuştur. Yüksek Mahkeme 1990’lı yıllarda verdiği iki karar ile eğitim hakkını anayasal koruma altına almış ve sosyal haklar ile kişi hakları ve siyasi hakların karşılıklı bağımlılığı argümanını uygulamıştır. İlginç olan her iki davanın konusu da yükseköğretim ile ilgili bir uyuşmazlık olmasına rağmen, ironik biçimde kararların on dört yaşına kadar çocukların ilköğretim hakkını etkileyen sonuçları olmuştur.⁷⁶²

İlk dava bir tıp öğrencisi tarafından özel tıp fakültelerinde alınan ek öğrenim ücreti uygulamasına karşı Karnataka eyaleti aleyhine yapılan başvuru üzerine verilen 1992 tarihli *Mohini Jain v State of Karnataka* (AIR 1992 SC 18585) kararıdır. Bu davanın konusu Karnataka eyaletindeki özel tıp fakültelerinin, eyalet dışından gelen öğrencilerden devlet kontenjanında kayıtlı öğrencilere göre 30 kat daha fazla okul ücreti talep edip edemeyeceğiydi. Devlet tıp fakültelerinde ve özel tıp fakültelerinin devlet kontenjanlarında öğrenim ücreti 2000 rupi iken, eyalet dışından gelen öğrencilerin 60000 rupi ödemesi gerekiyordu. Konu temyiz edildiğinde Yüksek Mahkeme sözkonusu ücretin hukuka aykırı olduğunu, gerçekte bir öğrenim ücreti olmadığını, bu ücretin anayasanın koruduğu eğitim hakkından apaçık mahrum bırakılma anlamına geldiğini ve özellikle yoksul kişileri eğitimden mahrum bıraktığına hükmetmiştir.⁷⁶³

Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

“Bu ek ücret açık bir sınıf ayrımcılığını öne çıkartmaktadır. Zenginlerin tıp fakültesine girmesini mümkün kılarken, yoksul kişilerin maddi zorluklar nedeniyle kabul alamamasına yol açmaktadır. Yoksul ama tıp okumayı hakeden bir öğrenci parası olmadığı için bu okulara giremezken, zengin olanlar okula kabul edilmeyi satın alabilir. Böyle bir muamele hiç şüphesiz makul değildir,

⁷⁶² Kothari, a.g.e., s. 187.

⁷⁶³ Fons Coomans, “Justiciability of the Right to Education”, *Erasmus Law Review*, C. 2, No. 4 (2009), ss. 427-443, s. 438.

hakkaniyete aykırıdır ve adil değildir. ... Tıp fakültelerine adil ve eşit şekilde kabul edilmenin tek yöntemi sadece ve sadece liyakattır.”⁷⁶⁴

Yüksek Mahkeme “eğitim hakkına sahip olmadığı sürece kişilerin yaşama hakkı ve onurunun korunması mümkün olmaz” diyerek, eğitim hakkının yaşama hakkından türediğine hükmetmiştir. Mahkeme’ye göre “Hindistan Anayasasında güvence altına alınan ifade hürriyeti gibi temel haklar, yurttaş eğitim alamadığı ve kendi onurunun farkında olmadığı müddetçe tam anlamıyla saygı duyulamaz ve istifade edilemez.” Öte yandan Yüksek Mahkeme her ne kadar anayasadaki yol gösterici ilkelerin doğrudan icra edilemeyeceğini ifade etse de, bu ilkelerin göstermelik olmadığını, ülke yönetiminin temelinde yer aldığını vurgulayarak bunların anayasanın üçüncü bölümünde düzenlenen temel haklardan ayrıştırılamayacağını vurgulamıştır. Nihayet Mahkeme anayasada güvence altına alınan temel hakların herkes tarafından kullanılabilmesi için gereken koşulları sağlamanın devletin anayasal bir yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.⁷⁶⁵ *Mohini Jain* kararı eğitim hakkının devletin kanun önünde eşit muamele yükümlülüğü ile birlikte ele alındığında dava edilebilir olabileceğini ve yükseköğretime kabul için zenginlik değil sadece liyakatın dikkate alınacağını belirterek, hem eğitim hakkını korumanın devlet için bir anayasal yükümlülük olduğunu hem de eğitimin ekonomik olarak eşit biçimde erişilebilmenin özel kişiler arasında yatay bir ilişki biçiminde uygulanabileceğini göstermiştir.⁷⁶⁶

Eğitim hakkının son dönüm noktası ise 1993 tarihli *Unni Krishnan v State of AP* (1 SCC 645/AIR SC 2178) kararıdır. Yüksek Mahkemenin anayasa heyeti tarafından verilen bu davanın konusu da özel üniversitelerde alınan ek öğrenim ücreti ile ilgilidir. Mahkeme devletin özel üniversitelerin öğrenci kabul etme politikası ve ücret yapısına

⁷⁶⁴ Coomans, a.g.e., s. 438.

⁷⁶⁵ Kothari, a.g.e., s. 187-188.

⁷⁶⁶ Coomans, a.g.e., s. 438-439.

müdahale etme hakkını denetlemiş ve anayasa m. 21'e içkin bir temel hak olan eğitimin, kâr amacına konu olamayacağına ve bu nedenle özel üniversitelerin ücret yapısının liyakat ve sosyal adalet ilkelerine uygun olmak zorunda olduğuna hükmetmiştir.⁷⁶⁷ Mahkeme eğitim hakkının ayasal statüsünü belirlerken o dönem anayasanın 45. Maddesinde devlet politikasına yol gösterici ilke olarak düzenlenen eğitim hakkının apaçık ihmali karşısındaki hayal kırıklığını şu sözlerle açıkça ifade etmiştir:

“Anayasanın dördüncü bölümündeki birçok hüküm arasında sadece m. 45 bir zaman sınırlamasından bahsetmektedir. ... Aradan 45'inci maddede belirtilen zamanın dört katından daha fazla zaman -44 yıl- geçmesi bu hüküm tarafından yaratılan yükümlülüğü icra edilebilir bir hakka dönüştürememiş midir? Bu bağlamda, şunu söylemeye mecburuz ki Hindistan'da mevcut paranın eğitimin çeşitli sektörlerine dağıtımı Anayasada öngörülen önceliklerin tersine döndüğünü açığa vurmaktadır.”⁷⁶⁸

Unni Krishnan kararı BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin (ESKHS) ilgili hükümlerini dikkate alarak, ilk kez eğitim hakkını bir “sosyal hak” olarak nitelendirmiştir. Bu bakımdan karar Hindistan'da mahkemelerin ücretsiz ilköğretimi bir temel hak ilan ederken, ESKHS'nin eğitim hakkının tedrici gerçekleşmesine ilişkin dilini kullandığı ilk kararlardan biridir.⁷⁶⁹ Mahkeme şöyle demiştir:

“Anayasanın hem üçüncü hem de dördüncü bölümündeki birçok hüküm bu ülkedeki herkese içkin ahlaki hakları temsil etmektedir. Bunları koruma ve gerçekleştirme görevi ise devletin bütün organlarına verilmiştir. Öyleyse üçüncü bölümdeki hakların icra edilebilir ve fakat dördüncü bölümden edilemez olmasının önemi nedir? Üçüncü bölümde düzenlenen haklar bir biçimde dördüncü bölümde düzenlenenlerin ahlaki talep ve hedeflerine göre daha mı üstündür? Öyle olduğun düşünmüyorum. Anayasa m. 45'te düzenlenen ücretsiz ve zorunlu eğitim kesinlikle m. 25'te düzenlenen din özgürlüğü kadar önemlidir. Beslenme özgürlüğü de yaşama hakkı kadar

⁷⁶⁷ Shankar, “The Embedded...”, a.g.e., s. 99.

⁷⁶⁸ *Unni Krishnan v State of AP*, s. 2232'den aktaran Kothari, a.g.e., s. 188-189.

⁷⁶⁹ Kothari, a.g.e., s. 189.

önemlidir.”⁷⁷⁰

Unni Krishnan kararı Hindistan Anayasası m. 21’de düzenlenen yaşama hakkının münhasıran negatif niteliğe bir hak olduğu iddiasını reddetmiş, ayrıca kaynakların yetersizliği sorununu ustalıkla ele almış, “hükümetin önceliklerini tespit etmeye çalışmıyoruz, sadece anayasadaki ilgili hükümlerinde saklı anayasal politikayı vurguluyoruz” diyerek kaynakların yeterliliği bağlamında m. 21’in içinden eğitim hakkını çekip çıkarmaya engel bir durumun sözkonusu olmadığını ve fakat kuşkusuz bu hakkın mali etkileri olacağını ifade etmiştir.⁷⁷¹ Karar her yaştan yurttaşın sınırsız biçimde eğitim hakkına sahip olduğunu söyleyen *Mohini Jain* davasındaki hükmü aydınlığa kavuşturmuş ve münhasıran 6-14 yaş arasındaki her çocuğun eğitim hakkına sahip olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir⁷⁷²:

“Bu ülkenin her çocuğu 14 yaşını dolduruncaya kadar ücretsiz eğitim hakkına sahiptir. Ayrıca çocuğun eğitim hakkı ekonomik kapasite sınırlarına bağlıdır... eğitim hakkının dolaylı olarak yaşama hakkına içkin olmasının sonucu ise devletin yurttaşları kanunla öngörölmüş usule uygun haller dışında eğitim hakkından mahrum bırakamayacağıdır.”⁷⁷³

Unni Krishnan kararının sosyal hakların korunması bakımından yarattığı esas sonuç on dört yaşın altında ve eğitim imkânından mahrum kalan çocukların mahkemelere başvurarak yetkili makamların gerekli tedbirleri alması için emir verilmesini talep edebilmesidir. Bu sayede sivil toplum ve hükümet dışı örgütler bu kararı yürütme ve yasama organlarını zorunlu ve ücretsiz ilköğretim lehine eyleme geçmesini sağlamak için güçlü bir stratejik argüman olarak kullanmaya başlamışlardır.⁷⁷⁴

Daha sonra ücretsiz ilköğretimin anayasal bir temel hak olduğu Hindistan Yüksek

⁷⁷⁰ *Unni Krishnan v State of AP*, s. 2232’den aktaran Kothari, a.g.e., s.189.

⁷⁷¹ Kothari, a.g.e., s.189.

⁷⁷² Shylashri Shankar, **Scaling Justice: India's Supreme Court, Anti-Terror Laws and Social Rights**, New Delhi, Oxford University Press, 2009, s. 152, dn. 33.

⁷⁷³ *Unni Krishnan v State of AP*’den aktaran Shankar, **Scaling Justice**..., a.g.e., s. 152.

⁷⁷⁴ Kothari, a.g.e., s. 190.

Mahkemesinin 11 üyeden oluşan heyet ile verdiği 2002 tarihli *TMA Pai Foundation v Union of India* (8 SCC 481) kararında tekrar ve açıkça teyit edilmiştir. Bundan sonra 1997 yılında başlayan ve ülke çapında çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından yürütülen kampanyalarla ilerleyen eğitim hakkını anayasaya ekleme projesi Aralık 2002’de gerçeğe dönüşmüş ve Anayasaya “21A” maddesi eklenerek 6 ile 14 yaş arasındaki çocuklar için ücretsiz ilköğretim hakkı dava edilebilir bir temel hak olarak anayasadaki yerini almıştır.⁷⁷⁵

Upendra Baxi yargıçların aktivist tutumlarında çeşitli modlar olduğunu belirtmekte ve bunlardan birini kendini geri planda tutan, neredeyse çekingen ve dolayısıyla da *normalleştirici* (nomalizing) tutum olarak adlandırmaktadır. Buna göre normalleştici aktivizm yargıçların kendi mantıkları dışında bir şey yapmamayı sürdürdüğü ya da herkesin aksi halde açıkça durumu bileceği için yeni bir şey yapmadıkları durumlarda meydana gelir. Bu bağlamda *Unni Krishnan* kararında benmisenen tutum, yargısal aktivizmi haklılaştırmanın etik sorumluluğundan kaçınması ve yargısal innovasyonu meşrulaştırmanın önünü açması itibarıyla pragmatik ve normalleştirici olarak nitelendirilmektedir.⁷⁷⁶

c) Beslenme Hakkı

En yalın biçimde *aç kalmama özgürlüğü* olarak tanımlanabilecek beslenme hakkı, esasen iki farklı olguya işaret etmektedir. Dar anlamda bu hak boş bir midenin neden olduğu fiziksel acıyı ifade eder ve günde iki öğün yemek hakkı içerir. Geniş anlamda ise açlık yetersiz beslenmeyi ifade eder ki bu bakımdan beslenme hakkı sadece gıda değil, iyi bir beslenme için gerekli temiz su, tıbbi bakım gibi diğer unsurları da içerir. Bu bağlamda Hindistan Yüksek Mahkemesi çeşitli kararlarında anayasa m.21’deki yaşama

⁷⁷⁵ Shankar, “The Embedded Negotiators...”, a.g.e., s. 109.

⁷⁷⁶ Upendra Baxi, “The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]Justice”, **Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach**, ed. S.K. Verma ve K. Kusum, New Delhi, Oxford University Press, 2000, s. 184-185.

hakkının aslında gıda, barınma ve giyinme gibi temel ihtiyaçları da kapsadığını vurgulamış olsa da, beslenme hakkını yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak icra etmesi ancak 2001 yılında mümkün olabilmiştir. Dolayısıyla Hindistan’da beslenme hakkı yargı kararlarında diğerlerine göre nispeten daha yeni dile getirilmiş bir sosyal haktır.⁷⁷⁷

Beslenme hakkının Yüksek Mahkeme önüne gelmesi 2001 yılında ülkede yaşanan büyük kuraklığın sonucudur. Özellikle Orissa, Rajasthan ve Madhya Pradesh eyaletlerinde aylarca devam eden kuraklık, tahıl yokluğu ile beraber muazaam bir açlığa yol açmış, hatta kuraklığın yarattığı açlık bazı yerlerde ölümlere sebep olmuştu. Oysa aynı dönemde Hindistan Gıda Kurumunun (Food Corporation of India [FCI]) tahıl ambarlarının dolup taşıdığı ve hatta çürümeye yüz tuttuğu belirtilmektedir. Buna karşın aynı anda pek çok insanın yiyecek bulamadığı için ölmesi kamuoyunda büyük tepkilere yol açmış ve zamanla sivil toplum örgütleri, aktivistler ve akademisyenlerin de destek vermesiyle gıdaya erişmedeki paradoks tam anlamıyla bir beslenme hakkı kampanyasına dönüşmüştür.⁷⁷⁸

Bu vakada sözkonusu olan sıkıntı dar anlamda beslenme hakkıydı ve bu hak People’s Union fo Civil Liberties (PUCL) isimli bir sivil toplum örgütü tarafından kamu yararı davası yoluyla Nisan 2001’de Yüksek Mahkemenin önüne getirilmiştir: *PUCL v Union of India* (Civil) (No. 1964/2001). PUCL kuraklığın vurduğu eyaletlerde açlık çeken binlerce ailenin beslenme hakkının icrası için yaptığı başvuruda, ülkenin 50 milyon tonluk gıda stoklarının gecikmeksizin yaşanan açlık ve kıtlığı engellemek için kullanılmasını talep etmiştir. Davacı kuruluş diğer taleplerinin yanında kuraklığın giderilmesi için ülkenin mevcut gıda stoklarının derhal kullanıma açılmasını ve kişi başına düşen toprak mahsulleri oranının arttırılmasını talep etmiştir. Bu talepler müstakil bir hak olarak beslenme hakkının Anayasa m. 21’e içkin olduğu ve bu nedenle

⁷⁷⁷ Kothari, a.g.e., s. 176-177.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, s. 177-178.

icra edilmesi gerektiğın ileri süren ilk vakadır.⁷⁷⁹

HYM durumun vehameti üzerinde ciddiyle durmuş ve davacının altı eyalet için yaptığı başvurunun kapsamını resen genişleterek, kararı Hindistan sınırları içindeki bütün eyaletlere teşmil etmiştir. Mahkeme Temmuz 2001’de verdiği karar ile bütün eyalet yönetimlerinin gıda güvenliği sistemine ait mekânları normal ihtiyaçları karşılamak için açık tutmasını emretmiş ve açlık ve kıtlığı engellemenin hükümetin sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.⁷⁸⁰ Mahkeme beslenmenin bir anayasal hak olduğunu şu cümlelerde ifade etmiştir:

“Bize göre gıdanın açlıkla karşı karşıya kalmış yaşlı, sakat, engelli, muhtaç kadın ve erkeklere ve beslenme için yeterli imkânlara sahip olmayan içindeki çocuklara sağlanması hayati öneme sahiptir. Kıtılık durumunda gıda azlığı görülebilir, fakat burada durum diğerlerinin yanında yetersizliktir. Çok miktarda gıda var fakat bunun yoksul ve muhtaçlara dağıtım eksiktir ki bu da yetersiz beslenme, aşırı açlık ve diğer benzer sorunlara yol açmaktadır.”⁷⁸¹

Yüksek Mahkeme bu çığır açıcı kararın ardından Kasım 2001’de kritik bir adım daha atmış ve bir emir vererek bütün eyalet hükümetlerinin ve federal hükümetin yoksullar için hazırlanan sekiz farklı besin planını etkili biçimde uygulamasını emretmiştir. Mahkeme bu gıda güvenliği planlarının yoksulların hakkı olduğu ilan etmiş ve bunların hayata geçirilmesi için belirli bir zaman dilimi koyarak, buna uyulduğunu Mahkemeye beyan etmenin de eyaletlerin sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir. Keza Mahkeme eyaletlerin sözkonusu gıda planları hakkında kamusal farkındalık ve şeffaflığı gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri alması da istemiştir.⁷⁸²

HYM’nin anayasal hak niteliği verdiği bu planlar arasında en dikkat çekici olanı bütün devlet okullarında ve devlet destekli okullarda çocuklara pişmiş öğle yemeği

⁷⁷⁹ Kothari, a.g.e., s. 178; Muralidhar, a.g.e., s. 116.

⁷⁸⁰ Kothari, a.g.e., s. 179; Muralidhar, a.g.e., s. 117.

⁷⁸¹ *PUCL v Union of India*’dan aktaran Kothari, a.g.e., s. 179.

⁷⁸² Kothari, a.g.e., s. 179; Muralidhar, a.g.e., s. 117.

sağlanmasıdır. Buna göre Mahkeme bütün eyalet yönetimlerinin Ocak 2002'ye kadar ilkokullarda öğle yemeği servis etmek zorunda olduğuna karar vermiştir. Mahkeme sadece bu yükümlülüğün belirli bir zaman dilimi içinde yerine getirilmesini emretmekle kalmamış, aynı zamanda çocuklara sunulması gereken öğle yemeğinin besin değerlerini de spesifik olarak belirtmiştir. Buna göre Mahkeme eyalet yönetimlerinin her çocuğun en az 300 kalori ve 8-12 gram protein içeren öğle yemeğini yılda en az 200 gün boyunca sağlamak zorunda olduğuna karar vermiştir. Öte yandan öğle yemeği dışında Mahkeme eyaletlerin her aileye ayda 25 kg tahıl dağıtmasını, 1 Ocak 2002 tarihine kadar federal hükümetten alacakları gıda payını ilgili plana uygun biçimde dağıtmasını emretmiştir. Dolayısıyla Mahkeme varolan planları keskin bir zaman içinde uygulanmasını sağlayarak, daha önce konut hakkına ilişkin davalarda yaptığı gibi devletin ilgili planları hazırlamasına hükmetmenin çok ötesine geçmiştir.⁷⁸³

Mahkemenin beslenme hakkını ciddi biçimde güvence altına aldığı öğle yemeği programı kararı hızlı bir gelişme göstermiştir. 2002 yılının başından beri Rajasthan eyaletindeki bütün ilkokullar öğle yemeği vermeye başlamıştır. Fakat eyaletlerin hepsi öğle yemeği emrini tam olarak uygulamamış; öğle yemeği uygulamasında özellikle verilen yemeklerin kalitesi ile idari ve mali engeller bakımından sorunlar çıkmaya başlamıştır. Bu süreçte sivil toplum hareketleri ülke çapında mesele ile ilgili takip, raporlama ve lobi faaliyetleri yürüterek her çocuğun öğle yemeği hakkı olduğuna ilişkin farkındalığı arttırmaya gayret etmiştir. Büyük halk desteği ve yoğun lobi faaliyetlerinin yanında, Yüksek Mahkeme tarafından emirlerin uygulanmasını takip etmek üzere atanan Komisyon da Mahkemeye sunduğu raporlarda Mahkeme emirlerinin ihlallerini tespit etmiştir. Neticede öğle yemeği programı giderek bütün Hindistan'da yeknesak biçimde uygulanmaya başlamış ve verilen yemeklerin besin değeri de artmıştır. Günümüzde Hindistan'da yaklaşık 100 milyon çocuk devlet

⁷⁸³ Kothari, a.g.e., s. 180; Muralidhar, a.g.e., s. 117.

okullarında pişmiş öğle yemeği yiyeabilmektedir. Keza bu başarılı uygulama kız çocukların okullara gönderilme oranında ve okul çağındaki bütün çocukların okula devam oranında da genel bir artışa yol açmıştır.⁷⁸⁴

Genel olarak *PUCL* davasının ve özellikle de öğle yemeği programının yoksul Hindistanlıların yaşamındaki pozitif etkisi ve başarısı kuşkusuz yürütölen yoğun kampanyalar sonucu merkezi bütçenin dağıtımında meydana gelen artışla ilintilidir. Nitekim Yüksek Mahkeme daha önce eşi benzer görölmemiş şekilde federal hükümeti bütçeyi arttırmaya zorlamış ve merkezi yönetim yeterli besin sağlamaya yönelik çeşitli programlara milyonlarca dolar harcamıştır. Bu bakımdan öğle yemeği planının başarısı *PUCL* davasının gücü ve yararının mükemmel bir örneğidir.

Kuşkusuz bu başarıda Yüksek Mahkemenin çocuklara ücretsiz öğle yemeği sağlanmasının sorumluluğunu eyalet yönetimlerine yüklemesi daga organize, güçlü ve daha iyi mali koşullara sahip hükümetleri meselenin odağı haline getirerek Mahkemenin daha ziyade programın düzgün uygulanmasını kontrol etmesini mümkün kılmıştır. Diğer bir ifadeyle Mahkeme beslenme hakkının gerçekleşmesi için siyasi sorumluyu ön plana çıkartarak, kendisi bu sorumluluğun gereğinin takibini yapmakla meşgul olmuştur. Ayrıca Mahkemenin öğle yemeği için belirli miktarda minimum kalori ve protein içeriğini zorunlu kılması, bir yandan bu programın yozlaşması ya da bozulmasını daha zor hale getirmiş, diğer yandan da çocukların okula devam etmesi ve beslenme hedeflerini desteklemiştir.⁷⁸⁵

PUCL davasının başarısı siyaseten ve hukuken büyük önem arzemektedir. Bu başarıda sivil toplumun yargı yolu, medya desteği, akademik araştırmalar ve sokak gösterileri gibi Hindistan demokrasisinde mevcut olan tüm imkânları kullanmaktaki

⁷⁸⁴ Kothari, a.g.e., s. 180; Lauren Birchfield ve Jessica Corsi, “The Right to Life Is the Right to Food: People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Others”, **Human Rights Brief**, C. 17, no. 3 (2010), ss. 15-18, s. 17.

⁷⁸⁵ Birchfield ve Corsi, s. 16-17.

kararlılığı önemli bir tol oynamıştır. Fakat *PUCL* kararı en önemlisi yoksul ve aç Hindistan yurttaşlarının hayatıda yarattığı pozitif etki nedeniyle öne çıkmaktadır. Yüksek Mahkemenin beslenme hakkının dava edilebilir, denetlenebilir, hukuken icra edilebilir ve dokunulmaz bira anayasal hak olduğunu ilan etmesi, hem siyasi söylem hem de somut eylem için yeni alanlar açmıştır. Burada dava edilebilirlik sıradan yurttaş içim mahkemelere erişme ve yararlanma için bir araç sağlamıştır. Ayrıca beslenme hakkının bir hukuken bir hak ediş ilan etmek devleti hesap verebilirliği açısından çok önemli bir araç sağlamaktadır. Dolayısıyla *PUCL* kararı ve yarttığı etki göstermiştir ki beslenme hakkı anayasal bir hak ediş olarak korunduğunda, devletin bu hak için tasarlanmış programları geri plana itme olasılığı ortadan kalkmaktadır.⁷⁸⁶

3. Değerlendirme

HYM yukarıda açıklanan yargısal tutumlardan *etkileşimli* ve *deneyselci* denetim yöntemlerini benimsemesi dolayısıyla sosyal hakların yargısal denetimi tiopolojisi bakımından *angaje* (engaged) bir mahkeme olarak nitelendirilmektedir. Bu bakımdan Hindistan'da sosyal haklar içtihadının dönüşmesi ve Mahkemenin angaje rol anlayışının gelişmesinde üç önemli kurumsal faktöre dikkat çekilmektedir. Birincisi Hindistan Anayasasının sosyal hakları devlet politikasına yol gösterici ilkeler şeklinde de olsa anayasada güvence altına almış olmasıdır. Zira bu ilkelerin varlığı anayasanın kolonileşme sonrası sosyal, ekonomik ve siyasi eşitliğe dayalı yeni bir sosyal düzen kurma hedefinin bir sonucudur. İkinci olarak bu ilkeler Yüksek Mahkemeye rehberlik etmiş ve temel hakların bütünlüğü ve birbirini tamamlaması nosyonunu pekiştirmiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkemesnin yaşama hakkı ve eşitlik ilkesinin kapsayıcı biçimde yorumlanması, hatırı sayılır bir sosyal haklar içtihadının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Üçüncüsü kamu yararı davası, 1980'lerin başından itibaren daha geniş ve toplum temelli bir

⁷⁸⁶ Birchfield ve Corsi, s. 16; Kothari, a.g.e., s. 181.

dava ehliyeti kavramı oluşturarak angaje mahkemenin gelişiminde etkili olmuştur.⁷⁸⁷

Mahkemenin *etkileşimli* denetim sergilediği öne çıkan örnek, *Olga Tellis* ile başlayan konut hakkına yönelik tutumudur. Mahkeme hem *Olga Tellis* hem de diğer konut hakkı davalarında temel hakların özellikle korunmaya muhtaç kişiler için önemini tanımış, devletin üzerine düşen eksiklikleri belirlemiş ve devleti bunlar için gerekeni yapmaya davet etmiştir. Dolayısıyla bu davalar anayasal vizyona cevaben ortaya konana yargısal innovasyon olarak görülmektedir.⁷⁸⁸

Ancak etkileşimli denetim hem birtakım avantajlar hem de dezavantajları beraberinde getirmektedir. Bu denetimin dezavantajları çoğunlukla dava taraflarının kendi lehlerine bir karar çıkmasının ardından pozisyonlarını değiştirmemesi ve büyük bir yoksulluk içindeki ülkende bazı siyasi organların yargı emirlerini dikkate almamasıdır. Başarılı davacıların Mahkemeden doğrudan lehlerine bir hüküm aldığı istisnai durumlarda dahi benzer durumdaki kişilere karşı siyasi tepki mütemadiyen eksik kalmıştır. Bununla birlikte etkileşimli denetim bazı durumlarda büyük avantajlar da sağlamıştır. Bunun en güzel örneği olarak zikredilen eğitim hakkına ilişkin içtihadın Mahkemenin hem sembolik hem de maddi anlamda sosyal hakların anayasal tanınmasının arkasındaki vizyonu gerçekleştirmek için hem devlet hem de kamuoyunu ile angaje olduğunu kanıtladığı belirtilmektedir.⁷⁸⁹

HYM'nin deneyselci denetim uyguladığı en önemli vaka ise beslenme hakkına yönelik tutumudur. Beslenme hakkı için sürekli, dinamik, duyarlı ve yönetsel bir performans gösteren Mahkemenin deneyselci denetimin türünün belki de en açık örneğini sergilediği belirtilmektedir. Özellikle Mahkemenin kendi atadığı bir Komisyon ile kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini takip etmesi hak savunucuları ile

⁷⁸⁷ Young, a.g.e, s. 201-202.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, s. 203.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, s. 203-204.

halk arasında siyasi iletişim kanalları yaratmak bakımından oldukça büyük katkıda bulunmuştur. Ayrıca öğle yemeği programının başarısı da paydaşlar arasındaki koalisyonuna olan güvenden kaynaklanmaktadır. Mahkeme beslenme hakkını ele alırken konut hakkında benimsediği tutumunun aksine sadece devletin gerekli planları hazırlamasını değil, önceden hazırlanmış planları belirli bir zaman içinde katı bir biçimde uygulamasını emretmiştir. Bu bakımdan Mahkemenin beslenme hakkını deneyselci bir tutumla ele alarak angaje olduğu açıktır.⁷⁹⁰

IV. SOSYAL HAKLAR İÇİN YENİ BİR PARADİGMA: DİYALOĞA DAYALI AKTİVİZM

Bu bölümde ele alınan Küresel Güney'in her üç ülkesindeki yargısal pratik, sosyal haklar lehine bir yargısal birikimin artık yeterince olgunlaşmış olduğunu gözler önüne sermektedir. Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan'da yüksek yargının sosyal hakları korumakta sergilediği yargısal tutumlar hem zaman zaman birbirinden ayrılmakta hem de birbiri ile paralel bir görüntü vermektedir. Her üç ülkenin uygulamasında yeknesak bir yorum yöntemi benimsendiği söylenemez, ancak birçok bakımdan ortaya çıkan içtihadın ortak noktaları olduğu da bir gerçektir. Bu ülkelerdeki siyasal ve toplumsal yapıların çeşitliliği, hukuk tarihi ve yargı kültürünün etkisiyle aynı olaylarda farklı yargısal tepkiler verilebildiği gibi, benzer olmayan koşullar altında yakın sonuçlar da ortaya çıkmıştır.

Kanımızca her üç ülkenin deneyiminden elde edilecek karşılaştırmalı analizin sosyal hakların yargısal korunması bakımından sunduğu en önemli sonuç, yargı kararlarının takibi ve gözetiminin (*monitoring*) yargısal hükmün etkisine olan katkısıdır. Yani sosyal hakların korunması lehine çok çeşitli yöntemlerle kararlar verilmiştir. Ancak mevcut veri göstermektedir ki, bu kararların korunmaya muhtaç ve dezavantajlı

⁷⁹⁰ *Ibid.*, s. 204-205.

toplum kesimleri için reel bir sonuç ortaya çıkarması ancak yargısal kararların gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin yargısal makamlar tarafından izlendiği bir süreç ile mümkün olmaktadır. Hem Güney Afrika hem Kolombiya hem de Hindistan'da anayasa yargısının sosyal hakların gerçekleşebilmesine görece daha fazla katkıda bulunduğu haller, bu türden bir izleme/takip süreci içeren kararlardır. Dolayısıyla bu bölüme ilişkin sağlıklı bir karşılaştırmalı değerlendirme yapabilmek için özellikle kararların bu niteliği üzerinden hareket edilmesinde yarar vardır.

Sosyal hakların yargısal icrasının etkili biçimde gerçekleşebilmesi açısından karşılaştırmalı yargısal uygulamanın öne çıkardığı en önemli sorun mahkeme binasının dışına çıktıktan sonra verilen kararların akıbetinin ne olduğudur. Diğer bir ifadeyle sosyal hakları koruyan yargısal kararlar bakımından önemli olan, bu kararların devlet, sivil toplum ve kamuoyunda nasıl bir etki yarattığı ve mahrumiyet içindeki kişilere gerçekten pozitif bir katkıda bulunup bulunmadığıdır. Neden bazı mahkemelerin bazı kararları derin ve türlü etkiler yaratırken, diğerleri sadece kâğıt üzerinde kalmaktadır? Bu soruya verilecek cevap, anayasa yargısında sosyal hakların korunmasının gerçek önemini izah edebilmek bakımından hayati öneme sahiptir.⁷⁹¹

Mahkemelerin sosyal sorunlara müdahalesi bakımından mahkemelerin tercih ettiği müdahale şekli, bu müdahale için benimsenen usul ve müdahalenin haklılaştırılması sosyal haklara ilişkin yargısal aktivizmin yaratacağı etkiye şekil vermektedir. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin *diyaloga dayalı aktivizm* (dialogic activism) sergilediği durumlarda, yargısal kararın sosyal haklar lehine genel etkisinin daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Diyaloga dayalı aktivizm ise güçlü hak, makul/ılımlı hüküm ve güçlü gözetimin bir kombinasyonu olarak ifade edilmektedir. Bu kavramdaki diyalog terimi, mahkemelerin yargısal sorunun çözümünde tek yanlı ve içine kapanık bir tutumdan ziyade, meselenin içinde yer alan taraflar ile anlaşma, uyum sağlama ve bu yolda çalışma

⁷⁹¹ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 8-9

gayretini vurgulamaktadır. Bu bakımdan diyaloga dayalı yaklaşım mahkemelerin etkisi, meşruluğu ve kapasitesini pekiştirir. Sosyal haklarla ilgili bir mahkeme kararının ne derece diyalog temelli olduğu ise kararın içeriği, verilen hüküm ve gözetim mekanizmalarına göre şekil alır.⁷⁹²

Bir mahkeme kararının *maddi içeriği* sosyal hakların ne derecede ihlal edildiği ile ilgilidir. Bu bakımdan mahkemeler önündeki uyuşmazlıkta, dava edilebilir bir sosyal hakkın kapsamının ne kadar güçlü yorumlanacağını belirler. Dolayısıyla diyaloga dayalı aktizim ile verilen kararlar Tushnet'in tipolojisine göre sosyal hakları *zayıf* (weak) değil, *güçlü* (strong) ya da *ılımlı* (moderate) bir şekilde ele alır. Bu halde verilen hüküm ise geleneksel yargılamanın sonuç odaklı ve ayrıntılı emirlerinin aksine *hedefler* ve *usuller* koyar ve ilgil politikaları tasarlama ve uygulama yükünü devlet organlarına yükler. Nihayet gözetim mekanizmaları açısından ise diyaloga dayanan aktivizm, kararda tespit edilen yapısal sorunu çözmek için politika alternatiflerinin tartışılmasını teşvik eder. Diyaloga dayanan mahkemeler müzakere için kamuya açık oturumlar düzenleyerek daha geniş bir paydaş yelpazesini gözetim sürecine dahil eder. Böylesi bir gözetimin uygulanması devlet dışında hakları ihlal edilen mağdurları, ilgili sivil toplum örgütlerini, uluslararası insan hakları kuruluşlarını ve konuya faydası olabilecek diğer aktörleri kapsar.⁷⁹³

Diyaloga dayalı kararlar bir yandan geniş hedefler koyarak bunların belirli bir zaman sınırı içinde tam anlamıyla uygulanmasını sağlarken, diğer yandan ise esasa ilişkin yapılabacakları ve detaylı çıktıları devlet organlarının uhdesine bırakır. Böylece hüküm hem kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olur, hem de kararın etkinliğini güçlendirilir. Ayrıca diyaloga dayalı yaklaşım kamuya açık duruşmalar, mahkeme tarafından atanan komisyonlar ve devlet ve sivil toplum örgütlerinin yetkililerinin müzakereye katılmak üzere davet edilmesi gibi katılımcı bir izleme mekanizmasını teşvik

⁷⁹² *Ibid.*, s. 172.

⁷⁹³ *Ibid.*, s. 172-173.

ederek, demokratik müzakerenin ve yargısal müdahalenin etkisinin pekişmesini sağlar.⁷⁹⁴

Her üç kriter bakımından Kolombiya Anayasa Mahkemesinin 2004 tarihli T-25 kararı, diyaloga dayalı yargısal aktivizmin en açık örneklerinden biri olarak kabul edilirken; aynı mahkemenin tutuklu ve hükümlülerin cezaevlerindeki koşulları ile ilgili 1998 tarihli T-153 kararında güçlü hak, güçlü emir ve fakat gözetimin olmadığı ve dolayısıyla daha monolojik bir tutum sergilediği; buna karşın sağlık hakkı ile ilgili 2008 tarihli T-760 kararında ise monolojik ve diyaloga dayalı tutumun arasında bir yerde durduğu belirtilmektedir. 2004 ve 2008 tarihli kararlar yukarıda incelendiğinden, burada sadece 1998 tarihli karara değinmek uygun olacaktır.

Tutuklu ve hükümlülerin cezaevlerinde maruz kaldıkları aşırı kalabalık ve yemek, tıbbi bakım, güvenlik eksikliği gibi koşullara karşı yapılan anayasa şikâyeti sonucunda verilen T-153 kararında KAM, cezaevlerindeki bu insanlık dışı koşulların tutuklu ve hükümlülerin çeşitli haklarının yaygın ve sistematik biçimde ihlaline yol açtığına ve bu durumdan çeşitli devlet organlarının sorumlu olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili kamusal makamların cezaevi sisteminin yol açtığı sorunları düzeltmesini ve tutuklu ve hükümlülerin temel ihtiyaçlarını gidermek için gereken tedbirleri koordine bir şekilde almasını emretmiştir.⁷⁹⁵ Bu bakımdan Mahkeme yapısal bir anayasaya aykırılık hali ilan etmesine ve cezaevilerindeki kötü koşulların düzeltilmesi için kısa vadeli emirler vermesine rağmen, kararın uygulanmasını izlemek adına hiçbir gözetim mekanizması kurmamıştır. Nitekim karardan 15 yıl sonra cezaevlerinin durumu ve buna yönelik devlet politikası o kadar az değişmiştir ki, 2013 yılında insan hakları aktivistleri Anayasa Mahkemesinden davayı tekrar açmasını istemiş ve fakat bu girişim başarısız olmuştur.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ *Ibid.*, s. 16.

⁷⁹⁵ Sepulveda, a.g.e., s. 159.

⁷⁹⁶ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 175.

T-760 kararı hükmün uygulanmasını takip için Mahkeme içinde özel bir gözetim mekanizması kurarak sağlık sisteminin kronik sorunlarını çözüme kavuşturmak için devleti dürtmeye (nudging) çalışmıştır. Ancak bu gözetim mekanizması çabucak gücünü ve etkisini kaybetmiş ve hala varlığını sürdürüyor olmasına rağmen, büyük ölçüde devlet organlarının sadece şeklen Mahkemeye rapor sunmasından ibaret kalmıştır. Öte yandan her ne kadar T-760 kararı sağlık sistemindeki yapısal sorunları çözme amacına tam anlamıyla ulaşmasa da, önemli hukuki reformları teşvik etmeyi ve sağlık sisteminin içinde bulunduğu krizi kamuoyunda tartışmaya açmayı da başaramıştır.⁷⁹⁷

Sonuç olarak Kolombiya Anayasa Mahkemesinin her üç kararı da *güçlü hak* yaklaşımını paylaşmış ancak *hüküm* ve *gözetim* bakımından ayrılmıştır. T-153 oldukça detaylı ve güçlü emirler verirken, T-25 daha usuli ve diyaloga dayanan, T-760 ise ılımlı ve orta yolcu hüküm tesisi etmiştir. Gözetim bakımından ise 1998 ve 2008 tarihli kararlar ilki hiçbir mekanizma kurmaması, ikincisi ise kurduğu mekanizmanın büyük ölçüde pasif kalması dolayısıyla zayıf kalırken; 2004 tarihli karar yirmi kamuya açık oturum ve 289 mütakip karar alması bakımından daha güçlü bir tutum sergilemiştir. Dolayısıyla T-760 kararının gerçek etkisinin T-153 kararına göre yüksek olsa da, T-25 kararına göre oldukça düşük kaldığı gerçeği, diyaloga dayalı aktivizm ile yargısal etki arasındaki ilişkide şu sonuca ulaşmayı mümkün kılmaktadır: Diğer koşullar eşit olmak kaydıyla, tam anlamıyla diyaloga dayalı kararlar sosyal hakların gerçekleştirilmesi adına oldukça büyük bir etki yaratırken, monolojik kararlar daha az etki yaratma eğilimindedir. Bu iki ucun arasında ise nispeten ılımlı etkilere yol açan farklı kombinasyonlar yer almaktadır.⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 176-177.

TABLO 1: Kolombiya Anayasa Mahkemesinin Yapısal Kararlarının Karşılaştırılması

	HAKLAR	HÜKÜM	GÖZETİM	ETKİ
T-25 (2004)	Güçlü	Ilımlı	Güçlü	Yüksek
T-760 (2008)	Güçlü	Ilımlı	Zayıf	Ilımlı
T-153 (1998)	Güçlü	Güçlü	Zayıf	Düşük

Kaynak: Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 177.

Kolombiya Anayasa Mahkemesinin zorunlu olarak göç etmek zorunda kalan kişilerle ilgili *T-25* kararı, Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin (GAAM) konut hakkına yönelik *Grootboom* kararı ve Hindistan Yüksek Mahkemesinin beslenme hakkına yönelik *PUCL* kararının karşılaştırılması diyaloga dayalı yargısal aktivizmin sosyal haklar lehine sağladığı olumlu etkiyi berrak biçimde yansıtmaktadır. Bu üç karar da Küresel Güney’deki mahkemelerin mahrumiyet içindeki kişi ve grupların durumunu düzeltmekte büyük bir potansiyele sahip olduğunu göstermektedir. Söz konusu üç kararın karşılaştırılması hem diyaloga dayalı aktivizmin yargısal kararların gerçek etkisini ölçebilmek hem de sosyal hakların yargısal denetimine karşı ileri sürülen demokratik meşruluk ve kapasite itirazlarını ampirik olarak çürütmek bakımından oldukça güçlü bir veri sunmaktadır.⁷⁹⁹

Sosyal haklarla ilgili yargısal kararların etkisine yönelik kavramsal çerçeveye göre kararların etkisinin iki boyutu vardır. Bir yandan kararlar *doğrudan* veya *dolaylı* etki yaratabilir. Doğrudan etki davanın tarafları üzerinde mahkemenin emrettiği eylemleri ifade eder. Dolaylı etkiler ise kararın kendisinde yer almasa bile bu karardan türeyen tüm sonuçlardır. Bu sonuçlar sadece davanın taraflarını değil diğer başka sosyal aktörleri de etkiler. Diğer yandan mahkeme kararları *maddi* ya da *sembolik* etkiler yaratabilir. Maddi etki grup ya da bireylere yol göstermekte somut değişimlere yol açar. Sembolik etkiler ise dava konusu ile ilgili fikirler, algılar ve kolektif sosyal yapılardan oluşur. Bu

⁷⁹⁹ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 171-172.

sınıflandırmadan dört tip yargısal etki türediği belirtilmektedir: *doğrudan maddi etki* (mahkeme tarafından emredilen bir politikanın tasarlanması), *dolaylı maddi etki* (yeni aktörlerin tartışmaya müdahil olması ve meseleyi etkilemek için aktivist kolalisyonların oluşturulması), *doğrudan sembolik etki* (medyanın yayın alanının yeniden çerçevelendirilmesi ve sorununun bir hak ihlali olarak tanımlanması ve algılanması) ve *dolaylı sembolik etki* (kamuoyundaki sorunun aciliyeti ve vehameti hakkındaki fikrin dönüşümü). Bu bağlamda her üç mahkeme kararlarında görülen diyaloga dayalı aktivizmin, yargısal müdahalenin olası doğrudan, dolaylı, maddi ve sembolik etkilerini arttırdığını belirtilmektedir.⁸⁰⁰

TABLO 2: Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan Örneklerinin Karşılaştırılması

	HAKLAR	HÜKÜM	GÖZETİM	ETKİ
PUCL (2001)	Güçlü	İlımlı	Güçlü	Yüksek
T-25 (2004)	Güçlü	İlımlı	Güçlü	Yüksek
GROOTBOOM (2001)	İlımlı	Zayıf	Zayıf	İlımlı

Kaynak: Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 181.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak sosyal haklar bağlamında *ılımlı hak*, *zayıf hüküm* ve *gözetimsizliğin* bir kombinasyonunu sergilediği belirtilmektedir. Nitekim Mahkeme *Soobramoney* ve *Mazibuko* davalarında sosyal hak taleplerini ılımlı hak tutumuyla reddetmiş; *Grootboom* kararında davacıyı haklı bulmasın rağmen belirli bir zaman sınırı ya da gözetim prosedürü öngörmemiş ve dava konusu sosyal hak bakımından ılımlı hak anlayışını benimsemiştir. *TAC* davasında güçlü bir hüküm vermesine rağmen yine ılımlı hak tutumunu sürdürmüştür. *Grootboom* davasında GAAM daha az aktivist ve daha az diyaloga dayalı bir tutum benimsemiş; makullük ölçütünü kullanarak, mağdur lehine bireysel bir emir vermek yerine sorununun çözümü için *yapısal* ama bir o kadar da *zayıf* bir hüküm tesis etmiştir.

⁸⁰⁰ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., 19-20, 178.

Hüküm kararın uygulanmasının takibi için herhangi bir gözetim mekanizması da öngörmeyerek bu açıdan da zayıf kalmıştır.⁸⁰¹

Grootboom'da verilen hükmün zayıflığı Anayasa Mahkemesinin açık bir biçimde kararın uygulanmasını takip etmek için bir gözetim mekanizması kurmayı reddetmesi ile doğrudan ilintilidir. Nitekim Güney Afrika Afrika İnsan Hakları Komisyonu (South African Human Rights Commission) dava esnasında Mahkemeye sunduğu *amicus* başvurusunda kararın uygulanmasını gözetip gerekirse Mahkemeye bu hususta rapor sunabileceğini belirtmiştir ve bu talep kararda da yer almıştır. Ancak Komisyon devlet organlarının kararın uygulanması bağlamındaki sorumlulukları ile ilgili hazırladığı kapsamlı gözetim raporunu Kasım 2001'de Mahkemeye sunduğunda, GAAM kendisinin kararın uygulanmasını gözetmek gibi bir yetkisi olmadığı gerekçesiyle bu raporu dikkate almayı reddetmiştir.⁸⁰²

Grootboom kararının yarattığı maddi, siyasi ve sembolik etki Kolombiya ve Hindistan örneklerine kıyasla daha düşük seviyede kalmıştır. Ancak kuşkusuz karar bazı önemli etkilere de yol açmıştır. *Grootboom* kararının en azından mağdur topluluğu zorunlu tahliyeden koruduğu, temel hizmetlerin geliştirilmesine katkıda bulunduğu, kalıcı barınma imkânlarına ivme kazandırdığı, devleti konut politikasını ıslah etmesini sevkettiği, hukuka aykırı gecekonduların tahliyesini yavaşlattığı ve konut hakkı ile ilgili diğer uyuşmazlıklar için önemli bir emsal oluşturduğu belirtilebilir.⁸⁰³

Ancak *Grootboom* kendisinden sonra verilen konut hakkı kararları ile karşılaştırıldığında yarattığı pozitif etki bakımından zayıf kalmaktadır. Yakın zamanlı bir çalışmanın işaret ettiği gibi esasa ilişkin bir değişikliğe yol açan kararlara

⁸⁰¹ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 173-174, 179-180.

⁸⁰² Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 180; Malcolm Langford, "Housing Rights Litigation: Grootboom and Beyond", **Socio-Economic Rights in South Africa Symbols or Substance?**, ed. Malcolm Langford et. al., New York, Cambridge University Press, 2013, s. 194.

⁸⁰³ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 181; Langford, "Housing Rights Litigation...", a.g.e., s. 195, 220-21.

bakıldığında eğer *Grootboom* bir mihenk taşı olarak kabul edilirse, *Olivia Road* kararı yarattığı etki bakımından daha ağır basmaktadır. Nitekim bu kararlar toplumsal ve sistemsel etkilerini tahliye gerçekleşmesi ya da daha düşük standartlarda yeniden yerleştirme, hizmetlerin artması ya da kısa vadede acil durum barınması sağlanması, karardan sonra belirli bir süre içinde resmi konut sağlanması, mağdur topluluk organizasyonunun gelişmesi, politika değişikliği ya da inovasyon ve hukuki içtihadın kullanılması değişkenleri açısından değerlendirildiğinde, *Olivia Road* kararının yarattığı etkinin sayısal değerinin (0.92), *Grootboom*'a göre (0.71) daha yüksek olduğu görülmektedir.⁸⁰⁴ Bu bağlamda *Olivia Road* kararında GAAM'nin diyaloga dayalı akitivizme yaklaştığı, devlet ve başvuruçuların *anlamli bir ilişki* (meaningful engagement) kurmasını emrederek, diyalogu destekleyen bir rol sergilediği belirtilmektedir.⁸⁰⁵

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı gibi *Olivia Road*'da geliştirilen yargılama modeli tarafların birbirleri ile anlamli bir ilişki içerisine girebilmesini sağlamayı ve uyuşmazlığın bu anlaşma yoluyla çözülmesini öngörmektedir. Böylece yargı fonksiyonunun anayasal ve kurumsal sınırları devletin bu anlaşmanın yaratıcısı olduğu gerçeği ile ele alınmaktadır. Bu bağlamda anlamli ilişki modeli Mahkemenin daha önce benimsediği *aktif yargısal yönetimin* (active judicial management) bir sonucudur. Anlamli ilişkinin önemi ise Mahkemenin sosyal hakların dava edilebilirliği ile ilgili kaygılardan kaçınması ve evlerinden çıkarılma ile karşı karşıya kalan insanlar için bir hüküm tesis etmesidir. Nitekim Mahkeme taraflar arasında varılan anlaşmanın sözkonusu anlamli ilişki sürecinin makul bir sonucu olduğunu belirtmiştir.⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ Langford, "Housing Rights Litigation...", a.g.e., s. 218-219.

⁸⁰⁵ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 174.

⁸⁰⁶ Anashri Pillay, "Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, No. 3 (2012), ss.732-755, s. 732-34, 741.

Olivia Road kararının sadece usul temelinde verildiği ve bu nedenle esasen sosyal hakların zayıf denetiminin bir örneği olduğu ileri sürülmektedir. Kararda benimsenen yöntemin sosyal hakların esasına ilişkin hızlı ve güçlü standartlar koymaktaki genel isteksizliği yansıttığı ve olaya göre analiz tercihini gözler önüne serdiği ileri sürülmektedir. Gerçekten de GAAM'nin genel olarak temel haklara yaklaşımının hakların asgari içeriğini tespit etmeye çalışmaktan ziyade, devletin eylem ve işlemlerinin makul olup olmadığını ölçebilecek bir dizi araç geliştirme kaygısına dayandığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda Mahkemenin *Olivia Road*'da geliştirdiği “anlamli ilişki” kavramı bu araçlara bir yenisini eklemek olarak görülmektedir. Bu araç Mahkemenin *Grootboom* ile başlayan sosyal hakların makullük temelli denetim paradigmasına tam anlamıyla uymaktadır. Dolayısıyla *Olivia Road* kararı anlamli ilişki kavramının sosyal haklarla ilgili iddialar için esasa yönelik hüküm kurmakta etkili bir araç olarak kullanılabileceğini göstermektedir.⁸⁰⁷

Nihayet anlamli ilişki yöntemi ile verilen bir yargı kararı diyaloga dayalı yargı denetiminin ayırıcı özelliği olan paydaşlar arasında süren diyalogu öngörebilirse de, GAAM'nin bu kavramı kullanımı iki önemli noktada diyaloga dayalı yargısal denetim teorilerinden ayrılmaktadır. Birincisi anlamli ilişki kararları tanımı gereği diyaloga dayalı teorilerin öngördüğü gibi *güçlü* bir hüküm değildir. Bir mahkeme böyle bir karar verdiğinde hakları yorumlamakta ve hakların sınırlandırılmasında kapsayıcı bir rol oynamamaktadır. Aksine sosyal ve ekonomik ihtiyaçlara erişmedeki sorunun çözümü için devlet organları ve hak sahiplerine bir imkân sağlamaktadır. İkincisi ise GAAM'nin anlamli ilişki kararları sosyal haklarla ilgili davalarda mahkeme kararlarının kesin ve bağlayıcı niteliğine gölge düşürmemektedir.⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ Pillay, “Toward Effective Social...”, a.g.e., s. 746-747.

⁸⁰⁸ Pillay, “Toward Effective Social...”, a.g.e., s. 749.

Olivia Road ile pekişen anlamlı ilişki kavramı, *müzakereci yargısal denetim modelinin* (deliberative model of judicial review) açık bir manifestosu olarak nitelendirilmektedir. Zira bu yöntemin kullanıldığı kararlarda mahkemenin emrettiği taraflar arasındaki anlamlı ilişki/müzakere, kamu politikasında ve devlet eylemlerinde önemli değişikliklere yol açmıştır.⁸⁰⁹ Burada vurgulanmak istenen mahkemelere demokratik bir rol biçmek için demokratik katılımı güçlendirmektir. Bu bağlamda katılım ya çıkarlar üzerindeki pazarlık ya da müzakereci demokrasi şeklinde gerçekleşebilir. Çıkar pazarlığının demokrasinin ayrılmaz bir parçası olduğu şüphesiz ise de, müzakere olasılığı pazarlık gücüne baskın çıkabilecek bir alternatif sunmaktadır. Zira müzakereci demokrasi tarafların diğer tarafı ikna edebilecek fikirler için gerekçe sunmaya hazır olmasını ve fakat aynı zamanda kendilerini de ikna etmesini gerektirir. İlaveten, mevcut tercihleri benimsemek yerine müzakereci demokrasi bizatihi tercihlerin şekillendirebilir. Dolayısıyla demokrasinin bir amacı da müzakere kapsamını genişletmektir. Bu bakımdan sorun şudur: mahkemeler karar almayı çıkar pazarlığından müzakereye doğru yönelterek demokrasi sürecini detekleyebilir mi? Fredman’a göre mahkemeler müzakereci yargısal denetim sürecinde bazı önemli roller üstlenmektedir. Bunların en önemlisi hak temelli iddiaların başarısının tarafların kendi iddialarının sağlamlığına mahkemeyi ikna etmesine bağlı olmasıdır. Yargıçlar herhangi bir taraf tarafından ikna edilebilme olasılığına açık olarak sürece katılırlar ve hüküm genellikle iki tarafın argümlarının bir sentezinden meydana gelir. Dolayısıyla mahkemeler karar alıcıları kararlarının gerekçesini ve sürecini hazırlamaya mecbur kılarak, karar alıcıları mahkeme salonunun dışında dahi müzakere yolu ile karar almaya teşvik edebilirler.⁸¹⁰

Sonuç olarak sosyal hakların icrasını demokratikleştirmek için anlamlı ilişkinin kullanılması bu davalarda müzakereci ve katılımcı demokrasinin geniş biçimde

⁸⁰⁹ Pillay, “Toward Effective Social...”, a.g.e., s. 749.

⁸¹⁰ Fredman, a.g.e., s. 105.

kullanılmasıyla doğrudan ilintilidir. Diğer bir ifadeyle sosyal hakların icrası esnasında demokratik ilkelerin tanınması hayati öneme sahiptir. Bu bağlamda anlamlı ilişki ve benzer deneyimler devlet ile halk arasında iş birliğine dayanan ve esnek bir ilişki modeli devreye sokabilir. Anlamlı ilişki ötekileştirilmiş ve mahrum bırakılmış kişilerin kendilerini etkileyen süreçlerin dışında tutulmalarına karşı direnmelerinde bir forum yaratır. Böylece GAAM'nin de vurguladığı gibi bir yandan mahkeme adil ve hakkaniyete uygun olanın parametrelerini kurarken, diğer yandan bu kişiler kendi perspektiflerine göre ihtiyaçlarına ve menfaatlerine uygun fonksiyonel çözümler bulma potansiyeli edinir (*Joe Slovo*, §338). Sosyal ve ekonomik yönden mağdur kişiler, sosyal hakların pasif alıcıları olmaktan çıkar, aktif paydaşlar haline gelir. Bu bakımdan anlamlı ilişki gibi deneyimler etkili biçimde uygulandığı takdirde müzakereci, katılımcı demokrasiyi güçlendirebilir ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinde demokratik hesap verirliliği artırabilir.⁸¹¹

HYM'nin *PUCCL* kararı diyaloga dayalı aktivizmin en açık örneklerinden birini meydana getirmektedir. Bu kararın özelliği Mahkemenin dava konusu hakkı somut politikalarla izah ederek ve gözetim mekanizması kurarak devletin sosyal haklarla ilgili genel yükümlülüklerini kuvvetlendirmesidir. Öte yandan Mahkeme ilerleyen yıllarda kararın icra seviyesini ölçebilmek için devlete yeni edimlerde bulunmasını emrederek, kararın gözetimini yıllar sonra dahi sürdürmüştür. Bununla birlikte kuşkusuz Yüksek Mahkemenin en büyük yeniliği bir komisyonu kararın uygulanmasını izlemekle görevlendirmesidir. Yüksek Mahkeme'nin gözetim komisyonunun vasıtası ile davayı izlemesi, diyaloga dayalı “dürtmek için yargılama” (*judging as nudging*⁸¹²)

⁸¹¹ Chenwi, a.g.e., s. 192-193.

⁸¹² Alana Klein, “Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights”, **Columbia Human Rights Law Review**, C. 39, No. 2 (2008), ss. 351-422. Bu yaklaşım, özellikle devlet tarafından bir direnç gösterildiği durumlarda sosyal hakların icrasında kullanılan geleneksel yargısal tutumların, sosyal hakların sistematik olarak uygulanmasına katkıda bulunamayacağını, bu nedenle geleneksel hak anlayışından uzaklaşarak, mahkemelerin *hesap verirlilik* (accountability) odaklı bir yaklaşım benimsemesini savunmaktadır.

yaklaşımının berrak bir örneği olarak görülmektedir. Buna göre Mahkeme emredici denetim yerine sürekli bir ilişki, bilginin yayılması ve kamusal müzakere yönetemlerini devleti kararın gereğine uymaya zorlamak için kuullanılmıştır. Bu yaklaşım devlet üzerinde baskı kurabilmek için Mahkeme, gözetim komisyon ve sivil toplum örgütleri arasında bir koordinasyon sağlanmasını mümkün kılmış; Mahkemenin diyaloga dayalı aktivizm ile birleşince de bu kombinasyon davanın ulaştığı başarının altında yatan temel etkenlerdir.⁸¹³

T-25 ve *PUCL* kararları diyaloga dayalı yargısal kararların diğer kararlara kıyasla sosyal haklar bakımından daha büyük etki yarattığını yapısal kararların uygulanmasında karşılaşılan iki temel engeli aşarak ortaya koymaktadır: *siyasi direnç* ve *kurumsal kapasite*. Siyasi direnç bakımından sosyal haklarla ilgili yapısal kararlar doğaları gereği statükodan çıkarları bulunan güçlü sektörlerde bir direnç ortaya çıkarır. Nitekim *T-25* kararının ardından yürütülen izleme sürecinde ülke içinde yer değiştirmek zorunda kalan kişiler için hazırlanan programlardan sorumlu vurdumduymaz bürokratlar ve *PUCL* sürecindeki yozlaşmış ya da liyakatsiz kamu görevlileri ve gıda sağlayıcıların bu sektörlere dahil olduğu aktarılmaktadır. Bu bakımdan mahkeme kararlarının uygulanmasının gözetimine insan hakları savunucusu sivil toplum örgütleri, reform odaklı kamu kurumları ve halk hareketleri gibi daha çok sosyal aktörün katılmasına izin verilmesi sayesinde mahkemeler kararların karşı ortaya çıkması olası siyasi direnci kırmakta kendilerine yardım edebilecek doğrudan ve dolaylı etkiler yaratabileceği

Hesap verirlik merkezli tutumların en gelişmiş olan *deneyselci* (experimentalist) sistemlerde, mahkemelerin danışma ve raporlamayı saüladığı ve deneyselci yönetim anlayışının sosyal hakların korunması bakımından özellikle uygun olduğu belirtilmektedir. Bu yönetim sistemleri sosyal hakların gerçekleştirilmesinde devletin bir ilerleme kaydettiğini ispatlamasını ve paydaşları ciddi olarak dikkate almasını gerektirir. Ayrıca daha usuli olan bu sistemler daha doğrudan demokratik katılım yoluyla hakkın içeriğinin geliştirilmesini mümkün kılar. Bu bağlamda “dürtme için yargılama” yaklaşımına göre sosyal hak politikalarının etkilerini ölçmeye odaklanan müzakereci rejimleri destekleyen yargıçlar, anayasal sosyal hakların korunmasında mahkemelere anlamlı ve uyumlu bir rol biçmeyi güçleştiren karmaşayı aşabilir. Bu deneyselci sistemler iyi çalıştığında, olağan çoğunlukçu politikalar ya da geleneksel yargısal karar almaya kıyasla bir yönetimin sosyal hak normlarına bağlılığından en yüksek şekilde yararlanabilir. (*Ibid*, s. 352-357).

⁸¹³ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 178-179.

belirtilmektedir. Zira bu aktörler mahkeme kararının uygulanmasını kendi gündemlerinin bir parçası kabul etme ve dolayısıyla statükoya karşı dengeleyici bir güç olma eğilimindedirler.⁸¹⁴

Öte yandan yapısal kararlar, mahkeme lehine siyasi koalisyonların ortaya çıkmasına yol açabilir veya sözkonusu olayın maddi ve sembolik etkileri lehine medya desteğini sağlayabilir. Bu bakımdan *PUCL* olayı yapısal mahkeme kararlarının yaratabileceği bu dolaylı etkinin paradigmatic bir örneğidir. Nitekim Mahkemenin 2001 kararı ile kıtlık ve açlığa karşı mücadele eden bir sivi toplum ağı olan *Beslenme Hakkı Hareketi* (Right to Food Campaign⁸¹⁵) harekete geçmiş ve Yüksek Mahkeme kararlarının uygulanmasında oldukça etkili olmuştur. Bu muazzam sosyal ağ tamamen kendiliğinden ortaya çıkan gayriresmi bir yapılanmadır ve adem-i merkezi bir teşkilata sahip olup daha ziyade yerel düzeydeki girişimler ve gönüllü işbirliğine dayanmaktadır.⁸¹⁶ Dolayısıyla Hindistan sivil toplumunun, mahkeme kararının uygulanmasındaki katkısı bakımından Kolombiya'daki emsalinden daha büyük bir yol katettiği belirtilmektedir.⁸¹⁷

İkinci olarak diyaloga dayalı aktivizm mekanizmaları, mahkemelerin karmaşık sosyoekonomik meseleleri ele alırken karşılaşılabileceği kurumsal açmazların üstesinden gelemey yardımcı olabilir. Her ne kadar mahkemeler doğaları gereği zorunlu göç, hukuka aykırı barınma ve açlık gibi çok karmaşık sorunlara çözüm bulmak için gerekli teknik bilgi, personel ve kaynağa sahip değilse de, bu sorunlar üzerinde kamusal makamların ve sivil toplumun bir diyalog kurmasını teşvik edebilir ve yönlendirebilir. Böylece diyaloga dayan mahkemeler çözüm için iş birliği arayışı veya en azından alternatif eylem alanlarının kamuoyunda tartışılmasını sağlayabilir. Mahkemelerin sağlayacağı diyalog birbirinden kopuk devlet organları arasında koordinasyonu

⁸¹⁴ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 182.

⁸¹⁵ <http://www.righttofoodcampaign.in/> (Ağustos 2016)

⁸¹⁶ <http://www.righttofoodcampaign.in/about>

⁸¹⁷ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 182-183.

geliştirmek ve hakların dili çerçevesinde yeni kamu politikaları oluşturulması gibi doğrudan ve dolaylı etkiler yaratabilir. Dolayısıyla mahkemeler sosyal hakların anlamı ve içeriğini belirginleştirme amacıyla kamusal müzakere için odak noktalarını belirleyerek sorun çözmeyi teşvik edebilir. Sonuç olarak üçüncü başlık altında incelenen örnekler göstermektedir ki, mahkemeler diyaloga dayalı aktivizmin hak, hüküm ve gözetim mekanizmalarını bir arada kullanarak karmaşık sorunlara müdahale etmelerini etkisiz kılan siyasi ve kurumsal açmazların üstesinden gelebilir ve sosyal hakların gerçekteştirilmesi üzerindeki etkisini arttırabilir.⁸¹⁸



⁸¹⁸ Rodriguez-Garavito ve Rodriguez-Franco, a.g.e., s. 183.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SOSYAL HAKLAR BİLANÇOSU

Birinci ve ikinci bölümlerde aktarılmaya çalışılan karşılaştırmalı yargısal uygulama artık sosyal hakların anayasal statüleri, bunları ortaya çıkaran siyasi, ekonomik ve sosyal dinamikler ve üzerlerindeki hukuki ve siyasi algıda belirgin farklılıklar bulunsa da insan hakları külliyyatının ayrılmaz bir parçası haline geldiğini açıkça gözler öne sermektedir. Bu bağlamda sosyal haklar, Türkiye gibi henüz ekonomik gelişme ve kalkınmasını ve demokratik pekişmeyi tamamlamamış kırılgan bir demokrasi için ise başka ülkelerdekinden daha farklı ve özel bir anlam ifade etmektedir. Bu bakımdan Türk anayasacılığının sosyal haklar başlığı, dünyanın geri kalanı karşısında kendine has bir paradigma sunmaktadır.

Çalışmanın bu üçüncü ve son bölümünde uzun bir süredir Türk hukuk düzeninde anayasal koruma altında bulunan sosyal hakların, yargısal denetim bakımından karşılaştırmalı hukukun neresinde olduğu irdelenmeye çalışılacaktır. Bu amaçla bu bölümün ilk başlığı altında sosyal hakların Türkiye’de elli küsur yıldır süren anayasal serüvenine değinilecek; ardından bu serüvenin Anayasa Mahkemesindeki izdüşümleri takip edilerek Mahkemenin sosyal hakları bugüne kadar nasıl ve ne ölçüde ciddiye aldığı irdelenmeye çalışılacaktır. İkinci bölümde incelenen yargısal tutumlar ışığında Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar içtihadı karşılaştırmalı bir gözle değerlendirildikten sonra son başlık altında ise AİHM’nin sosyal hak yaklaşımı ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru bakımından sosyal hakların Türk hukukundaki geleceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

I. SOSYAL HAKLARIN TÜRKİYE SERÜVENİ

Türkiye’de sosyal haklar denilince akla gelen ilk anayasal tarih 1961’dir. Zira ancak ülkenin dördüncü Anayasası ile sosyal haklar fikri anayasal tanıma kazanabilmiştir. Türkiye’de 1961 öncesi anayasal düzeyde olmasa da sosyal hakları düzenleyen birçok yasanın bulunduğu bilinmektedir. Klasik liberal hakların aksine *devlete karşı talep edilebilen* bu ilk sosyal hak düzenlemeleri, Türkiye’de de Batı’da olduğu gibi kapitalist düzen içerisinde gerçekleşmiştir. Ancak bu yasaların çıkmasındaki temel etken Batı’da olduğu gibi işçi sınıfının mücadelesi değildir. Zira zayıf burjuvazi ve sanayileşmenin gecikmesi Türkiye’de işçi sınıfının etkin bir siyasi güç olarak gelişmesini geciktirmiştir. Dolayısıyla Türkiye’de 1961’den önce görülen sosyal haklara ilişkin düzenlemeler, esasen *tabandan* değil *yönetici* sınıf ve çevrelerden kaynaklanmıştır.⁸¹⁹

Bu bağlamda Türkiye tarihinde *sosyal devlet* anlayışının ilk nüvelerini XIX. yüzyıl Osmanlı İmparatorluğu’nda görmek mümkündür. Bu ise sosyal devlet olgusu ve onun bileşenlerinin ancak modern devletin oluşumu sorunsalı içinde kavramsallaştırılabileceği gerçeğinden kaynaklanmaktadır.⁸²⁰ Diğer bir ifadeyle, eğer sosyal devleti “modernite olarak nitelediğimiz aşağı yukarı son iki yüz yıllık süreçteki ekonomik ve sosyal dönüşümler neticesinde şekillenen bir yönetim tarzı” ya da “devlet müdahalesini mümkün, gerekli ve meşru kılan bir alan olarak sosyal alanın oluşumu”⁸²¹ şeklinde tanımlarsak, Türkiye’de sosyal hakların serüveni modern devletin hikâyesine paralel bir seyir izlemiştir denebilir.

⁸¹⁹ Tanör, a.g.e., s. 142-144.

⁸²⁰ Nadir Özbek, “Osmanlı’dan Günümüze Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, No. 92 (2002), s. 8.

⁸²¹ Özbek, a.g.e., s. 9.

A. 1961 ÖNCESİ

Türkiye’de sosyal hakların anayasal tarihini esasen ilk kez anayasal hak statüsüne kavuştuğu 1961’den başlatmak gerekir. Ancak Türkiye topraklarında devletin sosyal alana müdahalesi olgusunun ilk izleri modernite öncesine uzanmaktadır. Diğer bir ifadeyle “refah uygulamaları ve sosyal dayanışma olgusu modern devlet oluşum sürecini aşan bir tarihselliğe sahiptir”. Bu bakımdan modernite öncesi Osmanlı İmparatorluğunda olduğu gibi “merkezi devletin sosyal alan müdahale imkânının sınırlı olduğu tarihsel koşullarda”, aile, mahalle, köy, cemaat, lonca, tarikat gibi bir dizi beşerî ilişki refah sisteminin temellerini oluşturmuş ve “özellikle siyasal erkin yoğunlaştığı kent merkezlerinde, yönetici elit çeşitli kaygılarla yoksullara yönelik kurumsal bir koruyucu sistem oluşturma eğiliminde” olmuştur. Nitekim Bursa, Edirne, İstanbul gibi önemli kentlerde merkezi ve yerel elitin girişimleri ile oluşturulmuş vakıflar, külliyeler ve imaretlerin sınırlı da olsa bir *sosyal yardım* işlevi gördüğü bilinmektedir.⁸²²

Modernite ile birlikte devletin “sosyal alana müdahale eğilimi ve bu alanı kontrol edebilme kapasitesi” öne çıkmıştır. Bu bağlamda XIX. yüzyıldan itibaren Osmanlı’da sosyal sorun alanı devletin gündemine daha fazla girmeye başlamıştır. Özellikle II. Mahmut ve Tanzimat dönemlerindeki bir dizi reform yeni bir yönetim tarzı olarak sosyal devlet anlayışının Osmanlı toplumunda şekillenmeye başladığının göstergesidir. Bununla birlikte Osmanlı’nın hiçbir zaman bir sanayi toplumu olmadığı ve yıkılışına kadar tarımsal üretim biçiminin hâkim olduğu da bir gerçektir.⁸²³ İmparatorluğun son yıllarına kadar ne bir burjuvazi ne de kalabalık ve bilinçli bir işçi sınıfı doğmadığı için,

⁸²² Özbek, a.g.e., s. 9-10.

⁸²³ Özbek, a.g.e., s. 11, 14.

Osmanlı'da kapsamlı ve düzenli bir sosyal politika ve onun ürünü sosyal haklar fikri çok sınırlı kalmıştır.⁸²⁴

Bu bakımdan “her ne kadar sosyal sorun Avrupa’da olduğu gibi bir işçi sorunu görünümü almış olmasa da, XIX. yüzyıl Osmanlı toplumunda da ticari kapitalizmin gelişmişliği ve dünya ekonomisiyle eklemlenmiş bir üretim yapısının varlığı, devlet müdahalesinin konusunu ve müdahalenin meşruiyetinin sağlayan bir olgu olarak sosyal alanın oluşmasının koşullarını yaratmıştır.”⁸²⁵ Bu dönemde kapitalist sisteme kendi iç dinamiklerine dayanmayan bir süreçle katılmak zorunda kalan Osmanlı Devleti’nde bir itici güç olarak “işçi sınıfı” var olmasa da, devlet Tanzimat reformları ile birlikte sosyal refah sorunu karşısında geleneksel konumundan giderek uzaklaşmaya başlamıştır.⁸²⁶

Bu dönüşüm esnasında sosyal haklar bakımından neredeyse hiçbir şey getirmeyen 1876 Kanuni Esasisinde devletin bir edimde bulunmasını öngören tek düzenleme ilköğretimin zorunlu olduğunu düzenleyen 114’üncü maddedir.⁸²⁷ Bu hüküm devletin zorunlu ilköğretim için ayrıntılı düzenleme yapacağını hükme bağlasa da uygulamada devlet üstlendiği bu görevi çok sınırlı olarak yerine getirebilmiştir. Anayasanın geri kalanında sosyal soruna ilişkin bir kaygının izine rastlanmaması, kuşkusuz yapıldığı dönemin koşulları ile doğrudan ilintilidir. Batı toplumlarında dahi sosyal hakların anayasallaşmasına nadiren rastlandığı bir dönemde, sanayi devrimi ve demokratik düşüncenin gelişimini tamamlamamış bir toplumda devleti açıkça yükümlülük altına sokacak anayasal sosyal hakları aramak beyhude bir çaba olarak kalacaktır. İşçi sınıfı olmadan ve hakları için mücadele vermeden sosyal sorun lehine bir anayasal kazanç

⁸²⁴ Cahit Talas, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı 3-4 (1982), s. 52.

⁸²⁵ Özbek, a.g.e., s. 15.

⁸²⁶ Kara, a.g.e., s. 238-240.

⁸²⁷ 23 Aralık 1876 tarihli Kanuni Esasisi m. 114: “Osmanlı efradının kâffesince tahsili maarifin birinci mertebesi mecburi olacak ve bunun derecat ve teferrüatı nizamı mahsus ile tâyin kılınacaktır.” <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>. (Erişim: Temmuz 2017).

elde etmek neredeyse olanaksızdır ve Osmanlı anayasacılığı da bu hipotezi doğrulamaktadır.⁸²⁸

Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nde XIX. yüzyıl boyunca devletin eğitim ve sağlık hizmetlerinin yaygınlaşması, özellikle de II. Abdülhamit döneminde ilköğretimin kasaba ve köylere ulaştırılması ve birçok ilde devlet hastanelerinin açılmış olması, sosyal alanda devletin artık daha fazla varlık gösterdiğinin kanıtlarındandır. Her ne kadar bu dönemde gelişen refah rejiminin yarattığı *sosyal vatandaşlık* kavramı, iktidar için “halk onayı” sağlama ihtiyacı üzerine inşa edilmiş ise de, devlet yapısının artık refah rejimine benzer nitelikler kazanmaya başladığı da bir gerçektir. Nitekim II. Meşrutiyetin ardından Mebusan Meclisinin “serserilik” ve “dilenciliği” önlemeye yönelik bir kanun⁸²⁹ çıkarmış olmasını da bu gelişme bağlamında okumak gereklidir. Ezcümle Türkiye’de XIX’uncu yüzyılın ikinci çeyreğinden XX’nci yüzyılın ortalarına kadar uzanan süreçte devletin sosyal alana müdahalesinin gittikçe arttığı görülmektedir. Türk modern sosyal devletinin oluşum evresi olarak nitelendirilebilecek bu süreçte devletin sosyal alana müdahale olgusu başlarda *tanzimat* dönüşümü kaygısından kaynaklanmakta iken, sonraları sanayileşme ve kentleşme ile birlikte sosyal sorununun *sınıf* niteliği belirginlik kazanmaya başlamıştır.⁸³⁰

Cumhuriyet döneminin ilk iki Anayasası devrıldığı refah rejimi anlayışı gereği sosyal haklar adına neredeyse hiçbir kaygı taşımadığı için, sosyal sorun alanı lehine anayasal izlere rastlamak neredeyse imkânsızdır. Nitekim yeni devletin biran önce kurulmasına odaklandığı için hiçbir temel hak ve hürriyet içermeyen ve bu nedenle sosyal hakların izini aramanın anlamsız olduğu 1921 Anayasasının ardından, 1924

⁸²⁸ Talas, a.g.e., s. 53-54.

⁸²⁹ 10 Mayıs 1909 tarihli “Serseri ve Mazanne-i Sû’ Eşhâs Hakkında Kanun”, **Düstur**, 2. Tertip, C. 1, s. 169-173’den aktaran Nadir Özbek, “İkinci Meşrutiyet İstanbul’unda Serseriler ve Dilenciler,” **Toplumsal Tarih**, C.11, NO. 64 (1999), ss. 34-43, s. 37.

⁸³⁰ Özbek, “Osmanlı’dan Günümüze...”, a.g.e., s. 16-20.

Anayasası da dönemin etkisiyle klasik liberal geleneğe sıkıca bağlılık göstererek kişi hakları ve siyasi hakları düzenlemiş, “çağının öteki anayasaları gibi sosyal hakları ayrıca anayasal güvence altına alma yoluna girmemiştir.”⁸³¹ 1924 Anayasası sosyal haklarla ilgili olarak yalnızca *çalışma hakkı* (m. 70) ve *devlet okullarında parasız eğitime* (m. 87) yer vermiştir. Öte yandan Anayasaya 1937 yılında eklenen *halkçılık* ve *devletçilik* ilkeleri, refah sorunu ile ilgili dolaylı da olsa bir ilişki başlatmış ve bazı adımlar atılmasına vesile olmuştur. Ancak tek parti dönemine hâkim olan “paternalist halkçılık” ve “sınıfsız kaynaşmış toplum” anlayışı teknik anlamda bir sosyal devletin yeşermesini engellemiştir.⁸³² Diğer bir ifadeyle tek parti döneminde sosyal sorun daha çok “korporatist temayüllerin ve sınıfsız kaynaşmış bir toplum perspektifinin hâkimiyeti altında” kalmış, buna mukabil sosyal sorunun *sınıf* niteliğinin üzeri örtülmüştür.⁸³³

Tek parti döneminde parlayan rejimin korunması ve sınıf mücadelesinin önlenmesi kaygısı, işçi sınıfından gelebilecek *aşırı* isteklere karşı *önleyici* tedbirler alma düşüncesini pekiştirmiş, çeşitli sosyal hak düzenlemeleri bu amaçla gerçekleştirilmiştir. Nitekim bu dönemde yapılan hukuki düzenlemelerin altında kaynaşmış bir toplum olan Türk ulusunun toplumsal güçleri sınıf olarak ayırmayı reddettiği düşüncesinin yattığı belirtilmektedir.⁸³⁴ Örneğin dönemin CHP Genel Sekreteri Recep Peker’in 1936’da kabul edilen 3008 Sayılı İş Kanunu’nun çıkarılmasındaki amaçlardan birinin “sınıfçılık şuurunun doğmasına ve yaşamasına engel olmak” olduğunu açıkladığı aktarılmaktadır. Çok partili hayata geçiş de bu durumda esaslı bir değişikliğe yol açmamış, ancak yeni bir etkeni daha beraberinde getirmiştir. Bu dönemde yeterli siyasi bilinç ve demokratik örgütlenme imkânlarına sahip olmayan çalışan sınıfın oyları dönemin siyasi hareketleri

⁸³¹ Talas, a.g.e., s. 59.

⁸³² Kara, a.g.e., s. 243-244.

⁸³³ Özbek, “Osmanlı’dan Günümüze...”, a.g.e., s. 20.

⁸³⁴ Ali Güzel, “3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, İstanbul, Otuzbeşinci-Otuzaltıncı Kitaplar, 1987, ss. 165-222, s. 175. (dergipark.ulakbim.gov.tr/iusskd/article/download/1023013381/1023012604) (Ağustos 2016)

için büyük bir önem kazanmış, hem iktidar hem de muhalefet bu sınıfın bazı sosyal hak taleplerine sahip çıkmakta birbirleri ile adeta yarışır hale gelmiştir.⁸³⁵ Ezcümle Türkiye’de 1960’a kadar devletin sosyoekonomik konumunda birtakım değişiklikler yaşanmışsa da, sosyal devletten ve sosyal haklardan söz edebilmek için kapitalizmin genişleme dönemine denk gelen 1960 sonrasını beklemek gerekmiştir.⁸³⁶

B. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1. Anayasal Tanımaya Yol Açan Dinamikler

a) Genel Olarak

Sosyal hakların Türkiye’de anayasal düzeyde tanınması, kuşkusuz birtakım küresel siyasi ve sosyal dinamiklerin sonucudur. Her şeyden önce Türkiye’deki bu gelişme insan haklarının dünya genelinde geçirdiği *sosyal* yöndeki genişlemenin, Batı dünyasındaki klasik bireyci özgürlük anlayışının boşluklarının, sosyal haklarla doldurulması eğiliminin bir yansımasıdır. Bir diğer ifadeyle “insanın gelişmesi için devletin toplum hayatına müdahale etmesi; haklarını, özgürlüklerini kullanacağı ortamı hazırlama görevinin kökleri” XIX. yüzyıl devlet anlayışında aramak gerekir.⁸³⁷

Batı’da XIX. yüzyılın özelliği liberalizmin “siyasal, sosyal ve ekonomik alanda gücünü göstermesi ve yayılmasıdır” ve bu yapının ekonomik doktrini olan kapitalizm 1848’de önemli bir dönemece varmıştır. Kapitalist ekonomik düzenin gelişmesi ve yayılması, işçi sınıfının doğmasına ve büyümesine yol açmış; çalışanlar sosyo-ekonomik hayattaki etkinliklerinin farkına vararak iktidarı ellerinde tutan burjuvaziye karşı bir mücadeleye başlamış ve bu mücadele iki sınıfın liberal düzeni bazı sosyal

⁸³⁵ Tanör, a.g.e., s. 145-146.

⁸³⁶ Kara, a.g.e., s. 256.

⁸³⁷ Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 18.

unsurlarla tamamlayarak uzlaşmalarıyla neticelenmiştir.⁸³⁸ On dokuzuncu yüzyıldan itibaren, “günlük hayat şartları ile mücadele eden, bu hayat şartlarının karşısına çıkardığı güçlükleri yenmeğe, geçimini sağlamağa çabalayan” bireyi dikkate almayan klasik özgürlük anlayışına karşı yavaş yavaş uyanan tepki; uzun ve acı tecrübelerden sonra nihayet devletin “ekonomik bakımdan zayıf durumda olanlara yardım elini uzatması ve onları ‘ne halin varsa gör’ anlamına gelen bir hürriyet anlayışının ezici yükünden kurtarmasının zorunlu olduğunun” anlaşılmasıyla neticelenmiştir. Böylece devletin pasif rolünü terk ederek “bütün vatandaşların kendilerine tanınan haklardan tam ve eşit olarak yararlanmalarını sağlamak maksadıyla *müdahalede* bulunması ve *tedbirler alması* zorunluluğu ortaya çıkmıştır.”⁸³⁹

Neticede 1789’larda kurulan siyasi demokrasiyi sosyal ve ekonomik demokrasiyle tamamlama eğiliminin ağır bastığı yeni bir anlayışa geçilmiştir. Bu yeni anlayışla birlikte “özellikle yoksul yurttaşların sosyal durumlarının düzeltilmesi, eşitliğin sağlanması, iktidarların sorumluluk alanına girmeye” başlamış ve ilk defa “devletin görevi ile insanın hakkı arasındaki bağa dikkat çekilerek” yeni haklardan, yani sosyal haklardan söz etmek mümkün hale gelmiştir.⁸⁴⁰

Dolayısıyla on dokuzuncu yüzyıldan başlayarak İkinci Dünya Savaşı sonrasına kadar uzanan süreçte “bir yandan insan hakları kavramının muhtevasında, öte yandan devletin fonksiyonu anlayışında sosyal yönde bir gelişme ve genişleme” görülmüştür. Bu gelişme neticesinde insan artık “soyut bir varlık olarak değil, fakat içinde yaşadığı toplumun sosyal şartları ile çevrili, ‘ihtiyaç sahibi vatandaş’ olarak” ele alınmaya başlanmış; böylece bireye “devletten olumlu bir hareket, bir hizmet veya bir yardım isteme yetkisi veren *pozitif* hakların tanınması” yoluna gidilmiştir. Bütün bu sürecin sonunda bir yandan birey insan haysiyetine yaraşır yaşama şartlarını bir hak olarak

⁸³⁸ Akad, a.g.e., s. 15-16.

⁸³⁹ Kapani, s. 51-52.

⁸⁴⁰ Akad, a.g.e., s. 17-19.

isteyebilme imkânına kavuşurken, diğer yandan da devlete vatandaşlarını mahrumiyetten kurtarmak için müdahalede bulunma ve insanca yaşama şartlarını sağlamak için gerekli tedbirleri almasını zorunlu kılan yeni bir sosyal fonksiyon yüklenmiştir.⁸⁴¹ Böylece hak ile görev arasında yeni bir paradigma ortaya çıkmaya başlamış; sosyal haklar sayesinde kişiler etkinlik alanını genişleterek iktidardan bir takım edimlerin yerine getirilmesini istemeye ehliyetine kavuşmuştur. Sosyal haklar ile bir yandan devlete görevler yüklenmiş, diğer yandan da kişiler de birtakım ödevler üstlenmiştir. Böylece hak kavramı iki yönlü bir fonksiyona kavuşmuştur. Devletin görevi ile kişinin ödevi hak olgusunun “muhtevasını, özünü dokusunu” belirlemiştir.⁸⁴² Artık hak olgusunun, “özgürlükten ileriye ödev-görev ikilemini” barındırdığı ve uygulamaya taşınabilmesi için maddi (mali, ekonomik) olanakların iktidar eliyle düzenlenmesi gerektiği ve toplum şartlarının baskısından özgürleşebilmesinin de ancak bu yoldan mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.⁸⁴³

Kuşkusuz sosyal hakların “tanınması ve benimsenmesi hiç de kolay ve zahmetsiz olmamıştır.” Bu haklar “çok defa klasik haklarla bir ‘çatışma’ halinde ortaya çıkmış ve az çok uzun süren bir direnişten sonra kendilerini kabul ettirebilmişlerdir.” Sonuçta klasik kişi hakları ile sosyal hakların birbirleriyle ‘çatışan’ değil, birbirlerini ‘tamamlayan’ haklar olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan sosyal hakların tanınması “bir siyasal ve ekonomik doktrin veya ideoloji sorunu olmaktan çıkmış”; sadece “uyanık bir toplum bilincinin gereği” olarak kabul görmüştür. Bir diğer ifadeyle bütün uygar toplumlarda artık sosyal hakları içermeyen bir haklar listesinin “eksik ve yetersiz kalacağına inanılmakta ve bu ortak inanç her türlü doktrin kavgalarını aşarak onların ötesinde ve üstünde yer almaktadır.” Dolayısıyla sosyal

⁸⁴¹ Kapani, a.g.e., s. 52.

⁸⁴² Akad, a.g.e., s. 21.

⁸⁴³ Akad, a.g.e., s. 24.

hakların tanınması “çok geniş fakat büyük kitleler için sadece *teorik* bir hürriyet yerine, biraz daha dar, fakat *gerçekleşmesi mümkün* bir hürriyet düzeni getirmiştir.”⁸⁴⁴ Bu noktada son sözü sosyal hakların dünya çapında benimsenmesini klasik haklarla olan bağlantısı üzerinden açıklayan Kapani’ye bırakmak uygun olacaktır:

“Nasıl ki klasik kişi hürriyetleri, onların herkeşçe kullanılmasına imkân veren, onları ‘gerçekleştiren’ sosyal haklar tanınmadıkça eksik ve yetersiz kalıyorsa, sadece sosyal hakları tanıyan fakat klasik insan haklarını inkâr eden bir sistem de öylece eksik ve yetersiz kalır. Şu halde, yapılacak iş, bu iki kategori haktan birini tercih etmek değil, fakat bu iki kategorinin ölçülü bir *sentez*’ine varmaktır.” “Çağımızda hürriyet probleminin çözüm yolu, ‘eski’ hürriyetlerin yerine ‘yeni’lerini koymak değil, fakat eski (klasik) hakları, yeni (sosyal ve ekonomik) haklarla tamamlamaktır. Ancak bu suretledir ki, insana hem maddi hem de manevi varlığını serbestçe geliştirebilmek imkânı sağlanmış ve gerçek hürriyet düzeni yaratılmış olacaktır.”⁸⁴⁵

b) Türkiye Özelinde

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki süreçte “kapitalizmin altın çağının getirmiş olduğu imkânlar Türkiye coğrafyasında sosyal alanın daha berrak bir şekilde emek sermaye ilişkileri bağlamında yeniden şekillenmesini” mümkün kılmış, böylece devletin sosyal alana müdahalesi sınıfsız toplum kalıplarından kurtularak çalışma hayatı, sendikalaşma ve sosyal güvenlik eksenli bir rotaya oturabilmiştir.⁸⁴⁶ Bu bakımdan 27 Mayıs öncesi ülkedeki tartışmaların odağında yer almadığı halde 1961 Anayasasının birdenbire kapsamlı bir sosyal haklar kataloğu getirmesi, bu Anayasanın “amaç gösterici, program çizici” yönünü göstermektedir. Soysal’ın ifadesiyle, o dönem Türkiye’inde diğer başka az gelişmiş ülkelerde olduğu gibi anayasa, “yalnız olanı düzenlemekle ya da siyasal alanda uyulması gerekli olanları sıralamakla kalmıyor, aynı zamanda ekonomik ve sosyal alanda yapılması gerekenleri” de gösteriyordu.⁸⁴⁷ Bununla

⁸⁴⁴ Kapani, a.g.e., s. 77-81.

⁸⁴⁵ Kapani, a.g.e., s. 83-84.

⁸⁴⁶ Özbek, “Osmanlı’dan Günümüze...”, a.g.e., s. 20.

⁸⁴⁷ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997, s. 16-17.

birlikte 1961 Anayasasında yer alan sosyal haklar, başka örneklerde olduğu gibi “erişilmiş, kazanılmış” haklar niteliğinde de değildir. Soysal 1961 Anayasasının sosyal haklara yer vermesinin arkasında yatan gerçeği şöyle izah etmektedir:

“1961 Anayasasının bir başka yeniliği olan sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler 1960’tan önce bu bakımdan kendisini duyurmuş, bir büyük beklentinin ve özlemin sonucu değil. Fakat, sosyal demokrasi alanındaki evrensel gelişmelerin etkisiyle çağdaş bir anayasa yapmak isteği birleşince, halk yığınlarından gelen böyle bir beklenti ve özlem olmadan da, sanki bu alanda büyük bir savaşım verilmişçesine, hayli geniş bir ekonomik ve sosyal haklar listesi Anayasanın içinde yer aldı. Bu, kişi haklarından farklı olarak, 1960’a kadar gelen bir tarihsel gelişmenin değil, 27 Mayıs 1960’ın hemen sonrasında sosyal konulara ilişkin olarak başlayan tartışmaların bir sonucuydu. Başka yerlerde işçi hareketlerinin ve uzun uğraşmaların sonunda elde edilmiş olan haklar Türkiye’de yalnızca ‘çağdaş’ bir anayasa yapma isteğinin bir ürünü olarak Anayasaya giriyordu.”⁸⁴⁸

Bülent Tanör’e göre ise Türkiye’de sosyal hakların ilk defa 1961’de anayasal olarak tanınması, toplumsal ve siyasal düzen içerisindeki *sınıflar arasında yeni bir denge arayışı* ve *egemen sınıfların kendilerini koruma eğilimi* olarak iki temel etken ile açıklanabilir.⁸⁴⁹ Birinci etken bakımından kastedilen *denge* egemen sınıflarla halk sınıfları arasındaki sosyal ve siyasi güç ilişkisinin yeniden düzenlenmesidir. Bu bağlamda Tanör’e göre Türkiye’de 1961 yılında *sosyal* eğilimli bir anayasa hazırlanması, 27 Mayıs hareketinin niteliği ve sonrasındaki Kurucu Meclisin yapısı ile yakından ilintilidir. Tanör’ün ifadesiyle:

“27 Mayıs orta sınıf ve tabakaların, en bilinçli ve örgütlü kanadı olan sivil-asker aydınlar aracılığıyla, egemen sınıflar olan toprak ağalığı ve büyük ticaret burjuvazisinin siyasi iktisadına karşı dile getirdikleri sosyal ve siyasi tepkinin ifadesidir. Bu hareketin demokratik yönü kadar, sosyal yönü de buradan doğmuştur. Başka bir deyişle, 27 Mayıs’ın bir de sosyal programla

⁸⁴⁸ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 68.

⁸⁴⁹ Tanör, a.g.e., s. 157-158.

çıkagelmesi ne bir rastlantı ne de bir aydınca tavidı. Bu doğrudan doğruya hareketin sosyal tabanının ve siyasi niteliğinin bir sonucuydu.”⁸⁵⁰

Öte yandan 1961 Anayasasının hazırlayan Kurucu Meclisin yapısının da sosyal hakların anayasallaşmasına yardım etmiştir. Nitekim Kurucu Mecliste “asıl mücadelenin reformcu siyaset adamları ve partisiz aydınlarla, genellikle tarımdaki egemen güçlerin çıkarlarını savunan tutucu üyeler arasında cereyan ettiği” ve sosyal adaleti sağlama ve sosyal hakları tanıma gayretinin buradaki ilerici aydınların “burjuva devrimini tamamlama ve buna günün şartlarına göre bazı yenilikler katma” gayesinin bir sonucu olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan her ne kadar 1961’de sosyal hakların anayasallaşmasının tepeden inme bir biçimde gerçekleştiği ve bu süreçte emekçi sınıfların doğrudan bir katkıda bulunmadıkları ileri sürülse de, anayasa yapımcılar içindeki mücadelenin sosyal bir anayasaya yol açmış olmasının da tamamen bir tesadüf olmadığı vurgulanmaktadır. Kaldı ki o dönemde “büyük burjuvazinin ve toprak sahiplerinin ne maddi olanakları ne de siyasi tecrübeleri, sosyal bir siyaset izlenmesinin mümkün kılacak düzeyde olmadığı”; bu yüzden 1961 Anayasasının sosyal yanını “sınıflar arası bir çelişkiden değil, aynı sınıfa bağlı tabakalar arasındaki çelişkiden, egemen büyük burjuvazi ile orta ve küçük burjuvazi arasındaki çelişkiden” aldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla sosyal hakların Türkiye’de anayasal tanınmasındaki temel itici güç orta sınıftır.⁸⁵¹

Nihayet Türkiye’de sosyal hakları anayasallaşması, “rejimi köklü değişimlere karşı koruma” politikasının, yani egemen çevrelerin anayasal sosyal hakları “rejimin korunması bakımından bir güvence olarak” görmesinin de bir sonucudur. Bu bakımdan

⁸⁵⁰ Tanör, a.g.e., s. 165.

⁸⁵¹ Tanör, a.g.e., s. 166-169.

“komünizmi önlemek” için sosyal hakların 1961 Anayasasına eklenmesi de bu kaygının bir örneğini oluşturmaktadır.⁸⁵²

2. 1961 Anayasasının Sosyal Nitelikleri

1961 Anayasası Türk anayasacılığında ilk kez *sosyal adalet* ve *sosyal devlet* kavramlarına yer vermesi bakımından öne çıkmaktadır. Anayasanın 2. maddesinde devletin temel nitelikleri arasında sayılan sosyal devlet ilkesi “27 Mayıs’tan hemen sonraki tartışma ortamında oluşan ve o dönemle birlikte söz sahibi kılınmış yeni toplum güçlerinin özlemlerini” yansıtmaktadır.⁸⁵³ Başlangıç bölümünün 5’inci paragrafında sayılan *sosyal adalet* ilkesi ise, *sosyal devlet* ilkesini tamamlayan bir ilke olarak yerini almıştır. Ayrıca Anayasanın 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında da *sosyal adalet* ilkesine atıfta bulunarak devletin “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldır(acağı); insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırla(yacağı)” hükmüne bağlanmıştır.⁸⁵⁴ Böylece devletin “bireylerin temel hak ve özgürlükleri konusunda hareketsiz kalamayacağı, olumlu edimlerde bulunmasının zorunlu olduğunun” kabul edildiği⁸⁵⁵ ve “devlete hakları gerçekleştirme

⁸⁵² Tanör, a.g.e., s. 171.

⁸⁵³ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 58.

⁸⁵⁴ Akad ve Tanör, 1961 Anayasası m. 10/2’nin İtalyan Anayasası m. 3/2 ile büyük benzerlik gösterdiğini; hatta İtalyan anayasasındaki hükmün 10’uncu maddeye kaynaklık ettiği belirtmektedir. (Akad, a.g.e., s. 28-29; Tanör, a.g.e., s. 21) Gerçekten de 1961 Anayasasının kabul edildiği Temsilciler Meclisi tutanaklarında 10’uncu maddenin görüşülmesi esnasında konuşmacılardan Ziya Müezzinoğlu İtalyan Anayasasının 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasının 1961 AY m. 10/2’ye benzediğini; Hamza Eroğlu 10’uncu maddenin birinci fıkrasının İtalyan Anayasasının ikinci maddesinde olduğu gibi sosyal görüşü de ihtiva edecek bir hüviyet verecek hale getirilmesi gerektiğini; Cahit Zamangil ise 10’uncu maddenin ikinci fıkrasının bu hali ile İtalyan Anayasasının ikinci maddesi ile tezat halinde olacağını vurgulamıştır. Keza Anayasa Komisyonu sözcüsü Muammer Aksoy da 10’uncu maddede İtalyan Anayasasında olduğu gibi “objektif bir formül” kullandığını belirtmiştir. Bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 3, 41. Birleşim, 10 Nisan 1961, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_d00/c003/tm_00003041.pdf, s. 34-36, 39, 41.

⁸⁵⁵ Algan, a.g.e, s. 251; Tanör, a.g.e., s. 184.

konusunda ‘normatif yükümlülük’ verildiği” belirtilmektedir.⁸⁵⁶ Bu hüküm ile kabul edilen devlet anlayışı, Münici Kapani’nin vurguladığı gibi, “devlete hürriyet ortamını yaratma bakımından yapıcı bir rol tanıyan, ona ‘kişiyi hür kılma’ ödevini yükleyen anlayıştır” ki bu; 1961 Anayasasının özgürlüklere “toplum hayatında geçerlik kazandırma konusunda ‘romantik ve metafizik’ görüşlerden uzaklaşarak gerçekçi ve çağdaş bir yaklaşım” benimsediğinin de göstergesidir.⁸⁵⁷

Çağlar boyu sosyal devlet yolunda verilen mücadele ile “yavaş yavaş ortaya çıkan devlet müdahalesi, özgürlüğü kısıtlamak için değil, bu müdahalenin yardımı olmadan kendilerini koruyamayacak olanların özgürlüklerini arttırmak içindir.”⁸⁵⁸ Sosyal hakların tanınması ile varılmak istenen hedef de “insanları daha özgür kılmaktır”.⁸⁵⁹ Tarık Zafer Tunaya’nın sosyal devletin gelişimine büyük katkılar yapmış ünlü İngiliz politikacı William Beveridge’in İngiltere’de radikal bir sosyal güvenlik reformuna zemin hazırlayan 1941 tarihli ünlü raporunu hatırlatarak işaret ettiği gibi “kapitalizmin ulaştığı aşama insana oy hakkı tanımış fakat güvenliği esirgemiştir. Soyut bir hürriyet anlayışı insan hayatı için bir garanti değildir. Çünkü insan, Beveridge’in tarihe geçen ünlü tasvirine göre beş “canavarla” karşı karşıyadır; yoksulluk, hastalık, bilgisizlik, pislik (sefalet) ve işsizlik.”⁸⁶⁰

Bu bakımdan sosyal devletin ve sosyal hakların gelişiminde bu canavarlar “zamanla özgür sayılmanın mutlu olmak ve maddi ve manevi gelişmeyi gerçekleştirebilmek için yeterli olmadığı, devletin tüm kişilerin gelişmesini sağlamak

⁸⁵⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, s. 15.

⁸⁵⁷ Kapani, a.g.e., s. 120.

⁸⁵⁸ Esin Örüçü, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 8.

⁸⁵⁹ Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, İstanbul, Beta, 2013, s. 209.

⁸⁶⁰ Tunaya, a.g.e., s. 447.

içim maddi koşulları hazırlaması gerektiği”nin anlaşılmasına yol açmıştır.⁸⁶¹ Tunaya’nın işaret ettiği gibi, Beveridge’in çizdiği tabloda insan tek başına bu canavarlarla savaşımayacağı için, devletin desteğine ihtiyaç duymaktadır. Diğer bir deyişle kişilerin bu “canavarlar karşısında yalnız bırakılmaması, Devletin başta gelen görevi sayılmıştır.” Bu bağlamda devlet kişiyi verdiği mücadelede ne bir bahşış ne de bir sadaka olarak destekleyecektir; vatandaş devletinden bu desteği bir *hak* olarak isteyebilecektir; yani “sosyal hakların sağlanması için iktidarın müdahalesi, yardımcı olması şarttır.”⁸⁶² Bu bağlamda Beveridge’in insanlığın karşı karşıya kaldığı canavarlara mücadele için tasarladığı sosyal güvenlik önlemleri Esin Örüçü’nün ifade ettiği gibi “siyasi bir sorun değildir, ne sosyalisttir ne kapitalisttir, yalnızca akliselim yoludur”; bu akliselimin en önemli aracı da “kabul edilebilir bir yaşama standardını sağlamak için gelirin yeniden dağıtımıdır.”⁸⁶³

İşte devlet insanı bu canavarlarla mücadelesinde desteklediği ölçüde insanı *özgürleştirecektir*. Zira Örüçü’nün belirttiği gibi “refah bir özgürlük biçimidir çünkü seçim imkânını kısıtlayan sosyal koşullardan kişiyi özgür kılar. Sosyal koşullardan *özgürlük* ise modern anlamda *ekonomik özgürlüktür*.”⁸⁶⁴ Sosyal devlet, “kişiyi ekonomik hayatta yalnız bırakmayan devlettir”⁸⁶⁵ ve “daha adil daha insani bir ekonomik ve sosyal düzen getirme yolunda bir çabadır.”⁸⁶⁶ Batı demokrasisinin gelişiminde “kişi gerçek bağımsızlığa, sosyal ve ekonomik planda, önüne çıkabilecek engellerin ve baskıların üstesinden gelmekle kavuşacaktır”; dolayısıyla “yirminci yüzyıl demokrasisinin *hürriyet*’le *eşitlik*’ten örülü sentezi *sosyal*’dir.”⁸⁶⁷ Bu bağlamda

⁸⁶¹ Göze, a.g.e., s. 209.

⁸⁶² Tunaya, a.g.e., s. 207, 447.

⁸⁶³ Örüçü, a.g.e., s. 16, 17.

⁸⁶⁴ Örüçü, a.g.e., s. 14.

⁸⁶⁵ Tunaya, a.g.e., s. 448.

⁸⁶⁶ Örüçü, a.g.e., s. 19.

⁸⁶⁷ Tunaya, a.g.e., s. 207.

özgürleştirme kavramı, “hakların ayırım gözetilmeksizin uygulamaya taşınabilmesi ve ‘kâğıt üstünde kalmaktan kurtarılarak’ etkinliklerinin, işlerliklerinin sağlanabilmesi için birtakım mali, ekonomik kaynakların sağlanması zorunluğunu” ifade etmektedir. Özgürleştirme “kişisel haklar kadar sosyal hakları da kapsayarak tümüyle insan haklarının amacını oluşturur ve zorlayıcı buyurucu nitelik gösterir.” Dolayısıyla insanın *özgürleştirilmesi* ile anlatılmak istenen “Anayasalarda gösterilen haklar ve ödevler listesi aracılığıyla toplumun sosyo-ekonomik şartlarının olumsuz etkisinden kurtulmasıdır.”⁸⁶⁸

Kapitalist düzenin adaletsizliklerine bir reçete olarak çıka gelen temel hak ve hürriyetlerin *sosyalleşmesi*, özgürlükleri eşitlikle bağdaştırmanın bir sentezidir ve sosyal devletin doğum kâğıdı bu sentezin damgasını taşır.⁸⁶⁹ Bu bağlamda “kişiyi köstekleyen tüm sosyal (ekonomik) ve siyasal engelleri yok etmek amacına dayanan”⁸⁷⁰ sosyal devletin *özgürleştirme* anlayışı, “bireyin özgürlüğünün ancak ekonomik ve toplumsal koşulların geliştirilmesiyle gerçekleştirilebilecek bir süreç” olduğunu ifade eder ve bu anlayış “devletin, özgürlüklerin çok sayıda insan tarafından kullanılabilmesi için bazı ödevler yüklenmesini gerekli görür.”⁸⁷¹ Diğer bir ifadeyle özgürleştirme “insan haklarının kâğıt üzerinde kalmaktan kurtarılarak, ayırım gözetilmeksizin uygulamaya taşınabilmesi ve etkinliklerinin, işlerliklerinin sağlanabilmesi için birtakım mali ve ekonomik kaynakların seferber edilmesi, hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için gerekli ortamın sağlanması zorunluluğunu” ifade etmektedir.⁸⁷² Ayferi Göze sosyal devletin özgürlük anlayışını şu cümlelerle izah etmektedir:

⁸⁶⁸ Akad, a.g.e., s. 23, 29, 77.

⁸⁶⁹ Tunaya, a.g.e., s. 206.

⁸⁷⁰ Tunaya, a.g.e., s. 448.

⁸⁷¹ Yavuz Sabuncu, **Anayasa Giriş**, 14. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2009, s. 53.

⁸⁷² Bulut, a.g.e., s.54.

“[H]ayat mücadelesinde devlet, artık seyirci durumunda kalmayacaktır. Mücadelesinin, taraflardan biri için öldürücü olmaması için mücadelenin bir hakem gözetiminde ve kurallara uygun olarak cereyan etmesi gerekmektedir. Hakem devlet olacaktır ve mücadelenin kuralı da, iki esasa göre düzenlenecektir. Bir defa, kişiler arasında hayat mücadelesine başlangıç noktasındaki kuvvet eşitsizlikleri düzeltililecektir ve ikinci olarak da varış noktasındaki başarısızlıkların yaratacağı olumsuz etkiler hafifletilmeğe çalışılacaktır. Devlet özgürlüklerin kullanılmasına nezaret edecek ve sonuçların daha insani olmasını sağlayacaktır.”⁸⁷³

Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülke için *sosyal devlet* ilkesinin anlamı gelişmiş toplumlardaki *refah devletinden* farklıdır. Zira sosyal devlet, “bu kelimelerin sadece anayasaya yazılıvermesiyle gerçekleşebilen bir kavram değildir.”⁸⁷⁴ Soysal’ın işaret ettiği gibi Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülkede sosyal devletin gerçekleşmesi “sosyal adalet içinde hızla kalkınmanın sağlanmasına ve bu amaçla ekonomik yapıda gerekli değişikliklerin yapılmasına bağlıdır.”⁸⁷⁵ Keza “gelişmekte olan bir sosyal devlette yapılması gereken şey üretim ve dağıtım sorunlarından çok tahsis sorununa eğilmek ve kişi özgürlüğü ile kişi sorumluluğu arası ve bunlarla kamu yararı arası denge meselesini çözmek olmalıdır.”⁸⁷⁶ Bir diğer ifadeyle Türkiye gibi henüz kalkınmasını tamamlamamış ülkelerde “sosyal güvenlik ve sosyal adalet konularını birinci plana alarak bütün dikkati bunlar üzerine toplamak... fakirlik ve yoksulluğun paylaşılmasından başka bir sonuç yaratmayacaktır. Asıl mesele, yatırımları toplum yararının gerektirdiği *önceliklere* yöneltmek, milli geliri arttırmak suretiyle *ekonomik kalkınmayı gerçekleştir*.”⁸⁷⁷ Dolayısıyla 1961 AY m. 10/2’de devlete yüklenen ödevi, bu gerçeği dikkate alarak okumak gerekir.

⁸⁷³ Göze, a.g.e., s. 210-211.

⁸⁷⁴ Kapani, a.g.e., s. 122.

⁸⁷⁵ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 58-59.

⁸⁷⁶ Özü, a.g.e., s. 3.

⁸⁷⁷ Kapani, a.g.e., s. 122.

Öte yandan 1961 Anayasasının 41'inci maddesinin birinci fıkrasındaki “İktisadî ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir” hükmü ile ikinci fıkrasındaki “İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, millî tasarrufu artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak Devletin ödevidir” hükmü, iktisadi ve sosyal hayat düzeni bakımından devlete düşen sorumluluğu formüle eden ve devlet organlarınca uyulması gereken bir çerçeve çizen program kural niteliğindedir⁸⁷⁸ ve “sosyal devlet ilkesi ile kalkınma arasındaki bağlantıyı” vurgulamaktadır.⁸⁷⁹

Esin Örucü maddenin birinci fıkrasının “İktisadi ve sosyal hayatın, sosyal adaleti ve insan hakkını gerçekleştirmeyi hedef edindiğini” ilan ettiğini; ikinci fıkrasının ise “hem kalkınmanın yolunu göstererek, sosyal adaletle iktisadi ve sosyal kalkınmanın birbirine paralel gideceğini” belirlediğini, hem de “kalkınmanın demokratik ve ilmi yollarla gerçekleştirilebileceği prensibini koyduğunu” belirtmektedir.⁸⁸⁰ Yazara göre 41'inci madde Anayasadaki bütün sosyal hakların “yöneldiği amaçları ve bu hükümlere hâkim olan prensipleri gösteren ana madde” niteliğindedir ve “milli gelirin artması oranında bir gelişme olması ve refahın halka intikalinin sağlanması, yani kalkınmanın gerçekleştirilmesi, 41. Madde ile de belirtildiği gibi zorunludur.”⁸⁸¹ Dolayısıyla Anayasanın 41. Maddesinin amacının “toplum içinde en değerli varlık olan insan onurunun çağdaş anlamda göz önünde tutulması”⁸⁸² olduğu kabul edilirse, bu hüküm 1961 Anayasasının sosyal refah sorununa ve sosyal haklara bakışını berrak biçimde yansıtan bir düzenleme olarak öne çıkmaktadır.

⁸⁷⁸ Kara, a.g.e., s. 251.

⁸⁷⁹ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 59.

⁸⁸⁰ Esin Örucü, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 5, No. 7 (1971), ss. 113-123, s. 119.

⁸⁸¹ Örucü, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, a.g.e., s. 122.

⁸⁸² Akad, a.g.e., s. 26.

“Türkiye’nin anayasal gelişmeler haritasında 1961 Anayasasında 1924’ten kopma denilebilecek en büyük yenilik”⁸⁸³ olarak nitelendirilen sosyal haklar, birer normatif düzenleme olarak Anayasanın İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde (m. 35-53) yerini almıştır. On dokuz maddede yer alan bu geniş sosyal haklar listesi Kapani’nin ifadesiyle “Türk kamu hukukunda yeni ufuklar açan devrimci bir görüşü ve düşünüşün ifadesini taşımaktadır.” Batı dünyasında uzun mücadeleler sonucu *soyut* özgürlük anlayışından, sosyal içerikli *somut* özgürlük anlayışına geçiş, devleti “yoksulluğu ortadan kaldıracak tedbirleri almak ve herkese insanca yaşama şartlarını sağlamakla görevli” kılmış; 1961 Anayasası da bu çağdaş özgürlük anlayışını benimseyerek sosyal haklara geniş bir yer ayırmıştır.⁸⁸⁴

1961 Anayasasının sosyal haklar kataloğu oldukça kapsamlı olmakla birlikte, bu bölümdeki kuralların hepsi *sosyal* nitelikte sayılamayacağı gibi (klasik bir ekonomik hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ve çalışma hakkının negatif özgürlük boyutu), bazılarının açıkça kişilere belirli bir hak tanıyan ifadelerle kaleme alındığı, bazılarının ise hak tanımaktan çok devlete belli ödevler yükleyen ifadeler içerdiği belirtilmektedir.⁸⁸⁵ Bununla birlikte Anayasanın bu bölümünde özellikle ekonomik olarak güçsüz durumda olan kişilerin korunması ile ilgili hükümlere geniş yer verilmiş; halkın sağlık, sosyal sigorta ve öğrenim gibi ihtiyaçlarını karşılamak devlete bir ödev olarak yüklenmiştir.⁸⁸⁶

3. Sosyal Hakların Normatif Sınırı

1961 Anayasası, halefinin 1982’de çok benzer biçimde tekrarlayacağı gibi (m. 65), devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin sınırına ilişkin 53’üncü madde ile devletin

⁸⁸³ Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar...”, a.g.e., s. 15.

⁸⁸⁴ Kapani, a.g.e., s. 121.

⁸⁸⁵ Algan, a.g.e., s. 252; Tanör, a.g.e., s. 184.

⁸⁸⁶ Kapani, a.g.e., s. 122.

sosyal hakların düzenlendiği üçüncü bölümde belirtilen “iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceği” hüküm altına almıştır. Hükümün gerekçesine göre “*Sosyal Devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki, onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesi sonucu doğurmamalıdır*”; “*işte bu madde hükmü, prensip olarak tanınan sosyal ve İktisadî hakların fiilen gerçekleşmesinin, realitelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir.*”⁸⁸⁷ Bu hüküm 1961 Anayasası bakımından sosyal haklara ilişkin belki de en çok tartışılan ve yargısal uygulamada en çok referans alan düzenlemedir.

Doktrinde 1961 Anayasası döneminde 53’üncü maddenin niteliği üzerinde yoğun bir tartışma yaşandığı ve temel eleştirilerin söz konusu maddenin “sosyal hakları gerçekleştirmeyen iktidarlara bir sığınma imkânı sağladığı noktasında toplandığı” gözlemlenmektedir.⁸⁸⁸ Özellikle sosyal hakların kâğıt üstünde kalmaması için iktidarlara zorlayacak bir anlayışın bu hüküm karşısında mümkün olamayacağı ve bu hükmün devlet için her daim *özgürleştirme* ödevinden imtina etmek için bir bahane sunacağını ileri sürenler olduğu gibi; hükmün devlete kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmek için yüklendiği ödevlerinden bir kaçış imkânı vermediği, sadece ödevlerini duraksamadan yerine getirmesi esnasında dikkate alınabilecek orantıya yönelik olduğunu savunanlar da olmuştur.⁸⁸⁹

Ülkü Azrak, 53’üncü maddenin devletin sosyal hakları koruma faaliyetine “ardına kadar açık bir kapı bıraktığını; idareye çok geniş bir takdir yetkisi verdiğini; bireylerin subjektif kamu haklarına sahip olmalarının engellediğini ve böylece anayasanın sosyal

⁸⁸⁷ Kazım Öztürk, **İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. II, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 1966, s. 2140.

⁸⁸⁸ Tanör, a.g.e., s. 374.

⁸⁸⁹ Bu konuda doktrindeki tartışmaları detaylı bir şekilde içeren çalışma için bkz. **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri**, Ankara, AÜHF Yayını, 1970.

haklar bölümünde “büyük bir ahenksizlik ve dengesizlik” meydana geldiğini ileri sürmüştür.⁸⁹⁰ Benzer biçimde Cahit Talas da 53’üncü maddenin anayasaya girmesini bir “talihsizlik” olarak nitelendirmekte ve bu hükmün anayasanın sosyal haklar bölümünde yer alan “ileri ve idealci ilkeleri geniş ölçüde zedelediğini” düşünmektedir. Talas, 53’üncü madde karşısında sosyal hakların ancak “iktidara gelecek partilerin programlarına göre muhteva kazanabileceğini”, bu yüzden 53’üncü maddenin “Anayasanın sosyal esprisine uymadığını” ileri sürmektedir.⁸⁹¹ Daha yakın tarihli bir çalışmada ise yazar, devletin bu hüküm ile geniş ölçüde serbestlik ve takdir yetkisi kazandığı ve tutucu iktidarların özellikle olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından bu ilkenin arkasına kolaylıkla sığınabileceğini belirterek, bu maddenin 1961 Anayasasının sosyal haklar bölümüne bir ölçüde de olsa gölge düşürdüğünü düşünmektedir.⁸⁹²

Buna karşın doktrinin geri kalanında “53’üncü madde kapsamına giren sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda yasama organının mutlak ve sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı görüşünün ağır bastığı” gözlemlenmektedir.⁸⁹³ Nitekim Soysal 53’üncü maddenin “gerçekçi bir hüküm” olduğunu, olası bir anayasaya aykırılık iddiasında AYM’nin vereceği cevabın bu hükmün düzenleniş biçiminden pek de farklı olmayacağını ve bu gerçekçi hükmün “Türkiye gibi bir ülkede sosyal devlet ilkesinin sosyal adalet ilkesi içinde hızlı kalkınma ilkesine ne derece bağlı olduğunu” açıkça gösterdiğini savunmuştur.⁸⁹⁴ Benzer şekilde Kapani de 53’üncü maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi “her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmeyi önlemek

⁸⁹⁰ Ülkü Azrak, “Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 27, Sayı 1-4 (1961), ss. 208-224, s. 222.

⁸⁹¹ Cahit Talas, “Türkiye’de Ekonomik ve Sosyal Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968): Tebliğler-Tartışmalar**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1970, ss. 217-233, s. 232-233.

⁸⁹² Talas, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında...”, a.g.e., s. 75.

⁸⁹³ Tanör, a.g.e., s. 377.

⁸⁹⁴ Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 240, 1968, s. 185.

için kabul edildiğini” vurgulayarak; anayasada “program hüküm” olarak düzenlenen sosyal hakların devlete karşı birer direktif mahiyetinde olduğunu, bağlayıcılık niteliklerinin şüphe götürmez olduğunu, devletin bunlara uymak zorunda olduğunu ve 53’üncü maddenin aksi yönde bir devlet politikasının “paravanası olarak” kullanılamayacağını yazmaktadır.⁸⁹⁵

Tunaya ise 53’üncü maddenin iki yönü olduğunu, hem devletin sosyal karakterini güçlendirdiğini hem de bu niteliği gölgelediğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar 1961 Anayasasındaki geniş sosyal haklar listesinin sosyal devletin gerçekleştirilmesini inkâr için konulmadığını vurgulayarak; farklı iktidar programlarının sosyal hakların devlete yüklediği ödevlerin yerine getirilmesini hiçbir surette zayıflatamayacağı ve kaldıramayacağını belirtmektedir. Tunaya’ya göre 53’üncü madde devlet için “hangi koşullar altında olursa olsun az gelişmişlikten kurtulma direktifini taşımaktadır”. Bu yüzden programı ne olursa olsun her siyasi iktidar anayasanın verdiği sosyal görev ve ödevleri mutlaka yerine getirmek zorunda olduğu gibi, anayasanın benimsediği “az gelişmişlikle sosyoekonomik alanda savaşıma” ilkesi ve 53’üncü madde gereğince devlet “az gelişmişliği yok edici tedbirler” almak zorundadır; 53’üncü madde bu şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.⁸⁹⁶

Nihayet Örücü ise 53’üncü maddenin anlamını açıklarken devletin eğitim, sağlık, konut gibi sosyal hizmet alanlarına yatırım yapmakla ödevli olduğunu hatırlatarak, devletin ilelebet bu alanların sadece bir kısmına yatırım yapma, diğerlerini ise görmezden gelme yetkisine sahip olmadığını belirtmektedir. Böyle olunca Örücü’ye göre devlet her sosyal hak alanına yatırım yapacaktır ama yatırım miktarı ve oranı kalkınma planlarına göre artacak veya azalacaktır, 53. maddenin anlamı budur. Buna göre devlet yatırım yapmakla mükelleftir ve bu ödevinden kaçınamaz. Bu bağlamda

⁸⁹⁵ Kapani, a.g.e., s. 123-124.

⁸⁹⁶ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1969, s. 439, 440, 686, 693.

devlet m. 53'ü ancak bir orantı kurmada kullanabilir. Yoksa 53'üncü madde devletin işine gelen alanlara yatırım yapma yetkisi verip, hiç yatırım yapmadığı alanlarda ortaya çıkan haklı talepler karşısında ise “mali imkân” mazeretini kullanmasını mümkün kılan bir hüküm değildir.⁸⁹⁷

53'üncü madde, Temsilciler Meclisi'ndeki görüşmeler esnasında da hararetli tartışmalara konu olmuş, bu kuralın “iktidarları sosyal ödevleri savsaklamaya itici nitelikte olduğu” ileri sürülmüştür.⁸⁹⁸ Gerçekten de bazı üyeler 53'üncü maddenin devlete sosyal hakları gerçekleştirmek hususunda bir sığınak oluşturacağı; bu maddede belirtilen ödevlerin yerine getirilmesi hususunda bir kıstasa veya sarih bir mesnede ihtiyaç olduğu; hükmün bu hali ile ihtiyaca cevap vermeyecek ve umumi efkârı da tatmin etmeyeceği; sosyal hakların temel ve teminatlarının ortadan kaldırıldığı; bu maddenin Anayasayı, maksadının aksi istikamete götüreceği gibi eleştirilerle hükmün kaldırılması ya da değiştirilmesini savunmuşlardır.

Diğer yandan bazı üyeler ise iktisaden geri kalmış memleketlerde devletin de bir bireyin hayatında olduğu gibi, sonunda malî imkânlarına dayanmak zaruretinde olduğu; bu maddenin devletin malî, iktisadi imkânlarını perişan hale getirmeden, enflasyonu nispeten kapayıp istikrar içinde gelişmeyi benimseyen bu bir imkân koyduğu ve iktisadın bedava fiil tanımadığı, devletin de hiçbir vakit halktan aldığından fazlasını halka iade edemeyeceği gerekçeleri ile hükmün korunması gerektiğini savunmuşlardır.⁸⁹⁹ Kapani bu hükmün anayasa yapıcıların, “az gelişmiş toplumlarda sosyalliği sağlamak uğruna devlete ekonomik gücünün çok üstünde, altından

⁸⁹⁷ Örucü, “Sosyal Siyasetin...”, a.g.e., s. 119-120, 123.

⁸⁹⁸ Tanör, a.g.e., s. 373.

⁸⁹⁹ Öztürk, a.g.e., s. 2141-2146.

kalkamayacağı ödevler yüklemenin gerçekçi bir yol olmadığı” gerçeğini dikkate almasının bir sonucu olduğunu belirtmektedir.⁹⁰⁰

Anayasadaki sosyal haklar listesinde yer alan daha çok siyasi bağlayıcılık vasfı ağır basan “program hükümler” karşısında 53’üncü madde, eğer dikkatli ele alınmaz ise sosyal hakların mali faktörler yüzünden derhal değil tedrici olarak uygulanmasına ve siyasal tercihlere bağlı kalmasına yol açabileceği gibi, bu hakların belirli bir yargısal korumadan yoksun kalma tehlikesini de beraberinde getirebilir. Oysa Akad’ın haklı olarak işaret ettiği gibi, 10’uncu maddenin temel niteliği dikkate alındığında, bu hükmün anayasadaki kişi hakları ve siyasi hakları hukuki korumaya alıp, sosyal hakları ise “mali yardım” gerektirdiği ve “ancak eldeki imkânlar oranında uygulamaya taşınabileceği” iddiası ile bu çerçevenin dışında bıraktığını düşünmek mümkün değildir.⁹⁰¹ Zira 10’uncu madde devlete, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün temel hak ve hürriyetler doğrultusunda düzenleme yapma yetkisini tanımış ve direktif vermiştir. Bu hüküm kamu gücüne düşen görevin bazı şeyleri yapmamakla yetinmek değil, ekonomik ve sosyal görevler yoluyla bir şeyler “verme”nin ötesinde, bir şeyler “yapmak” olduğu anlayışına yansıtılmaktadır ki böylece sosyal yapıyı değiştirmek için atılan tüm adımlar birer “özgürlük” sorunu haline gelir. Yani bu adımlar “özgürlüğe rağmen” değil, “özgürlük için” gerçekleştirilmesi gereken amaçlardır. Dolayısıyla Anayasanın 10’uncu maddesi tarafından *özgürleştirme* ödeviyle yükümlü kılınan devlet, bütün anayasa hükümlerini bu temel hükmün ışığında ele alması suretiyle, düzen değişikliği ile özgürlük arasında zorunlu bir bağ kuracaktır.⁹⁰²

⁹⁰⁰ Kapani, a.g.e., s. 123.

⁹⁰¹ Akad, a.g.e., s. 115.

⁹⁰² Mümtaz Soysal, “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 24, No. 1 (1972), ss. 91-94, s. 92.

Nihayet doktrinde Soysal tarafından 1961 Anayasasının 53'üncü maddesinin, 1950 Hindistan Anayasasından (HA) esinlenerek getirildiğini ileri sürülmüştür.⁹⁰³ Ancak kanımızca HA'nda, 1961 Anayasasında olduğu gibi bütün sosyal haklar için devletin yükümlülüklerini kayıt altına alan bir *genel* hüküm bulunmamaktadır; yani 1961 AY m. 53'e muadil bir hüküm bulmak zordur. Soysal'ın kastettiği esinlenme muhtemelen HA'nın devletin ekonomik yeterliliği ve gelişmişliğine göndermede bulunan 41'inci maddesidir: "Devlet ekonomik imkânları ve gelişmesinin sınırları dâhilinde işsizlik, ihtiyarlık, hastalık ve sair istenmeyen hallerde, çalışma, eğitim ve sosyal yardım görme haklarını temin etmek için etkili düzenlemeleri yapar."⁹⁰⁴

Hükümün İngilizcesine dikkatli bakıldığında, devletin gereken tedbirleri almasını emreden kısım, bazı kayıtlar halinde mümkün kılınmıştır. Yani devletin çalışma, eğitim ve sosyal destek haklarını ekonomik yeterlilik ve gelişmişlik seviyesi dâhilinde güvence altına almak yükümlülüğü, işsizlik, yaşlılık, hastalık ve engellilik halleriyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca 41'inci maddenin başlığı da bu savı desteklemektedir: "Belirli Durumlarda Çalışma, Eğitim ve Kamusal Yardım Hakkı" (Right to Work, to Education and to Public Assistance in Certain Cases). Dolayısıyla hüküm sistematik yorum metoduyla okunduğunda devletin mali kaynakları ve gelişmişliği ölçüsünde çalışma, eğitim ve sosyal destek haklarını güvence altına alma yükümlülüğü, her hal ve durumda değil, sadece hastalık, işsizlik, yaşlılık ve engellilik halleri gibi belirli şartlar altında devreye girecektir.

HA'nın "devlet politikasına yön veren kuralların" (DPYİ) (Directive Principles of State Policy) yer aldığı dördüncü bölümde (m. 36-51), devletin ekonomik kapasitesi ölçüsünde edimde bulunacağını belirten tek hüküm 41'inci maddedir. Oysa bu bölümde

⁹⁰³ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 59.

⁹⁰⁴ "The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want."

m. 41 dışında diğer pek çok sosyal hak düzenlemesi yer almakta⁹⁰⁵, ancak bunların hiçbirinde devletin mali kaynaklarının yeterliliğine dair herhangi ibare bulunmamaktadır. Sadece eğitim hakkı bile anayasanın 21(A), 45 ve 46'ncı maddelerinde düzenlenmekteyken; “mali kaynaklarının yeterliliği” ibaresi yalnızca 41'inci maddede geçmektedir. Dolayısıyla kanımızca HA'nın 41'inci maddesindeki “ekonomik yeterliliği ve gelişmişliğin sınırları çerçevesinde” ifadesini münhasıran bu maddede belirtilen belirli durumlar bakımından geçerli olduğu ve bu ifadenin 1961 AY'nın 53'üncü maddesinde öngörüldüğü gibi bütün anayasal sosyal haklara teşmil edemeyeceği söylenebilir.

Kapani de 1961 AY m. 53'e benzer bir hükmün HA'nda yer aldığını belirtmektedir. Ancak Kapani, her ne kadar HA'nda 1961 Anayasasının 53'üncü maddesine benzer bir hükmün varlığından bahsetse de (HA m. 41), bu hükme hiç değinmemiş; bunun yerine DPYİ'nin (sosyal hakların) yargı önünde dava edilemeyeceğini düzenleyen HA'nın 37'nci maddesini⁹⁰⁶ zikretmekle yetinmiştir.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ Örneğin devletin adaletin hâkim olduğu bir sosyal düzeni etkili biçimde koruma ve güvence altına alarak yurttaşların refahını geliştirmeye çabalayacağı (m. 38); adil ücret ve çalışma şartları ve düzgün bir hayat standardı (m. 42-43); on dört yaşın altındaki çocuklar için ücretsiz zorunlu eğitim (m. 45); gıda seviyesini ve yaşam standardı ve kamusal sağlığı arttırmak (m. 47).

⁹⁰⁶ Hindistan Anayasası m. 37: “Bu kısımda yer alan hükümler hiçbir mahkeme tarafından icra edilemez, fakat bununla birlikte buradaki ilkeler ülkenin yönetiminin temelini oluşturur ve yasaların yapımında bu ilkeleri uygulamak Devletin görevidir.” [The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.]

⁹⁰⁷ Hindistan Anayasasının 37'nci maddesi genellikle 1937 İrlanda Anayasasının (İA) “sosyal politikaya yol gösterici ilkeler” başlıklı 45'inci maddesi ile karşılaştırılır: “Bu maddede sayılan sosyal politika ilkeleri yasama organına genel olarak rehberlik etmeye yöneliktir. Bu ilkelerin kanunların yapılmasında uygulanması münhasıran yasama organının takdirindedir ve bu Anayasanın hiçbir hükmüne dayanarak herhangi bir mahkemece tanınmazlar.” [The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution.] Gerçekten de bu iki hüküm arasında büyük benzerlikler bulunmakta ve Hindistan Anayasasının yapımı esnasında İrlanda örneğinin gündeme geldiği bilinmektedir. Bununla birlikte sosyal hakların dava edilebilirliğini yasaklayan bu iki hüküm arasında, üç noktada esaslı farklar olduğu, ikinci bölümde değinilen Hindistan Yüksek Mahkemesinin *Minerva Mills* (1981) kararında Yargıç Bhagwati tarafından şöyle izah edilmiştir: Bir kere İA m. 45 sosyal politikaya ilişkin anayasal kuralların hiçbir mahkeme tarafından *tanınamayacağı* (cognisable) ifade ederken, HA m. 37 bunların *dava edilebilirliğini* (enforceable) yasaklamaktadır. İkincisi İA sosyal politika ilkelerinin yasa koyucuya genel olarak *rehberlik* etmesini öngörmüşken, HA m. 37 bu ilkelerin *ülke yönetiminin temelinde* yer alacağını belirtmektedir. Nihayet İA söz konusu ilkelerin kanunların yapımında uygulanmasının münhasıran *yasama organının* takdirinde

Kapani, HA'nın sosyal hakların dava edilebilirliğini kesin bir dille yasakladığını (m. 37) ve bu yasağın 1961 Anayasasına aynen alınması fikrinin Kurucu Meclis Anayasa Komisyonunda “bu formülün çok katı ve temel prensip hükümlerinin değerini azaltıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle” kabul edilmediğini yazmaktadır.⁹⁰⁸ Yaptığımız araştırmalarda Kapani'nin Anayasa Komisyonunda yapıldığını söylediği tartışmalara ulaşamadık. Ancak Komisyonun hazırladığı anayasa tasarısının görüşmeleri esnasında hem Temsilciler Meclisi (TM) hem de Milli Birlik Komitesinde (MBK) Hindistan Anayasasının bazı hükümleri üzerine tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Meclis tutanaklarına göre Hindistan Anayasasının 41'inci maddesi TM'nde, 37'nci maddesi ise MBK Genel Kurul toplantısında gündeme gelmiştir.

Temsilciler Meclisi üyelerinden Fethi Çelikbaş, anayasa tasarısının “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” başlığını taşıyan 51'inci maddesinin (anayasa kabul edildiğinde bu hüküm m. 53 olmuştur) görüşülmesi esnasında, bu hükmün lehine yaptığı konuşmada, Anayasa Komisyonunun tercihinin neden doğru ve neden gerekli olduğunu açıklarken; hükmün hedefinin “istikrar içinde gelişme politikası” olduğunu vurgulayarak, bu maddenin “devletin mali, iktisadi imkanlarını perişan hale getirmeden... enflasyonu nispeten kapayıp istikrar içinde gelişmeyi benimseyen bir imkan koyduğu” gerekçesiyle hükmün tasarıdan çıkarılması fikrine karşı çıkmıştır. Çelikbaş argümanını güçlendirmek için HA'nın 41'inci maddesini⁹⁰⁹ zikrederek Anayasa Komisyonun ihtiyatlı davrandığını ve ekonomik olarak geri kalmış ülkelerde sosyal haklarla ilgili anayasal esasların, daha uzun süre politikaya ilham kaynağı

olduğunu belirtirken, HA bu ilkelerin kanunların yapılmasında hayata geçirilmesinin *devletin* yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir. (*Minerva Mills*, p 114)

⁹⁰⁸ Kapani, a.g.e., s. 123, dn. 154.

⁹⁰⁹ Tutanakta Çelikbaş'ın zikrettiği hüküm şöyledir: “Devlet kendi imkânları ve iktisadi gelişmesinin hudutları içinde işsizlik, ihtiyarlık, hastalık ve sair felaket hallerinde, çalışma, eğitim ve sosyal yardım görme haklarını temin için müessir tedbirler alır.”

olacağını ve bu esasların gerçekleşmesinin Devletin mali ve ekonomik imkânlarıyla sınırlı olduğunu ifade etmiştir.⁹¹⁰

MBK’nde yapılan anayasa görüşmelerinde ise 53’üncü madde görüşülürken, üyelere Kurmay Yarbey Ahmet Yıldız, “[B]ence bu madde şöyle yazılabilir; (Bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçların gerçekleştirilmemiş olması iddiasıyla hiçbir yargı organına müracaat edilemez.) Yani hakikatte Devlet bunlardan dolayı mahkemeye verilemez. ... Hindistan Anayasasından ilham alarak arz ediyorum. Maddenin altına şayet bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçların gerçekleştirilmemesi iddiası ile yargı organlarına müracaat edilemez diyelim. Bunu temin edecek bir formül teklif edelim”⁹¹¹ diyerek bu maddeye HA’nın 37’nci maddesine benzer bir fıkra eklenmesini teklif etmiş ancak bu teklif yapılan oylama sonucunda kabul edilmemiştir.⁹¹²

⁹¹⁰ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 3, 46. Birleşim, 17.4.1961, s. 324, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_d00/c003/tm_00003046.pdf (Eylül 2016)

⁹¹¹ Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Cilt 6, 82. Birleşim, 10.5.1961, s. 17 https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MBK_d00/c006/mbk_00006082.pdf (Eylül 2016)

⁹¹² HA’nın 37’nci maddesinin anayasal tarihine bakıldığında, ülkenin yeni anayasası için ilk anayasa tasarısını hazırlayan B. N. Rau tarafından DPYİ hakkında yazılan bir hükmün (m. 30-B), Kurucu Meclisin görevlendirdiği Anayasa Tasarısı Komitesi tarafından önce dikkate alındığı ancak daha sonra esaslı bir değişikliğe uğradığı görülmektedir. Rau’nun hazırladığı hükümde DPYİ’nin “devlete rehberlik edeceği” ve “bu ilkelerin hiçbir mahkeme tarafından tanınamayacağı” ifadeleri yer aldığı ve bu ibarelerin İrlanda Anayasasından (m. 45) ödünç alındığı belirtilmektedir. Ancak bu taslak hüküm, yaklaşık üç ay sonra Anayasa Tasarısı Komitesi tarafından değiştirilmiş ve bugünkü 37’nci madde halini almıştır. (Joseph Minattur, “The Unenforceable Directives in the Indian Constitution”, 1 SCC (Jour) 17 (1975), <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/75v1a2.htm> (Eylül 2016)).

Öte yandan Hindistan Kurucu Meclisinde gerçekleşen anayasa tasarısı görüşmelerinde, sosyal haklar üzerinde gerçekleşen tartışmaların diğer klasik haklara kıyasla daha az hararetle geçtiği; sosyal haklara erişimin bireyin özgürlüğü ile devletin güvenliği arasındaki bir “ya hep ya hiç” oyunu olarak görülmediği; fakat devletin gücü yettiği sürece vatandaşlarına iyi bir hayat sağlaması bağlamında bir “kazan-kazan” durumu olarak kabul edildiği aktarılmaktadır. Keza Kurucu Meclis üyelerinin büyük bir çoğunluğunun, toplumu bireyin düşmanı olarak gördüğü ve kendilerinin de bireylerin sosyal adaletsizliğe karşı verdikleri mücadelede bireylere yardımcı olduklarını varsaydıkları ifade edilmektedir. Ancak buna rağmen sosyal hakların dava edilebilirliği sorunu söz konusu olduğunda bu üyelerin çoğunluğu, sosyal hakların fonksiyonunun daha ziyade devletin hedeflerini belirlemek olması gerektiğini kabullenmiş; azınlıkta kalan kısım ise bir anayasanın yurttaşları yoksulluğun, hayat zorlukları ve ekonomik baskının sonuçlarından korumak olması gerektiği gerekçesiyle sosyal hakların dava edilemez olduğu fikrine karşı çıkmışlardır. Neticede Hindistan kurucu iktidarı sosyal hakların dava edilemez kuralları olduklarını kabul etmiş ve Anayasa Tasarısı Komitesi başkanı ve Hindistan Anayasasının en önemli kurucu babalarından biri olarak kabul edilen B. R. Ambedkar’ın dile getirdiği gibi bu hakların ihlal edilmesi halinde sadece siyasi liderlerin bunun hesabını seçmene verecekleri fikrini benimsemiştir. (Shylashri Shankar, **Scaling Justice: India's Supreme Court, Social Rights, and Civil Liberties**, New Delhi & New York, Oxford University Press, 2009, s. 119-123.)

Sonuç olarak 1961 Anayasasının yapımı esnasında zikredilen Hindistan örnekleri, kanımızca ne yapıldıkları ve ne de uygulandıkları bağlamda irdelenmiş değerlerdir. Zira yukarıda izah edildiği gibi

C. YÜRÜRLÜKTEKİ ANAYASAL DÜZEN

1961 Anayasasının tesis etmeye çalıştığı özgürleştirici ortam 1971 Anayasa değişiklikleri ile sekteye uğramıştır. 1488 sayılı anayasa değişikliği diğer başka şeylerin yanında sosyal haklara dokunmayı da ihmal etmemiş, bunun bir genel bir de özel sonucu olmuştur. Öncelikle Anayasanın temel hakların sınırlandırılması rejimini düzenleyen hükmü olan 11’inci maddede yapılan değişiklikle bütün haklar ve sosyal haklar için de geçerli “genel sınırlama sebepleri” getirilmiştir; böylece bu haklar için koruma alanı daralmıştır. Özel olarak ise 46’ıncı maddede düzenlenen sendika kurma hakkının kapsamı daraltılarak, memurların sendika kurması yasaklanmıştır. Bu hak münhasıran işçilere tanınmıştır. Ayrıca memurların sendikalara üye olmaları da 119’uncu maddede yapılan değişiklikle yasaklanmıştır. Sosyal haklar bakımından bir geriye gidişi yansıtan bu tutum, daha sonra 1982 Anayasası ile artarak sürdürülmeye devam etmiştir.

1. 1982 Anayasasının Sosyal Nitelikleri

1961 Anayasasının getirdiği geniş sosyal haklar demeti ve anayasanın geneline sirayet etmiş *sosyal* nitelik, geniş toplum kesimleri için önemli bir hareket serbestisi sağlamış; bu serbesti içinde işçi hareketi de hızla siyasallaşmıştır. Ancak 12 Mart 1971 ile başlayan ve 1971-73 anayasa değişiklikleri ile devam eden ara rejim bu gelişim çizgisinde bir kesinti ve sosyal haklar aleyhine bir geriye gidişin ilk kıvılcımları

41’inci maddenin, 1961 AY m. 53’e denk geldiğini söylemek zordur. Sosyal hakların dava edilebilirliğini yasaklayan m. 37 ise özenle değerlendirilmiş değildir. Hindistan Anayasasının icra edilebilirlik yasağı, DPYİ’e dayanarak devlete bir edimde bulunma yükümlülüğü yüklenemeyeceğini ifade etmektedir; ancak DPYİ aynı zamanda devletin nasıl davranması gerektiğini anlamak için yol göstericidir. Diğer bir ifadeyle Hindistan anayasal düzeni açısından yasama organının bu ilkeleri dikkate almama lüksü yoktur. Dolayısıyla DPYİ’in yargı denetimine konu olması bakımından önemli olan yasa koyucunun söz konusu ilkeleri kanun yapımında uygulayıp uygulamadığıdır. DPYİ bir yandan yurttaşların bunlardan herhangi birinin ihlali nedeniyle talepte bulunamayacağını ya da yasa koyucuyu DPYİ’den herhangi biri ile ilgili kanuni düzenleme yapmaya zorlayamayacağını ifade ederken; diğer yandan da kanunların hukuki anlamını belirlemekte kullanılacak bir yorum aracı sunmaktadır. (Gautam Bhatia, “Directive Principles of State Policy: An analytical approach – II: The Constituent Assembly, Article 37 and the Early Days”, 10 Mayıs 2015, <https://indconlawphil.wordpress.com/2015/05/10/directive-principles-of-state-policy-an-analytical-approach-ii-article-37-and-the-early-days/>, Eylül 2016.)

olmuştur. 1970'lerin sonlarına geldiğinde dünyada patlak veren ekonomik krizin de etkisiyle bazı ekonomik önlemler alınmıştır. 24 Ocak 1980 kararları ile ekonomide dışa dönük kalkınma stratejisine başvurulurken, nihayet 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi 24 Ocak kararlarının siyasal bir çerçeveye kavuşmasına yol açmıştır. Sosyal devlet anlayışı bakımından bir dönüm noktası olarak görülen 24 Ocak kararları, 1980 sonrası ülkede kurulacak yeni siyasal düzen tarafından pekiştirilmiş ve uygulama sürekliliği kazanmıştır.⁹¹³ Nitekim 1982 AY'nın arka planında belirli bir ekonomik program yer aldığı belirtilmektedir: “sosyal devleti sosyal adalete dayandırmaktan kaçınan ve sosyal hakları da aşırı yasak ve kısıtlamalarla kuşatarak tanıyan 1982 Anayasası, ekonomik ve siyasal yönlerini birlikte anlatan bir matematiksel formülle, ‘24+12 Anayasası’dır.”⁹¹⁴ Öyleyse 1982 AY “24 Ocak 1980’de uygulamaya konan ekonomik programın gereksinim duyduğu hukuksal güvenceleri sağlayan bir belgedir.”⁹¹⁵

Bu sürecin en önemli sonucu 1982 Anayasasının sosyal devlet olgusu bakımından *geriye gidiş* yönündeki yaklaşımıdır. 1982 Anayasasının “gerek yer vermediği sosyal normlarla gerekse düzenlediği sosyal normları ele alış şekliyle, sosyal devleti tartışmalı kıldığı” belirtilmektedir. Gerçekten de Anayasanın birey karşısında devlet odaklı tutumdan da görülebileceği gibi, 1982 kurucu iktidarı her koşulda devletin bekasını, *sosyal adalet* kaygısının önünde tutmuştur. Anayasanın devletin nitelikleri arasında sosyal devletin sayması (m. 2) bu gerileyiş bakımından esaslı bir etki yaratmadığı gibi, anayasa bireyin refahı bakımından devlete yüklediği temel yükümlülük (m. 5) bakımından oldukça çekingen bir tavır benimsemiştir. Keza anayasanın planlama anlayışındaki sosyal boyut oldukça zayıf kalmış, liberal bir ekonomik politika ile daha

⁹¹³ Kara, a.g.e., s. 257, 261-263.

⁹¹⁴ Mesut Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, s. 135.

⁹¹⁵ Mesut Gülmez, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar” oturumunda sunulan bildiri, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001**, Ankara, TBB Yayınları, 2001, ss. 140-148, s. 146.

bağdaşır bir nitelik kazanmıştır.⁹¹⁶ Bu anayasa “12 Eylül 1980 askeri darbesinin toplumu yeniden inşa tasarımıyla yazıldığı için, bundan sosyal haklar da olumsuz anlamda nasibi al(mıştır).”⁹¹⁷

1982 Anayasası selevinin sosyal haklar için benimsediği düzenleme tekniklerini aşağı yukarı korumuştur. Öncelikle her iki anayasa da *özgürleştirmeyi* devletin temel amaç ve ödevleri arasında zikretmiştir. Ancak 1982 Anayasasının “özgürleştirme normu” (m. 5), 1961 Anayasasındaki benzeri (m. 10/2) karşısında daha zayıf gözükmetedir.⁹¹⁸ Gerçekten de 1961 AY m. 10/2 devlete kişinin temel hak ve hürriyetlerini “fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün *engelleri kaldır(ma)*; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları *hazırla(ma)*” “buyruğu” verirken; halefi daha “utangaç” bir tavırla devletin kişinin temel hak ve hürriyetleri ile ilgili yükümlülüğünü, “sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri *kaldırmaya*, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları *hazırlamaya çalışmak*”la sınırlı tutmuştur.⁹¹⁹ Dolayısıyla 1982 Anayasasının 5’inci maddesi devletin normatif yükümlülüğünü gevşeterek, devlet için sadece yönlendirici bir niteliğe bürünmüştür.⁹²⁰ *Özgürleştirme* fonksiyonu açısından, 1961 Anayasasının “özgürleştirme normu” (m. 10/2) ile devlet “yüklendiği yeni (özgürleştirme) işlevini duraksamadan yerine getirmek için güçlü bir

⁹¹⁶ Kara, a.g.e., s. 263-264.

⁹¹⁷ Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar...”, a.g.e., s. 15.

⁹¹⁸ Akad aksini düşünmektedir. Yazara göre 1982 Anayasası m. 5, aynı maddenin [1961 Anayasası m. 10] biraz değişik ama temel yapısını koruyarak anayasada yerini almıştır. Akad’a göre bu hüküm ile devlete verilen direktif “açık”, “berraktır” ve devlet yöneticilerine “nelere dikkat etmeleri gerektiğini, hangi ilkelere öncelik vereceklerini anlamlı bir formülle açıklamıştır.” Buna göre 5’inci madde “siyasal iktidarlara direktif veren, yön gösteren” bir “üstün anayasa normu” niteliğindedir. Anayasanın devletin niteliklerini sayan “genel esaslar” kısmında yer alması dolayısıyla bu hüküm, değişmezlik bakımından, aynı yerde bulunan “sosyal hukuk devleti ilkesi” ile aynı normatif değere sahiptir; bu nedenle de “iktidarları doğrudan bağlayıcı bir niteliğe” sahiptir. Bkz. Mehmet Akad, “1982 Anayasası 5. Maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi”, *Adalet Dergisi*, No. 2 (1990), ss. 51-63, *passim*.

⁹¹⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2012, s. 104.

⁹²⁰ Kaboğlu, “Anayasada...”, a.g.e., s. 16.

direktif” alırken⁹²¹; 1982 Anayasasının “özgürleştirme normu” (m. 5), devletin ödevinin “yerine getirmek değil, yerine getirmeye çalışmak ile sınırlı tutulması” dolayısıyla selefine nazaran daha zayıf bir biçimde yerini almıştır.⁹²²

İki anayasanın özgürleştirme normlarının kaleme alınmasındaki bu belirgin farklılık, anayasaların dayandığı temel felsefe farklılığının bir sonucudur. Zira 1961 Anayasasının tamamında hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinin devletin “temel nitelik ve görevlerinden” olduğu, esas olanın “özgürlük olduğu ve özgürlüğün anayasada iki yönden tanımlandığı belirtilmektedir. Buna göre 1961 AY hem bireylerin var olan ve varlığını sürdürmesi için devletin bir şey yapmasına gerek olmayan temel hak ve hürriyetlerinin *korunmasını* güvence altına almış, diğer yandan ise bununla yetinmeyerek özgürlüğü aynı zamanda “yaratılması gerekli bir nesne” olarak telakki ederek, devlete insanı özgürleştirme ödevi yüklemiştir. Dolayısıyla m. 10/2 özgürlüğün bu ikinci boyutu bağlamında devletin özgürlüğü gerçekleştirici koşulları *sağlamak zorunda olduğunu* ifade etmektedir.⁹²³ Bir başka deyişle m. 10/2 “devleti tam bir özgürlük ortamı yaratmak açısından görevli kılmıştır.”⁹²⁴ Soysal’ın işaret ettiği gibi 1961 Anayasasının getirdiği özgürleştirme anlayışına göre “insanın özgür olup olmaması doğuştan kişiliğinde taşıdığı varsayılan haklara ve bunların güvence altına alınmasına değil, içinde yaşadığı *koşulların değiştirilmesine* bağlıdır.”⁹²⁵ Bu bakımdan 1961 Anayasasının 10’uncu maddesine göre sosyal hakların “işlerlik kazanacağı, uygulamaya taşınabileceği ortamın sosyal, ekonomik ve politik şartlarının hazırlanması” görevi verilen devletin fonksiyonun, insan onurunun üstünlüğü ilkesinden yola çıkılarak insanın *özgürleştirilmesi* amacına özgülendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 1961

⁹²¹ Akad, **Teori ve Uygulama**..., a.g.e., s. 23.

⁹²² Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2008/1), ss. 199-231, s. 208.

⁹²³ Bülent Tanör, **İki Anayasa 1961-1982**, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 18.

⁹²⁴ Bulut, a.g.e., s. 53.

⁹²⁵ Soysal, “Haklar ve Özgürlükler...”, a.g.e., s. 91.

Anayasasının 10’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının “insan hakları teorisinin günümüzde ulaşılan yorumunun delilini” oluşturduğu belirtilmektedir.⁹²⁶

Nitekim 1961 Anayasasının gerekçesinde de açıkça m.10/2’de temel takların gerçekleştirilmesinin “devlet için bir vazife olarak” ilan edildiği, bu maddenin “devlet için genel bir direktif mahiyetinde” olduğu ve anayasadaki temel hakların devletin hem olumsuz hem de olumlu görevlerini nasıl yerine getireceğini gösterdiği belirtilmiştir.⁹²⁷ Hükümde geçen “siyasi, iktisadi ve sosyal engellerin kaldırılması” ancak “siyasal iktidarların siyasal, ekonomik ve sosyal hakların insan tarafından serbestçe kullanılmasının sağlayacak ortamı kurmasıyla” mümkün hale gelebilir ve bu “günümüz devletin siyasal, sosyal ve ekonomik hakların kullanılacağı kanalların açık tutulması ve tıkanmaların önlenmesi göreviyle yükümlü olduğunu” ifade etmektedir.⁹²⁸ Nihayet 1961 Anayasası 10’uncu maddenin birinci fıkrasındaki klasik özgürlük anlayışını, ikinci fıkra da benimsediği özgürleştirme anlayışıyla tamamlamakta, böylece soyut özgürlük anlayışını da önemsiz saymayarak, hüküm sosyal haklara giden yolu açmak için iki özgürlük anlayışını bütünleştirmektedir.⁹²⁹ Böylece 10’uncu madde barındırdığı *özgürleştirme* anlayışıyla özünde, “hukuk yoluyla toplumsal eşitliği sağlama” anlayışını sürdürmektedir.⁹³⁰

Oysa 1982 Anayasası liberal Batı anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı olarak, özgürlüğün korunması ve pekiştirilmesi dürtüsü ile değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi fikrine dayanmaktadır.⁹³¹ Ergun Özbudun’un ifadesiyle “1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına oranla bireyin temel hak ve

⁹²⁶ Akad, **Teori ve Uygulama**..., a.g.e., s. 45-46.

⁹²⁷ Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7) <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf>, s. 13 [Ağustos 2016].

⁹²⁸ Akad, **Teori ve Uygulama**..., a.g.e., s. 49.

⁹²⁹ Bulut, a.g.e., s. 54.

⁹³⁰ Akad, **Teori ve Uygulama**..., a.g.e., s. 88.

⁹³¹ Tanör, **İki Anayasa**, a.g.e., s. 87.

hürriyetlerine devlet otoritesi karşısında daha güçsüz bir konum verdiği kuşkusuz(dur).”⁹³² Temel kaygısı *devlet gücünü pekiştirmek* olan bu anayasada, “bireyin ve dolayısıyla toplumun, düşünsel, ideolojik, kültürel, siyasal, hatta psikolojik bütün faaliyetleri kodlanmış”⁹³³; anayasa birey ile devleti neredeyse birbirine rakip varlıklar olarak görmüş⁹³⁴; devlet, toplum ve birey arasındaki ilişkide “devleti diğer ikisinin, toplumu da bireyin önünde tutmuş”tur.⁹³⁵ Soysal’ın ifadesiyle “bireysel özgürlük ve toplumun huzuru arasındaki ezeli diyalektiğin yeniden gündeme geldiği” 12 Eylül sonrası dönemde, özgürlük ile otorite arasındaki dengede otoriteye ağırlık verildiği ve neticede 1982 Anayasasının otorite beklentisine yanıt vererek ve her şeyden önce otoriteyi vurguladığı malumdur.⁹³⁶

Bu itibarla sosyal devlet ilkesi bakımından genel olarak hayli “tedirgin” bir bakış açısına sahip olan 1982 Anayasası, beşinci maddede devletin *özgürleştirme* ödevini de hayli “çekingen” bir ifadeyle belirtmekle yetinmiştir.⁹³⁷ Nitekim Anayasanın yapılırken Danışma Meclisinde kabul edilen anayasa tasarısının gerekçesinde m. 5 bağlamında devletin ödevi şöyle ifade edilmiştir: “*Devlet ... milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını*

⁹³² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2002, s. 98.

⁹³³ Tanör, **İki Anayasa**, a.g.e., s. 119.

⁹³⁴ Sabuncu, a.g.e., s. 51.

⁹³⁵ Tanör, **İki Anayasa**, a.g.e., s.120.

⁹³⁶ Soysal, **100 Soruda...**a.g.e., s. 89, 112.

⁹³⁷ Sabuncu, a.g.e., s. 52-53; 154. Ergun Özbudun, 1982 Anayasasının 5’inci maddesinin bazı *ifade farkları* dışında, temelde 1961 Anayasası m.10/2’ye tekabül ettiğini yazmaktadır. (Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 98) Benzer şekilde Akad ve Dinçkol da 1982 Anayasasının 5’inci maddesinin hukuk devletinin amacı olan kişinin korunmasını sağlayacak sosyal güvenlik, sosyal adalet ve toplumsal dengenin devletin sosyal niteliğini belirlemesinin ve onun temel amaç ve görevi olarak düzenlenmesinin “güzel bir örneği” olduğunu yazmaktadır. Yazarlara göre 1982 Anayasası m. 5, 1961 Anayasası m. 10/2’nin “sanki bir tekrarı” niteliğindedir. (Mehmet Akad ve Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2002, s. 305-307). Ancak madde gerekçeleri ve lafzı birlikte yorumlandığında kanımızca bu tespitler oldukça *iyimser* kalmaktadır. Kanımızca bu iki hükümde görülen *ifade farkları*, devlete “sosyal” olmayı üstüne basarak *emreden* 1961 Anayasası karşısında, oldukça çekingen bir tavırla devletin elinden geleni yapacağını *temenni eden* 1982 Anayasasının devlet tasavvurundaki *derin ayrılığı* simgelemektedir.

gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. ... Sosyal devlet .. ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.” Her ne kadar bu gerekçe birey özgürlüğü lehine sorumluluk alan bir devlet tahayyülü çizerek hükmün lafzına kıyasla daha *güçlü* dursa da, normun kendisi daha ziyade *politik hedef gösteren program kural* izlenimi vermektedir.⁹³⁸ Dolayısıyla iki anayasanın sosyal devletin ve sosyal hakların temelinde yer alan *özgürleştirme* anlayışındaki belirgin farklılık ile ilgili son sözü, uzun yıllar önce meseleyi mükemmel şekilde özetleyen Tarık Zafer Tunaya’ya bırakmak uygun olacaktır: “Sosyal haklar, Devletin *devamlı ve enerjik* *karışmasıyla gerçekleşebilirler*. Vatandaşların hürriyetlerini engelleyen sosyal ve ekonomik baskıları ortadan kaldırmak amacını güderler. Devletin, toplum hayatını düzenlemekle görevli olduğu kabul edilen bir rejimde etkili olabilirler ki bu da liberal devleti çok geride bırakan bir rejimi gerektirir.”⁹³⁹

1982 AY’nın sosyal haklar bakımından benimsediği *tutuk* tavrın bir diğer örneğini, Anayasanın *sosyal devlet* kavramı ile ilgili gerekçesinde bulmak mümkündür. Danışma Meclisinin 1982 Anayasasının ikinci maddesinde devletin değişmez nitelikleri arasında yer alan *sosyal devlet* ilkesine ilişkin gerekçesi şöyledir: “*Sosyal devlet ... çalışan, çalıştığı halde elde ettiği ürün ile mutlu olabilmek için, tasarladığı maddî ve manevî değerlere sahip olamayan kişilerin yardımcısı olacağı ilkesini belirtmektedir.*”⁹⁴⁰ Anayasanın ikinci maddesi demokratik devlet, hukuk devleti, insan haklarına saygılı devlet gibi her biri oldukça derin manalar içeren devletin temel

⁹³⁸ Oder, a.g.e., s. 208.

⁹³⁹ Tunaya, **Siyasal Kurumlar**..., a.g.e., s. 208.

⁹⁴⁰ Danışma Meclisi (S. Sayısı: 166’ya 1. Ek), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_d02/c007/dm_02007120ss0166ek01.pdf, s. 6 [Ağustos 2016].

niteliklerini sayarken, böylesine *temel* bir hükmün gerekçesinde sosyal devlet ilkesini tanımlamak için sadece 24 kelime ayrılması dikkat çekicidir.

Oysa 1961 Anayasasında *sosyal devlet* ilkesinin yer aldığı hükmün (m. 2) gerekçesine göre “*sosyal devlet fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda, onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen devlettir. Modern Anayasa, asgari geçim şartlarından, sıhhi bakımdan, öğrenim imkânlarından ve hele barınacağı konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda hür olamayacağını kabul eden zamanımızın... devlet görüşüne uygun olarak fertlere ve vatandaşlara sosyal birtakım haklar tanımak zorundadır. Her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın devleti (refah devleti), iktisaden zayıf olan kişileri, ... her türlü dar gelirlileri ve yoksul kimseleri himaye edecektir.*”⁹⁴¹ Görüldüğü gibi 1961 Anayasa yapıcısı *sosyal devlet* kavramını halefinin aksine 89 kelimeyle tanımlamıştır. Bu bakımdan kanımızca iki gerekçe arasındaki kullanılan kelime sayısı, içerikte yapılan vurgu ve kullanılan dil farklılığını, kurucu güçler için sosyal devlet olgusunun tasarlanan siyasal rejimin ne ölçüde temel bir niteliği olduğunun açık birer göstergesi olarak okumak mümkündür.

2. Sosyal Hakların Kritik Eşiği: 65’inci Madde

1982 Anayasası bakımından sosyal hakların en can alıcı hükmü, sosyal hakların düzenlendiği Üçüncü Bölümün sonunda yer alan 65’inci maddedir. Bu hüküm selevinin 53’üncü maddede düzenlediği gibi, devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik yükümlülüğünün anayasal sınırını çizmesi bakımından, 1982 Anayasası kabul edildiğinden beri hem doktriner hem de yargısal tartışmaların odağında yer almıştır. Madde içeriği nedeniyle 2001 yılına kadar kamu hukuku doktrininin sert eleştirilerine

⁹⁴¹ Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35, s. 9.

maruz kalırken, 2001 anayasa değişikliği ile madde başlığı ve metninde esaslı bir değişikliğe gidilmiştir. 3 Ekim 2001 tarihli anayasa değişikliği ile “maddenin kenar başlığı içeriğine uygun hale getirilmesi” gibi kısa ve garip bir gerekçeyle şu hali almıştır: “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*” Yeni haliyle bu hükmün önceki halinden temel farkı “ekonomik istikrarın korunmasının” gözetilmesi kıstasının terkedilip, “amaçlarına uygun önceliklerin” gözetilmesi kıstasının getirilmiş olmasıdır.

Anayasanın orijinal halinde 65’inci madde “Sosyal ve ekonomik hakların sınırı” başlığını taşıyordu ve “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, *ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek*, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” (vurgu bize ait) diyordu. Danışma Meclisi gerekçesine göre 65’inci maddenin bu ilk hali “hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir.”

Sosyal hakları talep edilebilir olmaktan açıkça meneden bu gerekçe karşısında, 1982 Anayasasının üçüncü bölümünün başlığında neden “Haklar” ifadesinin geçtiğini anlamak mümkün değildir. Zira hukukun genel teorisinde hakların doğmasına neden olan kaynaklardan biri olan “hukuki işlem” teorisine göre, hukuki işlemler bireyin özel ekonomik hayatını düzenleyen bir hukuki araçtan ibaret değildir. Kamu hukuku alanında da “hukuk düzeninin yaratma işlevini hukuki işlem yerine getirir.” Bir diğer ifadeyle hukuki işlem “niteliği dolayısıyla toplumun siyasi ve hukuki olarak örgütlenip, düzenlenmesinde de kullanılan bir araçtır.” Bu bağlamda anayasa kuralları da “yetkili organın (kurucu iktidar) toplumsal yaşamı hukuken düzenlemeyi irade etmesi ve bu sonucu gerçekleştirmesi” dolayısıyla bir hukuki işlemdir. Kurucu iktidar yaptığı anayasa ile “devlet kurumunun hukuki düzenlemesine yönelik bir irade açıklamasında

bulunmuş olur.”⁹⁴² Dolayısıyla kurucu iktidarın açıkladığı irade (anayasa) de, evleviyetle hakkın bir kaynağıdır; çünkü kurucu iktidarın hukuki işlemi ile yapılmış anayasa hukukun bir kaynağıdır. Bir diğer ifadeyle hukuk yaratan işlemler, devletin hukuk düzenine yenilik getiren iradi fillerdir. Bu bakımdan anayasa, hukukun iradi hukuki işleminden doğan kaynaklarından biri olarak, kurucu gücün doğrudan tesis ettiği bir iradi işleminden doğduğu için, doğrudan doğruya hukuki fiilden çıkmış bir hukuk kaynağıdır.⁹⁴³

Hak “kişinin hukuk düzenince korunmasını talep yetkisine sahip bulunduğu menfaatleri” ifade eder; yani haklar “hukuk düzeninin menfaatlerden yararlanmak için tanıdığı irade hâkimiyetidir”.⁹⁴⁴ Bir diğer ifadeyle *hak*, “başkalarından, yürürlükteki düzene uygun davranışlar talep etmek (istemek) konusundaki bireysel yetkidir.”⁹⁴⁵ İrade ve menfaat teorilerini bir araya getiren hibrit teoriye göre bir kişi (X), sadece ve sadece ilgili hakka karşılık gelen ödev üzerindeki kontrolün kimin elinde olduğunun o kişinin menfaatleri arasındaki denge ile belirlenmesi halinde hak sahibidir. Dolayısıyla eğer bir hakka içkin ödevin kontrolü (Y)’nin elindeyse hakkın sahibi (Y) iken, eğer (Y)’nin söz konusu ödev üzerindeki kontrolü (X)’in menfaatlerini dengelemek amacıyla ise ancak o zaman hak sahibi (X)’dir.⁹⁴⁶

Bu bağlamda bireylerin anayasal haklara sahip olabilmesi, devletin bu haklar üzerindeki kontrolünün münhasıran bireylerin menfaatleri arasındaki dengeyi ilerletme amacına özgülenmiş olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle, anayasal hakların devlet üzerinde doğurduğu ödevler, ancak ve ancak kişilerin menfaatlerini dengeleme amacıyla ise kişiler gerçekten bir “hak” sahibidir. Aksi halde hakların gerçek sahibi,

⁹⁴² Selâhattin Keyman, **Hukuka Giriş**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, 2010, s. 114-115.

⁹⁴³ Keyman, a.g.e., s. 75-77.

⁹⁴⁴ Keyman, a.g.e., s. 142-143.

⁹⁴⁵ Keyman, a.g.e., s. 145.

⁹⁴⁶ Gopal Sreenivasan, “A Hybrid Theory of Claim-Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies** C. 25, No. 2 (2005), s. 267-271.

menfaatler üzerindeki kontrolü elinde tutan devlet olacaktır ki bu da hakları anlamsız kılmaktan başka bir şey değildir. Kişilerin bir şeye hakkı olması, “o kişiye hukuktan ötürü (hukuk gereğince) bir şeyin tanınmış olması demektir.”⁹⁴⁷ Zira “insan hakları söz konusu olduğunda, bir hakkın karşılığı olmayan edimlerin olabileceği fikri” insan haklarının doğası gereği anlamsızdır.⁹⁴⁸

Hukuki işlem bir irade açıklamasıdır ve iradenin belli bir sonucu elde etmeye yönelmiş olması gerekir.⁹⁴⁹ Öyleyse anayasal normların kurucu unsuru da *irade açıklamasıdır*. Anayasa yapıcının açıkladığı iradenin (anayasa), elde etmeye yöneldiği sonuç ise anayasacılık düşüncesinin özüne eşittir; yani bireyin temel haklarının güvence altına alınması. Dolayısıyla eğer bir anayasanın yöneldiği sonuç bunun dışında bir şey ise, ancak o zamanın anayasal kuralların hak dışında bir şeyi amaç edindiği düşünülebilir. Bir diğer ifadeyle bir anayasanın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen kısmında yer alan ama “hak” düzenlemeyen bir önerme anayasa kuralı olamaz; çünkü burada “hak” hukuki işleme mündemiçtir.

Dolayısıyla anayasacılık düşüncesi bakımından bir anayasanın, bireyler için “hak” dışında bir şey tanıdığını düşünmek anayasa kavramı ile başlı başına çelişki içindedir. Diğer bir ifadeyle bir anayasa kuralı, hangi sıfatla anılırsa anılsın, ya hukuk düzeninin tanıdığı bir normdur, ya da hiçbir zaman norm haline gelememiş bir kelimeler öbeğidir. İkisinin arasında bir orta yol yoktur. Hangi düzeyde olursa olsun bir hukuk kuralına uyulmasının zorunluluğu ise, “bu kurallarda içkin olan bağlama gücünden” kaynaklanmaktadır⁹⁵⁰; yani “bir *hukuk* normu varsa, bu norm kaçınılmaz olarak *bağlayıcıdır*.”⁹⁵¹ Bu bağlamda Sabuncu’nun vurguladığı gibi, anayasanın normatif gücü,

⁹⁴⁷ Keyman, a.g.e., s. 146.

⁹⁴⁸ Algan, a.g.e., s. 107.

⁹⁴⁹ Keyman, a.g.e., s. 120.

⁹⁵⁰ Algan, a.g.e., s. 99.

⁹⁵¹ Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Yayınevi, 1999, s. 2.

emredici hukuk kaideleri toplamı olduğundan kendisinde içkindir ve anayasa kurallarının özü anayasanın normativitesinin kural haline gelmesine dayanır. Öyleyse anayasal haklar, anayasa düzeninin tartışmasız kurucu unsurlarıdır.⁹⁵²

Nitekim 1982 Anayasasının 11. Maddesi de “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” diyerek bu gerçeği ifade etmektedir. Maddede geçen “anayasa hükümleri” ibaresi, bir önceki paragraftaki iddiayı doğrular niteliktedir. Çünkü norm, *hüküm* adını alan, “anamlı söz dizisinden oluşan bir önerme” olarak tanımlanmaktadır ve hukuk normu, burada “*anayasa hükümleri*”, her şeyden evvel emir-önerme niteliğindedir.⁹⁵³ Bu madde “temel hakların da hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak ele alınmasını” açıkça zorunlu kılmakta ve anayasadaki diğer bütün kurallar gibi temel hakların da tüm hukuk düzenini etkileyeceğinin pozitif temelini oluşturmaktadır.⁹⁵⁴ Bu durumda eğer 11’inci maddede yer alan “anayasa hükümleri” ibaresi, bir hukuk normunu kastediyorsa, anayasal sosyal hakların, diğer başka kurallardan farklı algılanması mümkün değildir. Zira “anayasada yer alan normların tümünü hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak ciddiye almak ve bunların etkilerinin optimal düzeyde gerçekleştirilmesine çalışmak” bütün devlet organlarına düşen anayasal bir sorumluluk olarak kabul edilmelidir. Öyleyse anayasal kurallar birer hukuk normu haline geldikten sonra, birbirlerinden farkı yoktur ve tüm anayasal temel hak kurallarının normatif gücü öz olarak aynı kabul edilmelidir.⁹⁵⁵

Haklar, örneğin kişilerin refahının başkalarının yardımseverlikleri vasıtasıyla daha iyi korunabileceğinin kabul edildiği hayali bir dünya için anlamsız olabilir. Ancak,

⁹⁵² Yavuz Sabuncu, “Temel Hakların Anayasal Konumu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, No. 7-8 (1985-1986), s. 15-16.

⁹⁵³ Keyman, a.g.e., s. 34.

⁹⁵⁴ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 17.

⁹⁵⁵ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 18.

gerçek dünyada bir kişinin bir hakka sahip olduğunu söylemek, o kişiye uyumsuzluk konusu ya da arzu ettiği bir şeyin temin edilmesinin *iyi, hoş* veya *asil* bir davranış olacağını iddia etmekten farklıdır.⁹⁵⁶ Daha özel olarak ise hakların anayasa kuralı haline gelmesi, bunların “hükme bağladığı durumların somut gerçeklikte oluşmasının istenmesi” demektir.⁹⁵⁷ Bir diğer ifadeyle anayasada tanınan “temel hakların normatif gücü onların sayısız sayıda hak sahibi tarafından somut biçimde gerçekleştirilmesini gerektirir, çünkü bütün hukuk kuralları gibi, temel haklar da kullanılabilme ile yaşama kavuşurlar.”⁹⁵⁸

Dahası, kişilerin hakları olduğunu söylemek emredici ve takdire bağlı olmayan zorunlulukları ifade eder. Bir diğer ifadeyle hak sahipleri haklarını sadece “rica” etmezler, onları “talep” ederler.⁹⁵⁹ Nitekim bu yüzden “haklar” hukukun konusu olurlar. Dolayısıyla ya 1982 Anayasasının ikinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenen “ekonomik ve sosyal haklar”, bölüm başlığının lafzına rağmen “hak” değildirler ve farazi bir dünyanın kurgularından ibarettirler; ya da 1982 Anayasasının 11’inci maddesi gerçekten bir “hukuk normu” değildir. Bunun dışındaki ihtimallere cevap verebilmek, anayasa hukukun sınırları içinde mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda anayasanın bazı normlarını, sırf *sosyal* sıfatına sahip olduğu için talep edilemez kılmaktaki çelişkiyi, anayasa hukukunun mevcut imkânları açısından gerekçelendirebilmek zor gözükmektedir. Kanımızca bu durumu 1982 kurucu iktidarının kişiler arasında sosyal eşitlik amacına özgülendiği kuralları, “hak” olarak nitelemekten ziyade, devletin yüce gönlünden kopabilecek birtakım “temenniler” olarak tasarladığı şeklinde okumak mümkündür.

⁹⁵⁶ Harel, a.g.e., s. 191.

⁹⁵⁷ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 18.

⁹⁵⁸ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 22-23.

⁹⁵⁹ Harel, a.g.e., s. 191.

65'inci madde kabul edildiği günden itibaren doktrinin bir kesimi tarafından devletin sosyal hakları gerçekleştirme yükümlülüğünden kurtulmasının imkânı olarak algılanmıştır. Diğer bir ifadeyle 65'inci madde olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından bazı yazarlar tarafından “devlete bu hakların gerçekleştirilmesi görevinden sıyrılma olanağı verdiği” ve maddenin sosyal haklar için “bireylerin yargı organına başvurarak haklarını aramalarına engel oluşturduğu” şeklinde yorumlanmıştır.⁹⁶⁰ Oysa bir diğer görüşe göre 65'inci madde devletin sosyal hak ödevlerinden kaçınabileceği bir zırh değildir; sadece sosyal hak ödevlerini her halükarda yerine getirirken karşılaşılabileceği kaynak sorununun ölçüsünü ifade etmektedir. Bu bakımdan devletin olumlu edim gerektiren sosyal hakları gerçekleştirmeye her giriştiğinde, bir *öncelikler* sorunu ile karşı karşıya kaldığı ve sorunun çözümünün büyük ölçüde yasama organının takdir yetkisinin genişliğinde düğümlendiği söylenebilir.⁹⁶¹ Olumlu edim gerektiren haklarda devletin *takdir yetkisi* üzerindeki tartışmalar, 1961 AY döneminde olduğu gibi 1982 AY döneminde de aynen sürmüş ve doktrinde bir uzlaşma sağlanamamıştır.

Doktrinde Ergun Özbudun'un başını çektiği görüşe göre “yasama organının bu konudaki takdirini denetleyecek, onun eylemsizliğini müeyyidelendirecek bir hukuki yol mevcut değildir.” Zira Özbudun 65'inci maddenin “olumlu edim gerektiren sosyal hakların kişilere yargı yolu ile talep edilebilecek sübjektif kamu hakları vermediği” görüşünü desteklediğini ileri sürmektedir. Özbudun yargı organının “yasamanın öncelikler, yöntemler ve ölçüler konusundaki siyasal takdirine açık bir anayasal dayanak olmadıkça müdahale etmemesi gerektiğini” zira sosyal adaletin “hangi yöntemlerle, ne tür politikalarla daha iyi gerçekleştirilebileceği konusunda ciddi bir ve meşru tartışmaların mevcut” olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁶²

⁹⁶⁰ Balkır, a.g.e., s. 132.

⁹⁶¹ Tanör, *Anayasa Hukukunda...*, a.g.e., s. 306.

⁹⁶² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 135-136.

Benzer şekilde Kemal Gözler de maddede geçen “mali kaynakların yeterliliği” kavramının tamamıyla siyasal iktidarın takdirinde olduğunu belirterek, olumlu edim gerektiren sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik devlete hiçbir asgari yükümlülük vermeyerek, devletin takdir yetkisinin sınırsız olduğunu iddia etmektedir. Gözler iddiasını bir adım daha öteye götürerek, bu sefer 65’inci madde ile 5. ve 2. Maddeler arasında bir genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğunu ileri sürmekte ve “*lex specialis derogat legi generali*” ilkesi gereği çatışma halinde 2’inci veya 5’inci maddenin değil, özel hüküm olan 65’inci maddenin uygulanacağını yazmaktadır.⁹⁶³

Elbette bu görüş birçok açıdan eleştiriye açıktır. Zira sosyal hakları çalışmanın başından beri reddedilen yaygın tutumlar gibi “ciddiye almadığı”, “ikinci sınıf hak” olarak gördüğü ve “üzerinde basılı kâğıtlar kadar bile değerli olmadıkları” şeklinde algıladığı izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bunun dışında Ece Göztepe, bu görüşü anayasanın muhtelif sosyal düzenlemelerini dikkate almadığı ve anayasada yasama organının çeşitli şekillerde ifade edilen yükümlülüklerini veya devlete verilen emirleri görmezden geldiği için de haklı olarak eleştirmektedir. Göztepe’ye göre eğer bu görüş kabul edilirse, anayasanın her bir normu ancak ilgili devlet organına yönelik icra yolu mevcut ise bağlayıcı olarak algılanacaktır ki bu durum, birçok anayasal kuralın ihlal edilmeleri halinde icra kabiliyeti mevcut olmadığından hiçbir hukuki değere sahip olmayacağı sonucuna götürür.⁹⁶⁴

Oysa Zafer Gören’in işaret ettiği gibi Anayasanın 11’inci maddesinin açık ifadesi karşısında, olumlu edim gerektiren anayasal sosyal hakların “hukuken bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki kurallar olduğunu ileri sürmek” abestle iştigaldir. Zira AY m. 11 “tüm Anayasa kurallarının ve bunlar arasında temel hakların devlet gücünü,

⁹⁶³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 10. Baskı, Bursa, Ekin, 2010, s. 77.

⁹⁶⁴ Ece Göztepe, “Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?”, IXth World Congress of Constitutional Law, Oslo 16 - 20 June 2014, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf>, s. 9.

içerdikleri haklara saygı gösterme ve tüm tedbirlerinde onları göz önünde tutma konusunda bağladığını” belirlemiştir; dolayısıyla anayasal sosyal hakların bağlayıcılığı “ne yasamanın ne de yürütmenin tasarrufunda değildir”. Bu nedenle, sosyal hakların sadece yasama organına siyasal nitelikte direktifler verdiği” düşünülemez ve sırf basit bir yasada değil de anayasada yer almış olmaları nedeniyle sosyal hakların yargı yolu ile ileri sürülemeyeceği söylenemez. Böyle bir anlayış anayasal hükümlerin içini boşaltarak, yasa ile anayasa arasındaki hiyerarşik ilişkiyi temelinden sarsabilir. Yasalar soyut anayasal hakların, somut ayrıntılarını düzenler. Ancak haklar bir kez anayasaya girdi mi, bunların talep edilemez olduklarını savunmak anayasacılık düşüncesi ile çelişki halindedir. Nitekim 1982 Anayasasına göre ilköğretim zorunlu iken (m. 42), eğitim-öğrenim hakkının dava yoluyla ileri sürülemeyeceğini iddia etmek bu çelişkiyi açıkça ortaya koymaktadır.⁹⁶⁵

Doktrindeki diğer görüşe göre ise devletin 65’inci madde bağlamındaki takdir yetkisi, sosyal hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda değil, ancak *ne ölçüde* gerçekleştirilebileceği konusunda mevcut olabilir. Yani Soysal’ın ifade ettiği gibi bu maddede yalnızca devletin sosyal ve ekonomik ödevlerini “yerine getiriliş ölçüsü, uygulanış derecesi mali kaynakların yeterliliğine bağlanmıştır”. Bu ölçü ise yine Soysal’a göre “devletin artan toplam ulusal gelirden daha fazla pay almasını, gerekli aktarmaları yaparak sosyal ve ekonomik hakları daha fazla gerçekleştirmesini gerektiren bir ölçüdür.” Dolayısıyla “sosyal adaletten uzaklaşan, insanlık onuruna yakışmayacak farklılıklar doğuran bir kalkınma yöntemi anayasadaki bu temel ölçüye ters düşer”.⁹⁶⁶

Nitekim Sabuncu’nun belirttiği gibi gerçekleşmesi devletin olumlu edimde bulunmasını gerektiren sosyal haklar bakımından, devletin yüklenmesi gereken yasal sorumluluk esasen siyasal sürecin işleyişine bırakılmıştır. Ancak bu durum, bu tür

⁹⁶⁵ Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı**, No. 14 (1997), ss. 89-153, s. 143.

⁹⁶⁶ Soysal, **100 Soruda...**, a.g.e., s. 160.

sosyal hakların “üstün hukuk kuralları” olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Yani olumlu edim gerektiren sosyal haklar için devleti “hukuken sorumluluk üstlenmeye zorlamak” mümkün gözükme de, bu hakların kişilere doğrudan talep hakkı sağlamamaları karşısında, bunların hukuki bağlayıcılığı olmayan ve yalnızca siyasi bağlayıcılık ifade eden hükümler olduğunu ileri sürmek doğru değildir.⁹⁶⁷

Dolayısıyla 65’inci maddede hükmedilen şey, devletin olumlu edim gerektiren sosyal hakları yerine getirme ölçüsünün mali kaynakların yeterliliğine bağlanmış olmasıdır. Bir diğer ifadeyle devlet, her koşulda sosyal hakları gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır ve bu yükümlülüğünden imtina edemez. Ancak söz konusu yükümlülüğü gerçekleştirmek ekonomik kaynakların yeniden dağıtımıyla doğrudan ilintili olduğundan, her sosyal hak aynı ölçüde gerçekleştirilemeyebilir. Öyleyse 65’inci madde devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesi ödevindeki ölçüyü dile getirmektedir; yoksa devlet sosyal alanda üstlendiği sorumluluklarından, sonradan mali kaynakların yetersizliğini bahane ederek vazgeçemez.⁹⁶⁸ Bu, anayasa normlarının hukuki niteliğinin doğal bir sonucudur. Çünkü Sabuncu’nun vurguladığı gibi temel hakların anayasada yer alması kişiye doğrudan ya da dolaylı biçimde bir hak sağlamaya yönelik olduğuna göre⁹⁶⁹, “anayasa bir hak ve hürriyete kişinin sahip olduğunu belirttikten sonra... yasama organı bu hak ve hürriyeti ortadan kaldıracak sonuçlar ihdas edemez.”⁹⁷⁰

⁹⁶⁷ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 20.

⁹⁶⁸ Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, a.g.e., s. 169. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu savı şöyle dile getirmiştir: “*Kanun koyucu ... ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur, ... kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında bir ayırım yapamaz ve verdiği bir hakkı, özellikle kazanıldıktan sonra, bazı kişilerden geri alamaz. ... Aksi düşünülecek olursa, kanun koyucunun bütün sosyal ve ekonomik haklar için aynı şeyi yapabileceğini de kabul etmek gerekir ki bu halde yalnız sosyal güvenliğin değil Anayasa’nın kurduğu, sosyal devlet düzeninin de zedelenmesine yol açılmış olur.*” AYM, E. 1963/138, K. 1964/71, KT 11/12/1964.

⁹⁶⁹ Sabuncu, “Temel Hakların...”, a.g.e., s. 23.

⁹⁷⁰ Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 170.

Benzer şekilde Gören de 65'inci maddenin yasama organına elindeki mali kaynakların yetersizliğini bahane ederek sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda “hareketsiz kalma” olanağı verdiğini ileri sürerek, bu hükmün devletin sosyal haklar lehine “hareketsizliği için bir silah oluşturduğunu” belirtmektedir. Oysa yazara göre yasama organının mali kaynakların yeterliliği ile ilgili takdir yetkisi “bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda değil, ‘ne ölçüde’ ve ‘nasıl’ gerçekleştirilebileceği” konusundadır. Yani yasama organı, “amaç” bakımından Anayasanın direktifi (olumlu edim gerektiren sosyal hakların gerçekleştirilmesi) ile bağlı, aracın yeterliliğinin takdiri yönünden “Anayasa çerçevesinde” (m. 65) serbesttir. Dolayısıyla anayasal hakların esas muhatabı olan devletin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusundaki hareketsizliği, “sosyal hakları açıkça güvence altına alan ve 11'inci maddesiyle Anayasa kurallarının bağlayıcılığını ilan eden Anayasaya aykırı bir durumdur.”⁹⁷¹

Nihayet Fazıl Sağlam, 65'inci maddeye daha ziyade sınırlayıcı bir anlam verildiğini belirterek, bunun sosyal devlet ilkesine karşı giderek duyarsızlaşmaya yol açtığını ifade etmektedir. Bunun temel nedeni maddenin 2001 öncesindeki halinde yer alan “ekonomik istikrar” ölçütüdür. Çünkü “mali kaynakların yeterliliği” ölçütü, deklaratif bir nitelik taşır ve bunun Anayasada yazsa da yazmasa da eşyanın doğası gereği var olan bir sınır olduğu genellikle göz ardı edilmektedir. Yani bir sosyal hakkın gerçekleşmesi devletin olumlu edimine bağlı ise, devletin yüklendiği ödev doğal olarak mali kaynakların yeterliliğine göre yerine getirilecektir. Bu nedenle 2001 öncesi sosyal haklar aleyhine asıl engel çıkaran 65'inci maddedeki “ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi” ölçütüdür. Bu ölçüt devletin sosyal haklar bakımından üstlendiği ödevlerini “nisbileştirerek sürekli ertelenmesini sağlayan bir işlev yerine getirmiştir.”⁹⁷²

⁹⁷¹ Gören, a.g.e., s. 144.

⁹⁷² Fazıl Sağlam, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal, 2008, s. 757.

Öte yandan 65’inci maddenin bugüne kadar ihmal edilmiş bir de “düzenleyici işlevi” vardır ki bu “mali kaynakların kullanılış ve tahsis önceliği” ile ilgilidir. Yani devlet Anayasanın verdiği sosyal ödevleri yerine getirirken “mali kaynaklarının belirli önceliklere göre” kullanmak zorundadır. Bu önceliklerin neler olduğu her zaman Anayasada açıkça yazmayabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince yorum yoluyla belirlenmesi gerekecektir. Bu bakımdan 2001 Anayasa değişikliği önemli bir reform ile devlete sosyal devletin amaca uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğünü getirerek hükmün bu düzenleyici işlevini açığa çıkmasına yardımcı olmuştur.⁹⁷³ Ancak doktrinde yapılan yorumlarda, genel olarak bugüne kadar Mahkemenin bu olumlu anayasal adımı sosyal haklar lehine kullanma eğiliminde olmaktan uzak olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷⁴

Sonuç olarak 65’inci maddede yer alan *mali kaynakların yeterliliği* ölçütü, “devlete bir esneklik tanımakla birlikte, uygun ve etkili edimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.” Bu nedenle sosyal hakların gerçekleştirilmesinde mutlak bir takdir yetkisi olmadığından, devlet mali kaynakları ölçüsünde her bir sosyal hak için devlet “önce asgari olanı yapmak ve her birini aşamalı olarak gerçekleştirmek” zorundadır. Yasamanın 65’inci madde bağlamındaki takdir yetkisi, münhasıran öncelikleri belirleme açısından söz konusudur.⁹⁷⁵

II. SERÜVENİN ANAYASA MAHKEMESİNDEKİ İZDÜŞÜMLERİ

Bu başlık altında AYM’nin ikinci bölümde ortaya koymaya çalıştığımız paradigma ile bir karşılaştırma yapmaya imkân veren kararlarındaki sosyal hakları koruma güdüsü

⁹⁷³ Sağlam, “Sosyal Devlet İlkesi...”, a.g.e., s. 758.

⁹⁷⁴ Kaboğlu, bu değişikliğin içerdiği kısmi iyileşmenin, henüz AYM kararlarına yansımadığını ve Mahkemenin “sosyal haklar lehine yeterli açılımı yapamadığını” belirtmektedir. (Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar...”, a.g.e., s. 55) Benzer şekilde Sağlam da, 2001 değişikliğinin “beklenen yararı sağladığına ilişkin somut bir uygulamadan” söz etmenin henüz mümkün olmadığını; beklenen yararın gerçekleşmesinin “sosyal devlet konusundaki duyarsızlığın aşılması” halinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. (Sağlam, a.g.e., s. 758.)

⁹⁷⁵ Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2008/1), s. 242-243.

tespit edilmeye çalışılacaktır. Bunun için Mahkemenin önce norm denetimi yoluyla verdiği kararlar ele alınacak, ardından ise 2012 yılında beri uygulanan “bireysel başvuru” yolunun Mahkemenin sosyal haklar bilançosundaki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bakımdan izleyen satırlarda verilecek sosyal haklar bilançosu, insan onuruna yaraşır bir hayatın gerekleri ile devletin yükümlülükleri arasındaki anayasacılık deneyimimizin Türk hukuk uygulamasında bıraktığı izlerin bir özeti mahiyetindedir.

A. NORM DENETİMİ

İlk bakışta Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bilançosu genel olarak birkaç hak üzerine odaklanmış gözükmektedir. Ancak Mahkemenin bu birkaç hak ekseninde verdiği sonuçların devletin olumlu edimini gerektiren boyutu ironik biçimde daha ziyade 1982 Anayasası döneminde verilen kararlarda toplandığı görülmektedir. Bu nedenle bu başlık esasen AYM’nin 1982 Anayasası dönemindeki öne çıkan sosyal hak içtihadını ele alacak, ancak yeri geldikçe Mahkemenin sosyal haklara karşı tutumunun geçirdiği değişim ya da dönüşümü açıklayabilmek için 1961 Anayasası dönemine geri dönecektir.

Sosyal hakların Türkiye’de 1982’den beri anayasa yargısı düzeyindeki denetimi genellikle *çalışma, sosyal güvenlik, sağlık ve eğitim* haklarına odaklanmıştır. Ama örneğin *konut* hakkı neredeyse hiç üzerinde durulmayan âtil bir hak görünümü vermektedir. AYM’nin bu hakları ele alırken kullandığı yöntem ve ölçütlerin, hak temelli yoruma dayanan genel ilkeler yerine, genellikle olaya özgü tespitler niteliğinde olduğu görülmektedir. Bu bakımdan Türk anayasa yargısında sosyal hakların dava edilebilirliği ile ilgili içtihadın, bir önceki bölümde ele alınan yargısal yaratıcılık örneklerine genel anlamda uzak olduğu söylenebilir.

Nihayet bu çalışmanın sınırları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların negatif boyutu, yani sendikal haklar, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt gibi çalışma

hayatına ilişkin devletin olumlu edimini gerektirmeyen haklarla ilgili içtihadı dikkate alınmamıştır. Zira çalışmanın bütünü boyunca anayasa yargısının sosyal hakları koruma fonksiyonu üzerine yapılan analiz hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukuku bakımından münhasıran devletin pozitif bir edimde bulunmasını gerektiren sosyal alan üzerine kurgulanmıştır. 1961 AY döneminde devletin olumlu edimini gerektirmeyen sosyal haklarla ilgili yoğun bir yargısal hareketlilik gözlemlenmektedir. Ancak bu hareketlilik aşağıdaki bilançonun kapsamında değildir. Çünkü çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan yargısal denetim paradigması, ancak devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar karşısındaki yargısal tutumun analizi ile anlaşılabilir.

Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara ilişkin tutumunu irdeleyebilmek, Mahkemenin *sosyal devlet* kavramını nasıl algıladığı ile doğrudan ilintilidir. Zira sosyal haklar, sosyal devlet mefhumunun ayrılmaz bir parçasıdır. Aslında bu iki kavram arasında sıkı bir korelasyon olduğu ve biri olmadan diğerrinin içi boş temennilerden ibaret kalacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Keza Mahkemenin sosyal devleti tanımlarken kullandığı ifade biçimleri ve vurguladığı kavramlar, sonraki kısımlarda somut olarak sosyal hakları nasıl ele alacağına yönelik ipuçlarını da beraberinde getirecektir. Bu nedenle ilk olarak Mahkemenin sosyal devleti nasıl tanımladığına değinmek uygun olacaktır. Bunun için Mahkemenin hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemindeki sergilediği benzerlik ve farklılıklar üzerinden hareket edilecektir.

Anayasa Mahkemesinin sosyal devleti nasıl tanımladığı üzerine yazılanlardan çıkan özet şudur: 70’li yıllarda verdiği muhtelif kararlarda AYM sosyal devleti “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” olarak tanımlamıştır. Seksenli yılların sonlarına kadar uzanan bu tanım doksanlı yılların başından itibaren değişmeye başlamış ve Mahkeme bu sefer sosyal devleti “vatandaşın sosyal durumu ve refahı ile ilgilenen ve

onlara asgari yaşam düzeyi sağlayan devlet” olarak tanımlamaya başlamıştır.⁹⁷⁶ Gerçekten de Mahkemenin 1967 yılındaki bir kararına göre sosyal devlet “*ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan... devlet demektir.*”⁹⁷⁷ 1982 AY döneminin ilk yıllarındaki bir kararında Mahkeme bu tanımları aynen tekrarlamıştır.⁹⁷⁸ AYM 1972 tarihli bir kararında ise sosyal devletin “*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet*” demek olduğunu belirtmiştir.⁹⁷⁹ Bu tanım da AYM’nin 1988’de verdiği bir kararda aynen tekrarlanmıştır: “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir.”⁹⁸⁰

Mahkemenin 1967 ve 1985 ile 1972 ve 1988 tarihli kararları arasında bir benzerlik/etkileşim olduğu gözlemlenmektedir. Yani Mahkeme 1982 AY döneminde birkaç yıl arayla, 1961 AY döneminde sosyal devleti tanımlamak için verilen iki farklı içtihadı da kullanmıştır. Mahkemenin çok yeni tarihli bir kararında ise bu iki içtihadın bir sentezine ulaşılarak, sosyal devletin “toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumunda” olduğu vurgulanmış ve sosyal devlet “*kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan,... çalışma hayatını geliştiren ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna*

⁹⁷⁶ Sağlam, a.g.e., s. 754-755.

⁹⁷⁷ E.1963/336, K.1967/29, KT. 26-27.09.1967.

⁹⁷⁸ E. 1984/9, K. 1985/4, KT. 18.2.1985.

⁹⁷⁹ E. 1972/2, K. 1972/28, KT. 23.5.1972. Aynı yönde bkz. E. 1972/16, K. 1972/49, KT. 17.10.1972.

⁹⁸⁰ E.1988/19, K. 1988/33, KT. 26.10.1988.

*uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlet” olarak tanımlanmıştır.*⁹⁸¹

Türk anayasa yargısında devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların bıraktığı iz yoğunlukla 1961 AY m. 53 ve 1982 AY m. 65 ekseninde yoğunlaşmıştır. Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası döneminde AYM’nin sosyal haklar üzerinde harcadığı mesai, yoğunlukla devletin olumlu edim gerektiren sosyal hakların sınırı üzerindeki takdir yetkisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Bir diğer ifadeyle “Türkiye özelinde sosyal hakların yargı tarafından korunması, Anayasanın 65’inci maddesi karşısında alınan yargısal yorum ve tutumlarla ilintilidir.”⁹⁸² Aşağıda bu hükümlerden hareketle Anayasa Mahkemesinin *sosyal haklar bilançosu* verilmeye çalışılacaktır. Ancak bunu yaparken esasen yürürlükteki anayasa döneminde Mahkemenin tutumu esas alınacak, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadı ise gerektiği kadar değinilecektir.

AYM’nin 1961 Anayasası dönemindeki sosyal hak tutumuna ilişkin tartışmaların, beklenildiği gibi genellikle 53’üncü madde etrafında yoğunlaştığı görülmektedir. Bu bağlamda 1961 Anayasasının 53’üncü maddesi karşısında doktrindeki hâkim görüş devletin bu madde ile verilen takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve maddenin sosyal haklarla ilgili her konuda devletin asgariyi gerçekleştirme görevini ortadan kaldırmadığını kabul etmesine rağmen; Anayasa Mahkemesinin uygulamasına bakıldığında, 1961 Anayasası döneminde Mahkemenin eğiliminin 53’üncü maddenin yasamaya sınırsıza yakın bir takdir yetkisi tanıdığı yolunda olduğu aktarılmaktadır.⁹⁸³

⁹⁸¹ E. 2013/111, K. 2014/195, KT. 25.12.2014. Aynı tanımın kullanıldığı bir başka yakın tarihli karar için bkz. E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14.5.2015. Bu kararda AYM bir önceki karara ilaveten, çağdaş devlet anlayışının sosyal devletin “tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını” gerekli kıldığını ifade ederek, sosyal devleti “sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlet” şeklinde tanımlamıştır.

⁹⁸² Oder, a.g.e., s. 211.

⁹⁸³ Tanör, *Anayasa Hukukunda...*, a.g.e., s. 350.

Tanör, AYM'nin 53'üncü madde karşısında 1960 ve 70'li yıllardaki “ürkek” tutumunun “hiç de doktrinde beliren eğilimlere uygun düşmediğini” ve Mahkemenin “adeta sosyal hakların gerçekleştirilmeyişinin başlıca nedenlerinden biri olarak 53'üncü maddeyi gören yazarlara hak verir ya da verdirircesine, bu alanda yasamanın takdir yetkisinin sınırsızlığın kabul etmiş gibi” bir tutum sergilediğini; bu nedenle Mahkemesinin kararlarında “yasamanın takdir yetkisinin denetlenebileceği yolunda bir eğilime” rastlanmadığını ve Mahkemenin devletin sosyal haklarla ilgili ödevlerini yerine getirmemesinin yarattığı hukuki sorunlara yaklaşmaktan çekindiğini belirtmektedir.⁹⁸⁴

Gerçekten de Mahkemenin daha ilk yıllarında sosyal güvenlik hakkı ile ilgili verdiği bir kararında “*bu hüküm (m. 53) uyarınca, kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeye yetkilidir*” diyerek⁹⁸⁵, devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesindeki yükümlülüğünü alabildiğine gevşetmiş; “yasamanın özneler açısından ‘önceliklerin belirlenmesi’ konusundaki takdir yetkisini adeta sınırsız saymıştır.”⁹⁸⁶ Bu bakımdan Tanör, çok sınırlı ve ürkek ölçüler

⁹⁸⁴ Tanör, **Anayasa Hukukunda...**, a.g.e., s. 378.

⁹⁸⁵ AYM, E. 1963/138, K. 1964/71, KT 11/12/1964, AYMKD, II, 215. İlginç olan AYM bu kararda aslında yasama organının olumlu edim gerektiren sosyal güvenlik hakkını hem tanıyıp hem de onun özüne dokunarak ihlal ettiğine karar vermiştir. (Tanör, **Anayasa Hukukunda...**, a.g.e., s. 350-351). Diğer bir ifadeye aslında AYM bu kararda devletin “bir sosyal hakkı gerçekleştirirken o hakkın özüne dokunan bir düzenlemede bulunup bulunmadığını” inceleyerek şöyle demiştir: “*Anayasa'nın 48 inci maddesi gereğince, sosyal güvenlik aynı zamanda herkes için bir haktır. Anayasa koyucusu bu hükümle, bütün yurttaşların bu güvenlikten yararlanmalarını sağlamak istemiş fakat bunun gerçekleşmesinin, zamana ve bazı koşullara bağlı olduğunu göz önünde tutarak 53'üncü maddede, devletin, bu bölümde belirtilen ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak ekonomik gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceğini açıklamıştır. Bu hüküm uyarınca, kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeye yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur. Belli suçları işlemiş olmak gibi kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında bir ayırım yapamaz ve verdiği bir hakkı, özellikle kazanıldıktan sonra, bazı kişilerden geri alamaz. Böyle bir ayırım veya geri alma, Anayasa'nın 48 inci maddesinin hem amacına hem de bu maddedeki "Herkes" kaydı anlamına aykırıdır. Aksi düşünülecek olursa, kanun koyucunun bütün sosyal ve ekonomik haklar için aynı şeyi yapabileceğini de kabul etmek gerekir ki bu halde yalnız sosyal güvenliğin değil Anayasa'nın kurduğu, sosyal devlet düzeninin de zedelenmesine yol açılmış olur.*”

⁹⁸⁶ Tanör, **Anayasa Hukukunda...**, a.g.e., s. 306.

içinde de olsa AYM'nin aksi yönde kararlarına rastlanmaktaysa da⁹⁸⁷, haklı olarak 1961 AY döneminde Mahkemenin genel eğiliminin “devletin sosyal haklardan doğan ödevlerini yerine getirmeyişini denetlemeye pek istekli olmadığını” yazmaktadır.⁹⁸⁸

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası ile birlikte sosyal haklar alanında pek çok uyuşmazlıkla karşı karşıya kalmıştır. Mahkemenin bu uyuşmazlıklardaki genel tutumunun genel olarak tutarsız, argümantasyon değil hüküm odaklı ve istikrarsız olarak nitelemek yanlış olmayacaktır. Bunun böyle olması hem Mahkeme üyelerinin sosyal haklara yönelik bilgi ve ilgisinin zayıflığı, hem de kurumsal bir aktör olarak Mahkemenin anayasanın sosyal haklar bölümünü ciddiye alma kaygısında olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme 1982 Anayasasını zaman zaman sosyal haklar lehine yorumlamış ise de devletin 65'inci maddeyi görevlerinden kaçınabileceği bir zırh olarak kullanmasının önünü kapatacak sağlam bir duruş benimsediğini söylemek zordur. AYM'nin sosyal haklar içtihadı 80'li yıllarda ürkek birkaç girişimle sınırlı kalmış, 90'larda çok daha ciddi ve cesur adımlar atmaya çalışmış, 2000'li yıllardan günümüze uzanan süreçte ise sosyal haklar, ülkenin içinde düştüğü başka anayasal açmazların gölgesinde kalmıştır. Aşağıdaki satırlar işte bu kısa tespitin anayasa hukuku perspektifiyle okunmaya çalışılan öyküsüdür.

1. Birinci Dalga: Tedirgin İzler

AYM gecekondü niteliğindeki yapı sahiplerinin SSK'na pirim borçlusu sayılmamalarını öngören yasal düzenlemeyle ilgili 1986 yılında verdiği kararında, Anayasanın 5'inci maddesi bağlamında sosyal devletin *sosyal adalet ve insan onuruna yaraşır biçimde yaşama* unsurlarını ön plana çıkararak sosyal güvenlik hakkını ele almış ve “devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddî ve manevî varlığının

⁹⁸⁷ Tanör bu yönde şu kararları zikretmektedir: E. 1963/172, K. 1963/244, KT 21.10.1963; E. 1963/31, K. 1971/3, KT 12.01.1971; E. 1971/19, K. 1971/61, KT 26.06.1971; E. 1971/44, K. 1972/29, KT 06.06.1972.

⁹⁸⁸ Tanör, *Anayasa Hukukunda...*, a.g.e., s. 380.

gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususlar da yer aldığını” vurgulamıştır.⁹⁸⁹ Mahkeme sosyal güvenlik ile anayasanın 5’inci maddesi arasında sıkı bir bağlantı kurarak, sosyal güvenliğin “yarattığı gelecek güvencesiyle” kişilerin mutluluğunu sağlama amacına hizmet eden bir araç olduğunu vurgulamıştır.⁹⁹⁰ Böylece Mahkemenin Anayasanın 5. ve 60. maddeleri arasında kurduğu bağlantının, bu iki hüküm arasındaki “organik ilişkiyi” belirlediği ifade edilmektedir.⁹⁹¹

Bununla birlikte aynı kararda Anayasa Mahkemesi davayı itiraz yoluyla taşıyan yerel mahkemenin anayasanın 5’inci maddesine aykırılık iddiasını “devletin daha önemli telakki ettiği sosyal çıkarlar için borçlularından vazgeçebileceğini” belirterek reddetmiştir. Konuyu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşıyan yerel mahkeme Anayasanın 5’inci maddesi bakımından “insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yükümlü olan devletin, bu şartların gelişmesi için kurulan sosyal güvenlik kuruluşlarının kaynaklarını azaltma yetkisine sahip olmadığını; kaynak azalması sonucunu yaratacak olan itiraza konu hükmün Anayasa’nın 5. maddesine aykırı olduğunu” ileri sürmüştür.

Buna karşın AYM devletin kişinin sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilâtı kurmak ödevini yerine getirirken, “kaynağı belirlemek, yeni kaynaklar yaratmak, kimilerinden vazgeçmek, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarını birleştirmek, icabında başka bir yapıya sahip kılmak hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu söz götürmez” diyerek dava konusu düzenlemenin Anayasa’nın 5. maddesine aykırı olmadığına karar vermiş, böylece devletin özgürleştirme ödevinde

⁹⁸⁹ E.1986/16, K.1986/25, KT: 21.10.1986, RG: 31.01.1987-19358.

⁹⁹⁰ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 129.

⁹⁹¹ Mehmet Akad, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 74.

sahip olduğu *takdir yetkisine* geniş bir pencere açmış ve 5'inci maddenin *programatik* (program hüküm) niteliğini öne çıkarmıştır.⁹⁹²

Karara göre bu davada *devletin daha önemli telakki ettiği çıkar*, “düzensiz ve çarpık yapılaşma sonucu inşa edilmiş sayıları büyük rakamlara ulaşan ve çok büyük bir kesimi gecekondur niteliğinde, daha ziyade işçi çalıştırılmadan karşılıklı yardımlaşma suretiyle yapılmış yapı sahiplerinin SSK'na prim borçlusu sayılmamaları” olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan Akad'a göre bu karardan anlaşılan gecekondur yapımında işçi çalıştırılmadığı için, bu yapılarda “sosyal sigortalar sistemine giren ve primi gerektiren bir eylem ve işlem” gerçekleşmemiştir. Böyle olunca “5. maddede belirtilen devletin temel amaç ve görevlerinin de bu bağlamda geçerli olduğu söylenemeyecektir, çünkü burada Devlet, bir başka kesim lehine bir kamu kurumunun parasal kaynaklarına set çekmiştir.”⁹⁹³

Dahası Mahkemeye 65'inci madde bakımından devletin sosyal güvenlik alanında “kaynağı belirlemek, yeni kaynaklar yaratmak, kimilerinden vazgeçmek, hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu söz götürmez” diyerek, 65'inci madde bağlamında sigorta primlerinin tahsil edilmesinden vazgeçilmesini bu takdir yetkisinin kapsamında görmektedir. Ancak ilginç biçimde Mahkeme bunu söyledikten hemen sonra “kurum kaynaklarının yetmezlik gösterdiği alanlarda ona yardım edecek olan yine devlet” olduğunu belirterek, eğer SSK sosyal güvenlik hakkını sağlamada yetersiz kalırsa, bu durumda kuruma yardım etme ödevinin devletin üzerinde olduğunu belirterek, sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesinde devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır.

Mahkeme 1988 yılında ise kamuoyunda “süper emeklilik” olarak bilenen 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen Geçici 5. maddeyi Anayasanın 2., 10. ve

⁹⁹² Oder, a.g.e., s. 209.

⁹⁹³ Akad, **Sosyal Güvenlik Hakkı**, a.g.e., s. 74-75.

60. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁹⁹⁴ Geçici 5. madde ile sosyal sigorta sisteminde yeni bir borçlanma esası getirilerek, en üst göstergeden aylığa hak kazanan ve yaşlılık, malullük ve ölüm sigortalarından aylık alanların, borçlanma karşılığında aylıkların yaklaşık %300 oranında artışı sağlanmıştır. Mahkeme bu düzenlemeyi iptal ederken önce “aynı sosyal güvenlik kurumu içerisinde... aynı amaçlar için riziko ortaklığına girmiş sigortalılardan..., bir grubun, diğerlerinden ayrılarak kendilerine ‘özel’ denilebilecek bir güvenliğin sağlanması” ve böylece “kurumun kaynaklarının dengesiz bir biçimde tahsisinin, sosyal güvenliğin dayandığı ilkelerle bağdaşmadığını” belirtmiş; ardından da sosyal güvenlik kavramının “toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılmasını” gerektirdiğini vurgulayarak, dava konusu madde ile bir grup sigortalının yaşam düzeylerinin ötekilere oranla çok farklı bir biçimde yükseltilmesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Böylece Mahkeme, sosyal devlet ile sosyal güvenlik ilkesi arasındaki organik, kurumsal bağlantıyı ve sosyal güvenlik ilkesinin “özünü” açıklamıştır.⁹⁹⁵

Ayrıca Anayasa Mahkemesi dava konusu borçlanma sisteminin Anayasa'nın 65. Maddesi ile bir ilgisini görmeyerek, bu konuda yasa koyucunun bir takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmemiştir.⁹⁹⁶ Mahkemenin *süper emeklilik* düzenlemesini iptal ederken, meseleyi 65'inci madde bakımından değerlendirmekten kaçınmasını, Sağlam'ın ifadesiyle 65'inci maddenin *düzenleyici işlevine* ilişkin talihsiz bir yorum olarak okumak da mümkündür. Zira Sağlam'a göre 65'inci maddenin düzenleme işlevi, anayasada belirtilen sosyal ve ekonomik ödevlerin, yerine getirilecek ödev açısından *olumlu bir davranış ölçüsünü* de barındırdığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla “devlet

⁹⁹⁴ E. 1988/19, K. 1988/33, KT. 26.10.1988.

⁹⁹⁵ Akad, **Sosyal Güvenlik Hakkı**, a.g.e., s. 77.

⁹⁹⁶ Akad, **Sosyal Güvenlik Hakkı**, a.g.e., s. 78.

65'inci maddeye göre mali kaynağı yetersiz olan bir kurumu taşıyamayacağını bildiği ya da bilmesi gerektiği ek bir yükün altına sokmamalıdır. Aksi takdirde bu maddeyi ihlal etmiş olur.” Nitekim Sağlam’a göre SSK’nın “kaynaklarını tüketen, haksız külfetler yükleyerek, onu sosyal güvenliği sağlamakta yetersiz düşüren borçlanma sistemi” (süper emeklilik) de hükmün düzenleyici işlevini görmezden gelen bir düzenlemenin örneğidir. Ancak bu düzenleme iptal edilmesine rağmen, 65'inci maddeye aykırı görülmemiştir.⁹⁹⁷

Mahkemenin seksenlerdeki son *sosyal hak olayı* sağlık hakkını ele aldığı ve bedelli sağlık hizmeti ve özel sağlık kuruluşlarının ücretlerine ilişkin karardır.⁹⁹⁸ Hemen belirtmek gerekir ki AYM’nin sağlık hakkı ilgili kararları, özellikle 1987 yılından itibaren yoğunlaşmaya başlamış ve ilerleyen yıllarda yeni mevzuat ile birlikte giderek artmıştır. Bu yargısal hareketliliğin temel sebebi, 1987’de yürürlüğe giren Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve ilerleyen yıllarda sağlık hizmetlerinin sunulmasını temelden etkileyen diğer mevzuattır. Ancak 1987’den önce sağlık hakkı alanında bir yargısal hareketlilik görülmemesinin bir diğer nedeninin de, bu tarihten önce öncesi sağlık alanında devletin faaliyetinde düzenli bir gelişme yaşanması, dolayısıyla Mahkemenin önüne sağlık hakkı ile ilgili önemli bir davanın gelmemesi olduğu belirtilmektedir.⁹⁹⁹

Sağlık hakkının en önemli unsurlarından biri olan *temel tıbbi kaynaklara ulaşma* hakkı bakımından, sağlık hizmetlerinin ücretsiz olarak karşılanması gerektiği sıkça ileri sürülen argümanlardan biridir ve bireylerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için katkı payı ödemek zorunda olup olmadıkları oldukça tartışmalı bir konudur.¹⁰⁰⁰ Bu bağlamda sağlık hakkının bu tartışmalı alanında “düşük düzeyli bir korumaya” örnek

⁹⁹⁷ Sağlam, a.g.e., s. 759.

⁹⁹⁸ E.1987/16, K.1988/8, KT: 19.4.1988, R.G. Tarih-Sayı 23.08.1988–19908.

⁹⁹⁹ Çiğdem Sever, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay, Ankara, TODAİE Yayınları, 2014, ss. 469-490, s. 481.

¹⁰⁰⁰ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı: Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla**, İstanbul, Legal, 2012, s. 170.

gösterilebilecek bu karar, sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini anayasanın 65'inci maddesi bakımından haklı görmekle kalmamış, devletin sağlık hizmetleri alanındaki ödevini mutlak ve eksiksiz yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükler olarak görmemiştir.¹⁰⁰¹ Bu yönüyle karar Mahkemenin 1990'larda kurmaya çalıştığı *güçlü sosyal hak* anlayışı öncesinde son kötü örnek, ancak 2000'lerde yeniden hortlayacak *zayıf koruma* geleneğinin de ilk adımlarından biri olarak görülebilir.

Gerçekten de Mahkeme iptali istenen 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun bazı hükümlerinin Anayasanın 56'ncı maddesine uygun olduğuna karar verirken, “klasik idare hukukunun kamu hizmetini bedelsiz karşılaması zorunluluğunun değiştiği ve artık hizmetten yararlananlardan bir karşılık alınması ve bunun ödeme gücüne göre olması yönünde değiştiğini” belirterek, sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesinde anayasal bakımdan bir sakınca görmemiştir. Ancak anayasaya uygunluğu gerekçelendirirken Mahkemenin Anayasa'nın 56. maddesinin güvenceye bağladığı hak ve ödev ile öngörülenlerin gerçekleşmesi yönünden “Anayasa buyruklarının yeterince yerine getirilmemesi, bunlara tümüyle uyulamaması, yasa kurallarının gereksinimleri karşılayacak düzeyde ve güçte olmaması her zaman Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz, bir eksiklik ya da boşluk söz konusu olabilir” ifadesi ile hem eksik düzenlemenin iptal sebebi olmadığı hem de 56'ncı maddede belirtilen devlet ödevlerini program hüküm olarak kabul edildiği sonucuna yol açmaktadır.¹⁰⁰²

AYM dava konusu Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda yer alan ve özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifesinin gerek görüldüğünde Sağlık Bakanlığınca onaylanmasını öngören bir diğer düzenlemeyi incelerken ise, Anayasa'nın 5. maddesi ışığında, özel sağlık kurumlarının hizmet karşılığı aldıkları ücretlerin genelde serbest bırakılmasını, bu kuruluşların Devlet tarafından özendirilmesinin bir yolu olduğunu

¹⁰⁰¹ Oder, a.g.e., s. 227.

¹⁰⁰² Oder, a.g.e., s. 227; Üzeltürk, a.g.e., s. 90.

kabul etmiş; bu nedenle söz konusu kuralın sağlık hizmetlerinden, dar ve sabit gelirliilerin yoksun bırakılmalarına yol açacağını ileri sürmenin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Oysa Yargıç Aliefendioğlu'nun karşı oyunda belirttiği gibi, “devlet Anayasanın 56. maddesinin verdiği görevi (herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama), özel sağlık kurumlarından da *yararlanarak* ve onları *denetleyerek* yerine getirmek zorundadır ve özel sağlık kurumlarınca verilecek sağlık hizmetleri karşılığında alınacak ücretin denetlenmesi, 56'ncı maddenin devlete yüklediği görevin kaçınılmaz bir gereğidir.” Bu nedenle Aliefendioğlu'na göre, “dava konusu hüküm uyarınca, idarenin özel sağlık kuruluşlarının ücret tarifelerini yalnızca 'gerek görürse' onaylamasını öngöre düzenleme, bu kuruluşların ücret tarifelerini arz ve talep esasına göre serbestçe yaparak uygulamasına, böylece Anayasanın, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde devlete görev olarak verdiği denetim yetkisinin Bakanlıkça gerek görülmediği takdirde ücret tarifelerinin onaylanmayarak ücrete ilişkin denetim görevinin yerine getirilmemesine yol açacağı için” Anayasanın 56. ve 2. maddelerine aykırıdır.¹⁰⁰³

Ayrıca idare tarafından bazı özel sağlık kuruluşlarının fiyat tarifeleri onaylanırken diğer bazılarının onaylanmaya ihtiyaç duyulmaması, “eşitlik” ilkesi açısından sorunlu olduğu gibi; söz konusu yetkinin esasları belirtilmediği için “keyfileşme” olasılığını da barındırdığı işaret edilmektedir.¹⁰⁰⁴ Ancak bu savların hiçbirisi Mahkemenin çoğunluğunda bir karşılık bulmamış, devletin özel sağlık kurumlarının ücret politikasını denetlemek ödevinden kaçınması, Anayasanın 56'ncı maddesinde güvence altına alınan sağlık hakkına aykırı bulunmamıştır.

¹⁰⁰³ Aynı karar, Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoyu. (www.anayasa.gov.tr)

¹⁰⁰⁴ Üzeltürk, a.g.e., s. 91.

Nihayet Mahkeme dava konusu kanunda yer alan “kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilân edilir” hükmünü *sosyal devlet* ilkesi bakımından anayasaya uygun bulmuştur. Mahkemeye göre “bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan 'fiyat'ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri asgarî düzeyde karşılayan 'ücret'in 'fiyat' sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî işletmenin 'satış' yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir.”

Bu hükümde hemen dikkati çeken, bakanlığın sunulan hizmetlerin *fiyatını* tespit edeceğinin belirtilmiş olmasıdır. Oysa düzenleme konusu olan şey, Mahkemenin ifadesiyle, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasında en önemli etken olan kişi sağlığı”dır. Yani bu hüküm sağlık hizmetlerinin, devletin her yurttaşına sunmak zorunda olduğu bir hakkı değil, fakat fiyatı önceden belirlenerek satışa çıkarılan bir ticari bir nesneyi düzenlediği izlenimini uyandırmaktadır. Dolayısıyla devletin ve Mahkemenin yeterli sağlık bakımını bir *hak* değil, daha ziyade satışa sunulan bir *meta* olarak kabul ettiğini düşünmek yanlış olamayacaktır. Ancak yine Aliefendioğlu’nun karşı oyunda haklı olarak ifade ettiği gibi, sağlık hizmetlerinin, ekonomik bir işletme anlayışı içinde piyasa koşullarına göre oluşan bir fiyat esasına göre yürütülmesi, istenen bedeli ödeyemeyenlerin sağlık hizmetlerinden yararlanamamalarına yol açacaktır ki bu durumu ne sosyal devlet ilkesiyle ne de sosyal hakların altında yatan temel dinamiklerle bağdaştırmak mümkün değildir.

Nihayet AYM ilk dalganın son kararında¹⁰⁰⁵, İmar Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir” şeklindeki düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur. Sorunu itiraz yolu ile AYM'ne taşıyan mahkemenin söz konusu yasa hükmüne dayanılarak tapulu taşınmazın bir kısmının karşılıksız olarak Belediye'ye mal edilmesinin, kuralın uygulandığı arsa veya araziler üzerinde "kamulaştırma yapılmaksızın ve arsa sahibinin onayı alınmadan tek yanlı, doğrudan doğruya yapılan bir işlemle, taşınmazların gerçek karşılığı verilmeden bedelsiz olarak" işlem yapılmasına yol açtığı ve bunun Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek anılan kuralın iptal edilmesi istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralı mülkiyet hakkı ve kamulaştırmaya ilişkin anayasal kurallara uygun bulurken, itiraz yoluna giden yerel mahkemenin anayasaya aykırılık iddiaları arasında bulunmamasına rağmen meseleyi Anayasa'nın *konut hakkını* düzenleyen 57'nci maddesine aykırılığı bakımından da değerlendirmiştir. Mahkeme dava konusu düzenleme ile belediyece imar uygulamasının gerçekleştirilmesinin, “Anayasa'nın 57. maddesinde yer alan konut hakkının gereğince kullanabilmesi için Devlete verilen görevin gereği olduğu; Anayasa'nın 65. maddesine göre Devlet tarafından yapılması zorunlu sosyal ve ekonomik tüm görevlerin hemen yerine getirilmesi güç olduğu ve belirli nitelikteki yerleşim birimleri için tasarlanan imar planlarının uygulanmasında “yalnızca kamulaştırma yoluna gidilmesi yoluyla sorunların çözümlenmesindeki kimi güçlükler, ülkemizin imar düzenlemelerinde engeller

¹⁰⁰⁵ E. 1990/7, K. 1990/11, KT. 21.6.1990.

oluşturacağı” gerekçesiyle Anayasa aykırılık iddialarını reddetmiştir. Bu bağlamda kararın, bir yandan 65’inci madde bakımından devletin takdir yetkisinin sınırlarını geniş tutarak “mali kaynakların yeterliliği” ölçütünü sosyal haklar aleyhine yorumladığı, diğer yandan da teknik ve maddi sorunlar nedeniyle konut hakkını “derhal gerçekleştirilmesi gerekmeyen”, bir hak olarak kabul ettiğine işaret edilmektedir.¹⁰⁰⁶

Kararda geçen “devletin sosyal ve ekonomik tüm görevlerinin hemen yerine getirilmesinin güç olduğu” iddiası, sosyal haklar literatüründe sıklıkla kullanılan “aşamalı gerçekleştirme” (progressive realization) kavramına denk düşer. Sosyal hakların “aşamalı gerçekleştirilmesi” kavramı, esasen ESKHS’de öngörülmüş olan bir ölçüttür. Sözleşmede taraf devletlerin bu sözleşmede öngörülen hakların tam ve aşamalı olarak gerçekleştirecekleri hükme bağlanmaktadır. (m. 2/1) Bununla birlikte Sözleşmenin uygulayıcı konumundaki ESKHK, Sözleşmede öngörülen devlet yükümlülüklerinin hepsinin aşamalı gerçekleştirmeye uygun olmadığını ve bazı yükümlülüklerin derhal uygulanacağını kabul etmiştir. Devletin sosyal haklara ilişkin ödevlerin derhal uygulanacak olması ise devletin eylem veya ihmalinden kaynaklanan hak ihlallerinin denetlenebilmesinin temelini oluşturarak, sosyal hakların sadece programatik hükümler olmadığını ve bazı doğrudan icra edilebilir yükümlülükleri emrettiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla devletin derhal uygulanması gereken sosyal hak yükümlülüklerine uymaması dava edilebilirdir.¹⁰⁰⁷

AYM’nin bu karardaki tutumunun Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kullandığı *aşamalı gerçekleştirme* yaklaşımı ile de benzeştiği ileri sürülmektedir.¹⁰⁰⁸ Ancak kanımızca AYM’nin *aşamalı gerçekleştirme* kavramına değinmiş olması, Mahkemenin gerçekten bu kavram ile ilgili tutarlı bir argümantasyon

¹⁰⁰⁶ Oder, a.g.e., s. 229.

¹⁰⁰⁷ ICJ (2008), a.g.e., s. 25-27.

¹⁰⁰⁸ Oder, a.g.e., s. 229.

kullandığı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de ikinci bölümde değinildiği gibi, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin, bazı kararlarında sosyal hakların aşamalı gerçekleştirilmesine ağırlık vererek daha uyumlu ve devlet politikasına riayet eden bir tutum benimsediği doğrudur. Bunun böyle olması da bir bakıma normaldir; zira 1996 Güney Afrika Anayasasının 26'ncı maddesi açıkça *aşamalı gerçekleştirme* kavramını konut hakkının gerçekleştirilmesinin bir şartı olarak öngörmüştür.¹⁰⁰⁹ Keza Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sosyal hakların gerçekleştirilmesinde, devlete geniş bir takdir alanı bırakan daha ilk kararlarında Anayasanın kişilere sosyal hakların “derhal gerçekleştirilmesini” isteme yetkisi tanımadığını kabul etmiştir. (Bkz. *Soobramoney*, 1998)

Bununla birlikte GAAM'nin zaman içinde evrilen sosyal hak yaklaşımı, devletin sosyal hakları aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğünü makul olmayan biçimde ihlal etmesi halinde anayasa aykırılık bulmaktan çekinmemiş, konut hakkı bakımından derhal etki yaratma ilkesine cesur kararlar ile hayat vermiştir.¹⁰¹⁰ Özellikle Mahkemenin Güney Afrika Anayasası m. 26/3'te düzenlenen zorunlu tahliyeyle ilişkin kararları sosyal hakların derhal uygulanması gereğinin en güzel örneklerindendir. Bu kararlarda benimsenen tutuma göre devletin herkese konut sağlama ödevini aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğü yanında, kimseyi uygun hukuki usule uymadan konutlarından zorunlu tahliye etmemek şeklindeki yükümlülüğü derhal uygulanacak olan bir yükümlülüktür.

¹⁰⁰⁹ Güney Afrika Anayasasının “Konut” başlıklı 26'ncı maddesi şöyledir:

(1) *Herkes yeterli konuta erişme hakkına sahiptir.*

(2) *Devlet mevcut kaynakları ölçüsünde, bu hakkın aşamalı gerçekleşmesini sağlamak için makul düzeyde yasal ve diğer tedbirleri almak zorundadır.*

(3) *Hiç kimse ilgili koşullar dikkate alındıktan sonra verilen bir mahkeme kararı olmaksızın konutundan tahliye edilemez ya da hiç kimsenin konutu yıkılamaz. Kanunlar keyfi tahliyeyle müsaade edemez.* (Çeviri bize ait)

Ayrıca Güney Afrika Anayasasının sağlık, beslenme, sosyal güvenlik ve eğitim haklarını düzenleyen 27 ve 29'uncu maddelerinde de devletin bu hakları aşamalı olarak gerçekleştirileceği (progressive realisation) belirtilmektedir.

¹⁰¹⁰ Bu yönde *Grootboom*, *Olivia Road*, *Joe Slovo* ve *Abahlali baseMjondolo* kararları zikredilebilir.

Dolayısıyla kanımızca AYM'nin kararının bir yerinde *aşamalı gerçekleştirme* kavramını bilerek veya bilmeyerek zikretmiş olması, başlı başına Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ile kıyaslanabilecek bir yargısal tutuma sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan Türk Anayasa Mahkemesinin, Güney Afrika Anayasa Mahkemesine kıyasla konut hakkına karşı “çekingen davrandığını” söylemekte hiçbir behis yoktur.¹⁰¹¹ Aksine ikinci bölümde incelenen kararlar dikkate alınırsa, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin sosyal hak algısının, sadece konut hakkı bakımından bile Türk AYM'nin sosyal hak dünyasından çok aşkın nitelikte olduğu ileri sürülebilir.

2. İkinci Dalga: Mahkemenin Sosyal Hak Açılımı

Anayasa Mahkemesi sosyal hakların korunması lehine 90'lı yıllarda önemli bir aşama kat etmiştir. Bu dönemde özellikle sosyal güvenlik, sağlık, eğitim gibi devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar bakımından Mahkemenin kritik meselelerde sosyal hakların korunmasına önemli ve sağlam bir katkıda bulunmaya gayret ettiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bilançosunun ikinci dalgasına düşen olumlu izlerden ilki Mahkemenin, Sosyal Sigortalar Kanunda yapılan bir değişiklik ile hastalık hallerinde sigortalılara yapılacak sağlık yardımlarından faydalanmanın üst sınırının 18 ay ile sınırlandırılmasını öngören hükmü anayasaya aykırı bularak iptal ettiği 1991 tarihli kararıdır.¹⁰¹² Bu karar Mahkemenin sosyal güvenlik hakkını Anayasanın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı ile

¹⁰¹¹ Zülfiye Yılmaz, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, *İÜHF*, C. LXXII, No. 1 (2014), s. 717.

¹⁰¹² E. 1990/27, K. 1991/2, KT. 17.1.1991, RG: 19.08.1991-20965. 1964 gün ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun hastalık sigortasını düzenleyen üçüncü bölümünde yer alan “Sağlık yardımlarının süresi” başlıklı 34'üncü maddesi şöyledir: “(1) Hastalık hallerinde yapılacak sağlık yardımları sigortalının iyileşmesine kadar sürer. (2) Ancak, bu yardımlar sigortalının Kurumca tedavi altına alındığı tarihten başlayarak altı ayı geçemez. (3) Hastalık hallerinde yapılacak sağlık yardımları sigortalının iyileşmesine kadar sürer. Ancak, bu yardımlar sigortalının Kurumca tedavi altına alındığı tarihten başlayarak altı ayı geçemez. Şu kadar ki, tedaviye devam edilirse malûllük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği, Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporları ile anlaşılırsa bu süre 18 aya kadar uzatılır.” Karar üçüncü fıkradaki altılı çizdiğimiz ibareyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

bağlantılandırarak¹⁰¹³, sosyal güvenlik hakkını özgürlükçü bir yaklaşımla ele alabilmeyi¹⁰¹⁴ başatabildiği nadir örneklerdendir. Bu yönüyle karar, Hindistan Yüksek Mahkemesinin sosyal hakların dava edilebilirliğini savunmak için benimsediği tutumu akla getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, meseleyi Anayasa m. 17 bakımından “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devletin... amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri ‘yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını’ zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir” şeklindeki tespitiyle ele almaya başlamış ve sigortalılara 18 aydan fazla sağlık yardımı yapılmamasını öngören dava konusu hükmü, “sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından” Anayasa’nın 17. maddesine aykırı bulmuştur. Ayrıca Mahkeme, sağlık hakkı bakımından “devletin kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı” düzenlemelerin Anayasa’nın 56. maddesine de aykırı olduğuna kanaat getirmiştir.

Nihayet Mahkeme sosyal güvenlik hakkı (m. 60) bağlamında dava konusu hükmün “Anayasa’da yerini almış ‘sosyal güvenlik hakkını’ bir süre sonra kullanılmaz duruma getirmekte, sosyal güvenlik hakkının öğelerinden biri olan sağlık yardımı bu sürenin sonunda etkisiz kalmakta” olduğu gerekçesiyle 60’ıncı maddeye aykırı bulmuştur. Devletin yükümlülüklerinin sınırı bakımından ise Mahkeme, sosyal güvenlik hakkının, 17. madde ile çok sıkı bağlantı içinde olduğu, dolayısıyla devletin “ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda ‘yaşama

¹⁰¹³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 129.

¹⁰¹⁴ Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 301.

hakkını’ ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacağı” gerekçesiyle Anayasa’nın 65. maddesindeki sınırlamaların dava konusu düzenlemeye uygulama olanağı bulunmadığına karar vermiştir.

Mahkemenin kararda 17 ve 60’ıncı maddeler bakımından yaptığı yorum bir yandan “hakkın özü” kavramına yaptığı vurgu ile devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamada bir “asgari öz” ile bağlı olduğu anlamına gelirken, diğer yandan ise sosyal güvenlik hakkını yaşama hakkından bağımsız görmeyerek “hakların bütünselliği” yaklaşımı benimsemiş, böylece 65’inci maddeyi dava konusu düzenlemeye uygulama imkânı bırakmamıştır. Anayasal hakların bir bütün olduğuna yönelik bu yaklaşım, Kolombiya Anayasa Mahkemesinin tutumu ile birebir örtüşmektedir. Öte yandan AYM’nin dava konusu yasa hükmünü sağlık hakkı bakımından anayasaya aykırı bulurken, devletin sağlık hizmetine ilişkin ödevlerini “sınırlayıcı ve bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı” düzenlemelere karşı güçlendirilmiş bir koruma altına almış ve yüksek düzeyli bir koruma eğilimi göstermiş olması bütün sosyal haklar açısından ayrıca önemlidir.¹⁰¹⁵

Bu kararın taşıdığı pratik anlam Özbudun’un ifadesiyle, “sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde yapılacak sağlık yardımlarının, Anayasanın 65’inci maddesindeki sınırlamaya tabi olmamasıdır”; yani devlet sosyal güvenliği sağlama görevini “yerine getirmemenin gerekçesi olarak, mali kaynakların yeterliliğini ileri süremeyecektir.”¹⁰¹⁶ Öte yandan kararın *hakların bütünlüğü* yaklaşımını benimsemesi, sosyal hakların geçerlilik alanını genişletmesi ve 65’inci maddenin bireyin lehine yorumlanabilmesi bakımından ayrıca önemlidir. Böylece Mahkeme 65’inci maddenin uygulama alanını

¹⁰¹⁵ Oder, a.g.e., s. 221-227.

¹⁰¹⁶ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 129.

sınırlandırarak, sosyal devlet anlayışını sosyal adalet ve sosyal eşitliğin sağlanmasına doğru çevirmiştir.¹⁰¹⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki maalesef karar, sosyal hakların dava edilebilirliğine karşı yöneltilen ve çalışmanın ikinci bölümde çürütmeye çalıştığımız bir iddiayı tarihe geçirmiştir. O dönem on bir üyesi bulunan Mahkemenin sadece bir üyesi –Mustafa Şahin– karara katılmamış ve karşı oyunda, sosyal hakların dava edilemez olduğunu izah etmeye çalışan şu talihsiz ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa'nın... 17. maddesinin birinci fıkrası, ... temel haklar ve ödevlere ilişkin bir doğa kuralının Anayasal düzenlemesidir. Bu tür negatif statü haklarının kullanılmasında devletin rolü, gölge etmeden ve karışmadan sadece gözetici ve koruyucu olmaktadır. ... Halbuki, sağlık, öğrenim ve eğitim, çalışma, sosyal güvenlik ve benzeri... sosyal ve ekonomik hakların Anayasa'da yer almış olması, kişilere yargı yolu ile devleti zorlama hakkının nedeni olamaz. Devletin bu konudaki sorumluluğunu, ekonomik istikrarın korunmasını da gözeterek ‘mali kaynakların yeterliliğine’ bağlamıştır.”

¹⁰¹⁷ Göztepe, a.g.e., s. 15. Aslında AYM'nin *hakların bütünlüğü ve anayasal hakların bölünmezliğini* anlayışını vurguladığı daha erken tarihli bir kararı daha vardır. (E. 1990/4, K. 1990/6, KT. 12.4.1990, R.G. 18.06.1990-20551) Mahkeme Anayasanın 42'nci maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili bu davada, özel öğretim kurumlarına öğrenci kapasitelerinin % 2'sinden aşağıya düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünü getiren 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun ek 4. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve fakat Mahkeme bu düzenlemeyi anayasa uygun bulmuştur. Karar dava konusu düzenlemeyi anayasaya uygun bulurken iki bakımdan önemli saptamalar yapmıştır. Birincisi Mahkeme Anayasa'nın 65'inci maddesine dayanmak suretiyle, 42'nci maddenin anayasada yer aldığı “bölümündeki sistematik konumuna göre, eğitim ve öğretimi ‘zayıflatılmış ve eksik korumalı potansiyel haklar’dan sayarak bu alanın özel teşebbüse tamamen açık olduğunu, faaliyetlerine parasal yönden kayıtlar konulamayacağını savunmak mümkün değildir” diyerek, sosyal haklar ve diğer hakların bir bütün olduğunu ve temel hakların içeriğinin ve kapsamının izole bir biçimde değil, Anayasanın bütünü ile birlikte belirlenmesi gerektiğini teyit etmiştir. (Göztepe, a.g.e., s. 15-16) Dolayısıyla Mahkemeye göre eğitim hakkı ve özgürlüğü, Anayasada düzenlenme yeri itibarıyla diğer temel haklardan farklı bir statüye ve koruma düzeyine sahip değildir. İkincisi Mahkeme devletin eğitim hakkı ve özgürlüğü bağlamındaki olumlu edim yükümlülüğünü, anayasanın özgürleştirme normu (m. 5) ile birlikte yorumlayarak, itiraz konusu düzenleme ile getirilen maddî imkânlardan yoksun, başarılı öğrencilere, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğunun, “haklara engeller koyan Devlet değil, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren devlet” olmanın gereği ve “nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasa'nın 5. maddesinin Devlete yüklediği “... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama...” ödevinin... sonucu” olduğunu belirtmiştir. Böylece AYM, Anayasanın özgürleştirme kuralını anayasaya uygunluk denetiminde normatif değere sahip bir ölçüt olarak kullanmıştır. (Oder, a.g.e., s. 208)

Birkaç yıl sonra AYM, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 110. Maddesinde yer alan "... suç sayılır bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği verilmemesi..." ibaresinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında, söz konusu ibareyi Anayasanın Anayasa'nın 2., 5., 60. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁰¹⁸ Olayda kısmen kendi kusuru sonucu meydana gelen bir trafik kazasında yaralanan ve SSK tarafından tedavi altına alınan sigortalıya 506 sayılı kanunun 110. maddesine göre ödenmekte olan iş göremezlik ödeneği kesilmiş ve o tarihe kadar ödenenlerin de geri verilmesi istenilmiştir. Sigortalı tarafından açılan dava sonucunda kesilen iş göremezlik ödeneğinin sigortalıya ödenmesine ve davacıya 506 sayılı kanunun 110. maddesinin uygulanamayacağına karar verilmiştir. Temyiz aşamasında Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 506 sayılı kanunun 110. Maddesindeki "suç sayılan bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği verilmemesini" öngören kuralın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi itiraz konusu hükmü “emeğinden ve sosyal güvenlik hakkından başka hiçbir güvenceye sahip olmayan işçinin, suç sayılabilecek kusurlu bir eylemi nedeniyle sosyal güvenlikten yoksun bırakılması, prime dayanan sigorta anlayışına uygun değildir. Taksirli suçları nedeniyle meydana gelen iş kazalarında işçiyi geçici iş göremezlik gelirinden yoksun bırakan Yasa'nın 110. maddesindeki kural, sosyal güvenlik hakkının *özüne aykırıdır*. Bu nedenlerle, sınırlama kararı uyarınca incelenen 110. maddedeki itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır” diyerek iptal etmiştir. Böylece Mahkeme, sosyal güvenlik hakkı bakımından “hakkın özü” ölçütünü uygulayarak devletin sosyal güvenliği sağlamada bir *asgari öz* ile bağlı olduğunu ortaya koymuştur. Öte yandan AYM, dava konusu düzenlemeyi anayasanın devletin temel amaç ve görevlerini tanımlayan “özgürleştirme normu” (m. 5) bakımından da değerlendirmiş ve bu kuralı politik bir hedef gösteren program kural

¹⁰¹⁸ E. 1995/37, K. 1995/33, K.T. 11.7.1995, R.G. 23.03.1996-22589.

olarak değil, 1990'daki kararına benzer şekilde anayasaya uygunluk denetiminde devletin olumlu edimlerini değerlendirilmesi için normatif değere sahip bir ölçüt olarak kullanmıştır.¹⁰¹⁹

Anayasa Mahkemesinin ikinci dalgada sosyal hakları ciddiye aldığı bir diğer örnek ise 1996 tarihli Bağ-Kur Kanununda yapılan değişikliğe ilişkin karardır.¹⁰²⁰ Beş yıl önceki cesur ve yenilikçi tutumunu sürdüren Mahkeme, bu sefer Bağ-Kur'a bağlı sigortalılara hastalık hallerinde yataklı tedavi kurumlarında yapılacak sağlık yardımlarının tedaviye başlandığı tarihten itibaren 6 ayı geçemeyeceğini düzenleyen 1479 sayılı yasanın Ek 14'üncü maddesini anayasaya aykırı bulmuştur. Söz konusu hüküm için itiraz yoluna başvuran Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin itirazlarını ciddi bulan Mahkeme, sosyal haklar ile klasik kişi haklarının ayrılmaz bir bütün olduğu ve yaşama hakkını zedeleyen bir yasama işleminin evleviyetle bu hakka mündemiç olan sosyal yönü de ihlal edeceğine kanaat getirerek, sigortalıya yapılacak sağlık yardımını 6 aylık süre ile sınırlandırılmasını Anayasanın 17, 56 ve 60'ıncı maddelerine aykırı bulmuştur.

Mahkeme bir yandan dava konusu hükmü Anayasanın 60'ıncı maddesi bakımından incelerken, "sağlık yardımı yapılması, sosyal güvenlik haklarının bir biçimi olup, bu hakkın belirli bir süre ile sınırlandırılarak kullanılamaz duruma getirilmesi Anayasa'nın 60. maddesine aykırılık oluşturmaktadır" diyerek sosyal güvenlik hakkı için yüksek düzeyli bir koruma benimserken; diğer yandan ise hakların bütünlüğü yaklaşımını bir kez daha vurgulayarak sosyal güvenlik hakkının Anayasa m. 17'de düzenlenen "yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı" ile bağlantılı olduğu,

¹⁰¹⁹ Oder, a.g.e., s. 208-222. Karardaki tek karşı oyda üye Haşim Kılıç, dava konusu düzenlemenin yasakoyucu tarafından "işçinin işyerinde azami özeni göstermesi ve Sosyal Sigortalar Kurumu'nun malî yapısı düşünülerek" getirildiğini ileri sürmüş ve bu düzenlemenin iptal edilmesi ile "ağır kusur sonucu büyük zararların doğmasına sebep olan kişiler sosyal hak kavramına sığınarak suç sayılan bir hareketi yüzünden Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yardım sağlayacaktır" diyerek, sosyal hak kavramını, kişilerin başka kusurlarını örtmek için kullanılan bir sığınak gibi resmederek, diğer haklar ile sosyal haklar arasında belirgin bir farklılık bulunduğunu dolaylı da olsa ima etmiştir.

¹⁰²⁰ E. 1996/17, K. 1996/38, KT. 16.10.1996, RG: 09.08.1997-23075

dolayısıyla Devletin “ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde 'yaşama hakkı'nı ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyeceği” gerekçesiyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 65'inci maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Öte yandan karar, dava konusu düzenlemeyi sağlık hakkına da aykırı bulmuş ve sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasındaki organik bağı şu cümlelerle ifade etmiştir: “Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece devlet sosyal niteliğine ulaşacaktır... Yaşama hakkının korunması..., sosyal devlet olmanın gereğidir. ... Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete [verilen] herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacı... Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak [olup], bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemeler” 56'ncı maddeye aykırıdır. Bu nedenle, Mahkemeye göre itiraz konusu düzenleme “henüz tedavisi süren kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden ve Devletin, kişilerin yaşamını, ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacını yerine getirmesini sınırlayıp zorlaştırdığından Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır.”¹⁰²¹ Böylece Mahkeme, sosyal devlet, sosyal adalet, eşitlik kriterlerini dikkate alarak ve hakların bütünlüğü anlayışını uygulayarak Anayasanın 56. maddesinde yer alan program kuralı, sağlık

¹⁰²¹ Karar farklı bir gerekçe ile katılan bir üye –Güven Dinçer- Anayasanın 17'nci maddesinin sosyal haklarla ilgisi olmadığını iddia ederek, maddenin açık metni ile yer aldığı bölümün sistematik yorumu karşısında sosyal güvenlik uygulamalarının anayasal temeli olarak görmenin mümkün olmadığı gerekçesi ile dava konusu düzenlemenin sadece Anayasanın 60'ıncı maddesine aykırı olduğu ve yalnızca bu kurala aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerektiğini iler sürmüştür. Ancak bu görüş 65'inci madde bağlamında kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin “dava özelinde Mahkeme tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir başka öneride de bulunmamaktadır”. (Halit Yılmaz, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Ankara, Seçkin, 2011, s. 95) Kanımızca 65'inci madde hala yürürlükteyken, kanun koyucunun takdir yetkisine ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın yaşama hakkını sosyal hakların denetiminden dışlama anlayışını gerçekçi ve tutarlı bir yorum olarak kabul etmek güçtür.

hakkının gerçek anlamda güvence altına alınmasında bir ölçü norm olarak kullanmıştır.¹⁰²²

Anayasa Mahkemesinin “sağlık hizmetlerine ilişkin yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırsız olmadığını saptayan” bu kararının sosyal haklar teorisi bakımından iki anlamı vardır. Birincisi karar Anayasanın 17’nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının kişilere “yaşamını devam ettirmesi için zorunlu bakımı öngören yasal düzenlemeleri talep hakkı verdiği” şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre Mahkeme sağlık ve sosyal güvenlik haklarını 17’nci madde ile birlikte okumakta, böylece 17. maddenin içerdiği sübjektif talep hakkı, “minimum varlığın korunması için zorunlu olduğu ölçüde pozitif talep hakkına dönüşebilmektedir.”¹⁰²³ İkinci olarak ise karar sosyal haklar ile klasik haklar arasında “doğrudan ve güçlü bir bağ kurulduğunda” Anayasanın 65’inci maddesinin uygulanma imkânının kalmayacağını net biçimde ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle “yaşama hakkına referans yapıldığı noktada Anayasanın 65’inci maddesini değerlendirme ölçütü olarak kullanmak gerekmez.” Bu bağlamda kararın “insana haklarına ilişkin bütüncü yaklaşımı öneren modern anlayışla örtüştüğünü” söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁰²⁴

¹⁰²² Üzeltürk, a.g.e., s. 140.

¹⁰²³ Kanadoğlu, a.g.e., s. 18. Alman Anayasa Mahkemesinin 6 Aralık 2005 tarihli kararındaki (BVerfGE 115, 25) tutumu AYM’nin “sağlık hizmetlerine ilişkin yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırsız olmadığına” ilişkin tutumuna oldukça benzemektedir. *Nikolausbeschluss* olarak anılan bu kararında Alman Mahkemesi, kasların gelişmemesinden kaynaklı ölümcül bir hastalığa yakalanan sigortalının ihtiyaç duyduğu tedavinin, *Sozialgesetzbuch* (Sosyal Kanun) kapsamındaki yasal sağlık sigortası tarafından ödenmesi talebinin reddedilmesini anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre insan yaşamını tehdit eden bir hastalığa yakalanmış bir sigortalı, doğrudan anayasadan kaynaklanan tedavi hakkına sahiptir. Bu nedenle tedavinin reddedilmesi Alman Anayasasının ikinci maddesinde düzenlenen kişinin yaşam ve maddi bütünlüğünü koruma hakkına aykırıdır. Karar bu yönüyle hastalık sigortası kapsamındaki sağlık yardımı ile ilgili yasal hükümlerin olağanüstü durumlarda Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla Alman Anayasa Mahkemesine göre, sağlık hizmetlerine ilişkin yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırsız değildir. İnsan yaşamını tehdit eden koşullar hariç kanun koyucu sağlık yardımının kapsamı üzerinde takdir yetkisini sürdürmektedir. Bkz. German Ethics Council (Deutscher Ethikrat), **Medical benefits and costs in healthcare: The normative role of their evaluation (Opinion)**, Berlin, Deutscher Ethikrat, 2011, s. 79-81, <http://www.ethikrat.org/files/der-opinion-medical-benefits.pdf> (Temmuz 2017).

¹⁰²⁴ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 94-95.

Nihayet 1996 kararı Sağlam'ın işaret ettiği gibi iki bakımdan daha önem arz etmektedir. Birincisi Mahkeme “sosyal devlet konusunda duyarlılaştığı anda”, erken dönem kararlarında sosyal devleti tanımlamak için kullandığı kavramlara geri dönerek, *güçlüler karşısında güçsüzleri koruma* “unsurunu sosyal devletin özü olarak ön plana çıkarmış”; ikinci ise karar “sosyal devletin gerçekleşmesini devletin mali kaynaklarının yeterliliğine bağlı kılan Anayasa kuralını [65’inci madde] aşma başarısını gösteren” kararlardan biri olarak AYM’nin sosyal haklar bilançosunda ilk sıralardaki yerini almıştır.¹⁰²⁵

Maalesef “6 ay” kararı, 1991’dekine benzer bir karşı oyun daha AYM’nin sosyal haklar bilançosunda yerini almasına vesile olmuştur. Dönemin iki üyesi –Sacit Adalı ve Lütfi Tuncer- “6 ay” kuralının 65’inci maddenin öngördüğü sınırlama içerisinde getirildiğini savunarak çoğunluk görüşüne şöyle karşı çıkmışlardır: “Devlet, Anayasa ve yasalarla kendisine yüklenen görevleri ancak ekonomik imkânları ölçüsünde yerine getirebilir. ... [S]ağlıkta..., ödevler ve görevler tam anlamıyla görülememekte, ama her şey Devletten beklenmektedir. Sosyal Devlet anlayışı bugün doktrinde tartışılmakta[dır.]... Gerçekçi davranarak, sağlık hizmetlerinde de yapılabileceğin ötesine geçilmemesi gerekir. Aksi hâlde Devlet diğer normal ve rutin görevlerini bile yerine getirmede güçlüklerle karşılaşır. Bağ-Kur’un içinde bulunduğu malî kriz de göz önüne alınarak... getirilen sınırlamanın Anayasa’ya aykırı bir yönü yoktur.”

Bu ifadeler, Sağlam’a göre çoğunluk görüşünün “sosyal devlet ilkesinin normatif etkisi açısından duyarlı davrandığını” ortaya koymakta ve “Mahkeme üyelerinin Anayasanın bağlayıcılığını ortadan kaldıracak bir yorum” yapıp yapamayacağı gerçeğini yansıtmaktadır.¹⁰²⁶ Bu bağlamda kanımızca da anayasa yargıçlarının anayasa kurallarının normatif değerinin içini boşaltacak nitelikte bir yorum yapabileceği

¹⁰²⁵ Sağlam, a.g.e., s. 756.

¹⁰²⁶ Sağlam, a.g.e., s. 755-756.

düşünülemeyeceğinden, karşı oyun Anayasa tarafından devlete verilen emir gereği kurulmuş bir kamu kurumunun içinde bulunduğu mali kriz bahane gösterilerek ve her şeyin devletten beklenemeyeceğini hatırlatarak sağlık ve sosyal güvenlik haklarının zedelenmesini meşru göstermesinin, anayasa hukukunun yöntem ve konusunun dışında kaldığını söylemekten başka bir seçenek gözükmemektedir.

Anayasa Mahkemesi iki yıl sonra benzer bir sorunla tekrar karşı karşıya kalmış ve bu sefer 506 sayılı Yasa'nın 37. maddesindeki¹⁰²⁷ hastalık sebebiyle geçici iş göremezliğe uğrayan sigortalılara ödenecek geçici iş göremezlik ödeneğinin 18 ayı geçemeyeceğine ilişkin ibareyi anayasaya aykırı bulmuştur.¹⁰²⁸ Sosyal güvenlik hukukunda iş kazası, meslek hastalığı, hastalık gibi nedenlerle iş yerinde veya işinde çalışmasını sürdürememesi dolayısıyla, ücret alamadığı dönemlerde sigortalının ücret kaybını karşılamak amacıyla Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yapılan para yardımına "geçici iş göremezlik ödeneği" denilmektedir. Dava konusu düzenlemeye göre sigortalıya hastalık durumunda ödenen geçici iş göremezlik ödeneği en çok 18 ay sürmekte, hastalık durumu ve tedavi süreci devam etse bile bu süre aşıldığında ödenek kesilmektedir.

Mahkemeye göre hasta ve çalışamaz durumda olan sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin 18 ay ile sınırlandırılması, “bu süre sonunda sigortalının tedavisi devam etmesine rağmen... hayatını sürdürmesi için gerekli gelir desteğinin çekilmesi, böylece Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı öze dokunacak biçimde sınırlandırılması” anlamına gelmektedir. Öte

¹⁰²⁷ 506 sayılı Kanunun dava konusu sözcükleri (“ve 18 ayı geçmemek”) içeren 37. maddesi şöyledir:

“Hastalık sebebiyle geçici iş göremezliğe uğrayan sigortalılardan geçici iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş bulunanlara, geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak ve 18 ayı geçmemek üzere, her gün için iş göremezlik ödeneği verilir.

Ancak, hastalık halinde geçici iş göremezlik ödeneği verilebilmesi için, Kurumca tâyin ve tesbit olunan hekim veya sağlık kurullarından dinlenme raporu alınmış olması şarttır.”

¹⁰²⁸ E. 1998/35, K. 1998/70, KT. 17.11.1998.

yandan Anayasa'nın 60. maddesi insanların, “çalışma hayatı boyunca ve sonunda karşılaşılabilecekleri... sosyal riskler karşısında asgarî ve insanca yaşama düzeyi sağlama amacını gerçekleştirmeye yöneliktir” ve [s]osyal devlet, bireyleri toplumsal risklere karşı koruma ve geleceğe güvenle bakmalarını sağlama görevini de üstlenmiştir.”

Nihayet AYM 1991 ve 1996'daki tutumunu sürdürerek, “Anayasa'nın 60. maddesinde tanınan "sosyal güvenlik hakkı" “Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı" ile bağlantılı olduğundan devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde "yaşama hakkı"nı ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar koyamayacaktır” diyerek hakların bütünlüğü anlayışını yeniden uygulamıştır. Ancak ilginç olan 1998 yılında verilen bu karar ancak 2003 yılında Resmi Gazete’de yayınlanabilmiştir. Böylesine ciddi bir hak ihlalinin giderilmeye çalışıldığı bu önemli kararın, neden beş yıl boyunca yürürlüğe giremediğini anlamak mümkün değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, karar 1996'da olduğu gibi talihsiz bir karşı oyu da beraberinde getirmiştir. İki yıl önceki “6 ay” kararına katılmayan üyeler, geçici iş görmezlik ödeneğinin sınırlandırılmasını da benzer gerekçelerle anayasaya aykırı görmemişlerdir. Yeniden 65'inci maddenin zırhına sığınan karşı oy, getirilen düzenlemenin devletin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu savunurken şöyle demiştir: “Bütün görevler Devlete yüklendiğinde... Devlet, diğer normal ve rutin görevlerini bile yerine getirmede güçlüklerle karşılaşır. ... Asıl amaç, kamu hizmetinin şeklen değil, ‘kaliteli’ olarak görülmesi ve vatandaşın gerçekten memnun kalmasıdır. Böylesine kaliteli bir hizmet de ancak yeterli malî kaynakla karşılanabilir. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun içinde bulunduğu malî kriz de göz önüne alındığında, yasama organınca Anayasa'nın 65. maddesine uygun olarak... getirilen sınırlamanın Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.” Kuşkusuz benzer kaygılara odaklanmış bu görüş için bir önceki kararda yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

3. Üçüncü Dalga: Sosyal Hakların Duraklama Dönemi

Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bilançosundaki bir sonraki safha, aynı dönemde ülkede yaşanan hızlı ve kritik anayasal değişim süreci nedeniyle daha belirgin bir anlam taşımaktadır. Gerçekten de Mahkemenin 2000’li yıllardaki sosyal hak tutumu, 90’lı yıllarda benimsediği tutuma göre daha tutarsız bir hal almıştır. Bu dönemde Mahkemenin 90’lardaki yenilikçi içtihadını adeta unutarak, başka yorum yöntemleri üzerinde odaklandığı gözlemlenmektedir. Özellikle sağlık hakkı bakımından 2000’lerden itibaren Mahkemenin ücretlilik ve personel rejimi bakımından kritik kararlara imza attığı ve bunlarda pasif bir tutum sergileyerek, 65’inci madde bağlamında yasa koyucunun takdir yetkisini geniş yorumlamayı tercih ettiği gözlemlenmektedir.¹⁰²⁹

Öte yandan bu dönemde AYM, 2001 yılında “ekonomik istikrar” olgusunu sosyal hakların korunması sorunundan çıkarıp atan 65’inci madde değişikliğinin sağladığı imkânı kullanma şansını yakalamıştır. Ancak maalesef Mahkeme bu imkânı yeterince kullanmayarak, sosyal haklar lehine yeterli açılımı yapamamış ve anayasal kuralda gerçekleştirilen kısmi iyileştirme Mahkemenin içtihadına yansımamıştır.¹⁰³⁰ Nihayet bu dönemde cumhurbaşkanlığı seçiminin iptali, iktidar partisini kapatılması davası ve anayasa değişikliklerinin iptali gibi birçok kritik konuda çekinmeden inisiyatif alan AYM’nin, sosyal haklar söz konusu olduğunda sergilediği yargısal tutum bakımından ise 90’lardaki hevesinden eser kalmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Kuşkusuz 2000’li yıllar Türkiye’nin anayasal değişim haritasında hayati kırılma noktalarının yaşandığı ve AYM’nin sıklıkla bunlara müdahil olduğu tarihi bir dönemdir. Mahkeme belki de içine düştüğü bu olağanüstü anayasal kriz ortamının etkisiyle, 90’lı yıllarda sosyal haklar lehine uyguladığı koruyucu denetimden giderek uzaklaşmıştır. Nitekim bu uzaklaşma son başlıkta ele alınacak bireysel başvuru sonrası dönemde

¹⁰²⁹ Sever, a.g.e., s. 469.

¹⁰³⁰ Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar”, a.g.e., s. 55.

benimsediği tutumla birlikte düşünüldüğünde, adeta Mahkemenin *sosyal haklardan elini eteğini çektiği* sonucuna götürmektedir.

Üçüncü dalganın ilk öne çıkan olayında Mahkeme, 1980’lerin sonunda sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini sağlık hakkı bakımından anayasaya uygun bulduğu içtihadı ile benzer bir tutumu 2001 yılındaki bir kararında tekrarlamıştır.¹⁰³¹ Gerçekten de AYM, 1999 tarihli İşsizlik Sigortası Kanununun bazı hükümlerinin iptal edilmesi istemine ilişkin davada, sağlık hizmetlerinden katkı payı alınmasının Anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir. Bu kararda Mahkeme, devletin olumlu ediminin sınırlarını değerlendirirken, temel hakların sınırlandırılmasının sınırına ilişkin bir ölçüt olan *hakkın özü* kavramını, dolaylı olarak devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların için uygulayarak, devletin sosyal hakları sağlarken bir asgari öz ile bağlı olduğunu, dolayısıyla 65’inci maddedeki *mali kaynakların yeterliliği* ölçütünün ancak ilgili hakkın asgari özünün sağlanmış olması halinde devlet tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.¹⁰³²

Anayasa Mahkemesi öncelikle “sosyal güvenlik vatandaşlar için bir hak, Devlet için ise görevdir” yorumunu yaparak sosyal hakların barındırdığı hak-görev ilişkisi bakımından kritik bir eşiği aşma cesaretini göstermiştir. Ardından devlet “vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini malî olanakları ölçüsünde yerine getirirken... kimi sınırlamalar yapabilirse de sosyal hakları *kullanılamayacak hale getirecek* düzenlemelerde bulunamaz” diyerek ise hem “devletin takdir yetkisinin mutlak olmadığına vurgu yapma hassasiyetini göstermiş”¹⁰³³, hem de dolaylı ifadelerle de olsa *hakkın özü* kavramını anımsatan bir yorum yapma duyarlılığını göstermiştir. Mahkemenin bu tespiti, “devlete biçilen her anayasal görev karşılığında ondan

¹⁰³¹ E. 1999/43, K. 2001/46, KT. 27,02.2001, RG. 20.03.2002-24701.

¹⁰³² Oder, a.g.e., s. 221.

¹⁰³³ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 88

yararlanmaya dönük bir sosyal hakkın varlığı” gerçeğine işaret etmesi bakımından ayrıca önemlidir.¹⁰³⁴

Bununla birlikte AYM sigortalının kendisi için gereken protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sinin sigortalı tarafından ödenmesini öngören dava konusu kuralın¹⁰³⁵, alınacak katkı payının üst sınırının belirlenmiş olması ve kimi sigortalılara (1999 tarihinde meydana gelen deprem sonucunda yaralanan veya sakat kalanlar) özel durumları gözetilerek verilecek protez, ortez, araç ve gereç bedelleri için katılım payı alınmayacağının mevcut yasal düzenleme ile belirli olması nedeniyle, sosyal güvenlik hakkını *ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek nitelikte de olmadığına* hükmetmiştir. Yani Mahkeme kişilerden %20 oranında katkı payı alınmasının, sağlık ve sosyal güvenlik haklarının özüne zarar vermediği, dolayısıyla bu hakları ihlal etmediğine karar vermiştir. Böylece Mahkemenin kanun koyucunun sağlık sigortası giderlerine katılım payını düzenlerken, “ödeme gücü olmayanlar için çözümler ve bireye dönük akçalı yükümlülükler için biz üst limit” öngörülmesi gerektiğini belirterek, “olanı” Anayasaya uygun bulurken, “olması gerekeni” de açıkladığı belirtilmektedir.¹⁰³⁶ Keza Mahkeme 4447 sayılı kanun ile Türkiye’de ilk kez kurulan işsizlik sigortasından yararlanma koşulları içinde yer alan “sigortalının hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışarak prim ödemesi” şartının¹⁰³⁷,

¹⁰³⁴ Halit Yılmaz, a.g.e, s. 66.

¹⁰³⁵ 4447 sayılı Yasanın 3’üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun sigortalıya sağlanan yardımları gösteren 32. Maddesinin (B) Bendine Eklenen Alt Bent:

“Protez, araç ve gereç bedellerinin %20’sini sigortalı öder. Ancak, ilgiliden alınacak katkı miktarı, ödeme tarihindeki 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 33 üncü maddesine göre sanayi kesiminde çalışan on altı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin bir buçuk katından fazla olamaz.”

¹⁰³⁶ Halit Yılmaz, a.g.e., s 89.

¹⁰³⁷ 4447 sayılı Yasanın 46 ilâ 55. maddelerini kapsayan VII. Bölümü’nde İşsizlik Sigortasına ilişkin konular düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan Yasanın 51’inci maddesi şöyledir:

“Bu Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri aşağıda belirtilen hallerden birisine dayalı olarak sona erenler, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri, hizmet akitlerinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi

“gerçekleşmesi olanaksız ya da çok zor bir koşul olmadığı gibi, işsizlik sigortasından yararlanmayı *ortadan kaldıran ya da kullanılamayacak şekilde güçleştiren* bir koşul” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 2003 yılında ise iş kazası ve yaşlılık aylığını birlikte almakta olan davacıdan, bu aylıkların eşitlenmiş olması nedeniyle, iş kazası aylığının tamamının, yaşlılık aylığının yarısının ödenmesi gerekirken tamamının ödendiği belirtilerek fazla ödenen kısmın iadesi istemiyle açılan davada, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 92. maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerinin¹⁰³⁸ Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan yerel mahkeme iptali için AYM'ne başvurmuş; ancak Mahkeme iptal istemini reddetmiştir.¹⁰³⁹

Dava yoluna Başvuran yerel mahkeme, 506 sayılı Kanununun 92. maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri ile gerek yaşlıların, gerekse sakatların korunması bir yana, bunların cezalandırıldığını, malullük ve yaşlılık aylıklarının birleşmesi sonucu iki aylığın birlikte ödenmesi gerekirken birinin tamamının, diğerinin ise yarısının ödenmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise önce kurumun (SSK) aktüeryal dengesine atıfta bulunmuş, ardından ise 2001 değişikliği ile Anayasaya giren 65'inci maddedeki “amacın gerektirdiği öncelikler” ilkesini somutlaştırma yoluna gitmiştir. Mahkemeye göre 65'inci madde sözü edilen bu öncelikler, Anayasanın kimi hükümlerinde açıkça öngörülmüştür ve Anayasa'nın 61. maddesi, bu önceliklerden birini düzenlemektedir. Bu bakımdan Mahkemeye göre “itiraz konusu kural, 506 sayılı Yasa'nın bütünlüğü içinde

ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış olmaları kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar.”

¹⁰³⁸ Dava konusu düzenleme şöyledir:

“Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir.”

¹⁰³⁹ E. 2001/351, K. 2003/10, K.T. 11.03.2003, R.G. 16.12.2003/25318

değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 61. maddesinde öngörülen özel korumanın da yeterince gözetildiği anlaşılmaktadır.”

AYM, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleştiğinde, sigortalıya birinin tamamının ve diğerinin de yarısının ödenecek olmasının, “yaşlılık aylığı alan sağlam kişiye göre, sakat olanın koruma önceliğinin gözetilmiş olduğu” anlamına geldiğini, bu nedenle itiraz konusu düzenlemenin, devletin sosyal güvenlik hakkı bağlamındaki görevi gözetilerek ve bu görevlerin amaçlarına uygun olarak düzenlediği sonucuna varmıştır. Böylece Mahkeme “sosyal güvenlik hakkını Anayasanın 65’inci maddesinde yer alan, devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü temelinde ele almış”¹⁰⁴⁰ ve Anayasanın korumacı hükümlerinden biri kabul edilen 61. maddeyi, 65’inci maddede bahsi geçen önceliklere katmıştır. Ayrıca yine 65’inci maddedeki mali kaynak ölçütü ise, hükme giden yolda dengeleyici bir işlev görmüştür.¹⁰⁴¹

Anayasanın devlete yüklediği “amaçlara uygun öncelikleri gözetme” yükümlülüğü 65’inci maddesinin geri kalan kısmı gibi “açıklayıcı (deklaratif) değil, kurucu nitelikte” bir normdur. Bu nedenle de “her sosyal hak içerisinde öncelikle gözetilmesi gereken unsurlara” işaret etmektedir. Öyleyse her bir sosyal hakkın “kendi alanında gözetilecek öncelikler yargısal denetim sırasında bir ölçüt olarak” kullanılabilir.¹⁰⁴² Bu bağlamda karar, 2001 değişikliğinin ardından ilk defa Mahkemenin amacın gerektirdiği öncelik ilkesini yorumlama ve somutlaştırma yoluna gitmesi bakımından ayrıca önemlidir.¹⁰⁴³ Bununla birlikte karar, bir sigortalının belirli bir zaman dilimi içerisinde birden fazla sosyal riskle karşılaşmasının mümkün olduğu ve bu riskler nedeniyle farklı sigorta kollarından kendisine bağlanan aylık veya gelirden

¹⁰⁴⁰ Engin, a.g.e., s. 243.

¹⁰⁴¹ Oder, a.g.e., s. 228.

¹⁰⁴² Halit Yılmaz, a.g.e., s. 92.

¹⁰⁴³ Zülfiye Yılmaz, a.g.e., s. 721.

aynı anda yararlanmamasını engellemesi bakımından eleştirilmektedir. AYM'nin 506 sayılı kanun döneminde yaptığı bu değerlendirmede Anayasaya aykırılık görmemesi, “farklı sigorta ve farklı prim ödeme koşullarını dikkate almadığı” için “isabetsiz” olarak, nitelendirilmektedir.¹⁰⁴⁴

Anayasa Mahkemesi yine 2003 yılında sosyal güvenlik hakkı bakımından 1990'lardaki tutumuna benzer yüksek düzeyli bir koruma benimsediği önemli bir karara da imza atmıştır. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununda değişiklik yapan 4839 sayılı kanunun çeşitli hükümlerinin iptali için açılan iptal davasında Mahkeme, Emekli Sandığı Kanununun kanunla düzenlenecek genel sağlık sigortası yürürlüğe girinceye kadar, sandık kapsamında olanlara yapılacak sağlık yardımlarına ilişkin esas ve usuller düzenleyen geçici 139 uncu maddesine eklenen ve emekli veya malûllük aylığı alanlardan, kendileri, eşleri, çocukları ve ana ve babalarının her biri için belirli miktarda tutarda sağlık katkı payı kesilmesini öngören hükmü anayasanın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı bulmuştur.¹⁰⁴⁵

Mahkeme önce sosyal devletin, “sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlet” olduğunu ve devletin “herkesin sosyal güvenliğini sağlamakla görevli” olduğunu vurgulamıştır. Ardından AYM “emeklilik keseneklerini aktif çalışma hayatı boyunca ödemiş olan ve bu ödemelere bağlı olarak belli süre sonunda yaşlılık aylığı almayı hakeden iştirakçilerin, bir de emekli olduktan sonra sağlık yardımları için prim benzeri sürekli bir ödemeye (kesintiyle) yükümlü tutulmaları(nın), sosyal güvenlik hakkını zedeleyici nitelik taşıdığı” ve Anayasanın

¹⁰⁴⁴ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta, 2010, s. 363. Karara katılmayan iki üye de karşı oylarında bu hususu vurgulayarak, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortaları arasında korudukları hukuki yarar, üstlendikleri risk, amaçları, primlerin miktarı ve ödemekle yükümlü olanlar yönünden önemli farklılıklar bulunduğunu; dolayısıyla aynı sosyal amaca yönelik olsa da farklı gereksinimlerin ortaya çıkardığı ve ayrı primlere bağlı tutulan sigortaların birleşmesi halinde dava konusu kuralda öngörüldüğü biçimde, bunlardan birinin tamamının diğerinin ise tümünün ödenmesiyle ortaya çıkan adaletsizliğe Devlet'in mali kaynaklarının yetersizliği gerekçe gösterilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa aykırı olduğu savunulmuştur. (Bkz. Ali Hüner ve Fulya Kantarcıoğlu'nun karşıoyları).

¹⁰⁴⁵ E. 2003/31, K. 2003/87, K.T. 08.10.2003, R.G. 24.02.2004/25383.

beşinci maddesinde yerini alan *özgürleştirme normuna* atıfta bulunarak, “Devletin, kişilerin huzur ve mutluluğunu sağlama amaç ve göreviyle de bağdaşmadığı” gerekçesiyle söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yeni sosyal güvenlik sistemini düzenleyen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun birçok hükmünün anayasaya aykırılığı ile ilgili iptal davasında verdiği 2006 tarihli karar¹⁰⁴⁶, Mahkemenin sosyal haklara karşı duyduğu tedirginliği bariz şekilde yansıtmaktadır. Bu dava 5510 sayılı kanuna yönelik çok karmaşık iddialar içermekte ve karar çok uzun ve anlaşılması güç bir görüntü vermektedir. Kararın bütün detaylarına girmek bu çalışmanın amacını aşar. Bu nedenle sadece genel olarak bu kararın sosyal hakların anayasa yargısı düzeyindeki korunmasına gerçekten ne gibi bir etkisi bulunduğunu tespit etmek yeterli olacaktır.

Mahkeme bu davada sosyal hakların hak olma niteliği üzerine bir argümantasyona girişmek yerine, “sosyal devlet ilkesinin sağladığı korumayı memur güvencesiyle sağlanan korumanın arkasına itmeyi” tercih etmiştir.¹⁰⁴⁷ Gerçekten de AYM, ülkenin sosyal güvenlik ve sağlık hakları alanında belki de en kapsamlı düzenlemesini getiren ve yıllar boyu Mahkemenin gündemini işgal eden hayati konuları yeniden düzenleyen böylesine önemli bir yasayı ele alırken, sosyal haklar teorisi izinden yürümek bir yana, meseleyi devlet memurları ile diğer çalışanlar arasında yaratılan statü farkı üzerinden değerlendirme yoluna gitmiştir. Nitekim Mahkeme diğer kararlarından farklı bir yöntem izleyerek önce 5510 sayılı Kanunun genel bir değerlendirmesini yaparak, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin emeklilik yönünden ayrı düzenlemelere tabi tutulmasının anayasaya aykırı olduğunu belirtmiş, ardından ise iptali istenen maddelerin denetlerken bu genel gerekçesine atıfta bulunmakla yetinmiştir.

¹⁰⁴⁶ E. 2006/111, K. 2006/112, KT. 15. 12. 2006, RG. 30.12.2006/26392.

¹⁰⁴⁷ Sağlam, a.g.e., s. 761.

Mahkeme sadece emeklilik değil, sağlık sigortası bakımından da benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre Mahkeme önce *kamu kesiminin sosyal güvenlik haklarının Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer haklar gibi kamu hukuku kurallarına bağlı olmasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler tarafların özgür iradesi ile belirlenen iş hukuku alanına giren sözleşmelere dayandığı; bu bağlamda, işçiler ile bağımsız çalışanların sosyal güvenliklerinin öteden beri memur ve diğer kamu görevlilerinden farklı olarak prim esasına dayalı sigorta sistemiyle sağlandığı ve geçmişi "sosyal sigorta"dan çok daha eskilere dayanan, memurların sosyal güvenlik hakkının en önemli güvencesi olan emekli maaşının, sigorta esasına göre ödenen yaşlılık aylığı ile benzerlikleri bulunsa da amacı ve özellikleri bakımından önemli farklılıklar gösterdiği* gerekçesiyle, 5510 sayılı Yasa'da, aynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların ***aynı emeklilik sistemine*** bağlı tutulmasının Anayasaya aykırı olduğuna ve dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Hemen ardından ise Mahkeme sağlık sigortası yönünden de benzer görüşleri tekrarlayarak sağlık sigortasından yararlanma hakkının da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin üstlendikleri kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi ve hizmet alanlar yönünden de olumsuzluklar yaşanmaması için, memurların diğer hakları gibi onlara ilişkin düzenleme içinde ayrıca yer alması Anayasal bir gereklilik olduğu gerekçesiyle, genel sağlık sigortası kapsamındaki dava konusu kuralların memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bu kararın memurlar ile diğer kamu görevlileri arasında genel ve kesin bir ayrıma giderek, temel hakların anayasal koruma sistemi açısından “inandırıcı ve anlamlı” bir yol benimsemediği belirtilmektedir. Zira Mahkeme emeklilik ve sağlık gibi sosyal hakların iki hayati boyutu ile ilgili denetime girdiğinde, meseleyi “sosyal devlet

ilkesine ve onun Anayasada somutlaşmış hak ve koruma alanlarına, yani ilgili sosyal haklara ve devlet ödevlerine hangi yönden aykırı olduğu” ekseninde değerlendirmek yerine, “kestirme bir yol” kullanılarak memurlar için yapılacak düzenlemeleri dava konusu düzenlemenin etkisinden kurtarmış; böylece ortaya çıkan hüküm sosyal devlet ilkesinden ve sosyal haklardan bağımsız bir “meslek korumasına” dönüşmüştür. Neticede memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sosyal güvenlik ve sağlık hakları bir anayasal koruma altına alınırken, diğer çalışanların bu haklarla ilgili kaderlerinin “65’inci maddenin yorumla daraltılmış kalıpları çerçevesinde ikinci sınıf bir korumaya terk edildiği” ileri sürülmüştür. Böyle bir yaklaşımın ise sosyal hakların “anayasal değerini düşürmekle eş anlamlı” olduğu ve bu nedenle kararın sosyal haklara yönelik “duyarsızlaşmanın” bariz örneklerinden biri olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁴⁸

Gerçekten de AYM’nin memurlar ile diğer çalışanlar arasında hizmetin gereği var olan farklılıkların, bu kişilerin emekliliklerinde de devam etmesi gerektiğine katılmanın zor olduğu; sadece çalışanların bir kesimi için değil, herkes için vazgeçilmez olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkı bakımından böyle bir ayrıma gidilmesinin, “uygulamada sosyal devletin algılanışı açısından fevkalade eleştirilebilecek sonuçlar ortaya çıkabileceği” belirtilmektedir. Bir diğer ifadeyle kararda, bir tarım işçisi veya hizmet sözleşmesi ile çalışan tekstil işçisi ile devlet memuru arasında genel sağlık sigortası ve emeklilik dönemindeki sosyal güvenlik hakları bakımından “bir farklılığın olması gerektiğini ortaya koyabilecek makul bir gerekçe bulmanın zor olduğu” vurgulanmaktadır.¹⁰⁴⁹ Nihayet kararın bu sorunlu nitelikleri karşı oy yazılarından birinde kamu görevlisinin “çalışırken taşıdığı hukuksal statüsünün emekli olduktan

¹⁰⁴⁸ Sağlam, a.g.e., s. 761-763. Benzer şekilde Hakyemez de AYM’nin uyguladığı mantığın sonucunda “imtiyazlı memur sınıfı karşısında, diğer çalışanların adeta ikinci sınıf statüye indirgenmiş olmalarının, eşitlik ilkesi yanında, sosyal hukuk devletin temel mantığı ile de açıkça çeliştiğini” yazmaktadır. (Hakyemez, a.g.e, s. 301)

¹⁰⁴⁹ Hakyemez, a.g.e., s. 300.

sonra da devam etmesini ya da etkilenmesini istemenin emeklilik statüsü ile bağdaşır bir düşünce olmadığı” gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁰⁵⁰

Dahası 2006 kararı sağlık hakkı bakımından çok somut bir sakıncayı da gözler önüne sermektedir. 5510 sayılı kanununun genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere SGK tarafından finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerini sayan 63’üncü maddesinin, *18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin dış protezlerinin tutarının yarısının ödenmesini* öngören (d) bendi sadece “memurlar ve diğer kamu görevlileri” yönünden iptal edilmiştir. Mahkemeye göre kamu görevlisi olmayan çalışanlar bakımından “dış protez giderlerinin karşılanmasında belirli yaş gruplarına ödeme yapılmaması ya da bazılarında belli oranda ödeme yapılması Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirindedir” ve bu nedenle Anayasaya aykırı değildir. Böyle bir yorum memurlar dışındaki sigortalıların dış protezi masraflarının yarısı, memurlarının ise tamamının ödenmesi sonucunu ortaya çıkmıştır ki bunun “fevkalade eşitsiz ve sosyal devletin özü ile çelişen” bir sonuç olduğuna şüphe yoktur.¹⁰⁵¹ Nitekim karşı oylerden bir diğeri de haklı olarak “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının farklı düzenlenmesinin yerindelik denetimi anlamına geleceğine” dikkat çekmiştir.¹⁰⁵²

Mahkemenin bu talihsiz yorumunun, kanun koyucunun Anayasanın 65’inci maddesi bağlamındaki takdir yetkisinin sınırsız olmadığı yönünde daha önceki kararlarında benimsediği “gerekçe hassasiyetini terk etmesinin” bir sonucu olduğu belirtilmektedir. Zira eğer Mahkeme önceki tutumu sürdürseydi dış protezlerine ilişkin kısıtlamanın çocuklar ve yaşlıları kapsamamasını ve keza travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulamalarında böyle bir sınırlama öngörülmemesini anayasaya uygunluk için destekleyici unsur olarak kullanırdı. Oysa karar böyle bir kaygıya yer

¹⁰⁵⁰ Haşim Kılıç ve Serruh Kaleli’nin karşı oy yazısı.

¹⁰⁵¹ Hakyemez, a.g.e., s. 301.

¹⁰⁵² Tülay Tuğcu, Haşim Kılıç, Sacit Adalı, Necmi Özler ve Serruh Kaleli’nin karşı oy yazısı.

vermemiş ve adeta her halükârda kısıtlamanın anayasaya uygun olacağı gibi sağlık hakkını özünden zedeleyecek tehlikeli bir yorumu benimsemiştir.¹⁰⁵³

AYM 1988 ve 2001 yıllarındaki içtihatlarına benzer şekilde 2007 yılında verdiği bir kararda ise bir kez daha sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme koruyucu sağlık hizmetlerinin verildiği birinci basamak da dahil olmak üzere Sağlık Bakanlığı'na bağlı tüm kuruluşlarda bütün hizmetler için *katkı payı* öngörülmesini (muayene, teşhis, tedavi, laboratuvar, tetkik ve tahlil işleri ile aşı, ilaç, serum gibi maddelerin fiyatlandırılarak döner sermayeye gelir kaydedilmesi) öngören ve bu nedenle de sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti olmaktan çıkarılıp piyasa koşullarına devredildiği gerekçesi ile anayasaya aykırı olduğu iddia edilen düzenlemenin¹⁰⁵⁴, “sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabildiği”, dolayısıyla “kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı anlamına gelmediği” gerekçesiyle sosyal devlet ilkesine ve anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁵⁵

Sonuç olarak AYM müstekâr içtihadı ile sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesinin bu hizmetlerin satışı anlamına gelmeyeceği; katkı payını veremeyecek olanlar için

¹⁰⁵³ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 90-91.

¹⁰⁵⁴ 21.4.2005 günlü ve 5335 sayılı Kanunun 5. maddesinin (b) bendi ile değiştirilen 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları İle Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri: *"Bakanlık, birinci basamak sağlık hizmeti sunan kuruluşlar da dahil olmak üzere Sağlık Bakanlığı kurum ve kuruluşları ile bağlı kuruluşlarındaki (Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü hariç); a) Muayene, teşhis, tedavi, laboratuvar, tetkik ve tahlil işlerini, b) Aşı, ilaç, serum, insan kanı ve kan ürünleri imali ile istihsal veya imal edilecek diğer maddeleri,... 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca belirlenen tarife üzerinden fiyatlandırmaya ve yukarıda belirtilen mal ve hizmetlerden elde edilecek gelirler ile sağlık kurum ve kuruluşlarına üçüncü şahıslarca yapılacak her türlü bağış ve yardımları döner sermayeye gelir kaydettirmeye yetkilidir."*

¹⁰⁵⁵ E. 2005/52, K 2007/35, KT. 03.04.2007, RG. 18.03.2008-26820. Bu kararın sağlık hizmetlerinden yararlanmanın kısıtlanması konusunda takdir yetkisinin “bazı durumlarda herkesin en azından minimum düzeyde de olsa bir hizmete erişiminin sağlanması çerçevesi içinde, olumlu bir perspektiften de ele alınabileceğinin güzel bir örneği” olduğu ileri sürülmektedir. (Halit Yılmaz, a.g.e., s. 83)

istisnaların belirlenmesi ve bu payın üst sınırının çizilmiş olması halinde sağlık hizmetlerine katkı payı ödenmesinin anayasaya aykırı olmadığı ve katkı payının hizmetten yararlananlar ile yararlanmayanlar arasındaki eşitsizliği ortadan kaldıracağı kanaatindedir.¹⁰⁵⁶ Bu içtihadın mefhumu muhalifinden ise “katılım payının sağlık hizmetlerine erişimi ağır surette zedelemesi ve dolayısıyla ... sağlık sigortası ile gerçekleştirilmek istenen amacı bertaraf edecek nitelikte olması halinde Anayasanın 56. ve 60. maddelerine aykırı olacağı” sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte AYM zikredilen kararların hiçbirinde “sağlık hizmetlerinin ücretsiz sunulması gereken çekirdek bir alanının bulunup bulunmadığı” meselesine değinmemiş; bunu yerine “ödeme gücü olmayanları destekleyecek nitelikte önlemlerin alınıp alınmadığı” meselesine odaklanmakla yetinmiştir.¹⁰⁵⁷

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında ise aslında biraz da şaşırtıcı biçimde *sağlık hakkı* ile ilgili enteresan bir karara imza atarak, sağlık hizmetlerine erişme hakkı bakımından kritik bir düzenleme olarak görülen 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun bazı hükümlerinin iptali sitemiyle açılan davada, anayasaya aykırılığı ileri sürülen dört maddenin sadece bir tanesini beklenmeyen bir aktivist tutumla iptal etmiştir.¹⁰⁵⁸

Karar biri olumsuz diğeri olumlu iki sonuç içermektedir. Bir kere Mahkeme 5258 sayılı kanunun ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan ve gerekli koşulları sağlayan tabiplerin sözleşme ile aile hekimliği uygulaması için çalıştırılmasını düzenleyen hükmünü anayasaya aykırı görmemiştir. Yani aile hekimlerinin hukuki statüsü bakımından görevlendirilecek bu aile hekimlerinin Anayasanın 128’inci maddesi bağlamında diğerk kamu görevlisi kapsamında olduğuna ve bu nedenle bir

¹⁰⁵⁶ Üzeltürk, a.g.e., s. 173.

¹⁰⁵⁷ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 84-89.

¹⁰⁵⁸ E. 2005/10, K. 2008/63, KT. 21.02.2008, RG. 07.11.2008-27047.

anayasaya aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir. Öte yandan söz konusu kanunun sözleşme yapılacak aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının ve sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesini öngören kuralı da yine anayasaya aykırı bulmamıştır.

Bu karar 6'ya karşı 5 oyla kıl payı alınmıştır ve iki yönden eleştirilmektedir. Birincisi eğer yürütme organına bu hususta bir düzenleme yetkisi verilmek isteniyorsa, Bakanlar Kurulunun bu hususları yönetmelikle değil, Anayasanın lafzına daha uygun olacağı öne sürülen tüzükle düzenlemesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir.¹⁰⁵⁹ İkinci olarak ise idare ile bir sözleşme ilişkisi içine girecek aile hekimlerinin özlük haklarının kanunla değil yönetmelikle düzenlenmesi, bir kamu hizmeti olan aile hekimliğinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi mümkün olmadığı; kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin ise kanunla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin gereği olduğu ve sözleşme ile çalıştırılacak kamu görevlilerine yapılacak ödemelerin belirlenmesinin, yönetmeliğe bırakılmasının memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu gerekçeleriyle karşı oydaki beş üye tarafından haklı olarak eleştirilmiştir.¹⁰⁶⁰

İkinci olarak karar, doksanlı yıllardaki “yaşama hakkı” odaklı bütüncül yoruma beklenmeyen bir geri dönüş yaparak, aile hekimlerinin hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde hekimlere yapılacak ödemelerin %20'sine kadar azaltılmasını öngören

¹⁰⁵⁹ Üzeltürk, a.g.e., s. 146.

¹⁰⁶⁰ Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, A. Necmi Özler, Şevket Apalak İle Zehra Ayla Perktas'ın Karşıoyları.

kuraldaki “hasta sevk oranlarının yüksek olması” ibaresini Anayasanın 2, 5, 17 ve 56’ncı maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Yasanın getirdiği sisteme göre kişiler, acil haller ve mücbir sebepler dışında öncelikle aile hekimlerine başvuracaklar ve aile hekiminin değerlendirmesine göre gereken durumlarda sağlık kurum ve kuruluşlarına sevk edileceklerdir ve aile hekiminin sevk olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuran kişilerden katkı payı alınacaktır. Bu nedenle aile hekimlerinin sevk işlemleri hem kendi gelirleri hem de hastanın tedavisi bakımından sistemin işleyişinde kritik bir rol oynamaktadır. Dava dilekçesinde bu düzenlemenin aile hekiminin hasta sevk yaparken, ücretinden indirim yapılmaması için Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen hasta sevk oranlarını gözeterek sevkten kaçınabileceği ileri sürülmüştür. Gerçekten de maaş kesme tehdidi ile hekimlerin diğer sağlık kuruluşlarına hastaları sevk etmelerini engellemeye çalışması itibarıyla bu düzenlemenin temel tıbbi kaynaklara ulaşma hakkı bakımından hayli tartışma yaratacak nitelikte olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶¹

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesine sosyal devleti “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak... sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlet” olarak tanımlayarak başlamıştır. Mahkemenin uzun yıllar sonra, erken dönem içtihadında sosyal devleti tanımlarken kullandığı “güçsüzleri güçlüler karşısında korumak” kavramına dönüş yapması, sosyal hakların yargısal korunması bakımından dikkate değer bir gelişmedir. Ardından Anayasanın 5, 17 ve 56’ncı maddelerine atıfta bulunan AYM, öncelikle kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirilebilmelerinin başlıca şartının, “ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleri” olduğunu ve bu haktan yararlanmayı “zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı” düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme buradan hareketle haklı olarak, aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran dava konusu kuralın, “ihtiyacı olan

¹⁰⁶¹ Üzeltürk, a.g.e., s. 166.

kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek” ve “Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak nitelikte” bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Kararı oybirliği ile alan Mahkeme böylece, Anayasanın özgürleştirme normunu bir kez daha normatif bir ölçüt olarak kullanmış ve bu maddenin temel hakların denetiminde göz ardı edilmemesi gerektiğini hatırlatmıştır. Öte yandan sağlık hakkına getirilen bu sınırlamayı, Anayasanın 13’üncü maddesindeki genel sınırlama sebepleri bakımından değerlendirmek yerine, yaşama hakkı ile beraber bütüncül bir değerlendirme yoruma başvurmuş, böylece doksanlı yıllarda geliştirdiği ancak zamanla unutulmaya yüz tutan ilerici içtihadına dolaylı da olsa geri dönerek sosyal hakların korunması bakımından nadir bir olumlu adım atmıştır. Bu bakımdan Türk anayasa yargısının sosyal haklar ile yaşama hakkı arasında yakın bir bağ kurarak hak ve özgürlüklere bütüncü bir bakış açısı ile yaklaşmaya yabancı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁰⁶²

Nihayet AYM, 2010 yılında kamuoyunda “tam gün yasası” olarak bilenen 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Dair Kanun’un çeşitli hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada verdiği bir başka kararında ise, hekimlerin mesleğini ya kamu kurum ve kuruluşlarında veya SGK ile sözleşmeli özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da SGK ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve serbest muayenehane açarak yapabilmesini öngören düzenlemeyi, hekimlerin özel konumunu dikkate alarak yaşama hakkı ile

¹⁰⁶² Halit Yılmaz, a.g.e., s. 93. AYM’nin sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sağlık sigortası hakları ile alakalı bütüncül yorumu, Danıştay’ın bazı kararlarındaki tutum ile birebir örtüşmektedir. Danıştay “Anayasanın 65. Maddesinde yer verilen, Devletin, Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarını yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği yolundaki hükmün, en önemli sosyal haklardan biri olan ve doğrudan insan yaşamını ilgilendiren sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel oluşturacak biçimde yorumlanmasının, sağlık hakkının özünün zedelenmesine yol açabilecek uygulamalara neden olabileceği açıktır” diyerek AYM ile benzer yaklaşım ortaya koymuştur. (Danıştay 10. Daire, E. 2007/7391, K. 2010/7354, KT. 05/10/2010’dan aktaran Halit Yılmaz, a.g.e., s. 94)

herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde "sürdürme" ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, daha önce "sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasında kurduğu bağlantıyı sürdürerek, "sağlık hakkını yaşama hakkı ile bir bütün olarak incelemiştir."¹⁰⁶³

Mahkeme hekimlik mesleğinin, Anayasanın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu; kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartının ise ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu ve sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu belirterek; hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının sınırlandırılmasının bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşıdığı, dolayısıyla dava konusu düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Karar hakların bütünlüğü yaklaşımın sınırlarını tayin etmek bakımından enteresan bir örnektir. Çünkü Mahkeme önceki kararlarından farklı olarak bu olayda kamu hizmetinden yararlananlar ile hizmet arasındaki ilişkiden doğan değil, kamu görevlisi ile idare arasındaki ilişkiden doğan bir uyumsuzluğu yaşama hakkı ile ilişkilendirmiştir. Bu bakımdan sağlık personelinin statüsü ve çalışma düzenin sosyal hakların korunmasında yaşama hakkı ile ilişki kurulabilecek bir düzenleme alanı olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bu tür düzenlemelerin anayasaya uygunluğu değerlendirilirken yaşama hakkı

¹⁰⁶³ E. 2010/29, K. 2010/90, KT. 16.7.2010, R.G. 04.12.2010-27775. Mahkemenin bu bağlantıyı sürdürme yönündeki son çabasını 2013 tarihli bir kararında görmek mümkündür. AYM, gerek gebe gerekse anne rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sezaryen ameliyatı ile doğum yaptırılabilirliğini öngören yasal düzenlemeyi anayasaya uygun bulurken şöyle demiştir: "Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelmektedir... Devlet, Anayasa'nın 17. maddesine göre, kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür... Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen nedenlerle sınırlanamaz." (E. 2012/103, K. 2013/105 K.T.: 3.10.2013, R.G.: 17.12.2014-29208) Sağlık hakkını adeta bir "doğal hak" niteliğinde kabul eden bu görüşün, sosyal hakların uygulanmasına esaslı bir katkıda bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Merih Öden ve Selin Esen, "Fundamental Rights and Freedoms in Turkey and the Turkish Constitutional Court", **The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe**, ed. Rainer Arnold, Dordrecht, Springer, 2016, ss. 127-162, s. 150.

ekseninde bir denetim yapılmasının “eleştiriye açık ve biraz da abartılı bir bakış açısı” olduğu; sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasında her durumda “özdeşlik kurmanın” doğru olmadığı; yaşama hakkı ile sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı arasında bağ kurmak için “daha rafine yaklaşımlara” ihtiyaç olduğu; bu bağın gücünün uyuşmazlığın özellikleri ile somutlaşacağı ve sağlık personeline ilişkin düzenlemeleri “yaşam hakkıyla ilişkilendirmek yerine, sadece sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkıyla ilişkilendirmenin yeterli olacağı” ileri sürülmektedir.¹⁰⁶⁴

4. İki Kararın Düşündürdükleri

Bu başlığı Mahkemenin 2014 ve 2016 yıllarında verdiği iki kararı irdeleyerek sonlandırmak uygun olacaktır. İlk kararda AYM, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa göre emekli olanlara verilecek *emekli ikramiyesinin* hesabında, kamu görevinden emekli olacak olanların 30 hizmet yılından fazla sürelerin dikkate alınmayacağına ilişkin hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal ederken¹⁰⁶⁵; ikinci kararda ise geçici köy korucularının kamu görevlisi olarak kabul edilemeyecekleri gerekçesiyle, bu kişilerin diğer kamu görevlilerinden farklı bir sosyal güvenlik sistemine tabi olmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir.¹⁰⁶⁶

Bu kararlar Türkiye’nin yukarıda aktarılan sosyal hak serüvenine rağmen, AYM’nin bugün dahi sosyal haklar karşısında gösterdiği *duyarsızlığı* yansıtması bakımından önemlidir. Her ne kadar Mahkeme zaman zaman sosyal haklar lehine cesur

¹⁰⁶⁴ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 96-97. Öte yandan bu kararın konusunun BM ESKHS tarafından benimsenen, sağlık hakkı bağlamında devletin yapmaktan kaçınması gereken ödevlerini içeren yükümlülükler ile ilgili olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan Mahkemenin sağlık hakkı ile ilgili içtihadına istikrarlı olarak, sağlık hakkının yaşama hakkı ile ilişkisini vurgulama dolayısıyla “devletin sayı yükümlülüğü kapsamındaki ödevleri açıkça içerecek biçimde gelişmeye uygun olduğu” belirtilmektedir. Gerçekten de AYM’nin yaşama hakkı ile sağlık hakkı arasında sıkı bir bağ kurma eğilimi gösterdiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte Mahkeme başka uluslararası hukuk normlarına yardımcı ölçü norm olarak birçok kez başvurmuş olduğu halde, sosyal haklar içtihadını uluslararası insan hakları hukukunu referans alacak biçimde geliştirme beklentilerine karşılık verememiştir. Nitekim AYM sağlık hakkına ilişkin kararlarında devletin temel ödevlerini ele alırken henüz ESKH’nin ilgili maddelerine ya da Komite’nin herhangi bir yorumuna atıfta bulunmuş değildir. (Özür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, No. 1 (2014), ss. 165-188, s. 178-181.

¹⁰⁶⁵ E. 2013/111, K. 2014/195, KT. 25.12.2014.

¹⁰⁶⁶ E. 2015/67, K. 2016/21, KT. 16.3.2016.

adımlar atmaya çalışmış ise de, aşağıdaki iki kararı dikkate alarak son tahlilde anayasal birikimimizin ülkenin en yüksek mahkemesinin sosyal hakları *anlama* ve *koruma* güdüsünü pekiştirmekte eksik kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Mahkeme fonksiyon ve yapısında geçirdiği bütün değişim ve dönüşüme rağmen, anayasa hukukunun imkânlarını ve sunduğu zenginlikleri sosyal haklar lehine kullanmaktan imtina etmiş ve emsallerinin sosyal haklar uğruna harcadığı çabanın oldukça gerisinde kalmayı tercih etmiştir. Bu bakımdan AYM'nin sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda “kanun koyucunun takdir yetkisini yargı işlevinin sınırlarını zorlamadan, oldukça makul ölçekte ve rafine bir yaklaşımla sınırlandıran bir içtihat çizgisine sahip olduğu”¹⁰⁶⁷ iddiasının fazla iyimser olduğunu söylemekte sakınca yoktur. Zira AYM uygulamasında görüldüğü gibi sosyal hakların “kimi zaman farklı ölçüt ve gerekçelendirme teknikleri ile güçlendirilmesi, bunların tam ve etkili biçimde yaşama geçirildiği anlamına gelmemektedir.”¹⁰⁶⁸

a) Emekli İkramiyesinde Otuz Yıl Sorunu

Mahkemenin 2014 tarihli ilk kararında, Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun, 17.1.2012 günlü ve 6270 sayılı kanun ile değiştirilen 89. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*verilecek emekli ikramiyesinin hesabında 30 fiili hizmet yılından fazla süreler dikkate alınmaz*" ibarelerinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir. Mahkeme bu ibareyi Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddeleri yönünden incelemiş ve iptal etmiştir.

Kararda önce sosyal devlet “kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan,... çalışma hayatını geliştiren ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli

¹⁰⁶⁷ Halit Yılmaz, a.g.e., s. 82.

¹⁰⁶⁸ Oder, a.g.e., s. 231.

gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlet” olarak tanımlanmıştır. Ardından Mahkeme sosyal güvenlik hakkını “devlet desteğine ihtiyaç duyan sosyal hakların en önemlisi” olarak niteleyerek, kanun koyucunun, sosyal güvenliği sağlama görevini yerine getirirken emekli ikramiyesi ile ilgili keyfi ya da bu haktan yararlananlar arasında eşitsizliğe neden olacak düzenlemeler yapamayacağını belirtmiştir.

Nihayet Mahkeme nitelikleri ve durumları özdeş olan iştirakçiler aynı konumda olduğu; 30 yıl ve daha az çalışanlar ile fazla çalışanlar arasında anlaşılabilir, amaçla ilgili ya da makul, adil ve haklı bir nedene dayanmayan bir ayrım öngörüldüğü; bunun Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesini ihlal ettiği ve iştirakçilerin çalıştığı hâlde bu sürelerle ilişkin emekli ikramiyesi ödenmemesi adalet ve hakkaniyete uygun olmadığından itiraz konusu ibarenin, sosyal güvenlik hakkına ve hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir.

Karar ilk bakışta Anayasa m. 60'de düzenlenen ve devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların başını çeken sosyal güvenlik hakkı lehine bir ilerleme izlenimi vermektedir. Zira Mahkeme sosyal güvenliğin herkes için bir *hak*, bunu gerçekleştirmenin de Devlet için bir *ödev* olduğunu belirtmiş; sosyal güvenlik alanında bir *hak* getirilirken (emekli ikramiyesi), 60. maddenin bu haktan “aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan tüm iştirakçilerin ‘adalet ve hakkaniyet’ ölçüleri içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesini” gerektirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme bu zorunluluğun *eşitlik* ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır.

Gerçekten de otuz ve üzeri yıl çalışarak emekli olan kamu görevlilerinin alacakları emekli ikramiyesinin hesabında otuz yıldan fazla sürelerin hesaba katılmaması daha ilk bakışta eşitlik ilkesi bakımından bir tereddüt uyandırmaktadır. Bununla birlikte

Mahkemenin bu olağan tereddüte ilişkin değerlendirmesi sosyal hakların anayasal statüsünü korumak bakımından zayıf gözükmektedir. Zira Mahkeme ne karşılaştırmalı hukuku, ne de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri ve bunların uygulama mekanizmalarını dikkate alma ihtiyacı hissetmeden, dava konusu hükmün anayasa aykırılığını oldukça kısa ve aceleyle getirilmiş gibi duran bir gerekçeyle karara bağlamıştır. Oysa dava konusu hüküm, anayasal sosyal haklarının belki de en önemli unsurlarından biri ile ilgilidir. Hal böyleyken Mahkemenin derinlemesine bir hukuki tartışmaya girmeden ve oldukça sınırlı argümanlar ile verdiği bu karar, anayasa yargısında sosyal hakların korunması bakımından sonucu itibarıyla olumlu; ancak zayıf gerekçesi yüzünden ileride ortaya çıkabilecek başka sosyal hak uyuşmazlıklarında Mahkemenin hangi kriterlerle hareket edeceğini belirlemediği ve öngörülebilir, sağlam ve tutarlı bir sosyal hak anlayışı içermediği için endişe vericidir.

Diğer yandan “30 yıl” kararının yarattığı bir diğer endişe verici nokta karara katılmayan üyelerin yazdığı *karşı oy*dan kaynaklanmaktadır. Karşı oya göre 5434 sayılı Emekli Sandığı kanununda düzenlenen *emekli ikramiyesi* “devletin bu kişilere hizmetleri karşılığında sosyal devlet kapsamında öngördüğü bir atıfet” niteliğindedir ve atıfet niteliğindeki bu ödemenin hesaplanmasında “kanun koyucu geniş bir takdir yetkisine” sahiptir. Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğüne göre *atıfet*, “iyilik, bağış, kayra, lütuf, ihsan, inayet” anlamına gelmektedir.¹⁰⁶⁹ Yani kamu çalışanlarının ifa ettikleri hizmet ve uzun süre boyunca verdikleri emeklerinin karşılığında aldıkları bu sosyal güvenlik yardımı, bir kısım anayasa yargıcının gözünde sadece devletin yüce gönlünden koparak ihsan ettiği bir *lütuftur*. Dahası karşı oy, Anayasanın 60'ıncı maddesinin “memurlara emekli ikramiyesi ödenmesini zorunlu kıldığının söylenemeyeceğini” belirterek, emekli ikramiyesinin *sosyal güvenlik hakkının* ayrılmaz bir parçası olmadığını belirtmektedir. Ancak neyin bir anayasa kuralından

¹⁰⁶⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57ff81f396f1b3.86174754

türeyemeyeceğini belirten karşı oy, bu kurala mündemiç olanın ne olduğunu söylemeyi ise lüzumsuz görmektedir. Öyleyse bu görüşe göre emeklilik ve bunun bütünleyicisi olan şeyler, kamu çalışanları için hiçbir zaman bir *hak* niteliğinde olmamıştır. Hak olmayan bir şeyin devlete bir ödev yüklemesi ise doğal olarak beklenemez.

Oysa 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 19’uncu maddesi açıkça devlet memurlarının “emeklilik hakları” olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda *emeklilik* kavramı, memurların “belli hizmet süresi ya da belli bir yaşı doldurmaları ya da çeşitli nedenlerle görevlerini yapamayacak duruma gelmeleri sonucu, *belirli haklara sahip olarak* memurluk statüsünden kendi istekleri ile çıkmaları ya da istekleri dışında çıkarılmaları” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁷⁰ Buna göre memurluk statüsünden ayrılan kişiler, bunun sonucunda bazı *haklar* elde ederler, emekli olmanın birey bakımından anlamı budur. Öte yandan devlet memurlarının görevlerini bıraktıktan sonra aldıkları emekli aylığı, çalışırken kendilerinden kesilen primlerle karşılanmaktadır. Dolayısıyla emeklileri aylıkları için devletin olumlu bir edimde bulunmasına zaten gerek yoktur. Ayrıca kamu görevlisi olsun veya olmasın mevcut sosyal güvenlik sisteminde bütün çalışanların sosyal sigorta sistemine katılması zorunludur. Yani devlet memurları da diğer çalışanlar gibi sigorta sistemine ödedikleri primleri kendi iradeleri ile vermemektedir. Bu durumda zorunlu olarak ödenen sigorta primleri karşılığında emekli olan kişilere emekli aylığının ödenmesi eşyanın doğası gereğidir.

Öyleyse devlet memurlarının emekli olduklarında sosyal güvenlik hakkı kapsamında edinebilecekleri hakediş olarak geriye *emekli ikramiyesi* kalmaktadır. Emekli ikramiyesi “emeklilik halinde devlet memurlarına ödenecek olan toplu parayı” ifade etmektedir ve bu paranın altında yatan temel düşünce “devlete geçen hizmetin karşılığı” olmasıdır. Dolayısıyla aslında bu toplu paranın “ikramiye” olarak nitelenmesi isabetli değildir. Öyleyse emekli ikramiyesinin miktarı, geçen hizmet süresinin

¹⁰⁷⁰ Nihat Kayar, **Kamu Personel Yönetimi**, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2014, s. 421.

uzunluğuna göre değişmektedir ve ikramiye hesabına getirilecek herhangi bir sınırlama, ödemenin belirleyici unsuru olan hizmet süresi anlayışına ters düşecektir.¹⁰⁷¹ Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki temel argümanının da bu yönde olması beklenirdi; ancak Mahkeme böyle bir tartışmaya girmemiştir.

Bir başka görüşe göre ise emekli ikramiyesi kamu görevlilerine ilişkin “özel bir sosyal yardım” niteliğindedir.¹⁰⁷² Bu niteliği itibarıyla da diğer sosyal yardımlar gibi devlet bütçesinden karşılanması esasına dayanır ve devlet için *yükümlülük*, bireyler için ise bir *sosyal hak* niteliğindedir.¹⁰⁷³ Ancak emekli ikramiyesi söz konusu olduğunda, her nedense anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştiren yargıçların bazılarının kelime dağarcığından *sosyal haklar* kavramı uçup gitmekte; bunun yerine devlet bir hayır kurumu, emeği ile hayatını idame ettirmeye çalışan yurttaş ise bu hayırseverin lütfuna mazhar olmuş bir meta olmaktadır. Kanımızca böyle bir yaklaşımı bir anayasa hukuku çalışmasının bilimsel yöntemle izah edebilmesi mümkün değildir.

Öte yandan karşı oydaki üyelere göre bir an için emekli ikramiyesinin sosyal güvenlik hakkının bir gereği olduğu kabul edilse bile, 65. madde nedeniyle sosyal haklar kişiye bir *talep hakkı* vermemektedir. Oysa yukarıda devletin *özgürleştirme* ödevini açıklarken değinildiği gibi, insan yaşam boyu karşı Beveridge’in uzun zaman önce işaret ettiği çeşitli güçlüklerle mücadele etmek zorunda kalır. Bu bakımdan modern devlet, insanın bu mücadelesindeki en büyük destekçisidir. Fakat devletin kişiye vereceği bu destek, “ne bir bahşiş nede bir sadakadır. Vatandaş, devletinden bu desteği ve koruyuculuğu bir *hak* olarak isteyebilecektir. Bu hakkın adı da *sosyal güvenlik*’tir.”¹⁰⁷⁴ Öyleyse “sosyal güvenlik”, Türkiye’deki anayasa yargıçlarının bir

¹⁰⁷¹ Fevzi Şahlanan, “Emekli İkramiyesinde 30 Yıllık Sınırı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı ile Başlayan Süreç ve Bir Danıştay Kararı Üstüne Düşünceler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 13, No. 49 (2016), s. 113.

¹⁰⁷² Güzel, Okur ve Caniklioğlu, a.g.e., s. 552.

¹⁰⁷³ Engin, a.g.e., s. 236.

¹⁰⁷⁴ Tunaya, **Siyasi Müesseseler...**, a.g.e., s. 673-674.

kısımının aksi görüşüne rağmen, rasyonel bir akıl yürütmeye göre *haktır* ve bu hakkın unsurları arasında bir farklılık söz konusu değildir.

Sosyal güvenlik, bir kavram olarak, “toplumdaki yoksul ve muhtaç insanlara, insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlamak ve onları korumakla görevli devletten bu yönde gerekli tedbirleri almasını ve teşkilatları kurmasını talep hakkı” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷⁵ Bir diğer ifadeyle sosyal güvenlik hem bir insan hakkını hem de devletin bir görevini ifade eder. Bu bağlamda 1982 Anayasasının 60. Maddesinin emrettiği şey, kişinin insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyine hakkı olduğu ve devletin bunu gerçekleştirmekten imtina edemeyeceğidir. Dolayısıyla 1982 Anayasasının bütün sosyal haklar ve bunlar içinde sosyal güvenlik hakkına ilişkin kişilere bir *talep hakkı* vermediği iddiası, hukuk düşüncesinin uzun zaman önce aştığı ve anayasa hukuku açısından ise çok gerilerde kalmış nafile bir iddiadan ibaret olarak görmek yanlış olamayacaktır.

İlginç olan, karşı oyda Anayasanın 65’inci maddesinin 2001 yılında değiştirilmiş olduğu adeta unutulmuşçasına “ekonomik istikrar” kavramına atıfta bulunulmuş, anayasa koyucunun devlet mali gücüyle sınırlı bir ödev yüklediğini vurgulamak için artık hukuk dünyasında var olmayan bir ifade referans alınmıştır. “Ekonomik istikrar” ibaresi 2001 yılında 65’inci maddeden çıkarılmasına rağmen karşı oydaki üyeler, 65’inci maddenin 2001 öncesi halinin gerekçesine atıfta bulunarak, adeta kendine has bir yorum denemesi yapmışlardır. Bu da yetmezmiş gibi 30 yıllık sınırın eşitlik ilkesini zedelemeyeceğini savunmak için ise, 30 yılın üzerinde hizmeti olan kamu görevlilerinin emekliye ayrıldıklarında 30 yılın altında görev yapanlardan daha fazla emekli maaşı aldıkları gerekçesiyle bu kişilerin emeklerinin karşılıksız kaldığı iddiasının doğru olmadığı ileri sürülmüştür. Oysa bir devlet memurunun başka bir memura göre emekli maaşındaki fazlalık ile emekli ikramiyesi arasında mantıklı bir bağ kurmak mümkün

¹⁰⁷⁵ Akad, **Sosyal Güvenlik Hakkı**, a.g.e., s. 10.

gözükmemektedir. Kaldı ki emekli aylığı, çalışanların ödedikleri primlerle sağlanmaktadır, yani devlet emekli olan kişilere bir *bağışta* bulunmamaktadır. Ayrıca emekli aylığının, primli bir sigorta sistemi olamasaydı dahi devletin sosyal güvenlik hakkı kapsamında üstlenmek zorunda olduğu temel yükümlülüklerinden biri olduğuna şüphe yoktur.

Bir yazarın haklı olarak işaret ettiği gibi insan özgürlüğünü ve onurunu çalışarak kazanır. Sosyal güvenlik hakkı da insan onuru temelinde çalışma özgürlüğünün güvencesidir. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki sosyal yardımlar, adı ne olursa olsun, *hak* değil bir *lütuf* olarak kabul edilirse, sosyal açmazların hukuk yoluyla çözümü imkânsızlaşır; çünkü insan onurunu lütufla ayakta tutamaz.¹⁰⁷⁶ Bu bakımdan netice olarak AYM’nin “30 yıl” kararı sonucu itibarıyla sosyal hakların korunması bakımından gerçekten olumlu ise de, kanımızca zayıf gerekçesi ve insan hakları düşüncesi ile bağdaşmayan karşı oy, sosyal hakların Mahkeme nezdindeki geleceği için umut verici olmaktan uzaktır.

b) Köy Korucularının Sigortalılık Sorunu

Anayasa Mahkemesini ikinci yakın tarihli kararı ise 442 sayılı Köy Kanununda düzenlenen *geçici köy korucularının* 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından karşı karşıya kaldıkları “sigortalılık” sorunu ile ilgilidir. Somut norm denetimi yoluyla Mahkemenin önünde gelen davada AYM, geçici köy korucularının ulusal sosyal güvenlik sistemi içerisinde “kısa ve uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılamayacaklarına” ilişkin yasal düzenlemenin, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁶ Engin, a.g.e., s. 233, 248.

¹⁰⁷⁷ E. 2015/67, K. 2016/21, KT. 16.3.2016.

Geçici köy korucularının¹⁰⁷⁸ büyük tepkisine yol açan bu kararda ilginç olan, Mahkemenin sosyal güvenlik hakkını koruyucu bir kaygıyla hareket etmemesine rağmen, sosyal devleti tanımlarken 70’li yıllarda üzerinde durulan bir noktayı uzun bir süre sonra tekrar gündemine almış olmasıdır. Mahkeme esası incelemeye geçtiğinde sosyal devleti “kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan,... onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlet” olarak tanımlamıştır.

Ancak 70’lerin söylemini beklenmedik bir zamanda yeniden dillendiren Anayasa Mahkemesi, bu önerme üzerinde en ufak bir tartışma dahi yapmadan meseleyi basit bir idare hukuku kavrayışıyla çözmeyi ve devletin takdir yetkisine geniş bir yer ayırmayı tercih etmiştir. Mahkeme kanun koyucunun “istihdam edilen işin niteliğinin gerektirdiği kimi durumlarda sosyal güvencelere ilişkin özel düzenlemeler öngörebileceğini ve Anayasanın tüm bireylerin aynı sosyal güvenlik düzenlemelerine tabi kılınmasını gerektirmediğini belirtmiştir. Ardından geçici köy korucularının ifa ettikleri hizmetin niteliği itibariyle hizmet akdi ile çalışan diğer kimselerin ifa ettiği hizmetlerden farklı olduğunu belirten Mahkeme, geçici köy korucularının, “özel sosyal güvenlik düzenlemelerine tabi kılınmalarının” kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunu vurgulamıştır. Nihayet AYM geçici köy korucularının kısa ve uzun vadeli

¹⁰⁷⁸ Bu satırların yazıldığı tarihlerde yaşanan olağanüstü günlerde çıkarılan 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin sekizinci maddesi ile 442 sayılı Köy Kanununun muhtelif maddelerinde yer alan “geçici köy” ibareleri “güvenlik” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı KHK’nin 9’uncu maddesi ile ise diğer mevzuatta yer alan “geçici köy korucusu” ibarelerinden “güvenlik korucusu” anlaşılağı düzenlenmiştir. Yani artık ülkemizde “geçici köy korucusu” değil, “güvenlik korucusu” vardır. Geçici köy korucuları Köy Kanununun 74’üncü maddesine göre ancak “olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması” halinde Bakanlar Kurulu tarafından görevlendirilebilirler. Söz konusu KHK de böyle bir olağanüstü hâl ilanının ardından çıkarılmıştır. Ancak bu isim değişikliği tam olarak ile ne amaçlandığını bilmek mümkün değil, zira kanunlardan farklı olarak olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin madde gerekçesi yok.

sigorta kolları açısından sigortalı sayılmayacaklarını öngören dava konusu düzenlemenin “uygulamada tereddütlere yol açılmaması” yapıldığı ve “mükerrer sosyal güvencelere sahip olmasının önüne geçilmesi” amaçladığı ve geçici köy korucularının sosyal güvenlik hakkını “kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya değil özel durumlarını düzenlemeye yönelik olduğu” için Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine aykırılık olmadığına hükmetmiştir.

Kuşkusuz geçici köy korucularının sosyal hak problemi Mahkemenin tespitleri kadar basit değildir. Zira bu kişiler yıllardır ülkenin doğu ve güneydoğusunda oldukça zor koşullarda güvenlik hizmeti vermelerine rağmen, görev tanımlarının önündeki “geçici” ibaresi nedeniyle diğer güvenlik güçlerinin sahip olduğu sosyal güvencelerin çok uzağında kalmışlardır. Köy korucuları ifa ettikleri kamu hizmetinin niteliği bakımından “kolluk” görevi içinde düşünülmelidirler. Bu bağlamda geçici köy koruculuğu 1985 yılında uygulanmaya başlanan “güvenlik güçlerinin fiziki olarak korumada yetersiz kaldığı yerlerde, vatandaşların can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuş yasal bir sistemdir”. Bu kolluk gücünün dönemin şartları altında geçici olarak istihdam edilmeleri öngörmüş, ancak koşulların izin vermemesi nedeni ile günümüzde dahi devam eden bir kamu hizmetine dönüşmüştür. Keza geçici köy korucu sayısı sistemin uygulanmaya başladığı günden beri hızla artmıştır. 1988 yılında 14 bin olan geçici köy korucu sayısı, Haziran 2012 itibariyle 45 bini bulmuştur.¹⁰⁷⁹

Koruculuk 1985 yılında başladığında geçici statüdeki koruculara sadece maaş veriliyordu ki bu yetersiz maaş sorunu bugün de sürmektedir. Öte yandan 2005 yılına kadar korucuların emeklilik hakkı ya da sağlık sigortası yoktu; dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı bakımından korucuların uzun yıllar boyunca “yetkililerinin ya da güvenlik güçlerinin ‘yardımına’ muhtaç” olduğu belirtilmektedir. 2005 yılında 5443

¹⁰⁷⁹ Veysel Erat, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. 28, No. 1 (2013), s. 170, 178, 179.

sayılı yasa ile hiçbir sosyal güvenlik kurumunun güvencesi altında bulunmayan geçici köy korucuları ile bunların eşleri, bakmakla yükümlü oldukları anne, baba ve çocuklarının muayene, tetkik ve tedavilerinin yeşil kart verilerek sağlanması düzenlenmiştir; 2007 yılında ise geçici köy korucularının ölümü sebebiyle eşlerine aylık bağlanması durumunda hak sahiplerine aynı şekilde muayene, tetkik ve tedavi yardımı yapılmasına devam olunacağı hükme bağlanmıştır. Nihayet 2007 yılında Köy Kanunu'na eklenen bir hüküm ile koruculara emeklilik hakkı tanınarak 55 yaşını doldurmuş geçici köy korucularının ilişkilerinin kesileceği ve ilişkisi kesilenlerden 15 yıl veya daha fazla çalışmış olanlara Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından emekli aylığı bağlanacağı düzenlenmiştir.

Koruculuğun sağladığı düzenli ama yetersiz (2014 itibarıyla 940 TL) maaş, korucuların yiyecek, yakacak ve eğitim gibi diğer sosyal yardımlardan faydalanmalarına engel olmakta; sağlık hizmetlerinden yararlanma hakları ise benzer kamu hizmetini yapan diğer kamu görevlilerine göre çok sınırlı kalmıştır. Bu bağlamda korucular için maaş ve yeşil kartın gerçek anlamda “sigortalı” olmak anlamına gelmediği; emeklilik ve sağlık hakları bakımından neredeyse bütün korucuların kendilerinin diğer güvenlik güçleri ile aynı işi yapmalarına rağmen hem daha az maaş aldıklarını hem de aynı sosyal haklara sahip olmadıklarını düşündükleri belirtilmektedir.¹⁰⁸⁰ Bir korucunun şu cümleleri bu kişilerin maruz kaldığı sürekli sosyal hak ihlalinin çok açık biçimde gözler önüne sermektedir:

“Bizim yeşil kartımız var, ama bence sosyal güvencemiz hâlâ yok. Maaşlarımız çok az biliyorsunuz. ... Ama hâliyle bu maaş yetmiyor bize. Başka da iş yapamıyoruz. Niye? Çünkü ek

¹⁰⁸⁰ Enver Balta, Murat Yüksel ve Yasemin Acar, **Geçici Köy Koruculuğu Sistemi ve “Çözüm Süreci”:** Nihai Rapor, İstanbul, SÜREÇ Araştırma Merkezi, 2015, <http://aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/cozumsureci05052015.pdf>, s. 56-59.

bir iş yaptığınız, ek bir geliriniz olduğu anda yeşil kartınız iptal ediliyor. Bu hak mı değil mi? SGK'lı çalışan olsak, böyle bir şey olmaz.”¹⁰⁸¹

Geçici köy korucularının sosyal haklar bakımından içimde bulundukları bu zayıf durum, ikinci bölümde açıklanan Kolombiya Anayasa Mahkemesinin “yapısal anayasa aykırılık” doktrinini hatırlatmaktadır. Kolombiya Anayasa Mahkemesi bir hakkın belirli sayıda insanı etkileyen nitelikte sistematik ihlali söz konusu ise ve bu hak ihlallerinin yapısal eksikliklerden kaynaklandığına kanaat getirirse, bireysel başvurudaki iddialardan hareketle aynı durumdaki herkes için geçerli bir koruma yoluna gitmeyi başarmıştır. Bu bakımdan geçici köy korucularının sigortalılık sorunu da bu yapısal anayasaya aykırılık haline oldukça benzemektedir. Zira bu kişiler otuz yıldır bazı kısmi iyileştirmelere rağmen, temel ihtiyaçlarının sağlanmasına yönelik sosyal haklarından sistematik olarak mahrum kalmıştır. Buna rağmen bu ihlalin giderilebilmesi için yapısal bir değişikliğe gidilmesi gerektiği ileri sürüldüğünde AYM bu iddiayı ciddiye almamıştır. Dolayısıyla AYM'nin geçici köy korucularının sigortalılık sorununu ele aldığı bu kararı ile sosyal hakları ciddiye almakta Kolombiya Anayasa Mahkemesi'ne kıyasla açık ara sınıfta kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

1. Bireysel Başvurunun Sosyal Haklar İçin Anlamı

Bilindiği gibi 2012 yılından itibaren Türk anayasal düzeni açısından bir dönüm noktası olan *anayasa mahkemesine bireysel başvuru* uygulanmaya başlanmış ve Mahkeme bugüne kadar birçok temel hak lehinde kritik kararlara imza atmıştır. Bununla birlikte “bireysel başvuru (anayasa şikâyeti)” kurumunun Anayasa Mahkemesinin hak temelli anayasal yorumuna yaptığı nispi katkının sosyal haklar üzerinde herhangi bir izini görmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme her ne kadar bireysel

¹⁰⁸¹ Balta, Yüksel ve Acar, a.g.e., s. 58.

başvurunun başladığı 2012 yılından beri temel hakların korunmasında görece bir ilerleme kaydetmişse de bu ilerleme münhasıran kişi hakları ve siyasi haklarla sınırlı kalmış, bireysel başvuru sosyal hakları korumaya yönelik bir imkân olarak görülmemiştir.

Gerçekten de AYM sosyal güvenlik hakkı ile ilgili yakın tarihli bir başvuruda, epey çekingen bir tutum benimseyerek bu iddiayı doğrulamıştır.¹⁰⁸² Mahkeme bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerektiğini belirterek; sosyal güvenlik hakkının Anayasada güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme'de düzenlenen bir hak olmadığını, sosyal güvenlik hakkı bağımsız bir hak olarak Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunmadığından, bu hakka yönelik ihlal iddiasının bireysel başvuru konusu yapılabilmesinin mümkün olmadığını belirterek başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. (§ 27-28) *Mehmet Hadi Tunç* kararı sosyal hakların bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceğine dair bir sorgulamayı gerektirmektedir. Çünkü Mahkemenin yukarıda aktarılan sosyal haklarla ilgili norm denetimi içtihadındaki tutarsız ve güven vermeyen görüntüsü, 2015 tarihli bu karar ile bireysel başvuru yoluyla da pekişmiştir. Bu nedenle bu başlıkta Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bağlamında bireysel başvuru kurumuna yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya yaklaşımı ışığında ele alınacaktır.

Kuşkusuz bu kararın alınmasında en önemli etken 1982 Anayasasının 148'inci maddesine göre bireysel başvurunun kapsamının AİHS'de sayılan haklar ile sınırlı olmasıdır. Yani bireysel başvuru münhasıran “Anayasada güvence altına alınmış temel

¹⁰⁸² Bkz. AYM, İkinci Bölüm, *Mehmet Hadi Tunç Başvurusu*, BN: 2013/1958, KT: 7.7.2015, RG Tarih-Sayı: 17.8.2015-29448.

hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi biri” için mümkündür. AİHS ise Türk Anayasasında olduğu gibi sosyal hakları açıkça düzenlememiştir. Dolayısıyla “anayasa şikâyeti, birçok anayasal hakkın anayasal olarak dava edilebilirliği imkânını beraberinde getirmişse de” bunu prensip olarak Anayasadaki sosyal insan hakları değil, medeni ve siyasal haklarla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla Türkiye’de anayasa şikâyeti kurumu, “temel hak sistematğinde sosyal insan hakları(nı)... dava edilebilirlik gibi bir hakkın gerçekleşmesinin kritik eşiği sayılabilecek bir noktada dışlamıştır.”¹⁰⁸³ Bu nedenle ilk bakışta şekilci ve dar bir yorum ile sosyal hakların anayasanın lafzı gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun konusu olmayacağı ileri sürülebilir.

Oysa bireysel başvurunun varlık sebebi olan Sözleşmeyi, onun esas ve tek yorumlayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadından bağımsız düşünmek mümkün değildir. Yani neyin Sözleşme kapsamında olduğu neyin olmadığı, ancak Sözleşmenin AİHM tarafından nasıl yorumlandığı ile beraber okunduğunda anlaşılabilir. Bu bağlamda her ne kadar Sözleşme sosyal hakları açıkça düzenlemese de, AİHM’nin çeşitli kararlarında Sözleşmeyi “belli sosyal hakları güvence altına alma yönünde elinden geldiğince esnek yorumladığı” bilinmektedir.¹⁰⁸⁴ Öyleyse bu yorumun niteliği üzerinde durmak gerekir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sosyal Hak Anlayışı

İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan konjonktürün etkisiyle hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ilk bakışta daha ziyade “negatif” özgürlüklerle sarmalanmış görüntüsü vermektedir. Sözleşmenin 1948’de başlayan hazırlık süresinde siyasal demokrasiye öncelik tanınarak, sosyal haklara Sözleşmede yer verilmemesi ve münhasıran devlete olumsuz edim yükümlülüğü doğuran ilk kuşak hakların

¹⁰⁸³ Tolga Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin? Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler”, **Eskişehir: VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, İstanbul, Petrol-İş Yay, 2014, s. 342.

¹⁰⁸⁴ Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar...”, a.g.e., s. 57.

Sözleşmenin koruma mekanizmasına dâhil olması üzerinde uzlaşıldığı belirtilmektedir.¹⁰⁸⁵ Yani Sözleşmeyi tasarlayanlar temel insan haklarını devlet müdahalesinden korumaya odaklanırken, bu hakları korumak için devletin alması gereken pozitif edimleri dikkate almamıştır.¹⁰⁸⁶

Gerçekten de AİHS sosyal haklara yönelik çok sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Sözleşme “sağlık” ya da “sosyal güvenlik” gibi temel sosyal hakların hiçbirine yer vermemektedir. Sekizinci maddede kişilerin mevcut meskeninin korunmasına yer veren Sözleşme, konut hakkı bağlamında “barınma”ya ilişkin bir hüküm içermemektedir. Keza 1 No’lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen “mülkiyet hakkı” bir yana bırakılırsa, sadece aynı Protokolün ikinci maddesinde yer alan “eğitim hakkı” sözleşmenin açıkça düzenlediği bir sosyal hak olarak zikredilebilir. Ancak bu hüküm de eğitimden devletin sağlamak zorunda olduğu bir olgu olarak değil, eğitim özgürlüğü bağlamında yani devletin *karışmama* yükümlülüğü kapsamında bahsetmektedir.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁵ Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 40, No. 3 (Eylül 2007), s. 48.

¹⁰⁸⁶ Aslında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin negatif haklar ekseninde tasarlanmış olması ve pozitif edim gerektiren sosyal haklara yer vermemesi bir ölçüde anlaşılabilir. Zira Avrupa Konseyi bünyesinde sosyal haklar için zaten ayrı bir koruma mekanizması bulunmaktadır. Konseyin insan hakları rejiminde sosyal haklar, 1961 yılında kabul edilen ve 1965’de yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter) ile koruma altına alınmıştır. Bu Şart’da düzenlenen haklar AİHM önünde dava edilemez. Bunun yerine Şart bünyesinde kurulan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (European Committee of Social Rights) devletlerle ilgili hazırladığı raporlara yoluyla Şart’ın taraf devletler tarafından uygulanıp uygulanmadığını denetler. Komite on beş üyeden oluşur ve yılda yedi kez toplanır. Şart’a 1995 yılında eklenen ve 1998 yılında yürürlüğe giren bir protokol ise yeni bir “toplu şikâyet” mekanizması kurmuş ve işçi sendikaları, işveren kuruluşları ve sivil toplum örgütlerinin Şart ile güvence altına alınan haklardan birinin ihlal edildiği iddiası ile Komiteye başvurmasını usulünü getirmiştir. Ayrıca Şart 1996 yılında yenilenerek tekrar imzaya açılmış ve bu metin 1961 tarihli metni yürürlükten kaldırarak Gözden Geçirilmiş (Revised) Avrupa Sosyal Şartı adıyla 1999’da yürürlüğe girmiştir. (<http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/about-the-charter>) Her ne kadar Avrupa Konseyi bünyesinde sosyal haklar için özel bir koruma usulünün bulunması kulağa hoş gelse de, uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları arasında AİHM’nin güçlü konumu dikkate alındığında Avrupa Sosyal Şartını ve Komite ikinci planda kalmaktadır. Zira her ne kadar her iki mekanizma da Avrupa Konseyi çatısına altında işliyor olsa da, uluslararası insan hakları hukukunda belki de en iyi işleyen ya da en azından en deneyimli örnek olarak görülen AİHM karşısında oldukça mütevazı yetkilere sahip Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin sosyal hakların korunmasında AİHM ile aynı derecede kayda değer bir etki yaratmasını beklemek gerçekçi değildir. Dolayısıyla Şartın ve Komitenin varlığı önemli ancak sosyal hakların yargısal korunması bakımından yeterli değildir.

¹⁰⁸⁷ Karan, a.g.e., s. 49.

Ancak Sözleşmeye atfedilen bu “negatif” özgürlük sarmalı aslında Sözleşmenin metninden ziyade, onun gerçek yorumlayıcı olan AİHM’nin bu metni nasıl yorumladığı ile doğrudan ilintilidir.¹⁰⁸⁸ AİHM’nin bugüne sosyal haklara yönelik tutumu değerlendirildiğinde, genel olarak pozitif edim gerektiren sosyal haklar söz konusu olduğunda içtihadın epey donuk olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁸⁹ Bir diğer ifadeyle AİHM, kıt kaynakların dağıtımı söz konusu olduğunda genellikle bu sorunların her bir taraf devletin kendisi tarafından ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁰⁹⁰ Gerçekten de AİHM devletin pozitif yükümlülüklerini tanıyor olmasına ve bunların dava edilebilirliğini sıklıkla sorguluyor olmasına rağmen, sosyal hakları korumayı açıkça reddettiği kayda değer bir içtihat da üretmiştir. Mahkeme zaman zaman başvurularda sosyal hakların Sözleşmenin koruma sistemi kapsamında olmadığını hatırlatmaktadır.¹⁰⁹¹ Bu yöndeki bir kararında Mahkeme şöyle demiştir: “Sözleşme ücretsiz gecekondü, çalışma hakkı, ücretsiz tıbbi bakım ya da devletten belirli bir yaşam seviyesi için gereken mali yardım talebinde bulunma hakkı gibi ekonomik ve sosyal hakları güvence altına almamaktadır.”¹⁰⁹²

Bununla birlikte AİHM zaman içerisinde Sözleşmedeki negatif hak sarmalından kurtularak Sözleşme haklarını dinamik bir yorumla ele almış ve böylece korunmaya muhtaç bireylerin insan onuruna yaraşır bir asgari yaşam seviyesi taleplerinin korunmasına imkân sağlamıştır. Yani Mahkeme taraf devletlerin haklara müdahale etmeme yükümlülüğünün yeterli olmadığını, Sözleşmede yer alan hakların aynı

¹⁰⁸⁸ Ellie Palmer, **Judicial Review, Socio-Economic Rights and The Human Rights Act**, Oxford & Portland, Hart, 2007, s. 50; Luke Clements ve Alan Simmons, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ss. 409-427, s. 409-410.

¹⁰⁸⁹ Leijten, a.g.e., s. 1.

¹⁰⁹⁰ Clements ve Simmons, a.g.e., s. 409.

¹⁰⁹¹ Eva Brems, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. D. Barak-Erez & A.M. Gross, Oxford, Hart, 2007, ss. 135-167, s. 136.

¹⁰⁹² *Pançenko v. Litvanya*, Başvuru No. 40772/98, 28 Ekim 1999.

zamanda pozitif edimler de gerektirdiğini giderek artan şekilde kabullenmiştir.¹⁰⁹³ Böylece Mahkeme sosyal sorunlar karşısında geleneksel kişi hakları ve siyasi haklardan hareket ederek, birçok durumda Sözleşmenin sağladığı korumayı sosyal haklara da teşmil edebilmiştir.¹⁰⁹⁴

AİHM çalışmanın ikinci bölümünde izah edilmeye çalışılan negatif/pozitif haklar ayrımının suni bir ayrım olduğunu epey eskiden beri kabul etmektedir. Bu yaklaşım hakların bütünlüğü/insan haklarının bütünselliği ilkesinden kaynaklanan dolaylı bir koruma olarak nitelendirilmektedir. Bir diğer ifadeyle AİHM nezdinde “sosyal hakların medeni ve siyasi haklar için öngörölmüş koruma mekanizmaları tarafından korunmasına” uzun bir süredir rastlanmaktadır.¹⁰⁹⁵ Mahkeme insan haklarının bölünmezliği/bütünselliği dolayısıyla adeta sosyal hakları kişi hakları ve siyasi haklara aşlamaktadır. Dolayısıyla sosyal haklar Sözleşmenin açıkça düzenlediği kişi hakları ve siyasi haklar ile bağlantılı olduğu ölçüde AİHM sosyal hak ihlallerini kişi hakları veya siyasi hakların ihlali olarak görüp korumaya almaktadır.¹⁰⁹⁶ Nitekim Mahkeme daha 1979 yılında bu yorum tekniğini uyguladığı ilk örneklerden biri olan *Airey v. İrlanda* kararı ile Sözleşmenin sadece medeni ve siyasi hakları kapsadığı fikrini reddetmiştir:

“Her ne kadar Sözleşme esasen kişi hakları ve siyasi hakları düzenlese de, bunların birçoğu sosyal veya ekonomik nitelikte etkilere sahiptir. Dolayısıyla Mahkemeye göre sırf Sözleşmenin yorumunun sosyal ve ekonomik haklar alanına uzanabileceği gerçeği böyle bir yoruma karşıt bir etken olmamalıdır; [sosyal ve ekonomik hakları] Sözleşmenin kapsama alanından ayıran su sızmaz bir bölünme yoktur.”¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ Palmer, **Judicial Review**..., a.g.e., s. 50-51.

¹⁰⁹⁴ Brems, a.g.e., s. 137.

¹⁰⁹⁵ Karan, a.g.e., s. 32

¹⁰⁹⁶ Brems, a.g.e., s. 138.

¹⁰⁹⁷ *Airey v. İrlanda*, AİHM, Ekim 1979, Başvuru. No. 6289/73, §26.

Mahkemenin bu tespitinin teorik sonucu, Sözleşme'nin sosyal haklar alanına geçirgenliğinin olduğudur.¹⁰⁹⁸ Karar Sözleşme metninde açıkça yer almasa da, belirli koşullar altında Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesinin taraf devletlerin hukuk davalarında kişilere adli yardım sağlama şeklinde bir pozitif yükümlülük ihtiva ettiği şeklinde okunması gerektiğine hükmetmiştir. Adil yargılanma hakkının sosyalleşmesine örnek niteliğindeki¹⁰⁹⁹ bu karara konu olayda şiddet yanlısı bir alkolik olan kocasından ayrılmak isteyen Bayan Airey, yeterli mali imkâna sahip olmadığı ve hukuk davalarında adli yardım mevcut olmadığı için kendisini temsil edecek bir avukat bulamamıştır. Mahkeme Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına mündemiç olan "mahkemeye erişim hakkına" atıfta bulunarak, mahkemeye erişim hakkının herkesin adalet erişiminin etkili biçimde sağlamak konusunda devlete pozitif bir yükümlülük verdiği ve İrlanda devletinin bu hakkı ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹¹⁰⁰ AİHM'nin "bütüncül" bir yaklaşım benimseyerek sözleşme kapsamındaki haklar ile sosyal haklar arasında çok yakın bir ilişki olduğunu ve ücretsiz adli yardım hakkını bir sosyal hak olarak kabul etmesi "böyle bir hakkın konusu ve içeriği bakımından, bir maddi eşitsizliği giderme amacına yönelmiş oluşuyla açıklanmaktadır."¹¹⁰¹ Böylece Mahkeme açıkça pozitif edimden bahsedilmediği hallerde dahi Sözleşmedeki hakları etkili biçimde koruyabilmek için bu haklara pozitif elementler eklemenin zorunlu olabileceğini kabul etmiştir.¹¹⁰² Yani AİHM'ne göre

¹⁰⁹⁸ Jean-Pierre Marguenaud (Çev: Güliden Kurt), "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, s. 224.

¹⁰⁹⁹ Şirin, a.g.e., s. 346, dn. 7.

¹¹⁰⁰ Brems, a.g.e., s. 139.

¹¹⁰¹ Karan, a.g.e., s. 50.

¹¹⁰² Palmer, **Judicial Review**..., a.g.e., s. 53.

Sözleşmedeki hakların sosyal bir boyutunun olması bizatihi sosyal hakların dava edilebilirliğine engel olmamalıdır.¹¹⁰³

AİHM sosyal hakların dünya genelinde yargısallaşmasının henüz emekleme döneminde ortaya koyduğu bu içtihat ile medeni ve siyasi hakların yanında Sözleşmenin ekonomik ve sosyal menfaatleri de koruduğunu kabul etmiştir. Bir diğer ifadeyle Mahkeme Sözleşmede yer alan medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar arasında bir örtüşmenin bulunduğu kanaat getirmiştir.¹¹⁰⁴ Mahkeme bu anlayışla daha sonraları Sözleşmenin 2 (yaşama hakkı), 3 (işkence yasağı) ve 8'inci (özel ve aile yaşamına saygı) maddelerinden hareketle çevre kirliliği, halk sağlığı, bakıma muhtaç kişiler için uygun tıbbi bakım ve az sayıda da olsa refah haklarına ilişkin çeşitli yükümlülükler tesis etmiştir.¹¹⁰⁵ AİHM, 8'inci maddedeki “saygı gösterme” (respect) ifadesinden usul ve esas bakımından çeşitli yükümlülükleri metinden çekip çıkarmıştır. Nitekim Mahkemenin yine 1979 yılında verdiği ve ebeveynler ile onların gayrimeşru çocukları arasındaki ailevi ilişkinin tanınması yükümlülüğünü tesis ettiği *Marckx v. Belçika* kararı ile Sözleşme metni birtakım pozitif yükümlülüklerin katalizörü fonksiyonu görebilmiş ve Sözleşmenin birtakım pozitif edimleri de ihtiva ettiğinin bir kez daha altını çizilmiştir.¹¹⁰⁶ Bu bakımdan 1979 yılı, önce *Marckx* ardından da *Airey* kararları ile sosyal haklar lehine hayati adımların atıldığı bir dönüm noktası olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁰⁷

¹¹⁰³ Palmer, “Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in The European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review*, C. 2, No. 4 (2009), s. 398, dn. 5.

¹¹⁰⁴ Clements ve Simmons, a.g.e., s. 409; Leijten, a.g.e., s. 1; Palmer, “Protecting...”, a.g.e., s. 398.

¹¹⁰⁵ Palmer, *Judicial Review*..., a.g.e., s. 51.

¹¹⁰⁶ Palmer, *Judicial Review*..., a.g.e., s. 54; Ingrid Leijten, “The European Convention on Human Rights and Minimum Core Socio-Economic Rights Protection”, World Congress of Constitutional Law 2014, Oslo, 16-20 June, Workshop No. 4: Social Rights and The Challenges of Economic Crises, s. 1, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-leijten.pdf> (ET: Haziran 2017).

¹¹⁰⁷ Marguenaud, a.g.e., s. 221.

AIHM geleneksel medeni ve siyasi hakları aşamalı bir yoruma tabi tutarak kendine has bir sosyal haklar içtihadının temellerini oluşturmuş ve Sözleşmenin özellikle 2, 3, 6, 8 ve 14'üncü maddelerine mündemiç devletin pozitif yükümlülüklerini geliştirmiştir. Mahkemenin özellikle Sözleşmenin 3 ve 8'inci maddeleri çerçevesinde devletin korunmaya muhtaç kişilerin temel insani ihtiyaçlarını sağlama yükümlülüğüne yönelik ilkesel bir tutum geliştirdiği ancak Sözleşmenin 6 ve 14'üncü maddelerini yorumlamak suretiyle sosyal hakları korumaya yönelik yaklaşımının daha sorunlu olduğu belirtilmektedir.¹¹⁰⁸

Sonuç olarak Mahkemenin pozitif edim gerektiren sosyal haklar içtihadının genel olarak ilkesel bir nitelik kazanmadığı, AIHM'nin sosyal haklara yönelik tutarlı bir doktrin geliştiremediği ifade edilmektedir. Gerçekten de AIHM'nin devletin pozitif yükümlülüklerine karşı gösterdiği aşamalı yaklaşım ve takdir yetkisi kavramını değişken biçimde kullanması nedeniyle sosyal hakların korunması için ilkesel bir yargılama modeli oluşturmaya yönelik gelişimin altını boşalttığı belirtilmektedir.¹¹⁰⁹ Nitekim Mahkemenin daha 1979 yılında benimsediği insan haklarının bütünlüğü anlayışı süreklilik göstermemiş, Mahkeme içtihadında bu tarihten sonra sosyal haklar lehine bir ize rastlamak için neredeyse 20 yıldan fazla beklemek gerekmiştir. Sonuç olarak hakların bölünmezliği doktrini sosyal hakların korunması açısından bekleneni verememiştir.¹¹¹⁰ Dolayısıyla sosyal haklar bakımından açık ve ilkesel kriterlere sahip olmayan AIHM'nin, sosyal adalet sorunlarını somut olaya göre ele alacağı iddia edilmektedir.¹¹¹¹

¹¹⁰⁸ Palmer, "Protecting Socio...", a.g.e., s. 397-398.

¹¹⁰⁹ Palmer, "Protecting Socio...", a.g.e., s. 399.

¹¹¹⁰ Marguenaud, a.g.e., s. 224.

¹¹¹¹ Leijten, a.g.e., s. 2.

AİHM'nin sosyal hakları korumaya yönelik içtihadının genellikle sağlık, sosyal güvenlik ve konut hakları üzerine yoğunlaştığı görülmektedir. Bu hakların hiçbirisi Sözleşmede düzenlenmemiş olmamasına rağmen Mahkeme her zaman olmasa da çoğu zaman sosyal eşitsizlikleri giderme kaygısıyla Sözleşmedeki hakları bu sosyal hakları güvenceye almak için kullanmaktan çekinmemiştir.

a) Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı AİHM tarafından Sözleşmenin özellikle 2, 3 ve 8'inci maddeleri uygulanarak dolaylı yoldan korunmaya çalışılmıştır. Mahkeme özellikle sağlık hakkını yaşama hakkına bağlayarak yansımali bir koruma sağlamıştır. Sözleşmenin 2'inci maddesinde korunan yaşama hakkı bağlamında ileri sürülen sağlık sorunları pozitif edimler içerecek biçimde ele alınmıştır. Yani yukarıda açıklanan pozitif yükümlülükler doktrini yaşam hakkı bakımından da uygulama bulmaktadır.¹¹¹² İkinci maddenin ilk fıkrası “herkesin yaşama hakkı yasa tarafından korunacaktır” demektedir. Mahkeme bu hükmü Devletin “sadece kasıtlı ve hukuka aykırı olarak yaşamı sona erdirmekten kaçınması değil, aynı zamanda kendi yargı yetkisindeki kişilerin hayatlarını güvence altına almak için uygun adımları atması gerektirdiği” şeklinde yorumlamıştır. (*LCB v United Kingdom*, 1998) İşte AİHM'nin taraf devletlere yaşama hakkı kapsamında kişilerin yaşamını koruması bağlamında ithaf edilen bu yükümlülük, doğal olarak kişilerin sağlık hakkının korunmasına da teşmil etmiştir.¹¹¹³ Nitekim AİHM'nin yaşam hakkı ile ilişki kurduğu durumlarda devletin gözetimindeki kişilerin sağlık bakımı, eylemlerinden kaynaklanabilecek sağlık risklerini engelleme, sağlık çalışanlarının gözetimi altındaki mağdurun ölümünü soruşturma ve belirli bir tedavinin finansmanını arttırma yükümlülüklerini ele alan kararları görülmektedir.¹¹¹⁴

¹¹¹² Şirin, a.g.e., s. 351.

¹¹¹³ Brems, a.g.e., s. 139.

¹¹¹⁴ Brems, a.g.e., s. 145-147.

Özellikle devletin sağlık hakkını gerçekleştirmek için kullanacağı mali imkânlarla ilgili kararlarında Mahkeme epey çekingen davranmış ve meselenin içerdiği bütçe hassasiyeti Mahkemenin devletin ihmalinin aslında Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmakta tereddüt etmesine yol açmıştır.¹¹¹⁵ Gerçekten de *Nitecki v. Polonya* (Başvuru No 65653/01, 2002) davasında ALS hastası olan başvurucuya yazılan çok pahalı bir ilacın bedelinin %70'ini devlet karşılamaktayken, kalan %30'luk kısmını ise hastanın karşılaması gerekiyordu. Kendisi için aşırı bir mali yük getiren bu bedel yüzünden başvurucu tedavisine devam edememiş ve sağlık durumu kötüye gitmiştir. Bunun üzerine başvurucu devletin ilacın tamamını karşılamayı reddetmesinin Sözleşmenin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme başvurunun açıkça dayanaktan yoksun ve Sözleşmenin 2'nci maddesi kapsamında olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme başvurucunun olağan sağlık hizmetlerine erişebildiği ve söz konusu ilaç masrafının %70'lik kısmının devlet tarafından karşılandığını hatırlatarak, devletin 2. Madde bağlamındaki yükümlülüklerini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Benzer biçimde *Pentiacova v. Moldova* (Başvuru No. 14462, 2005) kararında ise Mahkeme, kronik böbrek yetmezliği hastası ve hemodiyalize muhtaç olan başvurucuların, tedavi masrafları daha önce tamamen devlet tarafından karşılanmaktayken, hastane bütçelerinin kısılması nedeniyle tedavilerinin bir kısmını ödemek zorunda kalmalarının yaşama hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.¹¹¹⁶

Nihayet AİHM sağlık hakkını Sözleşmenin özel hayat ve aile hayatını saygı hakkını güvence altına alan 8'inci maddesi bağlamında ele alarak, bu madde kapsamında birtakım pozitif yükümlüklerin de Sözleşmenin güvencesi altında olduğuna karar vermiştir. AİHM devletin kişiler için sağlık riski taşıyan eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunu dikkate alarak tehlikeleri işlerin yol açacağı sağlık riskleri devletin

¹¹¹⁵ Leijten, a.g.e., s. 7.

¹¹¹⁶ Brems, a.g.e., s. 146-147; Leijten, a.g.e., s. 7.

engellemekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.¹¹¹⁷ Ayrıca Mahkeme 8'inci maddeyi yorumlayarak genişletmiş ve bu hakkın kapsamından tıbbi bakım hakkını da çekip çıkarmıştır.¹¹¹⁸ AİHM hayat kurtaran düzeyde olmayan tıbbi yardımı devletin karşılaması sorununun kural olarak Sözleşmenin 8'inci maddesine dayanarak önüne getirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bir taraf devletin mali imkânları ile kişilerin tıbbi yardım talebi arasında kaldığında epey tutuk davranmıştır.

Örneğin *Sentges* olayında duchenne felcinden muzdarip on yedi yaşındaki başvuru, zorunlu sağlık sigortasından kendisine hayatını kendi başına idame ettirebilmesini mümkün kılacak bir robotik kol sağlamasını talep etmiş, talebi sigorta tarafından reddedilince de Hollanda devletinin bu tıbbi cihazı karşılama yükümlülüğü altında olduğunu ileri sürerek Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme her ne kadar bu konuda kural olarak 8'inci maddenin devlet üzerinde birtakım pozitif yükümlülükler doğurabileceğini belirtmişse de, somut olayda başvurunun talep ettiği tedbir (robotik kol) ile onun özel hayatı arasında doğrudan ve ivedi bir bağlantı bulunup bulunmadığı sorununun devletin takdir marjı içinde olduğunu vurgulayarak, meselenin devletin mali kaynakları üzerinde yaratacağı etkinin hesabında ulusal otoritelerin yetkili olduğunu belirtmiş ve davalı devletin bu bakımdan takdir marjını aşmadığını, bu nedenle de başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.¹¹¹⁹ AİHM'nin *Sentges* kararında ortaya koyduğu yaklaşım dikkatle incelendiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Mahkemeye göre, “taraf devletler pozitif yükümlülükler alanında da takdir marjına sahiptir ve bu takdir marjı, taraf devletlerin sınırlı kaynaklarının dağılımında önceliklerin belirlenmesi söz konusu olduğunda özellikle geniştir.”¹¹²⁰

¹¹¹⁷ *McGinley & Egan v UK* (1998); *Guerra v Italy* (1998).

¹¹¹⁸ Gülay Arslan-Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Doktora Tezi, İÜSBE, 2009, s. 344.

¹¹¹⁹ *Sentges v. The Netherlands*, Başvuru No. 35968/95, 8 Temmuz 2003; Brems, a.g.e., s. 148-149; Leijten, a.g.e., s. 7.

¹¹²⁰ Arslan-Öncü, a.g.e., s. 323.

b) Sosyal Güvenlik Hakkı

AİHM sosyal hakların en önde gelenlerinden biri olan sosyal güvenlik hakkı ile ilgili epey tecrübelidir. Mahkemenin önde gelen içtihatlarında yer bulan en önemli sosyal sorunlardan biri sosyal güvenliktir. Sözleşme sosyal güvenlik ya da sosyal yardım hakkına yer vermemesine rağmen, sosyal güvenlik sorunları büyük çoğunlukla Sözleşmenin mülkiyet hakkını güvence altına alan 1 No’lu Ek Protokolün 1’inci maddesi¹¹²¹ (P1-M1) kapsamında ele alınmıştır. Yani sosyal güvenlik, AİHM nezdinde münhasıran bir “mülkiyet hakkı” sorunu olarak görülmüştür. Ancak kuşkusuz bu önerme, Strasbourg organlarının daima ulusal sosyal güvenlik programları kapsamında sunulan yardımları P1-M1 kapsamında bir “mülkiyet” olarak kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Strasbourg organları için mülkiyetin korunması daha ziyade mevcut menfaatlerin veya meşru beklentilerin korunmasını ifade etmektedir.¹¹²²

AİHM sosyal güvenlik sorunlarını genellikle, ulusal hukukta var olan belirli bir sosyal yardımın, şu veya bu nedenle icra edilmediği ya da geçerli bir sebep olmadan bu hakkın kaybedildiği durumlarda, P1-M1’in devreye sokulmasıyla ele almaktadır. Bir diğer ifadeyle eğer belirli bir sosyal yardımın icra edilebilirliği yeterince tesis edilebilirse, Mahkeme bu menfaati P1-M1 bakımından bir “mülkiyet” (possession) olarak kabul etmekte ve kendi koruma sistemi kapsamında görerek güvence altına almaktadır.¹¹²³

AİHM, bugüne kadar P1-M1 vasıtasıyla kişilerin sosyal güvenlik hakkını dolaylı yoldan koruduğu çok sayıda karar vermiştir. Sosyal güvenlik ile ilgili uyuşmazlıklar diğer başka Sözleşme hakları çerçevesinde de Mahkemenin önüne gelmişse de,

¹¹²¹ **AİHS’ne Ek 1 No’lu Protokol Madde 1- Mülkiyetin Korunması:** “Her gerçek ya da tüzel kişi mamelekinden/(mülkiyetinden) barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.”

¹¹²² Leijten, a.g.e., s. 3-4.

¹¹²³ Brems, a.g.e., s. 154.

Mahkemenin sosyal güvenlik sorununa yaklaşımı daha ziyade mülkiyet hakkı odaklı olmuştur.¹¹²⁴ AİHS bağlamında mülkiyet hakkı ise “her türlü maddi malları, fikri mülkiyet, işletme ruhsatları ve müşteri çevresi gibi gayri maddi malları, ayni haklar ile miras hakkını kapsamaktadır.” Dolayısıyla Sözleşme bakımından “mülkiyet hakkının koruduğu değerler arasında kişilerin sosyal güvenlik hukukundaki (mevcut ya da beklenen) statüleri de yer almaktadır.” İşte bu statülerin “bir uzantısı olan aylık, gelir ve ödenekler” mülkiyet kapsamında görülerek, AİHS’nin kurduğu koruma sisteminin bir parçası haline gelmiştir.¹¹²⁵

Sosyal güvenliğin temel iki aracı olan “sosyal yardımlar ve hizmetler” ile “sosyal sigortalar”dan kaynaklanan parasal karşılıklar, uygun koşullar gerçekleştiğinde bir talep hakkı doğurur. İşte AİHM, sosyal güvenliğin bu iki vechesi ile örtüşür biçimde, ortaya çıkan bu talep hakkını P1-M1 kapsamında korumaktadır. Gerçekten de AİHM hem primli sosyal güvenlik rejimi hem de sosyal yardımlar ve hizmetler bakımından önemli bir içtihat birikimine sahiptir. Sosyal sigortalar bakımından 70’li yıllara dayanan içtihadında Mahkeme P1-M1’in işleyebilmesi için uyumsuzluk tarihine kadar sigortalının mutlaka prim ödenmiş olmasını aramış, sosyal güvenliğin parasal karşılığının, ancak ve ancak bunu hak etmek amacıyla prim ödendiğinde P1-M1 kapsamında mülkiyet hakkının korumasından yararlanabileceğine karar vermiştir. Yani Mahkeme erken dönem içtihadında sadece asgari süre boyunca açıkça ödenen primlerle irtibatlandırılabilen katılmalı sosyal güvenlik rejimini P1-M1’in koruması altında görmüştür.¹¹²⁶

¹¹²⁴ H. Burak Gemalmaz, “Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması”, **İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 2011, s. 705.

¹¹²⁵ Gemalmaz, a.g.e., s. 708.

¹¹²⁶ Gemalmaz, a.g.e., s. 708-710; Leijten, a.g.e., s. 4.

Strasbourg organlarının primsiz sosyal güvenlik rejimi statüleri -sosyal yardım ve hizmetler- bakımından içtihadı ise “aşamalı bir gelişim” izlemiştir. Bu statüler geçmişte nispeten daha tartışmalı olsa da artık mülkiyet hakkı kapsamında korunma altına alınmıştır. Gerçekten de Strasbourg organları 1985 tarihli ilk öne çıkan kararda¹¹²⁷ “prim ödenmeden sosyal dayanışma temelinde hak edilen sosyal güvenlik gelirlerinin” P1-M1 kapsamında olmadığına karar verilmiştir. Kanser hastası olduğu için malullük aylığı alan başvuru, evlendiğinde bu ödenekten yoksun kalmış, Strasbourg organları bu yoksunluğun “malvarlığı kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir mülkiyet hakkı” oluşturmadığına karar vermiş ve başvurunun Sözleşmenin koruma kapsamı dışında olduğuna hükmetmiştir. Bunun ardından en dikkat çeken gelişme 1996 yılındaki *Gaygusuz v Avusturya* (Başvuru No. 39/1995/545/631, 1996) kararı ile yaşanmıştır. Bu ünlü kararında AİHM “katkı payı olmadığı hallerde dahi mülkiyet hakkının devreye girebileceğine ilişkin önemli bir adım atmış” ve başvurunun mahrum kaldığı acil sosyal yardım ödeneğinin P1-M1’in “amaçları bakımından parayla ölçülebilen bir hak oluşturduğu” sonucuna vararak olayda uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. *Gaygusuz* kararından sonra AİHM’nin tutarsız bir yaklaşım sergilediği, primsiz sosyal güvenlik ödeneklerini bazen mülkiyet hakkı kapsamında gördüğü, bazen ise bunun koruması altında olmadığına hükmettiği belirtilmektedir.¹¹²⁸

Nihayet AİHM Büyük Dairesi 2005 yılında *Stec v Birleşik Krallık* davasında verdiği kabul edilebilirlik kararı ile bütün sosyal güvenlik yardımlarının Sözleşmenin koruma sisteminden yararlanacağını kabul etmiştir. *Stec* kararı ile Mahkemenin primsiz sosyal güvenlik rejimine ilişkin önceki tutarsızlığı sona ermiş ve mesele büyük ölçüde çözüme kavuşmuştur. Olayda 60 yaşını dolduran kadın başvurunun malullük ödeneğine son verilerek, kendisine daha düşük miktardaki emeklilik ödeneği

¹¹²⁷ *Klaine Staarman v. Netherlands*, Başvuru No. 10503/83, 1985.

¹¹²⁸ Gemalmaz, a.g.e., s. 710-711.

bağlanmıştır. Başvurucu prime dayanmayan malullük ödeneğini erkek olsaydı beş yıl daha almaya devam edeceğini belirterek, Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14'üncü maddesi ile birlikte mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme kabul edilebilirlik kararında primli ve primsiz sosyal güvenlik rejimleri arasında mülkiyet hakkının koruma kapsamına girmeleri bakımından bir fark görmenin son derece yapay bir tutum olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme modern demokratik devletlerde birçok bireyin yaşamlarının bir bölümünde veya tamamında bütünüyle sosyal yardımlara bağlı şekilde yaşadığını, böyle bireylerin koşulları uyduğu takdirde sosyal yardımlara hakları bulunduğunu ve eğer bir birey taraf devletin ulusal hukukuna göre bu türden ileri sürülebilir bir hakka sahipse bunun için P1-M1'in uygulanabilir olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece AİHM “mülkiyet hakkı kavramında esaslı bir genişlemeye” giderek, Sözleşmede düzenlenen geleneksel hakların çoğunun sosyal ve ekonomik nitelikte boyutlar da içerdiğinin bir kez daha altını çizmiştir.¹¹²⁹ Bu bakımdan *Stec* kararında, sosyal devlet anlayışının izlerinin net olarak görüldüğü belirtilmektedir.¹¹³⁰

AİHM'nin sosyal güvenlik hakkına yönelik tutumu genel olarak değerlendirildiğinde, ilk bakışta sosyal güvenlik hakkının, mülkiyet hakkının norm alanına entegre edilerek devlete karşı ileri sürülebilir kılındığı doğrudur.¹¹³¹ Bununla birlikte Mahkeme daha sonraki kararlarında sosyal güvenlik hakkını mülkiyet hakkı şemsiyesinde korumaya yönelik tutarsızlığına geri dönmüştür. Sosyal haklar ile medeni ve siyasi haklar arasında ayırım yapmanın güçlüğüne vurgulayan *Airey* kararındaki yaklaşımı bir kez daha teyit eden *Stec* kararı sonrası bir yandan cömert bir yorum

¹¹²⁹ Bu bakımdan *Stec* kararı, Mahkemenin 1979' yılında *Airey* kararında ortaya koyduğu ‘pozitif yükümlülükler’ doktrininin teyit etmiştir. (Gemalmaz, a.g.e., s. 723).

¹¹³⁰ Leijten, a.g.e., s. 4; Gemalmaz, a.g.e., s. 711-712.

¹¹³¹ Gemalmaz, a.g.e., s. 723.

yoluyla P1-M1'in kapsamını genişleten AİHM¹¹³², diğer yandan daha dar bir yorumla sosyal güvenlik rejimleri ile ilgili davaların çoğunluğunda devletin geniş takdir marjına riayet etmiştir.¹¹³³ Dolayısıyla görünürde Sözleşme her türlü sosyal güvenlik statüsüne uygulanabilir bir resim vermekten, AİHM'nin yaklaşımı kuraldan ziyade bir istisna görüntüsü vermektedir. Dahası Mahkemenin ihlal bulduğu kararlarında Sözleşmenin yarattığı yükümlülüklerin ne olduğunu ve bir başvurunun başarılı olabilmesi için ne gerektiğini açıkça ortaya koymadığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin sosyal güvenliği bir temel hak olarak korumaya yönelik tutumunun epey bulanık olduğu belirtilmektedir.¹¹³⁴ Dolayısıyla AİHS koruma sisteminde P1-M1 aslında “bireye belli bir yönde sosyal güvenlik hakkının sağlanmasını talep etme hakkı vermemekte”, sadece belli taleplerin “belli bir ölçüde karşılık bulmasına hizmet etmektedir.”¹¹³⁵

c) Konut Hakkı

AİHS konut hakkını düzenlememiştir, yani konut hakkı Sözleşme’de açıkça öngörülmemiştir. Ancak Sözleşme barınma ile ilgili bir hüküm içermektedir. Yeterli konut hakkının Sözleşme’deki normatif temeli 8’inci maddede yer alan “konuta saygı hakkı”dır. Bir diğer ifadeyle AİHS’nin kurduğu güvence sisteminde yeterli konut hakkı, Sözleşmenin “özel hayata saygıyı” koruyan sekizinci maddesi ile korumaya alınmıştır. Strasbourg organları yeterli konut hakkını koruma altına almaya epey geç girişmiştir. Gerçekten de Strasbourg organlarının erken dönem içtihatlarında Madde 8’deki konuta saygı hakkının “bireylere konut sağlanması hakkını da içerir şekilde yorumlanamayacağına” karar verdiği ve bu içtihadını uzun yıllar değiştirmedeği

¹¹³² Gemalmaz, a.g.e., s. 723. Bu yönde kararlar için bkz. *Moskal v. Polonya*, Başvuru No. 10373/05, 15 Eylül 2009; *Iwaszkiewicz v. Polonya*, Baş. No. 30614/06, 26 Temmuz 2011; *Czaja v. Polonya*, Baş. No. 5744/05, 2 Ekim 2012; *Khoniakina v. Gürcistan*, Baş. No. 17767/08, 19 Temmuz 2012.

¹¹³³ *Stec v. Birleşik Krallık*, Büyük Daire, 12 Nisan 2006, Baş. No. 65731/01 ve 65900/01; *Damjanac v. Hırvatistan*, Baş. No. 52943/10, 24 Ekim 2013.

¹¹³⁴ Leijten, a.g.e., s. 5.

¹¹³⁵ Gemalmaz, a.g.e., s. 722.

bilinmektedir. Mahkeme bu erken içtihatlarında genel olarak Madde 8’de düzenlenen konuta saygı hakkından, “bireylere konut sağlanması anlamında bir konut hakkı çıkarsanamayacağını” açıkça ifade etmiştir.¹¹³⁶

AİHM’nin bir “konut” uyuşmazlığını devlete pozitif bir edim yükleyen nitelikte bir sosyal hak sorunu olarak ele aldığı ilk kararı için 1999 yılına kadar beklemek gerekmiştir. *Marzari*¹¹³⁷ olayında başvuru nadir görülen ve ciddi nitelikte bir hastalıktan muzdarip olup, bütünüyle özürli başvuru yetkili makamların kendisine hastalığına uygun bir konut sağlamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme başvurucuya konut sağlanmamasının başvuru özel yaşamı üzerindeki etkisine özel önem vererek “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 özün niteliği özetilerek devletin uyğun konut sağlama yükümlülüğü olduğunu tespit etmiştir.”¹¹³⁸ AİHM’ne göre, “her ne kadar Madde 8 bir kişinin konut sorununun yetkili makamlarca çözülmesi hakkını güvence altına almasa da, yetkili makamların bu bağlamda ciddi bir hastalıktan muzdarip bir kişiye yardım etmeyi reddetmesi belli koşullar altında bu talebin kabul edilmemesinin kişinin özel hayatı üzerindeki etkisi dolayısıyla Sözleşme m. 8 bakımından bir sorun ortaya çıkarabilir.”¹¹³⁹

Bununla birlikte Mahkeme somut olayda taraf devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davranmadığını belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme yerel makamların konutla ilgili kararlarını denetlemenin kendi işi olmadığını vurgulayarak, Madde 8’den yerel makamlara başvurucuya spesifik bir daire sağlaması yönünde bir pozitif yükümlülük çıkarılamayacağını belirtmiştir. AİHM’nin başvurucuya daha önce

¹¹³⁶ Arslan-Öncü, a.g.e., s. 334.

¹¹³⁷ *Marzari v. İtalya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 36448/97, 4 Mayıs 1999.

¹¹³⁸ Arslan-Öncü, a.g.e., s. 334; Şirin, a.g.e., s. 353.

¹¹³⁹ Leijten, a.g.e., s. 6; Brems, a.g.e., s. 151.

tıbbi yardım ve alternatif bir barınma sunulduğu için başvuruyu reddetmesini, somut olayda başvurunun şikâyetinin özünün “kendisine ücretlî bir konut sağlanmama” değil ve fakat hastalığına uygun bir konut bulunmasında yetkili makamların yardım etmemesi” olduğu gerçeği ile birlikte okumak gerekir. Gerçekten de tıbbi koşulları uygun bir daire başvurucuya daha önce teklif edilmiş ve yetkili makamlar burayı hastalığa uygun hale getirmeye etmeyi hazırlıklı olmasına rağmen başvuru bu teklifi reddetmiştir. Bu bakımdan Mahkemenin *Marzari* kararında uygun koşullar ortaya çıktığında “taraf devletin başvurunun konut problemini çözmeye yönelik pozitif yükümlülüğünün bulunduğu karar verme”inde, vakanın ön derece istisnai koşullarının belirleyici olduğu” belirtilmektedir.¹¹⁴⁰

AİHM sonraki kararlarında da konut hakkını pozitif yükümlülükler kapsamına almaktan imtina etmiş, çelişkili kararlar vererek yeterli konut hakkının Sözleşme güvencesi kapsamında pekişmesini sağlayamamıştır.¹¹⁴¹ Netice olarak AİHM’nin konut hakkının pozitif güvencelerine ilişkin yaklaşımında konut hakkını genel olarak AİHS sistemine özel olarak da Madde 8’e entegre etme konusunda son derece çekingen bir tutum içinde olduğu ve pozitif yükümlülükler doktrinini çok istisnai durumlarda konut hakkı için kullanmayı tercih ettiği belirtilmektedir. Bu bakımdan Mahkeme bir yandan konut hakkına ilişkin başvuruları kabul etmeye hevesli bir görüntü vermekteyken, diğer yandan ise pozitif tedbirler talep eden başvuru sahipleri genellikle Mahkemeden eli boş dönmektedirler.¹¹⁴²

¹¹⁴⁰ Arslan-Öncü, a.g.e., s. 337-338; Şirin, a.g.e., s. 353; Leijten, a.g.e., s. 6; Brems, a.g.e., s. 151.

¹¹⁴¹ Bu yönde şu kararlar zikredilmektedir: *Chapman v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 27238/95, 18 Ocak 2001; *Jane Smith v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 25154/94, 18 Ocak 2001; *O’Rourke v. Birleşik Krallık*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Baş. No. 39022/97, 26 Haziran 2001; *Codona v. Birleşik Krallık*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 485/05, 7 Şubat 2006.

¹¹⁴² Arslan-Öncü, a.g.e., s. 338-339; Leijten, a.g.e., s. 6.

3. Değerlendirme

AİHM'nin sosyal haklar performansı, ikinci bölümde incelenen karşılaştırmalı uygulama ile kıyaslandığında henüz emekleme çağındadır. Kuşkusuz böylesine büyük iş yükü altındaki bir uluslararası mahkemenin ulusal yargı organları ile aynı performansı sunmasını beklemek gerçekçi değildir. Öte yandan AİHM'nin taraf devletlerin mali kaynaklarına doğrudan etkileyebilecek sosyal sorunlarda daha sınırlı bir insiyatif aldığını ve sağlık, sosyal güvenlik ve konut hakları söz konusu olduğunda kafasının hala bulanık olduğunu söylemek mümkündür. Nihayet AİHM'nin sosyal haklar içtihadı Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara yönelik norm denetimi ile kimi noktalarda kesişse ya da örtüşse de, Anayasa Mahkemesi'nin sosyal haklar bilançosunda AİHM içtihadının doğrudan etkisinin sınırlı olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte AİHM'nin sosyal haklara yönelik tutumu, sosyal hakların Türk Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu edilebilmesine ışık tutacak yeterli veriyi sunmaktadır. Mühim olan Türk Anayasa Mahkemesinin AİHM'nin birikimini ne kadar ciddiye alıp almayacağıdır. Bu bağlamda AYM'nin bireysel başvurunun başladığı 2012 yılından sonra sosyal hakları koruma bakımından daha ilerici ve koruyucu bir tutum benimsemesi ve bireysel başvuru içtihadını AİHM ile uyumlu biçimde sosyal hakları da korumaya yöneltmesi beklenirdi. Zira AYM'nin önüne gelen anayasa şikâyetlerinde sosyal hakları dolaylı koruma yöntemiyle koruması mümkündür, hatta bireysel başvuru kurumunun getirilme amacı dikkate alındığında böyle bir koruma bir zorunluluktur. Ayrıca AİHM'nin benimsediği pozitif yükümlülükler kuramının normatif dayanakları 1982 Anayasasının başlangıcı, temel haklar kataloğu ve özellikle de 5'inci maddesinde mevcuttur.¹¹⁴³

¹¹⁴³ Şirin, a.g.e, s. 348.

Ancak maalesef bugüne kadar bireysel başvuru sonrası süreç Türk Anayasa Mahkemesinde sosyal hakları ciddiye almak bakımından bir değişime yol açmamış ve AYM, AİHM’nin açtığı yolu izleyerek sosyal hak ihlali iddialarını dikkate almak yerine, sosyal hak taleplerinin dava edilemez kılmaktan çekinmemiştir. AYM, *Mehmet Hadi Tunç* başvurusunda eğer AİHM’nin mülkiyet hakkı temelli yaklaşımı dikkate alsaydı en azından bu kadar kolay kabul edilemezlik kararı veremezdi. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin AİHM içtihadını görmezden gelerek sadece Anayasanın ve sözleşmenin lafzıyla hareket etmesi, Mahkemenin sosyal haklara yönelik geçmişten gelen duyarsızlığında herhangi bir değişim yaşanmadığının göstergesidir. Aksi halde Anayasa Mahkemesi en azından bu sosyal güvenlik sorununa esastan denetim yapar, bunun ardından olayda bir ihlal olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapardı.

Sonuç olarak AİHM’nin sosyal haklara yönelik tutumunun bütünü dikkate alındığında, AYM’ne bireysel başvurunun sosyal hakların korunmasına bir katkı sağlayamadığı görülmektedir. AYM’nin yakın gelecekte bu tavrını değiştireceğine dair henüz bir ışık da yoktur. AYM’nin internet sitesinden ulaşılabilen kararlar bilgi bankasında¹¹⁴⁴, bireysel başvuru kararları içinde sosyal haklar için yapılan tarama bu kanıyı doğrulamaktadır. AYM’nin kararlar bilgi bankasında bireysel başvurular için kavram taraması yapıldığında, “sosyal güvenlik hakkı” kavramı ile ilgili mevcut tek karar *Mehmet Hadi Tunç* kararıdır. Sağlık hakkı ile ilgili ise sadece bir karara ulaşılmaktadır ancak bu kararın sağlık hakkının talep edilebilir pozitif edim boyutu ile ilgili yoktur. Daha kötüsü “konut hakkı” ise kavram aramasında herhangi bir sonuç vermemektedir. Dolayısıyla AYM’nin mevcut bireysel başvuru içtihadındaki sosyal haklara ilişkin veri dikkate alındığında, 2017 Türkiye’inde AYM’nin AİHM’nin yorumunu takip ederek sosyal hakları bireysel başvuru yolu ile koruması ihtimalinin epey uzak görüldüğünü söylemekte bir behis yoktur.

¹¹⁴⁴ <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

III. KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEM IŞIĞINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

A. GENEL GÖZLEMLER

Türkiye’de sosyal hakların anayasal serüveni ve bu serüvenin Anayasa Mahkemesi nezdindeki izleri, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan karşılaştırmalı pratik bağlamında ayrı bir öneme sahiptir. Zira Güney Afrika ve Kolombiya’dan çok daha eski bir tarihe sahip olmasına rağmen sosyal haklar söz konusu olduğunda AYM tutarsız ve öngörülemeyen bir çizgi sunmaktadır. Hindistan’da ise Yüksek Mahkemenin 1970’lerin sona kadar gerçek anlamda anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirmekten uzak kaldığı düşünülürse, 1960’ların başından itibaren ciddi ve kuvvetli biçimde anayasaya uygunluk denetimi yapan bu kadar eski bir mahkemenin, sosyal hakların yargısal denetimi konusunda da emsallerinden geri kalmaması beklenirdi. Ancak ortaya çıkan tablo göstermektedir ki AYM, zaman zaman attığı cesur adımlara rağmen genel olarak sosyal hakların koruyucusu rolünü üstlenmekte geri kalmıştır.

Kuşkusuz bu tercihte birçok dinamik etkili olmuştur. Ancak bunlar başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilir. Bu çalışmanın amacı yalnızca AYM’nin dünyadaki mevcut yargısal birikimin neresinde olduğunu ampirik bir biçimde test edebilmek ve bunun üzerinden geleceğe dönük birtakım çıkarımlarda bulunabilmektir. Diğer bir ifadeyle bu başlık altında Türk Anayasa Mahkemesinin Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan deneyimleri ışığında hangi yargısal tutum(lar) ile nitelenebileceği ve Türkiye’de anayasal sosyal hakların korunması için anayasa yargısının mevcut imkânlarının hangilerinin ne ölçüde kullanıldığı izah edilmeye çalışılacaktır. Böylece Türk anayasa yargısında sosyal hakların korunması konusunda bazı öngörülere ulaşılmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan ve *sonuçlar* yerine *süreçlere* odaklanan yargısal tipolojiye göre, mahkemelerin sosyal haklar denetiminde beş farklı yargısal tutum görülmektedir (uyumlu/itaatkâr, etkileşimli, deneyselci, yönetsel ve emredici) ve bu denetim türlerinden hangilerini benimsediğine göre de mahkemeler üç farklı rol anlayışı ile nitelendirilmektedir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi “üstüncü” niteliği ile öne çıkarken, Hindistan Yüksek Mahkemesi ise “angaje” mahkeme özellikleri ile tanımlanmaktadır. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ise bu tipolojideki bütün yargısal tutumları benimsediği için rol anlayışı bakımından “katalizör” mahkeme olarak nitelendirilmektedir.

Peki, Türk Anayasa Mahkemesi yukarıda aktarılan sosyal haklar içtihadı ile bu tipolojinin ve ona bağlı rol anlayışının neresinde yer almaktadır? Bu başlığın yanıt aradığı temel sorun budur. AYM’nin sosyal haklar içtihadında ilk göze çarpan tutarsızlıktır. AYM’nin yukarıda incelenen kararları yeknesak bir yargısal tutum sergilememektedir. Mahkemenin 80’lerdeki tutukluğu, 90’lardaki cesur aktivizmi ve 2000’lerden buyana sürdürdüğü gelgitleri, onu mevcut tipoloji içinde bir yere yerleştirmeye imkân vermemektedir. Öyle ki aile hekimlerinin maaş tehdidi ile hasta sevk etmesinin engellenmesini sağlık hakkının ihlali olarak gören Mahkeme, sadece birkaç yıl sonra çok sayıdaki çalışanın kronik bir sosyal güvenlik problemini rahatlıkla görmezden gelebilmiştir. Ya da sağlık hizmetlerinden “katkı payı” alınmasını mütemadiyen anayasaya uygun bulan, sağlık hizmetlerinin bir *fiyatının* olmasını yadırgamayan AYM, emekli ikramiyesinin hesabında belirli süreden sonrasının dikkate alınmamasını anayasaya aykırı bulurken pek de bilinçli bir tercih yapmış gözükmemektedir. Keza yukarıda sıkça eleştirilen karşı oylar da dikkate alındığında, AYM sosyal hakların geleceği için ümit verici olmaktan uzaktır.

Dolayısıyla AYM’nin sosyal hakların korunmasındaki rolünü değerlendirebilmek için ampirik bir bakış açısına ihtiyaç vardır. Yani önce Mahkemenin yukarıda verilen

bilançosundaki her bir kararın hangi yargısal denetim türüne uygun düştüğü, sonra ise bu yargısal tutumların tasnifine göre AYM için hangi rol anlayışının ağır bastığını saptamak en uygun yöntem olacaktır.

Yukarıda AYM'nin 1982 Anayasası döneminde sosyal haklarla ilgili verdiği on yedi norm denetimi kararı irdelenmiştir. Kuşkusuz Mahkemenin sosyal haklarla ilişkilendirilebilecek daha fazla sayıda kararını zikretmek mümkündür. Ancak incelenen bu on yedi karar, AYM'nin zaten sınırlı olan sosyal haklar içtihadı içinde gerek yöntem gerekse kapsamı bakımından hem menfi hem de müspet anlamda önce çıkmaktadır. Öte yandan bu kararlar, ikinci bölümde ele alınan yargısal tecrübe ile benzer sorunları konu edinmektedir. Yani anlamlı bir değerlendirme yapabilmek için AYM'nin Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan mahkemelerinin sosyal haklar içtihadı ile ortak ya da benzer konulardaki tutumunu ortaya koyan içtihadı dikkate alınmaya çalışılmıştır. Elbette bu mahkemelerin içtihadı ile AYM'nin denetlediği sosyal sorunlar üzerinde tam bir örtüşme olduğu söylenemez. Aksine bu mahkemelerin ele aldığı ve fakat AYM tarafından hiçbir zaman inceleme konusu edilmeyen (su hakkı ve besin hakkı gibi) sosyal hak alanları mevcuttur. Ancak mevcut içtihat ile bir karşılaştırma yapmaya elverişli kesişme noktalarının var olduğu da açıktır. Dolayısıyla bu on yedi kararın analizi AYM'nin sosyal haklara yönelik tutumunu karşılaştırmalı gözle irdelemek için yeterli olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN İÇTİHAT ANALİZİ

İlk kararında oldukça *uyumlu/itaatkâr* bir denetim sergileyen Anayasa Mahkemesi, anayasanın özgürleştirme normuna (m. 5) bir aykırılık görmeyerek, yasama organının takdir yetkisine uyum sağlamış ve sosyal alana müdahaleden çekinerek siyasi iradeye itaat etmeyi tercih etmiştir. İkinci kararda ise büyük bir sosyal eşitsizlik yaratma potansiyeline sahip “süper emeklilik” düzenlemesini, sosyal devlet ilkesi ve sosyal güvenlik hakkına aykırı bularak iptal etmiş; bununla birlikte söz konusu düzenlemeyi

65'inci madde bağlamında devletin takdir yetkisi bakımından denetlemekten imtina etmiştir. Bu nedenle ikinci kararın hem *emredici* hem de *uyumlu* denetim uyguladığını söylemek mümkündür. Zira AYM söz konusu düzenlemeyi iptal ederken sosyal güvenlik hakkı ile sosyal devlet ilkesi arasında ilişki bakımından bir sorun olduğun tespit etmekle birlikte, meselenin hayati kısmı olan devletin takdir yetkisine dokunmayarak kendince bir çıkış yolu yaratmıştır.

Mahkemenin üçüncü kararı daha sonra başka kararlarında da tekrarlayacağı gibi, sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini tamamen devletin takdir yetkisinin sınırları içerisinde görerek, devletin sağlık hizmetleri alanındaki ödevleri bakımından yine *uyumlu* bir denetimi tercih etmiştir. Keza Mahkemenin sağlık hizmetlerinin bir *fiyatının* olmasını makul bulması, sağlık hizmetlerinin, devletin her yurttaşa önşartsız sunmak zorunda olduğu bir *hakkı* değil, fakat bir fiyat ile satışa çıkarılan bir *bir nesne olarak görmesi dolayısıyla*, sosyal hak taleplerini koruma içgüdüsünden uzak olduğunu açıkça gözlere önüne sermektedir. Nihayet Mahkeme konut hakkına değindiği nadir kararlardan biri olan dördüncü ve ilk dalganın son kararında da ise devletin mali kaynakları ölçütüne yönelik takdir yetkisini oldukça geniş yorumlayarak, konut hakkını derhal gerçekleştirilmesi gerekmeyen bir hak olarak telakki etmiş, böylece *uyumlu/itaatkâr* denetimin en açık örneklerinden birini daha içtihat haznesine eklemiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu ilk dört kararında, muhtemelen olası ithamlarından kaçınmak için, yasama organının sosyal hakların gerçekleştirilmesindeki tercihlerine itimat etmiş ve böylece bir çeşit yargısal pasiflik anlayışıyla hareket etmiştir.

AYM'nin ikinci döneminde sosyal hak açılımına giriştiği kararlarda ise sosyal haklar lehine gerçek anlamda daha aktivist bir tavırla hareket ettiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de bu dönemin ilk ve Mahkemenin incelenen beşinci kararında sağlık ve sosyal güvenlik haklarını, yaşama hakkı ile bağlantılandırarak “emredici” bir tutumla korumaya çalıştığı açıktır. Mahkemenin yaşam hakkını etkileyen düzenlemeler

karşısında 65'inci maddenin uygulanmayacağı yönündeki tutumu, devletin takdir yetkisini düzenleyen anayasal kuralın kişinin lehine yorumlanması suretiyle devlete neyi yapamayacağı konusunda direktif veren ve böylece diğer devlet organları karşısında kendi anayasal konumunu vurgulayan “emredici” bir tutum olduğuna şüphe yoktur.

Birkaç sene sonra verdiği altıncı kararında da benzer şekilde hakkın özü ölçütünü uygulayarak sosyal güvenlik hakkının zedeleyici düzenlemelere müsaade edilemeyeceğini söyleyen Mahkeme, Anayasanın özgürleştirme ödevini de bir ölçü norm olarak kullanarak devletin sosyal güvenlik hakkı bağlamındaki yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde anayasa aykırılık bulmaktan çekinmeyerek yine *emredici* denetimi uygulamıştır. Benzer şekilde Mahkemenin yataklı tedavinin altı ayı geçemeyeceğine ilişkin düzenlemeyi iptal ettiği yedinci kararı da, yaşama hakkı ile sosyal haklar arasındaki bütünlüğü vurgulayarak, devletin takdir yetkisini dikkate almamış, böylece devletin neyi yapamayacağını vurgulayarak net biçimde “emredici” denetimi uygulamıştır.

AYM’nin 1998 tarihli sekizinci kararı ile hastalık durumunda geçici iş göremezlik ödeneği en çok 18 ay ödenmesini öngören düzenlemeyi iptal ederken, yine yaşama hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki bağlantıyı ve karşılıklı ilişkiyi işaret ederek vurgulamış, böylece bir kez daha *emredici* bir denetim sergilemiştir. Mahkeme 2001 tarihli ve dokuzuncu kararında ise bu sefer, sağlık hizmetlerinden katkı payı alınmasını ve işsizlik ödeneği için 12 günlük sigortalı olma koşulunu, sağlık ve sosyal güvenlik haklarını *ortadan kaldıran ya da kullanılamayacak şekilde güçleştiren* düzenlemeler olmadıkları gerekçesiyle Anayasa uygun bulmuş, böylece *uyumlu* denetime geri dönüş yapmıştır.

Benzer biçimde AYM, 2003’deki onuncu kararda da, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylıklar

birleştğinde, sigortalıya birinin tamamının ve diğerinin de yarısının ödenecek olmasını anayasaya aykırı görmeyerek devletin takdir yetkisinin sınırları içerisinde görmüş ve böylece bir diğer *uyumlu/itaatkâr* denetim sergilemiştir. AYM yine 2003 yılında verdiği on birinci kararında ise yeniden tutum değiştirerek, emekli veya malullük aylığı alanlardan, kendileri, eşleri, çocukları ve ana ve babalarının her biri için belirli miktarda tutarda sağlık katkı payı kesilmesini öngören hükmü iptal ederken, *emredici* denetime geri dönüş yapmıştır.

Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar bilançosundaki belki de en ilginç yargısal tutum, 2006 tarihli on ikinci kararındaki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa yönelik denetimde görülmektedir. Zira Mahkeme bu önemli reformun kimi kritik hükümlerini iptal etmesine rağmen, bu iptal kararında *emredici* denetim sergilediğini söylemek zordur. Zira Mahkeme emeklilik ve sağlık hizmetleri yönünden kimi hükümleri iptal ederken münhasıran kamu görevlileri ile diğer çalışanlar arasında mesleki bir fark ulunduğundan hareketle iptal kararı vermesine rağmen, aslında bu hükmün gerekçesi sosyal hakları koruyucu olmaktan uzaktır. Hatta hüküm sosyal haklar bakımından çalışanlar arasında tabi oldukları statüye göre bariz bir ayırım yaptığı ve devletin takdir yetkisine yönelik bir değerlendirmeye girişmediği için *uyumlu* denetim sergilemiştir ve sosyal hakların adına bir bakıma endişe vericidir.

Mahkeme 2007 tarihli on üçüncü kararında sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesini bir kez daha Anayasaya aykırı görmeyerek bu konuda istikrarlı bir içtihat yarattığını söylemek mümkündür. Ancak bu istikrarlı içtihat, sağlık hakkının özü gereği şu ya da bu ölçüde ücretsiz sunulması gerekip gerekmediğine ilişkin bir değerlendirme yapmaktan imtina ederek, bir kez daha *uyumlu* denetimi sıkı biçimde tercih etmiştir. AYM 2008 yılındaki on dördüncü kararında ise beklenmeyen bir adım atarak aile hekimlerinin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran yasa kuralını hakların bütünlüğü ve devletin özgürleştirme ödevi

bakımından Anayasaya aykırı bularak *emredici* denetime geri dönüş yapmıştır. On beşinci kararında ise Mahkeme, tam gün yasası ile hekimlere getirilen çalışma koşullarına yönelik sınırlamayı biraz da zorlama bir yorumla yeniden yaşama hakkı ile bağdaştırarak Anayasaya aykırı bulmuş, böylece *emredici* denetimin bir örneğini daha içtihat bilançosuna eklemiştir. Kuşkusuz kamu görevlileri ile idare arasındaki bir sorunun sağlık hakkı ve yaşama hakkı ile ilişkilendirilmesinde problemli yanlar vardır. Ancak hüküm ortaya koyduğu sonuç bakımından devlete neyi yapamayacağını emretmesi ile öne çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 2014 ve 2016 tarihli son iki kararı ise önce *emredici*, ardından ise *uyumlu* denetim modelini benimsemiştir. Emekli ikramiyesinin hesabına ilişkin düzenlemeyi iptal ederken Mahkeme bir kez daha sosyal güvenlik hakkının sınırlarını çizerek emredici denetim uygularken, geçici köy korucularının sosyal güvenlik sorununa bir çözüm bulma imkânı yakaladığında ise bunu kullanmamayı tercih etmiş ve yasa koyucunun bulduğu çözüme riayet etmiştir.

C. DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesinin *emredici* tutumunda görülen “yaşama hakkı” ile ilgili sosyal hakkı bağlantılandırma eğilimi, Kolombiya Anayasa Mahkemesi ve Hindistan Yüksek Mahkemesinin kimi kararlarında kullandığı tutum ile birebir örtüşmektedir. Hatırlanacağı üzere Kolombiya Anayasa Mahkemesi bağlantılı hak doktrini ile sosyal hakların da anayasal sistematik bakımından “temel hak” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, bireyin yaşamına ilişkin derhal korumanın gerekli olduğu durumlarda diğer temel haklarla bağlantılı olarak sosyal haklar için yargısal koruma sağlanabileceğine hükmetmiş; aynı AYM gibi sağlık ve sosyal güvenlik haklarını, yaşama hakkı ile bağlantılı olduğu ölçüde bireysel başvurunun (*tutela*) konusu edilebileceğini kabul etmiştir.

Benzer şekilde Hindistan Yüksek Mahkemesi de anayasada “devlet yönetimine yön veren kurallar” başlığı altında yer alan sosyal hakların, 1980’lerin başından itibaren tedrici olarak sosyal hakların yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiş ve sosyal hakları dava edilebilir kılmak yolunda belirgin bir istek sergilemiştir. Yüksek Mahkeme birçok davada Hindistan Anayasasındaki yol gösterici ilkeleri, Anayasanın 21’inci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası kılması, böylece sosyal haklar *de facto* dava edilebilir haklar haline gelmiştir. Hindistan ve Kolombiya mahkemelerinin sosyal haklarla yaşama hakkı arasında kurduğu bu bağlantı, Türk AYM’nin kararlarındaki *emredici* tutum ile birebir örtüşmektedir. Bu itibarla hakların bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesinin Türkiye, Kolombiya ve Hindistan anayasa yargısının sosyal haklar bilançosunda hatırı sayılır bir rol oynadığı açıktır.

Yukarıda incelenen on yedi kararda AYM’nin, katalizör mahkemenin (GAAM) sergilediği yargısal denetim tiplerinden *uyumlu* ve *emredici* denetime odaklandığı gözlemlenmektedir. Kararların yarısında *uyumlu*, diğer yarısında ise *emredici* denetim uygulandığı görülmektedir. Yani AYM sosyal hak sorunlarıyla karşı karşıya kaldığında, ya yasa koyucunun takdir yetkisini geniş yorumlayarak pasif bir yargısal denetim uygulamış ve sosyal alana müdahale etmemeyi tercih etmiş; ya da aktivist bir tutumla sosyal hak alanına yapılan anayasaya aykırı müdahaleleri iptal etmiştir. Bu iki tutum dışında AYM sosyal hakları ele alırken başka bir çözüm alanı yaratma gayreti içinde olmamıştır. Bir diğer ifadeyle Mahkeme, anayasaya uygunluk denetiminde *deneyselci*, *etkileşimli* ya da *yönetimsel* denetim tiplerinin yanından bile geçmemiştir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi “katalizör” niteliği ile sosyal haklar bakımından beş denetim türünün hepsini içtiğine yansıtmıştır. Hindistan Yüksek Mahkemesi rol anlayışı bakımından *etkileşimli* ve *deneyselci* yargısal denetim türlerini uygulayarak “angaje” niteliği ile öne çıkarken; Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise emredici tutum yanında, yönetimsel tutumu da uygulayarak “üstüncü” bir mahkeme

özelliği göstermektedir. Dolayısıyla her üç mahkemenin de sosyal sorunlara daha yenilikçi çözümler bulmaya gayret ettiği ve sosyal hakların yargısal denetimi alanında sahip olduğu birikiminin, Türkiye ile kıyaslandığında daha zengin olduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan AYM sosyal haklar söz konusu olduğunda sadece *uyumlu* ve *emredici* denetim benimsediği için, bu ülkeler karşısında ayrıksı bir örnek olarak değerlendirilebilir.

Nihayet AİHM'nin yukarıda incelenen sosyal hak içtihadı, bu çalışmada benimsenen karşılaştırmalı yöntemin ve bu yöntem ile incelenen örneklerin gerekliliğini bir kez daha doğrulamıştır. Zira AİHM'nin içtihadı sosyal hakların korunması bakımından genel olarak çelişkili ve tutarsız bir görünüm vermektedir. Bir diğer ifadeyle AİHM'nin sosyal haklara yaklaşımı ilkesel bir nitelik arz etmemektedir. Kanımızca AİHM'nin sosyal eşitsizlikleri giderme kaygısı, bu kaygının kararlara yansıtılması halinde taraf devletlerin kendisi üzerinde yaratacağı olası baskıların gölgesinde kalmıştır. Dolayısıyla AİHM, anayasa yargısında sosyal hakların korunması sorununun ele alınmasında öncelikli referans görüntüsü vermekten uzaktır. Bu nedenle AİHM -en azından şimdilik- AYM için sosyal haklar söz konusu olduğunda ideal bir model olmaktan uzaktır.

AİHM'nin sosyal haklar içtihadı anayasa yargısında sosyal hakların korunması bakımından birtakım yol gösterici veriler sunuyorsa da, bu verinin karşılaştırmalı hukuktaki mevcut içtihat birikimi ile karşılaştırıldığında henüz gelişme çağında olduğu söylenebilir. Bu bağlamda AYM'nin sosyal hakları bireysel başvurunun konusu yapmaya yönelik isteksizliği ile AİHM'nin gelişme çağındaki sosyal hak tutumu arasında bir korelasyon olması doğaldır. Oysa AYM, karşılaştırmalı anayasa hukukunun sosyal haklar alanında sunduğu zengin birikime bir göz atmayı denerse, AİHM'nin tutumunu yakalayıp onu geçmesi epey kolay olabilir. Zira karşılaştırmalı yargısal uygulama, sosyal hakları anayasa şikayetine entegre etmek için AİHM'ne kıyasla çok

daha zengin ve pekişmiş bir deneyim sunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu gerçeğin farkına varması, Türkiye’de sosyal hakları ciddiye alma yönünde köklü bir değişimin ilk adımı olacaktır.

Sonuç olarak çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan sosyal hakların yargısal denetiminde görülen mahkemelerin rol anlayışı tipolojisi bakımından Türk Anayasa Mahkemesi *üstüncü*, *angaje* ve *müstakil* mahkeme tiplerinin hiçbirine tam olarak uymamaktadır. Bu tipolojide uyumlu ve emredici denetim benimseyen bir mahkeme olasılığı da tartışılmamıştır. Dolayısıyla Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan örneklerinden farklı olarak, uyumlu ve emredici denetim modelini benimseyen Türk Anayasa Mahkemesi, sosyal hakların korunmasında mahkemelerin rol anlayışı teorisi bakımından “kendine özgü” (*sui generis*) bir mahkeme olarak nitelendirilebilir.

SONUÇ

Sosyal haklar anayasal bir gerçekliktir ve bu hak kümesinin anayasal değeri, diğer hak kümelerinininkinden ne eksik ne de fazladır. İnsanlığın ortak mirası olarak görülebilecek sosyal haklar, yaşanan onca tecrübenin ardından artık kaybedilmesi göze alınamayacak kadar değerli bir hukuki birikimdir. Bu birikimi göz ardı etmek ise hem düşünsel anlamda hem de yargısal pratik ile reddedilmiştir. Ancak mesele kaynakların yeniden dağıtımı olduğunda, insanlar sınırlı kaynaklara yönelik kıskançlıklarını mahkeme salonlarına taşımaktan da geri durmadığı ve yargıçların, farklı kaygılarla da olsa, yoksul ve dezavantajlı kesimler adına devlet kaynaklarının yeniden dağıtımı söz konusu olduğunda genellikle biraz daha fazla duraksadığı da bir gerçektir.

Bununla birlikte insan haklarının bölünmez bir bütün olduğu da şüphesizdir. Bu bakımdan hakları şu veya bu gerekçeyle ayrıştırmak anlamsızdır. Tabir caiz ise temel hakların nüfus kütüğü anayasalara kayıtlıdır. En azından insanlığın bugüne kadar haklar için bulabildiği en güçlü adres anayasalardır. Bu kütükte kayıtlı soyağacındaki her bir hak ise biri olmadan diğerine vücut verilemeyeceğini ortaya koyar. Öyleyse temel hakların normatif değerleri, onların anayasalarca ne ölçüde ciddiye alındığı ile doğrudan ilintilidir. Zira haklar varlıklarını değil ama güvencelerini anayasaların kendilerine sunduğu adrese borçludurlar. Adres kayıtlarında değişiklik yapmak ise imkânsız değilse de epey güçtür.

Çalışmanın bütünü boyunca vurgulandığı gibi, eğer bir hukuk kuralı bir *hak* düzenliyor ise, o kural aynı zamanda devlete de bir *ödev* yüklüyor demektir. Bu ise bireylere talep edebilme yetkisinin tanınması anlamına gelir. Dolayısıyla bir hak kümesi ile ilgili hukuki bir değerlendirme yapabilmek, her şeyden önce bunların *hak* niteliğini amasız-fakatsız kabul etmekle mümkün olabilir. Birinci bölümde üzerinde durulan sorunun özü işte budur. Bu sorunu düşünsel boyutuyla açıklama çabası, sosyal hakların

yoksulluk, adalet, anayasacılık üçgeninin tam merkezinde yer alan bir olgu olduğu sonucuna götürmektedir. Yani sosyal haklar, anayasacılık düşüncesinin herkesin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürme ve bunu sırf insan olduğu için hak ettiği fikrine mündemiçtir. Dolayısıyla anayasa kurallarının normatif değerinin, herkesin insan onuruna yaraşır şekilde yaşamasına özgülenmiş olduğunu iddia etmek mümkündür.

Sosyal hakların dava edilemez olduğunu ve mahkemelerin sosyal hak sorunlarına karışmaması gerektiğini ileri sürmek, bugün geçerliliğini yitirmiş bir iddiadır. Yani bir hukuk sisteminde geçerli normlar şeklinde varlığını sürdüren istisnasız bütün *haklar* dava edilebilirdir. Öyleyse diğer bütün haklar gibi sosyal eşitsizliklerin mümkün olduğunca giderilmesine özgülenmiş hukuk normları –sosyal haklar– da dava edilebildiği ölçüde talep edilebilir vasfını kazanabilir. Bu bakımdan ikinci bölümde incelenen örnekler, yaklaşık on yıl önce sosyal haklarla ilgili bir çalışmanın haklı olarak savunduğu “sosyal hakların kategorik olarak dava edilemeyen haklar olduğunu ileri sürmenin sonuçları çok ağır, büyük bir haksızlık”¹¹⁴⁵ olduğu iddiasını bir kez daha doğrulamıştır.

ABD’de sosyal haklar alanında görülen federal ve federe düzeydeki yargısal hareketlilik dünyanın en istisnai hukuk sisteminin bile sosyal eşitsizliklere duyarsız kalamadığı gerçeğini göstermektedir. Diğer ileri kapitalist sistemlerden farklı olarak sosyal adalet sorununa karşı düşünce ve eylem planında ilgisiz olduğu varsayılan Amerikan hukuk sistemi, aslında bir o kadar sosyal eşitsizliklerin yargısal meseleler haline getirildiği bir örnek sunmaktadır. Federal düzeydeki tutuk yargısal denetime karşın federe düzeydeki sıkı sosyal hak denetimi, ABD’de dahi sosyal hakların yargı denetimine tabi olduğu gerçeği karşısında sosyal hakların dava edilemez olduğu tezini çürütmektedir.

¹¹⁴⁵ Algan, a.g.e., s. 126.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sosyal hakların korunmasına özgülenen bir yargısal denetimin toplumsal dönüşüm hedefi ile birlikte nasıl beraber yürüyebileceğinin en güzel örneklerinden biridir. GAAM derin sosyal eşitsizliklerin görüldüğü bir toplumda, yargı organının sosyal adaleti yeniden sağlayabilmek için sanılandan daha fazla işlev görebileceğini öğretmiştir. Bu öğretiy öylesine büyük yankılar uyandırmıştır ki, bugün sosyal hakların yargısal denetiminden bahsetmek isteyen bir araştırmanın GAAM'nin içtihadına değinmemesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

GAAM, çok kısa bir süre zarfında, derin sosyal açmazlarla ilgili uyuşmazlıklarla karşı karşıya kalmış, bunlara kendine has çözümler üretmeye çalışmış ve neticede “sosyal hakların katalizörü” unvanını almayı hak etmiştir. Kurulduğu ilk yıllardan itibaren GAAM, kaynakların yeniden dağıtımını etkili biçimde uygulamak bakımından devletin sosyal politika alanındaki takdir yetkisinin tespitinde oldukça hassas davranmış; geleneksel yargısal denetimde görülen uyumlu ve emredici denetim türündeki kararlarının yanında, etkileşimli, deneyselci ve yönetsel kararlar da vererek, sosyal hak ihlali bulunduğu durumlarda ihlalin gerçekten ve etkili biçimde giderilmesi için diyalog kanallarının açık tutulmasına gayret etmiştir. Öte yandan yeri geldiğinde devlete ihlalin giderilmesine yönelik emirler vermekten de geri durmamıştır. Dolayısıyla GAAM'ni sosyal hakların korunması için “model mahkeme” olarak nitelemek yanlış olmayacaktır.

Hindistan Anayasası, sosyal hakları “devlet politikasına yön veren ilkeler” başlığı altında düzenlemeyi tercih etmiştir. Ancak Hindistan Yüksek Mahkemesi bu normları anayasada düzenlendikleri yerin başlığına bağımlı olarak ele almamış, bunların açıkça hakları düzenleyen anayasal kurallardan hiçbir farkı olmadığını kabul etmiştir. Bir diğer ifadeyle Hindistan Yüksek Mahkemesi Hindistan Anayasasındaki sosyal normların hukuki tasvifini kendisi yaparak, anayasada bunlara verilen ad ile kendini sınırlamamayı

tercih etmiştir. Yüksek Mahkeme bir adım daha ileri giderek bu ilkelerin mahkemeler önünde dava edilmesini yasaklayan anayasa kuralını da geniş yorumlamış; hakların bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesinden hareketle sosyal hak düzenlemelerinin dava edilebileceğini kabul etmiştir. Böylece Hindistan Yüksek Mahkemesi, sosyal hakların dava edilemez kurallar olduğunu tezini çürüterek, Hindistan’da çok sayıda insanın maruz kaldığı yoğun sosyal eşitsizliklere bir umut olmuştur.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise yine kısa ömrüne rağmen sosyal hakların yargısal denetimini pekiştirmiş ve devletin yükümlülüklerine ilişkin güçlü emirler vermesiyle öne çıkmıştır. Gerçekten de Kolombiya’da yaşanan derin sosyal açmazlar karşısında Anayasa Mahkemesi sıkı bir aktivizm sergilemiştir. Özellikle bireysel başvurular karşısında gösterdiği koruyucu ve yenilikçi tavır nedeniyle, bir yandan Mahkeme bir çeşit sosyal hak enflasyonu yaşarken, diğer yandan ise bu durum dünyanın ilgisini çekmeyi başarmıştır. Bireysel başvuruların artan popülerliği ve yarattığı yoğun iş yükü altında verilen kararların sağlıklı olup olmadığı tartışma yaratsa da, Mahkemenin kritik sosyal hak uyuşmazlıklarında cesur adımlar attığı ve sonrasında bunların gereğinin ilgili makamlar tarafından yerine getirilip getirilmediğini de takibe aldığı bir gerçektir.

Nihayet Türkiye’nin sosyal haklar serüveni ve bu serüvenin AYM’deki izdüşümü, karşılaştırmalı uygulama ışığında bizi iki sonuca ulaştırmaktadır. Birincisi Türk anayasa yargısı norm denetimi yoluyla azımsanmayacak bir sosyal hak içtihadına sahiptir. Ancak bu içtihat dünyadaki benzer örneklerin sunduğu yargısal birikimin oldukça gerisindedir. AYM’nin *uyumlu* ve *emredici* tutum odaklı yargısal denetim bilançosu, Kolombiya, Güney Afrika ve Hindistan’da görülen yargısal yaratıcılığın epey gerisinde kalmaktadır. Özellikle AYM’nin sosyal haklarla ilgili kararlarındaki zayıf gerekçeler ve bu gerekçelerde uluslararası ve karşılaştırmalı hukukun göz ardı edilmesi, AYM içtihadının sosyal haklar lehine zenginleşmesini ve pekişmesini engeller gözükmektedir.

Keza anayasa yargıçlarının hala sosyal hakları *hak* değil devletin bir *lütü* olarak görme eğiliminin sürmesi ihtimali de sosyal hakların geleceği açısından endişe vericidir.

Öte yandan temel haklar için büyük umutlar bağlanan bireysel başvuru kurumu da uygulanmaya başladığı günden beri kişi hakları ve siyasi haklar alanında AYM'nin cesur adımlar atmasına olanak sağlamasına rağmen; sosyal hakların korunması bakımından AYM nezdinde işin renginde bir değişime yol açamamıştır. Yani Türkiye'de bireysel başvuru, bu satırların yazıldığı ana kadar, anayasa yargısını sosyal haklara teşmil etme imkânı olarak görülmemiştir. Ayrıca bireysel başvuru, uygulanmaya başladıktan sonra verilen norm denetimi kararlarında da sosyal haklar lehine belirgin bir gelişmeye yol açmamıştır. Dolayısıyla bireysel başvuru sonrası AYM'de Fazıl Sağlam'ın işaret ettiği sosyal hak “duyarsızlığının” tonunda kayda değer bir değişiklik yaşanmamıştır.

İkinci olarak ise karşılaştırmalı yargısal uygulamada sosyal haklar lehine en başarılı örneklerin, diyaloga dayalı yargısal denetim teorisinin açıkladığı gibi, anayasa mahkemelerince verilen kararlarının gereğinin yerine getirilip getirilmediğine yönelik bir “gözetim mekanizması” ile mümkün olduğu görülmektedir. Kolombiya, Hindistan ve Güney Afrika'da görülen uygulamalar, yargısal kararların gözetiminin sosyal hakların korunmasının etkisini pekiştirdiğini göstermektedir. Oysa AYM diyaloga dayalı aktivizm kuramına, yani güçlü hak, ılımlı hüküm ve güçlü gözetimin bir arada bulunduğu bir denetime yabancısıdır. Dolayısıyla AYM'nin verdiği kararların icrasının takibini ve gözetimini yapabileceği bir mekanizma ihdas edilmesi gereklidir. AYM'nin sosyal hakları koruyucu kararlarının kişiler üzerinde gerçek etkisini ölçülebilmesi ve olası sosyal hak ihlallerinin gerçekleşmeden önüne geçebilmesi için böyle bir mekanizmanın Türk anayasa hukukunda benimsenmesine ihtiyaç vardır. Türkiye'de anayasa yargısının sosyal haklar için etkili bir koruma mekanizması olarak işlemesi için, AYM kararlarının gözetimini sağlayacak bir usul ve araç düşünülmelidir.

Sosyal hakların mahiyeti ve devletin bu hakların gerçekleştirilmesinde üstlendiği rol nedeniyle, AYM'nin sosyal haklarla ilgili kararlarının gereğinin yerine getirilmesine ilişkin bir gözetim/izleme mekanizması düşünülebilir. Böyle bir yöntem 1982 Anayasasının 153'üncü maddesi karşısında mümkündür. 153'üncü maddenin son fıkrası "Anayasa Mahkemesi kararları... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" diyerek, Mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi yönünde açık bir emir vermektedir. Bunun aksinin sözkonusu olması halinde AYM'nin Anayasanın 153'üncü maddesindeki emrin gereği için inisiyatif alması olasıdır. Kaldı ki AYM'nin sosyal haklar için böyle bir adım atmasını mümkün kılan hukuki dayanağı da mevcuttur. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Mahkeme'nin hizmet birimlerini sayan 29'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre "İhtiyaç halinde Başkanın önerisi, Genel Kurulun kararı ile yeni birimler oluşturulabilir." Ayrıca üçüncü fıkraya göre de "Hizmet birimlerinin görev ve sorumlulukları yönetmelikte gösterilir." Dolayısıyla AYM'nin herhangi bir anayasal ya da yasal değişikliğe gerek kalmadan kararlarının gözetimini yapacak bir birim kurması mümkün değildir. AYM nasıl ki zamanında hiçbir anayasal ya da yasal dayanağı bulunmamasına rağmen "yürürlüğü durdurma" yetkisini kendiliğinden ihdas etmiş ve uygulamıştır; sosyal haklarla ilgili kararlarının takibi ve gözetimine yönelik bir mekanizma için mevcut hukuki dayanaktan hareketle bir adım atması evleviyetle mümkündür. Sonuç olarak AYM'nin kurumsal yapısına bir gözetim/izleme mekanizmasının eklenmesi, sosyal hakların Türk anayasa yargısındaki geleceği açısından kritik bir öneme sahip olacaktır. Türkiye'de böyle bir uygulamanın hayata geçmesi halinde, hem Türkiye'nin sosyal hakların anayasa yargısı düzeyindeki denetiminde ayrıksı bir örnek olarak anılmaktan kurtulması, hem de sosyal hakları ciddiye almaya yönelik çabaların artması beklenebilir.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.

AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı** İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992.

AKAD, Mehmet ve DİNÇKOL, Bihterin Vural, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2002.

AKKOYUNLU, Kıvılcım, KARTAL, Filiz ve ATAY, Yeliz Şanlı (ed.), **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, Ankara, TODAİE, 2014.

ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3000, 1982.

ALEXY, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, Oxford & New York, Oxford University Press, 2002.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

ALSTON, Philip & GOODMAN, Ryan, **International Human Rights: Text and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 2013.

BATTEN, Donna (Ed.), **Gale Encyclopedia of American Law**, 3. Baskı, Detroit, Gale, 2011. (Erişim: Gale Virtual Reference Library, 22 Eylül 2015).

BILCHITZ, David, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2007.

BULUT, Nihat, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

CHEREDNYCHENKO, Olha O., **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions**, München, Sellier European Law Publishers, 2007.

COLLIER, Paul, **Wars, Guns and Votes: Democracy in Dangerous Places**, New York, Harper, 2009.

CONDE, H. Victor, **A Handbook of International Human Rights Terminology**, Lincoln, University of Nebraska Press, 2004.

CRAWEN, Matthew, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Oxford, Clarendon Press, 1995.

DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.

ERGÜL, Ozan, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

ERTAN, İzzet Mert, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, **The Three Worlds of Welfare Capitalism**, Princeton, Princeton University Press, 1990.

FEINBERG, Joel, **Social Philosophy**, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1973.

FOSTER, Nigel ve SULE, Satish, **German Legal System and Laws**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2002.

FREDMAN, Sandra, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford, Oxford University Press, 2008.

FRIED, Charles, **Right and Wrong**, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978.

GARNER, Bryan A. (Ed.), **Black's Law Dictionary**, 10. Baskı, St. Paul, Thomson Reuters, 2014.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.
<https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/a-1-1948-dec-10-eihb.pdf> (7.7.2015).

GEWIRTH, Alan, **Human Rights: Essays on Justification and Application**, Chicago & London, University of Chicago Press, 1982.

GÖZE, Ayferi, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, İstanbul, Beta, 2013.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Yayınevi, 1999.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2008.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 10. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2010.

GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza ve CANIKLIOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 13. Baskı, İstanbul, Beta, 2010.

HABERMAS, Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Cambridge, MIT Press, 1996.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin, 2009.

HENKIN, Louis, **The Age of Rights**, New York, Columbia University Press, 1990.

HERSHKOFF, Helen ve LOFFREDO, Stephen, **The Rights of the Poor**, Carbondale & Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1997.

HEUN, Werner, **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2011.

HIRSCHL, Ran, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran, **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford & New York, Oxford University Press, 2014.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), Haz. Christian COURTIS, **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability**, Human Rights and Rule of Law Series No. 2, Geneva, 2008, <http://www.refworld.org/docid/4a7840562.html>.

KABOĞLU, İbrahim (Ed.), **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1994.

KARA, Uğur, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**, 2. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2013.

KAYAR, Nihat, **Kamu Personel Yönetimi**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2014.

KENDE, Mark S., **Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States**, New York, Cambridge University Press: 2009.

KEYMAN, Selâhattin, **Hukuka Giriş**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, 2010.

KING, Jeff, **Judging Social Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

KOÇAOĞLU, Mehmet, **John Rawls: Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014.

LAW, Jonathan ve MARTIN, Elizabeth A., (Ed.), **Oxford Dictionary of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011.

LEVY, Leonard W. ve KARST, Kanneth L. (Ed.), **Encyclopedia of the American Constitution**, Cilt 3, New York, Macmillan Reference USA, 2000.

LIEBENBERG, Sandra, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Claremont, Juta, 2010.

LIEBERMAN, Jethro K., **A Practical Companion to the Constitution**, Berkeley, University of California Press, 1999.

MATSUI, Shigenori, **The Constitution of Japan: A Contextual Analysis**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2011.

MICHALOWSKI, Sabine ve WOODS, Lorna, **German Constitutional Law: The Protections of Civil Liberties**, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 1999.

MURPHY, Walter F., **Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order**, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007.

NICKEL, James, **Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declarations of Human Rights**, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1987.

NOZICK, Robert, **Anarchy, State, and Utopia**, New York, Basic Books, 1974.

NUSSBAUM, Martha, **Women and Development: The Capabilities Approach**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

OREND, Brian, **Human Rights: Concept and Context**, Peterborough, Broadview, 2002.

ÖRÜCÜ, Esin, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.

ÖZTÜRK, Kazım, **İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. II, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966.

PALMER, Ellie, **Judicial Review, Socio-Economic Rights and The Human Rights Act**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2007.

POGGE, Thomas, **World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms**, Cambridge, Polity Press, 2002.

RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John, **Justice as Fairness: A Restatement**, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John, **Political Liberalism**, Genişletilmiş Baskı, New York, Columbia University Press, 2005.

RAY, Brian, **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa's Second Wave**, New York, Cambridge University Press, 2016.

RAZ, Joseph, **The Morality of Freedom**, Oxford, Clarendon Press, 1989.

RINGEN, Stein, **Demokrasi Neye Yarar? Özgürlük ve Ahlaki Yönetim Üzerine**, Çev. Nurettin Elhüseyni, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009.

RODRIGUEZ-GARAVITO, Cesar ve RODRIGUEZ-FRANCO, Diana, **Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Global South**, New York, Cambridge University Press, 2015.

SABUNCU, Yavuz, **Anayasa Giriş**, 14. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2009.

SACHS, Albie, **The Strange Alchemy of Life and Law**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.

SEN, Amartya, **Development as Freedom**, New York, Alfred A. Knopf, 2000.

SHANKAR, Shylashri, **Scaling Justice: India's Supreme Court, Anti-Terror Laws and Social Rights**, New Delhi, Oxford University Press, 2009.

SHUE, Henry, **Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy**, 2. Baskı, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

SMITH, Adam, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, London, Methuen & Co., Ltd., 1776. (5. Baskı, 1904) <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN.html> (Mayıs 2015).

SOSSIN, Lorne M., **Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada**, 2. Baskı, Toronto, Carswell, 2012.

SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 240, 1968.

SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997.

SUNSTEIN, Cass, **Designing Democracy: What Constitutions Do**, New York, Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R., **The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever**, New York, Basic Books, 2004.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı: Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978.

TANÖR, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2012.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1969.

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.

TUSHNET, Mark, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2008.

UYAR, Lema, **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 5), 2006.

Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968): Tebliğler-Tartışmalar, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

WEBBER, Jeremy, **The Constitution of Canada: A Contextual Analysis**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2015.

YILMAZ, Halit, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

YOUNG, Katherine G., **Constituting Economic and Social Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2012.

YÜCEL DERİCİLER, Özge, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.

ZACKIN, Emily, **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**, Princeton, Princeton University Press, 2013.

II. Makale ve Kitap Bölümleri

AKAD, Mehmet, “1982 Anayasası 5. Maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi”, **Adalet Dergisi**, Cilt 2 (1990), ss. 51-63.

AKKAN, Başak Ekim, “Sosyal Hak Talebi Olarak Bakım İhtiyacı,” **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, der. Pınar Uyan Semerci, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, ss. 57-70.

ALBISA, Cathy ve SCHULTZ, Jessica, “The United States: A Ragged Patchwork” **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, ss. 230-249.

AZRAK, Ülkü, “Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 27, Sayı 1-4 (1961), ss. 208-224.

BAXI, Upendra, “The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]Justice,” **Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach**, ed. S.K. Verma ve K. Kusum, New Delhi, Oxford University Press, 2000, ss. 156-209.

BIGNAMI, Francesca ve SPIVACK, Carla, “Social and Economic Rights as Fundamental Rights”, **American Journal of Comparative Law**, Cilt 62 (2014), ss. 561-587.

BILCHITZ, David, “Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice,” **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South**

Africa, and Colombia, ed. D. B. Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 41-94.

BIRCHFIELD, Lauren ve CORSI, Jessica, “The Right to Life Is the Right to Food: People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Others”, **Human Rights Brief**, Cilt 17, No. 3 (2010), ss. 15-18.

BREMS, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights,” **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. D. Barak-Erez & A.M. Gross, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2007, ss. 135-167.

BRINKS, Daniel M. ve FORBATH, William, “The Role of the Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America,” **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, ed. Randall Perenboom & Tom Ginsburg, New York, Cambridge University Press, 2014, ss. 221-245.

BRINKS, Daniel M. ve GAURI, Varun, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights”, **Perspectives on Politics** Cilt 12, No. 2 (2014), ss. 375–393.

BRINKS, Daniel, GAURI, Varun ve SHEN, Kyle, “Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular”, **Annual Review of Law and Social Science**, Cilt 11 (2015), ss. 289–308.

BROWNSWORD, Roger, “Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the Dignitarian Alliance”, **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, Cilt 17 (2003), ss. 20-28.

BROWNSWORD, Roger, “Human Dignity from a Legal Perspective,” **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword ve Dietmar Mieth, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 1-22.

CAROZZA, Paolo G., "Human Dignity in Constitutional Adjudication," **Comparative Constitutional Law**, ed. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar, 2011, ss. 459-472.

CHENWI, Lillian, "Democratizing the Socio-economic Rights-enforcement Process," **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar Garcia, Karl Klare ve Lucy A. Williams, New York, Routledge, 2015, ss. 178-196.

CLEMENTS, Luke ve SIMMONS, Alan, "European Court of Human Rights: Sympathetic Unease," **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ss. 409-427.

COHN, Margit ve GRIMM, Dieter, "Human Dignity as a Constitutional Doctrine," **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Sanders, London & New York, Routledge, 2013, ss. 193-203.

COOMANS, Fons, "Justiciability of the Right to Education", **Erasmus Law Review** Cilt 2, No. 4 (2009), ss. 427-443.

COOMANS, Fons, "Some Introductory Remarks on the Justiciability of Economic and Social Rights in a Comparative Constitutional Context," **Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems**, ed. Fons Coomans, Antwerpen & Oxford, Intersentia, 2006, ss. 1-15.

CROSS, Frank B., "The Error of Positive Rights", **UCLA Law Review**, Cilt 48, Sayı 4 (2001), ss. 857-924.

DAVIS, D. M., "Socio-Economic Rights", **Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 1020-1035.

DAVIS, Dennis, "Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite?'," **South African Journal of Human Rights** Cilt 22 (2006), ss. 301-327.

DENNIS, Michael J. ve STEWART, David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be An International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, **American Journal of International Law**, Cilt 98, No. 3 (2004), ss. 462-515.

DIXON, Rosalind, “Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, **International Journal of Constitutional Law** Cilt 5, No. 3 (2007), ss. 391-418.

DUGARD, Jackie, MADLINGOZI, Tshepo ve TISSINGTON, Kate, “Rights-Compromised or Rights-Savvy? The Use of Rights-Based Strategies to Advance Socio-Economic Struggles by Abahlali Basemjondolo, The South African Shack-Dwellers’ Movements,” **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar García et. al., New York, Routledge, 2015, ss. 23-42.

EASTMAN, John C., “When Did Education Become a Civil Right? An Assessment of State Constitutional Provisions for Education 1776-1900”, **The American Journal of Legal History**, Cilt 42, No. 1 (1998), ss. 1–34.

EDELMAN, Peter B., “Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor”, **Hastings Law Journal**, Cilt 39 (1988), ss. 1-61.

ENGİN, Murat, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2008/1), ss. 233-248.

EPSTEIN, Lee ve JACOBI, Tonja, “The Strategic Analysis of Judicial Decisions”, **Annual Review of Law and Social Sciences**, Cilt 6 (2010), ss. 341-358.

ERAT, Veysel, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt 28, Sayı 1 (2013), ss. 169-196.

FAUNDEZ, Julio, “Democratization Through Law: Perspectives from Latin America”, **Democratization**, Cilt, 12, No. 5 (2005), ss. 749-776.

FELDMAN, David, “Human Dignity as a Legal Value-Part I”, **Public Law** (1999), ss. 682-702.

FORBATH, William E., “Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction”, **Fordham Law Review**, Cilt 69 (2001), ss. 1821-1891.

FRANKENBERG, Günter, “Why Care? The Trouble with Social Rights”, **Cardozo Law Review**, Cilt 17 (1996), ss. 1365-1390.

FULLER, Lon, “The Forms and Limits of Adjudication”, **Harvard Law Review**, Cilt 92, No. 2 (1978), ss. 353-409.

FYFE, R. James, “Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada”, **Saskatchewan Law Review**, Cilt 70 (2007), ss. 1-26.

GARGARELLA, Roberto, “Latin American Constitutionalism: Social Rights and the ‘Engine Room’ of the Constitution”, **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, Cilt 4, No. 1 (2014), ss. 9-18 (<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3>).

GARGARELLA, Roberto, “The Constitution and the Justice,” **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 336-349.

GAURI, Varun, “Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries”, **World Development**, Cilt 32, No. 3 (2004), ss. 465-477.

GAURI, Varun ve BRINKS, Daniel, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, ed. Varun Gauri & Daniel M. Brinks, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, ss. 1-37.

GEMALMAZ, H. Burak, “Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması,” **İş**

Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2011, ss. 704-736.

GEWIRTH, Alan, "Human Dignity as the Basis of Rights," **The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values**, ed. Michael J. Mayer ve William A. Parent, Ithaca & London, Cornell University Press, 1992, ss. 10-28.

GINSBURG, Tom, "Global Spread of Constitutional Review", **Oxford Handbook of Law and Politics**, ed. Keith Whittington et al., Oxford, Oxford University Press, 2008, ss. 81-98.

GINSBURG, Tom ve VERSTEEG, Mila, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", **Journal of Law, Economics and Organizatio**, Cilt 30, No. 3 (2013), ss. 587-622.

GONSALVES, Colin, "Reflections on the Indian Experience", **The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, ed. John Squires, Malcolm Langford ve Bret Thiele, Sydney, University of South Wales Press, 2005, ss. 177-182.

GÖREN, Zafer, "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt 14 (1997), ss. 89-153.

GÖZTEPE, Ece, "Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?", **IXth World Congress of Constitutional Law**, Oslo 16-20 June 2014, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf> (ET: Haziran 2017).

GRANT, Evadne, "Human Dignity and Socio-Economic Rights", **Liverpool Law Review**, Cilt 33 (2012), ss. 235-261.

GRIMM, Dieter, "Types of Constitutions," **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 98-132.

GROTE, Rainer, “The Republic of Colombia: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World [Oxford Constitutions]**, New York, Oxford University Press, 2012 (<http://oxcon.oupplaw.com>).

GROTE, Rainer, “The Republic of India: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World [Oxford Constitutions]**, New York, Oxford University Press, 2013 (<http://oxcon.oupplaw.com>).

GÜLMEZ, Mesut, “Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Oturumunda Sunulan Bildiri”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, 9-13 Ocak 2001 Ankara, TBB Yayınları, 2001, ss. 140-148.

GÜLMEZ, Mesut, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, ss. 117-156.

GÜZEL, Ali, “3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri,” **Sosyal Siyaset Konferansları**, İstanbul, Otuzbeşinci-Otuzaltıncı Kitaplar, 1987, ss. 165-222, (dergipark.ulakbim.gov.tr/iusskd/article/download/1023013381/1023012604) (Ağustos 2016)

HAREL, Alon, “Theories of Rights”, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, ss. 191-206.

HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, Cilt 64, No. 2 (1955), ss. 175-191.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stephane, “Human Dignity in French Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 368-374.

HERSHKOFF, Helen, “Positive Rights and the State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, **Harvard Law Review**, Cilt 112 (1999), ss. 1131-1196.

HERSHKOFF, Helen, “Just Words: Common Law and the Enforcement of State Constitutional Social and Economic Rights”, **Stanford Law Review**, Cilt 62 (2010), ss. 1521-1582.

HERSHKOFF, Helen ve LOFFREDO, Stephen, “Tough Times and Weak Review: The 2008 Economic Meltdown and Enforcement of Socio-economic Rights in US State Courts,” **Economic and Social Rights After Global Financial Crisis**, ed. Aoife Nolan, West Nyack, Cambridge University Press, 2014, ss. 234-266.

HIRSCHL, Ran, “The Judicialization of Politics”, **Oxford Handbook of Law and Politics**, ed. Keith Whittington et al., Oxford, Oxford University Press, 2008, ss. 119-141.

HIRSCHL, Ran ve ROSEVEAR, Evan, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities”, **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**, ed. Tom Campbell, K. D. Ewing ve Adam Tomkins, Oxford, Oxford University Press, 2011, ss. 207-228.

JACKSON, Vicki, “Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse”, **Montana Law Review**, Cilt 65, No. 1 (2004), ss. 15-40.

JUNG, Courtney, HIRSCHL, Ran ve ROJEVAR, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, **American Journal of Comparative Law**, Cilt 62, No. 4 (2014), ss. 1043-1094.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, ss. 15-34.

KAPISZEWSKI, Diana, “Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases”, **Law & Society Review**, Cilt 45, No. 2 (2011), ss. 471-506.

KARAN, Ulaş, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 40, No. 3 (Eylül 2007), ss. 31- 62.

KHILNANI, Sunil, “The Constitution and Individual Rights: A Comment on Dr. Abhishek Singhvi’s India’s Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives”, **George Washington International Law Review**, Cilt 41 (2009), ss. 361-366 (<http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/41-2/2-%20Khilnani.pdf>)

KING, Jeff, “The Persuasiveness of Polycentricity”, **Public Law** (2008), ss.101-124.

KING, Jeff, “Two Ironies About American Exceptionalism Over Social Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Cilt 12, No. 3 (2014), ss. 572-602.

KLARE, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, **South African Journal on Human Rights**, Cilt 14, No. 1 (1998), ss. 146-188.

KLEIN, Alana, “Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights”, **Columbia Human Rights Law Review**, Cilt 39, No. 2 (2008), ss. 351-422.

KOTHARI, Jayna, “Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2007, ss.171-192

LANDAU, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, **Harvard International Law Journal**, Cilt 51, Sayı 2 (2010), ss. 319-377.

LANDAU, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, **Harvard International Law Journal**, Cilt 53, No. 1 (2012), ss. 189-247.

LANDAU, David, “The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures”, **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**, ed. Aoife Nolan, New York, Cambridge University Press, 2014, ss. 267-298.

LANGFORD, Malcolm, “Judging Resource Availability”, **The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, ed. John Squires, Malcolm Langford ve Bret Thiele, Sydney, UNSW Press, 2005, ss. 89-108.

LANGFORD, Malcolm, “Housing Rights Litigation: Grootboom and Beyond”, **Socio-Economic Rights in South Africa Symbols or Substance?**, ed. Malcolm Langford et. al., New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 187-225.

LEIJTEN, Ingrid, “The European Convention on Human Rights and Minimum Core Socio-Economic Rights Protection”, **IXth World Congress of Constitutional Law**, Oslo, 16-20 June 2014, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-leijten.pdf> (Haziran 2017).

LEIJTEN, Ingrid, “The German right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection”, **German Law Journal** 16 (2015), ss. 23-48. (http://www.bin-italia.org/UP/doc_istituz/PDF_Vol_16_No_01_23-48_Leijten.pdf) (Erişim Nisan 2016)

LIEBENBERG, Sandra, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, Cilt 21 (2005), ss. 1-31

MAHLMANN, Matthias, “Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 370-396

MALDONADO, Daniel Bonilla, “Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**, ed. D. B. Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 1-37.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme’nin Geniş Yorumu,” Çev. Gülden Kurt, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, ed. İbrahim Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, ss. 221-227.

MARQUES, Claudia Lima ve Lixinski, Lucas, “Human Dignity in South American Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 394-400.

MARSHALL, Geoffrey, “Justiciability”, **Oxford Essays in Jurisprudence**, ed. A. G. Guest, Oxford, Oxford University Press, 1961, ss. 265-287.

MCCRUDDEN, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Cilt 19, No. 4 (2008), ss. 655-724.

MICHELMAN, Frank, “Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteen Amendment”, **Harvard Law Review**, Cilt 83 (1969), ss. 7-59.

MOELLENDORF, Darrel, “Reasoning about Resources: Soobramoney and the Future of Socio-Economic Rights Claims”, **South African Journal on Human Rights**, Cilt 14, No. 2 (1998), ss. 327-333.

MURALIDHAR, S., “India: The The Expectations and Challanges of Judicial Enforcement of Social Rights”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge & New York, Cambridge University Press, 2008, ss. 102-124.

NEUMAN, Gerald N., “Human Dignity in the United States Constitutional Law”, **Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis**, ed. Dieter Simons ve Mafred Weiss, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, ss. 249-272.

NICKEL, James W., “How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide”, **Human Rights Quarterly**, Cilt 15, No. 1 (1993), ss. 77-86.

NICKEL, James W., “Poverty and Rights”, **The Philosophical Quarterly**, Cilt 55, No. 220 (Temmuz 2005), ss. 385-402.

O’CONNELL, Paul ve Katrougalos, George, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders, London & New York, Routledge, 2013, ss. 375-385.

ODER, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2008/1), ss. 199-231.

ÖDEN, Merih ve ESEN, Selin, “Fundamental Rights and Freedoms in Turkey and the Turkish Constitutional Court”, **The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe**, ed. Rainer Arnold, Dordrecht, Springer, 2016, ss. 127-162.

ÖRÜCÜ, Esin, “Sosyal Siyasetin Maliyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 5, Sayı 7 (1971), ss. 113-123.

ÖZBEK, Nadir, “İkinci Meşrutiyet İstanbul’unda Serseriler ve Dilenciler,” **Toplumsal Tarih**, Cilt 11, No. 64 (1999), ss. 34-43.

ÖZBEK, Nadir, “Osmanlı’dan Günümüze Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 92 (2002), ss. 7-33.

PALMER, Ellie, “Protecting Socio-Economic Rights Through The European Convention on Human Rights: Trends and Developments in The European Court of Human Rights”, **Erasmus Law Review**, Cilt 2, Sayı 4 (2009), ss. 397-425.

PERENBOOM, Randall, “Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction”, **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**, ed. Randall Perenboom & Tom Ginsburg, New York, Cambridge University Press, 2014, ss. 1-17.

PHILLIPSON, Gavin, “Positive Obligations”, **The New Oxford Companion to Law**, ed. Peter Cane & Joanne Conaghan, Oxford, Oxford University Press, 2008. (<http://www.oxfordreference.com.proxy.bc.edu/view/10.1093/acref/9780199290543.001.0001/acref-9780199290543-e-1692>) (Nisan 2015)

PIERSON, Chris ve LEIMGRUBER, Matthieu, “Intellectual Roots”, **The Oxford Handbook of The Welfare State**, ed. Francis C. Castles et. al., Oxford & New York, Oxford University Press, 2010, ss. 32-44.

PILLAY, Anashri, “Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement”, **International Journal of Constitutional Law**, Cilt 10, No. 3 (2012), ss.732-755.

PLANT, Raymond, “Needs, Agency, and Welfare Rights”, **Responsibility, Rights and Welfare: The Theory of the Welfare State**, ed. J. Donald Moon, Boulder and London, Westview Press, 1987, ss. 55-74.

POGGE, Thomas, “Are We Violating the Human Rights of the World’s Poor?”, **Yale Human Rights and Development Law Journal**, Cilt 14, No. 2 (2011), ss. 1-33.

PORTER, Bruce ve JACKMAN, Martha, “Intoruduction”, **Advancing Social Rights in Canada**, ed. Martha Jackman & Bruce Porter, Toronto, Irwin Law, 2014, ss. 1-31 (ET: 4 Eylül 2015, ebrary).

PORTER, Bruce, “Inclusive Interpretation: Social and Economic Rights in Canadian Charter”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**, ed. Helena Alviar Garcia, Karl Klare ve Lucy A. Williams, New York, Routledge, 2015, ss. 215-234.

RAJAGOPAL, Balakrishnan, “Limits of Law in Counter Hegemonic Globalisation: The Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle”, **Law and Globalisation from Below: Towards a Cosmopolitan**, ed. B. de Santos ve C. Rodríguez-Garavito, Cambridg, Cambridge University Press, 2005, ss. 183-217.

RAVA, William C., “State Constitutional Protections for the Poor”, **Temple Law Review**, Cilt 71 (1998), ss. 543-578.

RAWLS, John, “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, **John Rawls: Collected Papers**, ed. Samual Freeman, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, ss. 473-496.

RAY, Brian, “Extending the Shadow of the Law: Using Hybrid Mechanisms to Develop Constitutional Norms in Socioeconomic Rights Cases”, **Utah Law Review**, Cilt 2009, No. 3 (2009), ss. 797-844.

RAY, Brian, “Proceduralisation’s Triumph and Engagement’s Promise in Socioeconomic Rights Litigation,” **South African Journal on Human Rights**, Cilt 27 (2011), ss. 107–126

READ, James S., “South Africa: Overview”, **The Oxford International Encyclopedia of Legal History**, Volume 5, ed. Stanley N. Katz, New York, Oxford University Press, 2009, ss. 279-283.

REBELL, Michael A., “The Right to Comprehensive Educational Opportunity”, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cilt 47 (2012), ss. 47-117.

REICH, Charles, “The New Property”, **Yale Law Journal**, Cilt 73 (1964), ss. 733-787.

RUEDA, Pablo, “Legal Language and Social Change During Colombia’s Economic Crisis”, **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**, ed. Javier Couso et. al., New York, Cambridge University Press, 2010, ss. 25-50.

SABUNCU, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, No. 7-8 (1985-1986), ss. 15-21.

SAĞLAM, Fazıl, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal, 2008, ss. 753-771.

SCHEININ, Martin, “Justiciability and the Indivisibility of Human Rights”, **The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, ed. John Squires, Malcolm Langford ve Bret Thiele, Sydney, University of South Wales Press, 2005, ss. 17-26.

SCOTT, Craig ve MACKLEM, Patrick, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt 141, No. 1 (1992), ss. 1-148.

SCOTT, Craig ve ALSTON, Philip, “Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise”, **South African Journal on Human Rights**, Cilt 16, No. 2 (2000), ss. 206-268.

SEMERCİ, Pınar Uyan, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, der. Pınar Uyan Semerci, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, ss. 1-19.

SEN, Amartya, “Freedom and Needs”, **The New Republic**, Cilt 210, No. 2/3 (10-17 Ocak 1994) ss. 31-38, EBSCOhost (ET: 7 Temmuz 2015).

SEPULVEDA, Magdalena, “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Justice”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, ss. 144-162.

SEVER, Çiğdem, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, ed. Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay, Ankara, TODAİE Yayınları, 2014, ss. 469-490.

SEVİNÇ, Murat, “Bülent Tanör ve Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Sayı 3 (2013), ss. 155-163.

SHANKAR, Shylashri ve MEHTA, Pratap Bhanhu, “Courts and Socioeconomic Rights in India”, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, ed. Varun Gauri ve Daniel M. Brinks, New York, Cambridge University Press, 2008, ss. 146-182

SHANKAR, Shylashri, “The Embedded Negotiators: India’s Higher Judiciary and Socioeconomic Rights”, **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**, ed. Daniel Bonilla Maldonado, New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 95-128.

SHULZTINER, Doron ve CARMI, Guy E., “Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers”, **American Journal of Comparative Law**, Cilt 62 (2014), ss. 461-490.

SHYLASHRI Sankar, “Descriptive Overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India”, **Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex**

Courts of Brazil, India and South Africa, ed. Oscar Vilhena, Upendra Baxi ve Frans Viljoen, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013, ss. 105-134.

SIEGEL, Jonathan R., “A Theory of Justiciability”, **Texas Law Review**, Cilt 86 (2007), ss. 73-139.

SNEAD, Carter, “Human Dignity in US Law”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**, ed. Marcus Düwell et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ss. 386-393.

SOYSAL, Mümtaz, “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 24, No. 1, (1972), ss. 91-94.

SREENIVASAN, Gopal, “A Hybrid Theory of Claim-Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt 25, No. 2 (2005), ss. 257-274.

SUDARSHAN, Ramaswamy, “Courts and Social Transformation in India”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, ed. Roberto Gargarella, Pilar Domingo ve Thénus Roux, Hampshire & Burlington, Ashgate, 2006, ss. 153-168.

SUNSTEIN, Cass R., “Against Positive Rights”, **Western Rights? Post-Communist Application**, ed. Andras Sajó, Hague, Kluwer Law International, 1996, ss. 225-232.

SUNSTEIN, Cass R., “Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?”, **Syracuse Law Review**, Cilt 56, No. 1 (2005), ss. 1-25.

ŞAHLANAN, Fevzi, “Emekli İkramiyesinde 30 Yıllık Sınırı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı ile Başlayan Süreç ve Bir Danıştay Kararı Üstüne Düşünceler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 13, Sayı 49 (2016), ss. 111-124.

ŞİRİN, Tolga, “Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin? Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler”, **Eskişehir:**

VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, İstanbul, Petrol-İş Yay, 2014, ss. 341-366.

TALAS, Cahit, “Türkiye’de Ekonomik ve Sosyal Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968): Tebliğler-Tartışmalar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, ss. 217-233.

TALAS, Cahit, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı 3-4 (1982), ss. 38-75.

TEMİZ, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak EĞİTİM Hakkı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 69, No. 1 (2014), ss. 165-188.

THIRUVENGADAM, Arun ve HESSEBON, Gedion T., “Constitutionalism and Impoverishment: A Complex Dynamic”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld & András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 153-168.

TRISPIOTIS, Ilias, “Socio-Economic Rights: Legally Enforcable or Just Aspirational?”, **Opticon** 1826, No. 8 (2010), ss. 1-10 (<http://dx.doi.org/10.5334/opt.081007>) .

TUSHNET, Mark ve GONZALEZ-BERTOMEU, Juan F., “Justiciability”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, ed. Mark Tushnet et. al., New York, Routledge, 2013, ss.111-120.

VAN DUFFEL, Siegfried, “Moral Philosophy”, **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, ed. Dinah Shelton, Oxford, Oxford University Press, 2013, ss. 32-53.

VENTER, Francois, “The Republic of South Africa: Introductory Note”, **Oxford Constitutions of the World**, ed. Rüdiger Wolfrum ve Erika de Wet, New York, Oxford University Press, 2011.

WAHI, Namita, “The Tension Between Property Rights and Social and Economic Rights: A Case Study of India”, **Social and Economic Rights in Theory and Practice**:

Critical Inquiries, ed. Helena Alviar Garcia, Karl Klare ve Lucy A. Williams, New York, Routledge, 2015, ss. 138-157.

WALDRON, Jeremy, “Rights in Conflicts”, **Ethics**, Cilt 99, No. 3 (1989), ss. 503-519.

WALDRON, Jeremy, “Homelessness and the Issue of Freedom”, **UCLA Law Review**, Cilt 39 (1991), ss. 295-324.

WALDRON, Jeremy, “Rights and Needs: The Myth of Disjunction”, **Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives**, ed. Austin Sarat & Thomas R. Kearns, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1996, ss. 87-109.

WHITMAN, James Q., “Human Dignity in Europe and the United States: The Social Foundations”, **European and US Constitutionalism**, ed. Georg Nolte, New York, Cambridge University Press, 2005, ss. 108-111, <http://www.myilibrary.com?ID=41641> (ET: 21 Mayıs 2015).

WILLIAMS, Lucy A., “Role of Courts in The Quantitative-Implementation of Social and Economic Rights”, **Constitutional Court Review**, No. 3 (2010), ss. 141-199.

WILSON, Stuart ve DUGARD, Jackie, “Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves”, **Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?**, ed. Malcolm Langford et. al., New York, Cambridge University Press, 2013, ss. 35- 62.

YEPES, Rodirigo Uprimmy, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, ed. Roberto Gargarella, Pilar Domingo ve Thenus Roux, Hampshire & Burlington, Ashgate, 2006, ss. 127-151.

YILDIRIM, Engin, “Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi Mi?”, **Haşim Kılıç’a Armağan**, Cilt II, ed. Ali Rıza Çoban et. al., Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015, ss. 1131-1193.

YILMAZ, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, No. 1 (2014), s. 695-728.

YOUNG, Katherine ve LEMAITRE, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, **Harvard Human Rights Journal**, Cilt 26 (2013), ss. 179-216.

ZACKIN, Emily, “Positive Rights”, **The Oxford Handbook of the U.S. Constitution**, ed. Mark Tushnet, Mark Graber ve Sanford Levinson, New York, Oxford University Press, 2015, ss. 717-738.

III. Anayasa Metinleri

(Aksi belirtilmedikçe tüm yabancı anayasalara *Constitute* veritabanından, <https://www.constituteproject.org>, ulaşılmıştır.)

23 Aralık 1876 tarihli Kanuni Esasi

20 Nisan 1924 tarihli ve 491 Sayılı 1924 Teşkilât-ı Esâsiyye Kanunu

9 Temmuz 1961 tarih ve 334 Sayılı 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

7 Kasım 1982 tarihli ve 2709 Sayılı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Constitution of United States of America 1789

Constitution Act 1982 of Canada

Constitution of India 1950

Constitution of Japan 1946

Constitution of Ireland 1937 (HeinOnline World Constitutions Illustrated Library, 2015)

Constitution of Colombia 1991 (rev. 2013), Translated by Max Planck Institute, with updates by the Comparative Constitutions Project (Oxford University Press) https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2013?lang=en (Nisan 2016).

Constitution of the Republic of South Africa: December 16, 1996 (as Amended to March 26, 2009), Oxford Constitutions (<http://oxcon.oupplaw.com/>), Oxford University Press, 2015 (ET: 17 Kasım 2015).

Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919, http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung.pdf, (ET: 8 Temmuz 2015)

HARPER, Samuale N., “Documents on the Government of the Soviet Union”, **Source Book on European Governments: Switzerland, France, Italy, Germany, the Soviet Union**, William E. Rappard et al., New York, D. Van Nostrand Company, 1937, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/soboogo0001&id=625>.

Portuguese Constitution of 1934, HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2015) (ET: 8 Temmuz 2015).

STAINES, Adela, RUCHTI, Jefri J. ve GRESS, Maria del Carmen (Çev.), Political Constitution of Colombia of 1991, as consolidated to Legislative Act No. 1 (July 15, 2013) (HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2013) (ET: 8 Temmuz 2015).

STAINES, Adela, RUCHTI, Jefri J. ve GRESS, Maria del Carmen (Çev.), Political Constitution of the United Mexican States, 1917, as amended by decree (May 27, 2015) (HeinOnline World Constitutions Illustrated library 2015) (ET: 8 Temmuz 2015).

The Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania, as established by the general convention elected for that purpose, and held at Philadelphia, July 15th, 1776, and continued by adjournments to September 28, 1776. Philadelphia: Printed by F. Bailey, in Market-Street, M.DCC.LXXXI. [1781]. Eighteenth Century Collections, http://find.galegroup.com.proxy.bc.edu/ecco/infomark.do?&source=gale&docLevel=FASCIMILE&prodId=ECCO&userGroupName=mmln_m_bostcoll&tabID=T001&docId=CB3327070052&type=multipage&contentSet=ECCOArticles&version=1.0, (ET: 7 Temmuz 2015).

TORRAS, Anna I. Vellvo (Çev.), Constitution of the Republic of Cuba (July 5, 1940)
(HeinOnline World Constitutions Illustrated Library 2010) (ET: 8 Temmuz 2015)

IV. Mahkeme Kararları

ABD Yüksek Mahkemesi (US Supreme Court):

- Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)
- Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12, 19-20 (1956)
- Trop v. Dallas, 356 U.S. 84 (1958)
- Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963)
- Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966)
- Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969)
- Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970)
- Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)
- Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)
- Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970)
- Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56 (1972)
- San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).
- Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982)
- DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)
- Powers v. Ohio, 499 U.S. 400 (1991)
- Lawrence v. Texas, 539 U.S. 653 (2003)
- Brown v. Plata, 131 S. Ct. 1910 / 563 U. S. ____ (2011)
- Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015)

Hindistan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of India):

- Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi and Others (1981) 1 SCC 608.
- Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, (1985) 3 S.C.R. 545.
- Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain & Anr 1975 AIR 2299; 1976 (2) SCR 347.
- Additional District Magistrate Jabalpur v. Shivakant Shukla, 2 SCC 52 (1976).
- Unnikrishnan v State of AP, AIR 1991 SC 2178; 1 SCC 645/AIR SC 2178
- PUDR v. Union of India 3 S.C.C. 235 (1982)

- Board of Trustees of the Port of Bombay v D.R. Nadkarni (1983) 1 SCC 124
- Francis Coralie Mullin v. Administrator Union Territory of Delhi 1981 AIR (SC) 746
- Narmada Bachao Andolan v Union of India (10 SCC 664)
- Mohini Jain v State of Karnataka (AIR 1992 SC 18585)
- TMA Pai Foundation v Union of India (8 SCC 481)
- PUCL v Union of India (Civil) (No. 1964/2001). (Derdest)

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court of South Africa):

- S v Makwanyane and Another (CCT3/94) 1995 (3) SA 391 (CC).
- Ex parte Chairperson of the Constituent Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996) [First Certification judgment]
- Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa 1996 1997 (2) SA 97; 1997 (1) BCLR 1 (4 December 1996) [Second Certification judgment]
- Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC)
- Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC)
- Treatment Action Campaign v Minister of Health (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC)
- Khosa and Others v Minister of Social Development and Others 2004 (6) SA 505 (CC)
- Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers 2005 (1) SA 217 (CC)
- Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Scholtz 2005 (2) SA 140 (CC)
- Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v the City of Johannesburg and Others 2008 (3) SA 208 (CC)
- Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others 2010 (3) SA 454 (CC)
- Nokotyana and Others v Ekurhuleni Municipality 2010 (4) BCLR 312 (CC)
- Joseph v City of Johannesburg 2010 (4) SA 55 (CC)
- Abahlali base Mjondolo v Premier of KwaZulu Natal Province and Others 2010 (2) BCLR 99 (CC)
- Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others 2010 (4) SA 1 (CC)
- City of Johannesburg v Blue Moonlight Properties 29 [2011] SA ZACC 33

Kolombiya Anayasa Mahkemesi (Corte Constitucional de Colombia):

- Sentencia No. T-406/92 (1992).
- Sentencia No. C-1064/01 (2001).
- Sentencia No. T-002/92 (1992).
- Sentencia No. T-534/92 (1992).
- Sentencia No. SU-111 (1997).
- Sentencia No. C-1433/00 (2000).
- Sentencia No. C-1064/01 (2001).
- Sentencia No. T-25/04 (2004).
- Sentencia No. C-355/06 (2006).
- Sentencia No. T-760/08 (2008).
- Sentencia No. C-288/2012 (2012).

Türk Anayasa Mahkemesi:

- E. 1963/138, K. 1964/71, K.T. 11.12.1964.
- E. 1963/336, K.1967/29, K.T. 26-27.09.1967.
- E. 1972/2, K. 1972/28, K.T. 23.5.1972.
- E. 1972/16, K. 1972/49, K.T. 17.10.1972.
- E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.2.1985, R.G.: 26.06.1985-18793
- E. 1986/16, K.1986/25, K.T. 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358.
- E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, R.G.: 11.12.1988-20016.
- E. 1987/16, K.1988/8, K.T. 19.4.1988, R.G.: 23.08.1988-19908.
- E. 1990/7, K. 1990/11, K.T. 21.6.1990, R.G.: 4.02.1991-20776.
- E. 1990/27, K. 1991/2, K.T. 17.1.1991, R.G.: 19.08.1991-20965.
- E. 1990/4, K. 1990/6, K.T. 12.4.1990, R.G.: 18.06.1990-20551.
- E. 1995/37, K. 1995/33, K.T. 11.7.1995, R.G.: 23.03.1996-22589.
- E. 1996/17, K. 1996/38, K.T. 16.10.1996, R.G.: 09.08.1997-23075.
- E. 1998/35, K. 1998/70, K.T. 17.11.1998, R.G.: 15.01.2003-24994.
- E. 1999/43, K. 2001/46, KT. 27,02.2001, R.G.: 20.03.2002-24701.
- E. 2001/351, K. 2003/10, K.T. 11.03.2003, R.G.: 16.12.2003-25318
- E. 2003/31, K. 2003/87, K.T. 08.10.2003, R.G.: 24.02.2004-25383.
- E. 2006/111, K. 2006/112, KT. 15. 12. 2006, R.G.: 30.12.2006-26392.
- E. 2005/52, K 2007/35, KT. 03.04.2007, R.G.: 18.03.2008-26820.

- E. 2005/10, K. 2008/63, KT. 21.02.2008, R.G.: 07.11.2008-27047.
- E. 2010/29, K. 2010/90, KT. 16.7.2010, R.G.: 04.12.2010-27775.
- E. 2012/103, K. 2013/105, KT. 3.10.2013, R.G.: 17.12.2014-29208.
- E. 2013/111, K. 2014/195, KT. 25.12.2014, R.G.: 07.01.2015-29229.
- E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14.5.2015.
- E. 2015/67, K. 2016/21, KT. 16.3.2016, R.G.: 15.04.2016-29685.
- Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, İkinci Bölüm, BN: 2013/1958, KT: 7.7.2015, R.G.: 17.8.2015-29448.

Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada):

- Gosselin v. Quebec (Attorney General), 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429. (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2027/index.do>)
- Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927 (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/443/index.do>)
- Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44]

Japonya Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Japan)

Sunagawa Case (Sakata v. Japan), Judgment of the Grand Bench, Case No. 1959 (A) 710, 16.12.1959, http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13 (Temmuz 2017).

Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) (BVerfG)

Judgment of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09 - Rn. (1-220), http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html (Erişim: Ocak 2016).

Fransız Danıştay (Conseil d'Etat)

- Assemblée, 27 Ekim 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, RDCE, 1995.
- “Study of possible legal grounds for banning the full veil: Report adopted by the Plenary General Assembly of the Conseil d’Etat Thursday 25 March 2010”, http://www.conseil-etat.fr/content/download/1910/5758/version/1/file/etude_voile_integral_anglais.pdf (7 Temmuz 2015).

New York Court of Appeals

- Campaign for Fiscal Equity v. State of New York, 86 N.Y2d 307 (1995).
- Campaign for Fiscal Equity v. State of New York, 100 N.Y.2d 893 (2001).

New York State Supreme Court

Campaign for Fiscal Equity v. State of New York, 719 N.Y. S2d 475 (2001).

United States Court of Appeals Seventh Circuit

Jackson v. City of Joliet, August 23, 1983, 715 F.2d 1200.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

- Sentges v The Netherlands, Başvuru No. 35968/95, 8 Temmuz 2003
- Paçenko v. Litvanya, Başvuru No. 40772/98, 28 Ekim 1999.
- Airey v. İrlanda, Başvuru. No. 6289/73, 9 Ekim 1979.
- Stec v. Birleşik Krallık, Büyük Daire, Baş. No. 65731/01 ve 65900/01, 12 Nisan 2006.
- Damjanac v. Hırvatistan, Baş. No. 52943/10, 24 Ekim 2013.
- Marzari v. İtalya, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 36448/97, 4 Mayıs 1999.
- Klaine Staarman v. Netherlands, Başvuru No. 10503/83, 1985.

V. Diğer

ARSLAN-ÖNCÜ, Gülay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, 2009. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

AVŞAR, Hüseyin, “Siyaset Felsefesi Açısından John Rawls’ın Adalet Teorisi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi (Siyaset Bilimi) Anabilim Dalı, 2006. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

BALTA, Enver, YÜKSEL, Murat ve ACAR, Yasemin, **Geçici Köy Koruculuğu Sistemi ve “Çözüm Süreci”: Nihai Rapor** (İstanbul: SÜREÇ Araştırma Merkezi, 2015), <http://aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/cozumsureci05052015.pdf>.

BHATIA, Gautam, “Directive Principles of State Policy: An analytical approach – II: The Constituent Assembly, Article 37 and the Early Days”, 10 Mayıs 2015, <https://indconlawphil.wordpress.com/2015/05/10/directive-principles-of-state-policy-an-analytical-approach-ii-article-37-and-the-early-days/> (Eylül 2016).

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 5. Oturum (1990) / Genel Yorum No. 3: Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin İçeriği (Sözleşme'nin 2. Maddesinin 1. Paragrafı), Belge No. E/1991/23.

Danışma Meclisi (S. Sayısı: 166'ya 1. Ek), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463), https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM___/d02/c007/dm__02007120ss0166ek01.pdf (Ağustos 2016).

Dictionary.com. Collins English Dictionary - Complete & Unabridged 10th Edition. HarperCollins Publishers. <http://dictionary.reference.com/browse/peepshow> (Mayıs 2015).

EĞİLMEZ, Mahfi, “Orta Gelir Tuzağı ve Türkiye”, 16 Aralık 2012, <http://www.mahfiegilmez.com/2012/12/orta-gelir-tuzag-ve-turkiye.html> (Nisan 2015).

FINCK, Michèle, “Human Dignity in Obergefell v. Hodges”, **Int'l J. Const. L. Blog**, 04.09.2015, <http://www.icconnectblog.com/2015/09/human-dignity-in-obergefell-v-hodges> (Eylül 2015).

FINCK, Stuart, “Social Minimum”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum> (Nisan 2015).

German Ethics Council (Deutscher Ethikrat), **Medical benefits and costs in healthcare: The normative role of their evaluation (Opinion)**, Berlin, Deutscher

Ethikrat, 2011, s. 79-81, <http://www.ethikrat.org/files/der-opinion-medical-benefits.pdf> (Temmuz 2017).

GORDON, L. ve BATLAN, F., (2011), “The Legal History of The Aid to Dependent Children Program”, <http://www.socialwelfarehistory.com/programs/aid-to-dependent-children-the-legal-history/> (Ekim 2015).

MINATTUR, Joseph, “The Unenforceable Directives in the Indian Constitution”, 1 SCC (Jour) 17 (1975), <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/75v1a2.htm> (Eylül 2016).

Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Cilt 6, 82. Birleşim, 10.5.1961, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MBK_/d00/c006/mbk_00006082.pdf (Eylül 2016).

ROOSEVELT, Franklin D., “State of the Union Address”, January 11, 1944, <http://www.heritage.org/initiatives/first-principles/primary-sources/fdrs-second-bill-of-rights> (Ekim 2015).

Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7), <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf> (Ağustos 2016).

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 3, 41. Birleşim, 10 Nisan 1961, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c003/tm_00003041.pdf (Eylül 2016).

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 3, 46. Birleşim, 17.4.1961, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c003/tm_00003046.pdf (Eylül 2016).

The American Heritage Dictionary of the English Language, Fifth Edition, 2015, <https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=justiciability&submit.x=22&submit.y=19>.

The Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Global Report on Internal Displacement, Mayıs 2016, <http://www.internal-displacement.org/globalreport2016/pdf/2016-global-report-internal-displacement-IDMC.pdf> (Mayıs 2016).

World Bank (Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China), **China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society**, 2013, <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/China-2030-complete.pdf> (Nisan 2015).

World Bank Independent Evaluation Group, **Development Results in Middle-Income Countries: An Evaluation of the World Bank's Support**, Washington, D.C., World Bank, 2007, http://ieg.worldbank.org/Data/reports/mic_evaluation.pdf (Mart 2015).

YAVUZ, Mine, "Türkiye, Orta Gelir Tuzağına Düştü mü?", 4 Nisan 2014 <http://www.ankarastateji.org/haber/turkiye-orta-gelir-tuzagina-dustu-mu-1230/> (Nisan 2015).

Your Guide to the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Section 33, <http://www.pch.gc.ca/eng/1355344632007/1355344738223#a33> (Ekim 2015).

<http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/about-the-charter>

<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism>

<http://indicators.ohchr.org/> (Mayıs 2017)

<https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=dignity> (Mayıs 2015).

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

<https://data.oecd.org/social/social-spending.htm> (Kasım 2015)

<https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm> (Kasım 2015)

<http://data.worldbank.org/about/country-and-lending-groups>

<http://hdr.undp.org/en/content/table-1-human-development-index-and-its-components>

<http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/spellcheck/english/?q=justiciable> (Eylül 2015)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57ff81f396f1b3.86174754

<http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/livelihood?q=livelihood> (Temmuz 2016)

<http://www.righttofoodcampaign.in/> (Ağustos 2016)

<http://www.righttofoodcampaign.in/about>

ÖZET

Bu çalışma artık anayasal evrenin ayrılmaz bir parçası haline gelen sosyal hakların, yargısal korunması sorununu anayasa hukuku perspektifi ile incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmanın çıkış noktası şudur: Sosyal haklara yönelik teorik tartışmalar artık bir gerçeğin kabullenilmesi ile sonuçlanmıştır ki sosyal haklar anayasal bir gerçekliktir. Buna mukabil anayasal koruma altına alınan bu hakların, eninde sonunda yargısal uyumsuzlukların konusu haline gelmesi de bir o kadar doğaldır. Öyleyse sosyal haklar dava edilebilir hukuk normlarıdır ve anayasa yargısı düzeyinde sosyal haklar yargısal denetime tabi tutulmaktadır.

Türk anayasa hukuku doktrininde sosyal haklara yönelik çalışmaların niceliğinin, diğer hak kümelerine kıyasla zayıf kaldığı gözlemlenmektedir. Anayasa yargısı bakımından da durum çok farklı değildir. Bu bağlamda çalışma karşılaştırmalı anayasa yargısında gözlemlenen sosyal hak denetimini irdeleyerek, Türk anayasa yargısında sosyal hakların korunması olgusuna güncel bir bakış sunmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla önce sosyal hakların anayasa hukuku açısından niteliği ele alınarak, sosyal hakların normatif anlamı üzerinde durulmuş ve bu hakların unsurları üzerinden bir “sosyal haklar kuramı” geliştirilmeye çalışılmıştır. Ardından sosyal hakların neden dava edilebilir bir olgu olduğu izah edilerek, karşılaştırmalı hukukta sosyal hakların yargısal denetimi üç örnekle (Güney Afrika, Kolombiya ve Hindistan) açıklanmıştır. Nihayet çalışma sosyal hakların Türk anayasa hukukunda ne ölçüde ciddiye alındığını inceleyerek, karşılaştırmalı gözlem ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar içtihadını ele almıştır. Sonuçta Türk anayasa yargısının sosyal haklar bakımından karşılaştırmalı hukukun sunduğu veri karşısında kendine özgü nitelikler arzettiği ve mevcut içtihadın yakın gelecekte sosyal hakların korunması bakımından umut vadetmediği kanaatine ulaşılmıştır.

SUMMARY

This study aims to examine the question of judicial protection of social rights, which has become an integral part of the constitutional universe, with a perspective of constitutional law. The starting point of this work is that theoretical discussions on social rights have now come to the acceptance of the fact that social rights are a constitutional reality. Thus, it is equally natural that these rights, which are under constitutional protection, eventually become the subject of judicial disputes. In that case, social rights are justiciable legal norms and they are subject to judicial review at the constitutional adjudication level.

It is observed that the number of studies on social rights in the Turkish constitutional law doctrine is weak compared to other rights groups. This situation is not very different from the standpoint of constitutional adjudication. In this context, this study aims to provide a current overview of the protection of social rights in the Turkish constitutional jurisdiction by examining the social rights review observed in the comparative constitutional jurisdiction. For this purpose, firstly, the normative meaning of social rights has been explained, and a “social rights theory” has been tried to be developed through the elements of these rights. Then, by explaining why social rights are justiciable, three examples (South Africa, Colombia and India) of judicial review of social rights in comparative law have been explained. Finally, the study discussed the extent to which the social rights are taken seriously in Turkish constitutional law, by examining the social rights case law of the Turkish Constitutional Court in the light of comparative observation. As a result, it has been reached to the conclusion that the Turkish constitutional jurisdiction has attained its own characteristics vis-à-vis data from comparative law in terms of social rights, and the current case law of the Court does not give any hope in the protection of social rights in the near future.