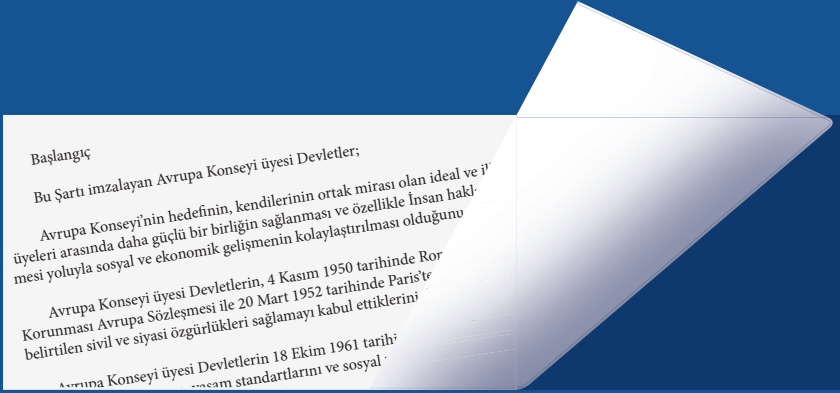


AVRUPA SOSYAL ŞARTI: AVRUPA İÇİN YENİ BİR SOSYAL ANAYASA



Koordinatör:
Olivier DE SCHUTTER

Council of Europe
Conseil de l'Europe



European Union
Union européenne

AVRUPA SOSYAL
ŞARTI:
AVRUPA İÇİN YENİ BİR
SOSYAL ANAYASA

Koord.
Olivier DE SCHUTTER

Bu kitabın orijinal baskısı Bruylant Yayınevi (Bruksel) tarafından "La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe" adıyla yapılmıştır.

© Université catholique de Louvain, 2010

Türkçe baskı © Avrupa Konseyi, 2010

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Kasım 2010, Ankara

*Basım Yeri: Şen Matbaa
Özveren Sk. No: 25/B Demirtepe -ANKARA
Tel: 0312 229 64 54 • www.senmatbaa.com*

İÇİNDEKİLER

SUNUM.....	1
------------	---

AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN YENİDEN DOĞUŞU

1 AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN İKİ YAŞAMI

I. GİRİŞ.....	7
II. AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN DENETİMİ	11
1. Devletlerin raporları.....	13
a) Kabul edilen hükümler hakkındaki raporlar	13
b) Kabul edilmeyen hükümler hakkındaki raporlar	16
2. Toplu şikayet mekanizması.....	17
III. AVRUPA SOSYAL ŞARTI KAPSAMINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLER.....	21
1. Bir insan hakları belgesi olarak Avrupa Sosyal Şartı	24
2. Sosyal ve ekonomik hakların sorgulanabilirliğine uzanan bir köprü olarak ayrımcılık yasağı hükmü	27
3. Etkin denetimin bir şartı olarak veri toplama.....	30
IV. SONUÇLAR.....	31

2 AVRUPA SOSYAL ŞARTI BAĞLAMINDA AYRIMCILIĞA KARŞI TOPLU ŞİKÂyetLER YOLUYLA MÜCADELE ETMEK

I. TOPLU ŞİKAYET PROTOKOLÜ.....	34
II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI FEDERASYONU (FIDH) - FRANSA	37
III. AVRUPA ROMAN HAKLARI MERKEZİ - YUNANİSTAN	38
IV. ÖĞRETİM GÖREVLİLERİ SENDİKASI (SAGES) FRANSA.....	40
V. TOPLU ŞİKAYETLER: GÜÇLÜ VE ZAYIF YÖNLERİ.....	41

3 AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN AVRUPA ROMANLARININ ENTEGRASYONUNA KATKISI

I. TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ HAKLAR VE PROGRAMA ALINMIŞ HAKLAR.....	48
--	----

II. AYRIMCILIK YASAĞI	56
1. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nda Ayrımcılık Yasağı	56
a) Ayrımcılığı Yasaklayan Hukuki Çerçeve	57
b) Hedef grupların meslekî entegrasyonunu iyileştirmeye yönelik politikalar	60
2. 1996 tarihli Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı	62
III. SONUÇ	69

4 AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN "RATIONE PERSONAE" (KİŞİ BAKIMINDAN) UYGULANABİLİRLİĞİ: GÖLGELER VE IŞIKLAR

I. YABANCILAR.....	75
II. ÜLKE SINIRLARINDA YASADIŞI ŞEKİLDE BULUNAN TARAF DEVLETLERİN VATANDAŞLARI	80
III. « AZINLIK İŞÇİLER »	84

5 AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ

I. İLK YILLAR (1957-1974): ORTAK PAZAR.....	89
II. İKİNCİ EVRE (1974-1985):TOPLULUK İÇİNDE SOSYAL BİR BOYUTUN ORTAYA ÇIKMASI	94
III. ÜÇÜNCÜ EVRE (1985-1997): AVRUPA TEK SENEDİNDEN AMSTERDAM ANTLAŞMASINA	100
1. Mübadelelerin önündeki engellerin kaldırılması ile “negatif” entegrasyon.....	100
2. Avrupa Tek Senedi	110
3. İşçilerin Temel Sosyal Hakları Hakkında Topluluk Şartının kabul edilmesi.....	112
4. Avrupa Birliği hakkında Maastricht Antlaşması.....	116
IV. DÖRDÜNCÜ EVRE (1997'den bugüne) : AMSTERDAM ANTLAŞMASI SONRASI.....	117
1. Açık eşgüdüm metotları	117
2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.....	122
V. BİR TEŞHİS.....	123
1. Avrupa Topluluğunda ekonomik ve sosyal öğeleri arasındaki denge	124
2. Avrupa Sosyal Şartı'nın Dikkate Alınması.....	129

- a) Sınırları olmayan bir alandan ve de ekonomik parasal birlikten doğan yapısal düzen zorlukları.....129
- b) Ekonomik Dolaşım Özgürlüklerinin ve Rekabet Özgürlüğünün Korunmasına ilişkin Anayasal Düzen Zorlukları130

6 AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ: ÖNÜMÜZDEKİ 10 YILIN PERSPEKTİFLERİ NELERDİR?

- I. ORTAK BİR TEMİNAT SORUNSALININ GELİŞTİRİLMESİ.....138
 - 1. Araç: Şart'ın yorumlanması139
 - 2. Arzu edilen gelişmeler143
- II. ŞART VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ARASINDA KURUMSAL VE USULÎ YAPILARIN OLUŞTURULMASI145
 - 1. Başvuru kayıplarını önlemek için yaratılan çözümler146
 - 2. Yorumlama Uyuşmazlıkları Risklerini Azaltmak için Mekanizmalar.....149

7 SOSYAL HAKLAR VE AVRUPA SOSYAL ŞARTI : YENİ ZORLUKLAR VE YENİ FIRSATLAR

- I. GİRİŞ.....153
- II. ŞARTIN YENİDEN CANLANDIRILMASI154
 - 1. Yenilenmiş Sosyal Şart.....154
 - 2. Toplu Şikayet Usulü156
 - 3. Yeniden Canlandırma İvmesinin Devam Ettirilmesi158
- III. ZORLUKLARLA YÜZLEŞMEK159
 - 1. Avrupa Konseyi Mekanizmaları ve Taraf Devletler Arasındaki İlişkiler161
 - 2. Avrupa Konseyi ve Şart Süreci.....163
 - 3. Şart ve AIHS Arasındaki İlişki164
 - 4. Avrupa Birliği ve Sosyal Şart İlişkisi.....165
 - 5. Sivil Toplum ve Şart Süreci İlişkisi.....166
- IV. SONUÇ 168

SUNUM

Avrupa Sosyal Şartı ile ilgili çalışmalardan oluşan bu derleme ilk kez, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın kabulünün onuncu yılı vesilesiyle 3 Mayıs 2006 tarihinde Strazburg'da gerçekleştirilen semineri takiben düşünülmüş bir çalışmadır. Bu seminere katkıda bulunmak üzere birkaç akademisyen davet edilmiştir. Söz konusu etkinliğin hemen öncesinde bir araya gelen akademisyenler, Avrupa Sosyal Şartı'nın araştırma ve öğretim yoluyla yaygınlaştırılmasına katkıda bulunmak ve ulusal yargı sistemi, ulusal insan hakları kurumları ve sivil toplum örgütleri tarafından bu belgenin daha sistematik bir şekilde kullanılmasını teşvik etmek amacıyla bir ağ oluşturmaya karar vermişlerdir..¹ Bu girişim, o dönem Avrupa Sosyal Haklar Komitesi başkanı olan Jean-Michel Belorgey ve Avrupa Sosyal Şartı Yönetici Sekreteri Régis Brilhat tarafından da desteklenmiştir. Hem Jean-Michel Belorgey hem Régis Brilhat, o dönem Avrupa Sosyal Şartı sekreterliğinde görevli Gisella Gori'nin çabasıyla seminer öncesinde tertip edilen seminere katılmışlardır.

Elinizdeki cilt aslında daha büyük bir teşebbüsün parçasıdır. Esasında Avrupa Sosyal Şartı 1990'ların ortasından itibaren, Gözden Geçirilmiş halinin 1996'da kabul edilmesi ve toplu şikayet usulünü getiren Ek Protokol'ün 1998'de yürürlüğe girmesiyle yeniden gündeme getirilmeye başladı. Yazarlar şu ortak görüşü paylaşmaktadır: şayet Şart'ın potansiyeli tam olarak fark edilirse ve özellikle de belgenin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi yorumunun daha iyi anlaşılması ve özümsemesi ve dolayısıyla daha sosyal ve kucaklayıcı bir Avrupa'nın inşasına katkıda bulunmasına olanak sağlanırsa Avrupa Sosyal Şartı'nın önünde bekleyen önemli bir gelecektir.

Bu ciltte söz konusu gelişmelerden ve paylaşılan bu ortak görüşten bahsedilmektedir. «Avrupa Sosyal Şartı'nın Yeniden Doğuşu» başlığı altında sunulan katkılar özellikle bir durum değerlendirmesi şeklinde

¹ Colm O'Cinneide ve Luis Jimena bu ağın iki üyesidir ve o tarihten beri Avrupa Sosyal Hakları Komitesi'nin de üyesi olarak görev yapmaktadırlar. Bu Komite, taraf Devletlere Avrupa Sosyal Şartı'nın uygulanması konusunda rehberlik edecek bağımsız uzmanlardan meydana gelmiş bir komitedir.

düşünülebilir. Olivier De Schutter'ın kaleme aldığı 1. Bölüm'de, 1990 yılında başlayan «yeniden canlanma» sürecinin sonuçları değerlendirilerek Avrupa Sosyal Şartı'nın kurumsal gelişimi tarif edilmeye çalışılmıştır. 2. ve 3. Bölümlerde ise eşitlik alanındaki Avrupa Sosyal Haklar Komitesi içtihadı önce genel olarak (Mark Bell) ve daha sonra Roma entegrasyonu bağlamında daha somut olarak (Olivier De Schutter) incelenmiştir. Son olarak 4. Bölüm'de Jean-François Akandji-Kombé Şart'ın kişi yönünden (*ratione personae*) uygulanmasının kapsamı meselesini incelemiştir. Güç bela teknik bir mesele olmak şöyle dursun uygulama kapsamı meselesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın bir insan hakları belgesi olarak tanınması ile ilgili tartışmayı kısmen de olsa yansıtmaya ve dolayısıyla normalde uluslararası antlaşmaları karakterize eden mütakabiliyet mantığını atlaması bakımından son derece sembolik ve tartışmalıdır – ki bu durum, diğerlerinin yanı sıra korunan kişiler tanımını etkileyebilecek bir gelişmedir.

İlk dört bölüm mevcut müktesebata dairdir ve gerek Avrupa Sosyal Şartı'nın 1961'den beri geçirmiş olduğu büyük değişimi gerekse Avrupa Sosyal Haklar Komitesi yorumunun dinamizmini açıklamaktadır. Kitabın ikinci kısmı ise birinci kısmın aksine ileriye dönük bir bakış sunmaktadır. Yani gelecekte karşılaşılabilecek zorluklar irdelenmiş ve Şart'ın tam kapsamıyla uygulanmasının önünde duran mevcut engelleri aşmak için izlenebilecek yollara değinilmiştir.

Yine Olivier De Schutter'ın kaleme aldığı 5. Bölümde Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Birliği hukukunun gelişimine sağladığı katkı incelenmiştir. Beklenenin ötesinde AB, körü körüne Avrupa Sosyal Şartı'na bel bağlamadan veya yalnızca en dolaylı ve ihtiyatlı şekilde Şart'a başvurmak suretiyle sosyal hakların tanınması konusunda ilerleme kaydetme arayışında olmuştur. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin AB'nin hukuk düzeni içindeki yeri/statüsü (AIHS, açıkça AB hukukunun bir parçası olarak akdedildiğinden dolayı) ile Şart'ın yeri/statüsü arasındaki tezat oldukça göze çarpmaktadır. AB'nin durumu bu bağlamda temel olarak Şart'a taraf olan Devletlerin bir çoğunun milli hukuk düzenlerinin durumundan farklı değildir: bu belge yalnızca belirli bazı insan haklarının tam anlamıyla mahkeme edilebilir olduğu gibi modası geçmiş bir varsayımdan ötürü uygulamada zayıf kalmaktadır ve bu, mahkeme edilebilir ve edilemez haklar arasındaki çizgiyi bir taraftan medeni ve siyasi haklar arasındaki çizgi diğer taraftan ise ekonomik ve sosyal haklar arasındaki çizgi ile özdeş kılmaktadır. Avrupa Sosyal

Şartı'nın AB hukukunda göz ardı edilmiş olmasına yanıt aranırken 5. Bölümde, insan haklarının korunmasına yönelik bir Avrupa sistemi oluşturulmasında daha büyük bir uyum yakalayabilmek amacıyla Avrupa Sosyal Şartı ve AB hukuku arasındaki bağların nasıl sağlamlaştırılabileceği üzerinde durulmaktadı. ² 6. Bölümde (Jean-François Akandji-Kombé) Avrupa Konseyinin iki önemli belgesi - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı - arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu bölüm gelecekte daha sistematik ve bilinçli olacak şekilde her iki belgenin de birbiriyle çelişmeden yorumlanmasındaki faydayı ortaya koymaktadır.

Hali hazırda Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Başkan Yardımcısı görevini yürüten Colm O'Cinneide, bu makale derlemesinin sonsözünde Şart'ın gelecekte yüzleşmesi gereken beş zorluğu belirlemiştir. Colm O'Cinneide, aşağıdaki amaçlara ulaşabilmek için taraf Devletlerin Şart'ın uygulanması sürecine daha çok katkıda bulunmaları gerektiğinin altını çizmiştir: Parlamenterler Meclisi veya İnsan Hakları Komiserinin çalışmaları da dahil olmak üzere Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Konseyi içindeki rolünün güçlenmesi; Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki koordinasyonun geliştirilmesi; Şart'ın AB hukukunun geliştirilmesinde daha sistematik olarak kullanılması; ve sivil toplum örgütleri ile daha geniş çaplı bir iletişim kurulması. Bu ciltte bu zorluklara yer verilmektedir.

Olivier De Schutter

NOT: Bu ciltte yer alan birkaç çalışma zaman zaman formatında küçük değişiklikler yapılmak suretiyle başka yerlerde de yayımlanmıştır. 1. Bölüm, Catarina Krause ve Martin Scheinin'in kaleme aldığı *Uluslararası İnsan Hakları Koruması: Bir Çalışma Kitabı* eserinin (Turku: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2009) 19. Bölümünün genişletilmiş halidir. 3. ve 4. Bölümler ilk olarak Avrupa Sosyal Şartı'na ithafen *L'Europe des libertés*'in bir sayısında (n°23, 2007) yayımlanan çalışmaların güncellenmiş halidir. 5. Bölümdeki makale, biraz farklı biçimde *Mélanges offerts à Jean-Paul Jacques*'de yayımlanmıştır.

² Bkz. Olivier De Schutter'in yazısı: 'İki İnsan Hakları Avrupası. Avrupa'da İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi Konusuna Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Arasındaki Görev Dağılımı', *Kolombiya Avrupa Hukuku Dergisi*, sayı. 14, No. 3, Yaz 2008, sayfa 509-561.

Avrupa Sosyal Şartı'nın Yeniden Doğuşu

1

Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı**Olivier De Schutter*****I. Giriş**

Avrupa Sosyal Şartı, uluslararası insan hakları hukukunda sıra dışı bir yer tutmaktadır. 1961¹ yılında kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı'nın o yıllarda Avrupa Konseyi'nin insan hakları alanındaki en önemli başarısı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ekonomik ve sosyal haklar alanında muadili olması amaçlanmıştı. Ancak Avrupa Sosyal Şartı 1990'ların ortasına kadar büyük oranda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gölgesinde kalmış ve ihtisas çevrelerinde dahi itibar görmemişti. Bunda birkaç faktör etkili olmuştu. İçerik olarak zengin olmasına rağmen Şart ile uygunluğu gözetmekle görevli Bağımsız Uzmanlar Komitesi tarafından kabul edilen Sonuç bölümü nispeten daha muğlak ve yayımlanmamıştı. Bağımsız Uzmanlar Komitesi büyük ölçüde Hükümet Komitesi'ne ve en üstte Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne bağlı kalmıştır. Bu durum ne tam yargısal ne de tam siyasi olan belirsiz bir kontrol mekanizması doğurmuştur. Sistem ne münferit ne de toplu şikayetleri dikkate almış; bunun yerine yalnızca taraf Devletlerin Şart'ın uygulanması ile ilgili olarak hazırlamaları ve sunmaları gereken

* Louvain Katolik Üniversitesi (UCL) ve Avrupa Koleji (Natolin) Profesörü; Avrupa Sosyal Şartı Ekonomik Ağı Koordinatörü, Beslenme hakkı konusunda BM Özel Raportörü

¹ Avrupa Sosyal Şartı 18 Ekim 1961'de Turin'de Avrupa Konseyi'ne üye on üç devlet tarafından imzalanmıştır (CETS n° 35; 529 UNTS 89). Şart, 26 Şubat 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Şart yürürlüğe girmeden önce yapılmış olan yorumlar için bkz. David Harris, 'The European Social Charter', 13 *International and Comparative Law Quarterly* 1076 (1964); Nicolas Valticos, 'La Charte sociale européenne: sa structure, son contenu, le contrôle de son application', *Droit social*, n° 26 (1963), syf. 466-482; H. Wiebringhaus, 'La Charte sociale européenne', *Annuaire français de droit international*, cilt. 9 (1963), syf. 709-721.

raporlara dayanmıştır. Görünüşe göre Avrupa Sosyal Şartı'nın başta adli makamlar olmak üzere ulusal kurumlar nezninde uygulanabilecek bir belge olduğu öngörülmemiş ve bu durum, potansiyel davacıların bu belgeye olan ilgisini ciddi şekilde sınırlandırmıştı. Son olarak Avrupa Sosyal Şartı'nı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini hayata geçiren diğer insan hakları belgelerinden kesin çizgilerle ayıran belirli özellikler vardı. Örneğin, uygulama kapsamına giren kişiler (*ratione personae*) sadece taraf Devletlerin vatandaşları ile sınırlıydı. Şart'ın kabul edilmesi üzerine, her bir Devlete belirli sınırlar dahilinde olmak kaydıyla, Şart'ın hangi hükümleri ile bağitlanmak istediklerine dair seçme imkanı tanıyan *à la carte* bir yaklaşım benimsenmişti. Ayrıca sunduğu garantilerden bazıları tamamı olmasa bile faydalanıcıların çoğunu koruyorsa tatmin edici olarak düşünülmüştü. Bunların çoğu 1990'larda değişti. Şart'ın 'yeniden canlandırılması' 1990 yılının Kasım ayında Roma'da düzenlenen İnsan Hakları Bakanlar Konferansı'nda başlatıldı.² Hem Avrupa Sosyal Şartı'na yeni bir soluk kazandırmak hem de Avrupa Topluluğu'nun (o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun) iç pazarın oluşturulmasına ek bir önlem olarak İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı'nı kabul ettiği bir ortamda Avrupa Konseyi'nin Avrupa kıtası için insan hakları standartları oluşturmadaki üstünlüğünü yeniden inşa etmekte.³ Buna ek olarak, Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin liberal pazar ekonomilerine geçiş sürecinin başlaması ile Avrupa kıtasında ekonomik ve sosyal hakların korunmasına yönelik iyileştirme çabalarının aciliyeti ön plana çıkmış oldu. 'Yenilenme' süreci, geçici bir komitenin (CHARTRE-REL) kurulmasını da beraberinde getirdi ve bu komite ilk kez Avrupa Sosyal Şartı'na değişiklik getiren bir Protokol hazırladı. Bu Protokol, Şart'ın on üçüncü yıldönümü vesilesiyle 21-22 Ekim 1991'de Torino şehrinde imzaya açıldı.⁴ Torino Protokolü (gerekli onayların hepsinin alınamaması

² Özellikle bkz. David Harris, 'A Fresh Impetus for the European Social Charter', 41 *International and Comparative Law Quarterly* 659 (1992); and David Harris & John Darcy, *The European Social Charter* (2. baskı, Transnational Publ., New York, 2001), syf. 12-14.

³ Bu Şart 11-12 Aralık 1989 tarihinde Strazburg Avrupa Konseyi'nde o dönem Avrupa Topluluğu'na üye olan 12 Devletin 11'i tarafından siyasi ve yasal bağlayıcılığı olmayan bir belge olarak ilan edilmiştir. Bkz. Bob Hepple, 'The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights' [1990] *Modern Law Review* 643; ve Avrupa Sosyal Şartı ile ilişkisi hakkında bkz. Jeff Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond* (Oxford, Hart Publ., 2003), syf. 110-115.

⁴ Avrupa Sosyal Şartı'na değişiklik getiren Protokol (CETS, n° 142, 21 Ekim 1991 tarihinde Torino kentinde imzaya açılmıştır). Bkz. Manfred Mohr, 'The Turin Protocol of 22

sebebiyle) hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olsa da Bağımsız Uzmanlar Komitesi ve Hükümet Komitesi arasındaki yetki karmaşasına getirdiği çözüm uygulamaya geçirilebilmiştir. Söz konusu çözüm Şart'ın değiştirilmesini gerektirmeyecek ölçüde ama her iki kurumun da Şart'ın denetiminde paylarına düşen rolleri anlamasını sağlayacak şekilde hayata geçirilmiştir: buna göre, Şart'ı yorumlama ve uygulama yetkisi gerçekte yalnızca Bağımsız Uzmanlar Komitesi'ne verilmiştir.⁵ Torino Protokolü'nün denetim sistemi ile ilgili olarak öngördüğü diğer değişiklikler de uygulamada hayata geçirilebilmiştir. Örneğin, Bağımsız Uzmanlar Komitesi üye sayısı artırılmış, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Şart'ın denetim ile ilgili yetkisi iptal edilmiş, Bakanlar Komitesi'nin akit Devletlere yönelik tavsiye kararlarına ilişkin oylama kuralları değiştirilmiş ve sosyal ortakların ve sivil toplum örgütlerinin denetim sistemindeki görevleri artırılmıştır..

Yenilenme sürecinin beraberinde getirdiği diğer sonuçlar çok daha etkileyici olmuştur. 1995 yılında Avrupa Sosyal Şartı'na Toplu Şikayet Sistemi getiren Ek Protokol kabul edilmiştir.⁶ Bu Ek Protokol sivil toplum örgütlerine ve işveren-işçi örgütlerine, mağdur taraf için mevcut olan yerel çözüm yollarının tükenmesini beklemeden, akit Devletlerde geçerli olan bazı kanun ve politikalar ile bu Devletlerin Şart'tan doğan taahhütlerinin birbiriyle ille aykırı düştüğüne karar verilmesini talep etme imkanı vermektedir. Çoğu yenilikçi özelliklerine rağmen Protokol, ilk aşamada 5 Devlet'in onayı ile 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe girmiştir.⁷ Son olarak 1996'da Avrupa Sosyal Şartı'nın yenilenmiş hali karara

October 1991: A Major Contribution to Revitalizing the European Social Charter', *European Journal of International Law*, cilt. 3 (1992), syf. 362-370.

⁵ Torino Bakanlar Konferansı'nın sonuç bildirgesi ve 11 Aralık 1991'de Bakanlar Komitesi'nin aldığı karar doğrultusunda, Torino Protokolü hükümlerinin 'Protokol daha yürürlüğe girmeden önce ve Şart'ın hükümlerine aykırı olmayacak şekilde' uygulanmaya başlanması öngörülmüştür.

⁶ CETS n° 158, 9 Kasım 1995 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmıştır. Erken yorumlar için, bkz. Régis Brilhat, 'A New Protocol to the European Social Charter Providing for the Collective Complaints', 1 *E.H.R.L.R.* 52 (1996); Markus Jaeger, 'The Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints', 10 *Leiden J. of International Law* 69 (1997). İşleyişinin ilk yıllarına ilişkin bir değerlendirme için, bkz. Robin Churchill ve Urfan Khaliq, 'The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?', *European Journal of International Law*, sayı 15 (2004), sayfa 417-456.

⁷ 1 Mart 2008'de Protokol, eski veya Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'na taraf olan ve Avrupa Konseyi'ne üye 12 Devlet tarafından onaylanmıştır. Protokol, 6 Devlet tarafından daha imzalanmış ancak henüz onaylanmamıştır.

bağlanmıştır.⁸ Yenilenmiş Şart'ta kontrol mekanizmasına herhangi bir değişiklik getirilmemiştir. Ancak, teminat altına alınan hakların listesi genişletilmiştir: 1961 tarihli belgede yer alan 19 hak zaman zaman yeniden formüle edilmek suretiyle Yenilenmiş Şartta da aynen korunmuştur (Yenilenmiş Şart / Kısım II / Madde 1-19). Bunların yanı sıra Avrupa Sosyal Şartı kapsamındaki hakların ilk ve küçük bir güncellemesi olan 1998 tarihli Ek Protokol'de yer alan dört hak da bu listeye dahil edilmiştir⁹ (madde 20-23). Yedi hakkın daha eklenmesiyle (madde 24-31) liste tamamlanmıştır: yoksulluk ve toplumsal dışlanmaya karşı korunma hakkı (madde 30), barınma hakkı (madde 31) gibi. Bu sayede Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı, uluslararası hukuk kapsamında ekonomik ve sosyal hakları koruyan diğer belgelerin açıkça önüne geçmiştir.¹⁰ Günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye 24 Devlet, Yenilenmiş Şartı onaylamıştır (diğer 19 Devlet sadece imzalamıştır). Bunlardan 16 tanesinin 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartına taraf olan ülkeler olduğu düşünülürse toplamda 27 Devlet onaylamıştır. Böylece 35 Devlet'in bir kısmı (11 tanesi) 1961 tarihli Şart'ın diğer bir kısmı da (24 tanesi) 1996 tarihli Yenilenmiş Şart'ın bağlayıcılığını kabul etmiştir. Her iki belgeyi de akdeden Devletler için, 1996 tarihli Yenilenmiş belgeden doğan yükümlülükler 1961 tarihli belge kapsamındaki yükümlülüklerin yerini alır. Ancak eğer 1996 tarihli Yenilenmiş Şart bazı hükümler hariç tutularak kabul edildiyse ve hariç tutulan bu hükümler daha önce 1961 tarihli Şart kapsamında kabul edilmiş bir hükme karşılık geliyorsa, o zaman bağlayıcı olan 1961 tarihli belge olacaktır.¹¹

Bu bölümde, günümüzde gerek Devlet raporlamasında ve gerekse 1995 tarihli Ek Protokolü onaylamış olan Devletler için toplu şikayet mekanizmasında mevcut olan Avrupa Sosyal Şartı'nın izlenmesinden bahsedilmektedir (bölüm 1). İlerleyen kısımlarda ise Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (Bağımsız Uzmanlar Komitesi yarı yargısal bir kuruma dönüştüğünü açıkça gösterebilmek için 1998'de adını bu şekilde değiştirmeye karar vermiştir) içtihatlarının belirli yönleri hakkında

⁸ CETS n° 163, 3 Mayıs 1996'da Stazburg'da imzaya açılmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ilk aşamada 3 Devlet'in onayı ile 1 Temmuz 1999'da yürürlüğe girmiştir.

⁹ Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol (CETS n° 128, 5 Mayıs 1998'de Strazburg'da imzaya açılmış ve 4 Eylül 1992'de yürürlüğe girmiştir).

¹⁰ Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan hakların tam listesi için 2. Bölüm'e bakınız.

¹¹ Bkz. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı / III. Kısım / Madde B. Bu madde ile gözden geçirilmiş belgeyi kabul eden bir devletin 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'ndan doğan yükümlülüklerinden kaçmaması sağlanmaktadır.

yorum yapılmaktadır. Yorumlarda Avrupa Sosyal Şartı'nın kendine uluslararası insan hakları antlaşmaların arasında yer edinmeye çalışarak ilk baştaki ayrışılıktan uzaklaşmanın yanı sıra bazı yönleriyle gelecekte diğer kurumların takip etmesi gereken yöne ışık tuttuğu ortaya konmaktadır. (II Bölüm).

II. Avrupa Sosyal Şartı'nın denetimi

Gerek 1961 tarihli Şart gerekse 1996 tarihli Yenilenmiş Şart her iki belgenin I. Bölümünde verilen ilkeler listesi ile II. Bölümde verilen ve bu ilkeleri somuta döken özel haklar (garantiler) arasında bir ayırım yapar.¹² Şarta taraf olan Devlet, I. Bölümdeki listeyi 'gereken bütün yolları denemek suretiyle takip edilecek hedeflerin bir beyanı' olarak kabul eder¹³: bundan dolayı da I. Bölümde verilen hakların ve ilkelerin 'gereken bütün ulusal ve uluslararası imkan ve yolları kullanmak suretiyle' etkili bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için sorumluluk üstlenir.¹⁴ Ancak bu sorumluluk ilk başta yasal bir yükümlülük olarak düşünülmemiştir ve gerçekte herhangi bir yolla denetime tabi değildir. Ancak yine de I. Bölümde verilen hedefler II. Bölümde verilen hakların yorumlanmasında yol göstericidir.¹⁵ Gerçekte yalnızca II. Bölüm Devletler

¹² Anlaşılması için, özellikle 1961 tarihli Şart'a atıfta bulunulduğu belirtilmediği sürece bu bölümün geri kalan kısmında adı geçen Şart 1996 tarihli Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'dır.

¹³ Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı Madde A. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı 1'den IV'e kadar altı bölümden ve bir Ekten oluşur. I. Bölüm maddeler halinde oluşturulmamıştır. II. Bölüm esas maddelerden oluşan bir liste içerir. Bu bölümde 1'den 31'e kadar numaralandırılmış toplam 31 madde bulunur. III, IV, V ve VI. Bölümlerde akit Devletlerin yükümlülükleri ve 1961 tarihli Şart'ta öngörülen denetim mekanizması da dahil olmak üzere Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın diğer belgelerle olan ilişkisi anlatılır. V. Bölüm, II. Bölümde verilen bütün esas hükümlere ilişkin bazı 'yatay' hükümleri içerir. III, IV, V ve VI. Bölümlerde A'dan O'ya kadar alfabetik olarak sıralanmış maddeler listelenmiştir. Sonuç olarak, örneğin E Maddesi (eşitlik) Yenilenmiş Şart'ın 31. Maddesi ile (barınma hakkı) birleştirilebilir.

¹⁴ I. Bölümün giriş paragrafı.

¹⁵ Bkz, David Harris'in 1961 tarihli Şart'a ilişkin hazırlık çalışmalarını okuyarak hazırladığı çalışma: *The European Social Charter* (Virginia Press Üniversitesi, Charlottesville, 1984), syf. 16-17 (yazar kendine has bir dürüstlikle eskiden yasal bir yükümlülük bulunduğu görüşünü benimsediğini ekliyor (D. Harris'in yukarıda adı geçen 'The European Social Charter' adlı çalışmasına atıfta bulunarak n. 1, syf. 1080) – ancak bunun 'hazırlık çalışmalarını okumadan önce olduğunu' söylüyor (syf. 17, n. 10)). Bu durum kitabın 2001 yılında John Darcy ile yayınlanan 2. baskısında yinelenmiştir (bkz. yukarıda, n. 2; syf. 36, n. 10). Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na ilişkin Açıklama Raporuna göre, I. Bölümde verilen hedeflerin bağlayıcı olduğu unutulmamalıdır: madde A, para. 1, a, 'Devletleri, I. Bölümde sunulan amaçların bağlayıcılığı konusunda yükümlü kılar' (para. 120).

üzerinde bağlayıcıdır. Ancak gerek 1961 tarihli Şart'ta gerekse 1996 tarihli Yenilenmiş Şart'ta, Devlet belirli sınırlar dahilinde belgenin II. Bölümünde verilen maddelerden sadece bazılarını kabul etmeyi seçebilir. Bu, Şart'ın itibarına oldukça zarar veren *à la carte* sistemini teşkil eder. Bu nedenle Yenilenmiş Şart kapsamında Devlet, Şart'ın II. Bölümündeki dokuz maddeden en az altı tanesinin – bunlar Şart'ın 'çekirdeği' olarak kabul edilir – bağlayıcılığını kabul etmek zorundadır.¹⁶ Bunun yanı sıra Devlet, Şart'ın II. Bölümündeki maddelerden veya numaralı paragraflardan istediğini ek olarak seçerek bunların da bağlayıcılığını kabul etmek zorundadır. Devletin bağlayıcılığını kabul ettiği maddelerin sayısı [toplam 31 madde üzerinden] en az on altı veya numaralı paragrafların sayısı [toplam 98 numaralı paragraf üzerinden] en az altmış üç olmalıdır. Dolayısıyla Şart'a taraf olmak için hükümlerden herhangi birinin bağlayıcılığını kabul etmek yetmez.¹⁷ Yalnızca sayıları çok olmayan birkaç Devletin – 24 Devlet – Yenilenmiş Şart'ın bütün hükümlerini kabul etmiş olması¹⁸ şu önermenin doğruluğunu ispatlar niteliktedir: *à la carte* sistemi olmasa çoğu Devlet Şart'ı onaylamak konusunda isteksiz olurdu veya böyle bir sistemin varlığı Devletler için taahhütlerinin kapsamını sınırlamak anlamında açık bir davetiye sunmaktadır ve bu da ilgili belgenin bütünlüğünü tehlikeye atmaktadır. Aslında *à la carte* yaklaşımın sistemin gereği gibi işlemesine bir engel teşkil edip etmediği kesin değildir. Toplu şikayet mekanizması kapsamında kabul edilen ve edilmeyen hükümler arasındaki fark önemli olmasına rağmen Şart'ın 22. Maddesinin (bkz. bu metinde madde 1.2., b – yani, Devletlerin kabul etmedikleri hükümler hakkında rapor hazırlayıp sunmasını öngören madde – daha sistematik bir şekilde uygulanması halinde kabul edilen ve edilmeyen hükümler arasındaki fark küçüle-

¹⁶ Bu haklar şöyledir: 1 (çalışma hakkı), 5 (örgütlenme hakkı), 6 (toplu pazarlık), 7 (çocukların ve gençlerin korunması hakkı), 12 (sosyal güvenlik hakkı), 13 (sosyal ve tıbbi yardım hakkı), 16 (ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı), 19 (çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı) ve 20 (istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı).

¹⁷ Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı taslağı üzerinde çalışırken Charte-Rel Komitesi'ne 5. ve 6. Maddeleri zorunlu kılması önerilmiştir. Bu, işveren ve işçi temsilcilerinin ortak önerisiydi. Ancak Komite, 'tamamen *à la carte* sistemine dayalı olan bu yasal dokümanın mevcut esnek yapısının dışına çıkmamak [ve] Yenilenmiş Şart'ın onaylanması sürecini yavaşlatmamak için' bu önerinin aksine bir karar almıştır (Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı Açıklama Raporu, para. 124).

¹⁸ Bu Devletler, Danimarka, Fransa, Hollanda ve Portekiz'dir. Bununla birlikte yalnızca Fransa hariç olmak üzere burada adı geçen diğer Devletler kabul ettikleri hükümlere dair bazı çekincelerini ortaya koymuşlardır.

bilir ve Devlet'lerin Şart'ın tamamını veya listedeki bazı hakları kabul etmeme tercihlerini yeniden gözden geçirmelerini sağlayabilir.

1. *Devletlerin raporları*

Avrupa Sosyal Şartı kapsamında yapılan raporlama sistemi, temelde Şart'ta *Bağımsız Uzmanlar Komitesi* olarak geçen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne (ECSR) dayanır. Komite'nin hali hazırdaki üye sayısı 15'tir.¹⁹ Bu üyeler 'ulusal ve uluslararası sosyal meseleler konusunda son derece güvenilir ve yetkinlikleri kanıtlanmış kişiler' olup²⁰ Avrupa Konseyi'ne üye farklı Devletlerin geniş bir coğrafyada temsil edilmesi sağlamak amacıyla Bakanlar Komitesi²¹ üyeleri tarafından seçilirler. ECSR tarafından kabul edilen kararların arz edildiği *Hükümet Komitesi*, tüm akit Devletlerin temsilcilerinden oluşur. Uluslararası işveren ve işçi teşkilatlarının (hali hazırda Avrupa Sendikalar Konfederasyonu - ETUC, Uluslararası İşverenler Teşkilatı - IOE ve Avrupa Sanayi ve İşverenler Konfederasyonu Birliği - UNICE) temsilcileri ise toplantılara istişari bir rol ile katılır ve tartışmalarda aktif rol oynarlar. Ne ECSR ne de Hükümet Komitesi tam zamanlı kurum olarak faaliyet göstermektedir: ECSR yılda 8-10 kez birer haftalık oturumlar halinde toplanır; Hükümet Komitesi ise daha seyrek olarak bir araya gelir. Son olarak Hükümet Komitesi'nin Üye Devletlere yönelik münferit tavsiye kararları veya resmi kararlarına ilişkin raporu Avrupa Konseyi *Bakanlar Komitesi*'ne gönderilir.

a) Kabul edilen hükümler hakkında raporlar

İlk başlarda Devletler kabul ettikleri bütün hükümlerle ilgili iki yıllık raporlarını sunarlardı (1965-1989). Sonradan denetim organının iş yükünü hafifletmek amacıyla sistemin yapısı değiştirildi. Buna göre, Şart'ın kabul edilen 'çekirdek' hükümleri ve Şart'ın II. Bölümünde kabul edilen hükümlerin yarısı için – iki ayrı aşama şeklinde – her iki

¹⁹ 1991 Torino Protokolünde Komite'nin 'en az dokuz' üyeden meydana gelmesine karar verilmiştir. Bu 1994 yılında uygulanmıştır. 2002'den bu yana uzmanların sayısı dokuzdan on beşe çıkmıştır: bkz. Bakanlar Komitesi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi aza sayısında artış (GR-H(2002)19), GR-H(2002)CB16), Bakanlar Komitesi 816. toplantısı, 13 Kasım 2002.

²⁰ Torino Protokolü ile değişik 1961 Şartı Madde. 25(2).

²¹ Torino Protokolü'ne göre, Komite azaları Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlarının seçimine benzer bir usulü takiben seçilmesine rağmen bu, Torino Protokolü kapsamında uygulanamamaktadır.

yılda bir rapor sunulur. Böylece Şart'ın 'çekirdek hükümleri dışında kalan hükümlerine' ilişkin uygulamalar ESCR tarafından dört yılda bir incelenir.

Sistem özellikle de Devletlerin raporlama yükümlülüklerini yerine getirmeye özen göstermeleri bakımından çok daha iyi işlemesine rağmen²² raporlamanın 'aşamalı' olarak yapılması ve 'çekirdek' ve 'çekirdek olmayan' hükümlerin farklı dönemlerde rapor edilmesi sistemin dış gözlemciler tarafından takip edilmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle Bakanlar Komitesi 2006 yılında raporlama sistemine bir açıklık getirmeye ve tek aşama altında toplamaya karar vermiştir.²³ 2007 yılında uygulanmaya başlanan yeni sisteme göre, Devletler yıllık raporlarını her yıl 31 Ekim'de sırayla istihdam, eğitim ve eşit fırsat (Şart'ın 1. Grup hükümleri: madde 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 ve 25); sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma (2. Grup hükümler: madde 3, 11, 12, 13, 14, 23 ve 30); işçi hakları (3. Grup hükümler: madde 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 ve 29) ve çocuklar, aileler ve göçmeler (4. Grup hükümler: madde 7, 8, 16, 17, 19, 27 ve 31) konularını ele alacak şekilde sunmakla yükümlüdürler. Şart'ta adı geçen esas hakların bu şekilde dört tema altında toplanması ile sistem daha anlaşılır hale gelmiş ve Devletlere her yıl rapor sunma imkanı verilmiş ve Şart'taki her bir hüküm hakkında dört yılda bir rapor hazırlanması sağlanmıştır. Yeni uygulamanın getirdiği bir diğer avantaj da şudur: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi her yıl aynı hükümler hakkında hazırlanan 35 raporu birbiriyle karşılaştırarak ortaya çıkan sorunlar ve eğilimler hakkında fikir sahibi olacak ve Devlet'lerin bu sorunlara yönelik yaklaşımlarını daha sistematik bir şekilde kıyaslayabilecektir. Böyle bir karşılaştırma ile Devletlerin Şartta öngörülen standart ölçüye göre değil; sergiledikleri performansa göre derecelendirilmesi sağlanarak ileride aralarında olumlu bir rekabet ortamı oluşturulabilir.²⁴

²² Bununla birlikte ECSR, Devlet raporunda yeterli bilgi sunulmamasından ötürü, bazı hükümlere ilişkin sonuç kararlarını sık sık ötelemek zorunda kalmıştır.

²³ Hükümet Komitesi'nin Avrupa Sosyal Şart'ının uygulanması hakkındaki raporların sunumu ile ilgili yeni sistem önerisi (CM(2006)53), Bakan Yardımcılarının 963. Toplantısında kabul edilmiştir, 3 Mayıs 2006.

²⁴ Komite'nin faaliyetlerinin yürütülmesini kolaylaştıracağını ve sonrasında Komite'yi daha görünür ve ulusal seviyede daha etkili kılacağını söylediği yeni sistemi desteklediğini açıklarken Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, aynı zamanda 'önerilen sistemin Şart'ın metninden ayrı olduğu ve böylece Komite'nin ülkelerin Şart'a (1961 veya 1996 versiyonları) uyumlu olup olmadığına karar verme sorumluluğunu yerine getirmeye ilişkin kapsamını küçülttüğünü çünkü Komite'nin mevcut sistemden daha az sıklıkta rapor alacağını belirt-

1994 sonrasında Komite'nin üye sayısının artması neticesinde çoğunlukla çalışma gruplarına ayrılarak çalışan ESCR, Şarta taraf olan Devletlerin kabul ettikleri hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak sundukları raporlar hakkında sonuç bildirir. Bu sonuçlar bildirilmeden önce, Komite ve ilgili Devletin bir araya gelerek bazı hususları netleştirmesi gerekebilir. Bu aynı zamanda sosyal ortaklarla karşılıklı görüşme yapılması imkanı sağlayabilir. Ancak bu BM'nin insan hakları sözleşmesinin kurumları önünde olduğu gibi rutin bir hale dönüşmemiştir. ESCR sonuç kararları alırken, sık sık Devletlerin sunduğu raporların dışında başka kaynaklardan ve başta Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) olmak üzere işveren ve işçi teşkilatları tarafından hazırlanan raporlardan faydalanır.²⁵ ESCR'nin alacağı kararlar, 'ulusal kanun ve uygulamaların Şart'a Taraf olan Devletlerin Şart'tan doğan yükümlülükleri ile uygunluğunu yasal bir perspektiften' değerlendirecektir.²⁶ Bu kararlar sırayla Hükümet Komitesi'ne sunulmaktadır. Hükümet Komitesi'nin görevi bu değerlendirmeyi hükümsüz kılmak değil; 'gerekçe sunmak suretiyle sosyal, ekonomik ve diğer siyasi hususlar çerçevesinde her bir Akit Devlet'e yönelik Bakanlar Kurulu tavsiye kararlarının konusunu seçmektir'.²⁷ Hükümet Komitesi, oylama yoluyla böyle bir tavsiye kararı sunup sunulmayacağına karar verir. Oylamada Şart'a taraf olanların çoğunluğu da dahil olmak üzere üçte iki çoğunluk sağlanmalıdır. ECSR (yasal değerlendirme yapmakla yükümlü kılınmıştır) ile Hükümet Komitesi (tespit edilen uygunsuzlukların sonuçları hakkında siyasi bir değerlendirme sunmakla yükümlü kılınmıştır) arasındaki görev dağılımı 1991 tarihli Torino Protokolü'nün en önemli sonucu olmuştur.

miştir'. Yeni sistemde 'çekirdek' olsun veya olmasın bütün hükümler sadece dört yılda bir incelenecektir. Bununla birlikte Komite 'önerilen sistemin toplu şikayet ve ulusal raporların incelenmesi konusunda bir denge getireceğini düşünmüştür. Sonrasında ideal olarak yeni sistemin yürürlüğe girmesi, hükümet dışı ulusal örgütlerin şikayet başvurusunda bulunma hakkı da dahil olmak üzere toplu şikayet usulünün Avrupa Konseyi üye devletlerinin önemli bir bölümü tarafından kabul edilmesi şartına bağlı olmalıdır' (Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yeni rapor sistemi ile ilgili görüşü, 214. toplantıda kabul edilmiştir (Strazburg, 27 Şubat– 3 Mart 2006)).

²⁵ Bu, Şart'ın 24. Maddesine göre yapılır. Buna ek olarak ILO temsilcilerinden bir kişinin ESCR toplantılarına gözlemci olarak katılması öngörülür.

²⁶ Madde 24(2) / 1961 Şartı, Torino Protokolü ile değişik.

²⁷ Madde 27(3) / 1961 Şartı, Torino Protokolü ile değişik. Hükümet Komitesi'nin kullandığı kriterler için, bkz. D. Harris ve J. Darcy, *The European Social Charter*, bkz. yukarıda, syf. 336-340.

Bakanlar Komitesi, Hükümet Komitesi'nin raporuna dayanarak, üçte iki çoğunlukla – Şart'a taraf olan Devletlere ayrılan oy – 'bütün denetim döngüsünü kapsayan ve ilgili taraf Devletlere yönelik münferit tavsiye kararlarını içeren resmi bir karar oylar.²⁸ Torino Protokolü'nün Bakanlar Komitesi'nin oylama sisteminde uygulanmaya başlamasından bu yana Komite, Şart'a uygun hareket etmeme konusunda münferit Devlet'lere yönelik sınırlı sayıda tavsiye kararı çıkartmıştır.²⁹ Genelde bu tür tavsiye kararlarında ilgili hükümetten 'Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin sonuç bildirgesini dikkate alması ve bir sonraki raporda Şart'a uygunluğu sağlamak için aldıkları önlemleri paylaşması' istenir. Bazı istisnalar olmasına rağmen ilgili Devletlerin uyum seviyesi genellikle tatmin edici düzeydedir.³⁰

b) Kabul edilmeyen hükümler hakkındaki raporlar

Kabul edilen hükümler hakkında sunulan raporlara ek olarak, Şart'ın 22. Maddesi gereğince, taraf Devletler 'Bakanlar Komitesi'nin uygun gördüğü sıklıkta' Şart'ın kabul edilmeyen hükümleri hakkında da rapor sunmalıdır. Bu prosedür, Bakanlar Komitesi'nin ilk kez sınırlı sayıda Devlet'in onayladığı bazı hükümler hakkında rapor hazırlanmasını talep ettiği 1978'ten beri nispeten nadir durumlarda – genellikle de Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin önerisi üzerine – uygulanmıştır. Bu prosedür sonradan 'çekirdek' hükümlerin ya da yeni bazı gelişmelere ilişkin hükümlerin bu hükümleri kabul etmeyen sınırlı sayıda Devlet tarafından dahi rapor edilmesi şeklinde değişikliğe uğramıştır. Ancak bu uygulamaların etkisi sınırlı olmuştur ve Harris ve Darcy'e göre '22. Maddenin uygulanması neticesinde akit devletlerin daha fazla paragrafla bağtlandığına dair herhangi bir kanıt yoktur.'³¹

²⁸ Madde 28(1) / 1961 Şartı, Torino Protokolü ile değişik.

²⁹ Münferit olarak Devletlere yönelik tavsiye kararlarının kabulü oldukça nadirdir. Örneğin, bu şekilde kabul edilen tavsiye kararları 2002 ve 2008 yılları arasında yalnızca üç tanedir (Türkiye, Birleşik Krallık ve İrlanda için). İki tanesi 2001 yılında 15. Denetim döngüsünü takiben kabul edilmiştir (Malta ve İrlanda); üç tanesi 1999 yılında 14. Denetim döngüsünü takiben kabul edilmiştir (İrlanda, Avusturya ve Türkiye); beş tanesi 1998 yılında 13. Denetim döngüsünü takiben kabul edilmiştir (Fransa, Türkiye, Almanya, İtalya, Portekiz). Beklendiğinin aksine artmak yerine münferit tavsiye kararlarının sayısında yıllar içinde bir düşüş yaşandığı açıktır.

³⁰ Bkz. genel değerlendirme için, D. Harris, 'Avrupa Sosyal Şartı raporlama sistemi dersleri', Philip Alston ve James Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge Univ. Yayınları, 2000, syf. 347-360.

³¹ D. Harris and J. Darcy, *The European Social Charter*, bkz. yukarıda, syf. 315.

Bu durum gelecekte değişebilir. 2002 yılında Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Yenilenmiş Şart'a taraf olan Devletler ile ilgili olarak Şart'ın 22. Maddesine yönelik yeni bir kullanım önermiştir. Devletler'in kabul etmeleri ve etmemeleri gereken hükümler ile ilgili farklı yaklaşımlar benimsemesini dikkate alarak Devlet bazında yaklaşımın hüküm bazına yaklaşımdan daha uygun olacağı düşünülmüştür. Ayrıca taraf Devletten Şart'ı onaylamasını takiben makul bir süre geçmeden kabul edilmeyen hükümler hakkında rapor sunmasını talep etmenin faydalı olmayacağı – çünkü onay süreci zaten Yenilenmiş Şart'ın hangi hükümlerinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda ayrıntılı bir değerlendirme gerektirmektedir – düşünülmüş; bunun yerine Yenilenmiş Şart'a taraf olan her Devletten onay tarihini takiben beş yıl sonra bu raporu sunmasını talep etmenin daha uygun olduğu düşünülmüştür. Öneri, önce Hükümet Komitesi tarafından 14-18 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen 102. toplantıda; daha sonra ise Avrupa Sosyal Şartı'nın 22. Maddesi uyarınca hareket eden Bakanlar Komitesi tarafından onaylanmıştır. Bakanlar Komitesi, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylayan Devletlerin onay tarihini takiben her beş yılda bir kabul edilmeyen hükümler hakkında rapor yayınlamasına karar verdi ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nden ilgili Devletler ile birlikte raporların sunumu ve incelenmesi için gerekli ayarlamaları yapmasını istedi.³²

2. Toplu şikayet mekanizması

1998 yılında Avrupa Sosyal Şartı'na Toplu Şikayet Sistemi getiren Ek Protokol (CCP) yürürlüğe girdi. Şart'ın yenilenme süreci kapsamındaki hedeflerinden biri olan 'işveren, işçi ve hükümet dışı örgütlerin denetim mekanizmasına katılımını güçlendirme' hedefine uygun olarak, CCP sosyal ortaklara ve hükümet dışı örgütlere Şart'a ilişkin yetersiz uygulamalar hakkında şikayette bulunma imkanı tanımaktadır. Bu mekanizmayı kullanabilecek organizasyonlar: a) uluslararası işveren ve işçi sendikaları örgütleri (ETUC, UNICE ve IOE gibi); b) Avrupa Konseyi'nin danışmanı statüsünü taşıyan ve bu amaç doğrultusunda Hükümet Komitesi tarafından oluşturulan ve 67 örgütten oluşan listede adı geçen diğer hükümet dışı uluslararası örgütler³³ ve c) aleyhinde

³² 821. Bakan Yardımcıları Toplantısı, 11 Aralık 2002.

³³ Bakanlar Komitesi'nin 22 Haziran 1995 tarihinde kabul ettiği kararı takiben, Avrupa Konseyi'nin danışmanı statüsü taşıyan ve Avrupa Sosyal Şartında ele alınan alanlardan biri veya daha fazlasında yetkin olan uluslararası hükümet dışı örgütler, bu özel listede yer almayı talep edebilirler. Örgütün yetkinliğini ve güvenilirliğini göstermek üzere uygun

şikayet başvurusunda bulundukları ve Taraf Devlet'in yetki alanı içinde bulunan 'temsili' ulusal işçi ve işveren örgütler; bu 'temsiliyet' ECSR tarafından 'üye sayısı ve örgütün ulusal müzakerelerdeki rolü gibi faktörlere [dayanarak] ulusal seviyede kriterlerin gıyabında' karşılaştırılacaktır³⁴ (CCP, madde. 1).

Buna ek olarak Devletler, Toplu Şikayet Protokolü'nü onaylarken veya sonradan, Şart'ın düzenlediği konularda yetkin olan ve kendi yetki alanlarında bulunan diğer temsili hükümet dışı ulusal örgütlerin kendi aleyhlerinde şikayette bulunma hakkını tanıdıklarını ilan edebilirler. (CCP, madde. 2). Böyle bir bildirimde bulunurken ilgili Devlet hangi STK'nın 'temsil' yeterliliği olduğunu ve bu hükmün gereklerini yerine getirecek niteliklere sahip olduğunu tespit etmez. Bu, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin şikayetin kabul edilebilirliğini incelerken vereceği bir karardır. Henüz sadece birkaç Devlet'in bu bildirimde bulunmuş olması, uygulamada bundan yararlanacak olan örgütlerin toplu şikayet usulü kapsamında meselelerini dile getirmeleri için bir engel teşkil etmemektedir. Bu gibi örgütler rutin olarak meselelerini Hükümet Komitesi'nin listesinde bulunan hükümet dışı uluslararası bir örgüte havale ederler ve şikayetin söz konusu hükümet dışı uluslararası örgütün şahsında dile getirilmesini sağlarlar.³⁵

şekilde belgelendirilen başvurular, Genel Sekreterliğin görüşü – hükümet dışı örgütün Avrupa Konseyi ile olan normal ilişkilerinde gösterdiği ilgi ve katılıma ilişkin görüş – ile birlikte Hükümet Komitesi'ne gönderilir. Çoğunluk tarafından reddedilmediği sürece başvuru Hükümet Komitesi tarafından kabul edilir. Hükümet dışı bir örgütü listeye alma kararı dört yıl boyunca geçerlidir. Listede kalma süresi dolan hükümet dışı örgütler bu süreyi uzatmak için aynı usulü takip ederler. Bu liste ilk oluşturulduğunda (1 Mart 2008) listede Avrupa Konseyi'nin danışmanı statüsü taşıyan 67 hükümet dışı uluslararası örgüt yer almaktaydı. Bu örgütler genel yetkiyle faaliyet gösteren örgütler (Uluslararası Af Örgütü, İnsan Haklarının Korunması İçin Uluslararası Merkez- INTERIGHTS, Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu- FIDH gibi) olduğu gibi Şart'ın yalnızca belirli bazı hükümleri konusunda yetkin olan diğer örgütleri de (Dünya İşkenceyle Mücadele Örgütü - OMCT, Barınma Hakkı ve Tahliyeler Merkezi-COHRE veya Médecins du Monde gibi) kapsamaktaydı. Belirli bir sektör veya mesele, listedeki birden fazla örgütün faaliyet alanına girebilir. Örneğin, listede faaliyet alanı engelli kişiler olan 11 örgüt bulunmaktadır. Bunlar, Avrupa Engelliler Forumu'dan (EDF) başlayarak konu hakkında daha uzman seviyede faaliyet gösteren Zihinsel Engellileri Savunma Merkezi (MDAC) veya Uluslararası Avrupa Otizm Birliği (IAAE) gibi örgütleri kapsamaktadır.

³⁴ CCP Açıklama Raporu, para. 23.

³⁵ Bkz. Toplu Şikayet No. 14/2003, *Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu'nun (FIDH) Fransa aleyhinde şikayet başvurusu*: bunun ardında Fransız bir hükümet dışı örgüt olan GISTI (Groupe d'information et de soutien aux travailleurs immigrés) tarafından FIDH'e yapılan talep. Toplu Şikayet No. 42/2007, *Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu'nun (FIDH) İrlanda aleyhinde şikayet başvurusu*: FIDH, İrlanda'da hükümet dışı ulusal bir örgüt olan Ücretsiz Hukuk Danışmanlığı Merkezi'nin şikayeti üstlenmiştir.

Özel taraflar ve Devletler arasındaki ihtilafların çözülmesine ilişkin benzer pek çok usulün aksine, CCP'de örgütün toplu şikayet başvurusunda bulunması için mevcut yerel çarelerin tükenmiş olmasına gerek yoktur. Bu durum şu şekilde açıklanabilir: ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi nezdinde oluşturulan usul örnek alınarak hayata geçirilen toplu şikayet usulü, Avrupa Sosyal Şartı'na yönelik spesifik (veya bireysel) ihlallerle yönelik değildir. Bunun yerine 'yalnızca devletin kanun veya uygulamalarının Şart'ın hükümlerinden birine aykırı olması ile ilgili hususlarda şikayet başvurusu yapılabilir. Bireysel meseleler hakkında başvuruda bulunulmaz'³⁶: 'toplular' sıfatı şikayet başvurusunda bulunma yetkisi bulunan örgütlerin yapısı için değil; bu özellikten ötürü kullanılmıştır. Aynı nedenden ötürü, 'benzer bir vaka daha önce başka bir ulusal veya uluslararası kuruma bildirilmiş olsa bile' şikayet geçerli kabul edilebilir ve 'bir şikayetin içeriğinin "olağan" devlet raporları usulünün bir gereği olarak incelenmiş olması o şikayetin geçerliliği için bir engel teşkil etmez'.³⁷ Bu, CCP kapsamında açılan ilk toplu şikayet başvurusu hakkında verilen geçerlilik kararıyla doğrulanmıştır. ECSR'nin bu konudaki görüşü şu şekildedir:

Yapısı gereği ulusal raporların incelenmesi usulünden farklı olan [toplular şikayet] usulünün amacı, Komite'ye şikayet yoluyla alınan bilgiler ışığında bir devletin durumunu ve şikayet konusu işlemi yasal olarak değerlendirme imkanı vermektir. Ne Komite'nin bu durumu daha önceden raporlama sistemi çerçevesinde incelemiş olması ne de bir sonraki denetim döngüsünde tekrar inceleyeceği gerçeği, Şart'ın aynı hükmü ve aynı Taraf Devlet ile ilgili bir toplu şikayetin kabul edilemez olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz.³⁸

CCP kapsamında bir şikayet dosyası açıldığında ECSR öncelikle bu şikayetin yukarıdaki koşullar çerçevesinde kabul edilebilirliğini inceler. Kabul edilebilir olduğuna karar verilmesini takiben şikayetçi örgütün

³⁶ CCP Açıklama Raporu, para. 31.

³⁷ age.

³⁸ *Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun Portekiz aleyhinde şikayet başvurusu*, Şikayet No. 1/1998, şikayetin geçerliliği hakkında karar 10 Mart 1999, para. 10. Buna ek olarak, Komite şikayete konu olan hükmün (Şart / madde 7(1) raporlama mekanizması kapsamında sadece dört yılda bir incelendiğini ve Uluslararası Hukukçular Komisyonu tarafından sunulan bilgilerin bir önceki kontrol döneminden sonraki bir olayla ilgili olduğuna dikkat çekmiştir. Komite 'Portekiz Hükümeti'nin öne sürdüğü *res judicata* ve *non bis in idem* hukuk prensiplerinin iki denetim prosedürü arasındaki ilişki için geçerli olmadığı' sonucuna varmıştır. (para.13).

ve şikayet edilen Devlet'in sunduğu kanıt ve savunmaları değerlendirir ve ayrıca Protokole taraf olan diğer Devletlerin veya ETUC, UNICE veya IOE'nin görüşlerini dikkate alır. Komite daha sonra, ilgili Devlet'in Şart'a uygun hareket edip etmediği ile ilgili sonuç kararlarını içeren bir rapor hazırlar. Bu rapor, Bakanlar Komitesi'ne iletilir ve Bakanlar Komitesi'nin bu rapora dayanarak kabul ettiği resmi karar neticesinde veya rapor Bakanlar Komitesi'ne iletildikten en fazla dört ay sonra yayınlanır. Bakanlar Komitesi'nin ECSR'nin raporuna dayanarak verdiği resmi karar oylama yoluyla Şart'a taraf olan Devletler'in çoğunluğu sağlanarak kabul edilir.³⁹ Bakanlar Komitesi şikayetin esasları konusunda ECSR'nin tespitlerine dayanarak hareket eder, ancak sonuç kararı 'sosyal ve ekonomik politika değerlendirmelerine dayandırılabilir'.⁴⁰

Buna ek olarak, CCP'nin 9(1) Maddesine göre, eğer ESCR Şart'a aykırı bir davranış tespit ederse 'Bakanlar Komitesi üçte iki çoğunlukla ilgili Taraf Devlet'e yönelik bir tavsiye kararı çıkaracaktır'. Aslında ve bu hükmün aksine,⁴¹ Bakanlar Komitesi yalnızca bir kez Şart'a yönelik bir uygunsuzluk tespit etmesini takiben münferit bir tavsiye kararı çıkartmıştır.⁴² Ancak bu, ECSR'nin toplu şikayetlerle ilgili olarak aldığı kararların yeterince uygulanmadığı anlamına gelmez. Daha çok, bu tür kararların takibi toplu şikayet usulü ile yukarıda tanımlanan periyodik devlet raporlama mekanizması arasındaki tamamlayıcılık ile temin edilir: mevzuatı veya politikaları Şart'a aykırı olan Devletler, Şart'ın 21. Maddesi kapsamında sunacakları bir sonraki raporda Bakanlar Komitesi

³⁹ Taraf Devlet'in talebi üzerine, CCP/Madde 9(2)'de belirtilen hallerde Hükümet Komitesi'ne bu usul kapsamında danışılabilir. Bu hallerden biri ECSR'nin 'yeni meseleler' hakkında çıkaracağı rapordur – yani, ECSR Şart'ın yorumlanmasıyla ilgili yeni bir tavır ortaya koymasındır. Hükümet Komitesi'ne danışma gerekçeleri net değildir. Çünkü bu, açıkça ESCR ile Hükümet Komitesi arasında Torino Protokolü'nde (Hükümet Komitesi'ne ESCR'nin Şart'a ilişkin yorumunun sağlamlığı hakkında fikir beyan etmesine imkan veren) kararlaştırılan görev bölümü ile çatışırdı. Bu nedenle, 'Hükümet Komitesi'ne başvurmada amaç, ECSR'nin şikayete ilişkin raporunu takiben Bakanlar Komitesi'nin hangi tedbiri alacağına karar verirken dikkate alacağı politika görüşlerine dair fikir beyan etmesidir' (D. Harris ve J. Darcy, *The European Social Charter*, bkz. yukarıda, syf. 368).

⁴⁰ Açıklama Raporu, para. 46.

⁴¹ Yazar, konuyla ilgili D. Harris ve J. Darcy görüşünü paylaşmıştır, *The European Social Charter*, bkz. yukarıda, syf. 367.

⁴² Tavsiye Kararı RecChS(2001)1 Toplu şikayet No. 6/1999, Syndicat national des Professions du tourisme'nin Fransa aleyhine şikayet başvurusu (Bakanlar Komitesi tarafından 31 Ocak 2001'de 738. Bakan Yardımcıları toplantısında kabul edildi) (Şart / Madde1(2) ihlali gerekçesiyle rehberlerin ve devlet okulu diplomasına sahip öğretmenlerin belirli yerlerde tur rehberliği yapmasına izin verilmemesi hakkında).

tesi'nin Tavsiye Kararına uygunluğu sağlamak için aldıkları önlemlere ilişkin bilgi sunacaklardır.

CCP'nin yürürlüğe girmesinden bu yana geçen on yıl içinde toplam 47 toplu şikayet başvurusu yapılmıştır. Şikayet başvurusunu takiben 18 ay içinde kabul edilen esaslara ilişkin karar ile birlikte usulü oldukça hızlı işler. Ayrıca maliyetli değildir. Dahası insan hakları kurumları nezdindeki diğer pek çok usulle kıyaslandığında daha etkilidir. Daha da önemlisi toplu şikayet usulünün Şart'ın esasa ilişkin hükümleri üzerindeki etkisidir. Burada CCP, Şart'a önemli bir görünürlük kazandırmıştır. Eğer denetim mekanizması yalnızca devletlerin sunduğu raporlarla yetinseydi bu görünürlük elde edilmezdi. Dahası CCP, uygulamada Şart'ta adı geçen hakların nasıl sorgulanabileceğini ve nasıl bir 'ihlal yaklaşımı' benimseneceğini açıkça göstermiştir.

III. Avrupa Sosyal Şartı kapsamındaki yükümlülükler:

Taraf Devletlerin Yenilenmiş Şart kapsamındaki yükümlülüklerinin tam listesi aşağıdaki gibidir⁴³ :

Şart'ta adı geçen haklar (Gözden Geçirilmiş ASŞ'de kullanıldığı şekilde)	İlk kez adı geçtiği yer	Raporlama Grubu
Madde 1 – Çalışma hakkı	Avrupa Sosyal Şartı (1961) ⁴⁴	Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 2 – Adil çalışma koşulları hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 3 – Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 4 – Adil bir ücret hakkı		Grup 3: çalışan hakları

⁴³ Çekirdek hükümler koyu renkle belirtilmiştir. Çekirdek ve çekirdek olmayan hükümler arasındaki fark önemini yitirmiştir. Çünkü raporlama prosedürü tek bir yapıda toplanmıştır: bkz. yukarıda, nn. 22-30'a denk gelen metin.

⁴⁴ Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1-19 Maddeleri 1961 tarihli ilk Avrupa Sosyal Şartı'ndaki hakların aynısı olsa da bazı haklar yeniden düzenlenmiştir. Özellikle de cinsiyet eşitliği şartı bütün hükümlerde dikkate alınmıştır. Çalışan kadınların korunma hakkı, annelerin sosyal bakımdan korunması, çalışan çocukların sosyal, yasal ve ekonomik olarak korunması gibi maddelerde iyileştirmeye gidilmiştir ve bedensel ya da zihinsel özürülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkı ile ilgili 15. Madde özerklik ve bağımsızlık değerlerine vurgu yapılmak üzere yeniden yazılmıştır.

Madde 5 - Örgütlenme hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 6 - Toplu pazarlık hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 7 - Çocukların ve gençlerin korunma hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 8 - Çalışan kadınların korunma hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 9 - Mesleğe yöneltme hakkı		Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 10 - Mesleki eğitim hakkı		Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 11 - Sağlığın korunması hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 12 - Sosyal güvenlik hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 13 - Sağlık ve sosyal yardım hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 14 - Sosyal ve refah hizmetlerinden yararlanma hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 15 - Bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkı		Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 16 - Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 17 - Çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 18 - Diğer taraf Devletlerde gelir getirici bir iş edinme hakkı		Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 19 - Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler

Madde 20 – İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı	5 Mayıs 1988 tarihli Ek Protokol'de yer alan haklar	Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 21 – Bilgilendirilme ve danışılma hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 22 – Çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 23 – Yaşlıların sosyal korunma hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 24 – İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı	1996 Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'na eklenen yeni haklar	Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 25 – İşverenlerinin iflası halinde çalışanların haklarının korunması hakkı		Grup 1: istihdam, eğitim ve eşit fırsat
Madde 26 – Onurlu çalışma hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 27 – Ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler
Madde 28 – Çalışanların temsilcilerinin işletmede korunma ve kolaylıklardan yararlanma hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 29 – Çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkı		Grup 3: çalışan hakları
Madde 30 – Toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı		Grup 2: sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma
Madde 31 – Konut hakkı		Grup 4: çocuklar, aileler, göçmenler

Bu bölümde Avrupa Sosyal Şartı kapsamındaki geniş çaplı hukuki gelişmelerin hepsine değinmek mümkün değildir.⁴⁵ Bunun yerine bu kısmın geri kalanında Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin genel ekonomi ve sosyal haklar teorisine yaptığı üç önemli katkı vurgulanacaktır.

1. *Bir insan hakları belgesi olarak Avrupa Sosyal Şartı*

ECSR'nin Şartı bir insan hakları belgesi olarak okuma çabası içinde olduğunu vurgulamak gerekir. Böylece ECSR Şartın dinamik olarak okunmasını benimsemiş olmakla kalmayıp, benzer şekilde ifade edilen hükümler dahil, diğer insan hakları sözleşmelerini de dikkate almak suretiyle kendi yorumunu temellendirebilmiştir. Böyle bir okumanın etkisi bilhassa *FIDH-Fransa* davasında görülmüştür; burada Komite bu yaklaşımını, Şartın uygulanma kapsamının yalnızca Taraf Ülkelerin vatandaşları için açıkça kısıtlanmasını insanlık onuru adına ve alıntılandığı 1989 Çocuk Hakları Konvansiyonunda benzer bir kısıtlama olmadığı için tamamen bertaraf etmeye kadar varırmıştır.⁴⁶ Daha önce belirtildiği gibi, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. paragrafı, Şart kapsamında geniş bir dizi sosyal hakkın korunmasını öngörür ve bunlara sosyal ve tıbbi yardım hakkı (Madde 13 paragraf 1) ve çocuğun korunması hakkı (Madde 17), *FIDH – Fransa* davasının konusu olarak, yalnızca, 'ilgili Tarafın sınırları içerisinde yasal olarak ikamet eden veya düzenli olarak çalışan, diğer Taraf vatandaşları oldukları sürece kapsamaktadır'. Ancak şikayette bulunan sivil toplum örgütü Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın Fransa tarafından ihlal edilmiş bulunduğunu belirtmiştir, zira Fransa yasaları, Fransa toprakları dahilinde belgesi

⁴⁵ Bkz. en yeni özet için, Lenia Samuel, *Fundamental Social Rights. Case law of the European Social Charter*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2. Baskı 2002. Bununla birlikte, bu cilt eleştirel yorum yapmadan veya analitik bir çerçeve sunmadan Komite tarafından benimsenen görüşleri sunar.

⁴⁶ *Uluslar arası İnsan Hakları Federasyonu (FIDH) - Fransa*, Şikayet No. 14/2003, 8 Eylül 2004 tarihli esastan karar 8 Eylül 2004. Bu vakanın bu uygulamayı başlattığına dair burada herhangi bir önerme yoktur. Ancak, ECSR Devlet raporlama mekanizmasına göre, Avrupa Sosyal Şartını bir insan hakları belgesi olarak okuduğunu açıkça göstermiştir, bu da özellikle, Taraf Devletlerin yalnızca yasal çerçevesini değil, pratikteki uygulamayı da incelediğini ima etmektedir. (bkz, örn., Çıkarımlar XIII-3, sayfa. 283 ve 286). *ICJ - Portekiz*, ele almak zorunda kaldığı ilk toplu şikayet olarak, Komite şunu öngörmüştür: 'bu Şartın hedefi ve amacı, insan haklarını koruyan bir belge olarak, hakları yalnızca teorik anlamda değil, aynı zamanda gerçekte de korumaktır' (*ICJ-Portekiz*, şikayet No. 1/1998, esastan karar 9 Eylül 1999, paragraf 32).

olmayan göçmenlerin çocukları için tıbbi yardımı, acil durumlar ve hayatı tehdit eden koşullar hariç olmak üzere, kapsam dışı bırakıyordu. 8 Eylül 2004 hakkındaki kararında, ECSR, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini tamamlayıcı bir insan hakları belgesi olarak”, Şart’ın Anlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Konvansiyonu’na göre, “kendisine ilham veren belli başlı değerlere, yani ciddiyet, otonomi, eşitlik ve yardımlaşmaya adanmış, yaşayan bir belge olarak” okunması gerektiğini öngörmüştür. Ayrıca, Şart’ın *şahıs yönünden (ratione personae)* uygulamasının kapsamı konusundaki kısıtlamanın ‘birey için esaslı bir öneme sahip bir hak üzerinde vurgu yapmakta olduğunu, zira bu hakkın da zaten yaşama hakkıyla ilintili olduğunu ve insanlık onuruna işaret ettiğini’ ve bunun aynı zamanda ‘tıbbi yardımdan yoksun bırakılma riskine maruz kalan çocuklar üzerinde olumsuz etkiler yapacağını’ belirtmiştir. Konuyu ‘Sağlık hizmetleri, insanlık onurunun korunması için bir ön şarttır’ diye bağlarken şu ifadeyle devam etmiştir: ‘bir Taraf Devlet sınırları dahilinde yabancı ülke vatandaşlarına tıbbi yardım sağlanmasını reddeden bir mevzuat veya uygulama bulunması, bu şahıslar orada yasadışı yollarla bulunuyor dahi olsa, Şart’a aykırıdır’.

Marangopoulos İnsan Hakları Vakfı ile Yunanistan arasındaki dava bize başka bir örnek sağlar. Bu davada, ECSR’den Yunanistan’ın Avrupa Sosyal Şartı’nın, sağlığın korunması hakkına ilişkin 11. Maddesini ihlal edip etmediğini değerlendirmesi istenmiştir. Şikâyetle bulunan örgüt, ülkenin linyit çıkarılan alanlardaki çevresel etkileri yeterince dikkate almadığı, buralardaki halkın sağlığı bakımından risklerin önlenmediği ve bu risklerle savaşılmadığını ileri sürmüştür. Komitenin değerlendirmesine göre, Şart’ın 11. Maddesi, sağlıklı bir çevre hakkını da içerir. Bu konuda, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin tavrının yanı sıra, bölgesel insan hakları kuruluşlarının (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Komisyonu ve Afrika İnsan ve Halk Hakları Komisyonu) içtihadını da alıntılamıştır. Şöyle devam etmektedir:

202. Şart’ın 11. Maddesi kapsamında herkes, elde edilebilmesi mümkün olan en yüksek sağlık standardına erişmek için alınacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir. Komite, Şart’ın 11. Maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin (yaşama hakkı), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumladığı şekliyle, birbirleri için bariz biçimde tamamlayıcı olduklarını düşünmektedir (Çıkarımlara Genel Giriş XVII-2 ve 2005, Madde 11’in yorumlanması hakkında açıklama, §5). Madde 11 uyarınca alınacak önlemler, mevcut bilgilerin ışığında, kirlilik gibi çevresel tehditlerin

nedenlerinin ortadan kaldırılması için tasarlanmalıdır (bu bağlantı Çıkar-samalar XV-2, Polonya, Madde 11§1, s. 446-449 ile kurulmuştur).

203. Ulusal seviyede yetkili makamlar, bundan ötürü, yükümlülüklerini yerine getirmek için:

- yeterli mahiyette çevresel mevzuat ve düzenlemeleri geliştirmek ve düzenli olarak güncellemek zorundadır (Çıkar-samalar XV-2, Ek, Slovakya, s. 201-205);

- yerel düzeydeki hava kirliliğini engellemek ve küresel çapta azaltılma-sına yardımcı olmak için, alt yapıyı uyarlamak, salınımlar için eşik değerler getirmek ve hava kalitesini ölçmek gibi tedbirler almak zorundadır (Çıkar-samalar 2005, Moldova, Madde 11§3, s. 452-457);

- çevresel standart ve kuralların uygun biçimde uygulanmasını, uygun denetim mekanizmaları yoluyla sağlamak zorundadır (bkz, *gerekli değişik-liklerden sonra*, Uluslar Arası Jüri Üyeleri Komisyonu - Portekiz, bahsi ge-çen karar, § 33);

- okullardaki küçük çocuklar ve gençler de dahil olmak üzere halkın tümünü hem genel hem de yerel çevre sorunları konusunda eğitmek ve bilgi-lendirmek zorunadır (Çıkar-samalar 2005, Moldova, Madde 11§2, s. 450-452);

- sağlık risklerini ilgili grupların epidemiyolojik takibi ile değerlendiri-mek zorundadır.

Bu standarda dayanarak ECSR, Yunanistan'ın Şart bağlamındaki yükümlülükleri yerine getirmemiş olduğunu tespit etti.⁴⁷ Bu vakada dikkat çekici olan, yalnızca Komite'nin, kendisinin açıkça güvendiği insan hakları kurumlarının eğilimini izleyerek Şart dahilinde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tespit etmiş olması değildir. Asıl dikkat çekici olan Komite'nin ayrıca Taraf Devletleri Şart'tan doğan yükümlü-lükleri hakkında eksiksiz olarak yönlendirmek adına fazlasıyla mesafe kat etmiş olması ve kararının 203. paragrafında, kendisinin Yunanis-tan'daki duruma dair değerlendirmesinin temelindeki içtihadın vurgu-layarak tekrarlamış olmasıdır. Bu pedagojik yaklaşım, raporlama me-kanizmalarında da eşit derecede, bilhassa da özel milli durumlarla ilgili çıkarsamalardan önce gelen genel girizgahların kabulü yoluyla, göze çarpmaktadır.

⁴⁷ Yunanistan'ın Avrupa Sosyal Şartına ve Şartın diğer hükümlerine uymadığı tespit edilmiştir.

2. *Sosyal ve ekonomik hakların sorgulanabilirliğine
uzanan bir köprü olarak ayrımcılık
yasağı hükmü*

İçtihadın bir diğer eşit derecede göze çarpan niteliği, Yenilenmiş Avrupa Şartı'na dahil edilmiş ayrımcılık yasağı hükmünün yorumlanmasında görülmektedir. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1996 yılında kabul edilmesiyle birlikte, Yenilenmiş Şart'ın V. Bölümüne Madde E eklenmiştir. Bu madde kendi alt paragraflarının genelinde geçerli olan 'yatay' bentler içerir.⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre oluşturulan bu hüküm de, Şart'ta ortaya konan hakların kullanılmasında ayrımcılığı yasaklar. ECSR tarafından bu hükme dayanılarak geliştirilen içtihadın ilk özelliği, ispat külfeti meselesiyle ilgilidir. Komite, şikayet başvurusunda bulunan örgüt ayrımcılığa ilişkin bir varsayımının belirlenmesine yol açan gerçekleri ortaya koyduğunda, ispat külfetinde bir değişiklik yapılmasını dayatır: Komite'ye göre, 'ayrımcılık iddiası ortaya atılırken güvenilir kanıt gösterildiğinde, ilgili Taraf Devletin, örneğin çıkarılan kanunlar ve diğer önlemler ve ilgili içtihadın istatistik ve örneklerini sunması gerekmektedir.'⁴⁹

Daha da önemlisi, ayrımcılık yasağı hükmü, sosyal hakların sorgulanabilir niteliğini tasdik etmek üzere kullanılmıştır ve sosyal haklar, prensip olarak, aşamalı kavrayışa tabidir. *Autisme-Europe'un Fransa'ya karşı* yaptığı Toplu Şikayet n°13/2002 hakkındaki kararında, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Fransa'nın Avrupa Sosyal Şartı'nda Madde 15(1) (uygun olduğu her zaman genel planlar çerçevesinde, özürlü bireyler için rehberlik, eğitim ve mesleki eğitim sağlanması için gerekli olan önlemlerin alınması konusundaki yükümlülük) ve Madde 17(1)'i (yeterli ve uygun kurum ve hizmetlerin sağlanması yoluyla eğitim hakkı), tek tek ya da Madde E ile birlikte (ayrımcılık yapmama) ihlal ettiğini belirtmiştir. Bunun nedeni, genel veya özel okullarda eğitim alan otistik çocukların oranının, özürlü veya öyle olmayan diğer çocuklara oranla çok daha düşük olması ve otistik yetişkinlerin bakımı ve desteğinde kronik eksikliklerin bulunmasıdır. Komite ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Thlimmenos – Yunanistan*⁵⁰ davasında vermiş oldu-

⁴⁸ Bkz. yukarıda, sayı 13, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının yapısına ilişkin.

⁴⁹ *OMCT-Yunanistan*, Şikayet No. 17/2003, 7 Aralık 2004, eastan karar, paragraf 46, ve *ERRC-Greece*, Şikayet No. 15/2003, 8 Aralık 2004, esastan karar, paragraf 50.

⁵⁰ Avr. Şrt. İH (GC), *Thlimmenos-Yunanistan*, Temyiz No. 34369/97, 6 Nisan 2000 kararı.

ğu hükümde yer alan, ayrımcılık yasağı ilkesinin ‘ayrıca, durumları önemli ölçüde farklı olan kimselere, objektif ve makul meşrulaştırmaya sahip olmayan Devletlerin farklı bir biçimde davranmaması durumunda da ihlal edildiği’ yorumunu alıntılamıştır. Dolaylı ayrımcılık, Komite’nin belirttiği şekliyle, ‘her türlü ilgili farklılıkların yeterli ve olumlu bir biçimde dikkate alınmaması veya herkesin yararlanmasına açık olan haklar ve toplu avantajların hakikaten de herkes tarafından erişilebilir olmasının sağlanması konusunda yeterli adımların atılmaması’ nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir (paragraf 52). Belli başı önemli bütçe gerektiren hakların gerçekleştirilmesinin zaman alan bir çaba gerektirebileceğini kabul etmekle birlikte, ECSR – burada açıkça BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ndeki aşamalı olarak gerçekleştirilecek yükümlülüklerle ilişkin olarak benimsediği yaklaşımdan ilham alarak⁵¹ – şunları öngörmüştür:

Söz konusu haklardan bir tanesinin başarılması istisnai bir biçimde girift ve bilhassa çözümü de pahalı olduğunda, bir Taraf Devlet, Şartın amaçlarını başarmasını makul bir zamanda, ölçülebilir bir ilerlemeyle ve mevcut kaynakların azami ölçüde kullanımıyla tutarlı bir ölçekte sağlayacak önlemler almalıdır. Taraf Devletler, seçimlerinin yüksek ölçüde kırılgan olan gruplar ve bunların yanı sıra etki altındaki kimseler, bilhassa, kurumsal eksiklikler nedeniyle en ağır yükü taşıyan aileler için yaratacağı etkiyi bilhassa göz önünde bulundurmalıdır.⁵²

Komite, ‘konuya ilişkin, ilgili insan nüfusu ve gereken ilgili stratejiler konusunda yirmi yıllık geçmişe sahip ulusal çapta bir tartışma olmasına rağmen’ Fransa’nın otistik bireyler için sağlanan eğitimin geliştirilmesinde yeterli aşama kaydedemediğini tespit etmiştir. Ülke böylelikle Yenilenmiş Sosyal Şartı, sadece belirli bir sonuca ulaşamamaktan ötürü değil, aynı zamanda özürlü bireyler gibi hassas grupların duru-

⁵¹ Bkz özellikle CESC, Genel yorum No. 5: Özürlü kimseler, Komitenin 11. oturumunda benimsenmiştir (1994) (AB belgesi, E/1995/22), *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies* isimli belgede (AB doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004), s. 26: ‘Sözleşmenin hükümleri toplumun tüm kesimleri için geçerli olduğundan, özürlü kimseler de Sözleşmede tanınan tüm haklara sahiptir. Eko olarak, özel muamelenin gerekli olduğu durumlarda, Taraf devletlerden uygun önlemleri almaları beklenir ve bunların var olan kaynaklarının azami ölçüsünde yapılması gerekir ki böyle insanlar bu şekilde, kendi özürlerinden kaynaklanan, Sözleşmede belirtilen hakların kullanımına ilişkin her türlü dezavantajı yenebilsin’.

⁵² Paragraf 53’te.

muna öncelikli bir mesele olarak işaret etmek adına mevcut kaynaklarının elverdiği azami ölçüde önlemler almış bulunduğunu kanıtlayamamış olduğu için de ihlal etmiş oluyordu. Bu karar, hassasiyetleri bakımından özel ilgi isteyen kategorilerin belirlenmesi yoluyla sosyo-ekonomik hakların gerçekleştirilmesinde, ayrımcılık yapmama gerekliliğinin ne şekilde rehberlik edebileceğini tarif etmektedir.

Otizm-Avrupa-Fransa vakası eğitim hakkıyla ilgiliyken, diğer kararlar, örneğin, barınma hakkına ilişkindir: *ERRC - Bulgaristan*,⁵³ vaka-sında, Komite kendisine ait şu görüşü teyit etmiştir: ‘Devletler Şarta uygunluğun sağlanması için atılacak olan adımların belirlenmesinde bir takdir marjına sahipken’ (paragraf 35), ‘alınan önlemler şu üç kriteri karşılar nitelikte olmalıdır: (i) makul bir zaman dilimi, (ii) ölçülebilir bir ilerleme ve (iii) eldeki kaynakların azami ölçüde kullanımına göre mali kaynak sağlanması’ (paragraf 37). Bu durumda, Bulgaristan’ın, ‘Roman asıllı ailelerin barınma durumunun iyileştirilmesi adına açık bir siyasi irade olmasına rağmen, (*metinden alıntıyla*) [nüfusun Roman asıllı kesiminin barınma şartlarının iyileştirilmesi için yapılan programlar] beklenen sonuçları (madde 38) vermediği için Şartı ihlal ettiği tespit edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen fikrin örneklenmesi için yukarıda atıfta bulunulan kararlarda görüldüğü üzere, CCP’nin yürürlüğe girmesi içtihat üzerinde,kabul edildiği esnada umulanın çok üzerinde bir etki doğurmuştur. Gerçekten de, daha önceleri Şartın Tarafı olan Devletlere getirilen amaç yükümlülükleri olarak görülebilen yükümlülüklerin artık artan bir biçimde sonuca ilişkin yükümlülükler olarak anlaşılmasını sağlaması da toplu şikayet usulünün bir özelliğidir – böylece Komite, iyi niyetli çabaların gösterilmesine rağmen, söz konusu çabaların yanlış yönlendirilmesi veya ölçülebilir bir ilerleme kaydetmemesi halinde bir durumun Şarta uygun olmadığını tespit etmeye yönelmiştir. ICJ-Portekiz davasında benimsenen esasa ilişkin karar halihazırda şöyle bir tanım sağlamıştır: ‘Hükümetin özellikle son yıllarda, çocuk işçiliği ile mücadelede birçok yasal ve uygulama önlemi almış olmasına ve birçok ters ve girift sebebi ortadan kaldırmasına’ ve bu gibi önlemlerle ‘yasadışı olarak çalışan çocukların sayısında ilerleme kaydeden bir azalma

⁵³ *ERRC-Bulgaristan*, Şikayet No. 31/2005, 18 Ekim 2006, esastan karar. Ancak ayrıca bkz, örneğin, *ERRC-İtalya*, Şikayet No. 27/2005, 7 Aralık 2005, esastan karar, paragraf 21.

sağlamış olmasına rağmen' ECSR yine de Portekiz'in, 'sorun henüz çözülmediği için' Şartı ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁵⁴

3. *Etkin denetiminin bir şartı olarak veri toplama*

Son olarak da, Şarta Taraf Devletler tarafından toplanacak ve sunulacak olan istatistikler meselesine değinilmelidir. Bu konu Şart sistemi içerisinde, hem raporlama mekanizmasında hem de toplu şikayetler bağlamında tartışmalı olagelmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi Şartın, bu anlamda onu diğer insan hakları belgelerinden ayıran özelliklerinden bir tanesi, Devletlerin belli başlı taahhütlerinin, söz konusu meselede "ilgili işçilerin büyük kısmının" yararına olması haline Şarta uygunluğun var kabul edilmesidir.⁵⁵ ECSR tarafından, 'büyük çoğunluk', ilgili işgücünün yüzde 80'i olarak yorumlanmıştır.⁵⁶ Ancak, söz konusu taahhütlere uyulup uyulmadığına karar verilmesi için, bir zorunluluk olarak Komite, Taraf devletlerden istatistik verileri almalıdır; böylece bu rakama ulaşıp ulaşılmadığını teyit edebilmiş olur. Devletler Komite'ye istatistik sunma şeklindeki bu yükümlülüğe, istatistiklerin hazırda bulunmadığı zamanlarda; ancak özellikle de bunları toplamanın masrafı ve yükü nedeniyle direnmiştir. Hükümet Komitesi aslında işi 'Bağımsız Uzmanların istatistik talep etme eğilimini' sorgulamaya ve 'bu türden verileri bir araya getirmenin zor olduğu durumların olabileceğini ve güncel verilerin sağlanmasının çoğu defa imkansız olduğunu bir kez daha vurgulamaya' kadar vardırmsı⁵⁷ ve Devletlerin hazırda bulunmayan istatistikleri toplamakla yükümlü olması gerektiği fikrine de itiraz etmiştir.⁵⁸

Bu durum ECSR'yi diğer alanlarda bile, özellikle ayrımcılığın var olduğunun tespit edilmesi amacıyla, veri toplamanın önemine vurgu

⁵⁴ *ICJ - Portekiz*, şikayet No. 1/1998, 9 Eylül 1999, esastan karar, paragraf 40. Karşı oyunda, Komitenin bir üyesi, Sn. Alfredo Bruto Da Costa, 'Komitenin statik ve dar bir 'hukuka uygunluk' kavramı benimsediğini ve sosyal değişimlerin doğal ve kaçınılmaz akışkanlığını ve sosyal sorunların dinamik yönlerinin dikkate alınması ihtiyacını görmezden geldiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Portekiz'de bu alanda kaydedilen ilerleme (çalışan çocuklar) Komite tarafından bahsedilmiş ancak yeterince değerlendirilmemiştir'.

⁵⁵ Bkz Avrupa Sosyal Şartı Madde 33. Birçok yargılamada toplu şikayet çıkarımları yoluyla uygulanan birçok hükme ilişkindir.

⁵⁶ Çıkarım XIII-5, s. 47 (Finlandiya); Çıkarım XIII-5, s. 158 (Portekiz).

⁵⁷ Hükümet Komitesi, V, 3.

⁵⁸ Hükümet Komitesi, XIII-1, 162. Bkz D. Harris ve J. Darcy, *The European Social Charter*, yukarıda alıntılanan n. 2, s. 312, bu referansları aldığım kaynaktır.

yapmaktan geri bırakmamıştır.⁵⁹ *Avrupa Roman Hakları Merkezi – İtalya* davasında, örneğin, İtalya, kısaca Romanların evsiz kalma riski taşıyıp taşımadığını değerlendiremeyeceğini çünkü bu konuda veri toplamadığını söylemiş ve Komite de ‘belli bir grubun ayrımcılığa maruz kaldığı veya kalabileceği genel olarak kabul görürse, devlet kurumlarının sorunun boyutuna ilişkin veri toplama konusunda sorumluluğunun bulunduğu’ vurgu yapmıştır. Bu tür verilen toplanması ve analizi (gizlilik ve diğer istismar durumlarına karşı koruma önlemleriyle birlikte), rasyonel bir politikanın oluşturulması için olmazsa olmazdır. Benzer şekilde, eğer Yenilenmiş Şart Madde 31/2’nin gerektirdiği üzere evsizlik sorunu ilerlenme kaydeder şekilde azaltılacaksa, devletlerin de sorunun üstesinden gelmek için gerekli olacak gerçekçi bilgilere ihtiyacı vardır. Ayrıntılı bilgilerin ve istatistiklerin düzenli bir biçimde toplanması bu amacı gerçekleştirmek üzere atılacak bir ilk adımdır (...).⁶⁰

IV. Sonuçlar

Gönül rahatlığıyla söylenebilir ki, son birkaç senede, toplu şikayet mekanizmasının geliştirilmesi ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından gerçekleştirilen denetimin aşamalı bir biçimde ‘içtihadı bağlanması’ ile birlikte, Avrupa Sosyal Şartı’nın önemi artmaya devam edecektir. Zaman içerisinde, Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin eğitim, sosyal ve istihdam politikaları üzerinde derin bir etki yaratmakla kalmayacaktır. Şartın ayrıca ekonomik ve sosyal haklar sahasında da uluslar arası düzeyde ve karşılaştırmalı içtihadın geliştirilmesi için, belli başlı yerel mahkemelerin bu hakların sorgulanabilirliğinin farkına vardığı bir zamanda ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi de aynı yönde ilerlediği noktada da önemli olacaktır. Avrupa Sosyal Şartı’nın, ilk otuz yılında devam eden düşük profilli, bürokratik nitelikte ve neredeyse görünmez bir belge olarak varlığının şimdi çok ilerisindeyiz. Bu Şart, 1990’lı yıllardaki yeniden doğumuyla tümüyle yeni bir yaşam sürmektedir. Bu muazzam diriliş, yorumlama yöntemleri içerisinde, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin hem karşılaştırmalı

⁵⁹ Çıkarım 2005 (Fransa), Madde 31(2), s. 268.

⁶⁰ Toplu Şikayet No. 27/2004, *ERRC - İtalya*, 7 Aralık 2005 esastan karar, § 23. Ayrıca bkz *ERRC - Yunanistan*, Toplu Şikayet No. 15/2003, 8 Aralık 2004, esastan karar § 27.

hem de uluslar arası düzeydeki içtihattan ilham alan ve hem bölgesel hem de uluslar arası insan hakları kuruluşları ve yerel mahkemeler için de bir ilham kaynağı olarak iş görebilen araç ve doktrinleri geliştirdiği zaman tamamlanmış olacaktır.⁶¹ Bundan sonra, Şart, mutlak bir biçimde kökeninden ayrılmış ve tümüyle olgunluğa ulaşmış olacaktır.

⁶¹ Bu gelişimin bir incelemesi için, özellikle bkz, Uluslar Arası Jüri Üyeleri Komisyonu, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*, Cenevre, 2008, 121 sayfa.

2

Avrupa Sosyal Şartı Bağlamında Ayrımcılığa Karşı Toplu Şikâyetler Yoluyla Mücadele Etmek

Mark BELL*

Avrupa Konseyi belki de en fazla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından uygulanmasıyla bilinmektedir. Kıyaslama yaparsak, Avrupa Sosyal Şartı (ASS) ve onun uygulama merci olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi halkın gündeminde daha az yer tutmaktadır. ASS 1961 yılında imzalanmıştır ancak 1996'da köklü bir revizyona tabi tutulmuştur. İstihdam, eğitim, barınma, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri gibi alanlarda geniş bir dizi sosyal hakkı tanımaktadır.¹ 1961 Şartı ayrımcılık yasağı ilkesine yalnızca giriş kısmında değinirken, 1996 Yenilenmiş ASS sadece bu konuya ayrılmış bir hüküm (Madde E) içermektedir:

‘bu Şart dahilinde ortaya konan haklardan yararlanılması, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka türden görüşler, sağlık, bir ulusal azınlık ile bağlantı, doğum veya diğer konular gibi zeminlerden hiçbirinde ayrımcılık söz konusu olmaksızın sağlanacaktır.’

Tüm AB üye ülkeleri dahil, 38 ülkenin ASS'ye taraf olmuş olmasına rağmen, bu ülkeler, yalnızca 1961 versiyonunu tanıyanlar ve 1996 versiyonunu tanıyanlar olarak ayrılmaktadır. Dahası, devletler, ASS dahi-

* Avrupa Hukuku ve Entegrasyon Merkezi, Leicester Üniversitesi

¹ Şartın içeriğinin ve ayrımcılıkla ilgisinin daha detaylı olarak ele alınmış hali için: O de Schutter, ‘Avrupa insan hakları hukukuna göre ayrımcılığın yasaklanması – AB Irklar Arası ve İstihdamda Eşitlik Direktifleri ile ilgisi’ Ayrımcılık yasağı ilkesi alanında Avrupa Bağımsız Uzmanlar Ağı için hazırlanan rapor (Avrupa Komisyonu, 2005), şurada mevcuttur:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/prohib_en.pdf

lindeki tüm maddeleri kabul etmekle yükümlü değildir; bu nedenle de, devletlerin tek başlarına ele alındıklarında yükümlülüklerinin tam olarak ne olduğu çeşitlilik göstermektedir.² Oldukça parçalanmış görünen böyle bir resme rağmen, ASS'nin etkisi son yıllarda artmıştır. Diğer aktörlerin yanı sıra sivil toplum kuruluşlarının ve sendikaların, 'toplu şikayet' başvurusunda bulunma yetileri, yeni bir içtihat grubu ortaya çıkarmıştır. Bu makale de, ayrımcılık konusuna dikkat çeken son dönemde alınmış bazı kararların bir incelemesine ve bundan önce de toplu şikayet mekanizmasını ortaya koyacaktır.

I. Toplu Şikayet Protokolü

ASS'nin uygulanmasındaki orijinal yöntem Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne periyodik olarak sunulan bir ulusal raporlama sistemiydi. Bunun karşılığında, Komite de devletlerin Şartın getirdiği yükümlülüklerle uyup uymadığına ilişkin kendi raporlarını yayınlardı. Bu raporlama mekanizması, şimdi, Şartın ulusal çaptaki ihlallerine ilişkin bir "toplu şikayetler" sistemi ile tamamlanmaktadır. Üç tür örgüt şikayet başvurusunda bulunma hakkına sahiptir: uluslararası işveren örgütleri ve sendikalar; Avrupa Konseyi'nde danışman statüsünde bulunan uluslararası sivil toplum kuruluşları (STK'lar) ve 'işverenlerin ve sendikaların temsilci ulusal örgütleri'.³ Ek olarak, devletler, ulusal STK'ların da şikayet başvurusunda bulunma hakkını kabul edebilir. 13 devlet, Toplu Şikayet Protokolü'nü onaylamıştır; gerçi bunlardan yalnızca bir tanesi (Finlandiya) ulusal STK'lardan yapılacak şikayetlere izin vermeyi tercih etmiştir.⁴ Avrupa Sosyal Şartı'nın Hükümet Komitesi, şikayet başvurusunda bulunma hakkına sahip olan uluslararası STK'ların bir listesini elinde bulundurmaktadır. Bu listede halihazırda 60 örgüt bulunmaktadır ve bunların çoğu ayrımcılık meseleleriyle bariz bir biçimde

² Her ülkenin onaylama işleminin içeriğine ilişkin daha fazla bilgi için, bkz: http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/5_Survey_by_country/

³ Madde 1: Avrupa Sosyal Şartı için, toplu şikayet sistemini getiren Ek Protokol: Avrupa Konseyi Anlaşma Dizileri (CETS) No. 158. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/158.htm>

⁴ Protokolü onaylamış olan ülkelerin tam listesi için, bkz: http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/1_General_Presentation/Overview_doc.asp#TopOfPage

ilgilidir (örneğin, European Disability Forum (Avrupa Engelliler Forumu) ve Avrupa Roman Hakları Merkezi gibi).⁵

Herhangi bir şikâyetin ele alınmasında bir dizi aşama bulunmaktadır. Sürecin uzunluğu değişkenlik göstermekteyken, kararlar normal şartlar altında şikâyetin sunulmasını izleyen 18 ay içerisinde verilir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi şikâyeti alır ve öncelikle onun kabul edilebilirliği üzerinde karar vermesi istenir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre yapılan başvuruların aksine, tüm iç hukuk yollarının daha önceden tüketilmiş olması şartı bulunmamaktadır.⁶ Başvuru kabul edilebilir nitelikteyse, söz konusu ülke, şikâyete yazılı bir cevap vermeye davet edilir. Hükümetin savunmasının alınmasından sonra, hem şikâyetle bulunan, hem de hükümet takip eden cevaplar için fırsata sahiptir. Uygun olduğu takdirde, Komite tarafların sözlü olarak dinlenmesi için de bir düzenleme yapabilir. Son olarak, Komite kararı çıkarır. Karar, tüm taraf devletleri temsil eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne iletilir. Toplu Şikâyet Protokolüne göre, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi söz konusu devlette Şartın uygulanmasında tatmin edici olmayan bir yön tespit ederse, Bakanlar Komitesi o devlete yönelik bir 'tavsiyede' bulunur. Uygulamada, Bakanlar Komitesi 'çözümler' benimsemeyi tercih etmiştir; bu da daha zayıf bir tepki olarak eleştirilmiştir.⁷ Bu çözümler, devletin kararları uygulamasına işaret eder. Bunlar hâlihazırda atılmış adımları belirtebilir ve/veya hala ihtiyaç duyulan önlemleri dile getirebilirler.

Toplu şikâyet usulünün ayrımcılıkla mücadeleyle ilgisi, var olan şikâyetlerin profiliyle tarif edilir. Haziran 2006'ya dek, yapılan tüm şikâyetlerin neredeyse üçte biri, ayrımcılık konularını gündeme getirmekteydi.⁸ Bu mekanizmanın potansiyel değeri Komite'nin *Otizm Avrupa – Fransa* davasına ilişkin seminal kararında görülmektedir.⁹ Bu vakada, Fransa'nın otistik çocuklar ve yetişkinler için eğitim hizmetinde yeter-

⁵ Tam liste şurada mevcuttur:

http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/4_Collective_complaints/Organisations_entitled/default.asp#TopOfPage

⁶ Paragraf 10, ERRC-Bulgaristan, Şikâyet No. 31/2005, Kabul Edilebilirlik Kararı, 10 Ekim 2005.

⁷ D Harris ve J Darcy, *The European Social Charter* (New York: Transnational Publishers, 2nd edn, 2001) 367.

⁸ İletilen tüm şikâyetlerin listesi ve tüm kararların metni için, bkz:

<http://www.coe.int/t/e/human%5Frights/esc/4%5Fcollective%5Fcomplaints/List%5Fof%5Fcollective%5Fcomplaints/>

⁹ Şikâyet No. 13/2002, 4 Kasım 2003.

siz kalınmasından ötürü, 1996 tarihli Yenilenmiş ASS'nin bazı hükümlerini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Özürlüler temelinde Madde E'ye ayıkırı haksız bir ayrımcılığın yapıldığının tespiti de buna dahildir.¹⁰ Son derece önemli bir biçimde bu karar, Şart dahilinde eşitliğin ne anlama geldiğini titizlikle ortaya koymuştur. 'Gerçek ve etkin bir eşitliğin' başarılması amacıyla, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır.¹¹ Komitenin görüşüne göre, 'dolaylı ayrımcılık, ilgili her türlü farklılığın uygun ve pozitif bir biçimde dikkate alınmamasından veya herkesin yararlanmasına açık olan hak ve toplu avantajlara gerçekten de herkesin erişebilmesinin sağlanması amacıyla yeterli adımların atılmamasından kaynaklanmaktadır'.¹² Bu görüş, daha önce de Komite tarafından, periyodik ulusal raporlar hakkındaki Sonuçlarında geliştirilmiş olan dolaylı ayrımcılık tanımı üzerinde şekillenmektedir. Komite bilhassa haklara erişimde oturma izni şartını, göçmenlere yönelik dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirerek eleştirmiştir.¹³

Uygulamada eşitliğin sağlanmasına yapılan vurgu Şart uyarınca devletlerin yükümlülüklerine yansıtılmıştır. ASS'ye tam uyum amacıyla, devletlerin sadece gerekli mevzuatı yürürlüğe koyması yeterli değildir; devletler ayrıca 'Şartla birlikte tanınmış bulunan hakların tam olarak yürürlük kazanması için uygulamaya yönelik eylemlerde de bulunmalıdır'.¹⁴ *Otizm-Avrupa* meselesinde, Komite, Fransa'nın, eğitim alan otistik çocukların oranının özürlü olmayan çocukların oranından *uygulamada* çok daha düşük olmasından dolayı Şartı ihlal ettiğine karar vermiştir.

Otizm-Avrupa konusunda alınan karar, ayrımcılıkla mücadele konusunda toplu şikayetlerin önemini iyiden iyiye görünür kılmıştır.¹⁵ İlerleyen bölümlerde, ayrımcılığa ilişkin ASS içtihadının şimdiye kadar ne şekilde geliştiğinin ele alınması için üç farklı karar daha incelenmiştir.

¹⁰ Komite, Madde E'deki gerekçeler listesinin yüzeysel niteliğini belirtmiş ve özürlü olma durumunun örtülü bir biçimde sayılmış olduğuna karar vermiştir.

¹¹ Paragraf 52.

¹² age.

¹³ Bkz, L Samuel, *Fundamental Social Rights – Case law of the European Social Charter* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2nd edn, 2002) s. 416.

¹⁴ Paragraf 53, *Otizm-Avrupa - Fransa*, Şikayet No. 13/2002, 4 Kasım 2003 .

¹⁵ Bkz, G Quinn, 'The European Social Charter and EU anti-discrimination law in the field of disability: two gravitational fields with one common purpose'; G de Búrca and B de Witte (ed), *Social Rights in Europe* (Oxford University Press, 2005).

II. Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu (FIDH) - Fransa¹⁶

Bu şikâyet, Fransa topraklarında yasalara uygun olmayan bir biçimde yaşayan şahıslarla ilgili olarak sağlık hizmetlerine ulaşımına ilişkin Fransız yasasındaki değişikliklerle ilgiliydi. Yeni kurallar, 3 aydan daha kısa bir süre ülkede yaşayan kimselere verilecek sağlık hizmetinin yalnızca, hayati bir tehlikenin olduğu acil durumlarla sınırlandırılmasını öngörüyordu. 3 aydan uzun bir süredir ülkede yaşayanlarda ise, ayakta tedavi için sabit bir ücret ve hastanede kalınan günler için de günlük olarak bir ücret öngörülüyordu.¹⁷ FIDH, bu kısıtlamaların, Yenilenmiş ASS'nin sosyal ve tıbbi yardım hakkına ilişkin 13. Maddesini ve bununla birlikte, çocukların ve gençlerin haklarına ilişkin 17. Maddesini ihlal ettiğini öne sürüyordu. Bunlardan ikincisiyle ilgili olarak da, yasa dışı göçmenlerin çocukları için sağlık yardımı kısıtlamasının ayrıca Madde E'yi ihlal eden bir ayrımcılık olduğunu ileri sürüyordu.

Bu şikâyet için temel engel, Şartın kişiye yönelik kapsamı üzerindeki aleni kısıtlamaydı. Yenilenmiş ASS'nin Ekinde, Paragraf 1'de, hükümlerinin 'yabancıları yalnızca diğer Taraf devletlerde yasal olarak oturma izinleri olduğu veya söz konusu Taraf devlette düzenli bir işe sahip oldukları sürece kapsadığı' belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, ASS'nin koruması herhangi bir üçüncü ülkenin vatandaşlarını kapsar gibi görünmemekteydi. Bu hususta, böyle bir kısıtlama, Şartın ırka dayalı ayrımcılıkla mücadelede etkin bir araç olma yetisini iyiden iyiye kısıtlıyordu. Çarpıcı bir kararla, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Şartın bu yönde açıkça belirttiklerini bertaraf etti. Komite, 'bu özel vakanın koşulları altında' üçüncü ülkelerin vatandaşlarının kapsamın dışında bırakılmasının 'yaşama hakkının kendisiyle doğrudan ilgili olduğu ve insanlık onurunun kendisine bir atıfta bulunduğu için bireyin temel önemini ilgilendiren bir hakka vurgu yaptığını' belirtmiştir.¹⁸ Sağlık hizmetine erişimle insanlık onurunun korunması arasındaki bağlantı dikkate alındığında, 'bir Taraf Devletin sınırları dahilinde yaşayan ve orada yasadışı bir biçimde bulunsalar dahi, yabancı ülke vatandaşları' için sağlık hizmetinin reddedilmesinin, 'Şarta aykırı' olduğuna karar

¹⁶ Şikâyet No. 14/2003, 8 Eylül 2004.

¹⁷ Paragraf 16.

¹⁸ Paragraf 30.

vermiştir.¹⁹ Şartın bu kısıtlı kişisel kapsamından bu şekilde bir kopuş, temel insanlık onuruyla yakın ilgisi bulunan haklarla sınırlıdır. Şart dahilindeki diğer haklarla ilgili olarak benzer bir yaklaşım benimsenmemiş olsa da, Şart hükümlerinin üçüncü ülkelerin vatandaşları için yükümlülükler ortaya koymadığı fikrini sarsmaktadır.

Fransız hukuk reformlarının gerçekliği özelinde, Komite yalnızca çocukların tıbbi tedavisinde Madde 17'nin ihlal edildiğini tespit etmiştir. FIDH'nin, çocuklar bakımından ayrımcılık yapılmaması ilkesinin ihlaliyle ilişkin ek bir itiraz yapmış olmasına rağmen, Komite şikayetin bu yönünü kararı dahilindeki incelemeye eklememiştir. Bu da, Madde 17'nin ihlalinin tespit edilmesinden sonra, buna ek bir ayrımcılık şikayetinin ele alınmasına artık gerek bulunmadığı şeklinde bir kabule dayanıyor olabilir.

III. Avrupa Roman Hakları Merkezi - Yunanistan²⁰

Bu şikayet, Yunanistan'daki Roman asıllı kimselerin barınma durumuyla ilgili olarak yapılmıştır. Avrupa Roman Hakları Merkezi (ERRC) Roman yerleşimleri dahilinde yeterli kaliteye sahip sürekli ikamet yerlerinin sayısının yetersiz olduğunu iddia etmiştir; buna göre, göçebe yaşam tarzına sahip topluluklar için konaklama yerleri yetersizdir ve başka bir barınma alternatifi olmadığı halde sistematik bir biçimde tahliye söz konusudur. Yunanistan henüz 1996 tarihli Yenilenmiş ASS'yi tanımamış olduğundan, şikayet orijinal 1961 tarihli ASS hükümlerine göre yapılmıştır. Bu hükümlereyse, barınmaya ilişkin özel hak dahil değildir ancak bu durumun ailenin (ailenin barınması dahil) sosyal, yasal ve ekonomik olarak korunmasına ilişkin Madde 16 kapsamına girdiği şeklinde yorum getirilmiştir. *Otizm-Avrupa* kararında olduğu gibi, Komite devletlere Şart kapsamındaki hakların uygulamada gerçekleştirilmesi konusunda bir görev düştüğünü vurgulamıştır. Yunanistan'ın daha önceden Roman yerleşimleri için mevzuat değişiklikleri ile belli başlı önlemler almış olmasına rağmen, uygulamada görülen durum

¹⁹ Paragraf 32.

²⁰ Şikayet No. 15/2003, 8 Aralık 2004.

tatmin edici değildi. ERRC şikâyetinin üç unsurunda da, Komite Şart'ın ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Kararla ilgili özellikle göze çarpan bir konu, ayrımcılığın kanıtının ortaya konması için yeterli verilerin bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. ERRC kendi şikâyetini desteklemek için, deneyime dayalı bir dizi kanıt sunmuştur. Buna cevaben Yunanistan hükümeti de, etkilenen kimse-lerin sayısına ilişkin bir tahminde bulunamadığını çünkü etnik verilerin toplanmasına yönelik yasal bir engel bulunduğunu belirtmiştir. Burada önemli bir nokta olarak, Komite bu durumu kabul etme konusunda isteksiz davranmıştır:

'Komite, kişisel verilerin toplanması ve saklanması bu türden nedenler-
den ötürü engellendiğinde ve fakat, belirli bir grubun ayrımcılığa maruz
kaldığı veya kalabildiği genel kabul gördüğünde, yetkililerin sorunun ne dü-
zeyde olduğunu değerlendirmek için alternatif araçlar bulma konusunda so-
rumlu olduğunu öngörmektedir'.

Komitenin yaklaşımı, AB Eşitlik Direktiflerinin ispat külfetini orta-ya koyan ilkesi ile uyusmaktadır: devlet, kendisindeki bilgi eksikliğini bir savunma olarak sunamaz.

ERRC daha sonra Yunanistan'daki Romanlar için barınma düzenle-melerinin "ırk ayrımcılığına" vardığını da savunmuştur.²¹ 1961 tarihli ASS'de ayrımcılığı yasaklayan özel bir madde yoktur. Ancak, Komite, girişte ayrımcılık yasağı ilkesinden bahsedilmiş olduğuna dikkat çeke-rek 'eşitliğin ve ayrımcılık yasağının, Madde 16'nın (ailenin hakları) ayrılmaz bir parçası olduğu' sonucuna varmıştır.²² Karar ayrıca, bu bağlamda 'eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkesinin' ne anlama geldiği konusunda da ayrıntıya girmiştir. Otizm-Avrupa vakasındaki mantık yürütmeyle tutarlı bir biçimde, Komite esaslı bir eşitlik ilkesini dillen-dirmektedir: 'sosyal dışlanmışlıktan kaçınmanın şart olması, farklılıklara saygı ve ayrımcılık yapmamanın, dolaşan veya yerleşik tüm Roman grupları için geçerli olması'.²³ Karar, özellikle Roman topluluklarının korunması için özel önlemlerin alınması gerektiğini de kabul etmekte-dir.²⁴ Karar dahilindeki bu gibi önemli ilkelere rağmen, ırka dayalı ay-rımcılığa dair öne sürülen münferit iddia cevapsız kalmıştır. Komite,

²¹ Paragraf 11.

²² Paragraf 26.

²³ Paragraf 23.

²⁴ Paragraf 20.

yetersiz barınma hükmünün, Madde 16'yı ihlal ettiği bazı durumlar tespit etmektedir; ancak Romanlara yönelik olarak Yunanistan açısından, açık seçik bir biçimde bir *ayrımcılık* bulgusu yoktur. ERRC'nin İtalya ve Bulgaristan'a karşı gündeme getirdiği işlemdeki iki adet şikayet konusunda da benzer konular ortaya çıkmaktadır.

IV. Öğretim Görevlileri Sendikası (SAGES) – Fransa ²⁵

Ele alacağımız son dava, örgütlenme özgürlüğü bağlamında ayrımcılık yasağı ilkesi konularını gündeme getiren birtakım toplu şikayetlere özgüdür.²⁶ SAGES, yüksek öğrenim sektöründe çalışan öğretim görevlilerini temsil eden bir sendikadır. Bu sendikanın mensuplarının şikayeti, Fransız Ulusal Yüksek Öğrenim ve Araştırma Kurulu üyelerinin seçimine ilişkin kurallarla ilgilidir. Özellikle, seçim sonuçlarına ilişkin hukuki itirazlar yalnızca Yüksek Öğrenim Bakanı veya tek tek oy verenler tarafından bireysel olarak yapılabilmekteydi. SAGES gibi sendikalar seçimlerde bir liste halinde yer alırken, sonuca itiraz etme açısından yasal olarak bir hakları bulunmuyordu. Şikayetlerinin bir bölümü, özel sektörde faaliyet gösteren sendikaların yasal duruşlarını kendi hukuki imkanlarıyla kıyaslar biçimde, Madde E'ye işaret etmekteydi. Özellikle, *conseils de prud'hommes* (istihdam anlaşmazlıkları üzerinde hukuki görüş bildiren tahkim kurulları) için yapılan seçimlerde, seçimlere katılan örgütler hukuken sonuçlara itiraz etme imkanına sahiptir.

Bu şikayeti değerlendirirken, Komite Madde E'deki hukuki korumanın niteliğine açıklık getirmektedir.²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesine benzer bir biçimde, bu madde de, ayrımcılık yasağı konusunda otonom bir hak öngörmez. Bunun yerine, Şartın her bir maddesi bağlamında bir ayrımcılık yasağı ihdas eder. Bu nedenle, Madde E'ye dayalı bir şikayette bulunurken aynı anda Şartın bir başka hükmüne de dayanmak gerekmektedir. *SAGES – Fransa* davasında, öne sürülen bağımsız hak, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin Madde 5'tir.

²⁵ Şikayet No. 26/2004.

²⁶ Örneğin, Şikayet No. 6/1999.

²⁷ Paragraf 34.

SAGES vakasındaki karar ayrıca Madde E'nin, bağımsız hükümlerden herhangi biri ihlal edilmemiş olsa dahi ihlal edilebileceği ihtimalini teyit etmektedir; Şartın alanına giren konunun gündeme getirilmesi bile yeterlidir.

Devlet ve özel sektör sendikalarına ilişkin kurallarda ayrımcılık yapıldığı konusunda özel iddia hakkında, Komitenin kararı, iddianın sadece “farklı yasal usuller arasındaki bir farklılık” olarak tanımlanarak ani bir biçimde reddedilmesini öngörmekte ve Madde E'ye ilişkin herhangi bir meseleye dikkat çekilmemektedir. Komitenin bu karara varmasında kendisini yönlendiren kriterleri açıkça ortaya koymamış olması hayal kırıklığı yaratmaktadır.

V. Toplu şikayetler: güçlü ve zayıf yönleri

Toplu şikayet mekanizması ayrımcılıkla mücadele konusunda değerli bir araçtır. Şahsi davalar her ne kadar her türlü ayrımcılık karşıtı çerçevenin esas unsuru olsa da, belli başlı kısıtlamaları içerir. Odak noktası kişisel anlaşmazlıklar üzerinde toplanma eğilimi içerisindedir; öte yandan, ayrımcılık çoğu kez kişi gruplarını etkiler. Gruplar arasındaki eşitliğin toplu boyutu şahsi davalar içerisinde kaybolabilmektedir. Dahası, bu gibi toplumdan en fazla dışlanmış olan grupların mensubu bireylerin dava açacak nitelikte olma ihtimali de çok düşüktür. Bunun aksine, toplu şikayet mekanizması bireysel bir mağdurun tespit edilmesine dayalı olmayıp, yasalar ve kurumsal uygulamalardan dolayı ortaya çıkan ayrımcılık etkilerine ve davranış örneklerine vurgu yapmaktadır. *Otizm-Avrupa – Fransa* ve *ERRC- Yunanistan* gibi davalar, toplu şikayet sürecinin ayrımcılığın kurumlarda görülen biçimlerini engellemek konusunda taşıdığı potansiyeli ortaya koymaktadır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, toplu şikayet mekanizmasını, kendi kararlarında sağlam bir eşitlik kavramını açıkça dile getirmek suretiyle zenginleştirmiştir. Şartın temelini oluşturan, insanlık onuru veya sosyal katılım gibi değerlere vurgu yaparak, ayrımcılık yasağı ilkesinin dar ve kısıtlı bir kavram içine hapsolmasını engellemiştir. Hakların uygulamada gerçekleştirilmesinin sağlanması konusunda hatırı sayılır bir vurguyla maksatlı bir yaklaşım benimsemektedir. Eşitliğe yönelen bu dinamik yaklaşım, potansiyel arz etmektedir ve zaman zaman Avrupa

Toplulukları Adalet Divanının da takip ettiği şekilci yaklaşımla kıyaslandığında daha tercihe şayandır. Hakların uygulanması konusuna odaklanmak açık bir biçimde Avrupa Birliği ile ilgilidir. Birçok AB Üye Ülkesi, Irklar Arası Eşitlik ve İstihdam Eşitliği Direktifleri'ne uyum sağlamak için yeni düzenlemeleri hayata geçirmiş olmakla birlikte, fiili uygulama konusu süregiden bir zorluk arz etmektedir.

Toplu şikayetler hakkında artan sayıdaki içtihatlar yasal çerçevedeki birtakım kısıtlamaları da ortaya koymuştur. En çok göze çarpanı, Avrupa Sosyal Şartı'ndaki ayrımcılık yasağının, tek başına yeterli bir harekete geçme nedeni olmaktan ziyade, bir yan hüküm olarak kalmasıdır. Bu anlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yapısını tekrar eder niteliktedir. Böyle bir çerçeve içerisinde, yargı organlarının bağımsız hakların içeriğine odaklanması ve ayrımcılığın arta kalan veya ikincil bir mesele haline gelmesi riski bulunmaktadır. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin kararları çeşitlilik gösteren bir yaklaşım benimsemektedir. *Otizm-Avrupa* meselesinde, şikayetin ayrımcılık boyutu tümüyle analiz edilmiştir. Bunun tersine, *FIDH – France* örneğinde olduğu gibi diğer bazı kararlarda, Şart'ın bağımsız hükümlerinin ihlalinin yanında ayrımcılığın da olabileceği ihtimali detaylı olarak incelenmemiştir.

Komitenin kararlarının icra edilmesi konusunda da soru işaretleri kalmaktadır. Komitenin görüşüne göre, kararları, Şart'ın yasal olarak bağlayıcı yorumlamalarıdır.²⁸ Vakaların büyük bir çoğunluğunda, kararın içeriği Bakanlar Komitesi tarafından reddedilmemiştir.²⁹ Ancak, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yetkileri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine kıyasla daha azdır. Örneğin, *ERRC – Yunanistan* konusunda, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Bakanlar Komitesini, Yunanistan'ın ERRC'ye, yargılama giderleri karşılığı olarak 2000 Euro ödemesini tavsiye etmeye davet etmiştir. Ancak, makul bir tazminat verilemesi kararı reddedilmiştir.³⁰ Bu da, toplu şikayetlerin felsefesinin, bireysel çareler bulmak olmadığının, bunun yerine daha geniş bir sosyal reformun başarılmasını sağlamak olduğunun altını çizmektedir. Nihayetinde, kararlara uygunluğun değerlendirilmesi devam eden bir süreçtir. Örneğin, Yunanistan'ın, *ERRC-Yunanistan* vakasından sonra Roman topluluğu için kalacak yerlerin sağlanması konusunda etkin bir ilerleme

²⁸ Paragraf 20, *CFE-CGC -Fransa*, Şikayet No. 16/2003.

²⁹ Bkz, R Brillat, 'Avrupa Sosyal şartının denetim araçları: son gelişmeler ve etkileri', G de Bürca ve B de Witte (ed.), *Social Rights in Europe* (Oxford University Press, 2005) s. 34.

³⁰ Bakanlar Komitesi Kararı ResChS (2005) 11.

kaydedip kaydetmediğinin değerlendirilmesi yalnızca birkaç yıllık bir sürede gerçekleşebilir. Yine de, Yunanistan, karara karşılık olarak bu konuya özel bir politika yürütmeyi taahhüt etmiş³¹ olup karara uygunluk da ESC'nin periyodik ulusal raporlama süreci yoluyla izlenebilmektedir.

Toplu Şikayetler Protokolü, bilhassa ayrımcılık içeren yasa ve uygulamalara karşı çıkmak için uygun görünen yenilikçi bir mekanizma ortaya koyarak, Avrupa Sosyal Şartı'na yeni bir soluk getirmiştir. Hatırı sayılır bir ölçüde, devletlerin ASS'ye göre yükümlülükleri, AB Irklar Arası Eşitlik ve İstihdam Eşitliği Direktifleri'nin içeriğiyle bir noktada örtüşmektedir. Bu nedenle, toplu şikayet usulü, Direktiflerin amaçlarını gerçekleştirmek için izlenebilecek tamamlayıcı bir yol sunmaktadır. Ancak, imzalanmasından bu yana 10 yıl geçtiği halde, 25 AB Üye Ülkesinden yalnızca 10 tanesi Protokolü onaylamıştır. Bu sürecin güçlendirilmesinde asıl zorluk, daha fazla devletin bu Protokolün yargı yetkisini kabul etmeye ikna edilmesindedir.

³¹ İlgili Bakanlar Komitesi Kararında çeşitli önlemler belirtilmiştir.

3

Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Romanlarının Entegrasyonuna Katkısı

Olivier De Schutter*

Romanlar, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında 9 ila 10 milyon nüfusla dağılmıştır¹ ve yapısal ve derin bir ayrımcılığın konusunu oluşturmaktadırlar. Bu nüfusun fakirlik oranı, Bulgaristan'da, Macaristan'da ve Romanya'daki Roman olmayan vatandaşlarınkinden 4 ila 10 kat daha fazladır². Romanya'da ve Bulgaristan'da Romanlar'ın %40'ı günde 2.15 dolardan az bir parayla yaşamaktadır. Bu miktar Dünya Bankası'nın belirlediği fakirlik sınırının altındadır³. Romanların iş bulma oranları da çok düşüktür, hatta bazı topluluklarda işsizlik oranı %100'e kadar çıkmaktadır⁴. Eğitim oranı çok düşüktür, çocukların büyük bir bölümü ilköğretim dönemini tamamlamadan okulu bırakmaktadır ve yalnızca çok düşük bir oran yüksek öğrenim seviyesinde eğitim görebilmiştir. Hatta, okula giden çocuklar bir çok ülkede diğer çocuklardan ayrılmaktadır ve öğrenme zorluğu çeken çocukların gönderildiği

* Louvain Katolik Üniversitesi (UCL) ve Avrupa Koleji (Natolin) Profesörü; Avrupa Sosyal Şartı Ekonomik Ağı Koordinatörü, Beslenme hakkı konusunda BM Özel Raportörü.

¹ Bazı tahminler daha yüksek olduğunu, 12 ila 15 milyon arasında olduğunu öngörmektedir. Bir çok devletin etnik kökene dayalı istatistiklerin güncel olarak toplanması ve korunması konusunda yaşadıkları çekinceleri dikkate alırsak, bu değişken sayılar şaşırtıcıdır.

² Ziyaretlerinin başında mükemmel bir sentez yaratılması için, M. Alvaro Gil-Robles'in Nihai Raporu'na bakınız, Roman, Sintiler ve Avrupa'daki Göçmenlerden Sorumlu İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2006)1, 15 şubat 2006.

³ web.worldbank.org.

⁴ İş alanında Romanlara uygulanan ayrımcılık üzerine, Avrupa Roman Hakları Merkezi, *The Glass Box. Exclusion of Roma from Employment*, Budapeşte, şubat 2007, 97 sayfa; ayrıca Dena Ringold, 'Poverty and Roma in Central and Eastern Europe: A View from the World Bank', *Roma Rights Quarterly*, No 1, 2002, s. 31-39.

özel kurumlara yerleştirilmektedir⁵. Yaşadıkları evler, insan yaşamına uygun değildir, altyapıları yoktur, nüfusun diğer kısmından kopuk gettolardan oluşmaktadır. Sağlık hizmetlerine erişimleri yetersizdir, aslında bunun sebebi ekonomik durumlarının kötü olmasından daha çok, bazı hizmet sağlayıcıların ayrımcı tutumlarıdır. Bazen de, sosyal sigorta kapsamından faydalanmalarını sağlayacak idari belgelere sahip olmamalarıdır⁶.

Entegrasyonun bilinen tüm faktörlerinden (iş, eğitim ve konut) kopuk görünen bir nüfusun maruz kaldığı bu büyüklükte bir sosyal dışlanma, ilgili hükümetleri kişisel hakların teminat altına alınmasının ötesinde, ayrımcılığın önlenmesi zorunluluğu da dahil olmak üzere girişimde bulunmaya çağırmaktadır. Orta ve Doğu Avrupa'nın⁷ sekiz devletin dahil olduğu, Romanlar'ın sosyal katılımını sağlayacak ve tüm bölgedeki sosyo-ekonomik durumlarını iyileştirecek 2005-2015⁸ Roman Katılımının Onyıllı gibi girişimlere çağrıda bulunuyor. Taraf devletler, her devletin eriştiği sonuçların karşılaştırılmasını kolaylaştıran bir süreç çerçevesinde Romanların durumlarını iyileştirmek için politikalar üretmeyi taahhüt etmektedir ve entegrasyonun sağlanması için deneyimlerinin paylaşılacağı dört önemli alan bulunmaktadır: eğitim, istih-

⁵ Avrupa Roman Hakları Merkezi, *The Impact of Legislation and Policies on School Segregation of Romani Children. A Study of Anti-Discrimination Law and Government Measures to Eliminate Segregation in Education in Bulgaria, Czech Republic, Hungary, Romania and Slovakia*, Budapeşte, Şubat 2007, 66 sayfa.

⁶ Örneğin, *Engelleri Aşmak – Roman Kadınların Kamu Sağlığına Erişimi Raporu*, Strazburg, 11 Eylül 2003. Bu bağımsız rapor, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları ve Demokratik Kurumlar Bürosu, Avrupa Birliği Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığıyla Mücadele Gözlem Merkezi, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölge Ofisi'nin temsilcilerinin gözetiminde hazırlanmıştır. Sağlık hizmetlerine erişmeye çalışan Romanlara olumsuz cevap veren sağlık kurumları ve çalışanlarının uyguladıkları doğrudan veya dolaylı ayrımcılık sınırlamalarını ortaya koymaktadır. (Raporun bölüm II'si) Romanların vatansız kalma durumlarının sonuçlarını veya idari durumlarının hassasiyetini açıklığa kavuşturur: 'Romanların çoğunun nüfus cüzdanı, doğum kartı veya hukuksak statülerini gösteren hiçbir belgeleri yoktur. Oysa ki bu belgeler, kamu hizmetlerine erişim için istenmektedir.' (s.12)

⁷ Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya, Karadağ, Romanya, Sırbistan, Slovakya bu girişime katılmaktadır. 2003 yılında Budapeşte'de Yüksek Düzeyde gerçekleşen bölgesel konferansta girişimin duyurusu sırasında, Sırbistan ve Karadağ'ın tek bir devlet olması nedeniyle sayı 8'dir.

⁸ Uluslar arası toplum, bu girişimi desteklemiştir, özellikle Open Society Institute, Dünya Bankası, Avrupa Komisyonu, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Avrupa İşbirliği ve Güvenlik Teşkilatı, Avrupa Konseyi ve onun Kalkınma Bankası bu girişimi destekleyen kurumlardır. Romanlar Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları da, Uluslar arası On Yıllık İzleme Komitesi bünyesinde önemli bir rol oynamaktadır.

dam, sağlık ve konut⁹. Bu amaçla, her devlet amaçlarını ve bu sözü geçen alanlardaki göstergelerini tanımlayacakları bir eylem planı kabul edecektir¹. Bu girişimin sonuçları henüz olgunlaşmamıştır ve sadece takip ettiği belirgin amaçların gerçekleşmesi açısından değil, ayrıca, Romanların durumu üzerine dikkat çekilmesini sağlaması ve onların lehinde aktif bir entegrasyon politikasının izlenmesi gerekliliğine vurgu yapması bakımlarından etkisini ölçmek için henüz çok erkendir¹⁰. En azından, şu anda, bu girişim durumun aciliyetinin kavranması ve Avrupa'daki Romanların entegrasyon sorununun çözülmesi için geleneksel araçların yetersiz olduğu inancının yerleşmesi konularında itici bir güç olmuştur.

Bu güçlük ayrıca bizi, insan haklarının kural koyucu-hukuksal yaklaşımını aşmamıza da çağrıda bulunmaktadır. Yani, istihdama erişim, eğitim, sağlık imkanlarına erişim ve konut gibi hakların teminat altına alınması için, bu hakların bağlayıcı hukuksal metinlerde –siyasi çoğunluğun değişmesiyle ortaya çıkabilecek değişimlerden korumak için, tercihen tercihen ulusal anayasalarda veya uluslararası anlaşmalarda yer almasının yeterli olacağı ve bu hakların teminatını sağlamaları ve bu teminatlara uyulmasını sağlamaları için bağımsızlığı olan hukuksal veya yarı-hukuksal mahkemelere ve ilgili makamlara¹¹ başvurulması gerekeceği yönündeki kabullerimizi aşmamız gerektiğinden bahsetmektedir. Romanların Sosyal Katılımı gibi hedeflerin takip edilmesi sırasında karşılaşılan engellerin kökeni ve ağırlığı bu tip yaklaşımlarla gözden kaçırılır. Nihayetinde bu kabuller, her paydaşın – bu paydaşlar

⁹ Fakirlik, ayrımcılık ve cinsiyet bu öncelikli dört çalışma alanına paralel konuları oluşturmaktadır.

¹⁰ On Yıl Kalkınma Hedefleri çerçevesinde onaylanan eylem planları için ayrılan finansal kaynakların, açıklanan hedeflere göre yetersiz olduğu açıkça görülmektedir. Bu durum, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne sunulan 31/2005 no.lu toplu başvuruda Avrupa Roman Hakları Merkezi (European Roma Rights Centre (ERRC)) tarafından vurgulanmıştır. Bu merkeze göre, [Bulgaristan tarafından onaylanan] ‘ On Yıllık Roman Entegrasyonu için 2004 Eylem Planı [1999 yılında] onaylanan çerçeve-programı konu edinmekle yetinmektedir ve uygun bir finansmandan yararlanamamaktadır. Dağınık olarak uygulanan bir kaç önlem, fon sağlayıcılar ve bazı yerel sivil toplum kuruluşları sayesinde mümkün olmuştur’ (31/2005 toplu başvurusunun meşruiyeti üzerine alınan karar, 8 ekim 2006, paragraf 27). Komite, şüphelerini paylaşıyor gibi görünmektedir: 8 Ekim 2006 başvurusunun meşruiyeti üzerine alınan karar. (‘ Konut konusunda Romanların durumunu iyileştirecek tüm bu programlara ve hükümetin açık siyasi iradesine rağmen, ayrıca bu etki etmesi için alınan tüm önlemlere rağmen, toplu sonuçlar doğmamıştır’).

¹¹ Böyle bir yaklaşımın etkili eleştirisi için, voy. Ph. Alston ve J.H.H. Weiler, ‘Avrupa Birliği için tutarlı ve doğru İnsan Hakları Politikasına Doğru’, in Ph. Alston, M. Butselo ve J. Heenan (eds.), *Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Bruylant, Brüksel, 2001, s.3-68.

tabii ki, devletler ve bireylerin bazı haklarının tekrar tanınması ile yetkilendirilmiş olan devlet dışı paydaşlardır- yükümlülüklerinin, sanki bu söz konusu hakların anlamı, başlangıçtaki tanımlamalardan ibaretmiş gibi, kolayca belirlenebilir olduğuna dayanmaktadır. Tam aksine, insan haklarının anlaşılmasının bir program dahilinde olacağına dair geliştirilen bir yaklaşım, yasama veya yürütme organı tarafından, bildirilen hakların aşamalı olarak gerçekleşmesini temin etmek için, özellikle sadece yasama alanında olmayan girişimlerin hayata geçirilmesini zorunlu kabul ederek, bir taraftan temel hakların uygulanmasındaki engellerin sadece hukuksal değil, ayrıca uygulama kökenli olduğunu tanır; diğer taraftan da, bu hakkın tam tanımının *a priori* saptanamaz olduğunu ama söz konusu hakkın gerçekleşmesinin sağlanmasını sağlayacak programın uygulanması sırasında, aşamalı olarak izah edilmesi gerektiğini kabul eder.

İnsan haklarının yerine getirebileceği bu iki işlev, antinomik değildir; tam aksine tamamlayıcıdır. Her hakkın etkin bir şekilde gerçekleşmesi için, onu bir metnin içine dahil etmek veya bir hakimın koruması altına sokmak yeterli değildir: yanında ona eşlik eden bir politika olması gerekir ve diğer güçlerin eylemlilikleriyle hukuksal teminatın genişletilmesi ve tamamlanması gereklidir. Ama bunun aksine, aslında hakkın, onu gerçekleştirmeyi hedefleyen bir politikanın konusu olması, diğer tüm önlemlerin yanı sıra, hukuksal bir denetime tabi olmasını engellemez: hakimın kararı, bazı boyutları incelenemese ve hakkın tam olarak hayata geçirilmesi için yürütülmesi gereken politikaların tamamının içeriği hakkında peşin hüküm getirmese de bazı etkiler sağlayabilir. Avrupa Romanlarının entegrasyonu için Avrupa Sosyal Şartı'nın katkılarını inceleyen bu çalışmada öncelikle, Şart'ın tanıdığı iki boyut arasındaki diyalektiği göstereceğiz.(1) Daha sonra, uygulama eşitliği prensibinden yola çıkan yorumlamaları incelemek için, Romanlar'ın mağdur olduğu yapısal ayrımcılık sorununa değineceğiz (2).

I. Teminat altına alınmış Haklar ve Programa Alınmış Haklar

İnsan hakları, yargının koruması altına alınmış, bireye tanınan teminatları içerir. Aynı zamanda, bir bütün halinde idarenin bu hakların

güçlendirilmesi için gerçekleştirmeleri gereken hedeflere de işaret etmektedir. Bu, iki zıt boyutun birbirlerini tamamlayıcı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştik. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin öne çıkan özgünlüğü, birbirine zıt iki kavram arasında sağladığı birleşmede yatmaktadır. Bundan faydalanan kişiler için¹², Avrupa Sosyal Şartı, Komite'nin uyulmasını sağladığı öznel hakların kaynağıdır ve Komite, yapılan toplu şikayetler çerçevesinde, ihlali tespit etmekten çekinmez. Komite'ye Romanlarla ilgili olarak yapılan ilk toplu şikayet çerçevesinde, – Başvuruyu yapan kurum, Avrupa Roman Hakları Merkezi'dir, bu alanda görünürlüğü ve donanımı açısından en iyi sivil toplum kuruluştur – Komite, Yunanistan'ın Avrupa Sosyal Şartı'nın 16. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu düzenleme, taraf devletlerin, 'aile hayatının, sosyal ve aile hizmetlerinin verilmesiyle, vergi düzenlemeleleriyle, ailelerin ihtiyaçlarına yönelik konut inşaatlarına yapılan teşviklerle, genç ebeveynlere yapılan yardımlarla veya uygun diğer tüm önlemler aracılığıyla ekonomik, hukuksal ve sosyal alanda korunmasına destek verdiğini' taahhüt eder. Komite'nin ihlal kararı üç sebebe dayanmaktadır¹³: ilk olarak, Komite, 'asgari normlara uymayan konut şartlarında yaşayan Romanların sayısının çok olduğunu' ve 'hatta 16.maddenin gerekli kaynakların kullanması yükümlülüğünü getirdiğini göze alırsak, hiçbir sonucun olmadığını'¹⁴ saptamıştır. İkinci olarak, komite, 'geçici yerleşimlerinin ve tuvalet tesisatı gibi yaşam koşullarının' 'çok kötü' olduğuna ve Romanlara tahsis edilen uygun barınma alanlarının sayısının yetersizliğine işaret etmiştir. Bu durum, 'uygun yerlerin seçimi konusunda yerel yöneticilerin özenli müdahalelerinin bulunmamasından' ve 'gerekli altyapı çalışmalarını yapmakta çekimser davranmalarından' kaynaklanmaktadır¹⁵. Üçüncü olarak, bir toprağı yasadışı olarak işgal eden kişilerin o topraklardan çıkarılabileceğini ilke olarak kabul etmekle birlikte, Komite, yasadışı işgal kriterlerinin Romanlar söz konusu olduğunda abartılı bir şekilde genişletilmesinin ve

¹² İlgili devletlerden ve Şart'a taraf diğer devletlerden gelen kişiler söz konusudur ama prensipte üçüncü ülkelerden gelenlerdir: Sosyal Şart'ın ekine bakınız: 'Korunan kişilerle ilgili Sosyal Şart'ın Önemi' Bu belgede, yabancıların sadece normatif düzenlemelerle dahil edildiği ve ' ilgili taraf devletin topraklarında düzenli olarak çalışan veya yasal olarak ikamet eden anlaşmaya imza koyan taraf devletlerden birinden geldiği ölçüde (...) ' dahil edilir.

¹³ 15/2003 no.lu toplu şikayet, *European Roma Rights Centre (ERRC) c. Yunanistan*, 8 Aralık 2004 başvurusunun meşruiyeti üzerine alınan karar.

¹⁴ Paragraf 43.

¹⁵ Paragraf 46.

bu tahliye işlemlerinin, ilgili kişilerin¹⁶ haklarının korunması için yeterince kurala bağlı olmamasının kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. Aynı ihlal kararı, sadece Romanlar için alınacak önlemlerin kabulü sırasında bu makamların gelecekte de çekimser kalmaması yönünde değil, –zaten, uygun konaklama alanı veya yeterli konut eksikliği konularında Romanların durumunun iyileştirilebilmesinde çekimser kalmanın kötü olduğu görülmektedir–, aynı zamanda bu makamlara özellikle uygun konutlara erişimleri konusunda, Romanların sosyal entegrasyonunu güçlendirecek, özel önlemler almaları çağrısında bulunmuştur¹⁷. Şart'ın 16. Maddesinde bahsedilen hakkın bağımsız bir mahkemenin ihlaline ilişkin karar alması için yeterince açık olmasına rağmen, gerçekleşmesi için, ulusal makamlarca içeriği belirlenmesi gereken, ve zaman içerisinde oluşturulması gereken politikaların var olmasının zorunlu olduğunu göz ardı etmez. Bir hakkın ihlalinin saptanması, bu ihlalin anlamını kaybettirmez: kamu politikalarının oluşturulmasıyla, ihlalin ortaya çıkabileceği bağlama göre hakkın gerçekleşmesini sağlayan mevzuatlara ilişkin önlemlerin kabul edilmesini içerir.

Şart'ın tanıdığı hakların doğası, çelişen görünüşlerine rağmen, iki boyutun bir arada var olabildiği bir durumun oluşmasına yardımcı olmaktadır. Avrupa Sosyal Şartı'nın bir araya getirdiği haklar, Şart'a taraf devletlerden olan gelişmiş ülkelerde bile, hukuksal bir çerçevenin değerlendirilmesinin ötesinde, –faydaları tüm devletlere yayılmalıdır, bizim toplumlarımızda bulunan en dışlanmış kesimlerde bile– büyük oranda gerçekleşmeyi beklemektedir: bu yüzden, bu hakları somutlaştıracak kamu politikalarını geliştirmek ve uygulamak gereklidir. *ERRC* -. *Yunanistan*, toplu şikayeti üzerine varılan kararın ortaya koyduğu gibi, bu birlikte varoluş, toplu şikayet mekanizmasıyla düzenli devlet raporlamalarının kontrollerinin bir araya geldiği denetim mekanizması ile

¹⁶ Paragraf 50-51.

¹⁷ 8 Haziran 2005 tarihinde, 929. Bakan Temsilcileri toplantısı sırasında, 15/2003 başvurusunu takiben hazırlanan Avrupa Sosyal Hakları Komitesi Raporu gereğince Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan ResChS(2005)11 kararına bakınız: Bakanlar Komitesi, Yunanlı Romanların en iyi şekilde entegre olmalarını, Entegre Eylem Planı'nın hayata geçirilmesi, değerlendirmelerin yapılmasında ilgili taraflar (yerel makamlar da dahil olmak üzere) arasında etkin bir koordinasyon sağlayacak Eylem Planı reformlarının yapılması gerektiğini belirtir. Ayrıca Yunanlı Romanlar için, konut kredi programının geliştirilmesi ve gözden geçirilmesi ve de sosyal entegrasyonları için Komisyon kurulması gereğinin de altını çizmiştir. Yunanistan tarafından ifade edilen bu önlemler bu ülkedeki Roman entegrasyonları politikası çerçevesinde iyiye işaret olarak kaydedilmesi önemlidir. Bu önlemler sadece bu andan itibaren Yunan makamlarının Avrupa Sosyal Şartı'nın tanıdığı hakları ihlal etmekten çekineceklerine dair beyanlarını içermemektedir.

daha da gelişecektir. Yunanistan tarafından Şart'ın 16. Maddesinin uygulanmasına ilişkin, 15/2003 no.lu başvurunun esasına ilişkin verdiği karardan sonra açıklanan ilk değerlendirmelerinde¹⁸, Komite, Romanların entegrasyonu için Yunanistan tarafından tasarlanmış önemli yatırımları da göz önünde bulundurmıştır¹⁹. Romanların sosyal entegrasyonunu sağlamak için yaratılan eylem planının bütçesi 2002-2008 yılları için 308,2 milyon avrodur. Bu plan, evi olmayan, geçici barınma yerlerinde yaşayan Yunanlı Romanlara ev kredileri vermeyi amaçlayan önlemleri de içermektedir. Belediye sınırlarında bulunan toprakların mülkiyetinin, zor durumda bulunan kişilere öncelik vermek suretiyle, bu belediyelerdeki Roman vatandaşlara verilmesinin sağlanması hedeflenmektedir. Konut taleplerini karşılayacak yerleşim alanlarının inşaatını ve altyapı (geçici yerleşim mekanları, açık hava oyun alanları inşaatı, kültürel altyapılar) inşaatları için belediye tarafından arazilerin satın alınmasını sağlar. 15/2003 no.lu şikayet üzerine alınan karara gönderme yaparak, Komite, 'sosyal dışlamadan kaçınma, farklılıklara saygı gösterme, yerleşik veya göçmen, başka kaynaklardan destek alan tüm Roman vatandaşların ait olduğu gruplar için sözkonusu olan ayrımcılığın engellenmesi gibi zorunlulukları' öne çıkarır. 'Romanlar'ın çoğunun, asgari normlara uygun olmayan, ihtiyaçlarını karşılamayan konutlarda yaşadığını' belirtir. Sonuçta, kararda saptanan birinci ihlal sebebi, bir taraftan görülen ilerlemenin yavaşlığı diğer taraftan da göçmen Romanların özel ihtiyaçlarının yetersiz bir şekilde dikkate alınması nedeniyle giderilememiştir. Komite bu ikinci noktada yine de, plan çerçevesinde bazı önlemlerin alınmasında yeni yerleşim yerlerinin oluşturulması da söz konusu olduğu için, var olan alanların iyileştirilmesini, göçmen nüfusun konaklaması için altyapı düzenlemelerinin yapılmasını öngörür. Lakin, 'tüm altyapı imkanlarından mahrum, Romanlar'ın zor koşullarda yaşadığı kamplar hala' bulunmaktadır. Komite, ikinci sebebe yönelik ihlalin giderilmediğini ifade etmektedir. Bu dışlanmalara karşı

¹⁸ Bu düzenlemeye ilişkin 2004 yılında verilen nihai kararlarda (Concl. XVII-1, s. 19), Komite, 'Roman Ailelerin özellikle konut konusunda, ihtiyaçlarına ve sayılarına göre uygun konut eksikliği konularında çok ciddi sorunlarla karşılaştıklarını' ifade etmiştir ve de – Bu duruma son vermek için Yunanistan tarafında ele alınan girişimlerin önemini vurgulamışlardır.– Komite, 'bir sonraki raporun gerçekleşen ilerlemeler hakkında güncel bilgiler içermesini' talep etmiştir. Bu saptama, bu durum hakkında Avrupa Roman Hakları Merkezi tarafından yapılan başvuruya ilişkin alınan karara takiben yapılan saptamadan daha kapsamlıdır. Ce constat est naturellement plus vague que celui qui a pu être fait à la suite de la décision sur la réclamation introduite par le European Roma Rights Centre à propos de cette situation.

¹⁹ Layihalar XVIII-1 (Yunanistan), s. 14-15.

alınması gereken önlemlerin eksikliğiyle, Komite, üçüncü sebebe yönelik ihlalin de giderilmediğini gösterir. Sonuçta, 15/2003 no.lu *European Roma Rights Centre (ERRC) - Yunanistan* toplu şikayetinin esasına ilişkin kararda belirlenen ihlaller çözülememiştir' ve durumun Şart'ın 16. Maddesine uygun olmadığına kararı verilmiştir.

Aynı zamanda, Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın yükümlüklerine uyum olmadığını saptadığı devletin aldığı önlemleri izleyebilir mi? Bu olasılık, devletlerin istekliliğin az olduğu dikkate alınarak, genelde, Şart'ın onlara yüklediği yükümlülüklerin hepsine sadık olarak görevlerini yerine getirdiklerinde önemlidir. Komite'ye, Roman Hakları konusunda yapılan ikinci toplu şikayet önemli bir örnek teşkil etmektedir²⁰. İtalya'da Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, E maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı hükmüyle bir arada ya da ayrı olarak, 31. Maddesinin ihlal edildiğinden, önceki davada²¹ ihlal kararına götüren tüm nedenlere benzer nedenler taşıdığı gerekçesiyle şikayetçi olunmuştur. Sözü geçen ilk düzenleme, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 31.maddesi'nin 1. Paragrafında, yeterli nitelikte bir konuta erişim hakkını teminat altına alır. Komite'nin yaptığı yoruma göre, bu konut 'sağlıklı bir konut'u (yani, başlıca konfor maddelerini içeren: su, ısıtma, ev atıklarının dışarı atılması, tuvalet altyapısı, elektrik) ifade

²⁰ 27/2004 no'lu toplu şikayet, *European Roma Rights Centre (ERRC) - İtalya*, esas hakkında karar, 7 Aralık 2005.

²¹ *ERRC - Yunanistan* davasının özelliklerinden bir tanesi, Yunanistan'ın Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı kabul etmemesiyle, Romanların konut şartlarının, göçebe Romanların kamp yerlerinin yetersiz sayısı, yasa dışı olarak bir toprağı işgal eden Romanların atılma prosedürlerindeki ihtiyari risklerin başvuru yapan kurum tarafından, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın konut hakkını teminat altına alan düzenlemesini (Madde 31) temel alarak değil, ilk bakışta daha az uygun olduğu görülse bile, 1961 Avrupa Sosyal Şartı'nın 16. Maddesini temel alarak ifade edilmesi gerektiği durumlarında yer alır. Bundan farklı olarak, 27/2004 no'lu toplu başvuruda, İtalya Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylayan ilk ülkelerden biri olduğu için -1 Eylül 1999'da yürürlüğe girmiştir - Avrupa Roman Hakları Merkezi (ERRC) bu metnin 31. Maddesinden ve Şart içinde yer alan haklardan yararlanarak ayrımcılık yapılmaması teminatını içeren, Yenilenmiş Sosyal Şart'ın E maddesinden destek alabildi. Alınan teminatların sınırlandırılması konusu, sırayla Avrupa Sosyal Şartı'nın (veya Yenilenmiş Şart'ın) 16. Maddesinde ve Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 31.maddesinde 31/2005, *ERRC - Bulgaristan* toplu şikayetinin incelenmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Bulgaristan - Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı 31. Maddesini kabul etmeden onaylamıştır- 31. Maddeden kaynaklanan konut hakkının yükümlülüklerinin yorumlanmasının 16. Maddeyle ilişkilendirilmesi konusuna itiraz ediyordu. Komite, 'Şart'ın diğer bir çok düzenlemeleri örneğini izleyecek olursak, 16. ve 31. Maddeler, maddi ve kişisel uygulama alanlarına göre farklı tutumlara sahipler ama konut hakkı konusunda kısmi de olsa çoğu bakış açıları keşişiyor. Belirli seviyede konut ve sınır dışı etme, atma kavramları 16. Ve 31. Maddede aynı şekilde işlenmektedir.' demmiştir. (18 Ekim 2006, esasa ilişkin kararın 17. paragrafı)

eder. Bu konut sağlıklı yapıların bir parçası olmalıdır: gereğinden fazla nüfusu barındırmamalıdır ve mekanların korunmasına ilişkin yasal teminata sahip yerler olmalıdır²². Şikayetin esasına ilişkin 7 Aralık 2005 tarihinde verdiği kararında, Komite Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesi ve 31 § 1 maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. İtalyan makamları, Romanların ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte ve sayıda konut onlara sağlamayarak gerekli önlemleri almamışlardır. Yerel yönetimlerin bu hakkı teminat altına alma sorumluluğunun gereği olan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamamışlardır. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 31. Maddesinin 2. Paragrafına da başvurulmuştur. Bu düzenleme, taraf devletlerin 'gittikçe artan dışarıda bırakılma nedeniyle artan evsizlik durumunu önleyeceğini ve azaltacağını' taahhüt eder. Komite, taraf devletlerin 'sınır dışı edilme prosedürleri uygulandığında, bir taraftan gerekçelendirmesinin, diğer taraftan da bu kararın söz konusu kişilerin haysiyetlerine uygun şartlarda uygulanmasının, hatta sonunda başka bir yere yerleştirilmeleri^[23] benzeri çözümlerin mümkün olduğu kadar sağlanmasının gerektiği' çıkarımında bulunmuştur. Kanun, kişilerin bu bölgelerden çıkartılmalarına ilişkin koşulları, hangi zamanlarda bu işlemlerin gerçekleştirilemeyeceğini (gece veya kış mevsiminde) düzenlemeli, hukuksal başvuru yollarını tanımlamalı, tazmin talepleri için ihtiyacı olanlara adli yardım sunmalı, yasa dışı bir atılma olması durumunda para cezasına hükmetmelidir²⁴. Bu noktada özellikle, Komite, İtalya'da Romanlara yapılan muamelenin Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'na uygun olmadığı sonucuna varmıştır: E maddesi ve 31 § 2 maddesinin ihlal edildiğini saptamıştır. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 31 § 3 maddesi, devletlerin 'yeterli kaynakları olmayan kişiler için konut fiyatlarını uygun hale getirmeye yönelik önlemler alması' gerektiğini öngörmektedir. İtalya, Avrupa Roman Hakları Merkezi'nin iddialarını ikna edici bir şekilde çürütememiştir. Çün-

²² Sonuçlar 2003, Madde 31 § 1, Fransa, s. 235, İtalya, s. 364, Slovenya, s. 593, ve İsveç, s. 694. Ayrıca ve özellikle, 15/2003 nolu toplu şikayetin esası hakkında 8 Aralık 2004 tarihli karara, *ERRC - Yunanistan*, paragraf 24; ve 31/2005 nolu toplu şikayetin esası hakkında 8 Ekim 2006 tarihli karara, *ERRC c. Bulgaristan*, 34. paragrafa bakınız. Bu son kararda, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, 'Barınmanın geçici olarak sağlanmasının tatmin edici bir sonuç olamayacağını ve ilgili kişilerin yeterli seviyede konutun onlara makul bir süre içinde sunulmasını bekleyebileceklerini' vurgular.

²³ Sonuçlar 2003, Madde 31 § 2, Fransa, s. 240, İtalya, s. 367, Slovenya, s. 596, ve İsveç, s. 697.

²⁴ 27/2004 no'lu toplu şikayet, *European Roma Rights Centre (ERRC) - İtalya*, şikayetin esası hakkında 7 Aralık 2005 tarihli karar, paragraf 41.

kü bu iddialara göre sosyal konutların verilme kriterleri onların nezdinde dolaylı bir ayrımcılıkla sonuçlanmıştır. Komite, bu üçüncü sebepten de Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın ihlal edildiğine karar verir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yayınlanan raporu sonrasında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından onaylanan karar, Bakanlar Komitesinde yaptığı açıklamada İtalya tarafından ifade edilen niyetleri dikkate almıştır. İtalya'yı, yapılan açıklamada belirtilen, Romanlar, Sintiler ve göçebelere ilişkin tüm sorunlar için ulusal planda bütüncül bir strateji tanımlaması, kanun tasarısını onaylaması ve daha genel olarak Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından belirlenen ihlallere son vermesi için gerekli önlemleri geliştirmesi noktasında destekler²⁵. Bir önceki davada olduğu gibi, bir görev dağılımı, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi – onun bilgisine sunulan bir durumun Şart'a uygun olup olmadığını saptamakla görevli– ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli araçların sahibi ve yerel bir durumun özelliklerini dikkate alarak Şart'a uygun önlemleri almak zorunda olan ilgili devlet arasında yapılmaktadır. En az üç noktada Bakanlar Komitesi önünde İtalya tarafından yapılan savunmada, 27/2004 no.lu şikayetin esası hakkında alınan karara tatmin edici bir cevap getirilememesi çarpıcıdır. Ayrıca, Komitesi önünde İtalya'nın yaptığı savunmada, konut konusunda Roman azınlıkların ihtiyaçlarına ilişkin nesnel ve eksiksiz bir görüşe sahip olunmasını sağlayan verilerin toplanması konusuna hiç temas edilmemiştir²⁶. Bunun da ötesinde, Komite, 'olumlu bir şekilde İtalya'yı yapması gerektiği gibi [Romanları konut konusunda] yalnız bırakan farklılıklarını (...) dikkate almadığı ve onların sevinçlerinin herkese açık olması için elinden geleni yapmadığı'²⁷ için uyarır. Hükümet, 'İtalyan mevzuatında, etnik, dil veya din kökenlerine göre vatandaşlar arasında hiçbir ayırım olmadığı' cevabını verir. İtalyan vatandaşlığına sahip, [70 000 olduğu sanılan] Romanlar diğer tüm İtalyan vatandaşlarla aynı seviyeye konulmuştur.– bu da doğal olarak yetersizdir. Avrupa Sosyal

²⁶ 3 Mayıs 2006 tarihinde, 963. Bakan Temsilcileri Toplantısı sırasında Bakanlar Komitesi tarafından, Avrupa Roman Hakları merkezi'nin İtalya'ya karşı yaptığı 27/2004 nolu toplu şikayet üzerine kabul edilen ResChS(2006)4 kararı. İtalya'nın beyanı kararın ekinde olup, karar uygulanan önlemleri gösterir ve Komite tarafından incelenen durumları aydınlatıcı bilgiler verir.

²⁷ 27/2004 nolu toplu başvurunun meşruiyeti üzerine alınan kararın 23 ve 24. Paragraflarıyla karşılaştırılabilir. Bu konuda, ayrıca 81. Dipnota bakınız.

Haklar Komitesi, tahliye usullerinin ‘yeniden konutlara yerleştirme çözümünü içermesini’ açıkça zorunlu kılarken ve de kanunun ‘[tahliyelerin] olamayacağı anları (gece ve kış mevsiminde)’ düzenlemesini gerekli görürken²⁸, İtalya’nın cevabı, ‘ayrımcılık yasağı ilkesine göre, failin ırkı yada etnik kökeni ne olursa olsun kanun dışı hareketlerin cezalandırılması gerektiğini’ hatırlatmak şeklinde olmuştur ve bu haliyle Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından yapılan Şart’ın yorumunu göz ardı eder durumdadır.

İlgili devlet tarafından, ihlal saptanması durumunda, siyasi bir kurumun – Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi – değerlendirmesine bırakmayı engellemek ve Şart’ın yükümlülüklerinin uygun bir şekilde yorumlanmasını temin etmek için, Avrupa Sosyal Haklar Komitesine inceleme fırsatı verildiğini görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, 14 no’lu Protokol’ün Sözleşme’ye getirmek istediği yeniliklerden birisi de Sözleşme’nin denetim sistemini değiştirerek, Bakanlar Komitesine, nihai bir kararın yorumlanmasında yaşanan bir sorun hakkında fikir bildirmesi için AIHM’e başvurma yetkisi vermeyi içermektedir. Özellikle söz konusu kararın uygulanmasını denetleme yükümlülüğünü böylesi bir yorum güçlüğünden dolayı yerine getiremiyorsa bu başvuruyu yapması bir zorunluluktur²⁹. Avrupa Sosyal Şartı sisteminde bu olasılık, onu kabul eden devletler için, toplu başvuruların mekanizmasının birlikte var olmasından ve de Şart’ın uygulanması için devletlerin periyodik olarak güncellemeleri gereken rapor tabanlarında yapılan kontrollerden kaynaklanır. Toplu başvuruların mekanizmasının birlikte var olmasının ve aynı uzman kurul nezdinde gerçekleşen devlet raporlarının³⁰ da önemli bir avantajıdır. Bu birlikte varoluş, bir taraftan hukukun ihlalinin saptanmasının ayrışmasını sağlar, diğer taraftan da bu ihlalin ortadan kaldırılması için gereken çarelerin bulunmasını sağlar: Komite ihlal kararında çağrıda bulunduğu çarelerin kökenini belirtmekle kendini yükümlü görmeyebilir ve yapabileceği için, devletlerin sunmak zorunda oldukları periyodik raporların temelinde, devletlerin aldıkları önlemlerin taahhüt ettikleri sonuçları teminat alacak kadar uygun olup olmadığını değerlendirir. Komite’nin uyguladığı kontrolün

²⁸ Paragraf. 36.

²⁹ Paragraf. 41.

³⁰ Sözleşmenin kontrol sistemini değiştiren, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi’ne Ek 14 no’lu Protokol’ün 16. Maddesine bakınız. (STCE n° 194, 13 Mayıs 2004’te Strazburg’ta imzalanmıştır.) Bu Protokol Sözleşme’nin 46. Maddesini değiştirmiştir.

zaman içine yayılması – hakimın yargılama yetkisi tek sefere indirilirken– Bu ihlalin gerektirdiği tanımlamaları yapmanın ilgili devlet makamlarına bırakmanın riskini taşımadan, sürekli iyiye gidecek şekilde gerçekleştirmeye konu olan bazı hakların ihlallerinin tespitini yapmasını sağlıyor.

II. Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Sosyal Şartı'nda ayrımcılığın önlenmesinin kapladığı merkezi alan, çok kısa süre içinde elde edilen bir kazanımdır. Hiç şüphesiz, 1961 Şartı da, 1. Maddenin 2. Paragrafının kapsamlı yorumlanmasını temel alarak, İş Kanunu gereğince iş hayatındaki ayrımcılıklara karşı bir teminat sunmaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesinin modeli üzerine şekillenerek, 1996 tarihli Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı, E maddesine ayrımcılık yapılmaması genel koşulunu ekleyerek bu teminatı iş hayatının da ötesine taşımıştır³¹. Yazının ilerleyen bölümlerinde bu gelişim ele alınmıştır ve Romanların eşit muamele görmesini sağlamak için yapılan çalışmalar incelenmiştir.

1. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartında Ayrımcılık Yasağı

Şartın başlangıcında, 'Hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiğinden' bahsedilmesine rağmen, 1961 Avrupa Sosyal Şartı muamele eşitliği veya ayrımcılık yasağı konusunda açık bir düzenleme içermez³². Bununla birlikte Şarta taraf olan ve Avrupa Sosyal Şartının³³ 1. Maddesinin 2. Paragrafını kabul

³¹ Doğal olarak, Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde sunmak zorunda oldukları periyodik raporları hazırlama yükümlülüğünü dikkatli bir şekilde yerine getirmeleri gerektiğini iddia eder. İtalya, bu anlamda örnek teşkil edememiştir. 2005 (İtalya) Sonuçlarına bakınız (Yenilenmiş Şart'ın 8, 11, 14, 17, 18, 23, 25, 27, 30 ve 31. maddeleri).

³² Ayrıca, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı engelli ve yaşlı kişilerin sosyal korunmasını ve entegrasyonunu hedefleyen özel düzenlemeler içerir. Bu incelemede, Romanların entegrasyonu konusunda Avrupa Sosyal Şartı'na katkı sağlamada kendini sınırlayan o düzenlemeleri bir kenara bırakalım.

³³ Madde 3 paragraf 4, 'kadın ve erkek çalışanların aynı işte aynı maaşla çalışma hakkı olduğunu' tanıır. 1988 Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokolün 1. Maddesi, Avrupa Birliği mevcut Müktesebatı'ndan esinlenerek oluşturduğu terimlerle (ETS, NO:128; 4 Eylül

eden devletler, ‘çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı’ taahhüt ederler. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi,– Şart’ın başlangıcıyla birlikte– bu maddeyi, iş yerinde her türlü ayrımcılığın engellemesi olarak okumuştur³⁴. Şart’ın 1. Maddesinin 2. Paragrafı devletlerden ‘iş yerinde yasal olarak doğrudan veya dolaylı olan her türlü ayrımcılığı yasaklamasını talep eder. (...) Bu maddeyle yasaklanan ayrımcı kanun ve düzenlemeler işe alma ve daha genel tabirle çalışma şartlarıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek maddelerdir. (özellikle, maaş, eğitim, terfi, atamalar, işten çıkarmalar ve tüm diğer zarar verici eylemler)’³⁵.

Şart’ın 1.maddesinin 2. Paragrafına uygun olması için, bu maddeyi kabul eden devletler, artık ‘ayrımcılığın etkin bir şekilde engellenmesini temin etmek için hukuki önlemler almak’ zorundaydılar³⁶. Avrupa Sosyal Şartının kapsamına giren tüm kişilerin işe erişimini mümkün kılmayı ve iş yerinde hiçbir ayrımcılığa maruz kalmadan davranılmasını sağlamaları gerekir; ayrıca hukuki çerçevenin etkin olmasını sağlamaya teşvik edilmişlerdir. Bu şekilde Komite ek yükümlülükler getirmiştir (a). Ama Hukuki önlemlerin ötesinde, bazı hedef grupların mesleki entegrasyonlarını destekleyen siyasi önlemlerin, ayrımcılığın etkin bir şekilde yasaklanmasının getirdiği yükümlülüklerin hukuki çerçeveye aktarımını tamamlaması öngörülmüştür (b).

a) Ayrımcılığı Yasaklayan Hukuki Çerçeve

Avrupa Sosyal Haklar Komitesine göre, istihdam ayrımcılığını yasaklayan hukuki çerçevenin³⁷ ayrım kriterlerine veya en azından, siyasi görüş, din, ırk, dil, cinsiyet, yaş ve sağlık³⁸ kriterlerine dayanan ayrım-

1992’de yürürlüğe girmiştir) fırsat eşitliği hakkını ve iş ve çalışma konularında cinsiyete dayanan ayrımcılık olmaksızın muamele eşitliği hakkını temin eder.

³⁴ 3 mayıs 1996’da imzaya açılmış, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı eşdeğer bir madde içerir. Bu madde üzerine daha sonra ortaya çıkan gözlemler bu iki aracı da içermektedir.

³⁵ Örneğin, Sonuçlar, 2002, s. 22-28 (Fransa).

³⁶ Ayrıca layihalar. XVI-1, cilt. 2 (Lüksemburg), s. 377-380’e de bakınız. Bu Sonuçların, Yenilenmiş Şart’ın 1. Maddesinin 2. Paragrafına uygun olarak, ‘ayrımcılıkla mücadele için sarfedilen çabaların etkinliğini destekleyen’ önlemler listesini içermediği halde...

³⁷ age.

³⁸ Komite, Hollanda Batı Hint adalarına dair sonuçlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1.maddesinin ve de sivil ve siyasi haklara dair uluslar arası antlaşmanın 26.maddesinin doğrudan uygulanmasının, yetersiz hukuki temel oluşturduğunu ve istihdamdaki ayrımcılığın daha belirgin bir hukuki yasağın konusunu teşkil etmesi gerektiğini belirtmiştir: Sonuç XVI-1, cilt 2, s. 464-467 bakınız. Aynı şekilde, ayrımcılık yasağının ülkenin Anayasasında genel hüküm olarak belirtilmesi de yeterli olmayacaktır, çünkü Komite ‘profesyonel hayatlarının her yönünde korumak için yeterince detaylandırılmış (...),

cılığa karşı bir koruma sağlaması gerekmektedir. Ayrımcılığa karşı koruma sağlayan hukuki çerçevenin Şartın 1.maddesinin 2.paragrafına uygun olması için en azından dört özelliğe sahip olması gerekmektedir: İlkin, korunan çalışanların iş bulmalarına engel oluşturan durumların ortadan kaldırılmasını sağlaması gerekmektedir.³⁹ Tarafların, eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı veya azaltmayı hedef alan pozitif eylem politikası çerçevesinde yer almayan ve bu tür muamele farklılıklarını ortadan kaldırmayanlar ile, eşit muamele⁴⁰ prensibine riayet etmeyen sözleşme ve yönetmelik hükümlerini veya idari düzenlemeleri kaldırmalıdır.⁴¹ Komite ayrıca ayrımcı yerel mevzuatın uygulanmadığı savunmasının, yerel durumun Şartta uygun görülmesi için yeterli olmadığını ifade etmiştir.⁴² Hukuki çerçeve ayrıca, toplu iş sözleşmelerde, iş sözleşmelerinde veya şirket yönetmeliklerinde yer alan ve eşit muamele prensibine aykırı olan her bir düzenlemenin geçersiz sayılacağını veya iptal edileceğini, kaldırılacağını veya cezai işleme tabi olacağını öngörmelidir. İkincisi; ayrımcılığın iddia edilmesi durumunda başvurulabile-

istihdamdaki ayrımcılıkla ilgili özel mevzuatın oluşturulmasını' zorunlu kılmaktadır (1982 Türk Anayasasının 10.maddesi gereğince tanınan koruma ile ilgili : Sonuç XVI-1, cilt 2 (Türkiye), s. 637-640 bakınız).

³⁹ Komite, zaman zaman, ayrımcılığı bu nedenlerin yalnızca bazılarına yönelik olarak yasaklayan yerel mevzuatın ASŞ'nin 1.maddesinin 2.paragrafı ile uyumu ile ilgili şüphelerini dile getirmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, İtalya'ya dair Sonuçlarında, İtalyan hukuk sistemi içerisinde yer alan istihdamdaki ayrımcılık ile ilgili düzenlemeleri incelemiştir. 300/1970 sayılı Yasanın 15.maddesinin (çalışanların statüsü) – siyasi görüşlerinden, dininden, ırkından, dilinden veya cinsiyetinden dolayı bir çalışana karşı ayrımcılık yapılmasını yasaklayan– yaş ve sağlık ile ilgili ayrımcılık için bir koruma sağlamadığını tespit eden Komite, Şartın 1.maddesinin 2.paragrafı gereğince bu eksikliği telafi etmek gerekeceği sonuna varmıştır (Sonuç 2002 (İtalya), s. 75). Komite, Şartın aynı maddesi ile ilgili olarak aynı dönemdeki Romanya'ya dair Sonuçlarında, sağlıkla ilgili ayrımcılığın yasaklanmış olduğunun uygulanabilir yönetmeliklerde özellikle belirtilmemiş olmasına rağmen, Romanya hukuk sisteminde özellikle belirtilmiş olduğunu dikkate almıştır (Sonuç 2002 (Romanya), s. 117-121). Ayrıca, bakınız Sonuç XVI-1, cilt 2 (Belçika), s. 56-63.

⁴⁰ Örneğin, Komite, taraf Devletlerin vatandaşları ile ilgili olduğunda, istihdamdaki ayrımcılığın ASŞ'nin 1.maddesinin 2.paragrafı gereğince yasaklanmasının, uyruk ile ilgili nedenlere dayanan ayrımcılığı da kapsamı gerektiğini ifade etmiştir. (ASŞ'ye göre, yabancılardan Şartın 31.maddesi gereğince yerine getiremeyecekleri görevler, türlerinden dolayı kamu menfaatinin korunması veya ulusal güvenlik ile ilgili olan ve kamu gücünün kullanılmasını gerektiren görevlerdir). Polonya ile ilgili olarak 'Daimi olarak Polonya'da ikamet eden ve doktorluk yeterliliklerini Polonya'da elde etmiş olan yabancı uyruklular, tıp mesleğine dair 5 Aralık 1996 Yasa gereğince, ayrıca mesleklerini icra etme iznini talep etmelidirler. Bu tür bir iznin alınması gerekliliğinin ilgili ilçenin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Komite bu tür bir uygulamanın istihdam ile ilgili olarak, Şartın 1.maddesinin 2.paragrafına aykırılık gösteren, istihdam ayrımcılığına yol açacağını değerlendirmiştir (Sonuç XVI-1, cilt 2, s. 524-528).

⁴¹ Sonuç XIII-5, s. 253.

⁴² Sonuç XVI-1 (Hollanda) (1.madde 2.para.).

cek etkin ve uygun karşı başvuru mekanizmalarının da var olması gerekmektedir. Komite, Romanya'ya dair Sonuçlarında, ayrımcılık iddiası durumunda ispat külfetine dair bir düzenlemenin var olmamasının ve ayrımcılığa karşı düzenlemelerin ihlal edildiğini sadece mağdur olan kişinin kanıtlaması gerekmesinin üzücü olduğunu ifade etmiştir. Komite bu durumun ayrımcılığın istihdam ile ilgili olarak yasaklanmasının etkililiğine zarar verecek türden olduğunu düşünmektedir. Komite Şartın, açık bir kural ile ifade edilen veya pratikte uygulanan her türlü ayrımcılığı yasakladığını hatırlatmakta ve fiili ayrımcılık durumunda, başvuranın muamele farklılığı yaşadığını kanıtlamasının oldukça zor hatta olanaksız olduğunun altını çizmektedir⁴³. Komite Malta ile ilgili Sonuçlarında, bu Devletten ayrımcılık iddiası karşısında kullanılacak olan kanıt toplama yöntemi hakkında bilgi talep etmiş ve 'Ayrımcılığın var olduğunu belirlemek için Hakimin işverenin niyetini değerlendirip değerlendirmedeğini' bilmek istediğini belirtmiştir⁴⁴. Üçüncüsü; hukuki çerçevenin 'şikayette bulunmuş olan veya dava açmış olan bir çalışanın işveren tarafından işten çıkarılmasına veya işverenin her türlü diğer misilleme eylemlerine karşı koruma' sağlaması gerekmektedir⁴⁵. Dördüncüsü; ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda, Yasanın 'işverenleri yeterince caydıran cezalar ve de mağdur olanın uğradığı zarara orantılı uygun tazminat' öngörmesi gerekmektedir⁴⁶. Devletlere istihdam konusunda ayrımcılığı yasaklayan uygun hukuki çerçevelere sahip olma zorunluluğu getiren bu farklı bileşenler ayrıca Avrupa Birliğinin CE 13. Maddeyi temel alarak ortaya koyduğu araçlarda da belirtilmiştir⁴⁷: bu kuralların güçlü yaklaşması, Komitenin Avrupa Sosyal Şartının 1.maddesinin 2.paragrafı ile bağlı olmayı kabul eden taraf Devletleri, Avrupa Birliği devletlerinin konu olması durumunda, istihdam

⁴³ Sonuç XIII-3, s. 66. Sonuç XVI-1, cilt 2 (Avusturya), s. 22-27

⁴⁴ Sonuç 2002 (Romanya), s. 117-121.

⁴⁵ Sonuç XVI-1, cilt 2 (Malta), s. 408-411.

⁴⁶ Komite, Romanya'ya dair Sonuçlarında 'Romanya hukukunda, ayrımcılıktan dolayı şikayette bulunmuş olan veya dava açmış olan bir çalışanın işvereni tarafından işten çıkarılamaması veya misilleme yapılamaması için hangi özel garantilerin öngörüldüğünü' sormuştur (Sonuç 2002 (Romanya), s. 117-121). Bu alanda, Avrupa Komisyonu, ırkçılığa ve hoşgörüsüzlüğe karşı, ırkçılık ile ırksal ayrımcılığa karşı mücadeleyi hedef alan yerel mevzuatla ilgili 7nolu genel politika tavsiyelerinde, şikayette bulunanın ve de tanıklık edecek olanların mağdur durumuna düşmemesi için korunmaları gerektiğini tavsiye ettiğinden, daha da ileri gitmiştir (CRI(2003)8 13 Aralık 2002 tarihinde kabul edilmiş).

⁴⁷ Komite, tazminatın 'mağdur tarafından uğranan zarara orantılı olup olmadığını' değerlendirmeye çalışmaktadır (Sonuç XVI-1, cilt 1 (Çek Cumhuriyeti), s. 125-129). Komiteye göre, ihbar süresinin ücretine eşit tazminat yeterli görülmemektedir: Sonuç XVI-1, cilt 2 (Polonya), s. 524-528 bakınız.

konusunda ayrımcılık yapılmamasına dair zorunlu kılınan yükümlülük-
lere uyulmasını, düzenli olarak teşvik ettiğini açıklayacaktır.⁴⁸

Komite ayrıca, kendi ifadesi ile, ‘ayrımcılık ile, Yenilenmiş Şartın 1.maddesinin 2.paragrafına göre savaşmak için gösterilen gayretlerin etkililiğini tam olarak desteklediğinden’, teşvik edilmesi gereken birkaç tedbiri belirtmektedir. Bu düzenlemeye tabi olan Devletlerin bu bakımdan ‘özel şahıslar adına olsa dahi, sendikaların istihdam ayrımcılığı durumunda harekete geçme hakkını’ tanıması gerekmektedir.⁴⁹ Devletlerin ayrıca ‘ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesinde hukukî menfaati bulunan bazı gruplar tarafından bir toplu şikayet başvurusu yapılması ihtimalini’ dikkate alması gerekmektedir. Son olarak ise, Devletlerin ‘muamele eşitliğini, özellikle ayrımcılıktan dolayı mağdur olmuş kişilere dava açmak için gerekli olan desteği sağlamak için, bağımsız özel bir kurum oluşturmaları gerekmektedir’.⁵⁰

b) Hedef grupların meslekî entegrasyonunu iyileştirmeye yönelik politikalar

Gerekli olmasına rağmen, üstte belirtilmiş olan yasal önlemler Komiteye göre yetersiz görülebilir: istihdam konusunda tam eşit muameleyi desteklemek için ayrıca somut tedbirlerin de alınması gerekecektir.⁵¹ Dolayısıyla, Komite taraf olan Devletleri, azınlıkların entegrasyonunu sağlayacak, aktif istihdam politikası yürütmeye teşvik etmektedir. Komite, bu bağlamda, İstihdama yönelik Avrupa Stratejisi çerçevesinde kabul edilmiş olan (SEE) – 1997 senesinin Kasım ayında Lüksemburg Avrupa Konseyinde açıklanmış – ve bir kısmı, dezavantajlı grupların istihdam pazarına entegre edilmeleri ile ilgili olan yönergeleri refe-

⁴⁸ Konseyin, ırk veya etnik köken ayrımı yapmaksızın eşit muameleye tabi olmaları prensibinin uygulanmasına dair 29 Haziran 2000 tarihli, 2000/43/CE nolu yönergesine JO L 180, 19.7.2000, s. 22 ; ve iş ve istihdam konusunda eşit muamele yapılmasını destekleyen genel çerçevenin yaratılmasına dair 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/CE nolu yönergesine, JO L 303, 2.12.2000, s. 16 bakınız.

⁴⁹ Komite, örneğin, Almanya’ya dair sonuçlarında ‘İstihdam ile ilgili Yasaların bölüm pörçük olması ve ispat külfetinin tamamen şikayet edene yüklenmesinin, çalışanların haklarını kullanmaktan çekinmelerini sağlayan oldukça önemli bir engel oluşturduğunu söylemiştir. Komite, Almanların bu probleme karşı özel prosedür veya mevzuat oluşturmayı öngörüp görmediklerini sormaktadır. Örneğin, Konseyin iş ve istihdam konusunda eşit muamele yapılmasını destekleyen genel çerçevenin yaratılmasına dair 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/CE nolu yönergesinin ülkenin mevzuatına dahil edilmesi’ düşünmüştür (Sonuç XVI-1, cilt 1, s. 236-242). Birliğin mevzuatın referans gösterilmesi Komitenin görüşüne hiç de olağanüstü değildir.

⁵⁰ Sonuçlar 2002 (İtalya), s. 75’e bakınız.

⁵¹ Sonuçlar 2002 (Slovenya), s. 174-176.

rans almıştır.⁵² Komitenin ayrımcılık olduğu konusundaki ısrarı Şartın 1.maddesinin 2.paragrafının zorunluluklarını bir bütün halinde yorumlamasına dayanmaktadır. Bu paragrafa göre ‘Gerekli olan bir zorunluluk olmasına rağmen, Şarta uygun olan uygun yerel mevzuat, Şartta belirtilen ilkelerin pratikte gerçekten uygulandıklarını garantilemeye yetmemektedir. Bundan dolayı, işlere erişilebilmesi açısından, sadece ayrımcılığın yasaklanmış olduğunu resmi olarak yayınlamak yetmemektedir (...); bu tür bir ayrımcılığın uygulanmasının da ortadan kaldırılması gerekmektedir’.⁵³ Böylece, kadınların veya bazı azınlıkların istihdam pazarındaki durumunun yetersiz kalması durumunda, Komite, bu durumun o anda alınan tedbirlerin yetersiz olduğunu kanıtladığını düşünmektedir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (O dönemde Bağımsız uzmanlar Komitesi olarak adlandırılmaktaydı) ilk döneminden itibaren, Şartın 1.maddesinin 2.paragrafının kabul edilmesinin, taraf olan Devletlere ‘özellikle [iş bulma] hakkının tam olarak kullanılabilmesini sağlayacak uygun eğitimi verme zorunluluğunu getirmekte olduğunu ifade edegelmıştır’⁵⁴. Komitenin Şartın bu düzenlemesine dayanarak, hem ayrımcılığı yasaklayan *hukuki çerçevenin* üstünlüğünü, hem de geleneksel olarak istihdam pazarından uzak tutulan bazı hedef grupların entegrasyonunda elde edilen *sonuçları* incelemesi durumunda, bunda şaşırtıcı bir şey olmamaktadır. Bu grupların üyelerine eğitim ve öğretim vermek, taraf devletlere bu düzenleme gereğince olan yükümlülüklerine riayet etme olanağı sağlamaktadır. Bu özellikle, istihdam pazarında yetersizce temsil edilmelerinden dolayı Romanlar ile ilgilidir.⁵⁵

⁵² İtalyaya dair yayınladığı ilk Sonuçlarında, Komite, ‘özelikle kamu hizmetleri başta olmak üzere, kadınların belirli görevlere getirildiğine dair İtalya’nın ilk raporunda maalesef yeterli bilgiye rastlanmadığını” ifade etmiştir; Şart tarafından temin edilen hakların özellikle kadınlara ayrımcılık yapılmaması gibi haklarda, sadece devletlerin bu kişilerin bazı işlere alınması önündeki tüm hukuki engellerin kaldırılmasını değil ayrıca, bu kişilere eşit muamele edilmesini garanti edecek durum yaratılması için pratik ve olumlu önlemler alınmasını talep eder.’ (Sonuçlar. I (1.1.1970’de yayınlanmıştır), sayfa 15-16). Ayrıca, bakınız Birleşik Krallık’a dair yapılan denetimler neticesi yayınlanan Sonuçlar: Sonuçlar I (1.1.1970’de yayınlanmıştır), sayfa 16.

⁵³ XVI-1, cilt. 2 (Norveç), s. 485-487’e bakınız.

⁵⁴ Örneğin, Sonuçlar XVI-1, cilt. 2 (İspanya), s. 602-606; Sonuçlar XVI-1, cilt. 1 (Almanya), s. 236-242’a bakınız. Sonuçlar XVI-1, cilt. 1 (Çek Cumhuriyeti), s. 125-129 (1999-2000 Ulusal İstihdam Eylem Planı referans alınmıştır.)

⁵⁵ Sonuçlar XVI-1, cilt. 2 (İspanya), s. 602-606.

2. 1996 tarihli Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı

1996 tarihli Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı, sadece yeni belge ile korunan maddi hakların listesinin genişlemesini değil, aynı zamanda Yenilenmiş Sosyal Şart'ın E maddesine Şart'ta yazan haklardan yararlanma konusunda ayrımcılığı yasaklayan maddenin girmesini sağlamıştır. Esasa dair maddelerin genelinde uygulanabilir olan “yatay” hükümler içeren E maddesi, Yenilenmiş Şart'ın V. kısmında yer almaktadır.⁵⁶ 1961 Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde 1. Maddenin 2. paragrafı, yalnızca kanunî düzenlemeler bağlamında eşitliğin sağlanması ile yetinilmeyip devletleri muamele eşitliğinden yana olumlu yönde önlemler alma konusunda cesaretlendirmeyi hedefleyen dinamik bir yoruma tabi kılındı. Ayrımcılık yasağının bu yorumu, dolaylı ayrımcılık kavramının yön değiştirmesiyle mümkün olmuştur.

Fransa'ya karşı Uluslararası Avrupa Otizm Derneği'nin yaptığı 13/2002 numaralı toplu şikayette, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi on bire karşı iki oyla Fransa'nın, genel veya özel eğitim veren okullarda eğitim gören otistik çocukların oranının engelli olsun olmasın diğer çocukların oranından daha düşük olmasından ve otistik yetişkinler için bakım ve destek altyapısının kronik olarak eksik olmasından dolayı, Yenilenmiş Sosyal Şart'ın 15. maddesinin 1. paragrafını (Ortak haklar çerçevesinde engelli olan insanlara oryantasyon, eğitim ve meslekî formasyon sağlanması için gerekli önlemlerin alınması zorunluluğu) ve 17. maddesinin 1. paragrafını (bu bağlamda yeterli ve eşit hizmetlerin ve kuruluşların oluşturulması veya korunmasını öngören eğitim hakkı) ya tek başına yada E Maddesiyle birlikte ihlal ettiği kararını verdi. Böyle olunca bu kararın sonuçları, bir engeli olan kişilerin eşitliliğin garanti altına alınmasının da ötesine geçiyor. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesinin uygulama alanlarına bazı kesinlikler getirmesinin yanı sıra,⁵⁷ *Autisme-europe c. France* kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Thlimmenos - Yunanistan* davasında aldığı karara dayanmaktadır. *Thlimmenos - Yunanistan* kararında, ayrımcılık yasağı ilkesi sadece akla uygun ve objektif bir gerekçeden yoksun davranış farklılıklarının yasaklanmasını değil “aynı zamanda, akla uygun ve objektif bir gerekçe göstermeksizin durumu farklı olan insanlara farklı

⁵⁶ Sonuçlar I (1.1.1970'de yayınlanmıştır) s. 15.

⁵⁷ Sonuçlar XVI-1, cilt 1, s. 125-129.

muamele uygulamayan devletlerin yasaya karşı gelmesinin engellenmesini de kapsar” denilmiştir.⁵⁸ Komisyon aşağıdaki hususlara karar vermiştir:

Bir başka deyişle, demokratik bir toplumda insan çeşitliliğini olumlu şekilde algılamak yeterli olmayıp aynı zamanda gerçek ve etkili bir eşitlik kavramını teminat altına almak için uyum bir şekilde davranmak da gereklidir.

Bu bağlamda Komite, E maddesinin, yalnızca doğrudan ayrımcılığı değil, aynı zamanda bir takım durumlar karşısında gösterilen uygunsuz davranışları ve toplu imkanlardan yararlanmada bu durumlara sokulmuş olan kişilerle diğer vatandaşlar arasında ortaya çıkabilecek farklılıkları da yasakladığını değerlendirmektedir.⁵⁹

Bütçe açısından önemli içeriği olan bazı hakların gerçekleştirilmesinin yerleşmesi için önemli bir zaman gerektiğini kabul eden Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, - BM'nin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından kabul edilen ve zamanla gerçekleştirilmesi gereken ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olan Uluslararası Pakt'ta yer alan hakları içeren yaklaşımdan açıkça esinlenmiştir - aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:⁶⁰

Bahsi geçen yasalardan birisinin gerçekleştirilmesi çok karmaşık ve ayrıca zahmetli olduğu durumlarda üye devlet, makul bir süre içerisinde ölçülebilir ilerlemelerle Şartın hedeflerine ulaşmaya çalışmalı bunu da seferber edilebilecek kaynakları en iyi şekilde kullanarak bir mali kaynak sağlamak suretiyle yapmalıdır. Ayrıca üye devletler yapacakları seçimlerin, kırılganlığı en çok olduğu gruplar üzerinde, doğurabileceği etkiler konusunda,

⁵⁸ E maddesi, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. Maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır. İş bu Şart'ta kabul edilen haklardan yararlanma konusu, özellikle herhangi bir ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi düşünce veya ter türlü başka düşünce, ulusal soy veya sosyal köken, sağlık, bir azınlığa mensup olma, doğum veya başka her türlü durumlarda hiç bir ayırım gözetmeksizin garanti altına alınmalıdır.

⁵⁹ Komite, bu hükmün, yasak olan ayrımcılığın nedenlerinin bu hükümde açıkça sayılanlarla sınırlamadan yeniden oluşturulan Şart'taki maddi haklardan yararlanmada ayrımcılığa karşı önlem alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesiyle değişim halinde yorumlanmasını onaylıyor. Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. Maddesinden daha fazla özerk varlık içermiyor : E maddesi ancak Şart'ın esasa dair hükümleriyle birlikte ileri sürülebilir. Bununla birlikte, E maddesinin sunduğu korumanın uygulama alanları, Şart'a uygun olarak korunan haklarının yelpazesinin genişliği açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. Maddesinden çok daha geniştir – Örneğin Şart, çalışma hakkını, mesleki eğitim ve oryantasyon hakkını, sağlığın korunması hakkını, yaşlı insanların sosyal korunma hakkını, fakirliğe karşı korunma hakkını ve sosyal yaşamdan ve ikametden dışlama durumlarını kapsar.

⁶⁰ AİHM, DH (GC), *Thlimmenos - Yunanistan* (dilekçe N° 34369/97), 6 Nisan 200 tarihli Karar, 42 §

bilhassa kurumsal eksikliklerin yükünü ağır bir şekilde çeken aileler sözkonusu olduğunda, daha özenli olmalıdır.⁶¹

Bu son kısım iki nedenle çok önemlidir. Öncelikle, ayrımcılık yasasının, hassas durumlarından dolayı özel bir dikkat gerektiren kategorileri belirleyerek sosyo- ekonomik alanda , eğitim hakları veya barınma hakları gibi konulara yön verilmesine ışık tutabilir. Çabaları, kırılgan olan kategoriler üzerinde yoğunlaştırma zorunluluğu, aslında özellikle ödenek tahsisinde bir seçimin yapılmasını gerekli kılan pozitif yükümlülükler sözkonusu olduğunda Devletin sahip olduğu takdir marjına dayalı kabulden uzaklaşmayı mümkün kılar. Bulgaristan'a karşı, Avrupa Roman Hakları Merkezi tarafından yapılan 31/2005 sayılı şikayete –Romanların durumunu ilgilendiren en büyük üçüncü ve en yeni şikayettir- ilişkin esas kararında Komite, “Şart’a uymayı sağlamak için yapılması gerekenleri tayin etmek için devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğunu özellikle genel çıkarlar ve özel grup çıkarları arasında dengeyi ilgilendiren durumlarda kaynak tahsisinde öncelik meselesinin olabileceğini” hatırlatıyor ve olumlu zorunluluklar açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadını referans alıyor.⁶² Fakat bu tanıma, bahsi geçen Otizm-Avrupa - Fransa kararı referans alınarak ve makul bir süre içerisinde ölçülebilir ilerlemelerle Şartın hedefle-

⁶¹ *Uluslararası Avrupa Otizm Derneği - Fransa*, 13/2002 sayılı toplu şikayet, 4 Ekim 2003 tarihli esas kararı, 52. Paragraf.

⁶² Bakınız, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 5 sayılı genel değerlendirme: Komite’nin 11. Oturumunda kabul edilen engelli insanlar (1994)(BM E/1995/22 bel.), *İnsan Hakları Antlaşmasının organları tarafından kabul edilen genel öneriler ve genel gözlemler derlemesinde* (bel UN, HRI/GEN/1/Rév., 12 Mayıs 2004) s. 26: Sözleşmenin hükümleri bütün üye toplumlara uygulandığından, engelli kişiler, Sözleşme’de kabul edilen hakların tamamının yelpazesini açık bir şekilde ileri sürebilir. Ayrıca, özel bir önlemin gerekli olduğu bir muamelede, mensup ülkeler sahip olduğu optimal kaynaklar kapsamın bu insanlara, Sözleşmedeki özel haklardan yararlanma açısından dezavantajlarını aşması için uygun önlemler almakla yükümlüdür. Bu yaklaşım, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinde yeni yer almamaktadır. Bakınız 1 numaralı Genel Gözlem: üye devletlerin raporları, Komite’nin üçüncü oturumunda kabul edildi (1989)(BM E/1989/22 bel.), bahsi geçen *İnsan Hakları Antlaşmasının organları tarafından kabul edilen genel öneriler ve genel gözlemler derlemesinde*, sayfa 10, paragraf 3 (Komite, “mensup her ülkenin dezavantajlı veya hassas olan toplum gruplarına, toplumun alt gruplarına, gruplara ve kötü durumda olan sektörlerle ve bölgelere özel bir ilgi gösterir); veya aynı bağlamda, 4 numaralı Genel Gözlem: Komite’nin 3. oturumunda kabul edilen yeterli ikamet hakkına sahip olma hakkı (1991), bahsi geçen *İnsan Hakları Antlaşmasının organları tarafından kabul edilen genel öneriler ve genel gözlemler derlemesi*, 20’nci sayfa 11’nci paragraf. M. Craven’in, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a perspective on its development* adlı doktrini, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 126 (bu doktrin, devletlerin çabalarını tercih sebebi olan bazı muameleleri gerektiren en hasas segmentlere ve toplumun en dezavantajlı kısımlarına yoğunlaştırma zorunluluğunun altını çizer.)

rine ulaşma zorunluluğu ile dengelenmiştir: Devlet tarafından alınan önlemler, Komiteye göre aşağıda belirtilen üç kriteri yerine getirmelidir: (i) makul bir süre, (ii) ölçülebilir önlemler ve (iii) seferber edilebilecek kaynakları en iyi şekilde kullanarak finansman ayarlamak.

Ardından, Otizm-Avrupa içtihadı, toplumun bir grubunun sistematik olarak kötü durumlarda bulunduğu vakalarda, olumlu önlemlerin empoze edilebileceği düşüncesini ortaya çıkarıyor. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi bunu, Bulgaristan'a karşı Avrupa Roman Hakları Merkezi tarafından yapılan şikayetin esasına dair kararında açıkça belirtmiş ve Roman ailelerle ilgili olarak şöyle demiştir: "onları genel ayrımcılıklardan korumak ayrımcılık yasağı taahhüdü bakımından yeterli değildir. (...) E maddesi, farklı özellikleri dikkate almayı ve ona göre hareket etmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu, şu anlama gelmektedir: toplumun merkezine Romanlar gibi etnik bir azınlığı dâhil etmek için olumlu müdahale önlemleri gereklidir."⁶³ Birçok yazar, Orta Avrupa ve Doğu Avrupa Romanlarının sadece azınlık haklarına dayanarak entegrasyonlarını sağlamanın yetersiz olduğunu saptamışlardır. Yazarlar, bunun ötesinde, özellikle pozitif eylem üzerine kurulmuş daha doğrulayıcı bir siyasetin gerekliliği üzerinde duruyorlardı.⁶⁴ Bu bakış açısı, Avrupa Birliği'nde⁶⁵ azınlıklara adanmış temel haklar konusunda Avrupalı

⁶³ 53. Paragraf

⁶⁴ AIHM, D.H. (GC), *Ilascu ve diğerleri – Moldova ve Rusya* kararı (başvuru no: 48787/99) 8 Temmuz 2004, 332. Paragraf.

⁶⁵ Roman çocukları için özel sınıflar yaratarak bunları normal sınıflardan *de facto* olarak dışlama eğilimi hakkında, Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi, İsveç hakkındaki görüş (ACFC/INF/OP/I(2003)006), 20 Şubat 2003, para. 87; Milli azınlıkların korunması için Çerçeve Sözleşmenin istişare Komitesi, Macaristan hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2001)004, 22 para. ve özellikle 40-43 para.; Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi, Slovenya hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2001)001, 22 Eylül 2000, 39.paragraf; Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi, Çek Cumhuriyeti hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 Nisan 2001, 60-62 para. bakınız. Prensipite, Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi Roman çocuklarının özel kurumlara yerleştirilmesinin sadece mutlak zorunluluk durumunda ve sadece ilgili çocuklara yöntem bilimine uygun, objektif, derinlemesine testler yaptıktan sonra ve de kültürel açıdan öngörülere dayanmadan, mümkün olabileceğini düşünmektedir. Ancak, İstişare Komitesi Roman çocukları temel eğitime hazırlayan ve özellikle eğitim dilinin öğrenilmesine yönelik "sıfır" sınıflar olarak adlandırılan sınıfların oluşturulmasını teşvik etmektedir. Ayrıca eğitim kurumlarında pedagojik danışman birimlerinin de oluşturulmasını teşvik etmektedir. (Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi, Çek Cumhuriyeti hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 Nisan 2001, 63 para.). Bu tedbirlerin bu azınlığın üyeleri yararına makul düzenleme şekilleri olarak analiz edilmelidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avrupa'daki Roman çocukların eğitimlerine dair R(2000)4 nolu Tavsiye Kararına katılmaktadırlar. Bu tavsiyeye göre: 'Özellikle pozitif eylemler

Bağımsız Uzmanlar Ağının 3 numaralı Tematik Gözlemlerine ve Avrupa Parlamentosu tarafından 2006 yılının Mayıs ayında kabul edilen ve büyük ölçüde tematik gözlemin bulgularına dayanan ayrımcılık yasağı ve fırsat eşitliği kararına da yansıyor.⁶⁶ Böylece, pozitif eylem lehine konum belirleyen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Bulgaristan tarafından öne sürülen “entegrasyon bazı insanlara karşı diğerlerine ayrıcalıklı davranmak anlamına gelmiyor çünkü Roman haklarının daha etkili bir biçimde korunması toplumun geri kalan kısmına karşı bir ayrımcılık yapılmasına neden olacak” argümanına örtük bir cevap vermekle yetinmemiştir. Bulgaristan bütün vatandaşlarının yasalara uymasını talep ediyor ve pozitif ayrımcılık önlemleri altında yasalara karşı gelip gelmeyeceklerini bilemeyeceklerini dile getiriyor.⁶⁷ Bu savunmayla pozitif eylemin hem ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceğini – ki bu Uluslar arası İnsan Hakları Hukukunda da⁶⁸ yoktur- hem de bazı durumlarda bunun zorunluluk olarak algılanabileceğini anlatmaya çalışıyor.⁶⁹

Bu şekilde ifade edilen ve bulunduğu ortamın dikkate alınmasına dayanan gerçek bir eşitlik ihtiyacı, aslında, en az avantaja sahip olan gruplar için, Romanlarda olduğu gibi üç zorunluluğun dikkate alınmasını gerektirmektedir: İlk olarak Romanların konutlar konusunda veya özellikle eğitim konusunda karşılaştığı *ırksal ayrımcılığa* son vermek gerekmektedir. Bu bakımdan tespit ettiğimiz ırksal ayrım durumlarının

aracılığı ile, Roman çocukların okulda şans eşitliğinden yararlanması için, uygun destekleme yapılarının yerleştirilmesi gerekmektedir’(6.Yönerge); ve hatta şunu da belirtmektedir ‘Taraflar Devletler üstte belirtilmiş olan politikaların ve tedbirlerin uygulanması ve bu şekilde çoğunluk nüfusuna ait olanlar ile Roman öğrencilerin arasındaki uçurumu kapatmak için gerekli olan araçları sağlamaya davet edilmektedirler’ (7.Yönerge).

⁶⁶ Milli Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi, Macaristan konusunda, “Diğer velilerin çocuklarını Roman çocukları kabul eden okullardan almasından dolayı ayrımcılığın okullarda (...) arttığını, ayrıca Roman ebeveynlerin çocuklarını anaokuluna yollamakta gösterdikleri isteksizliğin, eğitim sistemine karşı duydukları güvensizliği gösterdiğini, Macar yetkililerinin ebeveynlerin seçimlerine saygı göstermemeleri gerekse de, aynı zamanda bu tür bir fenomenin gelişmesine izin vermemeleri gerektiğini ve buna karşı tedbirler almaları gerektiğini” tespit etmiştir (Milli azınlıkların korunması için Çerçeve Sözleşmenin istişare Komitesi, Macaristan hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2001)004, 43. para.).

⁶⁷ *Engelleri aşmak raporuna bakınız –Üstte belirtildiği şekilde Roman kadınlarının kamu hizmetlerinden sağlık hizmetlerine ulaşamamaları.*

⁶⁸ Bu yönde Milli azınlıkların korunması için Çerçeve Sözleşmenin istişare Komitesi, İtalya hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2002)007, 25. para. bakınız.

⁶⁹ Bu kavramı derinleştirmek için, Christopher McCrudden, ‘Institutional Discrimination’, *Oxford Journal of Legal Studies*, cilt 2 n° 3, 1982, s. 303-367 bakınız.

kamu yetkilileri⁷⁰ tarafından yapılan kasıtlı seçimlere veya şahsi tercihlerin⁷¹ sonucuna dayandığı görülmektedir. Eşitlik ilkesi hem ayrımcılık yasasına riayet edilmesini hem de bu türden ırksal ayrımcılık durumları karşısında, etkin entegrasyonu desteklemeyi hedef alınan olumlu politikanın başvurulmasını gerektirmektedir. Ardından, Romanların oldukça olumsuz sosyal ve ekonomik hayatın tamamından kaynaklanan *geçmiş ayrımcılığı*, Romanları topluma dahil etmeyi hedef alan pozitif eylem politikasının kabul edilmesi ile *telafi etmek* gerekmektedir.⁷² Son olarak, Romanlardan bazılarının göçebe veya yarı göçebe hayat şekline verdikleri bağlılığa riayet ederek Roman azınlığının entegrasyonunu desteklemek gerekmektedir. Bu da bu azınlığın üyelerinin geleneksel hayat biçimine devam etme veya kabul edilebilir şartlarda sürdürülebilir yerleşik hayat biçimine geçilmesi konusunda serbestçe seçim yapmasını gerçekten kolaylaştıran bir politika gerekmektedir.⁷³

⁷⁰ Bu şekilde örneğin, İtalya'daki Romanların durumunu yorumlarken, Milli azınlıkların korunması için Çerçeve Sözleşmenin istişare Komitesi: 'Okullardan uzak tarlalarda yaşayan Roman çocuklarının karşı karşıya kaldıkları ulaşım zorlukları ve de birçok ebeveyninin yaşadıkları maddi zorluklar, (...) okula gelmemelerine neden olan ve bu konuda harekete geçilmesi gereken faktörleri oluşturduğunu' tespit etmektedir (Milli azınlıkların korunması için Çerçeve Sözleşmenin istişare Komitesi, İtalya hakkındaki görüş, ACFC/INF/OP/I(2002)007, 55 para.).

⁷¹ Bu konu ile ilgili olarak üstte belirtilmiş olan araştırmaya bakınız, European Roma Rights Centre, *The Glass Box. Exclusion of Roma from Employment*. Romanların İstihdam pazarı üzerinde yaşadıkları ayrımcılık, eşit nitelikli olsalar dahi, niteliklerine uygun iş bulma olanakların, çoğunluk nüfusuna göre çok daha az olduğunu açıklamaktadır. Ancak, bu Roman çocukların eğitim öğrenim yolunun genelde zor olduğu ve yarı yolda bırakıldığı ve de birçok yetişkinin yetersiz niteliklere sahip oldukları gerçeğinin üstünü örtmemesi gerekmektedir.

⁷² *Avrupa İnsan Haklarında Komiser olan M. Alvaro Gil-Robles'nin Romanların İnsan Hakları alanındaki durumu hakkındaki son raporu. Sintis ve Avrupa yolculuğunun insanları*, CommDH(2006)1, üstte belirtilmiş olan n. 2, 55.para.

⁷³ 15/2003nolu toplu başvuru, *ERRC Yunanistan*, üstte belirtilmiş olan karar, para. 27. Komite, kararının bu bölümünde Yunan yetkililerinden kendi yargılama yetkileri altında bulunan Romanların durumunu ve entegrasyonlarını sağlayacak tedbirlerin kapsamını belirlemeyi sağlayacak ve anayasal engel ile karşı karşıya kalmayan araçlar bulmalarını talep etmiştir. Bu durum, İtalya'ya karşı yöneltilen 27/2004nolu toplu başvuruda yinelenmektedir: 'Mantıklı bir politikanın yürütülmesi için bu tür verilerin toplanması ve analiz edilmesi (kötü niyetli olmadan ve özel hayata saygı göstererek) gerekmektedir' (23. para.). Aynı yerlerde, şahsi nitelikli verilerin otomatikleşmiş olarak ele alınmasının üçüncü şahıslardan korunmasına yönelik Avrupa Konseyi Sözleşmesinden kaynaklanan sınırlamalar (S.T.E., n° 108; Strazbourg'daki imza aşamasında açılmıştır, 28 Ocak 1981)veya Avrupa Birliğine üye Devletler için, şahsi nitelikli verilerin ele alınması hakkında fiziki kişilerin korunmasına ve de bu verilerin serbestçe dolaşmasına dair Avrupa Parlamentosunun 95/46/CE yönergesinin ve Konseyin 24 Ekim 1995 tarihli yönergesi (JO L 281 du 23.11.1995, s. 31), kişilerin etnik aidiyetlerini dikkate alarak olumlu eşitlik politikasının yürütülmesi için gerekli olan bilgilerin toplanmasına engel teşkil etmemektedirler: O. De

Romanların mağdur olduğu bu ayrımcılığın yapısal niteliği Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin yaklaşımını haklı göstermektedir.⁷⁴ Yapısal ayrımcılık sadece oldukça şok edici bir ayrımcılık değildir. Ayrıca, tarihsel açıdan sadece demirlerini atmış bir ayrımcılık şekli de değildir. Özelliği, prensipte sosyal entegrasyonun gerçekleşmesi gerektiği farklı sosyal hayat ortamlarını – bu grubun üyelerinin komşu ortamlarda karşı karşıya kaldıkları ayrımcılıktan dolayı, bu ortamlardan birinde ayrımcılığın yasaklanmasının etkisiz kalacağı şekilde - simültane olarak etkilendiğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, ayrımcılığın eğitim sisteminde Romanların çocuklarına yönelik olarak yasaklanması, istihdam pazarından dışlanmalarından ve ebeveynlerin onları düzenli olarak okula yollamak için yeterince paraya sahip olmamalarından⁷⁵ dolayı veya iş elde edinmesi konusundaki şans eşitsizliğinin çocukların veya velilerinin gerekli olan yetkinlikleri elde etmelerini engellediği sürece, etkisiz kalmaktadır. Ayrımcılığın iş ortamlarında yasaklanmış olması, Roman çocukların yeterli eğitimi almamış olmalarından, genel eğitim ortamlarından uzak tutulmaları ve öğrenme zorlukları çeken çocukların “özel” sınıflarına yerleştirilmelerinden dolayı,⁷⁶ ve de konut edinmede yaşadıkları ırk ayrımı bir işi elde etme ve muhafaza etme konusunda engel yarattığından, sınırlı etki yaratmaktadır. Sosyo-ekonomik durumlarının belirsizliği Romanların sağlık sistemine diğerleri ile eşit şekilde ulaşmasına engel yaratmaktadır. Bu da hem eğitim almalarına hem de iş elde etmelerine engel teşkil etmektedir. Konut alanında karşılaştıkları ırk ayrımından kaynaklanan iletişim zorlukları, sağlık ve eğitim konu-

Schutter, ‘Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law’, *Northern Ireland Legal Quarterly*, cilt 57, n°1, s. 1-56 bakınız.

⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Romanlar yapılan muameleye dair davadaki hukuk bilimi hakkında, özellikle O. De Schutter, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi huzurundaki Çingene hayat biçiminde yaşama hakkı: kültürel haklara, azınlıkların haklarına, pozitif ayrımcılığa bakınız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere’ye karşı *Buckley* 25 Eylül 1996 tarihli karar, Üç aylık dergi, 1996, s. 47; ve Aynı prensibe dair birçok diğer karar ile 18 Ocak 2001 tarihinde verilmiş olan İngiltere’ye karşı *Chapman* kararının iki yorumu, karşılıklı olarak F. Sudre tarafından, ‘Azınlıkların haklarının korunması alanında ‘geçmiş’ yetkilisi hakkında’, Üç aylık dergi, 2001, s. 887, ve Fl. Benoît-Rohmer, ‘Strazburg Mahkemesi ve azınlıkların menfaatinin korunması: İlkeler açısından bir atılım’, Üç aylık dergi 2001, s. 999.

⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2.daire), 7 Şubat 2006 tarihli karar *D.H. ve diğerleri, Çek Cumhuriyetine karşı* (57325/00nolu başvuru).

⁷⁶ Mahkeme 7 Şubat 2006 tarihli Daire kararında altını çizmektedir. ‘Global sosyal bağlamı değerlendirmemesi gerektiğini. Bu davadaki tek görevinin kendisine sunulan şahsi başvuruları incelemek ve üstün gelen olayları temel alarak başvuranların özel okullara yerleştirilmesinin etnik veya ırksal kökenleri ile bir ilgisi olup olmadığını belirlemek olduğunu belirtmiştir’ (para. 45).

sunda kamu hizmetlerinden yararlanmalarını ve de iş bulmalarını zorlaştırmaktadır. Bu ayrımcılık ortamlarının kırılması, kesin olarak zorunlu kılınsa dahi, ayrımcılığın yasaklanmasının gerçekleşmesi için, kesin olmakla kalmayıp aynı zamanda gerçek eşitliliği hedef alan olumlu tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu türden bir politika, ilk olarak sorunun kabul edilmesini ve özellikle belirlenmesini gerektirmektedir: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Yunanistan'a karşı yapılan 15/2003 nolu şikayetin esası hakkında verdiği kararda Hükümet yetkililerinin, özel hayata saygı yükümlülüğünden doğan şahsi nitelikli verilerin ele alınması konusundaki kısıtlamalara uygun şekilde, "sorunun genişliğini ve bunu önlemek için yapılması gereken ilerlemeyi belirlemesi gerektiğini" belirtmesi oldukça açıklayıcıdır.

III. Sonuç

Avrupa'da yaşayan Romanların entegrasyonu konusunda Avrupa Sosyal Şartının katkılarını ortaya koyan yukarıdaki açıklamalar, bu aracın bu probleme çözüm bulmak noktasında ne tür bir potansiyel taşıdığını göstermektedir. İki özelliğin altının çizilmesi uygun görülmüştür: Birincisi, bazı İnsan Haklarının tam olarak uygulanması yönünde aşamalı ilerlemeye dönük tedbirlerin gerekliliği reddedilmeden, yargılanılabilirliğinin tanınmasıdır: 1998 yılında yürürlüğe giren toplu şikayet mekanizması bu yargılanabilirliğin hayata geçirilmesini sağlamıştır. Bu mekanizmanın, daha klasik olan ve Devlet raporlarına dayanan denetim sistemi ile bir arada var olması Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin, Devletlerce yapılan ihlali tespit etmesi ile alınması gereken tedbirleri daha kolayca izlemesini – zamana yayılmış gereklilikten dolayı– sağlamaktadır. İkinci özellik Komitenin ayrımcılık yasağı ilkesine dair dinamik yorumudur. Komite, Romanların sosyal haklar bütününe ulaşmasını sürekli şekilde engelleyen yapısal ayrımcılık durumunu tespit etmiştir. Bu durumdan dolayı ayrımcılığın yasaklanmasının yeterli olmadığı; bununla birlikte, pozitif eylem aracının kullanılması ve etnik köke dair verilerin toplanması da dahil olmak üzere, etkin eşitliliği sağlayacak tedbirlerin alınması gerektiği sonucuna varmıştır.

Alınması gereken yol halen çok uzundur. Potansiyel engeller arasında, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin ve yine Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan, Devletleri özellikle Romanları Hakları konusunda değer-

lendiren diğer yetkili makamların, bir arada var olmaları sözkonusudur. Genelde birlikte var olmaları pozitif bir etki yaratmaktadır. Böylece, Milli Azınlıkların Korunmasına dair Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesinin görüşleri gelecekte Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin Sonuçlarını destekleyebilecek ve yerinde gerçekleştirdiği ziyaretler sayesinde, Komiteye bilgiler sağlayarak, hukuk biliminin sağlam temellere dayanarak gelişmesine katkı sağlayacaktır. Ayrıca bu şekilde, Avrupa Komisyonunun ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin – karşılıklı olarak 1993 ve 1999 senelerinde Avrupa Konseyine üye Devletlerin Hükümetlerinin kararı ile yaratılmış olan ırkçılığa karşı katkıları ve hoş görmezliği – de, Devletler bünyesinde iletişim halinde oldukları kişilere bu tespitlerden kaynaklanan saygı gösterilmesi gerektiğini dayatarak, ayrıca Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin tespitlerini güçlendirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de uzun bir süre boyunca takip ettiği Romanların entegrasyonuna dair oldukça ihtiyatlı yaklaşımını terk etmiş gözükmektedir. Hatta yakın bir zamanda, *D.H. ve diğerleri - Çek Cumhuriyeti* davasında, Mahkemenin bir dairesi de ilk aşamada, çek Cumhuriyetindeki Roman çocuklara yönelik ırk ayrımcılığının istatistikî açıdan kanıtlanmış olmasına rağmen, eğitime ulaşılması ile ilgili ayrımcılığın varlığını tespit etmeyi reddetmiştir. Başlangıçta başvuru daire kararında, Avrupa Konseyinin bünyesinde bulunan organlar dahil, kendi rolünün, kendisine sunulan duruma göre endişelerini bildiren organların rolüne benzemediğinin altını çizmek ile haksız değildir. Avrupa Konseyinin ırkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı veya Milli Azınlıkların Korunmasına dair Çerçeve Sözleşmenin İstişare Komitesi gibi organların Çek yetkililerini Roman çocukların özel sınıfların sistematik olarak kullanılması haricinde farklı yöntemler ile entegrasyonu için ikna etmeye çalışmış olmasından dolayı, bu organların yetkililerine verilen objektif zarar, bu görüşün korunması durumunda daha az gerçekçi olurdu. Bu durumda Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin Romanların entegrasyonuna yönelik olarak alınması gereken tedbirler konusunda kabul edilmiş olan önemli eğitimlerinin, bir yorum yerine değeri için bahse girerek mutlu olan alıcılara yönelik mesajların karıştırılmasının bir şekilde inkar etme gibi yorumlanmasından pişmanlık duyabilirdik.

Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesinin 13 Kasım 2007 tarihli kararında Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin görüşünü benimsemiş olmasından mutluluk duymak gerekir. Mahkeme bu kararında, Roman çocukların büyük çoğunluğunu fiili olarak özel

eğitime süren sistemi muhafaza etmenin ayrımcılık oluşturduğunu belirterek, bu şekilde Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin oluşumu için oldukça katkıda bulunduğu Avrupa Konsensüsünü kabul etmektedir.

4

Avrupa Sosyal Şartı'nın “ratione personae” (kişi bakımından) uygulanabilirliği: Gölgeleler ve ışıklar

Jean-François Akandji-Kombé*

Kişi bakımından uygulanabilirlik yani korunan kişiler meselesi, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde her zamankinden daha fazla «askıda olan» Avrupa Sosyal Şartı'nın olduğu gibi, insan haklarını koruma aracının söz konusu olmasından dolayı, en çok dikkat çekenler arasında yer almaktadır.

Birinci yaklaşım, düzenlemelerden veya maddi haklardan yola çıkarak potansiyel yararlanıcı kategorilerini belirlemeyi sağlayabilir. Bu durumda, Şartın temelde kişileri ait oldukları gruba¹ göre koruma eğiliminde olduğu ortaya çıkacaktır: ücretliler, çocuklar, yaşlı kişiler, engelli kişiler, aile. Buna karşılık, bazı hakların – ama Şartın gözden geçirilmesi ile sayıları artmakta olan belirli hakların – özel bir sosyal durum ile bağlantılı olmadan, tüm kişilere tanındığı görülebilmektedir. Bu sorun; ücretlilerin yol açtıkları ardı ardına gelen dalgalardan geliştiğini söyleyebileceğimiz sosyal hakların türünden ve muhtemelen tarihinden beslenmektedir. Her bir dalga oldukça savunmasız² olan bir veya birçok grubu koruma ihtiyacı ile ilgilidir. Bu bağlamda; tüm topluma belirtilmiş olan gerekliliğin yakın zamandaki genişlemesi, sosyal dışlanma ve

* Caen Üniversitesi Profesörü, Avrupa Sosyal Haklar Akademisi Ağı Koordinatörü.

¹ Bazıları için – mesela aile – bu korumanın global şekilde bu kişilerin oluşturduğu bütünün ilerlemesini hedef alsa dahi, grubun kendisinin değil, gruplara üye olan bireylerin korunduğu konusunda durmalıyız.

² Katkılarımız için, İnsan Hakları Sözlüğü «İktisadi, sosyal ve kültürel haklar» maddesine bakınız, PUF, Paris, 2008.

kırılğanlık riskinin genelleşmesinin habercisi olmaktadır. Ne de olsa bu özel çıkarların kapsamını abartmamak gerekir. Şartta bağlı değildir. Ancak başta iktisadi, sosyal ve kültürel haklarla ilgili Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere, sosyal hakları korumaya yönelik tüm araçlar tarafından paylaşılmaktadır. Ayrıca, sosyal hakların herhangi bir kolektivizmini de yansıtmamaktadır ve hatta aynı yaklaşımın kabul edilmesi durumunda, hukuki ve siyasi hakları koruma araçlarının da farklı bir ölçüde olsa dahi, aynı dinamiğe katılabilmeleri bizleri şaşırta-caktır.

İlginç olsa dahi, bu ilk yaklaşım temeli irdelememizi sağlamamaktadır. Aslında Şartı farklı kılan diğer İnsan hakları sözleşmelerinde rastlamadığımız tamamen farklı sorunun yayılmasıdır. Dolayısıyla sağladığı koruma, taraf olan Devletin yargı sistemine tabi olan herkese yönelik değildir. Bu bağlamda, bu metnin ayrıcalıklı yaklaşımı oldukça sınırlayıcıdır. İlk koşul Şartın ekinde yer almaktadır. İlk paragrafı altta belirtilen şekilde kaleme alınmıştır: «12.maddenin 4.paragrafının ve 13.maddenin 4.paragrafının düzenlemeleri ihtiyatında, 1 ile 17'ci ve 20 ile 31'ci maddeler arasında hedef alınan kişilerin arasında yer alan yabancılar ancak ilgili tarafın ülke sınırlarında düzenli olarak çalışan veya yasal olarak ikamet eden diğer tarafların vatandaşı olmaları durumunda dâhil edilmiştir. Üstte belirtilen maddeler 18 ve 19.maddelerin düzenlemeleri ışığında yorumlanacaktır. İş bu yorum, taraflardan herhangi birinin benzer hakların kapsamını diğer kişilere genişletmesine engel değildir». İkinci koşul, Şartı uygulama şekillerine ayrılmış olan I. Maddede yer almaktadır (Torino Şartının 33.maddesi). Bu Şartın tüm maddi düzenlemeleri uygulanamamaktadır, sadece ücretlilerin bazı haklarına uygulanmaktadır³. Temelde, uygulama için seçilmiş olan teknik ne olursa olsun – Toplu sözleşmeler, yasa veya Milli geleneklere riayet ederek diğerleri- Devlet tarafından verilmiş olan taahhütlerin “[Milli] düzenlemelerin ilgili ücretlilerin büyük çoğunluğu tarafından uygulandığı takdirde tamamlanmış sayılacağını» öngörmektedir.

Özetlemek gerekirse ve iş bu metne dayandığımız takdirde, Şartın yabancıları ve yasadışı durumda olan taraf devletlerin vatandaşlarını

³ Aslında her birey (2. madde) için eşit çalışma şartlarının sağlanması hakkı veya çocuklar (7. madde) profesyonel eğitim hakkı, bilgi edinme ve tavsiye alma hakkı ve de ücretlilerin katılım hakkı ile ilgilidir (21 ve 22. madde).

ve de taraf Devletin «azınlık işçiler» olarak adlandırılan vatandaşlarını yararlanıcı olarak kabul etmediği görülmektedir.

Bu koşulların İnsan haklarını koruma aracındaki uygunsuzluğu da tespit edilmiştir. Orijinal Şartın gözden geçirilmesinden yararlanarak, bu koşulların kaldırılması veya hiç olmasa kapsamlarının sınırlandırılması teklif edilmiştir. Ancak bu koşullar yine de Yenilenmiş Şartta olduğu gibi muhafaza edilmiştir. Hâlbuki teminatın genel bağlamı değiştirilmişti. Raporlar üzerinde yer alan başlangıçtaki kontrol prosedürüne, bazı yönlerden mantığı bu üçlü hariçlik ile uyumsuz olan toplu şikayet usulü eklenmişti. Sonraki uygulamalarda bunu zaten kanıtlıyacaktı. Buna göre, Avrupa Sosyal Haklar Komitesine (CEDS) mantıkların gerekli olan uzlaşmasını sağlama görevi verilmişti. Toplu şikayet usulü hakkındaki 1995 tarihli protokol tarafından belirtilen hedef olan «Şart tarafından temin edilen sosyal hakların efektif uygulamasını iyileştirmek» ile - kişi bakımından uygulama alanını hesaba katarak - metinsel statüko arasındaki uzlaşma yolu oldukça dardı. Bu yol açılmıştır ve Şartın «praetorian» kör noktalarının azalmasına yol açmıştır. Burada, ilgili üç grubu özetle dikkate alarak kısaca sunmak istediğimiz süreç budur. Sürecin kendine özgü verileri, yasadışı durumda olan taraf Devletlerin vatandaşları ile «azınlık işçiler» olarak belirtilen kişilere göre, yabancılar ile ilgili koşulun yorumuna daha fazla önem verilmesini gerektirmektedir.

I. Yabancılar

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, toplu şikayet usulü çerçevesinde çözümlenmesi gereken sorunların önüne geçerek 2003 senesinden itibaren Şartın kişi bakımından uygulanması konusundaki yorumunu ortaya koymuştur. Bu düşüncesi 2004 senesinde rapor prosedürü çerçevesindeki ilk konunun belirlenmesine yol açacaktı. Burada cevaplanması gereken soru, Komitenin ekin 1§ da yer alan «iş bu yorum taraflardan herhangi birinin benzer hakların kapsamını diğer kişilere genişletmesine engel değildir» cümlesine dayanarak yabancılara temin edilmiş olan hakların kullanılmasını sağlayıp sağlayamayacağıdır.

Avrupa makamlarının başlattığı bu çalışmaya göre bu paragraf, Şartın yabancıları daha geniş çapta koruması için gerekli olan dayanağı

sağlayacaktı. Taraf olan Bir Devletin, metin tarafından korunan bir hakkı taraflardan birinin vatandaşı olmayan yabancılara genişletmesinin, ya tek taraflı olarak, kendi iç hukuku aracılığı ile veya uluslar arası taahhütler aracılığı ile düzenlenerek değerlendirilmesini sağlaması öngörmekteydi. Bu şekilde aynı zamanda Sosyal Şartın koruma alanını ve dolayısıyla Şartın organlarının denetim alanını da genişletecekti. Farklı bir deyişle, Şart tarafından kişinin uyruğu ayırt edilmeksizin garanti edilen bir hakkın uygulanmasının, iç hukuktaki bir düzenleme veya uluslararası bir sözleşme ile yabancılara yönelik olarak kısıtlanması, Şartın kendisinin ihlal edilmesi olarak görülecektir ve bu durumda Komite, raporlar ile gerçekleştirilen kontroller veya toplu şikayetler aracılığı ile bu durumdan haberdar olacaktır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında; – Şartın tarafı olan tüm Devletlerin metin tarafından birleşmesi durumunda – Sözleşmenin düzenlediği ve korunması gerektiği öngörülmüş olan ve ayrıca Şart tarafından korunan hakların, Devletin yargılama yetkisi altındaki her birey için garanti edilmesi gerektiğidir. Bu, çalışma hakkı söz konusu olduğunda zorla çalıştırma (ASS ve Yenilenmiş ASS 1.madde, § 2 ve 4.madde AİHS) ve sendika hakkı bakımından geçerli olacaktır (ASS ve Yenilenmiş ASS 5.maddesi ve AİHS 11.madde). Ancak, aynı mantığın Şartın bir şekilde veya diğer şekilde aile hayatı hakkını (ASS ve Yenilenmiş ASS 16, 17 ve 19.maddeler § 6)⁴ koruyan veya temyiz hakkının tanınmasını garanti eden (Şartın düzenlemelerinin çoğunun durumu)⁵ veya hatta sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı belirten (ASS ve Yenilenmiş ASS 12 ve 13.maddeleri)⁶ düzenlemeleri içinde uygulanabileceği açıktır. Böylece, uluslararası anlaşmalar ile uyum içinde olan milli mevzuatlardan yola çıkarak, Taraf olan her bir Devleti bağlayanlar haricindeki yükümlülüklerden kaynaklanan varyasyonlar haricinde, Şarttan yararlanacak olanları göz önünde bulundurarak, Şartın tamamına daha geniş bir kapsam sağlanması mümkün olacaktır⁷.

Maksimalist tez; kendisi de ekin bütünsel bağlamından garip şekilde izole edilmiş olan ilgili düzenlemeden, Devletlerin belki de talep etmiş

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesini referans alarak.

⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. Maddelerini referans alarak.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokolün 1. Maddesini ve Sözleşmenin 14. Maddesini referans alarak.

⁷ Bu tezin kısa sunumu için, Régis BRILLAT: «Avrupa Sosyal Şartı », C. GREWE ve F. BENOIT-ROHMER, *Sosyal haklar veya bazı klişelerin yıkılması*, Strazburg Üniversitesi yayını, 2003, s. 93'e bakınız

oldukları gibi ve şartın gözden geçirilmesi esnasında bu düzenlemeyi kaldırmayı reddetmeleri ile onayladıkları gibi, oldukça uzak sonuçlar doğmasını istemekteydi ve dolayısıyla fazla ikna edici değildi. Sonuçta daha nüanslı bir konum kabul edilmiş olduğu için, Komite bunu belirtmek istemiş ve şu şekilde ifade etmiştir:

«Komite; Şartın kişisel uygulama alanı ile ilgili olarak altta belirtilmiş olan gözlemi sunmuştur: (...)Şartın kişisel uygulama alanı ekte belirtilmiştir. Ülke sınırlarında yasaya uygun olarak çalışan veya ikamet eden diğer tarafların vatandaşlarını, iltica etmiş olanları ve ülke sınırlarında yasaya uygun olarak yaşayan her hangi bir ülkenin vatandaşı olmayan kişiler bu kapsamdadır.»

Komite ayrıca Şartın taraflarının Şartın uygulamasını ekte öngörülmüş olan asgari alanın ötesine genişletebileceklerini hatırlatmaktadır.

Komite; Şarta taraf olan Devletlerin (1961 tarihli halinde ve 1996 tarihli Yenilenmiş halinde) Şartın kapsamında yer almayan yabancılara Şartın belirttiği hakların aynılarını veya İnsan hakları alanında antlaşmaların tasdik edilmesi ile – özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - teminat altına alınan hakları, ya iç hukuk, Anayasa, yasama kurallarını veya ekte özellikle belirtilmiş kişiler ve diğer yabancılar arasından fark gözetmeyen diğer kuralları kabul ederek yabancılara garanti ettiklerini tespit etmiştir. Kendilerini bu şekilde yükümlülük altına sokmuşlardır.

Komite bu yükümlülükleri denetleme görevini üstlenmiştir. Bununla birlikte, Şartın bazı düzenlemelerinin uygulanmasının bazı özel durumlarda vatandaşlar ile Taraf olan veya olmayan Devletlerden gelen yabancılar arasında eşitlik olması gerektiğini hatırlatmaktadır.» (Sonuçlar XVII-1, s. 8-9).

Var olması durumunda dengeli olan bu pozisyon Devletlerin duyarlılığını iyi kullanmakta ve «bazı özel durumlar» ile ilgili olarak geleceği şimdiden düşünmektedir. Toplu şikayet usulü, aşağıda ifade edilen iki şikayet sayesinde bu durumun altını çizmiştir. Komite de bu şekilde Şartın kişisel uygulama alanının bir şekilde genişletilmesi konusunda karar almıştır.

İlk şikayet, devletin sağlık yardımları alanında Sosyal Yardım ve Aile Kanunu ile yapılmış olan düzenlemelerden bazılarını değiştiren iki yasa hakkında FIDH ile Fransa'yı karşı karşıya getirmekteydi (14/2003

tarihli şikayet, 8 Eylül 2004 tarihli karar). Bu kanun değişikliklerinin sonucu olarak, öncelikle vatandaşlar ve ülke sınırlarında yasal olarak en az üç yıldır ikamet eden ve kaynak şartlarını yerine getiren yabancılar evrensel sağlık yardımına (CMU)⁸ hak kazanmış oluyorlar; ikincisi, ülke sınırlarında yasa dışı şekilde bulunan ancak düzenli olarak en az üç aydır sınırlar içinde bulunduklarını kanıtlayabilecek olan ve kaynak şartlarını yerine getiren yabancılar CMU'ye değil de, devletin sağlık yardımına (AME) hak kazanmış oluyorlar ve üçüncüsü; ülke sınırlarında yasa dışı şekilde bulunan ve kaynak şartlarını yerine getiren, ancak bu sınırlarda en üç aydan beri düzenli olarak kalma şartını yerine getiremeyen yabancılar sadece acil ve yaşamsal sağlık hizmetlerinden yararlanabilme imkanına sahip oluyorlardı. Şikayeti yapan kurum, anılan yasal düzenlemelerin imkanları sınırlı olan ve ülke sınırlarında yasadışı şekilde bulunan yabancılar yönelik sağlık masrafları için avans verme muafiyetini ortadan kaldırıyor olması ve ilgililerin bu masrafların karşılanmasında katkı yapmalarını ve hastaneye kaldırılmaları durumunda, hastane masraflarının tamamını ödemelerini zorunlu kılması sebebiyle, bu durumun Yenilenmiş Şartın 13. Maddesini ihlal ettiğini savunmuştur⁹.

Ayrıca Komiteden bu düzenlemeler sonucunda yabancı çocukların haklarının sınırlandırılmasının 17. Maddenin¹⁰ ihlali olduğuna karar vermesini talep etmiştir. Nihayetinde Komite 17. Maddenin ihlal edildiği neticesine varmıştır, ancak 13. Madde konusunda aynı neticeye var-

⁸ CMU bir yandan diğer bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmayan ve Fransa'da ikamet eden kişilerin sağlık sigortası hakkını garanti altına alan ve diğer yandan, kaynakların sağlanması durumunda, masraflara dair avans verilmesine gerek kalmaksızın ücretsiz ek kapsam sağlayan bir mekanizmadır.

⁹ «yeterli kaynakları olmayan ve kendisine bunları kendi araçları ile sağlama olanağına sahip olmayan veya bunları başkasından - özellikle sosyal güvenlik kurumunun sunduğu hizmetler - alma olanağına sahip olmayan her bir kimsenin uygun bir yardım ve hastalık durumunda Devleti tarafından gerekli görülen bakımları alabilmesini» sağladığını öngören.

¹⁰ 17.madde şu şekilde kaleme alınmıştır: «Âkit Taraflar, çocukların ve gençlerin kişilikleri ile fiziksel ve zihinsel yeteneklerinin tam gelişimini sağlayacak bir çevrede yetişme haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, doğrudan ya da kamusal ve özel örgütlerle işbirliği yaparak, aşağıdaki hususlara yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler: 1-a- çocukların ve gençlerin, ebeveynlerinin hak ve ödevleri göz önünde tutularak, gereksinim duydukları bakım, yardım, öğretim ve eğitim olanaklarına sahip olmalarını özellikle bu amaç için uygun ve yeterli kurum ile hizmetlerin kurulması ve sürdürülmesini sağlamak, b- çocukları ve gençleri ihmal, şiddet ve sömürüye karşı korumak, c- ailelerinin desteğinden geçici ya da mutlak olarak yoksun kalan çocukların ve gençlerin korunmasını ve bunların devletten özel yardım almasını sağlamak, 2- Çocukların ve gençlerin okula devamlarının özendirilmesinin yanı sıra parasız ilk ve orta öğrenim sağlamak.».

mamıştır. Komite özellikle, ilk kez «Yasadışı yollardan olsa dahi, Yabancıların Taraf olan Devletin ülke sınırlarında sağlık yardımı alma haklarını yok sayan bir mevzuat veya uygulama Şarta aykırıdır» kararını vermiştir.

İkinci olay: Avrupa Roman Hakları Merkezi - İtalya (Şikayet no: 27/2004, 7 Aralık 2005 tarihli karar) şikayeti, İtalya'da yaşayan Romanların Yenilenmiş Avrupa Şartı'nın 31. Maddesi tarafından teminat altına alınan konut hakkının ihlal edildiği iddiaları ile ilgilidir. Hükümet, bu bağlamda bir yandan müdahalenin, çoğu ülke sınırlarında yasadışı şekilde bulunan taraf devletlerin vatandaşlarından ve de üçüncü ülke vatandaşlarından oluşan bir gruba yönelik olmasından ve diğer yandan, bu kişiler arasından İtalyan vatandaşı olan kişileri ayırt etmenin mümkün olmaması sebeplerine dayanarak, başvurunun Şartın uygulama alanına girmediğini savunmaktaydı. Komite bu alanda savunucunun doğrultusunda gitmemiştir. Komite, özellikle Şartın tarafı olmayan uyruklara atıf yapan savunmaya ilişkin olarak, «İtalyan Hükümeti tarafından ileri sürüldüğünün aksine; «Şartın 31. Maddesinin korumasının sadece Şartın kapsamına giren kişilere mi uygulanacağı konusunda şüpheye düşülen hakların istisna tutulamayacağı; Şartın 31. Maddesine uyulmasını sağlamak için Komitenin kullanacağı yetkiye engel oluşturmayacağı» şeklinde karar vermiştir. Karar şu ifadeler ile devam etmiştir: « Hükümetin savunduğu gibi, 31. Maddede öngörülen korumadan yararlandırılması zorunlu olan Romanlar ile Ek (1. paragraf) gereğince bu korumadan yararlandırılması ihtiyari olan kişileri ayırt etme olanağına sahip olduğumuz bir an için düşünülse dahi, Komite bu durumda Devletin ilgili korumayı sağlamaktan muaf kalmasını gerektirecek bir durum görmemektedir».

Bu kararlardan hangi sonuca varabiliriz? İlk olarak söylenebilecek olan bunların Ek'in yeniden yorumlanmasını ve ilerlemeyi sağlayan çözümler olduğu, bunun sonucunda Avrupa korumasının başvurularında hedef alınan yabancıların bu haktan anında yararlanabileceğidir. Ancak, bunun ötesine gitmemiz mümkün olabilir mi? Bizce Evet. Üstte belirtilmiş olan iki kararın gerekçesi bizi buna teşvik etmektedir. FIDH-Fransa başvurusunda; Komitenin kararı, Şartın türüne dair genel değerlendirmeler ve bu düzenlemelerin yorumlaması haricinde, özellikle insan şahsiyeti kavramına dayanmaktadır. Bu kararı «tıbbî müdahalelerin insan haysiyetinin korunmasının temel koşulu» olarak görmesinden dolayı vermiştir. Bu kararın bir sonucu olarak, Ek'te yer alan hük-

mün uygulandığı her seferde, taraf olmayan devletlerin vatandaşları için, Komitenin görüşüne göre, insan haklarını korumaya yönelik diğer tüm araçların olduğu gibi Şartın da nihai hedefi olarak değerlendirilen insan haysiyeti ile bağdaşmayan neticeler ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu yorum, kolayca anlaşılacağı üzere, Şartın hüküm sürdüğü alanda yabancılar için oldukça umut verici perspektifler yaratmaktadır. Potansiyel olarak, Şartla teminat altına alınmış olan hakların tamamı bu kişilerin yararlanmasına açık olacaktır. Kısaca, insan haysiyeti istisnası burada, Avrupa topraklarında bulunan yabancıların sosyal haklara erişimini sağlayan kapının anahtarı olarak görülmektedir.

İtalyadaki Romanlar konusundaki şikayet ile ek bir aşama kat edilmiştir. Burada söz konusu olan, kendileri ile Şartta korunan haklardan “olağan” olarak yararlanan kişiler arasında ayırım yapılmasının mümkün olmaması sebebiyle, üçüncü ülke vatandaşlarının da teminat altına alınan bu haktan yararlandırılmasıdır. Devletler tarafından uygulanan kontrol sistemlerinin gittikçe iyileşmesinden dolayı, bu tür durumlara sık rastlamayacağımız aşıkardır. Bu uygulamayı, sunulan bir politikanın uygulanması için Şartın tarafı olan Devletlerin vatandaşları ile üçüncü ülkelerin vatandaşlarını ayırt eden bir Devletin kesin olarak yapacağını söylemek mümkündür.

Ancak, duruma veya hakka göre, “insan haysiyeti istisnasının” buna karşı gelmesi mümkündür. Sınırlı olduğu düşünülebilecek çözümlerin arka planında, yabancılar için koruma potansiyeli yüksek olan bir dinamığın ortaya çıktığı görülmektedir.

II. Ülke sınırlarında yasadışı şekilde bulunan taraf Devletlerin vatandaşları

Şartın tarafları olan Devletlerin vatandaşları konusunda ise; bu kişilerin prensipte garanti edilen haklardan otomatik olarak yararlanamadıkları hatırlatılmalıdır. Metnin kendisini olduğu gibi hatırlatacak olursak, Şart sadece diğer taraf Devletin ülke sınırları içerisinde bulunan «düzenli olarak çalışan veya yasal olarak ikamet eden diğer taraf devlet-

lerin vatandaşlarına»¹¹ uygulanmaktadır. Bu şart «18. ve 19.maddelere uygun olması durumunda» 1. ile 17. ve 20. ile 31. maddelere bağlıdır. Bu kısıtlamaya daha sonra değineceğiz. Şimdilik; yasal ikamet ve yasal çalışma şartlarının gereğince Şarttan yararlanmak isteyen kişilerin daha önceden Devletin sınırlarına girmelerine ve bu sınırlarda, kalıcı olmasa dahi, ikamet etmelerine ve/veya - sınırda çalışanların durumu gibi - ikamet etmeden olsa dahi, çalışmalarına izin verilmiş olması gerektiğini aklımızda tutmak ile yetineceğiz. Bu şartlar başından beri, Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi, diğer tarafların vatandaşlarının kendilerinki dışındaki herhangi bir Devletin ülke sınırlarına giriş hakkı olmadığı yönünde yorumlanmıştır. Bu yorumdan ayrıca izin verip vermemesi haktan yararlanıp yararlanamayacağını etkileyecek olan Devletin yabancıların Sosyal Şart tarafından garanti edilen haklara erişimini tamamen kontrol ettiği anlaşılmaktadır.

Bu metin yukarıda anılan iki kararın (FIDH-Fransa ve CEDR-İtalya) etkisini hafifletmektedir. Birinci karar, hatırlayacağımız gibi, yasa dışı durumda bulunan kişiler ile ilgili olarak verilmiştir. Bu davada konu olan ilgili kişiler büyük ihtimal ile üçüncü ülke vatandaşlarıdır. Ancak bulunan çözümün daha ziyade taraf Devletlerin vatandaşları için geçerli olduğunu düşünmek gerekir. İkinci çözüm ise, bu kategorideki kişilerin durumunu hedef almasından dolayı, bu yönde daha da açık şekilde taraf olmaktaydı. *CEDR-İtalya* davasında Komitenin daha açık olmamış olmasından ve özellikle başvuran tarafın bir yandan Romanların yasa dışı durumunun, ülke sınırlarında birçok nesilden beri bulunmalarına rağmen, Romanların durumunu yasallaştırmaya yönelik herhangi bir işlem yapmayı reddeden yetkililerin ayrımcı davranışının doğrudan sonucu olduğu iddiasına daha açık şekilde cevap vermemiş olmasından üzüntü duyabileceğimiz doğrudur. Aynı duygu gözden geçirilmiş Şartın E. Maddesi gereğince ırk ayrımının değerlendirilmede göz önünde bulundurulmaması için de geçerlidir. Komite tarafından verilen cevabın genel niteliği bulunan çözümün, ortaya çıkabilecek her türlü durum bakımından tam kapsamını belirlemeye imkan vermemektedir.

Ama en azından Şartın yukarıda anılan hükümlerinin tam kapsamının tartışılmasını sağlayabilmiştir. Bu bağlamda, öncelikli olarak incelenmeyi hak eden bir yoldur: Şartın Devletlere asgari yükümlülükleri yüklemiş olduğu hipotezi, taraf olan Devletlerin vatandaşlarını

¹¹ Tarafımızca belirtilmiş.

diğer taraf Devletlerin ülke sınırlarında yasa dışı durumdan koruma etkisi yaratabilecektir¹². Bu hipotez; yasal ikamet ve çalışma şartlarını zorunlu kılan koşulun hemen ardından gelen «18. ve 19. Maddelere uygun olması durumunda » ifadesine dayanabilir. Tabii ki ortak olarak kabul edilmiş olan görüşe göre bu ihtiyat geçersizdir ve sadece ikamet ve oturma için gerekli olan şartların onaylanması amacıyla telaffuz edilmiştir. Çünkü diğer tarafların ülke sınırlarında meslekî faaliyette bulunma, göçmen ücretlilerin ve ailelerini koruma ve onlara yardım etme haklarını teminat altına alan 18. ve 19. Maddeler özdeş koşulları belirtir¹³. Bu tezin savunucularının karmaşık bir sorunu ortadan kaldırma güdüsü ile biraz fazla hızlı hareket ettikleri düşünülebilir. Bunu anlamak için ilgili maddelerin metinlerini ele almamız ve bunları Şartın genel yapısı ışığında analiz etmemiz gerekmektedir.

Hatırlatalım, Şartın ilk iki kısmı maddi haklara ayrılmıştır: birincisinde hakların tamamı, ikinci kısımdaki düzenlemelere uyacak şekilde 1'den 31'e kadar listelenmiştir, ikincisi ise, her bir hakkın somutlaşması için Devletlerin verdikleri taahhütleri içermektedir. Bu durumda her iki tür düzenlemenin de somut şekilde ele alınması gerekmektedir. Birinci kısımdaki düzenlemelerin, yapay olsalar dahi, zaman zaman ikinci kısma eklenebilmeleri sebebiyle bu özellikten bahsetmekteyiz. Halbuki, bu durumda böyle bir şey söz konusu değildir: 19. Madde ile ilgili hakkın belirtilmesi hiçbir şartta bağlı değildir ve 18. Madde ile ilgili hakkın belirtilmesinin Devletlerin bu hakka sınırlamalar getirmesine izin vermesi durumunda, bu sınırlamalar hiçbir şekilde ikametın veya çalışmanın yasallığı ile ilgili olmayıp, «ciddi sosyal ve ekonomik nedenlere» bağlı olmalıdır. Dolayısıyla 18. ve 19. Maddelerin metinlerine dayanmak gerekir. Bu durumda 19. Maddenin 12 paragrafından beşinin devletlerin “yasal” çalışanlara karşı yükümlülüklerinin belirtildiği, diğerlerinin ise bu yasallık şartını özellikle belirtmediği tespit edilmektedir. Ayrıca 18. maddede de ikametın veya çalışmanın yasallığına dair bir ibare bulunmadığı da göze çarpmaktadır. Bu verilerin anlamlarının düzgün şekilde anlaşılması için, bu verileri Şart tarafından belirlenmiş taahhüt kuralları ile karşılaştırmamız gerekmektedir. Bu sistemin «a la

¹² Tezin ilk taslağı için araştırmamıza bakınız: Avrupa Sosyal Şartı ve Yasadışı Durumda olan Göçmenlerin Korunması, Göçmenler, İltica edenler ve Avrupa Konseyinin Parlamenterler Meclisi Komisyonu için hazırlanan rapor, belge AS/Mig/Inf (2005) 17, 28 Eylül 2005

¹³ D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı, Hukuk ve uygulamalar, Avrupa Konseyi yayınları, 1997, s. 461.

carte» olduğunu biliyoruz. Bu sistemin Devletlere aynı maddenin paragrafları arasından seçim yapma hakkı verdiğini de eklememiz gerekir. Dolayısıyla her bir paragrafın diğerlerine göre otonom şekilde ele alınması gerekmektedir. Bu durumda, aynı maddede yer almalarından dolayı, bir paragraf tarafından özellikle belirtilen şartın diğerleri için geçerli olması mecburi değildir. Dolayısıyla, ikametın ve/veya çalışmanın yasallığı şartının özellikle belirtilmemesi durumda, bu şartın aranmayacağı anlaşılmalıdır. Ancak 1. kısımda belirtilmiş olsaydı genel olarak uygulanabilecekti, ancak görüldüğü üzere, durum böyle değildir.

Bu durumda sadece, ikametının yasal olup olmadığını veya yapılan işi (yürütülen faaliyetin) dikkate almadan, sadece çalışan (ve ailesi) ile ilgili bu düzenlemelerin içeriği hakkında bilgi edinmemiz gerekmektedir. Bu bakımdan ilgili paragrafların çoğunda bir kişinin taraflardan diğerinin ülke sınırlarında bulunulmasının, orada ekonomik bir faaliyet gerçekleştirmek (veya bu tür bir faaliyette bulunan aile bireyinin yanına gitmek) amacıyla olduğu hipotezine dayanıldığını belirtmek gerekir. Bu paragrafların amacı Devletlerin bu kişilere yönelik yükümlülüklerini ortaya koymaktır. Daha genel bir tabir ile, ilgili kişinin seyahat etmesini olumlu yönde etkileyecek olan özgü tedbirlerin alınacağını ve sonuçta seyahate engel oluşturacak kısıtlamaların olabildiğince azaltılacağını söyleyebiliriz. Daha açıkça, devletler kendi ülkelerinden çıkış hakkını “tanımakta” (18.madde § 4) ve yabancılara dair yönetmeliği serbestçe (18, § 1) uygulayacaklarını, formaliteleri kolaylaştıracaklarını ve vize masraflarını kaldıracaklarını (18, § 2), bu tür kişilere yönelik yardım hizmetleri sunacaklarını (19, § 1), hareketlerini, seyahatlerini ve geldikleri ülkeye kabullerini kolaylaştıracaklarını (19, §2), onlar için yabancılardan istihdam edilmesine dair mevzuata esneklik getireceklerini (18, § 3), vatandaşları oldukları Devlet ile gidilen Devletin sosyal hizmetler kurumları arasında işbirliği yapacaklarını (19, § 3) taahhüt etmektedirler. Sonuçta, 18. ve 19. Maddeler, Şart’a taraf olan Devletlerin vatandaşlarına çalışma amacı ile serbest dolaşım hakkı tanınmasından bahsetmeseler dahi, bu maddeler yabancılardan ortak hakkından daha fazla avantaj sağlayan rejime tabi olmaları şeklinde yorumlanabilir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin 18. Madde’yi yorumlama şekli de isabetli olarak, budur. «Komite, 18. Maddede belirtilen taahhütlerin taraf devletin ülkesinin sınırlarına girişlerde uygulanacak kurallara dair olmadıklarını hatırlatarak, bu düzenlemenin «herhangi diğer taraf Devletin ülke sınırlarında meslekî faaliyette bulunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak» sonucundan mahrum bırakacak

şekilde, yönetmeliklerin esnemesinden sadece ülke sınırlarında zaten bulunan diğer tarafların vatandaşlarının yararlanması yorumunu kabul edemeyeceği değerlendirmesine varmıştır. Komite bu doğrultuda, girişlere, oturma, ikamete ve meslekî faaliyetin yapılmasına uygulanabilecek olan farklı kuralların etkileri ile, taraflardan birinin vatandaşlarının çalışma izni (kısa süreli izin haricinde) talebinde bulunmalarını engelleyeceği sonucunu oluşturacak bir yönetmeliğin, Şartın bu düzenlemesine aykırı olacağının altını çizmesi gerektiğini düşünmüştür» (Sonuçlar XIII-1, s. 219).

18. ve 19. Maddelerin yararlı etkisini sıfırlamak haricinde, üstte belirtilmiş olanlardan Şartın Ekinde belirtilmiş olan şartın yasal ikamet ve çalışma şartlarının basit bir onaylama olarak yorumlanması mümkün olmayacaktır. Bu tür hakların, gidilen Devletin sınırları içerisinde meslekî faaliyet yürütmekle ilgili hakların kullanımı ile ilişkilendirilmelerine rağmen – bu yönde 19. Maddenin 4. ile 8. paragrafları arasına bakınız– bunlar tarafların ülke sınırlarına girişler ve ilk işle ilgili yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Taraflara hiç olmazsa yasadışı durumları azaltma zorunluluğunu getirmekte, başka bir deyiş ile, yasadışı olan duruma karşı taraf Devletlerin vatandaşlarını *başlangıçtan itibaren* koruma zorunluluğunu getirmektedir.

III. «Azınlık İşçiler»

Şimdi ise üçüncü kişi kategorisini ele almamız gerekmektedir: «Azınlık İşçiler». Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Şart taraf devletlerin vatandaşlarına vermiş olduğu haklardan yararlanılmasını şarta bağlamaktadır. Ayrıca, yasallaştırmadan dolayı, «çalışanların büyük çoğunluğu» (ASS'nin 33.maddesi, Yenilenmiş ASS'nin 1.maddesi) temsil etmemeleri durumunda bazı kişilere yönelik eksiklere de izin vermektedir. Bu şart, geleneksel açıdan ve Komitenin görüşüne göre ancak çalışanların en az %80'ninin bu maddede hedef alınan düzenlemelerden birinin yeterli uygulanmasından yararlanmaları durumunda uygulanacaktır. Başka bir deyişle; belirtilen düzenlemelerin birisinin çalışanların %5, %10, hatta %20'sini temsil eden bir topluluğa zarar verdiğinin tespit edilmemesi halinde, Komite bu düzenlemenin yeterli şekilde uygulandığına karar vermemeliydi. «Ateşten pay alma hakkı» olarak görülen bu kural Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nde dahi endişe verici olarak

değerlendirilmiştir. Komitenin ilk Başkanı olan Pierre Laroque bu durumu şu sözler ile ifade etmekteydi: «Birçok Devlette, bazı açılardan hiçbir yasal veya anayasal hüküm veya bir başka düzenleme ile korunmayan marjinal gruplar yer almaktadır. Komite (...) ahlaki değerlerin ve fikirlerin gelişmesinden dolayı günümüzde normal sosyal güvenlikten yararlanma hakkının, fazlaca olmasalar dahi, bazı kategoriden insan topluluklarına verilmemesinin haklı görülebilecek bir yönü olmadığını düşünmekte ve Şartın bu tür bir istisna imkanı tanımasından (...) duyduğu üzüntüyü ifade etmektedir»¹⁴. Daha yakın bir zamanda, Komitenin şu anki Başkanı Jean-Michel Belorgey, aynı eleştirileri dile getiriyordu¹⁵. Burada kesin olan şey, karşı karşıya olduğumuz Şartın sosyal haklar ve Sosyal Şart tarafından teminat altına alınan insan hakları ile uyumsuz olduğudur.

Bu düşünceler Komitenin toplu şikayet başvuruları bağlamında düzenlenen ve 1. Madde hükmünün kapsamını hassas şekilde sınırlayan görüşündeki yeni gelişmeden uzak değildir. Bu gelişmenin özellikle yeni usul çerçevesinde yer almasının, bu şartın ve yeni usulün karşılaştırılmasının eleştirilerin şiddetlenmesine yol açması şaşırtıcı olmayacaktır. Komitenin başlangıçtaki görüşünü sıkı sıkıya koruması durumunda, sistematik olarak ya ileri sürülen düzenlemenin kapsamında yer alan çalışanların %20'sine veya daha azına denk gelen bir kitle ile ilgili olan başvuruları kenara koyması veya milli durumun Şartın hükümlerine uygun olduğu sonucuna varması gerekirdi. Halbuki böylesi bir tercihin, usulün yararını ve uygunluğunu ortadan kaldıracığı açıktır.

Komite nihayetinde farklı bir yola girmiştir. İlk olarak *Finlandiya'ya karşı STTK ry & Tehy ry* (17 Ekim 2001, Başvuru n° 10/2000, esas) kararında 33. Maddeyi devreye almamış ve haklarının ihlal edildiği iddia edilen grubun bu ülkedeki çalışanların %20'sini temsil etmemesine rağmen, Finlandiya'nın 2. Maddenin 1. paragrafını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu karardan %80 görüşünün terk edildiğinin anlaşılması gerekli görülse de, kendimizi kuralın statüsünün değişmesi yönünde alınan ve o döneme kadar işleyen raporlara dayanan denetim

¹⁴ S. Laroque, «Avrupa Sosyal Şartı », *Sosyal Hukuk*, n° 3, 1979, s. 107.

¹⁵ J.-M. Belorgey: «Ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasına ve yasaklara bağlı sorunlar, Kavramların ve karşılaştırılmış Hukuk unsurlarını açıklama denemesi», *Sosyal hak*, n° 7-8, Temmuz-Ağustos 2002, s. 686. Yazar «sosyal bir kategorinin tamamının sadece ezilmiş ve ağır denebilecek bir durumla kuşatılmış bir azınlık olmasından dolayı yasanın korumasından muaf tutulması»ndan üzüntü duymaktadır.

usulü çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamaya aykırı olan çözümün sadece Finlandiya Hükümetinin yapmadığı şekilde, Devlet tarafından ileri sürülmesi durumunda uygulanabileceğini düşünmekten alıkoyamayız.

En belirgin görüş yeniliği – ve en az sorgulanabilir olanı – daha sonra, *Fransa'ya karşı – Fransız idari personel sendikaları konfederasyonu (CFE-CGC) – şikayeti* [aynı zamanda «35 saat davası» olarak bilinmektedir] (11 Aralık 2001 tarih ve n° 9/2000 sayılı şikayet) vesilesi ile meydana gelmiştir. Bu şikayette, çalışma süresinin azaltılması ile ilgili «Aubry II Yasası»nın idari personelin Yenilenmiş Şartın 2. Maddesi 1. paragrafı bağlamındaki makul çalışma süresinden yararlanma hakkını ihlal ettiği iddia edilmiş ancak Fransız Hükümeti idari personelin maaşlı çalışanların toplam nüfusunun %5'ini aşmaması sebebiyle, ilgili düzenlemenin ihlal edilmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Komite «kendi ifadeleri ile ilgili çalışanlara sunulan referansı hesaba katarak, Yenilenmiş Sosyal Şartın 1. maddesinin uygulanmasının, belirli bir kategoriye oluşturan kalabalık bir kişi grubunun bir hukuk kuralının uygulanmasından istisna bırakılacağı bir duruma yol açamaz» ifadesini içeren bir karar vermiştir. Şartın istisna edici yönü bu şekilde hafifletilmiştir. Böylece, iddia edilen ihlale konu kişilerin istisna edilebilir olması ve idarenin de bu kıstasa uygun bir kategori tesis etmesi halinde Şart uygulanamaz hale gelmektedir. Bu görüş gelecekte dikkate alınması gereken yeni perspektifler doğurmaktadır.

İşte günümüzde Şartın korumasının kişi bakımından uygulanmasının görünümü bu şekildedir: nüansları bulunan ama dinamik ve ilerleyici bir tablo. Bu konuya ilişkin gelişmelerin daha da artacağından emin olabiliriz. Ancak bu noktada, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin, Şartın tarafı olan Devletlerin bahsedilen alanda oldukça kısıtlayıcı olan iradesinin esas oluşundan uzaklaşmadan, yorumunu nereye kadar genişletebileceği konusunu düşünmemiz gerekecektir. En iyi yol; Şartın Devletler tarafından düzgün ve uygun şekilde yeniden gözden geçirilmesi olacaktır. İnsan haklarının geleceği bakımından bu gözden geçirmenin en kısa zamanda yapılacağını ümit etmekteyiz.

5

Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Birliği hukukunun gelişimindeki rolü

Olivier De Schutter*

Bu çalışma Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa topluluğunun inşasındaki yeri hakkındadır. Öncelikle Roma Anlaşması ve anlaşmanın sonraki değişiklikleri çerçevesinde, sosyal Avrupa'nın gelişim evrelerini ele alacak, her bir evrede Avrupa Sosyal Şartı'nın oynadığı rolü ya da maruz kaldığı görelî ilgisizliği sorgulayacaktır. Bu çalışmada dört evre ele alınmıştır: 1957 tarihli Roma Anlaşması'ndan 1974'te ilk sosyal eylem programının kabul edilmesine kadar giden evre (1.); 1986 Avrupa Tek Senedi ile lanse edilen ve iç pazarın oluşturulması ile son bulan programa ilişkin evre (2.); Avrupa Tek Senedinden 1997 tarihli Amsterdam Anlaşması'na giden evre (3.); ve son olarak da, Avrupa Anayasası'nın kabul edilmesi sürecinin başarısızlığı sürecinden sonra içinde bulunduğumuz şimdiki evre (4.). 1961'de kabul edilmiş olan Avrupa Sosyal Şartı hiçbir zaman sosyal Avrupa topluluğunun gelişimi açısından ana araç olmamıştır. Şarta yapılan referanslar az sayıdadır. Avrupa Topluluğu temel sosyal haklar konusunda şartın hak ettiği gibi önemli bir ana araç olarak kullanılmasında uzun süre tereddüt etti ve halen de etmeye devam ediyor. Ancak araştırmamız gelecekte Avrupa Sosyal Şartı'nın daha fazla dikkate alınmasının gerekliliği ve hatta kaçınılmazlığı konusunu öne çıkarmaya çalışacaktır. Yazımızın sonunda Avrupa Topluluğu'nun inşasında ekonomik alan ile sosyal alan ara-

* Louvain Katolik Üniversitesi (UCL) ve Avrupa Koleji (Natolin) Profesörü; Avrupa Sosyal Şartı Ekonomik Ağı Koordinatörü, Beslenme hakkı konusunda BM Özel Raportörü.

sında daha iyi bir denge kurma gerekliliğine değiniyoruz (5.1.); yazımız, Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Topluluğu'nun mevzuat ve politikaları'nın gelişimi çerçevesinde daha fazla dikkate alınmasının bu dengeye katkılarını öne çıkaracaktır (5.2.).

Tarihi boyutuyla ele alındığında, Avrupa Topluluğu'nun sosyal boyutunun inşası belli başlı üç özellik etrafında şekillenir. Birinci özellik, başlı başına bir amaç teşkil etmekten ziyade, sosyal Avrupa kavramının uzun süre Avrupa Topluluğu'nun, daha sonra da Avrupa Birliği'nin üye ülkelerinin birbirleri arasında ekonomik entegrasyonuna katkıda bulunan eşlik edici bir tedbir olmasıdır. İkinci olarak, farklı hukuki yöntemler kullanılarak ve geniş çapta aktörler dahil edilerek, Avrupa Topluluğu giderek gelişti. Bu topluluk günümüzde öncelikle Roma Anlaşması'nın bazı hükümlerinin, mevzuat hükümlerinin ve aynı zamanda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın içtihatının bir sonucudur. Ancak Avrupa Topluluğu aynı zamanda zorlayıcı hukuki değeri olmayan politik beyanatın benimsenmesi ile – 1989 tarihli Çalışanların temel sosyal hakları Şartı ve 2000 tarihli Avrupa Birliği temel sosyal haklar şartı gibi– Avrupa sosyal diyalogu ile ve sosyal dışlanma ile mücadele ve istihdam konularında üye ülkeler arasında “açık” koordinasyon yöntemi ile de oluşmuştur. Üçüncü olarak da, Avrupa Topluluğu'nun sosyal boyutu Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'ndan yola çıkarak değil, daha ziyade buna paralel olarak inşa edilmiştir. Oysa bu şartın metni, Avrupa kıtası üzerindeki temel sosyal haklar açısından başvurulacak en önemli normatif kaynaktır.

Bu koşullar dahilinde, genel bir teşhise gitmek kolay değildir. Oysa Avrupa Topluluğu'nun sosyal boyutunun inşa edilmesinde birbiri ardına gelmiş olan tarihi evreleri ve dönemleri tanımlayabilir ve böylelikle bu evreleri birbirine bağlayan zihniyeti ve bu evrelerden önce yapılan tartışmalarda Avrupa Sosyal Şartı'na yapılan atıfların yerini de öne çıkarabiliriz. Ancak bu koşullarda iç pazarın sosyal boyutunun karşı karşıya olduğu zorlukları değerlendirebilir ve bu bağlamda bu şarta daha fazla atıfta bulunulmasının ne kadar önemli olduğunu gözler önüne serebiliriz.

I. İlk yıllar (1957-1974): ortak pazar

1956 yılında Bertil Ohlin'in yönetimindeki uzmanlar grubunun hazırladığı rapor daha o zamanlar önemli soruyu soruyordu¹. Ekonomik entegrasyon oluşturma amacıyla altı devletten oluşan bu grup içinde sosyal hakların korunmasına etki edecek miydi ve eğer edecek ise, telafi edici kontroller mi gerekecekti? Bu soruya verilen cevap o günlerde oldukça iyimserdi. ILO yetkililerine göre, Ortak Pazar içinde uluslararası rekabetin olması yaşam koşullarının giderek iyileşmesine engel teşkil etmeyecekti, zira üretim araçlarının serbest dolaşımı sayesinde kaynakların daha etkin kullanımı mümkün olacak ve bu da verimliliğin artmasını sağlayacaktı. Dolayısıyla gelecekte kurulacak olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'na sosyal konularda yetki vermek ne gerekiyordu, ne de tavsiye ediliyordu. Hayat şartlarının ve çalışma koşullarının iyileşmesi, sendikal örgütlerin de baskısıyla, her bir devlet içinde, verimliliğin artmasının otomatik sonucu olacaktı ve bu durumda Topluluk içinde (her bir devletin çalışanlarının verimlilikleri arasındaki fark da gözetilerek) tek tip bir sosyal hakları koruma seviyesinin yerleştirilmesi yapay bir çabaydı ve bu yüzden de fazla istenmiyordu. Raporun yazarları bu genel sonuca –ki geniş ölçüde, iktisat teorisinin o günden beri oldukça sınırlandırdığı Heckscher-Ohlin modelinden ilham almıştır² – iki istisna getirmişlerdi. Birinci olarak rekabet dengesizlikleri riskinin bazı ülkelerde aynı iş için kadın ve erkeklerin ücret eşitliğinin yeteri kadar korunmamasına yol açabileceğinin ve bu durumun kadın işgücünün yoğun olduğu sanayi sektörlerinde bu ülkelere gayrikanuni karşılaştırmalı üstünlük sağlayabileceğinin altını çizmişlerdir. Aynı yorum haftalık çalışma sürelerinin ve ücretli izinlerin belirlenmesi konusunda da yapılmıştır: yazarlara göre, bazı ülkelerde çalışanların yeteri kadar örgütlü olmamaları bu ülkelerde çalışanların koruma düzeyinin daha az olmasına yol açacak ve bu da sağlıklı bir rekabetin oluşmasına engel teşkil edecektir. Ancak yine de, Ohlin raporu bu garantilerin Avrupa Ekonomik Topluluğu içinde kanunlaştırılmasının gerekli olduğunu öne

¹ Bureau international du travail, Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, Studies and Reports, New Series, No. 46 (1956).

² 1933'te, B. Ohlin en önemli kitabı olan, Interregional and International Trade'i yayımlar, ve bu eserle 1977 yılı Nobel ekonomi ödülünü J. Meade ile paylaşır. Ohlin bu eserini Heckscher'in çalışmaları üzerine kurmuştur ve uluslararası ticaret teorisi bu çalışmaların tamamını Heckscher-Ohlin modeli olarak adlandırmıştır. Ricardo'nun çalışmalarından etkilenmiş olan bu teori uluslararası ticaret ile her bir ülkenin karşılaştırmalı üstünlüğü olan üretim dallarında uzmanlaşacağını öne sürer.

sürmemiştir: yazarlar aynı sonuca, ülkelerin bu konulardaki uluslararası tedbirleri benimsemeleriyle de erişilebileceğinin altını çizmişlerdir ve bu uluslararası tedbirler ILO ya da Avrupa Konseyi bünyesinde kararlaştırılmaktadır –1961’de Avrupa Sosyal Şartı adını alacak olan ilk metin taslağı o tarihlerde mevcuttu. Dolayısıyla, Bertil Ohlin’in etrafında toplanan uzmanların vardığı sonuç şuydu: ilerde kurulacak olan Avrupa Ekonomik Topluluğu’na sosyal konularda yetki vermek gerekli değildir: bütün ülkeler aynı uluslararası taahhütlere bağlı olduğu sürece, rekabetsel kuralsızlaşma riskinden kaçınmak maksadıyla AET üyesi ülkelere “minimum temel haklar” dayatılması uygun değildi. Bu tedbirler, uluslararası taahhütlerin mevcut olduğu bir çerçevede hem gereksiz, hem de, sosyal güvenliğin ülkelerin ulusal sanayilerinin uzmanlaşmasından doğacak olan verimlilik kazançlarına bağlı olması gerekliliği göz önünde bulundurulursa, tehlikeli olacaktı. Dolayısıyla Ohlin raporu Sosyal Avrupa’yı bir kenara itmiştir. Ancak bunu bir iş bölümü adına yapmıştır; bir tarafta Avrupa Ekonomik Topluluğu, diğer tarafta ise ILO ve Avrupa Konseyi. Zira rapora göre AET üye ülkelerinin hepsi bu uluslararası kuruluşlarda karara bağlanan aynı kurallara riayet edeceklerdir.

Ohlin Raporu’nun Messina hükümetlerarası konferansında sunulan Spaak Raporu’nu ve oradan da 25 Mart 1957 tarihli Roma Anlaşması’nı önemli ölçüde etkilediğini biliyoruz³. Roma Anlaşması’nda sosyal haklara ilişkin bir bölüm yoktur. Roma Anlaşması bu konuda Avrupa Topluluğu’na hiçbir yasama yetkisi vermemiştir. Sadece AET 188. maddesinde “sosyal konularda üye ülkeler arasındaki işbirliğinin geliştirilmesi, Komisyon’un görevidir” denilmiştir: özellikle de istihdam, iş kanunu ve çalışma koşulları, mesleki eğitim, sosyal güvenlik, iş yerinde sağlık ve güvenlik, sendikal haklar ve işveren ve çalışanlar arasındaki toplu pazarlıklar konusunda. Aynı madde, bunun için “Komisyonun üye ülkelerle sıkı iletişimde olacağını, hem ulusal düzeyde karşılaşılan sorunlar, hem de uluslararası kuruluşları ilgilendiren sorunlar hakkında araş-

³ Catherine Barnard, ‘The Economic Objectives of Article 119’, in Tamara Hervey et David O’Keeffe (éd.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester, Wiley, 1996, s. 321-334; Paul Davies, ‘The Emergence of European Labour Law’, in W. McCarthy (éd.), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, 1993, s. 313-359; Simon Deakin, ‘Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy’, in Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, and Spiros Simitis (éd.), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1996, s. 62-93.

tırmalar yapılacağını, fikir alışverişinde bulunulup danışma toplantıları düzenleneceğini” öngörmektedir. Ancak, Roma Anlaşması’nda bir de aynı iş için kadın ve erkeklerin ücretlerinde eşitlik konusunda bir bölüm - AET madde 119 (değişikliklerden sonra CE madde 141)- ve bir de ücretli izinlere ilişkin bir bölüm bulunur – AET madde 120 AET (değişikliklerden sonra CE madde 142). Ayrıca, Avrupa Sosyal Fonu da oluşturulmuş ve görevi, ortak Pazar içinde istihdam olanaklarını geliştirmek ve çalışanların mesleki ve coğrafi hareketliliği teşvik ederek “... yaşam koşullarının iyileştirilmesine katkıda bulunmak” olarak tanımlanmıştır (madde 123 AET). Son olarak da madde 51 AET (değişikliklerden sonra madde 42 CE), göçmen işçilere ve hak sahiplerine, farklı ulusal mevzuatlarda geçerli sayılan tüm çalışma dönemlerinin toplanması ve böylece sosyal yardımlardan faydalanmaları ve bu yardımların hesaplanmasının sağlanması, aynı zamanda üye ülkelerde yaşayan kişilere yardım ödemelerinin yapılması öngörülmüştür. Bu son hüküm temel alınarak, ilk olarak 1958 yılında bir yönetmelik kabul edilmiştir⁴, sonrasında kabul edilen yönetmelikler Avrupa Konseyi’nin 14 Haziran 1971 tarihli ve 1408/71 sayılı AET Yönetmeliğinde birleştirilmiştir. Bu yönetmelik, Topluluk içerisinde hareket eden maaşlı çalışanların ve ailelerinin sosyal güvenlik rejimlerinin uygulamasına ilişkindir⁵ ve günümüzde dahi, üzerinde yapılan çok sayıda değişikliğe rağmen, uygulanabilen yasal çerçeveyi teşkil etmektedir. Ancak AET madde 51 ve bu maddenin uygulama yönetmelikleri, çalışanların serbest dolaşımı garanti etmek ve farklı ülkelerin sosyal güvenlik mevzuatlarının farklılıkları sonucunda mağdur olmalarını engellemek konusunda belirleyici olsalar da, hiçbir şekilde bu farklı mevzuatları birbirlerine yaklaştırmayı öngörmemektedir: aksine, 1408/71 no’lu yönetmelik bu mevzuatların farklılıklarını organize etmektedir⁶.

Roma Anlaşması’nı kaleme alanların Ohlin Raporu felsefesine olan bağlılıkları, Avrupa Topluluğu inşasında, sosyal amaçların ortak paza-

⁴ Konsey’in 3 no’lu Yönetmeliği, göçmen işçilerin sosyal güvenliğine ilişkindir, JO n° 3 du 16.12.1958, s. 561/58.

⁵ JO L 149 du 5.7.1971, s. 2. Bu yönetmelik bir çok defa revize edilmiştir. Ve son olarak da Avrupa Parlamentosu’nun (CE) n° 647/2005 kararı ve Konsey’in 13 Nisan 2005 tarihli, Konsey’in (AET) n° 1408/71 sayılı, Topluluk içinde hareket eden maaşlı çalışanların, maaşsız çalışanların ve ailelerinin sosyal güvenlik rejimlerine ilişkin kararnameyi değiştiren kararı ve (AET) n° 1408/71 kararnameyi uygulama koşullarını tanımlayan, Konsey’in (AET) n° 574/72 sayılı kararı, JO L 117 du 4.5.2005, s. 1.

⁶ Dolayısıyla çalışmamızın devamında göçmen işçilerin sosyal güvenliği ele alınmayacaktır.

rın oluşturulmasına nazaran ikinci plana atılmalarında da açıkça görülebilir: ortak pazara engel teşkil edecek unsurların ortadan kaldırılması araçken, sosyal haklarda kaydedilecek ilerlemeler bu aracın bir türevi olarak ortaya çıkıyor. AET madde 2 (değişikliklerden sonra CE madde 2)'ye göre "... ortak pazarın oluşturulması ve üye ülkelerin ekonomi politikalarının git gide birbirlerine yaklaştırılması ile (...), yaşam şartlarında hızla iyileşme sağlanacaktır". Aynı yönde AET madde 117 (değişikliklerden sonra CE madde 136) de şunu söyler: "Üye ülkeler, yaşam ve işgücünün çalışma şartlarının iyileştirilmesi gerektiği ve ilerleme yoluyla eşitlenme konusunda hemfikirdirler"; ikinci fıkrada böyle bir gelişimin "hem ortak pazarın işleyişinden (...) hem de işbu anlaşmanın öngördüğü yasal, yönetmeliksel ve idari hükümlerin birbirlerine yakınlıklarından doğacağı" belirtilmektedir⁷. Roma Anlaşması'nın ilk versiyonunun bu hükümlerinin temelde programatik olma özelliği – zira bu hükümler üye ülkelere, anlaşmanın belirlediği sosyal hedefleri gerçekleştirmek için hukuki anlamda işbirliği yapma zorunluluğu getirmemektedir– Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından da birçok kararda ifade edilmiştir; bu kararlarda Divan "özellikle de yaşam koşullarının hızla iyileştirilmesi hedefine ilişkin olarak," bunun "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun oluşumuna ilham veren bir amaç" olduğunu, "genel bir amaç olması ve sistematik olarak ortak pazarın oluşturulmasına ve ekonomi politikalarının giderek birbirlerine yaklaşmasına bağlı olması dolayısıyla, üye ülkelerin yükümlülüğünde olacak hukuki zorunluluklar yaratma etkisi ve kişiler için haklar doğurma yetkisi" bulunmadığını⁸ ifade etmiştir. 17 Mart 1993 tarihli *Sloman Neptun* kararında⁹, Adalet Divanı yabancı uyruklu denizcilerin işe alınmasını yasaklamadığı için eleştirilen bir Alman mevzuatıyla karşı karşıyaydı – burada söz konusu olan, düşük ücretle çalışan (Alman denizcilerin aldığı

⁷ AT 136 maddede, bir de ayrıca "Topluluk ekonomisinin rekabet gücünün korunması gerekliliği"ne atıfta bulunan bir fıkra konmuştur. Ayrıca AT Anlaşmasının 117 maddesinin bazı cümlelerinde değişikliğe gidilmiş ancak, üye ülkelerin (şimdiki üye ülkeler Topluluğu) yaşam ve çalışma koşullarının ilerlemeye eşitlenmesinin "hem pazarın işleyişinin ve bunun sayesinde sosyal sistemlerin uyumlu hale gelmesinin, hem de işbu anlaşmada öngörülen mevzuatların, yönetmelik ve idari kuralların uyumlu hale getirilmesinin" sonucu olacağına ilişkin prensip korunmuştur.

⁸ C.J.C.E., 29 Eylül 1987, *F. R. Giménez Zaera*, 126/86, *Rec.*, s. 3697, pt 11. Voy. déjà C.J.C.E., 15 Haziran 1978, *Defrenne (n°2)*, 149/77, *Rec.*, s. 1365, pts 19 et 31; C.J.C.E., 13 Mayıs 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, s. 1607; ve bu sefer, CECA anlaşması çerçevesinde, benzer hedeflerin tanımı yapılmıştır, C.J.C.E., 10 Mayıs 1960, *Barbara Erzbergbau e.a.*, aff. jtes 3 à 18, 25 et 26/58, *Rec.*, s. 367.

⁹ C.J.C.E., 17 Mart 1993, *Sloman Neptun*, C-72/91, *Rec.*, s. I-887.

ücretin yaklaşık %20'sine denk düşen bir ücret alıyorlardı) beş Filipinli denizciydi; bunlar genel anlamda daha kötü çalışma şartlarına da sahipti. Bir şirket komitesi Adalet Divanı'na başvurmuş ve bu mevzuatın Topluluk hukukuna aykırı olduğunu öne sürmüştü zira ya yasak olan bir devlet yardımı teşkil ediyordu, ya da AET madde 117'yi ihlal ediyordu. Ancak Divan bu son hükmün üye ülkelerin “‘ücretlerde damping’ oluşmasına ve diğer iş piyasası aksaklıklarına engel olmak için bir yandan üçüncü ülkelerden gelen iş gücü akışlarını kontrol etmeleri” gerektiği, diğer yandan da “bu iş gücünün Topluluk içerisinde istihdam edildikleri zaman, sosyal gelişime katılmalarını sağlayacak tedbirler alması” konularını bir kenara bırakıyordu. Divan aksine AET madde 117'nin “esastan programatik” özelliğinin altını çiziyordu: “Bu madde ancak, Topluluk'un eylemlerinin, üye ülkeler arasındaki sıkı işbirliğinin ve ortak pazarın işleyişinin bir sonucu olacak olan sosyal hedefleri konu almaktadır” (nokta 25).

Bu kararın anlamını kavramak gerekir: Üye ülkeler iç pazar oluşturulmasına ilişkin kurallara riayet etmek zorundalardır, ki bu kurallar Roma Anlaşması'nda Avrupa Topluluğu'nun hedefleri hiyerarşisinde daha geniş hedeflerin (mesela “yaşam koşullarının hızla iyileştirilmesi” hedefi, CE madde 2 günümüzde “hayat kalitesinin ve seviyesinin yükseltilmesi”nden söz etmektedir) *gerçekleştirme aracıdır*, ancak üye ülkeler doğrudan bu amaca hizmet edecek tedbirleri almakla yükümlü değildirler ve hatta bu amaçların gerçekleştirilmesini geriletebilecek tedbirler almaları da yasaklanmamıştır. Roma Anlaşması'nda, iç pazarın oluşturulmasının kendi başına bir amaç değil, bazı sosyal hedeflere ulaşmakta kullanılan bir olanak olarak yer alması, Divan'a göre üye ülkelerin ellerindeki yetkileri kullanırken bu hedeflere ulaşılmasına katkıda bulunmalarını gerektirmemektedir¹⁰.

Avrupa Topluluğu'nun kuruluşunun ilk yirmi yılında bu çerçeve esas olarak değiştirilmemiştir. Bu arada Avrupa Sosyal Şartı doğmuştur. 1955 yılında başlayan müzakereler 18 Ekim 1961 tarihinde şartın imzalanması ile sonuçlanmıştır. 1965 yılında, beş onay sayısına ulaşılmış ve şart yürürlüğe konmuştur. Şartı imzalayan ilk ülkeler arasında, Avrupa Ekonomik Topluluğu kurucu ülkeleri arasında yer alan Almanya ve

¹⁰ C.A. Ball, ‘The Making of a Transnational Capitalist Society: The Court of Justice, Social Policy, and Individual Rights Under the European Community's Legal Order’, *Harv. Int. L. J.*, vol. 37, 1996, s. 307 ; G. Majone, ‘The European Community Between Social Policy and Social Regulation’, *J. Common Market Stud.*, vol. 31, 1993, s. 153.

İtalya bulunur. Ancak Fransa'nın şartı imzalaması için 1973 yılını beklemek gerekmiş, Hollanda ise şarta 1980 yılında katılmıştır. Şartın Belçika'da yürürlüğe girmesi 1990 yılında, Lüksemburg tarafından imzalanması ise 1991 yılında gerçekleşmiştir. Ohlin grubunun iyimser öngörülerinin aksine, Topluluk üye ülkelerinin temel sosyal haklar konusundaki uluslararası taahhütlerinin aynılığı ortadan kalkmış olmadı, zira hiçbir zaman gerçekten var olmamıştı. Bu durum Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun genişlemesi sürecinde, Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanmasının kabul edilme koşulları içinde yer almaması ile, daha da ciddi bir hal aldı: Birleşik Krallık, Danimarka ve İrlanda, atmışlı yılların başından beri, yani topluluğa girdiklerinde, zaten Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamış ülkelerdi, ancak aynı durum Yunanistan (Avrupa Sosyal Şartı'nı 1984'de onaylamıştır) ya da Portekiz (1986'dan beri üye ülke olmasına rağmen, şartı 1991'de onaylamıştır) için geçerli değildir. Bu arada ekonomik kriz ortaya çıkmış, Avrupa Sosyal Topluluğu da bu krize tepki vermek amacından doğmuştur.

II. İkinci evre (1974-1985): Topluluk içinde sosyal bir boyutun ortaya çıkması

Roma Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra, yeni bir evrenin başlaması için on altı yıl beklemek gerekti; Ocak 1974'te Avrupa Konseyi'nin bir önergesinde¹¹ yer alan sosyal eylem programı kabul edildi. Aynı zamanda Avrupa Topluluğu'na üç yeni ülke katılıyordu ve hükümetler, AET Anlaşması'nın kendilerine sundukları, henüz çok zayıf olan araçlarla, sosyal uyumun geliştirilmesi yönünde bir irade sergiliyorlardı. Petrol fiyatlarının aniden yükselmesine bağlı olan kriz etkilerini hissettirmeye başlamıştı: bir aciliyet hissiyatı hakimdi. AET madde 100 (değişikliklerden sonra AT madde 94) Konsey'in oy birliği ile karar vermek suretiyle, ortak pazarın oluşumuna ya da işleyişine doğrudan etki eden ulusal mevzuatların yakınlaşmasını sağlayan direktifler kabul edebilmesini öngörüyordu. Öte yandan AET Madde 235 (değişikliklerden sonra AT madde 308), Topluluğun bir eylemi "ortak Pazar işleyişi içinde, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için gerekli

¹¹ Bir sosyal eylem programına ilişkin, 21 Ocak 1974 tarihli karar, JO 1974, C 13, s. 1.

görülürse ve işbu anlaşma bu eylem için gereken yetkileri öngörmemişse” Komisyon’un önerisi üzerine, Konsey oy birliği ile, kendine ait yetkileri uygulayabilecektir. Komisyon, Konsey tarafından bu hükümlere dayanması ve Roma Anlaşması’nın hedeflerinin gerçekleşmesi yolunda ilerlemesi için teşvik edilmiştir. Topluluk düzeyinde hareket etme gerekliliği buna paralel olarak bir de şu sebepten daha da öne çıkmıştır: Adalet Divanı, doğrudan ya da dolaylı olarak, güncel ya da potansiyel olarak, Topluluk içi ticarete engel teşkil edebilecek ticari kuralların, AET madde 30 uyarınca yasak olan ithalatı kısıtlayıcı tedbirlere yakın etkiye sahip tedbirler olabileceği şeklinde bir değerlendirmeye sahip olmuştur¹². Bu içtihat, bir bakıma, ticaretin önündeki tüm doğrudan ya da dolaylı engellerin giderek ortadan kaldırılması ile¹³, Topluluk içindeki “negatif” entegrasyonun hızlanacağını ilan ediyordu ve Divan’ı, amaçları doğrudan ya da dolaylı olarak bazı sosyal hakların korunması olan bir takım mevzuatın malların serbest dolaşımı zorunluluğu ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmeye çağırıyordu¹⁴. Topluluk çapında “pozitif” bir entegrasyon gerekliydi. Sosyal uyumluluk başlatılmıştı.

1975-1986 yılları arasındaki dönemde, yani sosyal eylem programının kabul edilmesi ile Avrupa Tek Senedinin kabul edilmesi arasında geçen dönemde kabul edilen direktifler, geniş ölçüde krizin ve bu kriz ile ani bir hızlanışa geçen endüstriyel doku dönüşümünün sosyal etkilerini azaltmaya çalışan tedbirler olarak görülebilir¹⁵. Buna belli başlı örnekler Konsey’in 17 Şubat 1975 tarihli ve 75/129/CEE sayılı, üye ülkelerin toplu işten çıkarmalara dair mevzuatlarının yakınlaşmasına ilişkin direktifi¹⁶, Konsey’in 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187/CEE sayılı, üye ülkeler arasında şirket ya da kurumların ya da şirket ya da kurum bö-

¹² C.J.C.E., 11 Temmuz 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.*, s. 837, pt 5.

¹³ Mübadele engellerinin kaldırılması ile gerçekleşen “negatif” entegrasyon ile ulusal mevzuatların uyumlu hale getirmesi ve birbirine yaklaşması ile gerçekleşen “pozitif” entegrasyon arasındaki fark, ilk olarak Jan Tinbergen tarafından öne çıkarılmıştır, *International Economic Integration*, 2ième éd., Amsterdam, Elsevier, 1965.

¹⁴ Miguel Poiarés Maduro, ‘Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU’, in: Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 1999, s. 449, içi s. 453-455; Miguel Poiarés Maduro, M., *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Rereading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publ., Oxford, 1998.

¹⁵ Jeff Kenner, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford, Hart, 2003, s. 27.

¹⁶ JO L 48 du 22. 2. 1975, s. 29. Günümüzde bu direktif 92/56/CEE direktifi ile değiştirilmiştir ve (JO L 245 - 26. 8. 1992, s. 3), Konsey’in 20 temmuz 1998 tarihli, 98/59/CE sayılı, üye ülkelerin toplu işten çıkarmalara ilişkin mevzuatlarının birbirine yakınlaştırılması hakkındaki direktifi ile yasalastırılmıştır (JO n° L 225 - 12.8.1998, s. 16).

l mlerinin transferleri durumunda çalışanların haklarını korumak açısından mevzuatlarının yakınlaştırılmasına ilişkin direktifi¹⁷, ya da Konsey'in 20 Ekim 1980 tarihli ve 80/987/CEE sayılı, işverenin ödeme aczi durumunda çalışanların haklarını korumak açısından ülke mevzuatlarının yakınlaştırılmasına ilişkin direktifidir¹⁸. Bu direktifler Topluluk  ye ülkeleri arasında çalışanların haklarının korunmasını sadece kısmi olarak uyumlu hale getirmeyi amaçlamaktadır. 80/987/CEE sayılı direktifin giriş bölümünde de belirtildiği gibi, söz konusu olan  ye ülkeler arasındaki farkları ortadan kaldırmak değil, "Ortak Pazar işleyişi üzerinde doğrudan etki edebilecek olan bu farkları azaltmaya gitmektedir." Ayrıca, bu direktifler sadece asgari kurallar ortaya koymakta ve  ye ülkelerin çalışanlara daha faydalı hükümler oluşturma ya da böyle hükümleri uygulama yetkilerine engel olmadıklarını da açıkça beyan etmektedirler. Bu  zelliklerin hukuki temelinin AET madde 100'den ilham aldıkları anlaşılmaktadır: ilk başta, Avrupa topluluğunun sosyal konulardaki sınırlı yetkisi de dikkate alınırsa, Avrupa sosyal hukuku ancak ortak pazara eşlik eden bir hukuk olabilecekti ve amacı, olumsuz sosyal etkileri azaltmaktı. Ama burada daha temel olarak ifade edilen şudur; -oluşmakta olan- Avrupa sosyal hukuku pozitiften ziyade negatif mod üzerine kurulacaktır: ortak pazar oluşumundan doğan yeniden yapılanmaların etkilerini sınırlandıracak, ancak Topluluğu tanımlanmış bir Avrupa sosyal modeline doğru götürme niyeti olmayacaktır.

Aynı dönemde kadın ve erkeklere eşit muamele yapılması konusunda kaydedilen kaydedilen önemli ilerlemeler bile, aslında temel olarak sosyal hakların ortak pazarın hizmetinde kullanılacağı bir zihniyete uygundur, oysa ki Anlaşma, ortak Pazar projesini yaşam seviyesinin hızla yükselmesi ve işgücünün çalışma ve hayat koşullarının iyileşmesini hedefleyen bir proje olarak sunmaktadır. Yine de, Topluluğun ekonomik hedefleriyle sosyal hedefleri arasındaki ilişki tam da bu alanda yavaş yavaş dengelenmişti. Adalet Divanı 1976 tarihli ikinci *Defrenne* kararında, AET madde 119'un doğrudan etkisini  ne çıkardığında -

¹⁷ JO L 61 du 5.3.1977, s. 26. Bu direktif sonrasında değiştirilmiştir (Konsey'in 77/187/CEE sayılı direktifi (JO L 61 du 5.3.1977, s. 26); Konsey'in 98/50/CE sayılı direktifi (JO L 201 du 17.7.1998, s. 88)), ve yakın zamanda, yasalaştırılmıştır: Konsey'in 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23/CE sayılı, şirket, kurum, şirket ya da kurum bölümlerinin transferi durumunda çalışanların haklarının korunmasına ilişkin  ye ülke mevzuatlarının yakınlaştırılması hakkındaki direktifi (JO n  L 082 - 22.3.2001, s. 16).

¹⁸ JO n  L 283 - 28.10.1980, s. 23. Bu metin Avrupa Parlamentosu'nun 2002/74/CE sayılı direktifi veKonsey'in 23 Eylül 2002 tarihli direktifi ile değiştirilmiştir (JO n  L 270 - 8.10.2002, s. 10).

Divan muhtemelen aynı konuda bir önceki sene kabul edilmiş olan direktifin uygulanmasındaki yavaşlığı telafi etmeye çalışıyordu¹⁹- bunu öncelikle rekabet bozukluklarını ortadan kaldırma gerekliliği adına yapıyordu ve bu anlamda, bu hükmün anlaşmaya girmesinin gerekliliğini açıklarken söylediklerine sadık kalmıştı: “farklı üye ülkelerdeki sosyal mevzuatların gelişmişlik düzeyi arasındaki fark göz önünde bulundurulursa, madde 199’un amacı, topluluk içi rekabette, ücret eşitliği prensibinin gerçekleştirildiği ülkelerdeki şirketlerin, kadın iş gücünün aleyhine ücret farklılıklarının halen mevcut olduğu ülkelerdeki şirketler karşısında rekabet dezavantajına maruz kalmamalarıdır”²⁰. Aynı zamanda Divan şunu da eklemiştir: “ayrıca, bu hüküm Topluluğun sosyal amaçlarını da göstermektedir; bu amaçlar sadece ekonomik bir birlikle sınırlı değildir, aynı zamanda ortak bir hareketle, Avrupa halkalarının yaşam ve istihdam koşullarını da ileri götürmek ve bu yönde devam etmek söz konusudur” (nokta 10), böylelikle “bu iki sosyal ve ekonomik amaçtan, ücret eşitliğinin Topluluğun temellerinden biri olduğu sonucu ortaya çıkar” (nokta 12). Konsey’in 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207/AET sayılı, kadın ve erkekler arasında iş hayatına giriş, mesleki eğitim ve ilerleme ve çalışma koşulları konusunda eşit muamele görmesi prensibinin gerçekleştirilmesine ilişkin direktifi²¹, bir kaç hafta önce bu konuyu gündeme getirmişti.²² Bu direktifle, içkin yetkilere ilişkin maddeye başvurma hakkının hukuki temeli oluşmuş oldu (AET madde 235 , değişikliklerden sonra AT madde 308). Fikir şuydu: “Kadın ve erkek çalışanlara yapılan muamelenin eşit olması, Topluluğun amaçlarından biridir, özellikle de işgücünün yaşam ve çalışma koşullarının ilerleme içinde eşitlenmesi söz konusu olduğunda”.

Böylelikle, art arda gelen müdahalelerle, anlaşmanın sosyal hedefleri, ekonomik entegrasyona ilişkin hedefleri ile aynı seviyede ele alınmaya başlandı: cinsiyet yüzünden ayrımcılığa uğramama hakkının, Divan’ın savunuculuğunu yaptığı ve korunmasını sağlamak zorunda oldu-

¹⁹ Konsey’in 10 Şubat 1975 tarihli, kadın ve erkek çalışanların ücret eşitliği prensibinin uygulanmasına ilişkin üye ülke mevzuatlarının yakınlaştırılması hakkındaki 75/117/CEE sayılı direktifi (JO L 45, s. 19).

²⁰ C.J.C.E., 8 Nisan 1976, *Defrenne c. Sabena*, 43/75, *Rec.* s. 455 (nokta 9).

²¹ JO L 39, s. 40. Bu direktif Avrupa Parlamentosu’nun 2002/73/CE direktifi ve Konsey’in 23 Eylül 2002 tarihli direktifi ile değiştirilmiştir (JO n° L 269 - 5.10.2002, s. 15).

²² 76/207/CEE direktifinin devamında, Konsey’in 19 Aralık 1978 tarihli ve 79/7/CEE sayılı, sosyal güvenlik konusunda kadın ve erkeklerle yapılan muamelenin giderek eşitlenmesine ilişkin direktifi kabul edilmiştir (JO n° L 6 du 10.1.1979, s. 24), aynı zamanda madde 235 CEE de hukuki temel olarak alınmıştır.

ğu temel insan hakkı olarak tanınmasının sonuçlarını öne çıkaran 10 Şubat 2000 tarihli *Schröder* kararı ile²³, Divan, şöyle bir değerlendirmeye gitmiştir: “Anlaşmanın 119 maddesinde yer alan ve farklı üye ülkelerde bulunan şirketler arasındaki rekabet bozukluklarının ortadan kaldırılmasına ilişkin ekonomik hedef, bir de aynı hükümde yer alan ve sosyal amaçları içeren ikincil bir özelliğe sahiptir; bu sosyal amaçlar temel bir insan hakkının ifadesidir”²⁴. Bu karar 1970’li yılların sonunda, Roma Anlaşmasının ekonomik ve sosyal hedefleri arasındaki denge- nin yeniden görüşülmesinin, Adalet Divanı’nın içtihatı tarafından nasıl teşvik edildiğini ve mümkün kılındığını göstermektedir. Bu içtihatla, temel haklar Topluluk hukukunun genel prensipleri arasında tanımlanmıştır. Bunun sebebi ise, bazı ulusal anayasa mahkemelerinin içtihatlarının içerdiği endişelere cevap vermektir ve bu ulusal içtihatlar, 1964’den beri geçerli olan Topluluk hukukunun önceliği uralının üye ülkelerin anayasalarında bulunan insan hakları maddelerine ihlal teşkil edebileceği endişesini yansıtıyorlardı.

Yukarıda bahsettiğimiz yeniden görüşmelere paralel olarak, Topluluğun eylemleri iş yerinde sağlık ve güvenlik konularında harekete geçmişti. 1975 yılında, yine içkin yetkilere ilişkin AET anlaşması maddesi dahilinde, Konsey, İş ve Yaşam Koşullarının İyileştirilmesi için Avrupa Vakfı’nı kurdu²⁵. Vakfın misyonu, ki görevlerinde kendisine bir uzmanlar komitesi eşlik ediyordu, “daha iyi yaşam ve çalışma koşullarının tasarlanmasına ve oluşturulmasına katkıda bulunmak ve bunun için, bu ilerlemelere yardımda bulunacak bilgileri geliştirmek ve yaymaktır”²⁶; burada söz konusu olan, Topluluğun, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi konusundan doğan problemlerin sistematik olarak bilimsel bir biçimde ele alınmasını sağlayacak analizlerden, etütlerden ve araştırmalardan faydalanabilmesine yol açan bir araca sahip olmasıydı. İş yerinde sağlık ve güvenliğe ilişkin ilk çerçeve direktif 1980 yılında kabul edildi: bu direktif çalışanların iş yerlerinde kimyasal, fiziki ya da biyolojik maddelere maruz kalmalarına bağlı olan riskler

²³ C.J.C.E., 15 Haziran 1978, *Defrenne III*, 149/77, *Rec.*, s. 1365, nokta 26 et 27; C.J.C.E., 20 Mart 1984, *Razzouk et Beydoun c. Commission*, 75/82 et 117/82, *Rec.*, s. 1509, nokta 16, et du 30 Nisan 1996, *P. c. S.*, C-13/94, *Rec.*, s. I-2143, nokta 19.

²⁴ C.J.C.E., 10 Şubat 2000, *Schröder*, C-50/96, *Rec.*, s. I-743, nokta 57.

²⁵ Konsey’in (CEE) n° 1365/75 sayılı ve 26 Mayıs 1975 tarihli, çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi için vakıf kurulmasına ilişkin kararnamesi (JO n° L 139 - 30.5.1975, s. 1).

²⁶ Konsey’in yukarıda zikredilen (CEE) n° 1365/75 kararnamesinin madde 2 § 1’i.

karşısında korunmalarına ilişkin²⁷. Bu çerçeve direktif sonrasında “kardeş direktif” de denen bir çok “özel” direktif ile tamamlanmıştır²⁸.

Bu ilerlemelere yol açan, iki ayrı endişeydi. Birinci olarak, Topluluk düzeyinde çalışma koşullarına ilişkin bazı asgari koruma seviyeleri tanımlamak söz konusuydu, böylelikle üye ülkelerin şirketlerinin rekabette dezavantajlı konumda olmalarından endişe edip bu korumayı yüksek seviyede sağlamaktan çekinmelerine engel olunacaktı. İkinci olarak da, bilimsel kökenli problemlere en uygun olan çözümleri tanımlamak söz konusuydu; bu problemler hem ileri düzeyde uzmanlık gerektiriyor, hem de her bir ülkede tanımlanan çözümlerin karşılaştırılmasını gerektiriyordu. Bu da, iş yerinde sağlık ve güvenliğe ilişkin sorunlara her bir ülke düzeyinde değil de, Topluluk düzeyinde çözüm getirilmesi fikrini doğruluyordu. Gereken uzmanlık ne kadar gelişmiş olursa (mesela iş yerindeki bazı kimyasal maddelerin mevcudiyetinin tehlikesi gibi) hakkındaki araştırmalar da o kadar fazla kaynak gerektireceğinden bu araştırmaları Avrupa düzeyinde, Dublin Vakfı gibi bir kuruma yaptırmak da ülkelerin tümü için bir ölçek ekonomisi teşkil edecekti.

Avrupa Sosyal Şartı, araçların hazırlanmasında kullanılan referans araçlardan biri olarak öne çıkmamaktadır. Üye ülkelerde Topluluk hukukunun tek tip uygulamasına katkıda bulunmak amacıyla, Komisyon’un ülkelere yönelttiği bazı tavsiyelerin yanında zikredilse de²⁹, Av-

²⁷ Konsey’in 27 Kasım 1980 tarihli ve 80/1107/CEE sayılı, çalışanların kimyasal, fiziki ya da biyolojik maddelere maruz kalmasından kaynaklanan risklere karşı korunması hakkındaki direktifi (JO n° L 327 - 3.12.1980, s. 8).

²⁸ Mesela, amyanta maruz kalma konusunda: Konsey’in 19 Eylül 1983 tarihli ve 83/477/CEE sayılı, iş yerinde çalışanların amyanta maruz kalmalarından kaynaklanan risklere karşı korunması hakkındaki direktifi (80/1107/CEE sayılı direktifin madde 8’ine göre, ikinci özel direktif) (JO n° L 263 - 24.9.1983, s. 25), daha sonra Konsey’in 25 Haziran 1991 tarihli ve 91/382/CEE sayılı direktifi ile değiştirilmiştir (JO n° L 206 du 29.7.1991, s. 16).

²⁹ Bunu tipik bir örneği, Komisyon’un 7 Temmuz 1965 tarihli, üye ülkelere yaptığı, Topluluk içinde hareket eden çalışanlar ve ailelerinin barınmasına ilişkin tavsiyesidir, JO 137 - 27.7.1965, s. 2293. Konsey’in 25 Mart 1964 tarihli ve 38/64/CEE sayılı, çalışanların topluluk içinde serbest dolaşımına ilişkin kararnamesinin 10. maddesi ulusal çalışanlarla bir üye ülkeden gelen çalışanlar arasında muamele eşitliği prensibini dayatsa da (özellikle de barınmaya ilişkin tüm konularda), bu tavsiyede Komisyon, bu kararnamenin uygulamasında idari kurumların davranışlarından dolayı güçlüklerle karşılaşılabilceğinin altını çizmiştir. Ancak Komisyon şunu da ekler (tavsiyenin 9. Paragrafında) : “uluslararası düzeyde, göçmen işçilerin barınmaları sorunu bir çok aracın konusu olmuştur (...) Avrupa Sosyal Şartı gibi: göçmen işçilerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkına ilişkin olan 19. Maddesinde, sözleşme tarafları bir çok şeyin yanında bir de bu işçilere şunları garanti edeceğini taahhüt ederler: “.... c) barınma...”. Komisyon üye ülkelere 26 Şubat 1965’de yürürlüğe giren bu şartı onaylamaları için çağrıda bulunur”. Aynı şekilde, Komisyon: “özel-

rupa Sosyal Şartı, Konsey bünyesinde toplanan ve adı geçen araçları tanımlayıp kabul eden üye ülkeler tarafından az ya da çok düzeyde yok sayılmaktadır.

III. Üçüncü evre (1985-1997): Avrupa Tek Senedinden Amsterdam Antlaşmasına

1. Mübadelelerin önündeki engellerin kaldırılması ile “negatif” entegrasyon

1985-1986 yıllarında Avrupa sosyal topluluğu açısından yeni bir döneme girilmiştir. 1981’de Yunanistan’ın, 1986’da İspanya ve Portekiz’in Topluluğa girmesi ile, ekonomik topluluğun içinde birbirinden oldukça uzak yaşam şartlarına sahip ülkelerin yer alması sorunu ortaya çıkmıştır. “Sosyal damping” korkusu belirmişti³⁰. Bazı alanlarda, özellikle de sosyal konularda, ulusal mevzuatların birbirine yaklaştırılmasının ko-

likle de her birey için vasıflı sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı, göçmen işçiler ve aileleri için de korunma ve yardım hakkı konularında Avrupa Sosyal Şartı’ndan esinlenmiştir”, Komisyon’un amacı üye ülkelere Topluluk içinde hareket eden çalışanlar hakkında sosyal servislerin faaliyetlerine ilişkin tavsiyesini hazırlamaktır (JO 75 - 16.8.1962, s. 2118). Aynı şekilde, Komisyon’un, mesleki yönlendirmeyi geliştirmeye çalışan 18 Temmuz 1966 tarihli tavsiyesinde (66/484/CEE) Avrupa Sosyal Şartı’na atıfta bulunması (JO 154 du 24.8.1966, s. 2815) bu tavsiyenin meşruiyetini güçlendiren bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır, zira tavsiye ILO metinlerini ve Avrupa Konseyi’nin Avrupa Sosyal Şartı’nı temel alarak hazırlanmıştır.

³⁰ Bu kavramın tanımı aslında günlük kullanımında kastedilmek istenenden çok daha karmaşıktır. 1993 tarihli *Avrupa sosyal politikası hakkında yeşil kitap* “sosyal damping” kavramını Topluluk içinde kabul edilemez sosyal normlar sayesinde elde edilen usulsüz rekabet avantajı olarak tanımlar (Avrupa toplulukları Komisyonu 1993 : s. 7). Aynı zamanda bkz. *Sosyal politika hakkında beyaz kitap*, COM (94)333 nihai versiyon, 27 temmuz 1994, par. 19 (burada, sosyal konularda usulsüz rekabete gitme eğilimine karşı, sosyal konularda minimum bir ortak standartlar çerçevesi önerilmektedir) ve Konsey’in 6 Aralık 1994 tarihli, Avrupa Birliği’nin sosyal politikasının bazı bölümleri hakkında karar: une contribution à la convergence économique et sociale dans l’Union, JO n° C 368, 1994, s. 4, par. 10. Bu tanım açıkça, bir ülkenin kabul ettiği şu ya da bu yönetmeliksel politikanın kendi başına bir “sosyal damping” olarak ele alınamayacağını, bunun ancak ortak kabul edilen bir normun ihlali durumunda mümkün olduğunu, bu normun ihlalinin ilgili ülkenin uyguladığı rekabeti usulsüz kılması gerektiğini belirtmiştir. Ticarete uygulanan damping pratiklerinden (belli bir piyasada malların üretim maliyetinin altında satmak ve böylece rakipleri uzaklaştırmak) esinlenen, sadece ekonomik bir tanım da kullanılabilir: bu durumda sosyal damping çalışanlara gerçek verimliliklerinin altında bir ücret ödemek ya da maaşları verimlilik kazançlarına endekslememek ve böylelikle rakipler üzerinde rekabet avantajı sağlamak anlamına gelir.

laylaştırılması gerekliliği, içtihatın (mübadelelere engel teşkil eden ulusal mevzuatların giderek sorgulanması ve böylelikle farklı üye ülkelerdeki yönetmeliksel rejimlerin birbirleri ile doğrudan rekabete sokulması ile) “negatif” entegrasyonu teşvik etmesiyle, daha da apaçık ortaya çıkmıştı. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 12 Şubat 1979 tarihli³¹ ‘*Cassis de Dijon*’ kararı ile, malların serbest dolaşımı konusunda karşılıklı tanınma prensibini oluşturmuştur. Karar göre, Almanya, “üye ülkelerden birinde yasal olarak üretilmiş ve piyasaya sürülmüş olan” alkollü içeceklerin kendi topraklarına ithalatına karşı çıkamaz” (nokta 14); alkollü içkilerin piyasaya sürülmesine ilişkin olarak farklı alkol ürünleri için minimum alkol düzeyi belirleyen ulusal yönetmelikler mevcuttur. İlgili ürünlerin piyasaya sürülmesine ilişkin ulusal mevzuatlar arasındaki farklardan kaynaklanan Topluluk içi dolaşım karşısındaki engeller, ithalat miktarlarını kısıtlayıcı tedbirlerle aynı etkilere sahip tedbirlerin yasaklanmasına uygun sayılmamalıdır. Divan’a göre, “bu tedbirler ancak, özellikle de vergi kontrollerine, kamu sağlığının korunmasına, ticari mübadelelerin uygunluğuna ve tüketicilerin korunmasına ilişkin konularda gerekli olduklarında” kabul edilebilirler (nokta 8). Alman hükümeti, karşılıklı tanınma prensibinin sonucunda, tüketici korumasının en alt düzeyde olduğu yönetmeliklerin Topluluğun bütün ülkelerinde yavaş yavaş genelleşeceğini, ve negatif bir spiral (bir tür rekabet kuralsızlaşması, zira hiçbir ülke diğer ülkelerde yürürlükte olan kurallardan daha sıkı kurallar koymak istemeyecekti) oluşturacağını öne sürüyordu³². Divan, bu argümanı reddederek, malların serbest dolaşımına engel teşkil etseler de bazı ulusal yönetmeliklerin kamu yararına oldukları takdirde kabul edilebilir olduklarını da belirterek, zorlukları inkar etmiyor, ancak bunların bazı açılardan üzücü de olsa anlaşmanın kaçınılmaz, sonuçlarından olduğunu ifade ediyordu.

³¹ C.J.C.E., 20 Şubat 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Rec.*, s.649.

³² Bkz. Kararın 12 noktası; şu argümanları söyler: Alman hükümetine göre, “alkol oranının düşürülmesi daha yüksek gamdaki içeceklere göre rekabet avantajı sağlıyordu; zira içeceklerin bileşiminde alkol, üzerindeki ağır vergilerden dolayı en maliyetli bileşendi”; ayrıca “üretici ülkenin alkol muhteviyatı normlarına uygun olan alkollü içkilerin serbest dolaşımını kabul etmek Topluluk içinde, standart alkol oranı olarak üye ülkelerden birinde kabul edilen en düşük alkol oranının dayatılması etkisini yaratabilirdi; hatta bu konudaki kuralların gereksi olmasına kadar gidebilirdi, oysa ki bir çok üye ülkenin mevzuatı bu tür düşük sınırları tanımamıştı”.

*Webb*³³ davasında, Adalet Divanı, Anlaşmanın garanti ettiği hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi ile işgücünün kullanılmasını gerektirecek hizmet faaliyetleri için idari izin gerektiren bir ulusal mevzuat arasındaki uyum konusu ile karşı karşıya kaldı. 17 Aralık 1981 tarihinde, Divan şu yönde karar verdi: Böyle mevzuatlar, “sosyal ve mesleki olarak özellikle hassas” bir alanda kullanılırsa (nokta 18), prensipte kabul edilmelidir³⁴. Ancak Divan şunu da ifade ediyordu: “idari iznin elde edilmesi için istenen gereklilikler kurumun ülkesinde istenenlerle tekrar teşkil ediyorsa, o zaman bu tedbir amacını aşıyor sayılır” (nokta 20). Burada Adalet Divanı hizmetler konusunda *Cassis de Dijon* kararının öğretilerini kastetmektedir. Hizmetlerin dolaşımı konusunda, ev sahibi ülkenin yasalarının uygulanmasından kaynaklanan engeller, ancak menşei ülke mevzuatının eşdeğer koruma sağlayamadığı durumlarda kabul edilebilir olur. Aynı yönde Divan bir kaç ay sonra, hizmetlerin serbest dolaşımına geçersiz bir engel teşkil eden (çünkü başka bir üye ülkede yerleşik bulunan şirketler açısından, ulus ötesi hizmet sağlayıcılığı konusunda ayrımcılık içeren) düzenlemeler hakkında karar vermiştir. Bu davadaki ulusal mevzuat, başka bir üye ülkede yerleşik bulunan işverenlerden de, ulusal topraklarda bulunan şirketlerin ödedikleri Sosyal Sigorta işveren primlerini ödemelerini istemişti; oysa ki bu şirketler zaten kendi ülkelerinde, yerleşik oldukları bu ülkenin mevzuatı gereği, sosyal sigorta primlerini ödemekteydiler³⁵. Divan bu kararında böyle bir yükümlülüğün, “işverenin hizmeti sağladığı ülkenin asgari ücret mevzuatına uymamasından kaynaklanan ekonomik avantajların” telafi edilmesi amacıyla olsa bile kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Divan örtülü olarak, karşılıklı tanınma yükümlülüğünden doğabilecek olan sosyal damping riskinden söz etmektedir. Ancak, bir kaç yıl sonra 96/71/CE sayılı ve 16 Aralık 1996 tarihli, hizmet sağlama çerçevesinde çalışanların geçici görevlendirmesine ilişkin direktifinin kabul edilme-

³³ C.J.C.E., 17 Aralık 1981, *Webb*, 279/80, *Rec.*, s. 3305.

³⁴ ‘Kendi topraklarındaki işgücünün izne tabi tutulması üye ülkelerin seçiminde olan bir konudur ve kamu yararına yapılan meşru bir siyasal tercihtir; böylelikle, iznin iş piyasasındaki ilişkilerin iyi işleyişine engel teşkil edeceği ya da ilgili çalışanların haklarının yeteri kadar korunmayacağı gibi korkular olduğunda, iznin reddedilmesi mümkün olacaktır. Bir yandan üye ülkelerden her birindeki iş piyasalarının koşullarındaki farklar öte yandan da bu tür faaliyetler için uygulanabilecek değerlendirme kriterlerinin çeşitliliği dikkate alındığında, ev sahibi ülkenin kendi vatandaşlarından da istediği çalışma iznini aynı kriterlerle istemesine itiraz edilemez’ (nokta 19).

³⁵ C.J.C.E. 3 Şubat 1982, Fransız hukuku ile yönetilen anonim şirket Seco ve Fransız hukuku ile yönetilen anonim şirket Desquenne & Giral v/ yaşlılık ve engelliliğe karşı sigorta şirketi, aff. jtes 62 et 63/81, *Rec.*, s. 223 (nokta 9).

siyle de görüleceği üzere³⁶ -ki bu direktif 27 Mart 1990 tarihli *Rush Portuguesa Limitada* kararına ve bu karardan kaynaklanan, hizmet sektöründe çalışan haklarını daha az koruyan ülkelerin usulsüz rekabeti hakkındaki endişelere verilmiş, doğrudan bir cevaptır- bu şüphesiz ülkelerin sosyal uyum yolunda ilerlemeleri için yapılabilecek en önemli teşvik biçimlerinden biridir.

Ekonomik özgürlüklerin korunması konusunda bazen oldukça faal olduğu düşünülen bir mahkemenin içtihatı ile, “negatif” entegrasyona gidilmesinin, üye ülkelerin sağladığı sosyal haklar açısından riskleri nelerdir? Divan bir çok kararında, üye ülkelerin temel sosyal haklarının korunmasına izin verdiğini, hatta her bir ülke düzeyinde tanımlanan yasalara uyulmasının, Roma Anlaşmasının tanıdığı ekonomik dolaşım özgürlüğüne ya da rekabet alanındaki kurallara kısıtlamalar getirdiği durumlarda bile, buna izin verdiğini ifade etmiştir³⁷. Daha eski bir dava olan ve yukarıda sözü geçen *Webb* davası ile aynı döneme ait olan *Oebel* davasında bile, Divan, fırıncıların gece çalışmasını yasaklayan, “fırıncılık sektöründe sabah dörtten önce üretimin yasaklanması, meşru bir sosyal ve ekonomik politika tercihidir ve Anlaşma’nın takip ettiği kamu yararı amaçlarına da uygundur. Bu yasaklama, özellikle hassas olan ve üretim açısından hem malların kalitesine hem de tüketicinin alışkanlıklarına bağlı özel durumları olan bir sektörde, çalışma koşullarının iyileştirilmesini hedef almaktadır” diyen bir Almanya mevzuatının, AET Anlaşmasının malların serbest dolaşımına ilişkin maddelerine uygun olduğu yönünde karar almıştır³⁸.

-Kanun Sözcüsü F. Capotorti’nin bu davadaki sonuç ifadelerinden, Divan’ın özellikle de bu konuda bir ILO konvansiyonunun varlığından etkilendiği ve dolayısıyla “fırıncıların gece çalışmasının yasaklanması ile çalışanların sağlık ve refahının korunması” arasında bir bağ olduğu sonucuna vardığı görülmektedir³⁹. Başka kararlarda da Divan, malların serbest dolaşımına yapılacak kısıtlamaların bir üye ülkenin sosyal sigorta sisteminin finansal dengesinde oluşacak önemli hasarları engellemek açısından mümkün olacağını; bu tür hasarların oluşması riski-

³⁶ JO n° L18 du 21.01.1997, s. 1.

³⁷ Bu anlamda, R. Nielsen ve E. Szyszczak, *The Social Dimension of the European Union*, Copenhagen Business School Press, 3ième éd. 1997, ps. 223-225.

³⁸ C.J.C.E., 14 Temmuz 1981, S. Oebel’e karşı cezalara ilişkin prosedür, 155/80, Rec., s. 1993, nokta 12.

³⁹ Bkz. 27 Mayıs 1981 tarihli sonuç metninin 5. noktası, Rec., s. 2017-2018.

nin, “malların serbest dolaşımın kısıtlanmasını doğrulayabilecek, önemli kamu yararı gerekçesi” oluşturabileceğini teslim etmiştir⁴⁰. Serbest hizmet sağlayıcılığı konusunda da aynı yönde karar vermiştir; kısıtlamalar ayrımcılık içermediği, oransallık zorunluluğuna uygun olduğu ve sosyal sigorta sistemlerinin finansal dengesinin⁴¹ ve çalışanların⁴² korunmasını gözettileri sürece, Anlaşma kurallarına kısıtlamalar getirilmesi gerekçelendirilebilir, demıştır.

Üye ülkelerin bazı sosyal faydaları koruma endişeleri, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına getirilen bazı kısıtlamaları gerekçelendirebilse de, Topluluk hukukunun başka hükümleri de Refah Devleti’nin sosyal politikaları açısından bir tehdit unsuru teşkil edebilir. Özellikle de, üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek olan ve Ortak Pazar içindeki rekabetin bozulmasına sebebiyet verebilecek olan şirketler arası anlaşmaların yasaklanması, ve Roma Anlaşması’nın devlet tekellerinin korunması konusunda getirdiği kısıtlamalar, bizi Topluluk hukuku ile bazı dayanışma amaçlı sosyal yardım kurumlarının işletim tekeline sahip olmasının uyumluluğunu sorgulamaya götürüyor. Rekabet konusunda Divan, prensipte “hukuki statüden ve işletişinden bağımsız olarak, ekonomik faaliyette bulunan tüm kuruluşlar”⁴³ olarak tanımlanan “şirket” kavramından, bazı zorunlu sosyal sigorta rejimlerinin yönetiminden sorumlu olan ve temel sosyal yardım diyebileceğimiz hizmetleri sağlayan kurumları, eğer bu kurumlar dayanışma prensibi üzerine kurulmuşlarsa, çıkarmıştır⁴⁴. Aynı zamanda kamu yetkilileri tarafından bazı “şirketlere” topluluk hukukundaki rekabet kavramı anlamında, madde CE 86 uyarınca (eski madde 90 CE), eğer bu şirketler “üst seviyede bir yardımlaşma ile tanımlanıyorsa”, özel yetkiler

⁴⁰ C.J.C.E., 28 Nisan 1998, *Decker*, C-120/95, *Rec.*, s. I-1831, nokta 39 ve 40.

⁴¹ C.J.C.E., 28 Nisan 1998, *Kohll*, C-158-96, *Rec.*, s. I-1931, nokta 41. Bkz. C.J.C.E., 12 Nisan 2005, *Keller*, C-145/03, *Rec.*, s. I-2529.

⁴² C.J.C.E., 3 Şubat 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, aff. jtes 62/81 ve 63/81, *Rec.*, s. 223, nokta 14; C.J.C.E., 27 Mart 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Rec.*, s. I-1417, nokta 17; C.J.C.E., 28 Mart 1996, *Guiot*, C-272/94, *Rec.*, s. I-1905, nokta 16; C.J.C.E., 23 Kasım 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 ve C-376/96, *Rec.*,

⁴³ C.J.C.E., 23 Nisan 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, *Rec.*, s. I-1979, nokta 21.

⁴⁴ C.J.C.E., 17 Şubat 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 ve C-160/91, *Rec.*, s. I-637. Divan bu prensip ile işleyen kurumlarla seçmeli rejimler yöneten ve sigortalıya garantiler veren, kapitalizasyon prensibini uygulayan, ve maaşları ödenen primlere ve yönetici kurumun yaptığı finansal yatırımların kazançlarına endeksleyen kurumları birbirinden ayırmıştır: bkz. C.J.C.E., 16 Kasım 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, C-244/94, *Rec.*, s. I-4013 ; C.J.C.E., 16 Mart 2004, *AOK-Bundesverband e.a.*, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 ve C-355/01, *Rec.*, s. I-2493.

verilebileceğini teslim etmiştir: 21 Eylül 1999 tarihli *Albany* kararında da söz konusu olan, belli bir sektörün tüm çalışanlarının ek emekli maaşı rejiminin yönetiminden sorumlu bir fondur; ancak, özellikle de ödenmesi gereken primlerin sigorta sahiplerinin maruz oldukları riskten bağımsız olması, fonun bütün çalışanları ön doktor muayenesinden geçirmeden kabul etmek zorunda olması, ve emekli maaşının, çalışma ehliyetinin ortadan kalktığı bir olayın sonrasında primler ödenemese bile baki kalması şartları gereklidir⁴⁵. Ulusal sosyal sigorta sistemlerinin sınırlarını koruma iradesinin arkasında, şüphesiz, en azından örtük olarak, ekonomik ve sosyal temel hakların korunması fikri yatmaktadır – sağlık hakkı, sosyal sigorta hakkı, yaşlı kimselerin sosyal güvenlik hakkı⁴⁶.

Ancak bu içtihat yine de Avrupa Sosyal Şartı'nda tanındıkları şekilleriyle temel sosyal hakları, Roma Anlaşması'nın öngördüğü ekonomik özgürlüklerin oluşturduğu baskından korumaya yetmemiştir. Bunun sebebi öncelikle Avrupa Sosyal Şartı'nın açıkça –Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu gibi- Topluluk hukuku genel prensipleri arasında yer alan temel hakların tanımlanması esnasında, Adalet Divanı'nın (ki Topluluk hukukuna uyulmasından sorumludur) ilham kaynaklarından biri olarak ele alınmamıştır. Günümüzde, sivil ve siyasal haklar ile sosyal haklar arasındaki karşıtlık halen çarpıcı bir biçimde mevcuttur: Adalet Divanı (ki Topluluk hukukuna uyulmasından sorumludur) sivil ve siyasal hakları Topluluk hukukunun genel prensipleri arasında saymakta tereddüt etmemekte – bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na “özel bir anlam” yüklemektedir⁴⁷ ancak, sosyal hakları hiçbir zaman bu yüksek statüye taşımamaktadır⁴⁸; ve 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı bazı durumlarda Topluluk hukukunun yorumlanmasında bir kılavuz olarak kullanılmışsa da, Şart Avrupa Toplu-

⁴⁵ C.J.C.E., 21 Eylül 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, s. I-5751, nokta 109.

⁴⁶ Bir sentez için bkz. O. De Schutter, 'Les droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne', in: J.-Y. Carlier et O. De Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, s. 117-148.

⁴⁷ C.J.C.E., 21 Eylül 1989, *Hoehst AG*, 46/87 ve 227/88, *Rec.*, s. 2859 (nokta 13).

⁴⁸ Elbette ki, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Topluluk hukukunun genel prensipleri içinde, sendikal örgütlenme özgürlüğünü (C.J.C.E., 28 Ekim 1975, *R. Rutili*, 36/75, *Rec.*, s. 1219 (nokta 32)), mesleki faaliyetler özgürlüğünü (C.J.C.E., 14 Mayıs 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.*, s. 491) ya da, farklı şekillerde, ayrımcılığın yasak olduğunu belirtmiştir; bkz. C.J.C.E., 30 Nisan 1996, *P. c. S. et Cornwall City Council*, C-13/94, *Rec.*, s. I-2143). Ancak klasik sınıflandırmalarda bu haklar sivil ve siyasal haklar ile sosyal hakların keşişiminde bulunmaktadır. Bu haklar sadece yasaklar koymakta, zorunluluk dayatmamaktadır.

lukları Adalet Divanı tarafından hiçbir zaman Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu ile aynı seviyede dikkate alınmamıştır ve bunun sebebi olarak da, Avrupa Sosyal Şartı'nın "yapısı" gösterilmiştir: "Şartın söz ettiği haklar mücbir haklardan ziyade politik hedefleri temsil etmektedir, ve Şartı imzalayan ülkelerden de, sadece sayılan haklardan korumak istediklerini seçmeleri istenmektedir"⁴⁹. Bu bilgiler ışığında, Topluluk yargıçlarının sosyal haklar konusunda kayıtsız oldukları söyleyemez ancak, sosyal haklar içtihatla bireye bağlı haklardan/ayrıcalıklardan ziyade, Avrupa Birliği üye ülkelerinin erişmeye çalışmalarının meşru olacağı hedefler olarak görülmektedirler⁵⁰.

Şu da dikkate alınmalıdır ki, bu durum Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın etkisi ile gelişmektedir; bu şartın hükümlerinin bir bölümü 1961 ve 1996 tarihli Avrupa sosyal şartlarından esinlenmiştir. Şöyle ki, Avrupa Kamu Hizmeti Mahkemesi 26 Ekim 2006'da verdiği ve Avrupa Eğitim Vakfı'nın geçici olarak istihdam ettiği bir memurunu gereksiz olarak işten çıkarmasına ilişkin bir hükümde, Mahkeme kanaati dahilinde "bir hukuk devletinde çalışanların yolsuz işten çıkarılmasına engel olmak için gerekli minimum koşulları gösteren uluslararası standartların varlığını" dikkate almak zorunda olduğunu ifade etmiştir. İşveren'in inisiyatifıyla iş ilişkisine son verilmesine ilişkin, 22 Haziran 1982 tarihli ILO Konvansiyonu no 158 madde 4 uyarınca (...), "bir çalışan, çalışanın yeterliliğine ya da davranışına ilişkin ya da şirketin, kurumun ya da hizmetin işleyiş gerekliliklerine bağlı geçerli bir işten çıkarma sebebi olmadıkça işten çıkarılamamalıdır". Aynı şekilde, Avrupa Konseyi tarafından revize edilmiş olan (no. 163) 3 Mayıs 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. Maddesi a) fıkrası, ki şartın açıklayıcı raporuna göre "ILO Konvansiyonu no 158'den esinlenilmiştir", şunları garanti eder: "çalışanın yeterliliğine ya da davranışına ilişkin ya da şirketin

⁴⁹ Kanun Sözcüsü M. F. G. Jacobs'un sonuç metni, yukarıda zikredilmiştir. C.J.C.E., 21 Eylül 1999, *Albany International BV*, C-67/96, *Rec.*, s. I-5751.

⁵⁰ E. Bribosia ve A. Weyembergh'in de belirttiği üzere, bu hiyerarşizasyon Avrupa Birliği hakkındaki Anlaşmada açıkça belirtilmiştir. Anlaşmanın 6 § 2 maddesi, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'ndan söz etmekte, ancak Avrupa Sosyal Şartı'na hiçbir şekilde atıfta bulunmamaktadır – oysa ilk etapta bu şartın da aynı düzeyde ele alınması öngörülmüştü-. Bkz. E. Bribosia et A. Weyembergh, 'La consolidation de l'Etat de droit européen', in M. Telò et P. Magnette (éd.), *De Maastricht à Amsterdam: L'Europe et son nouveau traité*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 1998, s. 69 ss., ici s. 83. Bkz. B. de Witte, 'The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union', in G. de Búrca et B. de Witte (ed.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, s. 153-168 (Avrupa Birliği anayasal yapısında sosyal ve siyasal haklar ile temel sosyal haklar arasındaki farkı göstermektedir).

tin, kurumun ya da hizmetin işleyiş gerekliliklerine bağlı geçerli bir işten çıkarma sebebi olmadıkça işten çıkarılamama hakkı”⁵¹. Revize edilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın referans gösterilmesi, Temel Haklar Şartı’nın 30. Maddesinin esin kaynağı olmuş olmasıyla açıklanmaktadır,⁵² Mahkeme, Avrupa Temel Haklar Şartı’nın temel haklar konusunda Avrupa Birliği müktesebatının yeniden ifade edilmesi için kullanılabileceğini de hatırlatmıştır⁵³. Avrupa Sosyal Şartı bu çerçevede, Avrupa Topluluğu’ndaki memurların statülerinin yorumlanması için dikkate alınabilmektedir. Ancak bu; revize edilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın tek başına Topluluk yargıcı için, temel hakların tanımlanması konusunda bir esin kaynağı teşkil edeceği anlamına gelmemektedir. Revize edilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu, ya da Sivil ve Siyasal haklara ilişkin Uluslararası Pakt, ya da Çocuk Hakları Konvansiyonu gibi metinlerle aynı seviyede ele alınması saf dışı bırakılmış görünmektedir, zira revize edilmiş Avrupa Sosyal Şartı Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin tümünde yürürlükte olan bir şart değildir.⁵⁴

⁵¹ T.F.P. (plén.), *Pia Langdren c. Fondation européenne pour la formation*, 26 Ekim 2006, F-1/05, henüz piyasada değil, nokta 69.

⁵² age., nokta 70.

⁵³ C.J.C.E., 27 Haziran 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, Rec., s. I-5769, nokta 38.

⁵⁴ Bir önceki notta adı geçen *Parlamento v/ Konsey* kararında Divan, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu’na tanıdığı “özel anlam”ı hatırlattıktan sonra, yakın zamanda sivil ve siyasal haklar Uluslararası Pakti içinde, Avrupa Birliği temel haklarının tanımlanmasında esinlendiği, insan haklarına ilişkin uluslararası metinler içinde saydığını, ve “bunun yukarıda adı geçen çocuk hakları ve yukarıda adı geçen Pakt için de geçerli” olduğunu ve “bütün üye ülkeleri bağladığını” hatırlatmıştır (nokta 37). Avrupa Konseyi’nin sosyal Şartlarına ilişkin olarak da, Divan “bu metinlerle bağlı olan üye ülkelere ilişkin olarak” sadece Avrupa Parlamentosu’nun iptalini istediği aile birleşmesine ilişkin direktifin (direktif 2003/86/CE, Konsey, 22 Eylül 2003, aile birleşmesi hakkına ilişkin direktif (JO L 251, s. 12)) “madde 3 paragraf 4’te, 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nda (ve özellikle de) 3 Mayıs 1987 tarihinde değiştirilen Avrupa Sosyal Şartı’nın daha faydalı hükümlerine engel (...)” teşkil etmediğini belirtmiştir (nokta 107). Bu kararda, şartıcı olarak direktifin metninde de yapılan –bir o kadar şartıcı- tarih hatası yinelenmiştir; bu kriterle, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nın statüsünü Avrupa İnsan hakları Konvansiyonu ve Topluluk yargıcının esinlendiği diğer metinler statüsüne getirmeyi reddetmek ikna edici değildir. Avrupa Birliği üye ülkelerinin tamamı ya 1961 Şartına ya da 1996 şartına onay vermiştirler ve bu durumda, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı üye ülkelerin kabul etmesi gereken minimum haklar düzeyini göstermektedir. Üye ülkelerin hepsinin Şartın bütün hükümlerini onaylamadıkları konusunda gelince, bazı üye ülkeler Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu’nu ya da Sivil ve Siyasal haklara ilişkin Uluslararası Pakti onaylarken de bazı şerhler düşmüşlerdir. Son olarak, 27 Haziran 2006 tarihli kararın 37. Noktasında bahsedilen kriter dikkate alınır, Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin Uluslararası Pakt, Avrupa Birliği içinde tanınan temel hakların geliştirilmesi için bir esin kaynağı teşkil etmelidir.

Daha da temel olarak, üye ülkelerin ulusal mevzuatlarındaki, Roma Anlaşması'nın tanıdığı ekonomik özgürlüklere engel teşkil eden ancak temel hakların korunması açısından meşru endişelere denk düştüğü düşünülen bazı hükümleri yürürlükte tutmalarına izin verilmesi yeterli görülmemektedir. Gerçekten de, sosyal hakların korunması rekabet özgürlüğüne ya da temel dolaşım özgürlüğüne kısıtlama getirilmesini doğrulayıcı olarak kullanıldığı her durumda, ekonomik özgürlük prensibine bir getirilen bir *istisna* olarak kurgulanmıştır ve dolayısıyla sadece kısıtlı koşullarda kabul edilebilir. Mesela, eğer “çalışanların sosyal güvenliği” hizmetlerin serbest dolaşımına kısıtlamalar getirilmesini doğrulayacak türden “önemli bir kamu yararı gerekçesi” teşkil etse bile, bu kısıtlamanın kabul edilebilir olması için bir de bu sosyal amacın “uygun olanaklarla ve gerçekten korunması için gerekli” olması gerekmektedir⁵⁵; bir sosyal sigorta sisteminin finansal dengesinin korunması, eğer bu denge herkesin erişime açık bir tıbbi hizmetin devamlılığının koşuluysa, topluluk hukuku açısından geçerli bir koruma yükümlülüğü teşkil edebilir ancak yine de, bu hedef, ancak bu finansal dengede oluşacak “önemli bozukluklara sebep olma riski”nden kaçınılması amacıyla ve sadece bu amaçla, malların ya da hizmetlerin serbest dolaşımına engel teşkil edebilecek tedbirlerin alınmasını gerekçelendirebilir; bu finansal dengede oluşacak “önemli olmayan” bozukluklar aynı derecede dikkate alınmayacaktır.⁵⁶

Bunun sonuçlarını açıkça gösteren bir örnek, 21 Eylül 1999 tarihli *Albany* kararının bir bölümünde görülmektedir. Burada Adalet Divanı, işveren ve çalışanların temsilcilerinden oluşan örgütler arasında imzalanan toplu sözleşmeleri, CE Anlaşması madde 85 paragraf 1 (Madde 81 CE) uygulamasından muaf tutmuştur; ancak bunu “temel toplu pazarlık hakkı”nın bu uygulamaya engel teşkil edeceğinden değil –Kanun Sözcüsü Jacobs toplu pazarlık hakkını Topluluk hukukunun genel prensipleri içinde saymayı reddetmiştir- toplu pazarlığın Topluluğun bir çok hükmü ile teşvik edildiğinden ve dolayısıyla bu toplu sözleşmelerin rekabet hukukuna tamamen uygun olmasını istemenin Roma Anlaşması'nın yorumuna karşı olacağı gerekçesiyle yapmıştır.

⁵⁵ C.J.C.E., 23 Kasım 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 ve C-376/96, nokta 60.

⁵⁶ C.J.C.E., 28 Nisan 1998, *Decker*, C-120/95, yukarıda zikredilmiş, nokta 39; C.J.C.E., 28 Nisan 1998, *Kohll*, C-158/96, yukarıda zikredilmiş, nokta 41 ve 42.

Böyle bir muafiyetin maliyeti de, toplu sözleşmenin sadece meşru olarak ele alabileceği konular üzerinde olmasıdır; Divan şöyle demiştir: işveren ve çalışanları temsil eden örgütler arasında imzalanacak toplu sözleşmeler sadece “konuları ve cinsleri” itibarıyla rekabet hukukunun zorunluluklarından muaf tutulmalıdır⁵⁷. *Albany* davsında, bu koşula uyulmuştu: Ek emeklilik rejimine girişin zorunlu tutulması “genel anlamda bu sektörün tüm çalışanlarına aynı emeklilik maaşını sağlamayı hedefliyor ve dolayısıyla doğrudan çalışanların çalışma koşullarını, yani ücretlerini iyileştiriyordu”.⁵⁸ Konusu itibarıyla, böyle bir toplu sözleşme kendisine verilen muafiyeti hak etmekteydi. Ancak, sosyal ortaklara “toplu sözleşmelerin esastan ilgilendiği maaşlar ve diğer çalışma koşulları gibi konuların –bu konuları Kanun Sözcüsü Jacobs’un sonuç bölümünde kastettiği şekilde tanımlıyoruz⁵⁹–” dışında konularla ilgilenme hakkı verilirse, o zaman madde 85 paragraf 1 uygulamasında muaf olmaları artık gerekçelendirilemezdi. Daha yakın zamanda, Adalet Divanı’nın *Viking Line* davasında verdiği karar da aynı zihniyete sahiptir.⁶⁰ Divan bu kararında yerleşme özgürlüğüne engel tespit etmiş, “sendikal özgürlüğün ve toplu eylem hakkının uygulamasının içkin olarak” Anlaşmanın temel ekonomik özgürlüklerine, özellikle de yerleşme özgürlüğüne “böyle bir engel oluşturmayı içermeyeceğini” belirtir (nokta 43).

İçinde rekabetin adil olarak uygulandığı bir ortak pazarı tanımlayan temel dolaşım ve rekabet özgürlüklerine istisna olarak var olduklarında, (korunmaları üye ülkelerin sorumluluğunda olan) temel sosyal hakların ilerleme perspektifleri oldukça sınırlandırılmış olur. Bu haklar devletler düzeyinde korunabilirler: ancak daha geniş düzeyde genişlemelerine şüpheli yaklaşılmaktadır. Ayrıca bu hakların fazla cömert olarak değerlendirilen yorumlamaları da, eğer bu yorumlamalar malların serbest dolaşımı, hizmetlerin serbestlikle sağlanması ya da Topluluğun rekabet hukukuna engel teşkil ediyorsa, şüphe ile karşılanmakta-

⁵⁷ C.J.C.E., 21 Eylül 1999, *Albany*, C-67/96, pts. 59-60.

⁵⁸ *age.*, nokta 63.

⁵⁹ Kanun Sözcüsü sözlerine şöyle devam etmiştir : ‘Maaşlar ve çalışma koşulları hakkında, işveren ve çalışan temsilcileri arasında imzalanan toplu sözleşmeler dolayısıyla otomatik olarak rekabet hukukundan muaf tutulmalıdır’ (yukarıda zikredilmiş sonuçlar-28 Ocak 1999, *Rec.*, s. I-5797).

⁶⁰ C.J.C.E. (gde ch.), 11 Aralık 2007, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union c. Viking Line ABP*, C-438/05. 18 Aralık 2007 tarihli *Laval* kararı *Viking* kararı ile birlikte anılır ancak bu iki davanın koşulları temelde oldukça farklıdır. Bk . C.J.C.E. (gde ch.), 18 Aralık 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05.

dırlar. Ancak pozitif entegrasyon –sosyal hakların Avrupa Topluluğu düzeyinde ilerleyerek uyumlu hale getirilmesi- bu riski ortadan kaldırılabılır. Ama Avrupa Topluluğu’nun sosyal hakları gerçekleştirmek konusundaki yetkisi görece olarak sınırlı düzeydedir. Ayrıca negatif entegrasyonun, pozitif entegrasyona nazaran, Roma Anlaşmasındaki ekonomik özgürlüklerin yorumlanması ile, ulus aşırı aktörler olan Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı tarafından daha kolay gerçekleştirilebildiği de bilinmektedir.⁶¹ Avrupa Tek Senedi ve ardından Anlaşmalarda yapılan revizyonlar, bu temel dengesizliği ortadan kaldırmamıştır.

2. Avrupa Tek Senedi

1985’te Jacques Delors Avrupa Komisyonu Başkanı olunca, Avrupa yapılanması içerisinde yeni bir nitel sıçrama yaratılması adına gerekli şartlar bir araya gelmiş oldu. 1985 ve 1986 yıllarında müzakere edildikten sonra 1 Temmuz 1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi’nin kabul edilmesi, Birleşik Krallık’ın iç pazarın tamamlanmasında (bunu için sembolik olarak 31 Aralık 1992 tarihi belirlenmiştir) ilerleme kazanılması yönünde çabası ile, özellikle Fransa gibi başka devletlerin de bu projeyi sosyal anlamda bir gelişim olarak desteklemeleri sonucu gerçekleşmiştir. Komisyonun 1985 tarihli çalışma programı bu kenetlenmenin gerekliliği konusunda son derece açıktır: “şayet kimi devletler sosyal gerileme pahasına diğer ülkeler üzerinde rekabet avantajı elde etmeye çalışırlarsa büyük pazarın getireceği olumlu etkiler yok olacaktır. Dolayısıyla sosyal Avrupalı bir alanın varlığı, küresel istihdama zarar verebilecek sosyal damping uygulamalarına başvurulmasını engelleyecektir.”⁶² 1986 Avrupa Tek Senedi’nin önsözünde ilk kez bir birincil hukuk metnine, Avrupa Sosyal Şartına atıfta bulunmaktadır: imza atan 12 devletin başkanları şunu ilan etmektedirler:

*Anayasalarda, üye devletlerin kanunlarında, insan haklarını ve temel özgürlükleri koruyan sözleşmede, Avrupa Sosyal Şartı’nda tanınan temel haklara aynı şekilde özgürlük, eşitlik ve sosyal adalet kavramlarına dayanarak birlikte demokrasiyi yüceltme kararını almış bulunmaktayız.*⁶³

⁶¹ F. Scharpf, *Gouverner l’Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, chap. 2. Aynı zamanda M. Poiras Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publ., 1998.

⁶² 1985 Komisyon’un Çalışma Programı, *Bull. CE*, Suppl. 4/85, para. 56.

⁶³ RG L 169, tarih 29.6.1987, p. 2.

Avrupa Ekonomik Birliği'ne Avrupa Tek Senedi'nden katılan Madde 8-A iç pazarı, “malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayelerin serbest dolaşımının mevcut antlaşmanın direktifleriyle teminat altına alındığı sınırların olmadığı bir alan” olarak tanımlamaktadır: “Topluluk 31 Aralık 1992'de sona erecek bir sürecin sonunda iç pazarı tedricen kuracak adımları kabul etmelidir”. Değişiklikten sonra 95 CE olan AET'nin yeni 100A sayılı maddesi bu hedefin gerçekleştirilmesini, Konseyin mali direktifler, kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili direktifler ve maaşlı çalışanların hak ve menfaatleri ile ilgili direktifler haricindeki alanlarda bu önlemleri nitelikli çoğunlukla kabul etmesini öngörerek kolaylaştırmıştır⁶⁴. Ancak buna paralel olarak, Avrupa Tek Senedi ilk kez Roma Antlaşması'na Topluluğa sosyal alanda bir rol atfeden direktifler katmıştır: AET'deki yeni 118A maddesi Konsey'in üye devletlere asgari talimatların bulunduğu direktiflerin “özellikle çalışanların güvenlik ve sağlıklarının korunması için çalışma ortamının iyileştirilmesi” hususunun desteklenmesi için nitelikli çoğunlukla onaylanmasını öngörmektedir; 118B maddesi ilk kez topluluk seviyesinde sosyal bir diyalogun oluşturulmasına atıfta bulunur⁶⁵. Nihayetinde Avrupa Tek Senedi Topluluk bünyesinde ekonomik ve sosyal bağlılığı pekiştirmeyi hedeflemektedir. Bu bağa Roma Antlaşması içerisinde bir başlık ayrılmıştır: yapısal fonların hareketi (Avrupa Sosyal Fonu, Avrupa Tarımsal Yönlendirme ve Ganti Fonu, Avrupa Bölgesel Kalkınma Fonları) bölgeler arasındaki eşitsizliklere ve daha az imkanı olan bölgelerin geride kalmasına itiraz etme yönünde ilerlemektedir⁶⁶.

AEB'de Madde 100 A Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla iç pazarın kurulması ile ilişkisi bu hukuki temelin kullanımı doğrulamak için yeterince dar görünen birçok direktifin kabul edilmesini sağlamıştır⁶⁷.

⁶⁴ Avrupa Tek Senedi Madde 18'den eklenen Madde 100 A § 2 AET

⁶⁵ Bu direktif ‘Komisyon Avrupa seviyesinde sosyal ortaklar arasında diyalogun geliştirilmesini desteklemektedir, şayet ortaklar da buna uyacak olurlar ise bunlar uzlaşım-sal ilişkilere varacaktır’ demektedir.

⁶⁶ AEB Antlaşmasının üçüncü kısmına (madde 130 A'dan 130 E'ye dek) V. Başlığı katan Avrupa Tek Senedi'nin 23. Maddesi.

⁶⁷ Madde 100 CEE (değişiklikten sonra madde 94 CE) oy birliği gerektirdiğinden daha az elverişli bir yasal temel teşkil eder.

Bununla beraber, bu dönem içerisinde, örneğin, 20 Temmuz 1998 tarihli Konseyin 98/59/CE sayılı üye devletlerin mevzuatlarının toplu işten çıkarma konusunda yakınlaştırılması hususundaki direktifinin kabul edilmesini sağlamıştır (RG n° L 225, tarih 12.8.1998, s. 16).

Sonrasında Adalet Divanı'nın da onayladığı gibi, bir direktifin yalnızca iç pazarın kurulmasının da ötesinde sosyal mahiyette bir hedefinin olması bu direktifin dayanak olarak alınmasını engellemeyecektir. Konseyin üye devlet yasalarının kişisel koruma araçları ile alakalı yasalarının yakınlaşması hususunda 89/686/AET sayılı, 21 Aralık 1989 tarihli direktifinin⁶⁸ iç pazarın kurulmasına olan katkısı kişisel korunma araçları ile ilgili çoğu zaman son derece detaylı olan ulusal kanunların bir devletten diğerine farklar gösterdiği bu sebeple de 'ortak pazarın kurulması ve işlemesi yolunda bir engel teşkil edebilme riski taşıdığı' tespiti ile doğrulanabilir.

3. *İşçilerin Temel Sosyal Hakları Hakkında Topluluk Şartı'nın kabul edilmesi*

İşçilerin Temel Sosyal Hakları Şartı'nın 8–9 Aralık 1989'da Strasbourg'daki Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmesi, iç pazarın kurulmasına sosyal bir boyut ekleme isteğinin de açık bir göstergesini teşkil eder⁶⁹. Bununla beraber, 12 üye devletin (Birleşik Krallık hariç) 11'i tarafından onaylanan Şart, herhangi bir hukuki bağlayıcılığı olmayan resmi bir siyasal bildirgedir. Sosyal alanda Topluluğa herhangi bir yetki sunmamaktadır, hatta Madde 27 Şartın uygulanmasının üye devletlerin başkanlarının sorumluluğunda olduğunu belirtmektedir. Nihayetinde Şart, en başta Avrupa Komisyonu'nun 1989 Mayıs ve Eylül projelerinde⁷⁰ teklif etmiş olduğu gibi tüm temel sosyal hakları değil yalnızca işçilerin temel sosyal haklarını içeren nispeten mütevazı hedefleri olan bir belgedir. Üye devletlerin, Topluluk içerisinde kendi yetkileri dahilinde kimi temel sosyal hakları tanımaları hususunda teşvik

⁶⁸ RG n° L 399 tarih 30.12.1989, s. 18.

⁶⁹ Bercusson, B., 'Fundamental Social and Economic Rights in the European Community', in Cassese, A., Clapham, A., ve Weiler, J.H.H. (baskısı), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, s. 195-295; Brian Bercusson, *European Labour Law*, London-Charlottesville-Dublin-Durban-Edinburgh-Kuala Lumpur-Singapore-Sydney-Toronto, Butterworths, 1996, s. 575-598; Lammy Betten, 'Towards a Community Charter of Fundamental Social Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, s. 77-97; Bob Hepple, 'The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights', *Modern Law Review*, 1990, s. 643-654; Eliane Vogel-Polsky et Jean Vogel, *L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité ?*, Bruxelles, ULB baskısı, 1991, s. 173-180.

⁷⁰ 31 Mayıs 1989 tarihli COM(89)248 ve COM(89)471.

etme hedefi olan bir belgedir: en önemli değeri Komisyon'u Konsey'e sosyal alanda topluluk yetkisine bağlı alanlarda teklif yapmaya yönlendirmiş olmasıdır.

İşçilerin Temel Sosyal Hakları Şartı olacak metnin hazırlık sürecinde -iç pazara sosyal bir boyut kazandırma isteği ve açık bir şekilde Avrupa Sosyal Şartı'na⁷¹ atıfta bulunan bir metin olması ile özellikle uygun bir bağlam söz konusu iken- tekrar Avrupa Topluluğu'nun Avrupa Sosyal Şartı'na katılımı sorusu gündeme gelmiştir⁷². 1984'te bu katılım "Spinelli" adı verilen Avrupa Birliği'ni oluşturan antlaşma projesi ile tavsiye edilmiştir. 1989 Nisan'da, Utrecht'te Avrupa'nın sosyal politikasının geleceği üzerine düzenlenen bir konferansta, Avrupa topluluklarının Avrupa Konseyi'ninkinden farklı olarak, bir temel sosyal haklar topluluk şartı projesi sürdürmek yerine Avrupa Sosyal Şartı'na resmi bağlılıklarını, tek taraflı resmi bir bildiri⁷³ ile bildirmeleri önerisi getirilmiştir. 1989 Mayıs ayında, yani Strasbourg Avrupa Konseyi'nde İşçilerin Temel Sosyal Hakları Şartı'nın kabul edilmesinden birkaç ay önce, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Topluluk kurumlarını "Avrupa Sosyal Şartı'nı Avrupa Topluluğu içerisinde temel hak ve ilkelerin tartışmasız kaynağı haline getirmek amacıyla"⁷⁴ temel haklar konusunda 5

⁷¹ Bkz. Bu bağlamda Bob Hepple'in bir tanımı, "The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights", op. cit. ; Eliane Vogel-Polsky et Jean Vogel, L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité ?, op. cit., s. 204-218; Lammy Betten, "Prospects for a Social Policy of the European Community and Its Impact on the Functioning of the European Social Charter", in Lammy Betten (ed.), The Future of European Social Policy, Kluwer, Deventer, 1989, s. 101; aynı şekilde Jeff Kenner, EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond, Hart Publ., Oxford and Portland, 2003, s. 110-115.

⁷² Bkz. 14 Şubat 1984 tarihli Avrupa Birliği üzerine antlaşma projesi Madde 4 § 2.

⁷³ Prof. P. Van Dijk tarafından sunulmuş resmi bir bildiri projesinde, Avrupa Konseyi Sosyal Şartı ve Avrupa Topluluğu'nun muhtemel katılımı hakkında bir rapora eklenmiş (ek D) bir memorandumda (rap. M. Foschi) (Belge. 6138, 31 Ekim 1989) Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un "Avrupa Konseyi ile Avrupa Sosyal Şartı'nın kimi prosedür ve esaslarının uygulanması ve Avrupa Topluluklarının Şart'a katılımı konusundaki koşulların hususundaki metot ve imkanları incelemek için bir diyalog kurulması" konusundaki gönüllüğünü bildirmektedir. Bu noktada teklif edilen bildirge temel haklarla bağlantılı 5 Nisan 1977 tarihli ortak bildirgenin ortaya koyduğu örneğin de ötesine gitmektedir.

⁷⁴ Avrupa Sosyal Şartı'nın gelecek rolü ile alakalı 915 Sayılı Kararname (1989) Komisyon'un sosyal, sağlık ve aile sorunları hakkında raporu üzerine (belge. 6031, rap. M. Foschi) 9 Mayıs 1989'da kabul edilmiştir. Aynı bağlamda, bkz. Avrupa Toplulukları Komisyonu Başkanı J. Delors'a yöneltilmiş Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi Sosyal Sorunlar Komisyonu tarafından Strasbourg toplantısında 25 Eylül 1989'da onaylanmış sorunun metni. (Avrupa Konseyi Sosyal Şartı Raporu Ek C'de ve Avrupa Topluluğu muhtemel katılımı raporunda bulunmakta)(rap. M. Foschi, Belge. 6138, 31 Ekim 1989)

Nisan 1977 bildirisine⁷⁵ benzer ortak bir bildiri yapmaya çağırılmıştı. Aynı şekilde Avrupa Toplulukları Konseyi'ni aktif olarak Avrupa Sosyal Şartı'nın uygulanması ve revize edilmesi konusunda katılıma davet ediyordu: bu katılımın Meclis'e göre "Avrupa Komisyon ve Parlamento-su'nun temsili ve gelecek rapor ve kontrol prosedürlerinde Topluluğun yasal düzeninin göz önünde bulundurulması" ile bağlantılı olması gerekmektedir. Bu Kararnameye eşlik eden 1107 sayılı Tavsiye (1989) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nden "Topluluklar çerçevesinde temel sosyal hakların korunması konusu ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Sosyal Şartı'nın geleceğinin" iki teşkilat arasındaki işbirliği gündemine katılmasını talep ediyordu. Aynı şekilde Avrupa Parlamantosunu bünyesinde de, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'nda Avrupa Topluluğu'nun sosyal politikasının daha açık bir şekilde yer alması gerektiğini düşünen sesler yükseliyordu⁷⁶. 22 Şubat 1989 tarihli bir çağrıda Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi Avrupa Komitesi'ne has temel sosyal hakları, Uluslararası Çalışma Örgütü araçlarında ve Avrupa Sosyal Şartı'nda yasal düzende daha kapsamlı bir şekilde kaydedilmiş "temel sosyal garantiler" ile değiştirme tercihini bildirmiştir. Ekonomik ve Sosyal Komite şunu bildirmiştir:

Birleşmiş Milletler'de, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi, OECD gibi farklı uluslararası düzeylerde, sosyal ortaklar ve devletler temel sosyal hakların tanımı üzerinde fikir birliğine varabilmişlerdir. Aynı şekilde acil olan, tek pazarlı bir alanda, çeşitli sosyal hakların, üye devletlerin ortak egemenliğinin bir parçası olacak şekilde uyumlu ve birbirine bağlı kuralların teşkil edilebilmesi için, üye devletlerde de sağlam bir şekilde yerleşmiş olması gerekmektedir. Burada yapılması gereken kural icat etmek değil, zaten oturmuş ve farklı düzeylerde kabul edilmiş olanların farkına varmak, ikincisi, bunları iç pazarın uygulamaya geçirilmesi ile doğacak yeni ihtiyaçlara cevap verecek ve işlerliğini uygun bir şekilde gerçekleştirebilmek için yeniden tanımlamaktır⁷⁷.

⁷⁵ 27.4.1977 tarihli RG C 103 , s. 1.

⁷⁶ Bkz. Chanterie, Brok, F. Pisoni, Oomen-Ruijten ve Klepsch'in Avrupa Halk Partisi grubu adına Komisyon'da sesli olarak dile getirdikleri soru: Arahık'ta Strasbourg'da gerçekleşecek Avrupa Konseyi toplantısındaki resmi bildiri (belge. PE B3-436/89) (RG C 323 tarih 27.12.1989, s.23)

⁷⁷ Ekonomik ve sosyal komite (CES), temel sosyal toplumsal haklar üzerine karar, Belge. CES 270/89, 22 Şubat 1989. Aynı şekilde "bu prensiplerin ve temel hakların içeriği ve kapsamının halihazırda uluslararası sosyal kanun araçlarınca tanınmış olan normlar ışığında yorumlanması için gerekli prosedürün kabul edilmesi"ni önermiştir.

Bu yol izlenmemiştir. Bunun şüphesiz birçok nedeni vardır. Avrupa Sosyal Şartı'nın görünürlük eksiği bunlardan biridir, henüz çıkışını beklemektedir⁷⁸. Üye devletlerin taahhütleri değişkenlik göstermektedir: 1989'da ne Yunanistan, ne Belçika ve Lüksemburg -ki bu devletler Topluluğun kurucularındandır- henüz Avrupa Konseyi Şartı'na taraf olmamışlardı. Öyle ki bu aracı Avrupa Topluluğun sosyal politika referansı olarak konumlandırmak tartışmalı görünebilmekteydi. Nihayetinde, Avrupa Topluluğu'nun sosyal alana taahhüdünü görünür hale getirme arzusu -özellikle Strasbourg'da Avrupa Konseyi'ne sunduğu eylem planlarını harekete geçirmekte istekli olan Komisyon- bu alanda bir rol oynayabilirdi. Buna karşılık spesifik bir Şartın kabulüyle ekonomik ve sosyal arasındaki dengeyi ortaya koyma endişesi (bunu Birleşik Krallık'ın muhalefetine karşı ortaya koyabilmek), yani Avrupa Sosyal Şartı'na atıfta bulunmanın da ötesinde daha resmi bir şekilde bunu gerçekleştirmek, bu noktada Topluluğu Avrupa Konseyi'nin referans aracından vazgeçmeye yönlendirebilirdi.

Avrupa Birliği'nde temel sosyal hakların korunmasını Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın katılımı değil de, bunun yerin gerekliliklerden doğan birincil hukuk ve Avrupa Birliği hukukunda yapılan değişiklikler vasıtasıyla gerçekleştirme kararı birkaç yıl içinde onaylanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı'nın yeniden ortaya konması için Komite bünyesinde gerçekleştirilen çalışmalar bu Şartın revize edilmesi yönünde bir teklife yönelmesine sebep olunca, Ekim 1994'te teklif edilen versiyon Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Topluluğu'nu Avrupa Sosyal Şartı'na davet edebilmesini öngören bir hüküm içermekteydi⁷⁹. Bu bent Avrupa Bakanlar Konseyi Komitesi'nde yeni antlaşma üzerine gerçekleştirilen bir tartışma sırasında çıkartılmıştır. Bu süreç içerisinde, sosyal toplumsal Avrupa hiçbir şekilde gelişmemiş ve 12 üye ülkeyi etrafında bir fikir birliğinde birleştirememiştir.

⁷⁸ 1990'dan itibaren canlandırılmasıyla çarpıcı bir etki yaratan Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi'nin bu aracının marjinalleştirilmesinden çekinilmesi sebebiyle, Avrupa Topluluğu'nun atıfta bulunmaksızın sosyal alanda kendi eylem planlarını geliştirme isteğinin olduğu bir dönemde teşvik edilmiştir. Bu anlamda, Strasbourg Avrupa Konseyi'nin Avrupa Sosyal Şartı'na atıfta bulunmakla sınırlı olmamasının yalnızca olumsuz sonuçları olmamıştır.

⁷⁹ Charte/Rel (84)23, 14 Ekim 1994 (bkz. Proje, madde L).

4. Avrupa Birliğini kuran Maastricht Antlaşması

Avrupa Birliği'ni kuran, 7 Şubat 1992'de imzalanan ve 1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması aslında sosyal alanda beklenen nitel sıçramayı gerçekleştirmemiştir. Burada yine 12 üye devletten 11'i tarafından sosyal politika konusunda anlaşma tamamlanmıştır. Antlaşmaya taraf olan devletlerin sosyal alanda işbirliğini pekiştirme hususunda Maastricht Antlaşması'nın eki sosyal politika hakkındaki Protokolün belirttiği koşulları içermekteydi, çünkü Protokol bu devletlere antlaşmanın uygulanması için gerekli karar ve eylemler gerçekleştirilirken ilgili kurum, prosedür ve mekanizmalara başvurma hakkı vermektedir (Protokol'ün 1.maddesi)⁸⁰. Ancak yeni antlaşmanın ve toplumsal boyutunun en önemli sorularından biri olan ekonomik ve parasal birlik, Birlik içerisinde sosyal sorunu tekrar gündeme getirmiştir. Madde 121 § 1'de de belirtildiği üzere, ekonomik ve parasal birliğin üçüncü evresine ve tek para birimine katılmayı arzulayan üye devletler için ortaya konan yakınlaşma kriterleri ve enflasyon oranı kontrol kriterleri de Maastricht'te belirtilmiştir. Prensip olarak, üye devletin enflasyon oranı, fiyat istikrarı hususunda en iyi sonuçları veren 3 üye devletin, bir önceki yılda gerçekleşen enflasyon oranı ortalamasının %1.5'ini geçmemesidir. Aynı şekilde yıllık kamu borcu gayri safi yurt içi hasıla oranının %3'ünü ve brüt kamu borcu ile gayri safi yurt içi hasıla oranının %60'ı geçmemesi gerektiğini ortaya konmaktadır. Kısa vadede büyüme ve istihdam için tehdit oluşturma ihtimaline karşın bu kriterlerin uygulanmasını teşvik ettiği deflasyonist politikalar daha sonrasında kimi itirazlara sebep olacaktır. Komisyon'un 1993'te sunduğu ve sonuçları 11 Aralık 1993 Avrupa Konseyi tarafından onaylanan büyüme, rekabet ve istihdam raporu⁸¹ bu bilinç kazanımının ilk izini teşkil etmektedir. Ancak, üye devletlerin bu raporun tekliflerine uyma konusunda ortaya koydukları isteksizlik sebebiyle üye devletlerin istihdam politikalarının daha iyi bir şekilde eşgüdüm gerektirdiğinin anlaşılması için 20-21 Kasım 1997'de yapılan olağanüstü Avrupa Konseyi'nin toplanmasının beklenmesi gerekmiştir ki bu tamamen istihdam konusuna ayrılan ilk toplantı olmuştur. Bu, Avrupa siyasi sahnesinde istihdamın kazandığı

⁸⁰ Ph. Watson, 'Social Policy After Maastricht', *C.M.L. Rev.*, cilt. 30, 1993, s. 480; A. Whiteford, 'Social Policy After Maastricht', *E.L. Rev.*, cilt. 18, 1993, s. 202.

⁸¹ Avrupa Toplulukları Komisyonu, *Büyüme, rekabet, istihdam. (Les défis et les pistes pour entrer dans le 21ème siècle)*, COM (93) 700 final, 5.12.1993.

görünürlüğe ek olarak, Avrupa Birliği Konseyi'nin ana kazancı olan, 1997'de imzalanıp 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren ve Roma Antlaşması üzerine istihdam konusuna yeni bir başlık ekleyen Amsterdam Antlaşması'ndan sonra ve Komisyon'un teklifi üzerine üye devletlerin istihdam politikalarını yenilemeleri için bu konuda yönlendirici ilkelerin belirlenmesi beklenmekteydi (madde 128 § 2). Belirgin bir şekilde, Lüksemburg Konseyi'nin sonuçları ışığında (madde 2) “hedef ve izlenecek metotlar hususunda yol gösterici ilkeler”e başvurulması, üye devletler ve Topluluğun “ekonomik politikalarının ana yönelimleri”ne dayanarak oluşturulmuş bu tür modeller Maastricht Antlaşması'ndan beri üye devletlerin ekonomi politikaları üzerine bir yaklaşma garantisi sunmayı hedeflemekteydi. Aynı şekilde, devletlerin ekonomik olarak karşılıklı bağımlılığı, ekonomi politikalarının bir ortak çıkar hususu olarak değerlendirilmesi hatta istihdam sorunlarının eşgüdümlü bir yaklaşımla kararlaştırılması gerekliliğini de doğrulamaktaydı⁸².

Ancak eşgüdüm aynılaştırmak anlamına gelmemektedir: AT Madde 128 § 2'de belirtildiği üzere, istihdam konusunda uygulanan yönlendirici ilkeler ekonomik politikaların genel yönelimleri ile “uyumludur”, yani bunlara talidirler.

IV. Dördüncü Evre (1997'den bugüne): Amsterdam Antlaşması sonrası

1. Açık eşgüdüm metotları

2 Ekim 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması AT bünyesine 1992 tarihli sosyal politika Antlaşmasını yeniden entegre etmiştir, bu da Birleşik Krallık'ta bu zaman içinde siyasi çoğunluğun değişmesini mümkün kılmıştır. Sonuç genel bakıldığında tatmin edici değildir⁸³. AT Antlaş-

⁸² 20 ve 21 Kasım 1997 Lüksemburg Avrupa Konseyi toplantısı sonuçlarında şunlar belirtilmiştir: ‘İki alanda ve tüm üye devletlerdeki durumlardaki farklılıklar göz önünde bulundurularak istihdam için ekonomik politika için olduğu gibi, ortak karar verilmiş hedeflere ulaşmak, bunları doğrulamak ve düzenli bir şekilde uygulamaya koymak için aynı düzeyde isteklilik gerekmektedir.’

⁸³ Lammy Betten, ‘The Amsterdam Treaty: Some General Comments on the new Social Dimension’, *International J. of Comp. Labour Law and Indus. Relations*, cilt. 13, 1997, s. 188; S. Robin-Olivier, ‘La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam’, *Dr. soc.*, 1999, s. 609.

masının hâlihazırda “sosyal hükümleri” içeren faslı resmi olarak temel sosyal hakları içermemektedir. Topluluk ve üye devletler sosyal alanda “18 Ekim 1961’de Torino’da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ve 1989’da imzalanan İşçilerin Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı’nda (AT mad. 136) belirtilen temel sosyal hakların bilincinde olsalar da”, AT madde 137 mütevazı bir şekilde “adım adım uygulanabilecek asgari şartları içeren direktiflerin onaylanmasıyla” Topluluğun birtakım alanda (işçilerin sağlık ve güvenliği, çalışma koşulları, işçilerin bilgilendirilmesi ve danışma koşulları, iş piyasasından dışlanmış kişilerin tekrar katılımı, kadın erkek eşitliği) “üye devletlerin faaliyetlerini desteklediği ve tamamladığını” belirtmektedir. Konsey aynı şekilde sosyal güvenlik, işçilerin sosyal korunması, iş sözleşmesinin iptali, işçi ve işverenlerin toplu savunması, üçüncü ülkelerde çalışma şartlarının kararlaştırılması gibi konular hususunda oybirliği ile karar alabilir. Maaşlar, örgütlenme ve toplu eylem (grev veya lokavt) ise yakınsama kapsamı dışında kalan konulardır. Aralık 2000’de üzerinde politik bir anlaşmaya varılıp yürürlüğe ancak 1 Şubat 2003 tarihinde giren Nice Antlaşması ise AT 137 sayılı maddenin tek bir önemli değişiklik yapılarak tekrar yazdırılmasını sağlayacaktır⁸⁴: Amsterdam Antlaşması ile açık eşgüdüm modeli yalnızca sosyal dışlama ile mücadele konusunu kapsamaktayken şimdi ise AT madde 137 tarafından kapsanan tüm alanları kapsamaktadır. Madde 137 § 2 a’nın öngördüğü üzere, Konsey, üye devletlerin teşvikler yolu ile aralarında bilgi alışverişinin geliştirilmesi ve daha iyi uygulamaların gerçekleştirilmesi, yenilikçi yaklaşımların cesaretlendirilmesi ve deneyimlerin değerlendirilmesi gibi önlemleri kabul edebilecektir, üye devletlerin her türlü yasal ve düzenleyici yakınlaşmaları ise bunlardan hariç tutulmaktadır.

Açık eşgüdüm yöntemi ilk kez 23–24 Mart 2000 Lizbon Avrupa Konseyi ile bir yandan saf devletlerarası anlayışa ve devletlerarası düzenleyici fikir birliğine, öte yandan Topluluğa ek yetkilerin verilmesine ve artan uyumlaştırmaya alternatif olarak gerçek anlamda siyasi sahnede

⁸⁴ Öte yandan Nice Antlaşması AT madde 137’nin Amsterdam Antlaşması versiyonunda yaptığı atfı çıkartmaktadır, bu şekilde Konsey’in «istihdam ve istihdam yaratılmasını teşvik eden mali katkıları (...)» etkileyen konularda oybirliği ile önlem alabilmesi mümkün kılınmıştır. (bkz. madde 137 § 3, bent. 5, AT, bir önceki versiyon). Buna ek olarak, Nice Antlaşması ile değiştirilen versiyon AT madde 137’de kabul edilen hükümler, «üye devletlerin kendi sosyal güvenlik sistemlerinin temel prensiplerini belirleme hususunda sahip oldukları karar bağımsızlığını ve de mali dengeyi açık şekilde etkilememektedir.» Bu açıklayıcı kısım, Amsterdam’da kabul edilen versiyonda mevcut değildir.

yerini almıştır. Ancak, yönetim planlarını bir an önce yenileştirmeye teşvik ediyor olması, dengeleyici bir çerçeve içerisinde üye devletlerin ekonomik küreselleşme ve sosyal birleşme bağlamlarında ekonomik rekabetlerini iyileştirme endişesini de beraberinde getirmiştir. Konsey'in vardığı sonuçlarda da belirtildiği üzere, Lizbon stratejisinin amacı bir bilgi toplumu ve ekonomisine doğru geçişe hazırlık yapmak, "Avrupa sosyal modelini insan kaynaklarına yatırım yaparak ve sosyal dışlama ile mücadele ederek modernize etmek ve de ekonomik büyümeyi teşvik etmek" idi. Bu amaçları gerçekleştirmek adına küresel bir strateji izlemek, "en iyi uygulamaları yaygınlaştırmak ve de AB'nin ana hedefleri üzerine daha büyük bir yaklaşma sağlamak için" açık eşgüdüm yöntemi sunulmuştu (Lizbon Konseyi sonuçları, madde 37).

Açık eşgüdüm yöntemi her şeyden önce ulusal ve bölgesel politikalarda yorumlanması gereken AB yönlendirici ilkelerinin kabul edilmesine, karşılaştırmaları destekleyen ortak göstergelerin tanımlanmasına, denkler tarafından değerlendirmeye dayanan yeni bir yönetim yoludur. Buradaki amaç, merkezîyetçilikten uzak, sendika ve sivil toplum kuruluşlarına açık bir yaklaşım ile istihdam ve sosyal dışlanma konularında ulusal eylem planlarının eşgüdümünü garantilemeyi sağlamaktır⁸⁵. Hedeflerin özellikle bu boyutu bilimsel topluluğun dikkatini çekmiştir⁸⁶. Birlik bünyesinde, ekonomik ve sosyal hedefler arasında dengenin tanımına katkısı azalmıştır. Bazı durumlarda, ulusal hükümetler, kamuoylarına veya ulusal parlamentolarına normalde kabul edilemeyecek popüler olmayan reformları kabul ettirmek için Avrupa istihdam stratejisi veya sosyal dışlama ile mücadele konusunda alınan ortak kararlar hususunda yönlendirici ilkeler ve tavsiyeleri uygulamıştır⁸⁷.

Siyasi politikaların ve istihdam politikalarının apolitize olması, üye devletlerin Avrupa çapında iyi uygulama tavsiyelerinin araç haline

⁸⁵ Yöntemi oluşturma konusunda, 2000 yılının ilk döneminde AB Portekiz başkanlığında iken Maria Joao Rodrigues (Rodrigues, 2004) koordinasyonunda bir araya getirilen uzmanlar grubuna danışılarak karar alınmıştır.

⁸⁶ Joanne Scott et David M. Trubek, 'Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union', *European Law Journal*, cilt. 8, n°1, Mart 2002, s. 1-18; Jonathan Zeitlin, Philippe Pochet ve Lars Magnusson (éd.), *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, P.I.E. Peter Lang, Brüksel-Bern-Berlin-Frankfurt am Main-New York-Oxford-Viyana, 2005.

⁸⁷ Joëlle Visser, 'The OMC as Selective Amplifier for National Strategies of Reform. What the Netherlands Want to Learn from Europe', in Jonathan Zeitlin, Philippe Pochet, ve Lars Magnusson (éd.), *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, op. cit., bölüm. 5, s. 173-215.

getirilmesi, genel bağlamda sosyal güvenlik ödeneklerinin faaliyete geçirilmesi hususunda reformların kabul edilmesini, iş pazarında aktif olmayan kişilerin kayıtlı hale gelmesi konusunda teşvik edilmesini sağlamıştır. Buna sosyal güvenlik sistemlerimizin geleceğinde ortaya çıkabilecek tehlikelerin demografik eğrilerin evriminin üzerindeki etkileriyle mücadele etme etkisi de dahil olmuştur.

Daha temel olarak, sosyal katılım konusunda ulusal eylem planlarının kabulüyle ortaya konan sosyal birleşme hedefi, hiçbir noktada tamamen istihdam oranının arttırılması ve makro ekonomik dengelerin korunmasını garantileme hedeflerinden ayrı tutulmamıştır. Bu stratejiyi daha açık bir şekilde büyüme ve istihdam merkezli hale getirme kararı, Lizbon stratejisinin yarı dönem değerlendirmesi sırasında Avrupa Konseyi'nin 2005 bahar toplantısında, yönlendirici ilkelerin kabul edilmesiyle (bunlar hem ekonomi politikalarının ana yönelimlerini ve de istihdam ilkelerini içermektedir) daha da açık hale gelmiştir⁸⁸.

İstihdam (Lüksemburg süreci) ve dışlama ile mücadele (Lizbon stratejisinden daha geniş bir çerçevede) konularında açık eşgüdüm yöntemleri, üye devletler tarafından bağlayıcı yeni zorunlulukların kabul edilmesine değil ancak üye devletler arasında ortak bir anlayış oluşturulması için ulusal deneyimlerin paylaşımının desteklenmesine neden olmuştur. Bunun sonucunda bu gelişmelerden etkilenen oyuncuların karşılaşılacak zorluklar üzerinde bir birliğe varmak ve Mart 2000 Lizbon Konseyi'nde alınan hedeflere ulaşabilmek adına beraber bir kelime hazinesi oluşturmaları söz konusu olmuştur⁸⁹. Bu evrimlerin üzerinde bulunduğu ana fikir Sosyal Güvence Komitesi'nin İstihdam Konseyi'ne sunduğu 2002 tarihli sosyal politika, sağlık ve tüketici raporunda detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Bu raporda sosyal dışlanma ile mücadele

⁸⁸ Brüksel 22 ve 23 Mart 2005 Avrupa Konseyi sonuçları şunları ortaya koymuştur (belge. Konsey 7619/1/05, REV. 1): 'Ekonomik politikalar genel eşgüdüm aracı olarak, Ekonomi Politikaları Büyük Yönelimleri tüm makroekonomik ve mikroekonomik politikalarının yelpazesini ve de istihdam konusundaki politikaları bunlar birbiriyle bağlantılı olduğu için kapsamalıdır; Ekonomi Politikaları Büyük Yönelimleri stratejinin üç genel boyutunun (ekonomik, sosyal ve çevresel) ekonomik uyumunu sağlayacaktır (madde 38). Ekonomi politikalarının genel eşgüdüm aracı olarak Ekonomi Politikaları Büyük Yönelimleri tümünü kapsamaya devam edecektir. 12 Nisan 2005'te Komisyon büyüme ve istihdam için entegre yönlendirici ilkeleri 2005-2008 dönemini kapsayacak şekilde sunmuştur. Bu belge üye devletlerin 2005 Sonbaharında sunmaları gereken ulusal eylem planları için bir temel teşkil etmiştir.

⁸⁹ Bkz. 7, 8, 9 Aralık 2000 Nice Avrupa Konseyi'nde ve 2004 Avrupa Toplulukları Komisyonu'nda onaylanan

Sosyal politika gündemi (2000–2005) (Avrupa Toplulukları Komisyonu, 2000)

konusunda açık eşgüdüm yönteminin ilk olarak Aralık 2000 Nice Konseyi'nde belirlenen ortak hedefleri revize edilmiştir: "İstihdam sosyal dışlamaya karşı en etkili korumadır. Kaliteli istihdam geliştirmek için, hayat boyu bilgi ve beceri kazanımı sağlayarak profesyonel hayata katılım kapasitesi arttırılmalıdır. Avrupa Birliği'nin Avrupa istihdam stratejisi altında kabul ettiği hedeflerin uygulamaya geçirilmesi aynı şekilde kararlı bir biçimde dışlama ile mücadele hususuna da katkıda bulunmaktadır. Ekonomik büyüme ile sosyal birleşme birbirlerini karşılıklı olarak desteklemektedir. Daha çok sosyal birleşmenin ve daha az dışlamanın olduğu bir toplum daha yüksek ekonomik performansın sonucunda görülmektedir. Sosyal güvence sistemleri de bu noktada aynı şekilde stratejik bir rol oynar. Bu açıdan, sosyal destek ve yeterli kaynak sağlayan ulusal sistemler sosyal güvence politikası alanında önemli araçlardır. Aktif bir sosyal devlet çerçevesinde modern ve istihdama ulaşımı mümkün kılan sosyal güvence sistemleri kurulmalıdır. Emekli aylıkları ve sağlık bakımına erişim de aynı şekilde sosyal dışlama ile mücadele de önemli role sahip konulardır." ⁹⁰

Bu genel yaklaşım 2000–2010 Lizbon Stratejisi yarı dönem revizyonu sonrasında da desteklenmiştir. Kasım 2004'te Eski Hollanda Başbakanı W. Kok tarafından başkanlık edilen ve Avrupa Komisyonu ve Birlik Komisyonu tarafından onaylanan ⁹¹ Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu raporu ⁹² Lizbon Stratejisi'nin hedeflerin dağılmış olması, anlaşılabilirlik eksikliği ve üye devletler bazında seferberliğin yetersiz olması sebebiyle beklenen sonuçları vermediğini ortaya koymuştur. Büyüme ve istihdam üzerine odaklanma, şimdiye dek Lizbon Stratejisinde tanımlanmış ve Temmuz 2001 Göteborg Konseyi tarafından incelenmiş üç eksen den biri üzerinde hareket etme gerekliliğini öne sürmüştür (ekonomik, sosyal, çevresel) ⁹³.

⁹⁰ Yoksulluk ve sosyal dışlanma ile mücadele: ikinci ulusal eylem planları dizisi için ortak hedefler, 25 Kasım 2002 (belge. Konsey 14164/1/02 REV 1)

⁹¹ Avrupa Toplulukları Komisyonu, İlkbahar Avrupa Konseyi Bildirisi, *Büyüme ve istihdam için birlikte çalışalım – Lizbon Stratejisi için yeni bir atılım*, Bildiri(2005)24, 2.2.2005.

⁹² *Zorlukları saptamak – büyüme ve istihdam için Lizbon stratejisi* (Kasım 2004).

⁹³ Lizbon Stratejisini harekete geçirmek için gereken şartları ortaya koyan İlkbahar Avrupa Konseyi'nden önceki Bildiride Komisyon «Lizbon gündemini tekrar büyüme istihdam konularına sürdürülebilir kalkınma ile uyumlu olacak şekilde yenileme»yi teklif etmiştir. Bu strateji çerçevesinde hayat geçirilen eylemler Birliğin çevresel ve sosyal hedeflerimizin tekrar ortaya konması gerektiği konusunu da farkına varmasını sağlayacaktır. Önemli olan bu noktada stratejinin Avrupa'nın performansının yetersiz kaldığı noktalara odaklanmasını sağlamaktır (örneğin, eksik kalan büyüme ve yetersiz istihdam yaratılması

Sosyal birleşme üye devletlerin istihdam alanında performanslarının arttırılması ile gerçekleşecek bir kavram olarak tanımlanmakta ve takip edilmesi gereken hedeflerden biri olarak kabul edilmektedir. Ancak, reform çabaları sosyal dışlanma ile mücadeleden daha çok istihdam ve istihdamın esnekliği ile güvencesinin bir araya getirilmesini sağlayacak şartların geliştirilmesine olanak vererek bunun sonucunda profesyonel alanların seferber edilmesi ve istihdam güvencesini, var olan işin korunmasından öte, becerilerin yeniden yapılanması ve iyileştirmesine, şirket yaratımlarının kolaylaştırmasına dayandırarak teşvik edilmesi üzerine yoğunlaşmaktadır.

2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Lizbon stratejisinin kararlaştırılıp yürürlüğe girmesiyle beraber, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu'nun desteğiyle Avrupa Birliği'ne birtakım temel haklar kazandırmaya karar vermişlerdir. Bu çalışma Ekim 1999 ve Eylül 2000 arasında yaklaşık 1 yıl sürmüştür ve konuya birçok hedef dahil edilmiştir. Bunlardan biri de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'ndan doğan içtihadı, Roma Antlaşmasının kimi hükümlerine –özellikle Birlik vatandaşlığı ile ilgili olanlara- ve kimi türev hukuk araçlarının kabul edilmesine bağlı olarak gelişen temel haklar konusunda Avrupa Birliği müktesebatını daha görünür hale getirerek Avrupa vatandaşları gözünde Birliğin yasallığını ortaya koymaktır. Aynı şekilde 1 Mayıs 2004'te Birliğe katılmaları için çağrı yapılan, demokratik gelenekleri ve sivil özgürlük ilkeleri eski üye devletler kadar sağlam oturmamış olan yeni üye devletlere güçlü bir işaret göndermek de bu amaçlardan biridir. Yine, bir takım hakların kabulü, AB'nin özellikle temel özgürlüklerle ilgili adalet ve içişlerinde yetkisinin genişletilmesiyle denge sağlamak da bunlara dahildir.

Sonuç olarak, önemli noktalardan biri de, bu sürecin derinleştirilmesinin üye devletlerin ulusal Anayasalarında belirtilen temel haklarla ilgili garantilerle uyumunu sağlamak üzere, yalnızca kamuoylarını değil ancak ulusal yargı yetkilerini de sağlamlaştırarak –özellikle Fede-

gibi).» (Avrupa Toplulukları Komisyonu, İlkbahar Avrupa Komisyonu Bildirisi, Büyüme ve istihdam için birlikte çalışalım – Lizbon Stratejisi için yeni bir açılım, Bildiri(2005)24, 2.2.2005, s. 13). Lizbon stratejisinin sosyal ve çevresel stratejilerini açıkça yeniden ortaya koyan Komisyon yalnızca Konsey bünyesinde bir araya gelen üye devletler tarafından kısmi olarak takip edilecektir.

ral Almanya Anayasa Mahkemesinin- Avrupa katılımının devamı için gerekli koşullar sağlamaktır.

1989'da İşçilerin Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı'nın kabul edilmesinden önce gerçekleşen tartışmalar gibi, Aralık 2000'de Nice Zirvesi'nde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü öncesindeki tartışmalar da Avrupa Sosyal Şartı'nın Birlik içerisindeki hukuki düzen dışında kalması gereken araçlar arasından çıkarma eğiliminin bir göstergesi olmuştur, oysa Birlik temel sosyal hakların kendi bünyesinde korunmasını sağlamak için özerk bir yol izleyecektir. Avrupa Sosyal Şartı'nın talihi, Avrupa Birliği hukuki düzeni içerisinde gerçek anlamda somut bir kaynak olarak algılanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden çok daha farklıdır. Avrupa Konseyi'nin bu iki aracı arasındaki fark göz ardı edilemez. Şüphesiz ki, yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'ndaki birçok hükmün kaleme alınmasında ilham kaynağı olmuştur. Ancak bu Şart, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve ek protokollerinin çoğu yeniden ele alınmış olmasına karşın bir yandan birçok teminatı içermemektedir, öte yandan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine uyması ve bunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yorumlayarak okunması öngörülmüşken⁹⁴, hiçbir maddenin Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın maddelerinin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi içtihadının evrimine göre yorumlanarak okuması gerektiğini belirtmemektedir.

V. Bir teşhis

Önceki bölümlerin seyri iki mülahazaya sebep olmaktadır. Bunlardan biri Avrupa Topluluğu yapısındaki ekonomik ve sosyal öğelerin diyalektiği ile alakalıdır (5.1.). Daha sonrasında, Avrupa Topluluğu'nun mevzuat ve politikalarının geliştirilmesinde Avrupa Sosyal Şartı'nın gerekliliklerinin daha çok farkına varılması gerekmektedir. Bu ilişkiyi

⁹⁴ Bkz. Avrupa Birliği temel haklar Şartı madde 52 § 3, "Şarttaki teminat altına alınmış hakların kapsamı" hükmünde yer alan kısım: "Mevcut Şart Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde teminat altına alınan haklara uyan haklar içerdiğine göre bunların anlam ve kapsamı belirtilen Sözleşmedekilerle aynıdır. Bu hüküm Avrupa Birliği kanununun daha geniş bir teminat sağlamasına engel değildir."

ortaya koyma yöntemleri konusundaki teklifler ise iki seviyeli bir soru ortaya koymaktadır; bu soru da iç pazar ve parasal birliğin üye devletlerin Avrupa Sosyal Şartı'nın önlerine sürdüğü zorunluluklardan serbest kalma kapasitesine olan etkisidir (5.2.).

1. Avrupa Topluluğunda ekonomik ve sosyal öğeler arasındaki denge

Geçmiş olduğumuz beraberlik dinamiği boyunca 1970 ve 1980'lerde başlayıp 1990'lar sonuna doğru yavaşlayan bir sosyal uyumlaşma sürecinin ortak pazarın kurulumunun sosyal boyutuna olan etkisi gözden kaçmıştır. Aynı şekilde 1986 Avrupa Tek Senedi'nin belirlediği hedefler (1992 Maastricht Antlaşması'nda tanımlanan iç pazarın 31 Aralık 1992'de kurulması ve Euro Bölgesi devletleri arasında 1999'da ekonomik parasal birliğin kurulması ve ortak kurun yaratılması) ekonomik ve parasal birlik alanında kaydedilen bu gelişmelerin sosyal alana da yansıtılma isteğini beraberinde getirmiştir. Ancak bu hedeflere ulaşmak için kullanılan yöntemler son derece farklı olmuştur: ilk olarak düzenleyici girişimlerin kabul edilmesi ve daha yakın evrede istihdam politikaları ve sosyal dışlanma ile mücadele hususlarında üye devletler arasında açık eşgüdümün sağlanması. Temel haklar söylemi tüm bu hareketlere eşlik etmiştir: 1989 İşçilerin Temel Sosyal Hakları Şartı'nı, bu söylemin bir yansıması olarak, Aralık 2000 Nice Zirvesi'nde bildirilen Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı izlemiştir⁹⁵. Ancak bu belgelerin sosyal alandaki somut etkisi, yasal olarak zorunlu statüde olmadıkları için değil daha çok bu Şartların üye devletler ve Avrupa Topluluğu arasında bir yetki dağılımı tanımlamakta eksik kalmasından dolayı sınırlı kalmıştır. Temel Haklar Şartı özellikle topluluk mevzuatı ve politikalarının geliştirilmesinde temel sosyal hakların göz önünde bulundurulmasına katkıda bulunabilir ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın dolaşımında ekonomik özgürlükler ve rekabet hattı ile diğer taraftan sosyal

⁹⁵ Silvana Sciarra, 'La dimension sociale. La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law', (Sosyal Boyut. Sosyal Avrupa'nın temel sosyal haklar ile soft kanunlar arasında Anayasallaştırılması) Olivier De Schutter ve Paul Nihoul (éd.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, (Avrupa için tek Anayasa. Avrupa Birliği Kanunu'nda Dönüşümler Konusunda Mülahazalar) Larcier, Bruxelles, 2004, bölüm. 2, s. 171-194.

haklar arasındaki dengeyi tanımlamasına da etkiye bulunabilir⁹⁶. Ancak, çalışma ve sosyal güvence kanunları asıl olarak üye devletler düzeyinde belirlenirken, iç pazarla ilgili kuralların, Roma Antlaşması ve mevzuatta tanımlanmasından dolayı var olan en temel dengesizliğin engellenmesi hususunda yetersiz kalmaktadır⁹⁷. Gelecekte, 27 üyeye genişlemiş Avrupa Birliği'nde üye devletler arasındaki yaklaşım farkının çok fazla olmasından ötürü sosyal Avrupa'nın gelişimi de oldukça zorlu olacaktır.

İstihdam ve sosyal dışlanma ile mücadele, emeklilik fonları, sağlık bakımı konularında başlatılan açık eşgüdüm yöntemleri ekonomik ve parasal anlamda entegre olmuş bir alanda, bir devlette reformların eksik kalmasının –ya da yanlış adımlar atılmasının- diğer devletleri olumsuz etkilememesi adına bu devletlere ortak bir disiplin sunarak üye devletlerin karşılıklı bağımlılığının göz önünde bulundurulmasını hedeflemektedir. Bu eşgüdümün ana amaçları arasında temel sosyal hakların korunmasına zarar vermeye yol açacak şekilde üye devletler arasında rekabetçi bir serbestleştirmenin risklerini engellemek yoktur. Bir yandan, bunların tamamen ters bir etkisi vardır: denkler tarafından gerçekleştirilen düzenli değerlendirmelerin baskısı altında, kısa vadede sosyal birleşmeye zarar verme pahasına devletleri halk için zorlayıcı olacak reformları kabul etme konusunda teşvik etmekte; bir yandan üye devletlerin ekonomik gelişimi için gerekli olan ekonomik reformlardan seçim kaygılarıyla kaçınılmasına ve farklı hükümetler arasında devamlılığın sağlanamamasına neden olmaktadır. Merkez ve Doğu Avrupa ülkelerinde yatırımcı çekmek için var olabilen “rekabet serbestliği” veya sosyal damping riskleri⁹⁸ bazı devletlerin Birliğin 23–24 Mart 2000'de

⁹⁶ Olivier De Schutter, 'Les droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne', (Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'ndaki Sosyal Hak ve İlkeler): Jean-Yves Carlier ve Olivier De Schutter (dir.), *Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı*, Bruxelles, Bruylant, 2002, s. 117-148; ve Tamara Hervey ve Jeff Kenner (éd.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publ., 2003.

⁹⁷ Olivier De Schutter, 'La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire', (AB Temel Haklar Şartı'nın Topluluk Yasal Düzeninde Sosyal Hakların Teminatına Katkısı) *Evrensel İnsan Hakları Dergisi*, sayı. 12, Eylül 2000, N° 1-2, s. 33-47.

⁹⁸ Bu risk konusundaki farklı görüşler için, David Vaughan-Whitehead, *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003; Avrupa Toplulukları Komisyonu, İstihdam ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü, *Report of the High Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union*, Mayıs 2004.

Lizbon Konseyi'nde tanımlanan yeni stratejik hedef olan "sürdürülebilir kalkınma gerçekleştirme, nitel ve nicel istihdam ve büyük bir sosyal birleşme becerisi olan, Dünyanın en rekabetçi ve dinamik bilgi ekonomisine sahip" bir topluma dönüşme hedefi için gerekli görülen ekonomik reform hareketlerini düzgün bir şekilde gerçekleştirmeme riskiyle karşılaştırıldığında daha az gerçekçi kalmaktadır.

Bu sebeple çalışmaları verimli kılmak için çalışma piyasalarında reform yapılması ve sosyal güvence sistemlerinin modernize edilmesi de dahil olmak üzere ekonomik reform sürecinin temel haklara atıfta bulunacak şekilde gerçekleştirilmesi son derece önemlidir⁹⁹. Genişlemiş Avrupa Birliği'nde sosyal politikanın geleceği hususunda çalışan Yüksek Düzeyli Grup bir yandan yeni üye devletler (özellikle 8 Merkezi ve Doğu Avrupa ülkesi) ile eskileri arasında maaş oranlarındaki farklılıkların üretkenlikte önemli farklılıklara sebep olabilmesiyle ve öte yandan AB'nin tüm üye devletlerinin Avrupa Konseyi'nde olduğu gibi Dünya Çalışma Örgütü bünyesinde de sorumlulukları olmasından ötürü sosyal damping endişeleri hususlarına bir perspektif getirmeyi planlamaktadır¹⁰⁰. Bu argüman daha öncesinde 1956 Ohlin raporunda da sunulmuştur. Ancak burada dikkate alınmayan, uluslararası taahhütlerin açık kimliği ötesinde, bunların yürürlüğe girme şartları bir ülkeden diğerine ciddi fark göstermektedir. Bu nedenle, yine Avrupa Birliği bünyesinde, Avrupa sosyal modelini ortaya koymaya çalışırken bir devletten diğerine çok büyük farklar görülmesi riskini asgariye indirmek için devletlerin temel sosyal hakları koruma düzeyleri hususunda bir izleme mekanizması kurulması doğru olacaktır¹⁰¹.

Rekabet serbestliği riskleri her ne kadar genişlemiş Avrupa Birliği içerisine sınırlı kalsa da, genişleme -üye devletler arasındaki farklılıklar

⁹⁹ Stijn Smismans, 'How to Be Fundamental with Soft Procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights', in Gráinne de Búrca et Bruno de Witte (éd.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, s. 217-240 ; Antonio LoFaro et Alberto Andronico, 'Defining Problems : the Open Method of Coordination, Fundamental Rights and the Theory of Governance', in Olivier De Schutter et Simon Deakin (éd.), *Social Rights and Market Forces. Is the open coordination of employment and social policies the future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, s. 41-98.

¹⁰⁰ Avrupa Toplulukları Komisyonu, İstihdam ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü, *Report of the High Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union*, Mayıs 2004, s. 13.

¹⁰¹ Olivier De Schutter, 'The Implementation of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination', in Olivier De Schutter et Simon Deakin (éd.), *Social Rights and Market Forces*, üstte belirtilen, s. 279-343.

göz önünde bulundurularak- yine de Avrupa ekonomik alanı bünyesinde gelişen birlik gerekliliklerine uymak zorunda kalacak şirketlerin yeniden yapılanmasını hızlandıracaktır. Söz konusu yeniden yapılanmalar bir anormallik teşkil etmez; tam tersi bunları küreselleşmiş bir çerçevede Avrupa Birliği'nin rekabetini arttırmak için gerekli gören Lizbon Stratejisi'ne dahildirler. Ancak sanayi sektörlerinde sosyal etki potansiyel olarak çok daha fazla olacaktır. Bu da kimi devletlere yetişmenin kolaylaştırılması için yalnızca “eski” üye devletler ile “yeni” üye devletler arasında değil (Ekonomik ve sosyal birleşmeyi teminat altına almak amacıyla yapısal fonların rolü de bu noktada son derece kesindir) ancak her devletin bünyesinde, bu yeniden yapılanma ile tehdit altında olan sektörler ile daha teminat altında olan sektörler arasında da bir dayanışmanın geliştirilmesi konusunda ısrar edilmesine yol açacaktır.

Oysaki bugünkü asıl soru üye devletlerin en hassas sektörler için yeterli bir koruma sağlama kapasitesine sahip olup olamayacakları ile ilgilidir¹⁰². Bir taraftan kendilerine parasal ve ekonomik birlik tarafından dayatılan ve de istikrar ve büyüme paktının gerektirdiği bütçe disiplinine sahip olmaları gereklidir¹⁰³. Diğer yandan, kamu bütçe açıkları sebebiyle finanse edilemeyen sosyal programlar için vergilendirmeleri arttırmak bu ülkeler için son derece zor olmaktadır. Yani, bugün tasarlanabilecek mali reformlar sistematik olarak hanelerden çok şirketlere imtiyaz tanıma eğilimi içindedir ve de kişilerin gelir vergileri bünyesinde de yine nüfusun daha varlıklı kesimine yoksul kesimden daha fazla imtiyaz verilmektedir. Durumun mekaniği son derece basittir, devletler daha hareketli faktörlerden daha çok tasarruf yapma eğilimindedir (en yüksek gelirleri olan şirket ve kişiler Avrupa Birliği bünyesinde hareketlilikten daha çok faydalanmaktadır) çünkü bu faktörler üzerindeki çok yüksek maliyet seviyeleri bunları başka yere hareket etmeye teşvik edecektir. Şirketlerin yatırım yerini seçmelerinde etkili faktörlerde mali tutarların seviyesi ancak ikincil bir yere sahiptir; altyapı kalitesi, iş

¹⁰² Elspeth Guild, 'How Can Social Protection Survive EMU? A United Kingdom Perspective', *European Law Review*, cilt. 24, 1999, s. 22-37.

¹⁰³ Öncesinde, AT madde 104'te öngörülen aşırı kamu borcu açıkları prosedürü bütçe pozisyonlarının izlenmesi ve de ekonomik politikaların eşgüdümü ile alakalı 7 Temmuz 1997 tarihli Konseyin 1466/97 no'lu talimatı ile düzenlenmiştir. (RG L 209, 2.8.1997, s. 1). Haziran 2005'te gerçekleştirilen revizyon (aşırı borç açıkları ile ilgili prosedürün uygulanmasını açıklamak ve hızlandırma amaçlı düzenlemenin [no1467/97] revize edilmesi, 27 Haziran 2005 tarihli Konseyin, AT 1056/2005 no'lu düzenlemesi) (RG n° L 174, 7.7.2005, s. 5)) önemli bir gelişme teşkil eder çünkü bu şekilde sayısal veriler daha iyi incelenmektedir ve de üye devletlerin ekonomik durumları arasında heterojenlik sağlanmıştır.

pazarının yakınlığı veya mevcut işçiliğin nitelik düzeyi gibi faktörler asıl önemli olanlardır. Şirketlerin veya en yüksek gelirli kişilerin ülke değiştirmesi gibi endişeler var olsa da bu reformların yönünü çizme konusunda genellikle yeterli olmaktadır. Topluluklar üzerindeki vergilerle ilgili mali rekabet konusu¹⁰⁴ genişleme ile beraber daha da belirginleşmiştir çünkü birçok üye ülke şu an İrlanda'nın birkaç yıl önce başarılı bir şekilde başlattığı stratejiyi (topluluklar üzerine uygulanan vergi %12.5) uygulamaktadır. Tekrar yatırım yapılan kazançlar üzerinden alınan vergi Polonya'da %19, Slovakya ve Fransa'da %33 olmasına karşın Estonya'da %0'dır. Almanya'da Şansölye Schröder'in kırmızı yeşil koalisyonu döneminde ise %40'tan 25'e çekilmiştir. Birlikte %48 olan ortalama kurumlar vergisi oranı 1982'de %48 iken 2002'de %32 olmuştur. Bu azalmanın en hızlı görüldüğü dönemler de ekonomik entegrasyonun arttığı zamanlar olmuştur: 1990'lı yılların başı (büyük pazarın kurulduğu dönemler) ve 2000'li yılların başı (Euro sahnesine giriş)¹⁰⁵. Adalet Divanı kısa süre önce, bir üye devletin mevzuatına uygun bir şekilde kurulan ve sözleşmesel veya idari merkezleri veya faaliyetlerinin yoğunluğu Topluluk sınırları dahilinde olan şirketlerin kurulma özgürlüğünün, faaliyetlerini ilgili üye devlet içerisinde bir şube, temsilcilik veya iştirak aracılığıyla daha uygun bir vergi ortamında yürütme özgürlüğünü de içerdiğine hükmetmiştir: Devletler suistimalleri elbette önleyeceklerdir¹⁰⁶. Ancak merkezi üye devlette olan bir şirketin daha iyi mali şartların olduğu bir devletten yararlanmak için burada şube kurduğu durumlarda üye devlet bu şirkete ana merkezde daha ağır şartlar uygulayarak kazanılan bu mali avantajı telafi edemez¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Aynı olgudan katma değer vergisi (KDV) etkilenmemiştir, bunların üzerinde üye devletler arasında bir eşgüdüm mevcuttur, aynı durum üye devletler arasında üzerinde Haziran 2003'te bir anlaşma sağlanan tasarruflar için de geçerlidir. Bununla birlikte özellikle üst kesim kişilerden alınan gelir vergileri hususunda ise bir rekabet söz konusudur. Bkz. G. Moatti, 'Face à la concurrence fiscale', (Mali rekabet ile karşı karşıya) Le Monde, 18 Ekim 2005, s. IV.

¹⁰⁵ Bu veriler G. Moatti tarafından sunulmuştur 'Face à la concurrence fiscale', (Mali rekabet ile karşı karşıya, Le Monde, 18 Ekim 2005, s. IV. Mali damping endişeleri özellikle Stefan Sinn 'The Taming of Leviathan. Competition Among Governments', Constitutional Political Economy, vol. 3 (1993), s. 177-221; ve de Sven Steinmo, 'The End of Redistribution? International Pressures and Domestic Policy Choices', Challenge, vol. 37(6) (1994), s. 9-17 tarafından incelenmiştir.

¹⁰⁶ Aynı şekilde devlette gerçek ekonomik bağı kalmamış "neredeyse hayal ürünü 'mektup kutusu' toplumunun yaratılması, bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 2 ;Mayıs 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, henüz yayınlanmamış, madde 34 ve 35).

¹⁰⁷ ABAD., 12 Eylül 2006, Cadbury Schweppes plc, C-196/04, madde 49.

Hâlihazırda bu noktadayız. Avrupa Topluluğu'nun başından beri, ekonomik alanı sosyal alanla eşitleme girişimleri sınırlı kalmış, bu sınırı çizen de üye devletlerin sosyal güvence alanındaki becerilerinin önemli bir kısmını mali alana devretmeyi reddetmesi olmuştur. Bu engele şimdi ikinci bir tanesi eklenmiştir: özel olarak Avrupa sosyal modelini tanımlaması gereken ekonomik ve sosyal alan arasındaki işlemler, günden güne daha çok ekonomik küreselleşmenin evrimi ve de Birliğin, başta ABD olmak üzere büyük rakipleri karşısında rekabet gücünü koruyabilme endişesinin etkileriyle düzenlenmeye başlanmıştır. Lizbon stratejisi de aynı ölçüde hatta belki daha da fazlasıyla üye devletler arasında bir ilişki yönetimi sağlamaktan çok Avrupa Birliği'ni ekonomilerin uluslar arası olmasının yarattığı şokla mücadeleye daha iyi hazırlamak için ortaya konmuştur çünkü ancak bu şekilde üye devletlerin entegre bir ekonomik alan bünyesinde "yalnız şövalye" stratejilerini uygulamalarını sınırlandırabilecektir. Ancak her devletin bünyesinde ve devletlerarası düzeyde bir dayanışma mekanizması sağlanmadan, sosyal alan ancak makroekonomi gelenekleri ve küresel pazar gerekliliklerine bağlı olarak ikinci sırada kalmaktadır. Şimdi üye devletler ancak Birliğin kimi yetkilerini devralıp uygulama şartlarını kabul ederek rekabet ettikleri piyasa içerisinde yeniden bağımsızlıklarını kazanabilirler.

2. Avrupa Sosyal Şartının Dikkate Alınması

Avrupa Sosyal Şartı'nın –ve Avrupa Birliği hukukunun uygulanması alanında çalışan üye devletlerin- Avrupa Topluluğu hukuk ve politikalarında daha çok dikkate alınması kısmen de olsa tanımlanan zorlukların bir ölçüde aşılmasını sağlayacaktır. Bu zorluklar farklı seviyelerdedir ve gerekli çözümlerin getirilebilmesi için hepsinin açık bir şekilde ayrılması gerekmektedir.

a) Sınırları olmayan bir alandan ve ekonomik parasal birlikten doğan yapısal düzen zorlukları

Zorluklardan ilki, Avrupa Birliği üye devletlerinin kendi sosyal politikalarını sürdürme hususunda yeterli eylem serbestisine sahip olmalarıdır. Ekonomik ve parasal birliğin sınırları içinde sıkışmış bir şekilde Keynezyen tek kurlu parasal gelişim yöntemlerinin kabul edilmesi sonucu kimi devletler İstikrar ve Büyüme Pakti'nin öne sürdüğü bütçe disiplinine uymak adına bazı sosyal mahiyetli (sağlık veya eğitim)

alanlara yatırımdan feragat etmek durumunda kalabilmektedirler. Buna ek olarak, parasal birliğe katılmalarını engelleyecek oranda gerçekleşebilecek bir enflasyon riskinden kaçınmak için, maaş belirleme sistemleri de dahil olmak üzere iş piyasasında da esneklik yapmaları söz konusu olabilmektedir. Bu tip makroekonomik düzenden doğan gereklilikler üye devletlerin Avrupa Sosyal Şartı'nın ortaya koyduğu gereklilikleri yerine getirememelerine sebep olabilmektedir. Bununla beraber, üye devletlerin herhangi birinde tüm şirketlere tanınmış olan kurulum özgürlüğü ve her üye devletten Topluluğun geneline hizmet sağlama özgürlüğü devletlerin bireysel mevzuatlarını, bunların kimi sosyal hakların güvencesini de içerdiği durumlarda, karşı karşıya getirmektedir. Nihayetinde, şirket kurma özgürlüğü özellikle şirketlerin hareketliliklerine bağlı olarak kurumlar vergisi hususunda üye devletler arasında mali bir rekabeti de beraberinde getirmektedir.

Bu tip yapısal zorluklarla ilk etapta tüm üye devletler bünyesinde karşılaşılıyor gibi görünmektedir. Bu durumda üye devlet bir yandan Avrupa Birliği'ne bağlılığından -veya ekonomik ve parasal birliğin üçüncü evresine katılımından, bir yandan da özellikle Avrupa Sosyal Şartı gibi uluslararası zorunluluklarından doğan gerekliliklere uyma konusunda denge kurmak durumundadır. Bu noktada, ekonomik ve parasal birliğin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi içtihadında değerlendirilen Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinden doğan taahhütlerine uyma kapasitesi üzerindeki etkisini değerlendirmek özellikle yararlı olacaktır. Bu da ekonomik ve parasal birliğin etkisinin ve de iç pazar bünyesinde rekabet düzenlemelerinin üye devletlerin yönelimleri üzerindeki baskısının soyutlanmasını gerektirmektedir ve de sadece Avrupa Topluluğu'na veya ekonomik ve parasal birliğe üye olmalarının getirdiği sınırlandırmaların devletler üzerindeki etkisi değil aynı zamanda, iç pazarın mümkün kıldığı büyümenin sağladığı kazancın kamu politikalarının sürdürülmesinde verdiği marjların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

b) Ekonomik Dolaşım Özgürlüklerinin ve Rekabet Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Anayasal Düzen Zorlukları

Avrupa Birliği'nde kimi üye devletler tarafından bazı sosyal hakların teminat altına alınması veya bazı sosyal mahiyette hedeflerin gözetilmesi, Roma Antlaşması'ndaki bazı temel ekonomik özgürlüklerin uygulanması önündeki engellere takılabilir, özellikle malların veya hizmetlerin dolaşımı konusunda veya devlet yardımları veya rekabet konusunda

özellikle kimi kamu hizmetlerinin kısıtlanmasına neden olabilir. Avrupa Topluluğu Antlaşma kuralları veya Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihadı devletlere, geniş bir alanda, özellikle işçilerin temel haklarını koruma konusunda sosyal amaçlı hedeflere ulaşabilmeleri adına bu zorunlulukları sınırlandırma özgürlüğü vermektedir. Ancak, bu tarz kısıtlamaları doğrulamak açısından, Avrupa Sosyal Şartı'na yapılan atıflar, genel menfaatlerin getirdiği zorunlulukların tanımında veya devletlerin takip etmek istedikleri sosyal amaçlarda açıkça belirtilmemektedir.

Bu zorluk, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yorumu ile Avrupa Sosyal Şartı üzerine daha sistematik bir şekilde endekslenmesi ile aşılabılır. Bu şekilde, Avrupa Sosyal Şartı'nın statüsü Temel Haklar Şartı 52. madde 3. paragrafta belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile aynı hizaya getirilecektir. Bu, Temel Hakları Şartı'nın uygulanması ile gerçekleşebilir, örneğin Şartın 52.maddesinin 3.paragrafında yapılacak bir değişiklik ile antlaşmalarla uyumlu hale gelecektir. Politik anlamda çok gerçekçi görünmeyen Temel Haklar Şartı metninde bu şekilde bir değişiklik yapılmaksızın, Avrupa Komisyonu'nun yasal tekliflerini katmış olduğu derinleştirilmiş etki incelenmelerini yönlendiren yönlendirici ilkelerin bulunduğu Avrupa Sosyal Şartı'nda tanınan haklara yapılan atıflar detaylandırılabilir ki bu metin 2005 yılından beri Temel Haklar Şartı'na yapılan atıfları zaten açıkça içermekteydi¹⁰⁸.

Her ne kadar arzu edilir bir durum olsa da, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile yukarıda bahsedilen iki yöntem vasıtasıyla daha sıkı bir ilişki kurulması da tamamen tatmin edici bir durum değildir. Çünkü bu yöntemler, nihayetinde hükümler Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yeniden ele alınmadıkça, Avrupa Sosyal Şartı'na atıfta bulunmazlar. Bununla birlikte, Avrupa Sosyal Şartı'na daha eksiksiz bir şekilde atıfta bulunmak da makuldür. Bu hedef, Konseyin, Avrupa Parlamentosu'nun ve Komisyonu'nun Avrupa Sosyal Şartı'nı Avrupa kıtası üzerin-

¹⁰⁸ SEC(2005)791, 15.6.2005. Etki inceleme uygulaması Komisyon'un 2002 yılından beri gerçekleştirdiği yıllık çalışma planında ortaya konan yasal tekliflerde sistematik olarak yer almaktadır. Bkz COM(2002)276, 5.6.2002. Etki incelemelerine yön veren yönlendirici ilkelerin revize edilmesinden önce bu incelemelerde temel haklara daha fazla atıfta bulunmanın yollarını arayan bir çalışma gerçekleştirilmiştir. Bkz EPEC (European Policy Evaluation Consortium), The Consideration of Fundamental Rights in Impact Assessment. Final Report, Aralık 2004, 61 sayfa.

de tüm sosyal haklar konusunda bir referans belge olarak kabul ettikleri ve Avrupa kanunlarının geliştirilmesinde uyma taahhüdü verdikleri 5 Nisan 1977 bildirgesine dayanan resmi bir bildiri sunması ile gerçekleştirilebilir. Neticede, Avrupa Birliği'nin yenilenen Avrupa Sosyal Şartı'na katılımı sorusu etüt edilmelidir. Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde üye devletlerin taahhütleri arasındaki farklılıklar –kimi üye devletler 1996'da yenilenen Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamamışlar, taraf oldukları aracın yalnızca birtakım önemli maddelerini kabul etmişlerdir- bu katılım için bir engel teşkil etmemektedir. Bu katılım için revize edilen Avrupa Sosyal Şartı'nın değiştirilmesi de şüphesiz gündeme gelecektir. Bu metnin müzakerelerinde görüldüğü üzere, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu araca Avrupa Topluluğu'nun katılımına izin veren bir hükmün eklenmesini öngören bir teklifi reddetmiştir. Bu Şart aynı şekilde Avrupa Birliği hukuku hususunda özellikle Topluluğun veya Avrupa Birliği'nin uluslararası etkinliği ile alakalı olarak da hassas sorunlar ortaya koymaktadır. Ancak bu engellerin hiçbirinin aşılamayacak sorunlar olmadığına da başka alanlarda tanık olmuştuk¹⁰⁹. Varşova'da 16–18 Mayıs 2005 tarihinde gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Üye Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde kabul edilen nihai bildirinin Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler konusunda yönlendirici prensipleri içeren ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne eklenmesi konusunu hatırlatan eki¹¹⁰, “Avrupa Topluluğu'nun yetkileri göz önünde bulundurularak, Avrupa Konseyi'nin diğer sözleşmelerine ve mekanizmalarına katılımın detaylı bir inceleme sonrasında kararlaştırılması gerektiğini” belirtmektedir.

Bu zirvede alınan kararlardan biri de, Lüksemburg Başbakanı Jean Claude Juncker'e kişisel olarak Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği ilişkileri konusunda bir rapor hazırlanması görevini vermektir¹¹¹. Bu rapor 11 Nisan 2006'da sunulmuştur¹¹². Raporda, orta vadede Avrupa Birliği'nin Avrupa Konseyi'ne 2010 yılına kadar katılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kısa vadede, Avrupa Birliği makamları bünyesinde, “Avrupa

¹⁰⁹ Voy. O. De Schutter, Avrupa Birliği'nin Avrupa Sosyal Şartı'na katılımı”, EUI Working Paper LAW No. 2004/11, 42 pages ; O. De Schutter, 'Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession', in G. de Búrca and B. de Witte (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, s. 111-152.

¹¹⁰ CM(2005)80 final 17 Mayıs 2005.

¹¹¹ Nihai bildiri, parag. 10.

¹¹² Avrupa Konseyi – Avrupa Birliği: Avrupa kıtası için aynı hedef, Lüksemburg Başbakanı Jean Claude Juncker'in, 11 Nisan 2006 Avrupa Konseyi üye devletleri Başkanları'na raporu.

Konseyi ile eşgüdümün temellerinin dayandığı Avrupa Birliği Antlaşmasının 6.2 sayılı maddesine göre, kararname, rapor, sonuç, tavsiye ve ilanların bir çalışma kuralı koşuluna bağlı olarak belirtilen takip mekanizmalarınca somutlaştırılması gerekmektedir: 1) ya sistematik olarak Avrupa kıtasında İnsan Hakları alanında birincil referans olarak kabul edilmeli, ya da 2) Avrupa Birliği makamlarınca üretilen metinlerde referans olarak açıkça belirtilmelidirler.”

Avrupa Birliği hukuk ve politikalarının geliştirilmesinde Avrupa Sosyal Şartı referanslarının sistematik hale getirilmesi bu yönde atılacak adımlardan biri olacaktır. Birliğin yönelimleri konusunda kamuoyunun güvensizliğinin –doğru veya yanlış- esasen Avrupa yapısının ekonomik ve sosyal boyutları arasında bir dengesizliğin bulunduğu his-sinden kaynaklanmaması daha da arzu edilir bir durumdur.

6

Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Önümüzdeki 10 Yılın perspektifleri nelerdir?

Jean-François Akandji-Kombé*

Avrupa Sosyal Şartını, Avrupa sathındaki diğer araçlarla ilişkileri açısından ele alırken her zaman şunu hatırlamak gerekir: Başından beri bu Şartın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle yakın ilişkiler kurması gerektiği düşünülmüştür. Hazırlık çalışmaları bunu doğrulamıştır ancak özellikle iki önemli olayı anımsamak gereklidir. İlki, Sosyal Şartın hazırlık görüşmeleri esnasında Eylül 1953'te Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinden çıkan karardır. Ele alınan metnin, «sosyal alanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni *tamamlayıcı* özelliğe sahip olması » gerektiğinin altı çizilmiştir. İkinci önemli hadise Bakanlar Komitesinde gerçekleşmiştir. Sosyal Şartın kaleme alınmasında görevli sosyal komitenin görevinin belirlendiği, Mayıs 1954'te yayınlanan özel mesajda, ortaya çıkacak bu yeni aracın sosyal alanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin «*devamı*» olacağı açıklanmıştır.

Bu tanımlamalardan yola çıkarak, iki metin arasında farklılıklar olduğunu ve kendi özgü müdahale alanlarını ve kendi konularını içerdiğini düşünebiliriz: Bir taraftan medeni ve siyasal haklar, diğer taraftan sosyal haklar... Sonuçta, güvence altına alma biçimleri çok benzer veya en azından karşılaştırılabilir olmalıdır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın kabul edilmesi amaçlı sürdürülen müzakerelerin bunu başka şekilde sonuçlandırdığını biliyoruz. Torino'da 1961 yılında onaylanan metnin, hazırlanma biçimi ve uluslararası makam-

* Caen Üniversitesi Profesörü; Avrupa Sosyal Şartı Akademik Ağı Koordinatörü

larca kontrol edilme biçimine bakacak olursak 1950'de çıkan metnin basit bir kopyası olduğunu görebiliriz. Açıkça, hakların korunmasına ilişkin teminat amaçlı düzenlemeler daha esnek haldedir ve devletler tarafından oluşturulan Bağımsız Uzmanlar Komitesine düzenli olarak sunulan raporların incelenmesine bağlıdır; bu sistem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizmasından tamamen farklıdır. Onun da ötesinde, raporlara dayalı bu kontrol mekanizması, onu daha sonra etkisiz hale getiren zorluklarla mücadele etmiştir. Dönemin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Sayın Lalumière'nin 1993 yılı Ocak ayında Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen bölgelerarası görüşmeler sırasında Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin «uzak akrabası» veya «kâğıttan kaplanı» olarak nitelendirebilmiş olmasını anlıyoruz.

Bu durumun, en simgesel olanının Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı (Bundan sonra Yenilenmiş Şart olarak anılacaktır) olduğu birtakım hukuki araçlarla düzeltilmesi için yeni bir süreç başlatılmıştır. Burada karşımıza, bu metnin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle birlikte raporların verilerini düzeltebilecek mi ve bu raporların geliştirilebilmesi için faydalı bilgiler sağlayabilecek mi soruları çıkıyor.

İlk bakışta durum böyle olabileceğini göstermiyor. Öncelikle Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın konusunun başka olduğunu saptayabiliriz. Bir taraftan aralarından bazılarının ele aldığı konuları yenileyerek, diğer taraftan yeni haklar ekleyerek, teminat altına alınmış hakların listesini güncellemek söz konusudur. Tabii ki bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını örnek alarak gerçekleştirilebilirdi. Ama bu yeni süreci başlatanlar başka bir yol izlemişlerdir. Esinlendikleri Avrupalı kaynak, diğer tüm kanunları dışlayarak AB Hukuku oldu. İş sözleşmelerinde veya iş ilişkilerinde uygulanabilir şartlar konusunda çalışanın bilgilendirilmesi hakları, (madde 2, § Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı madde 6), işverenin ödemesi durumunda çalışanın alacaklarının korunmasına ilişkin haklar (Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı madde 25), toplu işten çıkarılmalar durumunda çalışanın korunmasına ilişkin haklarda (Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı madde 29) Avrupa Birliği Direktifleri örnek alındı ve bazı yerlerde doğrudan alıntılandı.

Metin yapısının her iki belgede de aynı kaldığı gözlemlenmektedir. Tüm bu sistemler farklı gelişim mantığıyla, her seferinde tek bir adım atılarak gerçekleştirilmiştir. Bu adımın atılması, denetim organlarının şu mantığı kabul etmeleri neticesinde sozkonusu olmuştur: AIHM, Av-

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulama alanının dışında tutmak için hakların Şart tarafından korunduğu savunması öne sürülmüştür: – *Belçika Polisi Ulusal Sendikası (1975)* olayında bu durum yaşanmıştır. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Sözleşme bahanesiyle yükümlülüklerini üstlenmekten kaçınan devletlere Sosyal Şart ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin farklı belgeler olduğunu hatırlatmıştır.

Bu kabulü reddetmek gereklidir çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sosyal Şart'ın «semalarından» hiçbir zaman tamamen kaybolmamıştır. Kişilere veya olaylara göre, bazen koruyucu gölgesini Şartın üstüne yayan bir hayalet, bazen de ulaşılması istenen bir ideal görüntüsünü almaktadır.

Son birkaç on yıldır, hakim kılınmak istenen bu son görüntüdür. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin çalışmalarında da bunu görebiliriz. Buna tekrar değineceğiz. Ama Şartın olası veya arzu edilen bir gelişim yaşaması için gerçekleştirilen farklı projeler ve tartışmalar olduğu da görülmektedir. Bu projeler aslında çok yeni projeler değildir. Ama yine de, AIHM aracılığıyla sosyal hakların veya aralarından bazılarının korunmasını sağlamak için denemeler yapılmaktadır. Ayrıca, Sosyal Haklar Komitesi'nin AIHM'e paralel başka bir mahkemeye dönüştürülmesi talep edilmiştir. Bu seçenek, Parlamenterler Meclisinin 1354 (1998) ve 1415 (1999) Sayılı Tavsiye Kararlarında da ele alınmış olup ayrıca İnsan Hakları Yürütme Kurulu'nun son çalışmalarında da yer almıştır. Bu kurumsal süreçlerin, insan hakları¹ alanında sosyal haklar konusundaki içtihat patlamasını da dikkate alarak, Avrupa İnsan Hakları'nın korunması düzenlemelerinin gelişimine ve hukuki öğretilerin güncellemeyi başarabildikleri temel yönlendirmelere taşınabileceğinin altı çizilmelidir. Ama aynı zamanda, tekniklerinin veya yorumunun gelişmesine rağmen, AIHM'in Sosyal Şart'la teminat altına alınmış tüm hakların sorumluluğunu üstlenmek konusunda gösterdiği olağanüstü isteksizliği de görmek gerekir.²

Zatem tam da yorum yaklaşımının sınırlarını ifade ettiği bu isteksizlik, sosyal hakların korunmasına ilişkin metinlerde yapılması muhtemel değişiklikler konusunu gündeme getirir ve yukarıda bahsedilen

¹F. Sudre: «La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux», in *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant 1998, s. 467'a bakınız.

² Profesör F. Sudre'nin çarpıcı araştırmasına bakınız: «AIHM'de sosyal hakların korunması: bir kurgu içtihadı araştırması », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, s. 755 et s.

proje ve tartışmaları açıklar. Tüm bunların ortak bir noktası bulunmaktadır. Tüm bunlar, insan haklarının bölünmezliği ilkesinin; haklar rejimi ve dolayısıyla teminat mekanizmaları ve araçlarının birleştirilmesini gerekli kıldığı fikrine dayanır.

Bu perspektifin, kesinlikle ulaşılması gereken ideal olduğunu kabul ederken, bunun, şu analize bağlı olduğu düşünülmemelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine sosyal hakların yerleştirilmesi ve Avrupa Sosyal Haklar Mahkemesi gibi bir kurumun oluşturulması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gözden geçirilmesiyle mümkün olabilir. Ancak bu etkinliği düzenleyecek olanların, Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartının önümüzdeki on yılda geçireceği değişimin haritasını ivedilikle belirlemesi gerekmektedir. Bu dâhil etmeme meselesinden bahsetmeyeceğim. Belki, Avrupa Konseyinde ele alındığı üzere, üye devletler böylesi bir değişiklik için hazır değillerdir ve hazır hale gelmeleri için zamana ihtiyaç vardır.

Yine de, yürürlükteki metinler bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sosyal Şart arasındaki bağların güçlendirilmesi ve ilişkilerin derinleşmesi için çözüm yolları aramalıyız. Bizim vazifemiz bu çabayı derinleştirmek ve ihtimaller üzerinde fikir yürütmektir. Burada çizilen yolun dar ve tehlikeli olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz ancak mutlak bir imkansızlık söz konusu değildir. Metinleri gözden geçirmeden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sosyal Şart organları ile genel olarak Avrupa Konseyi için, hakların teminatı(I) ortak sorunsalını geliştirmek ve her iki sistem(II) arasında kurumsal ve usulî bağlantıların kurulmasına destek vermek mümkündür.

I. Ortak bir Teminat Sorunsalının Geliştirilmesi

Teklif üç saptamaya, hatta üç belirtiye cevap vermektedir. İlk olarak, Sosyal Şart ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bugün hala iki farklı araçtır ve iki farklı sistem sunmaktadır. İkincisi, bu metinler aynı hedef doğrultusunda yani insan haklarının etkin bir şekilde korunması amacıyla oluşturulmuştur. Üçüncüsü ise, içerik itibarıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Sosyal Şart'ın biraz geriden geldiğidir. Tüm bu öğeler, bizi Şartın sisteminin geliştirilmesi için iki metni yakınlaştırma tercihini kabule sevk eder. Bu şekilde sistem Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin koruma seviyesiyle karşılaştırılabilir bir hüviyete kavuşturulabilir. Bu iki sistem arasında etkileşimin gelişmesi için gerekli bir koşul bulunmaktadır.

Bir sonuca erişmek için, yorum çok önemli bir araçtır. Bu araç mevcut durumda, tek başına, ortak bir sorunsalın geliştirilmesi önündeki engellerin üstesinden gelinmesini sağlayabilir.

1. Araç: Şart'ın yorumlanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gelişiminin, AIHM'in yorumlama yetkinliğine dayandığını biliyoruz. Zaten, sözleşmeyi, «yaşayan bir hukuk metni» yaparak, yeni tanımlarla veya yükümlülüklerle normların gelişmesini sağlayan ve onları değişken sosyal gerçekliklere, sürekli yenilenen zorluklara uyumlu hale getiren AIHM'dir. Bu değişimin Sözleşme'nin tüm kapsamını etkilediğini, sosyal haklara yönelik bir genişlemeyi getirdiğini ve usulî güvencelerin olağanüstü gelişiminde özellikle etkili olduğunu biliyoruz. Tüm bu gelişimin, Sözleşme'nin önemli «kavramlarının mantıksal geliştirilmesi» gibi başlıca usuller ile, kavramların özerkliği ve pozitif yükümlülükler anlayışının ve hakların etkinliği gibi başlıca yorum ilkelerini bir araya getiren bir yaklaşımın sonucu olduğunu hatırlamak gereklidir.³

Şart'ın tek başına sosyal hakları etkin bir şekilde koruyan bir araç olmasını istiyorsak, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin aynı yorumlama yetkinliği göstermesi gerektiği kabul edilmelidir.

İlk bakışta, durumun böyle olduğu sanılabilir. Son zamanlarda, toplu şikayet usulü çerçevesinde alınan kararlar, mahkeme ve komitenin içtihatları arasında yorumlama yöntemleri ve ilkeleri bakımından, hassas bir ortak nokta olduğu fikrini teyit etmektedir. Bu çerçevede alınan ilk karardan itibaren – Çocukların çalışmasına ilişkin alınan 1999 *CIJ - Portekiz* kararı⁴ – Şart'ın kendini bir insan hakları aracı gibi konum-

³ Bu sorular üzerine okuyucunun faydalanacağı eserler: Frédéric Sudre, «AIHM'in yorum kabiliyeti üzerine »JCP – La semaine juridique, Ed. gén., 11 Temmuz. 2001, s. 1365 et s.; aynı yazar tarafından hazırlanan, pozitif yükümlülükler üzerine, bizim yayınumuz, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler », Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları Koleksiyonu

⁴ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin kararları Sosyal Şart'ın sitesinde bulunmaktadır: http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/. İnceleme için, İnsan Hakları Dönemsel Dergisi'ndeki Kroniğimize bakabilirsiniz: 2001/1035; 2003/113; 2004/225; 2005/673.

landırdığı görülmektedir. O tarihten bu yana, Şart'ın hakların teoride değil uygulamada etkin bir biçimde korunmasını hedeflediği ilkesinin daima hatırlatıldığı görülmektedir. Çok yakın bir geçmişte, 2004'te Fransa'ya karşı yapılan *FIDH* şikayetine ilişkin kararında, Komite, yorumlama yaklaşımının temeli olarak, Şart'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağlantısından bahsetmiştir.

Eski dayanakların ötesinde, bu ilkeler, yorumlama yöntemlerinin yenilenmesi sağlar ve böylece, taraf devletlerin nezdinde Şart'ın düzenlediği yükümlülüklerin altını çizer. Daha açığı, etkinlik prensibi, tespit hükmü verdiği düşünülen Komiteyi eda hükmü vermeye sevk etmiştir. Bu durum örneğin çocukların çalışması konusunda ortaya çıkmıştır. *CIJ - Portekiz davası görülürken*, Devletlerin «asgarî çalışma yaşının 15 olarak belirlenmesi» konusundaki taahhüdü bakımından, yalnızca düzenlemeler yapmaları yeterli görülmemiş, *fili olarak* bu norma uymayan uygulamaların kaldırmaları ve iç hukuk bağlamında gerekli yaptırımları hayata geçirmelerinin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Aynı şekilde, *Otizm-Avrupa - Fransa* (2004) davasında, normlara ilişkin basit müdahaleler Madde 15 § 1 in gerekliliklerini karşılamak bakımından yetersiz bulunmuştur. Bu maddeye göre, devletler «mümkün olduğu her zaman, engelli kişilere, kamu hukuku çerçevesinde gerekli uyum çalışmaları, eğitimi, mesleki eğitimi sağlamaya yönelik gerekli tedbirleri almak veya mümkün değilse, uzman özel veya kamu kurumları aracılığıyla bunu sağlamak » zorundadır. Alınan önlemlerin Şart tarafından belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesine yardımcı olması hala gerekli midir ve bu önlemler, hedef dikkate alındığında arzu edilen *etkileri yaratabilecek midir?*

Şart ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki bağların yakınlığı, Şart'ın bazı maddelerinin yorumlanmasının aynı doğrultuda yapılabilmesini mümkün kılmıştır. Örneğin, sözleşmenin bu konudaki karşılaştırılabilir düzenlemeleri üzerine ayrımcılık yasağına ilişkin maddeyle ilgili olan yukarda bahsedilen *Autisme Europe c. France* davasında da bu durumu gözlemlemiştik. Daha da iyisi, Şart'ın kör noktalarını azaltmayı hedefleyen Komite girişimlerini başlatmıştır. Bu aracın bireysel uygulama alanının aşamalı olarak genişletilmesinde de katkı sağlamaktadır. Buna da tekrar değineceğiz.

Bu şartlar dâhilinde, önümüzdeki on yıl içinde, hakların teminat altına alınmasına ilişkin ortak bir sorunsalın geliştirilmesi, ulaşılabilecek bir hedef olarak varlığını sürdürebilir mi? Bunun temel bir mesele oldu-

ğunu kabul etmemiz gerekiyor. Planlanmış olan gelişmeler, gerçekleştirilmekten hala uzaklar. Hala çok kırılgan durumlar ve dört bir yandan başarısızlık tehdidi ile karşı karşıyalar.

Öncelikle, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi bünyesinde bu durum görülmektedir. Yenilenmiş Sosyal Şart'ın yürürlüğe girişinden itibaren Komitenin ortaya koyduğu içtihadın dikkatlice incelenmesi gereklidir. Hatta bazen, gerçekten bir içtihat olup olmadığını kendimize sorabiliriz çünkü bu terim, göreceli bir istikrar ve çözümlerin açıklığını gerektirir. Gösterilen cesaret ve atılan geri adımlar çoğunluğun geçirdiği değişime paralel olarak birbirini izler ve yorumlama yetkinliği üzerinde bir fikir birliğine varmaktan uzak olduğumuzu gösterir.

Dışarıdan, «atıl güçler» olarak adlandırabileceğimiz bir bileşimle karşı karşıyayız. Bu güçler, bizim içtihadımıza göre «yasa koyan» tek güç değiller. Ama güçlü oldukları da bir gerçek. Basitleştirme riskini göze alarak, özellikle üç eğilimden bahsetmek istiyorum. Öncelikle «metnin tutucuları ve fetişistlerinden» bahsedebiliriz. Bu kişilere göre, sadece lafzî ve tarihî hukukî yorum yapılabilir ve Şart'ın lafzından yapılacak en küçük bir sapma, tehlikeli sulara yüzmek anlamına gelir. Ardından, «yenilikçiler» gelmektedir. Bu kişilere göre, Şart'ın içinde sosyal politikalar için basit bir rehber bulunmaktadır ve mümkün olan en esnek denetimin uygulanmasını savunmaktadırlar. Onlar için önemli olan şey, ulusal hukuk veya uygulamaların önceki hallerine göre iyileşme sağlanmasıdır ve devletlerin «doğru yolda» olduğunun saptanmasıdır. Son olarak da, «tutucu karşıtları» yer almaktadır. Bu kişiler entelektüel birikimleri sayesinde –Çoğunlukla iş hukuku uzmanlarıdır– şartı sadece insan haklarını teminat altına alan bir araç olarak değil de daha çok kendisine bir sonuç bağlanmış bir iş hukuku sözleşmesi olarak görürler.

Kısaca, aslında elde edilen sonuçlara göre, Şart'ın değişmediğine dair izlenimlere sahip olunabilir. Her şey sanki Şart'ın yenilenme süreci başlatılmamış gibi ve yenilenme konusundaki metinlerde ifade edilen hedefler veya «tüm insan haklarının bölünmezliği» (Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı Önsözü) ve «Sosyal hakların etkinliğinin iyileştirilmesi » (Toplu şikayetleri düzenleyen 1995 tarihli protokolünün özsözü) gibi metinlerin hukuksal hiçbir sonuç doğurmaması gerektiği gibi anlaşıyor.

Bu gözlemleri yaparken, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin, hukuku konu alan diğer tüm uluslararası makamlardan daha çok, örneğin AIHM'den daha çok güçlü hukuksal ve politik çelişkilere maruz kaldığını görmek gerekir. Yenilenmiş Şart'ın ve Toplu Şikayet Usulünü getiren Protokol'ün onaylanma süreçlerinin devam ettiği de dikkate alınması gereken bir etmendir. Bu kararlar etrafında, kendinin en iyi şekilde yönetilmesini sağlayacak siyasi ve hukuksal bir konsensüs kurulması gerektiği başka bir önemli veridir. İlerleyen bölümlerde, metinlerden ortaya çıkan, daha çok paylaşılan, hukukta kararlarının kurulması ve temellendirilmesi yükümlülüklerden bahsedeceğiz.

Bu çelişkilerden bazıları daha önce değinilen bazı özellikleri açıklıyorsa, bunların taşınmasının abartılmasından kaçınmaya dikkat etmeliyiz. Bu faktörler hepsini açıklayamaz. Bilgi birikimleri ve bunlarla ilgili alışkanlıklar eşit güce sahip olabilir. Komite üyelerinin belirlenmesine ilişkin güncel kriterler ve yöntemlerle ilgili oynana rol üzerine sorular sorulabilir. Kim olursa olsun, bu çelişkiler içtihadın ilerlemesini engel olamaz ve koyu muhafazakârlığı doğrulama yetisine sahip değildir.

Ama buna daha sonra değineceğiz, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından bu geçtiğimiz on yıl içinde hayata geçirilen gelişmelerin kırılabilirliği, sadece içtihadının tutarsızlığından veya bu dava nezdinde güçlerin raporlarından kaynaklanmıyor. Buna aynı zamanda, Bakanlar Komitesinin bir ölçüde davranışları da etki ediyor. Şartın önemli bir organı olarak, özellikle toplu taleplerin usulleri çerçevesinde, kararlar yoluyla Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin kararlarına göre tutum göstermelidir. İhlal tespit edilmesi durumunda ise, ilgili devlete, iç durumun Şart'a uygun hale gelmesi için uygun bulduğu önlemlerin alınması önerilerde bulunur. Bakanlar Komitesinin bu görevi yerine getirişinin şüphe getiren şekline değinmeyeceğiz.⁵ Burada önemli olan, kurun bu görevi yerine getirmiş gibi görüldüğünün altının çizilmesidir, sadece Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin kararlarının iç yönetiminin doğru bir şekilde sağlanması için onun zorunlu tutulması değil, tıpkı bir temiz mahkemesi gibi Komite tarafından alınan kararları tekrar incelemesine izin vermektir. Metinlerin bu şekilde özel ve itiraz a açık şekilde yorumlanması, kurulu 35 saat (*CFE-CGC c. Fransa*, 2000) davasında Fransa'yı cezalandıran kararı kısmî olarak geçersiz kılmaya itmiştir.

⁵ Üstte gösterilen kroniğimize bakabilirsiniz.

Şüphe götürmez bir başka uygulama, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin hukuksal tedbirlerini alan makamına gölge düşürme ve bu organın meşruluğuna zarar verme amaçlıdır. Aynı zamanda, bunun daha da ileri gitmesi istenen bir durum mudur? Bakanlar Komitesinin bu konumu bu anlamda belirsiz kalmaktadır. Sonuçta, 35 saat davasının başından beri, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin kararlarının hukuksal olarak onaylamak konusunda çekimser kaldığı doğrudur. 35 saat olayının ikinci davasında (CFE-CGC c. France, 2003), Komite tarafından 1995 Protokolünün düzenlemelerine getirilen yorumlamalara resmi olarak uymaya dikkat etmiştir. Bunun sonucunda, ulusal uygulamalar, tüzükler ve mevzuatların Şart'a uygunluğunu kabul etmek onun tek çıkışı olmuştur. Bu belirsizliğe nokta koymanın zamanı gelmiştir.

Şimdi bilinmesi ve iddia edilmesi gereken, içtihadın sürdürülebilir bir gelişimi için şartların yerine getirilip getirilmediğidir. Yani Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Şart'ın üstlendi hedeflere açıkça anlam ve sonuç vermeyi kabul eder. Buna paralel olarak da, Bakanlar Komitesi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin yetkinliğini artıracak uygun tutumları onaylar. Yenilenmiş Sosyal Şart'ın hangi düzenlemeleri yorumlama işlevine öncelikli olarak dayanacaktır?

2. Arzu edilen gelişmeler

İnsan haklarının teminat altına alınmasına ilişkin ortak bir sorunsalın oluşturulması, daha önce konu edilen kararlarca ilan edilen perspektifte Şart'ın önemli düzenlemelerinin yorumlanmasını içerir: Hakların etkin korunması perspektifi. Bu genel önerinin ötesine geçecek herhangi bir alan yoktur. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi önüne gelen her şikayette uygulamada işine yarayacak sonuçları belirleme görevine sahiptir. Burada karşısına çıkan tek soru, daha önce gördüğümüz gibi, Şart'ın metinlerde olduğu kadar hafızalarda– doğası ve sonuçları gereği– da yer edecek dinamik bir içtihat politikasını geçirmek ve devamlılığını sağlamak için komitenin bu kararlılığa sahip olmasıdır.

Bunun için, Şart'ın bazı maddelerinin, doğaları gereği Komite aracılığıyla daha etkin bir yorumlama yapılmasına çağrıda bulundukları açıktır: bu maddelerin temel hakların sorunsalıyla uyumsuzluk yaşayan maddeler olduğu göze batmaktadır. Burada Şart'ın Ek'ine ve 1. Maddesi'ne bakmamız gerekiyor. Bu maddeler, yabancıları dışlayarak ve te-

minat altına alınmış haklardan «çocuk ihlallerini» meşru kılarak Şart'ın kişisel uygulama alanını hassas bir şekilde tanımlıyor.

Bu düzenlemeleri ve insan hakları koruma araçları içerisindeki önemli özelliklerini detaylarıyla inceleme fırsatımız oldu⁶. Bu konuya tekrar değinmek hiç de yersiz olmaz. Ek'e bakacak olursak, Şart tarafından ele alınan insanların, «başka bir taraf devletten çıkan ve kanuni olarak söz konusu taraf devlette yaşayan ve çalışan yabancıları içerdiğinin» öngörüldüğünü hatırlıyoruz. Madde 1'e gelince, 2 no.lu paragrafında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bazı düzenlemelerinden doğan taahhütlerin bu düzenlemelerin çalışanların büyük bir çoğunluğu(...) tarafınca uygulandığının görüldüğünden itibaren tutulduğunun varsayılması gerekir. Bu da, Avrupa Sosyal Haklar Komitesini Şart'ın ilgili hükümlerinin yükümlülüklerini karşılamak için uygulanması gereken iç tedbirlerin çalışanların en az %80'inde uygulanmasının yeterliği olduğu varsayımına yönlendirmiştir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, bu iki hükümce yaratılan ölü noktaları en aza indirmeye çalışmıştır. Biz onun Şart'ın mantığı ve dışlama maddelerinin yazılmasına riayet edilmesi arasında bir denge kurabildiğini düşünenlerdeniz. İnsan hakları sözleşmelerinin hepsinden önce, taraf devletlerin yargı organlarına tabi olan tüm kişilerin korunmasına dair olan mantıktan bahsetmekteyiz. Ek maddesine göre, *Autisme-Europe c. France* (2004) davasında elde edilen sonuç, uygulamanın, insanlık onuru ve insan hayatına saygı duyma konusuyla uyumsuzluk gösterdiğinde onu bertaraf etmeyi amaçlar. Ayrıca, bu maddenin geçerliliğinin onaylandığını ve olağanüstü hallerde yabancılar üzerinde Şart'ın uygulanabilirliğini görmekteyiz.⁷ Madde 1' e paralel olarak bu durum devam etmektedir. 35 saat olayının ilk davasında varılan karara göre, devletlere insan gruplarını alenen Şart'ın uygulama alanından çıkartılmasına izin verilmemektedir. Diğer bir deyişle, kararda kullanılan terimleri aynen yazarak, uygulama « belli bir kategoriye oluşturan

⁶ Bu noktada, önceki araştırmalarımıza bakabilirsiniz: «The material impact of the jurisprudence of the European Committee of social rights», in G. De Burca & B. De Witte, *Social rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 89 ve s.; ayrıca Ulusal Hukuk ve Avrupa Hukuku arasında Sosyal Haklar konusu içinde «Avrupa Sosyal Şartı ve Sosyal Hakların Geliştirilmesi» Aix Kolokyumu, Bruylant Yayınları'ndan çıkacaktır.

⁷ Bu kararın derinlemesine analizi ve içeriği için araştırmamıza bakınız: Sosyal Şart ve Kaçak Göçmenlerin korunması, Memorandum, Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi, Göçmen, Mülteci ve Nüfus Komisyonu doc. AS/Mig/Inf (2005) 17, 28 Eylül. 2005.

fazla sayıdaki insanın hukuk kuralı uygulama alanından açıkça dışta tutulduğu bir duruma başvurulabilir.» diyebiliriz.

Başka bir bağlamda, önümüzdeki on yıl içinde karşımıza çıkacak zorluklar, bu maddelerin yorumlanması değil, daha çok ona bağlı içtihatların ve bu yöndeki gelişimin istikrarlı hale gelmesidir.

Şart'ın bu koşullarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin standartlarına yaklaştığını görebiliriz ve bu yanlış bir gözlem olmaz. Bu standartta etkin bir şekilde ulaşırken sadece yukarıda sözü geçen ve mantığının insan hakları sorunsalına yabancı olan iki maddenin feshedilmesinden itibaren olacağını söyleyebiliriz. Ve bunun sonucunda, Şart Tarafindan düzenlenen teminattan, taraf devletlerin yargısına tabi olan herkes faydalanabilir.

II. Şart ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında Kurumsal ve Usulî Yapıların Oluşturulması

İnsan haklarının korunması için ortak bir sorunsalın geliştirilmesi için başlatılan girişim daha önce var olan dinamizmin derinleşmesine yapılan çağrıdır. Şu an söz konusu olan öneri için aynı ifadeler kullanılamaz. Günümüzde, Şart ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki kurumsal yâ da usullere ilişkin bir geçişin bulunmadığını saptayabiliriz. O yüzden bunu yaratmak gerekir.

Böylesi bir gelişimin neden arzu edildiğinin sebebine gelince, içindeki kontrol birimlerinin diğer metni dikkate alır veya almaz olduğu ve kendi işine geldiği gibi yorumlaması var olan sistemin sınırlarına ulaştığını göstermektedir. Bu şekilde, teminat yoksunluğu durumlarına kadar gidebilecek ölçüde tehlikeli olabilir. Bu durumda Avrupalı vatandaşları onun ilk « kurbanları » olur. Bu durum kabul edilemez ve hatta bu kişilerin de sadece küçük bir azınlığı temsil etmeği öne sürülmelidir.

Öneri, temelde daha önce söylenmeyen hiçbir şeyi içermemektedir. Şart'ın değerlendirilmesi sırasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-ninkinden tamamen ayrılmayacak bir uluslararası kontrol mekanizmasını oluşturmak hedeflenmişti. 19 Nisan 1957 tarihli Şart Ön Projesi aracılığıyla tasarlanan araç, kurumsal hale getirilmiştir: Avrupa Komisyonu her iki sisteminde ortak organı olmalıdır. Bu bakış, bildiğimiz

gibi yanıltıcı değildir. Onlara kaynak oluşturan sorunsal tekrar canlandırılmayı hak etmiştir.

Bu iki sözleşmeye dayalı sistem arasındaki işbirliği ikili bir hedefi sürdürmekteydi: bir taraftan başvuru kayıplarına karşı yani teminat yoksunluğuyla mücadele etmek diğer taraftan da yorumlamaya ilişkin ortaya çıkacak karşıtlıkları yani içtihat farklılıklarını düzenlemek.

1. Başvuru kayıplarını önlemek için yaratılan çözümler

Sosyal Şart'ın ve denetime ilişkin hükümlerinin yanlış tanınması ve de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kendini farzla göstermesi, başvuru sahiplerini Avrupa Sosyal Haklar Komitesinden çok AIHM'e dilekçe vermesine sebep olur. Buraya kadar her şey çok normal olabilir ama 1950 Sözleşmesi'yle teminat altına alınan haklar tehlikeye girmektedir. İlgili daire başkanlığı, bazen sosyal hakların korunmasına müdahalede bulunan başvurular alır ve bu başvurularla ilgili olarak Mahkeme daha çok salonunu kapama eğilimindedir. Mahkeme, 1999 yılında *Paneenko c. Lettonie* davasında da yanlış kurulduğu yargısına varılmış ve kabul edilemez sonucuna varılmıştır. Mahkemeye sunulan dilekçe iş kanununa ilişkin bir ihlalden söz etmekteydi. 2002 yılında, ücretsiz sağlık yardımı hakkındaki *Salveti c. Italie* davasında aynı olay vuku bulmuştur. Dilekçe kabul edilebilirlik mücadelesinden geçtikten sonra *Botta c. Italie* (1998) davasında olduğu gibi yine de, Sözleşme'de konu edilen hükmün uygulanamaz olduğu kararına varılabilir. Bu reformu destekleyen çok az durum olduğunu söyleyebiliriz. Ama bilinen bazı başvuruların yanında diğerlerini biliyor muyuz? Yanlış oluşturulduğu düşünüldüğü için Mahkeme kaleminin kabul edilebilirlik incelemesinden geçemeyen kaç dosya biliyoruz? Bu başvuruların sayılarını bilmek Avrupa'da sosyal kanunların oluşturulması için çok önemlidir.

Burada kadercilikten bahsedemeyiz. Profesör Sudre, «ıçtihat-kurgu»⁸ alıştırmasında, bunu parlak bir şekilde göstermiştir. Geliştirdiği teknikleri ve yorumlama yöntemlerini dikkate alacak olursak Mahkeme'nin bu tip başvuruları kabul ettiğini ve onu konu alan hakların teminatını sağladığını tasavvur edebiliriz. Sosyal Şart tarafından teminat altına

⁸ Önceki makale, Rev. trim. dr. h., 2003, s. 755 et s.

alınmış hakların esasının hukuksal ve kişisel ek bir korumadan faydalanabileceği durumuna gelmekteyiz. Şarta ait mekanizmalar elde edilirse, böyle bir olasılığın gerçekleşmesi, daha büyük bir koordinasyon ihtiyacı doğuracağı gözlemlenebilir. Ama açıkça, Mahkemenin bu yolda ilerlemediğini görmekteyiz. Çıkış noktamıza geri gelerek, günümüzde önem kazanan bu durumda, başvuruların Şart'ın çerçevesinde değil de Sözleşme'nin çerçevesinde değerlendirilmeye alındığını görüyoruz. Bu durumda, başvuru sahipleri Avrupa Konseyinin onlara temin ettikleri haklarının korunması için, çıkmaz bir yola giriyorlar.

Söz konusu olan risklerin teorik olduğu konusunda kimse itiraz etmiyor; AIHM önündeki bir başvuru sahibi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi önündeki kişiyle aynı şeyleri yaşamıyor. AIHM'e giden bir başvuru sahibi, kurban olan kişi, aslında sadece başvuru hakkını kullanan bir birey ama diğerinde, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, kendi tarafından maruz kaldığı bir önyargıya bile kanıt getiremeyen bir kurumdur. İtirazlar ciddi görünüyor. Ama tüm bu itirazlar iki önemli argümanla bertaraf edilebilir.

Öncelikle, bir noktaya kadar « toplu » şikayetlerin « kişisel » başvurulardan ayırt edilemediğini kaydetmek gerekir. Bir taraftan, bu talep sistemindeki başvuru sahipleri, kişiselleştirilmiş kişilerdir ve AIHM önüne çıkartılan sivil toplum kuruluşlarından, sözü geçen ihlallerle– bu ihlallerin yarattığı « kurbanların » niteliği– ilişkileri bakımından ayrılamamaktadır. Diğer taraftan, eğer bu şikayetlerin 1995 Protokolüne göre, « durumları » hedeflemesi, yani genel ihlallere gönderme yapması gerekiyorsa, bu taleplerin belirlenebilir kişileri kapsayabilir. Başka bir deyişle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin terminolojisine göre, bu kişiler « özel gruplar »'dır. Teoride, toplu taleplerle kişisel başvuruların prosedürleri arasındaki fark çok da büyük değildir.

Uygulamada hala biraz daha az görünmektedir. Sonuçta, ikinci argüman da burada karşımıza çıkmaktadır, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin baktığı davalarda, toplu ve bireysel başvuruların karışık olduğu gözlemlenir. Çok da nadir olmayan bir şekilde, örneğin Fransa'daki vakaların hepsi için bu geçerlidir, toplu başvurular, ulusal yargı organları önünde özel gruplar için uygulanan usullerinden faydalanır. Bu durum komite'yi, *SAGES c. France* (2004, kabul edilebilirlik) davasında yaptığı gibi, 1995 Protokolü, taleplerin verilmesini iç başvuruların tükenmesine bağladığını hatırlatmaya çağırıyor. Birçok davada, başarısızlık durumunda ve ulusal başvuruların tükenmesi durumunda başvuru

sahibi kurumların AIHM'den karar çıkmasını hedefledikleri de ilgi çekicidir. İki usul arasında var olan bu zamanlama farkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi vakasında olduğu gibi ulusal hukuk yollarının kapanmasına bağlı olduğunu gördüğümüz gibi, tek başına böyle bir birleştirmeye henüz dâhil olmadığımızı açıklamaktadır. Ama çok yakın bir gelecekte hatta olumlu bir şekilde somutlaştırılacağı az çok kesindir çünkü daha ilerde göstereceğimiz gibi, sosyal haklar konusunda AIHM'in geri çekilmeleri dikkate alındığında bile, Şart ve Sözleşme arasındaki kesişim noktaları az değildir.

Asıl konuya tekrar geri dönmek için, eğer gerçekten sosyal haklar konusunda başvuru kayıplarını riskiyle mücadele etmek istiyorsak, diğer bir deyişle, bu başvuruların faydalı bir şekilde yürütülmesini istiyorsak ve böylece sosyal haklar daha iyi korunacaksa, birçok önlemin alınması gereklidir.

Bu önlemlerden iki, Avrupa Konseyi nezdinde, Şart ve Sözleşme lehinde, kurumun belli organlarının sunduğu imkânlar üzerine olası başvuru sahiplerini bilgilendirme ve gerektiğinde onlara önerilerde bulunma ve onları en uygun prosedüre yönlendirme görevlerine sahip operasyonel bir yapı kurulması olabilir. Tabii böyle bir görevin iyi bir şekilde yerine getirilmesi durumunda, bu yapının varlığı sosyal hakların korunmasına ilişkin başvurular için Avrupa Sosyal Haklar Komitesi yararına, Mahkeme'nin bu işlerden feragat etmesine imkân verir.

Bu çözüm tüm zorlukları giderecek ölçüde etkili değildir. Her iki kurumun da prosedürlerinin kapılarının hala bazı başvurulara kapalı olduğu düşünülebilir: Sosyal Şart tarafından teminat altına alınmış hakları konu alan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin alanının dışında kalanlar ve de kurban tarafından bizzat mahkemeye sunulan başvurulardır. Bu tip başvuruların sayısının artacağı yönündeki savlarda ve Şart açısından endişe duyulan ulusal durumları konu alan başvurularda, başvuru talepleri prosedürleri çerçevesinde veya rapor hazırlama prosedürleri çerçevesinde, Avrupa Konseyi'nin bir makamına, örneğin İnsan Hakları Komiserliğine, Avrupa Sosyal Haklar Komitesine dosyayı iletme olanağı sunmak hedeflenebilir mi?

2. Yorumlama uyumsuzlukları risklerini azaltmak için mekanizmalar

Şart ve Sözleşme arasındaki geçişlerin sağlanması gerekliliği kendini hissettirirse, her şeyden önce iki metin- iki sistem arasında ifade edilmeli- arasında etkileşim olmasıdır. Bu etkileşimler, içtihat tarafından da güçlendirilmiştir.

Bu yüzden, bazı haklar her iki sistemde de mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4.maddesi ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından yorumlanan Şart'ın 1 § 2. Maddesi'nde açıkça konu edilen zorla çalışmanın, ilk metnin 11. Madde'siyle ve ikinci metnin 5.maddesiyle belirlenen sendika hakkının, Şart'ın 12. Ve 13. Maddelerinin teminat altına aldığı sosyal güvenlik ve sosyal güvenlik hakkının yasaklanması ve mahkemenin hukuku iyiliğe bağladığı (Sözleşmeye EK 1. Protokolün 1. Maddesi) durumları da böyledir. Komite'nin Şartı, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, kötü muamelenin yasaklanması veya ifade özgürlüğü hakkı, sosyal hakların gerekli uzantıları⁹ gibi konularda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle teminat altına alınan kanunları yorumlama yönelimlerinden de bahsetmemiz gerekiyor.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹⁰ 12 no'lu Protokolünün yürürlüğe girişiyle beraber bu etkileşimler artacaktır. Bildiğimiz gibi, bu protokol hakların uygulanması konusunda, Sözleşme'de, Diğer Uluslararası ve Avrupa metinlerde veya iç hukukta bahsedilen tüm ayrımcılıkları yasaklar. Sosyal Şart tarafından teminat altına alınmış haklar, istisnasız olarak, Protokolün uygulama alanına girer ve AIHM ayrımcılık iddialarını tanıyan yetkili mahkemedir. Yâ da Şart teminat altına aldığı haklar konusunda böyle bir yasaklamayı telaffuz eder. Birbirine çok da yakın olması gerekmeyen yaklaşımlarla bu iki organ tarafından da ele alınan Şart'a ilişkin içtihadın uyumsuz hale hatta daha kötüsü çelişkili hale gelmesinden korkabiliriz. Böyle bir sonuç sadece ayrımcılık yapılmaması ilkesinin doğru anlaşılmasını değil, aynı zamanda Şart'ın temel hükümlerinin de doğru anlaşılmasını etkileyecektir çünkü ayrımcılığın olduğunun veya olmadığının ifade edilmesinden önce, tehdit altındaki hakkın içeriği ve çapının betimlenmesi gerekir.

⁹ 7. Dipnotta gösterilen araştırma.

¹⁰ F. Sudre'nin önceki dipnotta gösterilen makalesi, Rev. trim. dr. h., 2003, s. 755 et s.

Bu riski farkına vararak, ve onu yok etmek için, Mahkeme ve Komite arasında geçici gönderim prosedürünün hayata geçirilmesine çağrıda bulunanlar mevcuttur. Başvurunun konusunu oluşturan hakkın Şart tarafından korunan haklardan biri olduğu ve Mahkeme Avrupa Sosyal Haklar Komitesini karar bağlamak ve sorgulamak için zaman vermeli- dir. Böylece Komite, Avrupa yargısının oluşturacağı yorumu teslim edecektir. Bu önerilerden yola çıkarak oluşturulan model Avrupa Birliği Hukuksal düzeninde geçici gönderme modelidir.

Ortaya çıkan soruna karşı geliştirilen fikri, uygun olmadığı şüphesinden kurtarmak için burada ifade etmek yeterlidir. Hâkimler arasında işbirliği yaratması için AB Hukuku'nda ona yer verilmesine rağmen - yâda Amsterdam Antlaşması'nın sunduğu bazı yeniliklerle, biri yargı olan iki otorite arasında- geçici gönderme prosedürü, aynı hukuk düzeneine ait iki otorite arasında hiyerarşik düzene göre hazırlanmış bir rapor içermiyor. Hiyerarşik özelliği, yorumlama(ve/veya geçerliliğin kabulü) konusunda başvurulmuş mahkemede tanınan tekelcilikten ileri geliyor ve asıl gerekçesi, sunulan hukuk düzeninde uyumluluk hatta hukukun uygulama biriminin varlığında bulunmaktadır.

Bahsedilen şartlardan hiçbirisi, şuan ki durumda yerine getirilmemiştir. Şart ve Sözleşme uluslar arası hukukun özel araçlarıdır ve onları oluşturan organların yetki alanını tanımlar. Böyle bir bağlamda, tanımlanan şekilde hazırlanacak raporlara yer yoktur. Varlığı ve yetki alanı başka bir metin tarafından kurulan bir başka otoritenin yararına, yetki alanının bir kısmından vazgeçecek- Mahkeme'nin yapması gereken- sadece bir organ yaratılabilir. Doğrusunu söylemek gerekirse, Avrupa Konseyi hukukunun bugünkü durumuna göre oluşturulabilecek formüller işbirliği veya daha da iyisi içtihatların istemli olarak uyumlaştırılmasıdır. Bugün hala bu içtihatların olması gerekli midir, günümüzde bu durum söz konusu değildir.

Farklı içtihatların ortaya çıkardığı riskleri önlemek için getirilecek çözümlerden bir tanesi, usuller çerçevesinde Mahkeme önünde Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin girişimde bulunma olasılığını öngörmeyi veya tam aksine, toplu taleplerin usulleri çerçevesinde girişimde bulunma olanağını öngörmeyi içermektedir. Bu, usullere ilişkin bağlamların birinde bulunan üçüncü bir makamın girişimde bulunmasını öngören bir mekanizmayla mümkündür. Bu yetkinlik, Şart veya Sözleşme bakış açısından incelenmekte olan davanın bir fayda getireceği durumlara özgüdür ve üçüncü makam tarafından takınan tutum yetkili ma-

kamı bağlamaz. Böyle bir yeniliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin değiştirilmesini gerektirmeyeceğine de değinmek gerekir. Metnin 36. Maddesinde geçen «Başvuru sahibi kişi harici durumla ilgili kişi» kavramının doğru yorumlanması yeterlidir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin iç tüzüğünde, 32.madde üçüncü müdahale makamları listesine AIHM'in de dâhil edilmesi için değiştirilmelidir. Ama bu durum, prensipte, Komite'nin kendi tüzüğünün sahibi olduğu ölçüde önemli bir sorun arz etmemelidir.

Böyle bir mekanizmanın sadece her iki organ arasında güvenilir bir işbirliği kurma bağlamında görevini eksiksiz yerine getirebileceğini de eklemek gerekir. Çünkü üçüncü müdahale makamının yetkisinin sadece yetkili mahkemenin başkanı tarafından başlatılabileceği ve hazırlanan yazılı veya sözlü gözlemlerin sadece üyelerin dikkate almaları için gizlilikle onların bilgilerine sunulacağını görmek gerekir. Bu mekanizmanın etkisi Mahkeme ve Sosyal Haklar Komitesinin üyelerinin iyi niyetine ve aralarında oluşturacakları ortamın düzeyine bağlıdır. Onlara yardım etmek için, uzun yıllardır AIHM ve Avrupa Birliği Adalet Divanı arasında çok iyi işleyen bu sistemden ilham alarak, bu organlar arasında kurumsal diyalogun kurulması kesinlikle çok faydalı olacaktır.

İşte masaya yatırılan birkaç öneriyi size sunmak istiyorum. Konuyu tüketmek gibi bir hırsları yok. Öneriler, başka alanlara da uygulanabilir. Ama hangi mantıkla yapıldıklarını ve gerekirse hangi mantıkla ortaya konulacağını hatırlamakta yarar vardır.

Öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Şart'ın sistemleri arasında bağlar kurmak aralarında mükemmel bir kimlik oluşturmamız gerektiğini ifade etmez. Eğer sadece ikinci sistemin seviyesini birincininkine çıkartmak istediğimiz konusunda ısrarcı olduysak da, Sosyal Şart'ın bazı açılardan pozitif yükümlülükler içerdiği ve bunların korunması gerektiği doğrudur. Hatta bazıları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gelecekte hangi yönde gelişeceği üzerine düşünen kişilere ilham verecektir. Kontrol mekanizmasının ve taraf devletler tarafından verilen taahhütlere göre hazırlanan düzenli raporlama sistemiyle başvuru prosedürünün birleştirilmesinin getireceği faydanın altını çiziyorum.

İkinci ve son olarak, işlevsel olarak Şart'ın geliştirilmesi, anlaşmaların gözden geçirilmesi konusunda devletlerin gücünün el altından bu işte yetkin olmayan kurumlara doğru yetki transferinin yapılması için

bahaneler üretilmemesi şartıyla arzu edilmektedir. Bu gelişimin işlevi kendi sınırlarını da çizmelidir. Yoksa devletlerin meşru olan güvensizliğiyle çarpışacaktır. Diğer bir deyişle, yukarıda sözü edilen güçlükler ve boşlukların giderilmesi için getirilecek son cevap, söz konusu anlaşmaların usulüne uygun bir şekilde gözden geçirilmesidir. Ayrıca yetkili makamlar, bu perspektifte düşüncelerini olduğu kadar hareketlerini bu işe adanmaları gerektiğinin bilincine varmalı.

7

Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı : Yeni Zorluklar ve Yeni Fırsatlar

Colm O’Cinneide*

I. Giriş

Yenilenmiş Sosyal Şart’ın kabul edilmesinin onuncu yılı dolayısıyla yapılan Mayıs 2006 tarihli seminerde genel raportör olarak görev yaptıktan sonra ilk olarak bazı yorumlarda bulundum. Ben o zamanlar, Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinin mekanizmalarını (hem orijinal şartı hem de Yenilenmiş devamını), harici bir gözle inceleyen bir akademisyendim. Şimdi de akademisyenim, ancak aynı zamanda Avrupa Sosyal Haklar Komisyonu’nun da (ECSR) bir üyesiyim. Bu da Şartın çerçevesine iki ayrı açıdan baktığım anlamına gelir: dışarıdan bakan harici, tarafsız ve ilgisiz bir gözlemci olarak ve bunun yanında (her ne kadar, elbette, Şartın metnini yorumlar ve uygularken yine de tarafsız ve ilgisiz bir bakışı devam ettirmeye çalışan biri olsa da) Şart sürecinde dahili bir katılımcı olarak.

Bu iki yönlü bakış açısının paha biçilemez olduğunu düşünüyorum. Şart çerçevesinin Avrupa Konseyi üye ülkeleri üzerinde nasıl bir etki yaptığını ve Şart çerçevesinin akademi, STK ve hükümet çevrelerinde nasıl algılandığını görmeme olanak sağlıyor. Ayrıca, Şartın Avrupa Konseyi bünyesinde işgal ettiği yerin gerçekten güçlü yönlerini, temel

* Kıdemli Öğretim Görevlisi, University College London – Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Üyesi ve Başkan Yardımcısı

zayıflıklarını, gerçekleştirilmemiş potansiyelini ve kaçınılmaz sınırlarını görmemi de sağlıyor. Hizmet verdiğim Komite olan ECSR'nin gelişmekte olan içtihat birimine, harici bir uzmanın eleştirel gözüyle ve aynı zamanda bu içtihat biriminin gelişiminde doğrudan yer alan bir kimsenin bağlanmış olan bakış açısıyla bakabiliyorum. Son olarak, her iki bakış açısı da bana, Yenilenmiş Şartın metni üzerinde mutabakat sağlandığından ve hatta Kasım 1990'da İnsan Hakları Bakanlar Konferansı Şart çerçevesinin “yeniden canlandırılmasını” uygulamaya koyduğundan beri Şart çerçevesinin ne şekilde bir evrim geçirip geliştiği üzerinde düşünmede yardımcı olmaktadır.

II. Şartın Yeniden Canlandırılması

Yeniden canlandırma süreci Şarta yeni bir enerji ve güç vermiştir: etkisi, bu yayına yaptığı aydınlatıcı katkıda (1. bölüm) Profesör De Schutter tarafından iyi bir şekilde tanımlanmıştır. Avrupa Konseyi içerisinde sosyal hakların korunması konusuna yeni bir soluk getirilmiştir. Ancak, bu durum karşısında yeni zorluklar ve ECSR, Hükümet Komitesi, Bakanlar Komitesi ve sosyal hakların iyileştirilmesi ve korunması konusunda görevli diğer Avrupa Konseyi mekanizmaları bakımından daha büyük bir sorumluluk ortaya çıkmıştır. Şart sürecinin yeni dinamizmi yeni sorunlar, yeni endişeler ve yeni fırsatları beraberinde getirmiştir.

1. Yenilenmiş Sosyal Şart

Şartın yeniden canlandırılmasında iki unsurun üzerinde özellikle durulmalıdır. Birincisi, Yenilenmiş Sosyal Şart'ın yürürlüğe girmesi çok önemli olmuştur: hükümleri, orijinal Şartın metnine hayat vermiştir. 1961 yılında kabul edildiğinde, Avrupa Sosyal Şartı zamanına göre devrim niteliğinde bir belgeydi. Bu Şart, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nden önceydi ve sosyal haklara şekil verilmesi ve anlamlı bir içerik sağlanması bakımından birçok açıdan ilk girişimdi. Ancak, orijinal Şartın metni zaman zaman eski olduğunu ortaya koymaktadır. Bu belge, modern Avrupa refah devletinin ilk yıllarına dayanan köklerini çokça gösteren bir belgedir: hem savaş sonrası

dönem idealizmini hem de 1961'deki sosyal haklar anlayışının sınırlarını yansıtmaktadır.

Orijinal Şart dahilindeki hakların birçoğu, sonradan BM Sözleşmesi'nde benimsenen sosyoekonomik haklardan ve Taraf Devletlerin ulusal mevzuat ve politika çerçevelerinden kapsam bakımından daha yayıldır. Bu da, (her ne kadar itiraz edilse de) herhangi bir prensip temeline dayanmayan ve bunun yerine, orijinal Şartın metninin 1961'deki sosyal hak anlayışında takılıp kalmış olma biçiminden kaynaklanan koruma tutarsızlıkları ve boşlukları yaratabilmektedir. Örneğin, orijinal Şartın 15. Maddesi, engelli kimselerin haklarını yalnızca mesleki eğitim, rehabilitasyon ve sosyal yerleştirme bakımından korumaktadır. Bu da, son olarak kabul edilen Engelli Kimselerin Haklarına İlişkin BM Sözleşmesi'nde açıkça ifade edilen uluslar arası standartların çok gerisindedir: ayrıca, Taraf Ülkelerin kendi yasal sistemlerinde, ulusal yasama veya AB düzeyinde ortak eylem yoluyla (AB üyesi olan taraf devletler için) kabul ettiği standartların da gerisindedir.¹ Ek olarak, Şartın çalışan kadınların haklarının korunmasıyla ilgili hükümleri (Madde 8), kadın çalışanların haklarının korunması üzerinde, onlara eşit davranılması hakkından daha fazla vurgu yapmakta ve bu durum belki de cinsiyet eşitliği analizi ve cinsiyet ayrımcılığı yasalarının feminist devrimden beri süregelen gelişimiyle uyumsuzluğa yol açan bir biçimde gerçekleşmektedir.²

Ancak yine de vurgulamak gerekir: kayda değer bir kapsam ve çok sayıda sonuç veren hükümleriyle, orijinal Şart son derece işler bir insan hakları belgesidir. Esasında bir “çalışma hakları” belgesi olarak sıklıkla yanlış nitelense de, sağlığın korunması hakkı (Madde 11), sosyal güvenlik hakkı (Madde 12), sosyal ve tıbbi yardım hakkı (Madde 13) ve diğer “sosyal koruma” hakları konusunda kabul ettiği hükümler kapsamlı ve özenlidir. Bu Şartın metni, örtük prensip ve değerlerini ve aynı zamanda “yaşayan bir belge” olarak konumunu da yansıtan bir biçimde ECSR tarafından yorumlanabilme ve uygulanabilmeye müsaittir.

Ancak Yenilenmiş Şart, çağdaş Avrupa'daki evrim geçirmiş sosyal haklar anlayışını ve bilhassa 1960ların kadın hareketleri ve sivil haklar

¹ Şart dahilindeki birçok Taraf Ülkenin AB üyesi olmadığını vurgulamak gerekir.

² Özellikle bkz. Madde 8(4)(b): '[Taraf Ülkeler] kadın işçilerin yer altı madenlerinde ve tehlikeli, sağlıksız ve çetin niteliklerinden dolayı kendileri için uygun olmayan diğer her türlü işte çalıştırılmasını kısıtlamayı taahhüt eder.'

hareketlerinden bu yana kademeli olarak ortaya çıkmış bulunan eşitlik hakları ve engelli kimseler gibi dezavantajlı grupların hakları konusundaki daha gelişmiş bir anlayışı yansıtan bir biçimde, Şartın hükümlerini güncellemekte ve kapsamını genişletmektedir. ECSR, orijinal Şartın yorumlanmasında sosyal hakların çağdaş kavramlarını yansıtmaya yönelik değişiklikler yapma yükünü tek başına omuzlayamaz: Taraf Ülkelerin, Şartın metnini, ortak sosyal haklar anlayışlarını yansıtmak üzere güncellemesi daha uygundur; Şartın gözden geçirilmesi de işte bu yüzden bu denli olumlu karşılanmıştır. Yenilenmiş Şartın hükümleri ve özellikle de Madde 3'teki (güvenli ve sağlıklı çalışma şartlarına sahip olma hakkı) Madde 15'teki (engelli kimselerin hakları), Madde 17'deki (çocukların ve gençlerin uygun sosyal, yasal ve ekonomik korumaya ilişkin hakları), Madde 30'daki (fakirlik ve sosyal dışlanmaya karşı koruma hakkı), Madde 31'deki (barınma hakkı) ve diğer Yenilenmiş Maddelerdeki yeni hükümler, genişletilmiş ve daha iyi bir biçimde geliştirilmiş bir sosyal haklar kavramı ortaya koymaktadır. Yenilenmiş Şartın metni ayrıca orijinal Şartın ne şekilde yorumlanmış ve uygulanmış bulunduğunu yansıtmaları bakımından da faydalıdır: bu, daha fazla açıklık ve şeffaflık sağlar ve Yenilenmiş Şartın son derece ulaşılabilir bir belge olmasını sağlar. Yenilenmiş Şartın benimsenmesi böylelikle Şart sürecine, bazı önde gelen Avrupa ülkelerinin akdi imzalama konusunda yavaş davranmış olmalarına rağmen, yeni bir enerji ve canlılık kazandırmıştır.

2. *Toplu Şikayet Usulü*

Özellikle dikkate değer olarak tanımlayabileceğim, Şart çerçevesinin yeniden canlandırılmasındaki ikinci anahtar unsur, 1995 Ek Protokolü yoluyla toplu şikayetler prosedürünün getirilmiş olmasıdır. ECSR'nin aldığı toplu şikayetler, Şart haklarının ayrıntısına giren daha odaklı bir içtihadın gelişmesini mümkün kılmıştır. Bir içtihat hukuku geliştirilmediği sürece, sosyal hakların muğlak, belirsiz ve tanımsız kalma tehlikesi her zaman vardır. Devlet raporlamasının ESCR'nin Şart haklarına anlamlı bir içerik kazandırmasını sağladığı kesindir: yıllar boyu devam eden, devlet raporları hakkında yaptığı çıkarımlarda, Komite Şartın hükümlerine dair kapsamlı yorumlarda bulunmuştur. Ancak, toplu şikayet usulü, devletin mevzuat veya politikasının özel unsurları üzerinde daha odaklı bir incelemeyi mümkün kılarak, ECSR'nin daha kesin standartlar geliştirmesini sağlamıştır. Usul, Şartın haklarının belli bir

bağlam içerisinde ne şekilde uygulanması gerektiğine yönelik savların Komite tarafından dikkate alınmasını sağlar ve Komite'nin buna karşılık olarak bu savlara kendi detaylı analiziyle cevap vermesine izin verir.

Toplu şikayetlerdeki kararlar ayrıca Taraf Devletlere, STK'lara ve bireylere, Şartın ECSR tarafından ne şekilde yorumlanacak ve uygulanacak olduğuna ilişkin, devlet raporlama usulünden daha fazla rehberlik sağlar. Bu kararlar ayrıca Şart sürecine ve Taraf Devletlerin özgür iradeleriyle üstlenmiş olduğu bağlılıklara dikkat çekme konusunda bir işleve de sahiptir. Ek olarak, açık konuşmam gerekirse, toplu şikayetler usulünün, Komitenin içtihadında, devlet raporlama prosedürüne göre geliştirilebildiğinden daha fazla kesinlik ortaya koyduğunu da ileri sürebilirim.

Genel olarak, uluslar arası insan hakları kuruluşları uygulamasının, ister tekil ister çoğul nitelikte olsun, özel şikayetleri karara bağlama yetisinin, ulusal denetim usullerinden çok daha dikkatli, gelişmiş ve doğru standartların gelişmesiyle sonuçlandığını savunuyorum. Toplu şikayet usulü, ECSR'nin Roman barınma hakları, otistik kimselerin eğitim alma hakları, toplu görüşme, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ve barınma politikasına detaylarıyla dikkat çekmesini sağlamıştır. Benim görüşüme göre (belki anlaşılabilir bir biçimde tarafı olabilir!), Komitenin bu kararlardaki gelişmekte olan içtihadı artan bir biçimde ihtimamlı ve iyi ortaya konmuş niteliktedir: Son dönemde alınmış olan *Marangopoulos İnsan Hakları Vakfı – Yunanistan* kararını buna mahsus bir örnek olarak gösterebilirim.³ Gerçekten de, toplu şikayet prosedüründe ortaya çıkan mahkeme içtihadı bazı bakımlardan çığır açıcı olarak değerlendirilebilir: *Otizm–Avrupa - Fransa*,⁴ *ERRC - Bulgaristan*,⁵ ve *FIDH – Fransa*⁶ gibi kararların o zamana dek az gelişmiş olan sosyal hak standartlarına yeni bir içerik kazandırdığı kabul edilebilir.

³ Şikayet No. 30/2005, 6 Aralık 2006 tarihli esasa ilişkin karar

⁴ Şikayet No. 13/2002, 7 Kasım 2003 tarihli esasa ilişkin karar.

⁵ Şikayet No. 31/2005, 18th Ekim 2006 tarihli esasa ilişkin karar. Ayrıca bkz. ERRC - İtalya, Şikayet No. 27/2005, 7 Aralık 2005 tarihli esasa ilişkin karar; ERRC - Yunanistan, Şikayet No. 15/2003, 8 Aralık 2004 tarihli esasa ilişkin karar.

⁶ Şikayet No. 14/2003, 8 Eylül 2004 tarihli esasa ilişkin karar.

3. *Yeniden Canlandırma İvmesinin Devam Ettirilmesi*

Böylelikle, toplu şikayetler usulü ve Yenilenmiş Sosyal Şart, Şartın yeniden canlandırılmasının bilhassa önemli unsurları olmuştur. Taraf Devletlerin 1990 yılında Şart sürecinin gelişimindeki güncel ifadesini ortaya koyarken taşıdıkları niyet bakımından, bu yeniden canlandırma sürecinin ivmesinin devam ettirilmesi önemlidir. Ek olarak, STK'lar, uluslar arası örgütler, politika belirleyiciler ve bütünüyle uluslar arası topluluk arasında sosyal haklara ilişkin artan bir ilgi vardır. Bu durum 10 Aralık 2008'de BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından bireysel şikayetlerin alınmasına izin verilmesinin benimsenmesinde görülebilir.⁷ Bu durum, Şarta Taraf Devletler içerisindeki iç siyasi tartışmalarda sabit bir unsur olan sosyal haklar konusundaki tartışmalarda görülebilir. Ayrıca, sosyal hakların AB Temel Haklar Şartı'na dahil edilmesi ve BM'nin uzman ajanslarının çalışmalarında sosyal haklara daha fazla dikkat gösterilmesinde gözlemlenebilir.

Bu sosyal hakların en iyi ne şekilde korunacağı konusundaki tartışma yalnızca Avrupa'da yapılmamaktadır: aynı zamanda Güney Amerika, Kuzey Amerika, Afrika, ve Hindistan Alt Kıtası'nda da yapılmaktadır.⁸ Hızla modernleşen Çin'de bile bu görülmektedir. Ancak Avrupa içinde, Şartın çerçevesi sosyal haklar mekanizmasına saygı duyulmasını sağlamak üzere kilit rol oynayacak unsurlardan biri olmayı sürdürür. Bu nedenle, yeniden canlandırma sürecinin ivmesinin korunması önemlidir ve bu da ECSR, Taraf Devletler ve bir kurum olarak Avrupa Konseyi için bir zorluk teşkil eder. Şart süreci 1990'dan beri bir hayli yol almıştır ama şimdi de durağanlığın ve kayıtsızlığın sisteme sızmasına izin verilmemesi gerekir.

⁷ 10 Aralık 2008'de, Birleşmiş Milletler Genel Meclisi oybirliğiyle, Uluslar Arası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Akdi'ne ilişkin bir Opsiyonel Protokol benimsemiştir (GA kararı A/RES/63/117) ve bu da Komiteye irtibatı alma ve değerlendirme yetkisi vermiştir. Genel Meclis, Opsiyonel Protokole ilişkin, 18 Haziran 2008 tarihli kararıyla İnsan Hakları Konseyi tarafından benimsenmesini dikkate almıştır.

⁸ Uluslar arası ve bölgesel düzeyde sosyo-ekonomik hakların içtihadının gelişiminin bir analizi için, bkz Mashood A. Baderin ve Robert McCorquodale (ed.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (Oxford: OUP, 007). Ulusal düzeydeki gelişmeler için, bkz Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

III. Zorluklarla Yüzleşmek

Ancak, bu ivmenin nasıl devam ettirileceğinin irdelenmesinde, Şartın çerçevesinde ortaya çıkan zorlukları gerçekçi ve eleştirel bir biçimde incelemek şarttır. Şart sürecini insan hakları mekanizmaları bakımından büyük bir zafer örneği olarak göstermek yapay, çarpık ve hatalı bir şey olur. Yeniden canlandırma sürecini yetersiz bir başarı olarak tanımlamak da oldukça abartılı olur.

Şart süreciyle ilgili şu anda zorluklar mevcuttur. Örneğin, Komite'nin kararlarının, Hükümet Komitesi süreciyle beslenmesini sağlayan prosedür biraz hantal olmaya devam etmekte ve ECSR ile Taraf Devletlerin temsilcileri arasında hiçbir gerçek ve anlamlı görüş alışverişine izin vermemektedir. Şart süreçlerinin, Taraf Devletlerin belli parametreler dahilinde, kabul edeceklerini taahhüt ettikleri Şart haklarını seçebilmesini sağlayan 'á la carte' niteliği de ayrıca o kadar ideal olmayaabilir. Farklı Şart hakları arasında kayda değer bir üst üste binme durumu olduğundan, bu durum kavramsal olarak tatmin edicilikten uzak sonuçlar doğurabilir. Farklı haklar kapsamında benzer konular ortaya çıkabilir; bu da demektir ki, belli bir hükme dahil olmayan bir devlet sonunda yine de söz konusu hükme katılmış bulunan bir diğer devletin-kine çok benzer edimlere tabi olabilir.⁹ Ayrıca, bu 'á la carte' yöntem üretimde tutarsızlıklara ve boşluklara neden olabilir. Ayrıca ECSR, ulusal hükümetlerin yetkilileriyle, onları Şart süreci uyarınca ek hak edimlerini kabul etmelerini sağlamaya yönelik teşvik etmek üzere dü-

⁹ Örneğin, Orijinal Sosyal Şart'ın 1(4). Maddesi Taraf Devletlerin "uygun mesleki rehberlik, eğitim ve rehabilitasyon sağlama ve iyileştirmeyi" taahhüt etmesini öngörür, öte yandan Madde 9 Taraf Devletlerin mesleki rehberlik sağlamalarını gerektirirken Madde 10 mesleki eğitim hakkını öngörür. Taraf Devletler çoğu zaman bu hükümlerin hepsini kabul ederken bazıları da etmez. Bu ayrı maddelere göre ortaya çıkan edimler arasında ayırım yapmaya kalkışmak, ECSR'nin zaman zaman bir hayli soyut ve sarmal bir mantık yürütmeye girişmesini gerektirir. Hem orijinal hem de gözden geçirilmiş Şartta diğer örneklerin geniş bir çeşitliliği de vardır. Bir başka örneği ele almak gerekirse, ailelerin, gözden geçirilmiş Şartın 16ç Maddesine göre barınma hakkı vardır ve bu da "ekonomik, yasal ve sosyal aile yaşamı korumasının" bir parçası olarak "ailelere barınak sağlanmasını" kabul etmektedir: bu da, gözden geçirilmiş Şartın 31. Maddesinde koruma altına alınmış olan barınma hakkıyla üst üste gelir. ERRC-Yunanistan, Şikayet No 15/2003, 8 Aralık 2004'e ilişkin karar ve ERRC-İtalya, Şikayet No. 27/2005 gibi toplu şikayetler, sırasıyla, gözden geçirilmiş Şartın bu iki ayrı Maddesine ilişkin ancak her ikisi de benzer gerçeklerle ilgili olup benzer sonuçlar vermiştir.

zenli olarak toplantılar düzenlerken, kendi taahhütlerinin kapsamını genişletmek adına Taraf Devletlerin gerçekten hareket ettiği durumlar yok denecek kadar azdır.

Daha geniş bir bakış açısıyla, benim bir ECSR üyesi olarak, Şartın genel profilinin özellikle belli başlı hükümetlerde kısıtlı olduğunu görmemem aptallık olurdu.¹⁰ (Bu ciddi kısıtlama birçok BM insan hakları belgesinde de görülür). Ek olarak, sosyal haklar itiraz alanı olmaya devam etmektedir:bu hakların Avrupa genelinde algılanma biçiminde ve farklı ulusal yasa ve siyaset sistemlerinin bu gibi hakları korumaya değer bulma oranlarında geniş sapmalar bulunmaktadır. Hem ulusal hükümetlerin hem de uluslar arası örgütlerin sosyal hakları ele alma biçimlerinde söylem ve esas arasında derin bir uçurum da olabilmektedir.

Ayrıca, küreselleşme ve oldukça köklü sosyal değişimlerin çağında yaşıyoruz. Hükümetlerin bu değişimlerle başa çıkabilmek ve gelişen ekonomik ve sosyal trendlere cevaben, gerekli gördükleri reformları yapabilmek için esnekliğe ihtiyaçları vardır. Ancak, bu iklimde, sosyal haklar zaman zaman ihtiyari bir fazlalık veya daha mutlu, daha az küresel rekabetin olduğu zamanlardan kalma ve artık etkisinin zayıflaması gereken şeyler olarak görülebiliyor. Ancak, bu küreselleşme ve hızlı ekonomik dönüşüm çağının, Avrupa devletlerinin sosyal ve ekonomik hakların temel olarak korunması için sağlam bir zemini devam ettirmesini daha da önemli kılmaktadır. Ayrıca denebilir ki, tam da böylesi esneklik ve değişim dönemlerinde, Avrupa ülkeleri tarafından kabul edilen temel sosyal ve ekonomik hakların kabul edilmesi ve bunlara riayet edilmesini sağlamak amacıyla Şart süreci gibi etkin bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Ancak, Avrupa sosyal modelinin bazı unsurları üzerinde küreselleşme sürecinin bir baskı yarattığını kabul etmek de yanlış olur. Bu durum Şart süreci için kaçınılmaz bir biçimde yeni zorluklar yaratmaktadır.

Bu düşünceleri göz önünde bulundurarak, Şart süreci için yeni bir ivme üretmeye müsait boşluk bulunan beş özel alanı belirtmek istiyorum. Burada tereddütle geliştirilmiş olan önerilerin hiçbirisi birçok Avrupa hükümetinin politika çerçevelerindeki sosyal haklara hakkını verememe eğilimini çözmeye muktedir olmayacaktır. Günümüz koşulları

¹⁰ İrlanda ve İngiltere'deki "ev" içtihatlarımı örnek olarak gösterebilirim.

altında sosyal haklarla ilgili zuhur edebilecek sorunlara da bunlar dikkati çekmeyecektir; bu sorunlar da, savaş sonrası Avrupa sosyal modelinin kavramsal biçimde askıya alma durumunun etki alanına son yıllarda sürekli olarak zorlukların dahil olduğu gerçeğidir. Bu temel zorluk, sosyal hakların korunmasının önemini savunanların, mevcut koşullar altında savlarını oluşturmak için ikna edici bir söylem bulmaları gerektiği ve küresel çağımızda gerekli olan pan-global tepkileri formüle etmek için mücadele veriyor oldukları gerçeğiyle daha da artmıştır. Ancak, bu sorular bu yazının konusunun dışında kalıyor: şimdilik yalnızca Şart sisteminin, Taraf Devletlere, Avrupa Konseyi mekanizmalarına ve benzer sosyal hakların anlamlı bir biçimde korunmasına faydası olacak olumlu bir şekilde geliştirilmesi bakımından potansiyel arz eden beş alanı tanımlayacağım.

1. Avrupa Konseyi Mekanizmaları ve Taraf Devletler Arasındaki İlişkiler

Yenilenmiş şartın onuncu yıldönümü dolayısıyla düzenlenen seminerde, konuşmacılar birbiri ardına ECSR'nin Taraf Devletlerle daha iyi ve anlamlı bir diyalog kurmasının önemine vurgu yapmıştır. Benim de hizmet verdiğim Komite hatasız değildir. Özellikle, şahsen ECSR'nin devlet raporları ve toplu şikayetler hakkındaki çıkarsamalarında verdiği kararların daha detaylı ve ihtimamlı bir teyidini sağlaması gerektiğini savunuyorum. Zaman zaman, Komite kendi mevcut içtihat hukukunu uygular ve Taraf Devletlerin Şartı ihlal ettiği konusunda suçlu bulur ancak böyle bir ihlalin neden ortaya çıktığı konusunda her zaman ayrıntılı bir açıklama ortaya koymaz. Komiteyle olan deneyimim, tartışmalarımızdan sonra ortaya çıkan her bir sonuç, meslektaşlarımla uzmanlık katkılarıyla birlikte derinlemesine tartışılmış ve analiz edilmiştir. Ancak, bu tartışmaların kesinliği, sıklıkla, Komitenin çalışmasını ustalıkla destekleyen, Sekretarya üzerindeki kaynağa ilişkin baskılardan dolayı, sonuç metinlerinde her zaman görünür değildir. Daha detaylı meşrulaştırmalar da sosyal haklara ayrıntı kazandırılması konusunda sürece katkı sağlayacak ve Taraf Devletlere ECSR nazarında Şarta uyulması için gerekenler hakkında daha sağlam bir fikir verecektir. Ayrıca bu, sosyal haklara ve doğrudan akademi, STK ve daha geniş Avrupa toplumunun tümü içerisinde bir Şart hakkının ihlaline nelerin yol açacağı konusunda daha geniş bir anlayışının geliştirilmesinde de faydalı olacaktır. Bu nedenle, şahsen, vardığımız sonuçlar ve kararları-

mızın arkasında daha fazla ve daha sağlam bir akıl yürütme ortaya koymamızın Komite olarak çalışmamızda bir öncelik olduğunu düşünüyorum.

Bunun yanında, ECSR, Avrupa Konseyi'nin tamamı ile Taraf Devletler arasında daha fazla diyaloga ve bilgi paylaşımına ihtiyaç vardır. Ulusal raporlama sürecine ilişkin olarak hükümetlere daha fazla rehberlik sağlanabilir veya belki de ECSR ve ulusal hükümetler arasında daha sık fikir ve bakış açısı alış veriş yapılabilir. Bu diyalog ayrıca bölgesel ve federal mercileri kapsayacak biçimde genişleyebilir ve Şartın gereklerinin yerine getirilmesinde sorumluluğa sahip olabilecek farklı hükümet seviyelerine de uzanabilir.¹¹ Kaynaklar elverdiğinde,¹² bilgi alışverişi, karşılaştırmalı çalışmalar ve ECSR ve ulusal hükümetler arasında yapılandırılmış diyalog için daha resmi ve gayri resmi fırsatlar için de bir kapsam oluşturulabilir.

Şart hakkındaki bilgileri yargıçlar, hukukçular, politika belirleyiciler ve ulusal yasal ve idari sistemlerde görev alan diğer aktörler arasında yaygınlaştırmak da önemli olabilir. ECSR kararları adli kararlar değildir ve kaçınılmaz (ve doğru) bir biçimde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla yakın bir etkiye sahip olmayacaktır: Komite, uzman görüşü ve yasal prensiplere dayalı olarak hukuki-benzeri kararlar alır; ancak kararları adli kararlar değildir. Ancak, yasal metodolojiye uygun olarak yapılan sağlam ve dikkatli analizlere (benim görüşüme göre) dayanan uzman görüşleri ve bunların çıkarımları, ulusal mahkeme, politika belirleyiciler ve idarecilere önemli ölçüde yardımcı olma potansiyeline sahiptir.

Şarta, Taraf Devletler içinde yasal ve siyasi tartışmalarda daha fazla görünürlük kazandırmak üzere yöntemlerin geliştirilmesi kullanışlı olabilirdi. ECSR'nin verdiği sonuçlar ombudsmanlara, mahkemelere ve diğer anlaşmazlık çözümü mekanizmalarına ve bunların yanı sıra dev-

¹¹ Ancak, ECSR'nin, Şartın bir hükmüne uymama durumuna karşılık Taraf Devletlerin bir bahane olarak bölgesel veya federal kurumların uymama halini gösterememesini öngördüğünü ve bunun da uluslararası sözleşmelerde alınan standart tavır olduğunu vurgulamak gerekir: bkz. ERRC-İtalya, Şikayet No. 27/2005, 7 Aralık 2005'e ilişkin karar ve Viyana Konvansiyonu, Sözleşmeler Yasası 1969, Madde 27.

¹² Bu, Avrupa Konseyi ve kısmen de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karşılaştığı kaynağa ilişkin baskılar göz önünde bulundurulduğunda, önemli bir özelliktir: bkz. Mahkeme üzerindeki dava yükü baskısının S. Greer'in The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects (Cambridge: Cambridge University Press, 2006) başlıklı metinde analizi.

let mevzuatı veya sosyal haklara değinen mevzuat ve politikalara özellikle faydalı olabilir. Şart ancak ulusal hukuki, siyasi ve idari sistemlerde daha fazla görünür olursa gerçek etkiye sahip olacaktır.

2. Avrupa Konseyi ve Şart Süreci

Şart süreci için, Avrupa Konseyinin kendi içinde de genişletilmiş bir profil verilecek bir kapsam da mevcuttur. Bu Şart, diğer Avrupa Konseyi insan hakları belgeleriyle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihmal edilmiş küçük kardeşi olarak nitelenebilir. Hem içeride hem de dışarıda, ECHR'nin devasa gölgesi altında yaşamaktadır. Bu belki de kaçınılmazdır: ECHR'nin büyük başarısını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin başarılarını yansıtmaktadır. Ancak, Şart sürecine yeni bir ışık tutmak adına, çeşitli kurumsal yapılar tarafından ek adımlar atılabilir.

Parlamenteerler Meclisi, Konsey yapılarının sıklıkla farkına varılmayan bir bileşen parçasıdır. Yine de, Şart hakkındaki farkındalığın artırılması için hatırı sayılır bir potansiyele sahiptir. Demokratik yollarla seçilmiş olan politika belirleyicilerin toplanma ve görüş alışverişinde bulunması için tek ve en önemli pan-Avrupa forumu olarak, Parlamenteerler Meclisi, özellikle Sosyal Şart ve toplu şikayet protokolü açısından, Taraf Devletleri Şarta uygun davranmaya ve yeni onaylama beyanları üzerinde düşünmeye teşvik edecek bir forum da olabilir. Bu Asamble ayrıca, üyelerin ECSR'nin kararlarını Meclisin denetim usulleri ve parlamenteer sorularıyla takip edebilecekleri bir rota da teşkil edebilir. Şartın seçilmiş temsilcileri arasındaki farkındalığın artması da görünürlüğünün genişlemesi için bir takviye olabilir. Elbette ki buna rağmen Asamble Şart sürecinde ancak ulusal delegasyonların üyeleri Asamble'nin Avrupa Konseyi yapısı içerisindeki rolüyle açılan fırsatları değerlendirme konusunda ilgili ve istekli olması halinde daha aktif bir rol oynayabilir.

İnsan Hakları Komiseri'nin rolü de potansiyel bir öneme sahiptir. Şu andaki Komiser, Sn. Thomas Hammarberg sosyal hakların iyileştirilmesi için sağlam bir kararlılık göstermektedir. Şart sürecini destekleyen açıklamaları çok iyi karşılanmıştır. Bunun biraz daha ötesini düşünerek, Komiserin görevinin Şart sürecinde nasıl daha geniş bir rol oynayabileceğini göz önünde bulundurmak ilginç olurdu. Belki de Komiser zaman zaman toplu şikayetlere müdahale edebilmeli ve hatta ulusal

raporlar üzerinde gözlem yapabilmelidir. Komiser ayrıca ileriki bir tarihte ECSR'ye sorulan sorulara başvurma veya danışmanlık opsiyonlarına bakma gibi bir yetkiye sahip olabilir mi? Bunlar yalnızca mevcut-taki çekingen önerilerdir. Ancak, Komiserin bir halka açık profili ve statüsü bulunmakta ve bunlar da sosyal hakların iyileştirilmesi için kullanışlı bir biçimde harekete geçirilebilir.

Ayrıca, Bakanlar Komitesinin kendisine biçilen, Şartın uygulanması ve ona uyulması konusunda denetleme yapma şeklindeki rolü oynaması da esastır. Yenilenmiş Şartın onuncu yıldönümü için verilen seminerde, Şart üzerindeki ve belli başlı ulusal hükümetlerden gelen akademik ağın üyeleri, Komitenin, Şarta uygunluğun sağlanması konusunda daha aktif olmaya ihtiyaçları olduğuna değinmiştir. Özellikle Bakanlar Komitesi belki de Şartı ihlal edebilecek Taraf Devletleri teşvik edebilir, onlara yardımcı olabilir ve üzerlerinde daha fazla baskı oluşturabilir ve böylece kendi ulusal durumlarında, hükümlerle daha fazla uyum sağlayabilir. Komite, Şartın ihlalinin gerçekleşmiş olduğuna dair ECSR çıkarımları üzerinde nadiren somut bir yorum yapar: bu talihsiz bir şey olabilir, zira Şart sürecinin belki de sonuçta önemli olmadığı kavrayışını teşvik etmektedir.

ECSR'nin kendisine de belki Şarta verilen önemin arttırılmasında oynayacak bir rol düşmektedir. Komitenin kararlarını açıkça ifade ederken daha ihtimamlı ve kesin davranması gerektiğini daha önce de belirtmiştim. ECSR'nin seçilme biçimindeki değişiklikleri göz önünde bulundurmakta da fayda olabilir; çünkü adayların seçilmesi, incelenmesi ve onaylanması konusunda hem Parlamenterler Meclisi hem de Bakanlar Komitesine muhtemelen daha fazla rol düşmektedir. Ayrıca, yukarıda da bahsedildiği üzere, Komite ve ulusal hükümetler arasında daha fazla etkileşim olmasına ihtiyaç vardır.

3. Şart ve AİHS Arasındaki İlişki

Hem AİHS hem de Sosyal Şart, aynı insan hakları temelinden gelmekte olup ikisi de temel hakları korumaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi, Konvansiyon, Şartı geride bırakma eğilimi içindedir: ancak, her iki belgenin de diğerini dışarıdan etkilediği yollar mevcuttur ve Mahkeme zaman zaman ECSR'nin içtihadından yararlanmıştır. AİHS içtihadının bazı yönlerinin gelişiminde ECSR mahkeme içtihadından; özellikle de, sosyal, sivil ve siyasi hakların sıklıkla girift biçimlerde birbiriyle etkile-

şim halinde olduğu Sözleşmenin 3. Madde, 8. Madde ve 14. Maddeye ilişkin mahkeme içtihadından daha fazla yardım alınabilir.¹³ Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin faydalanmak üzere kendi kapsamlı içtihadı olduğunu ve ECSR'nin verdiği sonuçların yalnızca Mahkeme huzurunda avukatlar tarafından akıllıca uygulanması durumunda fayda sağlayacağını belirtmek gerekir.

4. Avrupa Birliği ve Sosyal Şart İlişkisi

AB yasasının sosyal evrimi bir ölçüye kadar Şart sürecini gölgesi altında bırakmıştır; AB Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'nın kabul edilmesinde de aynı şey yaşanmıştır – bu iki Şart sıklıkla birbirine karıştırılır; AB Şartının iyi tanınması ve gittikçe yasal olarak bağlayıcılığının artması, Avrupa Konseyindeki emsalinin dikkat çekmesini engelleme eğilimi içindedir. Ancak, AB üyesi olmayan ülkeleri kapsayan yalnızca Şart süreci değildir, Şart, AB hukuku kapsamını aşan Taraf Devletlere edimler yükler ve böylece, AB Şartının uygulanma kapsamının da kapsar.¹⁴

Bu cildin 5. bölümünde ayrıntılarıyla incelendiği gibi, AB yasası dahilinde dahi, Sosyal Şart için, AB yasal düzeninde artan bir biçimde kabul edilen 'sosyal hakların' kapsamının tanımlanmasında yardımcı bir referans noktası işlevi görme ihtimali olabilir. Avrupa Adalet Mahkemesi ECSR'nin içtihadından henüz yararlanmamıştır; ancak Sosyal Şartın, tüm AB Üye Ülkelerinin onaylamış olduğu bir uluslar arası haklar belgesi olarak potansiyel teşkil ettiğini teyit etmiştir.¹⁵

ECSR'nin aldığı kararlar ve verdiği sonuçlar ayrıca bazı zamanlarda AB sosyal politikasının geliştirilmesinde, özellikle de Avrupa Komisyo-

¹³ ECSR'nin verdiği sonuçların bir analizinin ilgili olabileceği içtihat türlerine ilişkin örnekler için, bkz *Sidabras ve Dziautas – Litvanya* (2004) 42 EHRR 104; *Botta – Italya* (1998) 26 EHRR 241; *DH – Çek Cumhuriyeti* (2007) EHRR 922. Konvansiyonun dolaylı olarak sosyal hakları koruyabileceği kapsam çoğu kez eksik değerlendirilir: bkz O. De Schutter, 'Reasonable Accommodation and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights', A. Lawson ve C. Gooding (ed.), *Disability Rights in Europe* (Oxford: Hart, 2005), sayfa. 35-63.

¹⁴ Bkz AB Temel Hak ve Özgürlükler Şartı, Madde 51: ayrıca bkz Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Dava 5/88 Wachauf [1989] ECR 2609; C-309/96, Annibaldi [1997] ECR I-7493 için aldığı kararlar. Şart böylelikle AB kurumları ve AB yasası kapsamında hareket eden veya AB yasasının hükümlerini uygulayan Üye Ülkeler için de geçerli olacaktır.

¹⁵ Dava C-540/03, Avrupa Parlamentosu – Konsey, [2006] ECR I-5769 (Konsey Direktifi'nin kaldırılması 2003/86/EC 22 Eylül 2003, ailenin yeniden birleşme hakkına ilişkin)

nu mevzuatında temel hakların yapacağı etkinin değerlendirilmesinde ve Direktiflerin uygulanması ve verdikleri sonucun değerlendirilmesinde bir referans noktası olarak kullanılabilir.¹⁶ AB'nin açık seçik bir sosyal vizyona sahip değilmiş gibi bir izlenim yarattığı durumlar zaman zaman oluşursa, bu Şart bu yoksunluğu düzeltmede bir referans noktası olarak işe yarayabilir.¹⁷ Ancak, Şart sürecindeki bilinirlik eksikliğinin önemli bir göstergesi olarak, AB'nin, tıpkı Lizbon Sözleşmesinin AİHS'ye katılmasını sağladığı şekilde, AB'nin Sosyal Şartı kabul edip etmemesi gerektiğine dair müzakereler ya çok az gerçekleşmekte ya da hiç gerçekleşmemektedir.¹⁸

5. *Sivil Toplum ve Şart Süreci İlişkisi*

STK'ların sosyal haklar alanındaki etkisi ve rolü potansiyel olarak çok önemlidir. Örneğin, STK savunmalarının etkisi zamanla AİHS'yi Avrupa çapında anayasa benzeri bir belge yapma konusunda önemli rol oynamıştır. Söz konusu tecrübe, STK'ların uluslar arası insan hakları standartlarının bilinirlik ve etkisini dönüştürmede ne şekilde önemli bir rol oynadığına dair eğitici bir ders olmuştur. Böylelikle, önde gelen uluslar arası STK'ların son yıllarda sosyal hakların korunmasına nasıl odaklanmış olduğunu görmek son derece cesaret vericidir. Uluslararası Af Örgütü, Açık Toplum Enstitüsü, Interights, Uluslar Arası Hukukçular Komisyonu ve bu alandaki diğer kuruluşlar sosyal haklar gündemi-ne yeni bir soluk getirmiştir.

Gerçekten de, 1995 Ek Protokolü, Avrupa Konseyi bünyesinde katılımcı konumunda olan STK'lara (ve devletlerin bu ek taahhüdü kabul etme konusunda istekli olması durumunda, ulusal STK'lara), toplu

¹⁶ Bkz. Avrupa Komisyonlarının insan haklarının Topluluk mevzuatına etkisinin takibi için yaptığı teklifler: Komisyonun mevzuat tekliflerinde Temel Haklar Şartı'na uygunluk: Sistematik ve dikkatli takibin metodolojisi, COM(2005) 172 27.4.2005 finali; Etki Değerlendirme Yönergeleri (Gözden geçirilmiş.), SEC(2005)791 of 15.6.2005

¹⁷ Sosyal Şart örneğin sosyal katılım önlemlerinin TEC Madde 137'ye göre geliştirilmesine katkı sağlamak bakımından faydalı olabilir.

¹⁸ Bkz Madde 6(2)'ye ilişkin Protokol, Avrupa Birliği Sözleşmesi dahilinde, Birliğin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Konvansiyonu kabul etmesine ilişkin, 2007/C 306/01, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nde değişiklik geçiren Lizbon Sözleşmesi ve Avrupa Topluluğunu kuran, Lizbon'da imzalanan Sözleşme, 13 Aralık 2007. Ve bkz, bu ciltteki bölüm 5'e ek olarak, O. De Schutter, 'Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession', G. de Búrca ve B. de Witte (editörler), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, sayfa 111-152.

şikayet mekanizmasında merkezi bir yer vererek, çağdaş insan hakları aktivizminde STK'ların oynadığı merkezi rolü kabul etmiştir. Aslında, STK'ların ECSR'ye Şart haklarının ihlali konusunda iyi bir şekilde öne sürülen ve iyice araştırılmış şikayetler iletmeye konusunda zaman, kaynak ve enerji harcamak için isteklilik göstermesi, toplu şikayetler sürecinin şimdiye kadarki başarısında kilit etken olmuştur.

Ancak, STK'ların Şart sürecine katılımı için ek bir kapsam da mevcuttur. STK'lar ulusal takip sürecine kendi bakış açılarını kattıklarında bu ek bilginin alınması ECSR'nin her zaman işine yarar. Ancak, takip sürecindeki STK katılımı çok kısıtlı ve dönemsel olarak devam etmektedir. Bu belki de daha büyük bir soruna işaret ediyordur: STK'ların çoğu haddinden fazla yük altında olup kısıtlı kaynaklarla çalışmaktadır ve geniş bir yelpazedeki farklı denetim mekanizmalarına uyum sağlamakla gerçekten zorlanmaktadır. Belki de Avrupa Konseyi mekanizmaları içerisinde STK'ların takip sürecinde daha fazla iştirak edebilmeleri için yardım etme yollarının bulunma ihtimali vardır; ancak bunun yanında ECSR'nin kendisinin de sivil toplumla mesafeli bir ilişki kurması gerekir. Genellikle, Şart süreci ve STK'lar arasında güçlü ve organik bağlar olmadan, Avrupa'da sosyal haklar her zaman daha az gelişmiş ve nüfuzu daha az bir biçimde kalacaktır.

ECSR, Avrupa Konseyi ve ulusal insan hakları kuruluşları arasındaki bağların geliştirilmesi de önemlidir. Bu kuruluşlar sosyal haklar konusunda devletler içerisinde daha fazla yoğunlaşma potansiyeline sahiptir. Şart sürecine dahil akademisyenlere sahip olunması da önemlidir: onların etkileri STK'larındaki kadar çabuk olmasa dahi, uzun vadede köklü olabilir (veya bir akademisyen olarak böyle olacağına inanmayı tercih ediyorum!). Avrupa Sosyal Şartı'nın Akademik ağının kuruluşunun bu denli önemli olmasının ve bu yayının bu denli olumlu karşılanmasının nedeni budur. Şart mekanizmalarının ve genel olarak sosyal hakların sürdürülebilir akademik eleştirisinden herkes faydalanmaktadır. Buna ECSR de dahildir. ECSR'nin karar alma mekanizması yalnızca bu eleştirel bakışa tabi olarak ilerleyebilir: buna Taraf Devletler de dahil olur ve onlar da ulusal, yasal ve ekonomik sistemlerin diğer yönleriyle sosyal hakların etkileşiminin akademik olarak incelenmesinde yarar sağlayabilir. Şartın akademik olarak incelenmesi yeni sorunlar yarattığı gibi yeni çözümler de ortaya koyabilir: Şart sürecinin etkin bir biçimde işleyişi uzun vadede vazgeçilmezdir.

IV. Sonuç

Bir akademisyen ve bir ECSR üyesi olarak iki yönlü bakış açımdan yola çıkarak, Şart sürecinin kademeli olarak yeniden canlandırılmasının devamı ve gelişimi için bir kapsamın olduğu beş adet etkileşim alanını kısaca tartışmaya çalıştım: ulusal hükümetler ve Şart süreci ilişkisi, Şartın ve sosyal hakların genel anlamda Avrupa Konseyi içerisindeki yeri, Şart ve ECHR arasındaki etkileşim, Şart ve Avrupa Birliği ilişkisi ve sivil toplum, Şart süreci ve yine genel anlamda sosyal haklar arasındaki bağlar gibi.

Şart sürecinin yeniden canlandırılmasının çok önemli bir gelişme teşkil ettiğini vurgulayarak yazımı sonlandırmak istiyorum. Şimdi odak noktası bu itici gücün devam ettirilmesine kaymalıdır. Bu devamlılık da son derece büyük bir zorluk arz etmektedir. Şart süreciyle ilgili yapılabilecek veya yapılmış olan her türlü potansiyel eleştiri için, Avrupa genelinde insan haklarının bölünmezliği prensibine samimi bir biçimde saygı duyulmasının sağlanması ve sosyal haklar için etkin bir korumanın sağlanması bakımından halihazırdaki en iyi mekanizma olarak varlığını sürdürmektedir.

Şartın bir mekanizma olarak kendi içinde kusurları vardır: bunu hiçkimse ECSR'den daha iyi bilemez. Zira ECSR kendi orijinal ve yenilenmiş metniyle aynı anda çalışmakta ve onun güçlü ve zayıf yönlerini samimiyetle bilmektedir. Ancak, hiçbir sözleşme veya haklar belgesi mükemmel değildir. Örnek olarak, başarılarla dolu bir geçmişe sahip AİHM'e bakmak yeterlidir: ancak, bu metin birçok bakımdan bilhassa da Madde 14'teki kısıtlı eşitlik hükmü göz önünde bulundurulduğunda olumsuz bir biçimde hatalı olarak görülebilir.¹⁹ Başarısında veya başarısızlığında son derece kati bir etkiye sahip olan şey insan hakları belgesinin salt metni değildir. Önemli olan bir insan hakları belgesine yeni bir soluk getirilip getirilmediği ve bireyler, devletler, mahkemeler, idareciler, ombudsmanlar, STK'lar ve uluslar arası örgütler tarafından benimsenip benimsenmediği ve kullanılıp kullanılmadığıdır. Şayet bu gerçekleşirse, bir haklar belgesi hayata geçmiş olur. Yeniden canlan-

¹⁹ Bkz L. Wildhaber, 'Protection Against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-class Guarantee?' (2002) 2 *Baltic Yearbook of International Law* 71.

dırma süreci Şart sürecine yeni bir soluk getirmiştir: şimdi bu ivmeyi Şart sürecini geliştirmek ve iyileştirmek amacıyla kullanma ve böylece Avrupa dahilinde sosyal hakların etkin bir biçimde korunmasına yeni bir soluk getirme zamanıdır.

Son bir not olarak, Avrupa Sosyal Şartı'nın tüm Taraf Devletler üzerinde tek ve tek tip bir model dayatmadığını vurgulamak gerekir. Bu durum, çeşitlendirilmiş ve küreselleşmenin zorluklarını farklı biçimlerde karşılamak için kendini uyarlayan bir Avrupa'da imkansız ve üretimi karşı bir şey olurdu. Eğer ECSR Şartı böyle tek parçalı bir biçimde yorumlamaya kalksaydı, haklı olarak bu kınanırdı. Ancak, Şartın yapmak için *tasarlanmadığı* şeylerin açıklığa kavuşturulması için, Şartın neyi başarmak istediği konusunda emin olunması önemlidir. Şart süreci, her Avrupa ülkesinin bireysel ve ulusal esenlik için temel olarak kabul ettiği sosyal haklara uzun vadede değişen ekonomik ve sosyal şartlar altında bile yeterli bir korumanın sağlanması için tasarlanmıştır. Şart sürecine yeni bir soluk getirilmesi, son yıllardaki itici gücün devam ettirilmesi ve temel sosyal hakların korunmasında üstlenilen bu rolün gelişme ve değişmeye devam etmesi bu yüzden önemlidir.

Council of Europe
Conseil de l'Europe



European Union
Union europ enne

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin G   lendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.