

**TOPLU EYLEM HAKKI VE SINIRLARI -
YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN BİR KARARININ
DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut*

T.C.
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2016/5559
KARAR NO: 2016/5735
YARGITAY İLAMI
MAHKEMESİ: KOCAELİ 5. İŞ MAHKEMESİ
TARİHİ: 21/12/2015
NUMARASI: 2015/354-2015/499

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve sendikal tazminata hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacı işçilerin kendilerinin muhatap alınmaması, sendika seçme özgürlüğüne müdahale edilmesi, üye olmak zorunda kaldıkları sendika üzerinden baskı yapılması sebebiyle demokratik toplu eylem haklarını kullandıklarını, işverence sözü edilen eylem gerekçe gösterilerek, gerçekte sendikal nedenle ve eşit davranma borcuna aykırı olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini ve sendikal tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesi ile özetle; davacının iş sözleşmesinin, davacı ve işyerinde çalışan diğer işçilerin yasadışı yapmış oldukları grev nedeniyle 22, 23, 25, 26, 27, 28 ve 29 Mayıs 2015 tarihlerinde yapmış olduğu mazeretsiz devamsızlık nedeniyle feshedildiğini, grev eylemi süresince kendisine çalışması hususunda sürekli ihtarlat yapıldığını, ancak mazeretsiz olarak gelip çalışmadı-

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi

ğını, feshin gerçek nedeninin mazeretsiz devamsızlık ve kanundışı grev olduğunu, sendikal sebeple fesih iddiasının doğru olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalıya ait işyerinde çalışan davacı ve diğer arkadaşlarının davalı işyerinin yetkili sendikası olan Türk Metal Sendikası ile işveren arasında yapılan Eylül 2014-Ağustos 2017 tarihleri arasında yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi'nin taleplerini karşılamamış olması, daha önce toplu sözleşme süreleri 2 yıl iken son sözleşmenin yürürlük süresinin 3 yıla çıkartılmış olması, işyerinde hemen hemen herkesin üyesi olduğu yetkili Türk Metal Sendikası'nın davalı işverenle birlikte hareket ederek çalışanlar aleyhine şartlar oluşturmalarına tepki olarak ve öncesinde davalı işyeri ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren Bursa ilindeki işyerlerinde aynı nedenlerle yapılan grev eylemlerinden de etkilenerek 21.05.2015 tarihinden 03.06.2015 tarihine kadar davalı işyerinin üretim alanının dışında işyerine yaklaşık 500 metre uzaklıkta bulunan üçüncü bir şahsa ait özel boş arazide grev eylemi yaptıkları, eylem süresince üretime müdahale etmedikleri, çalışan işçilere sataşmadıkları, üretimi engelleyecek herhangi bir tavır ve davranışta bulunmadıkları, eyleme yaklaşık 3000-4000 kişinin katıldığı, bunlardan 550 kişinin her gün eyleme katılıp çalışmadığı, geri kalan kişilerin zaman zaman çalıştığı, bazen eyleme katıldığı, Türk Metal İş Sendikası üyesi olan yaklaşık 4000 kişinin Türk Metal İş Sendikası'ndan istifa ettiği, bunlardan yaklaşık 1000-1500 kişinin Birleşik Metal İş Sendikası'na üye oldukları, eylem sürecinde eylem yapan çalışanların cep telefonuna SMS yoluyla mesaj gönderilerek işlerinin başına dönmeleri gerektiği, aksi taktirde işten atılacakları uyarısının yapıldığı, eylemin sona erdirilmesinden sonra eylem süresince hiç işe gelmeyen ve eyleme katılmadığı işveren tarafından belirtilen 550 çalışanın disiplin kuruluna sevk edildiği, bir kısmının savunmasının alındığı, bir kısmının savunmaya davet edildiği, bunlar arasından davacının da içinde bulunduğu 50 kişinin iş sözleşmesinin eylem sürecine denk gelen 25,26,27,28,29,30 Mayıs, 01, 02 Haziran 2015 tarihlerinde mazeretsiz ve izinsiz işe gelmemeleri ve eyleme katılmaları gerekçesiyle İş Kanunu'nun 25/2-g, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 70. maddeleri gereğince yazılı bildirimle feshedildiği, davalı tanığı olarak dinlenen ve işyerinde endüstri ilişkileri ve imalat insan kaynakları müdürü olarak görev yapan Ali Rıza Aksoy'un beyanına göre içlerinden seçilerek iş akti feshedilen bu 50 kişinin iş aktinin işyerinde disiplini sağlamak amacıyla feshedildiği, diğer 500 kişinin iş aktinin ise işyerindeki çalışma barışını sağlamak amacıyla feshedilmekten vazgeçildiği ve disiplin sürecinin bunlar açısından durdurulduğu, işten çıkartılan 50 kişinin 46'sının Birleşik Metal İş Sendikası üyesi oldukları kararın gerekçesinde açıklanmıştır.

ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili maddelerine ve Anayasa'nın 90. maddesi ile diğer iç hukuk düzenlemelerine değinilmek suretiyle, davacı ve arkadaşlarının işyerinde açıkça bir sendikanın desteklenmesi ve bu sendikanın işverenle birlikte hareket edip işçilerin aleyhine şartlar oluşturmalarına tepki olarak ve işyerinde sendika özgürlüğünün olmaması nedeniyle kendi haklarını örgütlü olarak savunmak amacıyla işyeri alanı dışında yapmış oldukları grev eylemi uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Eylemin barışçıl nitelikte toplu eylem olarak demokratik hakkın kullanılması niteliğinde olduğu, işverenin yapılan fesihte eşit davranma borcuna

aykırı davranması nedenleri ile yapılan feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı, yapılan fesihlerin asıl nedeninin işyerinde işveren tarafından desteklenen Türk Metal Sendikası'ndan yapılan istifaları önlemek, Birleşik Metal İş Sendikası'na geçen çalışanları tekrar Türk Metal Sendikası'na üye olmasını sağlamak olduğu ve işyerinde yapılan eylemlerin açıklandığı üzere asıl nedeninin işyerindeki sendikal örgütlenme hakkının ve sendika seçme özgürlüğünün bulunmamasından ve işverenin çalışanlara desteklediği sendikaya üye olması konusunda baskılar yapmasından kaynaklandığı, tüm bu nedenlerle davalı işverenin davacıların sendika seçme özgürlüklerine ve sendikal haklarına engel olmak amacı ile sendikal nedenler ile iş akitlerini feshettiği kanaatine varılarak 6356 sayılı yasa 25/5 maddesi gereğindeki düzenleme gereğince davacının başvurusu ve işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın ödenmesi gereken tazminat miktarının 1 yıllık brüt ücret tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi, 01.09.2014-31.08.2017 tarihleri arasında yürürlükte olmak üzere 15.12.2014 tarihinde imzalanmıştır. Metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığını duyan işçiler tarafından ülke çapında bazı eylemler başlamış, bu arada da davalıya ait Kocaeli'nde bulunan işyerinde 21 Mayıs ile 03 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçinin katıldığı eylemler yapılmıştır. Eylemin işyerine yaklaşık 500 metre uzakta üçüncü şahsa ait boş bir arazide gerçekleştiği ve son olarak imzalanan toplu iş sözleşmesinin üç yıllık olarak bağlanmış olmasına ve toplu iş sözleşmesinde taleplerinin karşılanmamış olmasına tepki gösterildiği anlaşılmaktadır. Eylemin gerçekleştiği sırada yetki süreci söz konusu olmayıp, yaklaşık ay önce imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi bulunmaktadır. İşverence, toplu iş sözleşmesinin imzalanması öncesindeki yetki sürecinde işçilerin sendika seçme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu da ileri sürülmemiştir.

Toplu eyleme katılan işçilere davalı işverence gerekli duyurular yapılmak suretiyle işe dönmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Zaman içinde eyleme katılan işçilerde azalma olmuş ve herhangi bir müdahaleye gerek olmaksızın eylem sona ermiştir. Buna rağmen eylem 13 gün devam etmiş ve davacının da aralarında bulunduğu işçiler tarafından işe devamsızlık sebebiyle üretim faaliyeti önemli ölçüde aksamıştır.

Davalı işverence savunması alınan çok sayıda işçi de eylemin işverene karşı olmadığını, toplu iş sözleşmesini bağtlayan sendikaya tepki olarak eylemlere katıldıklarını açıklamışlardır. Bazı işçiler ise uygunsuz çalışma koşulları sebebiyle toplu eylem haklarını kullandıklarını bildirmişler ancak uygunsuz çalışma koşullarının neler olduğunu ortaya koymamışlardır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinde, "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir. Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun

olarak yapılan greve kanuni grev denir. Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır.” şeklindeki kurala yer verilmiştir.

Somut olayda, işyerinde toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında çıkan uyuşmazlıkla ilgili bir kanuni grev hakkının kullanılmadığı açıktır. Bundan başka bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceği 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51., 54., ve 90. maddelerinin bir gereği olsa da, eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gereklidir.

Davalı işyerinde gerçekleşen ve 13 gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu nedenle davacının da işi bırakmak suretiyle destek verdiği toplu eylemin, iç hukuk ve bağlı bulunduğu uluslararası mevzuat çerçevesinde hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

Öte yandan 3000-4000 kadar işçinin katıldığı toplu eylem sebebiyle davalı işveren eylemin başından sonuna kadar destek verdiği 550 işçiyi belirlemek suretiyle disiplin kuruluna sevk etmiş ve bunlardan davacının da aralarında olduğu 50 kadar işçinin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Davalı işveren, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan bir nedeni ortaya koyamamıştır.

Davalı tanığı beyanında, disiplin kurulu tarafından 550 işçiden 50 kadar işçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakların tespit edildiği bildirmiştir. Sözü edilen gerekçe işçiden kaynaklanan ayrımı kılan bir neden değildir. İşveren kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçilere farklı ünitelere göre belirlemiş olmakla, feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemez. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olması, geçerli nedeni ortadan kaldırmadığından ve davacının hukuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu durumda davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM:

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. Davanın REDDİNE,
 3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
 5. Davacı tarafça yatırılan ve harcanmayan gider avanslarının davacıya, davalı tarafça yatırılan ve harcanmayan gider avansının davalıya iadesine,
 6. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenen 1.800 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 7. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 11/03/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

I. TOPLU EYLEM HAKKI VE SINIRLARI

1. Uluslararası hukukta grev hakkı

Grev hakkı işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarının korunması noktasında toplu pazarlık hakkının esaslı bir unsurunu oluşturur. Hak, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri olan Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (md.8), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 11), Avrupa Sosyal Şartı (md.6) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda ve diğer bazı uluslararası düzenlenmelerde tanınmış, birçok ülkede anayasal düzeyde ele alınmıştır¹. ILO sözleşmelerinin denetim organları niteliğindeki Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, grev hakkının 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesine dahil olduğunu kabul etmektedir. Komite grev hakkını sözleşmenin 3 ve 10. maddelerinin ifadelerine dayandırmaktadır. Her iki maddede sendikaların kendi üyelerinin çıkarlarını savunmalarından bahsedilmekte olup, Komite bunun grev hakkını da içerdiğini kabul etmektedir². Bu hükümlerin temelinde konuya ilişkin kapsamlı bir kazai içtihat oluşmuştur.

ILO içtihatları geniş ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına yansımıştır. Özellikle Demir/Baykara (Demir and Baykara v. Turkey App. No. 34503/97) Enerji Yapı Yol Sen (Enerji Yapı Yol Sen v. Turkey App. No. 68959/01) kararlarında toplu pazarlık ve grev hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün esaslı unsurlarını oluşturduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak bu haklara müdahalenin AİHS md. 11'in ihlali niteliğinde olduğu ve müdahale için meşru amaçların varlığının gerektiği sonucuna varılmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise grev hakkının esaslı niteliğini tanıırken, ILO ve AİHM tarafından savunulan ve örgütlenme özgürlüğüne dayandırılan hakkın korunması ile aynı derecede koruma sağlamada başarısız olmuştur. Viking (C-438/05 International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line (2007), ECR I-10779) ve Laval (C-341/05 Laval v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECR I-11767) kararlarında AB Adalet Divanı her iki değer arasında çatışma bulunduğu, toplu hakları (sendika, toplu sözleşme ve grev) AB'nin ekonomik özgürlüklerinin altında sınıflandırmıştır. AB Adalet Divanı grev hakkını işletmelerin serbest dolaşımı karşısında sınırlama olarak görmüş ve böyle bir sınırlamanın mesele bazında ölçülülük altında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre işçilerin korunması için sıkı gereklilik bulunmadıkça grev hakkı AB hukuku kapsamında yasa dışı olabilecektir. Belirtmek gerekir ki AB Adalet Divanının bu kararları doktrinde eleştirildiği gibi, AİHM kararlarına da ters düşmektedir.

a. ILO Sözleşmeleri ve Denetim Organlarının Kararları

ILO'nun 44, 92, 102, 105 sayılı Sözleşmelerinde toplu iş uyuşmazlıklarına atıfta bulunulmakla birlikte, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde greve ilişkin hükümler yer almaz. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi ILO'nun denetim organları önüne gelen meselelerle ilgili olarak yaptıkları değerlendirmelerde grev

¹ Hakkın korunması bakımından uluslararası diğer düzenlemeler için bkz. The Right to Strike and the ILO: The Legal Foundations, March 2014.

² Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5 th. Edn., 2006.

hakkının örgütlenme hakkının doğal sonucu ve işçilerle işçi örgütlerinin temel hakkı olduğunu kabul etmiştir. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesine göre 87 sayılı Sözleşmenin 10. maddesi sendika hakkını, çalışanların kendi mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek için örgütler kurmak olarak düzenlemiş ve 3. maddede örgütlerin bu amaçla tüzük ve iç yönetmeliklerle faaliyetlerini düzenlemesine imkan tanımıştır. Faaliyetler sendikaların işverenlerle müzakerelere girişme ve üyelerinin mesleki menfaatlerini etkileyen konularda görüş açıklamalarını da içerir. Dolayısıyla grev hakkı, işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunması için meşru bir vasıta olarak işçilerin ve işçi örgütlerinin ortak ve en önemli faaliyetlerinden birini oluşturur³.

Grev hakkı sınırsız değildir. ILO Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de grev hakkının mutlak bir hak olmadığı, hakkın kanunla getirilen meşru sınırlamalar çerçevesinde kullanılabileceğini kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki, ILO'nun sözleşmeleri ve Denetim Organlarının kararlarında **“toplu eylem”** ibaresi geçmemektedir. Ancak greve ilişkin açıklamalar ve tespitler dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uygulanan grev dışında bir kısım eylemlerin korunduğu, işin tümüyle bırakılması dışında farklı eylem türlerinin grev kavramı altında ele alındığı tespit edilmekte olup, bu noktada ILO tarafından özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından kullanılan toplu eylem hakkı ile büyük ölçüde örtüşen bir grev kavramının benimsendiği söylenmelidir.

ILO özellikle saf politik grevlerin örgütlenme özgürlüğü alanına girmediklerini kabul eder. Zira bunlarda ekonomik ve sosyal menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi amacı bulunmaz. Dayanışma ve sempati grevlerinin tümüyle yasaklanmasının kötüye kullanmalara sebebiyet verebileceği kabul edilir. Bu tür eylemlerin meşruiyeti, desteklenen grevin yasal olması şartına bağlıdır. Aletlerin bırakılması, işi yavaşlatma, oturma, aşırı kurallı çalışma gibi eylemler barışçıl şekilde gerçekleştirildiği sürece korunmalı, barışçıl nitelik bulunmadığı takdirde kısıtlanmalıdır⁴. Yine ILO Sendikal Özgürlükler Komitesi de, grev hakkının yalnızca sözleşmenin imzalanmasından önceki uyuşmazlıklarla sınırlanamayacağını, üyelerinin sosyal ve ekonomik menfaatlerini ilgilendiren hususlarda memnuniyetsizliklerini ifade edebilmeleri gereğini kabul etmiştir⁵. Ancak bir toplu iş sözleşmesinin devamı sırasında grev yasaklanmışsa toplu sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili tarafsız ve hızlı mekanizmalar kurulmasının gerektiğini belirtmiş⁶, bir başka deyişle belirli koşullar altında toplu sözleşmesinin devamı sırasında grev hakkının yasaklanabileceğini kabul etmiştir.

³ J.Hodges-Aeberhard/A. Odero de Dios, “Principles of the Committee on Freedom of Association Concerning Strikes”, International Labour Review, Vol. 126, No. 5, 1987; J.R. Bellace, “The ILO and the Right to Strike”, International Labour Review, Vol. 153 (2014) N.1, 30; M. Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Hakkını Kapsar mı?”, Çalışma ve Toplum D., 2008/3, 141-142.

⁴ B. Gernigon/A. Odero/H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining”, International Labour Review, Vol. 139 (2000), No. 1, 444 vd.

⁵ Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 1996, para. 484; 2006 Digest, para. 531.

⁶ 2006 Digest, para. 533.

b. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Sosyal Şartı'nın 6/4. maddesine göre; **“menfaat uyuşmazlıkları halinde, işçilerin ve işverenlerin daha önce yürürlüğe giren toplu sözleşmelerden ortaya çıkmış olabilecek yükümlülükler saklı kalarak, grev hakkı dahil, toplu eylemde bulunma hakkını tanurlar”**.

Görüldüğü gibi Avrupa Sosyal Şartı'nda;

-Toplu eylem hakkı, grev hakkını da dahil olduğu bir üst kavram olarak tanınmıştır.

-Toplu eylem hakkı kapsamına işverenler tarafından başvurulabilecek eylemler de dahil edilmiştir.

-Toplu eylem hakkına menfaat uyuşmazlıklarında başvurulabileceği öngörülmüş, **hak uyuşmazlıkları kapsam dışında** tutulmuştur⁷.

-Toplu eylem hakkı sınırsız bir hak olarak kabul edilmemiştir. Nitekim, Şartın 6/4 ve 31. maddeleri bu esası ortaya koymaktadır. Devletler 31. madde hükümlerine uygun olmak kaydıyla grev hakkını yasalarla düzenleyebilirler.

Avrupa Sosyal Şartı'nda toplu eylemin grevi de kapsayan bir üst kavram olarak benimsenmesinin sonucu olarak kurallı çalışma, iş yavaşlatma, boykot, işyeri işgali gibi toplu eylemler hakkın kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak konuya ilişkin olarak normatif ve detaylı esaslar ortaya konulmamıştır. Bu noktada esas itibarıyla grev kavramı üzerinde yoğunlaşılırsa da, diğer toplu eylemlere ilişkin açık tespitler bulunmadığı ve grev ile diğer toplu eylemler arasındaki sınırlar belirlenmediğinden, grevin de tam bir tanımının yapılmadığı belirtilmektedir. Ancak kelime anlamıyla işin belirli bir süre ile tümünden bırakılmasının grev olarak kabul edildiği tespit edilmektedir⁸. Grev kavramı bakımından işin geçici süreyle durdurulması objektif koşulu oluştururken, sübjektif unsur meşru bir amacın bulunması gereğidir. İşçiler ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak amacıyla grev hakkını kullanabilirler.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin ilk kararlarında hükümde korunan toplu eylem hakkının sadece çıkar uyuşmazlıklarında geçerli olduğu, hak uyuşmazlıklarında özellikle **toplular iş sözleşmesinin varlığı, yorumu, geçerliliği veya ihlaline ilişkin hak uyuşmazlıklarında**, örneğin yürürlüğü süresinde içeriğinin değiştirilmesi amacıyla toplu eylem yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada amaç bakımından sınırlama ortaya konulmuştur. Bir toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesinin hak uyuşmazlığı olarak değerlendirilmesi Komitenin Alman ve İskandinav iş hukuku sistemlerindeki kavramı açıkça kullanmamakla birlikte “barış borcu”ndan hareket ettiğine işaret etmekte olup, tartışmalara neden olmuştur⁹.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin kararları 2002 yılına kadar bu yönde devam ederken, 2002 yılında toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince “barış borcu”nun varlığına ilişkin yasal düzenleme getirilmesinin Şartın 6. maddesine aykırı olduğu, ancak TİS taraflarının bu yönde bağlayıcı düzenleme getirebileceğini kabul etmiştir. Bu yorum Almanya, İskandinav ülkeleri ve Malta bakımından Şartın yürürlüğünden 35 yıl sonra mevzuatın uyumu sorununu bera-

⁷ Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6§4, 38; Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008.

⁸ S. Evju, “The Right to Collective Action Under The European Social Charter”, European Labour Law Journal, Volume 2 (2011) No.3, 203.

⁹ Evju, 204.

berinde getirmiştir. Ancak bir sonraki denetim dönemi olan 2004 yılında Komite tekrar görüş değiştirerek barış borcunun yasa ile getirilebileceğini, TİS'de açıkça yer almasa bile mahkemelerin bunu uygulayabileceğini benimsemiştir. Komite bu noktada barış borcunun tarafların gerçek iradelerini ve arzularını yansıttığından hareket etmiştir. Komite Norveç ve Danimarka'yla ilgili olarak kararlarında bu hususa açıkça yer vermiştir. Komite Norveç'e ilişkin değerlendirmelerinde, Norveç endüstri ilişkileri sisteminde toplu sözleşmelerin belirli bir süreyle grevin yasaklandığı sosyal barış anlaşması olarak görüldüğünü, barış borcunun sözleşmesel bir borç olduğunu, yasayla getirildiğini belirtmiştir. Borç sözleşmenin varlığı, geçerliliği, yorumu ve uygulanmasıyla ve sözleşmeden doğan haklarla ilişkilidir. Norveç sistemi dikkate alındığında barış borcunun sosyal tarafların arzusu olduğu ve sistemin Şartın 6/4 maddesi ile uyumlu olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Belirtmek gerekir ki, benzer açıklamalar Danimarka için de yapılmıştır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi 2014 tarihli faaliyet raporunda toplu iş sözleşmesinin yapılması amacı taşımayan grevleri yasaklayan Alman Mevzuatına ilişkin önceki yıllardaki görüşünü değiştirdiğini belirtmiştir. Komiteye göre Alman Hukukundaki bu düzenleme hak uyuşmazlıklarının mahkeme tarafından çözümlenmesi esasına dayanır. Toplu eylem ise toplu menfaat uyuşmazlıklarında söz konusu olur. Bu noktada, toplu menfaat uyuşmazlıklarında toplu eylem hakkına aşırı sınırlamalar getirilmediği sürece Alman Hukukunun Şartın 6/4 maddesi ile uyumlu olduğu söylenmelidir. Ancak mahkeme kararı ile çözümlenemeyen ve toplu iş sözleşmesinin yapılmasının dışında kalan menfaat uyuşmazlıkları bulunabilir ve bu noktada toplu eylem hakkı kullanılabilir¹¹.

Görüldüğü gibi Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, menfaat uyuşmazlığında greve gidilebilmesi yönündeki md. 6/4'ü yorumlarken menfaat uyuşmazlığı kavramını da ortaya koymuştur. Komite'ye göre, menfaat uyuşmazlığı yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında söz konusu olabileceği gibi, mevcut bir toplu sözleşme sırasında da ortaya çıkabilir. Bu noktada salt yeni bir toplu iş sözleşmesinin bağitlanması amacıyla greve gidilebilmesi Şart ile uyumlu değildir. Zira, toplu pazarlık sözleşme dışındaki hususlarda da söz konusu olabilir. Örneğin toplu iş sözleşmesinin devamı sırasında da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gibi amaçlarla toplu eylem hakkı kullanılabilir. Yine bir işletmenin toplu işçi çıkarmayı planlaması veya karar vermesi ve bir kısım işçinin bunu önlemek için veya çıkarılanların yeniden alınması için toplu pazarlık kullanılabilir. Komiteye göre toplu pazarlık bir veya birden fazla işveren ile işçi organı "de facto" veya "de jure" arasında ortak bir problemin çözülmesini amaçlayan bir pazarlığı ifade eder. Toplu sözleşmenin varlığına ve değiştirilmesine yönelik olarak kullanılmadığı sürece bir toplu iş sözleşmesinin varlığı toplu eylem hakkının kullanılmasına engel oluşturmaz.

Yukarıda da belirtildiği gibi toplu eylem hakkı sınırsız olmayıp, bu hakkın kullanımına getirilecek çeşitli sınırlamalar Şarta uygun kabul edilmiştir. Bu çerçevede kimlerin grev yapabileceği, grev hakkının kullanılmasından önce geçilmesi gereken prosedür hükümleri, greve başvurmadan önce barışçı çözüm yollarının denenmiş olması, bazı işyerlerinde grev sırasında işyerindeki bir ta-

¹⁰ Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008, 56; Conclusions 2004, Norway, 404.

¹¹ European Committee of Social Rights, Activity Report 2014, 25.

kım faaliyetlerin sürdürülmesi yolundaki yasal düzenlemeler grev hakkına getirilebilecek sınırlamalar arasında kabul edilmiştir¹².

Türkiye 1961 tarihinde imzaya açılan Avrupa Sosyal Şartını ve 1996 tarihinde imzaya açılan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını imzalamış ve onaylamak üzere kanun çıkarmış, “Örgütlenme Hakkı” ve “Toplu Pazarlık Hakkı” na ilişkin maddeler ise onaylanmamıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’ye ilişkin kararlarında Şartın ilgili hükümlerini de uygulamıştır.

c. AB Temel Haklar Şartı

AB Temel Haklar Şartı md. 28’de “Menfaat uyuşmazlıklarında çıkarların korunması için grev de dahil toplu eylem” hakkı tanınmıştır. Grev dışındaki eylemler bazı AB ülkelerinde halen yasaktır. Örneğin, Almanya, Danimarka, Fransa, Avusturya’da işyeri işgali, işyerinin girişinin engellenmesi, oturma eylemleri bir kısım medeni hakları ihlal edici, hukuka aykırı eylemler olarak kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki, AB hukukunda toplu eylem hakkının hak olarak tanınıp tanınmayacağı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalar toplu eylem hakkının nasıl, ne şekilde kullanılabileceği, sınırlarının tespiti konusunda.

AB Temel Haklar Şartı’nın 52. maddesinde toplu eylem hakkının sınırlandırılmasına izin verilmiştir. Bununla birlikte maddede sınırlandırmanın “kanunla getirilmesi ve hakkın özünü koruması” ayrıca “ölçülülük ilkesine uygun olması” nihayet “gerekli ve Birliğin gerçek amaçlarını karşılaması, diğerlerinin hak ve çıkarlarının korunması ihtiyacını dikkate alması gerekir”¹³. Nitekim Adalet Divanı Laval ve Viking kararlarında toplu eylem hakkının AB Temel Haklar Şartının bir parçası olduğunu kabul etmekle birlikte, Şartın 28 ve 52 maddeleri uyarınca bu hakkın sınırlandırılabilirliğini ve hatta çok tartışılan bir biçimde ekonomik özgürlükler karşısında toplu eylem hakkı söz konusu olduğunda, toplu eylem hakkının meşru bir amacı olduğunu ve orantısız bulunmadığını ispat yükünün de sendikada olduğunu kabul etmiştir¹⁴.

d. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” 1953 yılında yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından da 04.11.1950 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin 11. maddesi “Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki maddede veya Sözleşmenin herhangi bir diğer maddesinde toplu eylem hakkı düzenlenmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uzun yıllar toplu sözleşme ve toplu eylem hakkını maddenin kapsamında görmemiştir. Mahkemenin bu tutumunun nedeni 2. Dünya Savaşı sonrasında medeni ve politik haklarla,

¹² A.M. Swiatkowski, “Resocialising Europe through a European Right to strike modelled on the Social Charter”, *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, ed. N. Countouris/M. Freedland, Cambridge 2013, 400 vd.

¹³ B. Bercusson, *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Brüksel 2002, 81-83.

¹⁴ A. Hinajeros, “Laval and Viking: The Right to Collective Action versus EU Fundamental Freedoms” *Human Rights Law Review*, 8: 4, 2008, 714 vd.

sosyal ve ekonomik hakların ayrı başlıklar altında ele alınması olarak değerlendirilmektedir. Bu dönemde AİHM Sözleşmenin 11. maddesi altında sendika kurma ve katılma hakkını sendikaların üyelerinin çıkarlarını koruma için tanımış bir hak olarak görmüş, ancak grevi bu kapsama dahil zorunlu bir hak olarak kabul etmemiştir¹⁵. Sonuç olarak grev hakkına müdahalenin sadece iki halde md. 11'in ihlali olabileceğini benimsemiştir. Bunlardan ilki sendikaların işçilerin çıkarlarını adil olarak korumak için alternatif yöntemler kullanmasının engellenmesi ve grev hakkının kullanılmasının sınırlanmasında ayrımcılığın söz konusu olması halinde ihlalin sözkonusu olabileceği sonucuna varmıştır. Demir ve Enerji davasına kadar örgütlenme özgürlüğünün, fiili olarak işveren tarafından sendikaların kendi üyelerinin yararına dinlenilmesine razı edilmesi anlamına geldiği kabul edilmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme özellikle Türkiye'ye ilişkin Demir Baykara ve Enerji Yapı Yol Sen kararlarında toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkının 11. maddeye dahil olmadığı yolundaki görüşünü yeniden değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 11. maddesinin toplu sözleşme hakkını içerdiği gibi aynı zamanda toplu eylem hakkını da içerdiği sonucuna varmıştır¹⁶. Türkiye aleyhine hüküm oluşturulan bu kararda Türkiye'nin istisna tuttuğu Avrupa Sosyal Şartı'nın toplu pazarlık hakkına ilişkin 6. maddesine ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin yorumlarına, Avrupa Temel Haklar Şartının 28. maddesine atıf yapılmış, Türkiye'nin bağlı olmadığı sözleşme hükümlerini dolaylı olarak uygulanmıştır. AİHM'e göre; devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen bir dizi kural ve ilkelerin Avrupa Devletlerinin ortak uluslararası veya ulusal standartları haline gelmesi Mahkeme tarafından dikkatten kaçırılmaması gereken bir realitedir. Bu yorum çerçevesinde, uluslararası hukuk normlarında ortak temele sahip sözleşme hükümleri yorumlanırken, ilgili devlet tarafından konuya ilişkin tüm sözleşmelerin onaylanıp onaylanmadığı arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Mahkeme için uluslararası vasıtaların, uluslararası hukuk veya Avrupa Konseyinin üyesi devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelere sürekli bir gelişime işaret etmesi, belirli bir alanda modern toplumlardaki ortak temelleri ifade etmesi yeterlidir.

Enerji Yapı Yol Sen davası, toplu pazarlık hakkını örgütlenme hakkının esaslı bir unsuru olarak kabul eden Demir Baykara'dan sonra mahkeme önüne gelmiş ve mahkeme grev hakkının, Sözleşmenin 11. maddesi kapsamında toplu pazarlığın sonucu olduğunu belirtmiştir. AİHM grev hakkının mutlak bir hak olmadığını belirli sınırlama ve koşullara bağlı olabileceğini kabul ederken, özellikle kamu görevlileri ile ilgili olarak sınırlamaların açık ve dar olarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Sonuç olarak Mahkeme sendika üyelerinin grev veya diğer endüstriyel eylemlerde yer alma konusundaki meşru çıkarları karşısında, hakkın kullanılmasını gerekçesiyle disiplin cezası uygulanmasının, madde 11 ile bağdaşmaz olduğunu kabul etmiştir. Ancak grev hakkı mutlak

¹⁵ National Union of Belgian Police v. Belgium App. No. 4464/70, 27 October 1975; Swedish Engine Drivers Union v. Sweden App. No. 5614/72, 6 February 1976; Schmitz Dahlström v. Sweden App. No. 5589/72, 6 February 1976; Unison v. United Kingdom App. No. 53574/99, 10 January 2002; Wilson, National Union of Journalist and Others v. United Kingdom App. No. 30668/96, 2 July 2002; Dilek and Others v. Turkey, App. No. 74611/01, 17 July 2007.

¹⁶ Demir -Baykara v. Turkey (34503/97 ECHR 2008-11-12); Enerji Yapı Yol Sen v. Turkey (68959/02 ECHR 2009-07-30).

hak olmadığı için belirli sınırlamalara ve koşullara bağlı tutulabilecek olup, md. 11/2'de öngörülen sıkı bir ölçülülük denetiminden geçmelidir. Dolayısıyla hakka getirilebilecek sınırlamalar yasayla öngörülmüş, baskın sosyal ihtiyaca dayalı olmalı ve hakkın varlığını korumak için mümkün olduğunca dar olarak belirlenmelidir¹⁷.

Mahkeme sendika özgürlüğü ve örgütlenme hakkının içeriğini ve çerçevesini belirlerken uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerine dayanmıştır. Mahkeme 87, 98 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerini ve ILO'nun denetim organlarının tespitlerini esas almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhinde verdiği bu kararlar kamu görevlilerine (memurlara) ilişkindir. Kararlarda, kamu görevlilerinin **bir günlük iş bırakma** ve iş yavaşlatma eyleminin durdurulmasına ilişkin genelge ve buna dayalı olarak verilen disiplin cezası ele alınmıştır.

e. AIHM'in toplu eylem hakkına bakışı noktasında önem taşıyan İngiltere için verdiği 2014 tarihli karar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8 Nisan 2014 tarihli kararında İngiliz Hukukunda grev için getirilen katı sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 11'e aykırı olup olmadığı ele alınmıştır¹⁸.

Mahkeme kararına konu başvuru 80.000 üyesi bulunan "Ulusal Demir, Deniz ve Taşıma İşçileri Sendikası" tarafından yapılmıştır. Başvuru iki ayrı yasal sınırlamaya ilişkin olup bunlardan ilki grev oylaması ikincisi ise konumuzla ilgili olarak ikincil grev eylemine (dayanışma eylemine) ilişkindir.

Karara konu olayda Jarvis Plc grubuna dahil şirketler olan Fortline Limited ve Jarvis Rail'de toplam 1200 kişi çalışmakta olup 569'u sendika üyesidir. 2007 Ağustos ayında Fortline Limited 20 işçinin çalıştığı bir bölümü bir başka işverene devretmiştir Devralan Hydrex Equipment işçileri esasen daha düşük ücret ve haklarla çalışırken, devre konu işçiler yasal düzenleme gereği hakları aynen korunarak çalıştırmaya devam edilmiştir. Mart 2009'da devralan işveren Hydrex Equipment, devre konu işçilere zor piyasa şartları nedeniyle ücretlerini diğer işçilerin seviyesine indirmek istediğini bildirmiştir. Planlanan bu indirim ücrette % 36-40 oranına tekabül etmektedir. Bu arada sendika ile görüşmeler yapılsa da uzlaşma sağlanması mümkün olmamıştır. Şirketin ücretlerde indirime ilişkin planını uygulamakta kararlı olması üzerine, işyerinde bir grev oylamasına gidilmiş ve işçilerin greve evet demesi üzerine 6-9 Kasım 2009'da grev yapılmıştır. Greve katılanlar aynı zamanda işyeri içinde grev gözcülüğü organize etmiştir. Hydrex ise yasaya göre grev gözcülüğünün sadece işyeri dışında yapılabileceği ve yasa dışı eylem nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olunabileceği yolunda bir uyarıda bulunmuştur. İkinci grev 18-20 Kasım 2009'da ilan edilmiştir. Ancak Hydrex'in müzakereye istekli olduğunu bildirmesi üzerine ertelenmiş ve Hydrex tarafından bir revize teklif sunulmuştur. Sendika işçilere bu teklifi kabul etmelerini önermişse de, teklif işçiler tarafından kabul edilmemiştir. Sendikanın Hydrex içinde üye sayısının azlığı ve grevin faaliyet üzerinde ciddi bir etkisinin bulunmayacağını dikkate alan Sen-

¹⁷ Demir –Baykara v. Turkey; Ayrıca bkz. D. Köksal, "AIHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, 28 Şubat 2015, 55 vd.

¹⁸ National Union Rail, Maritime and Transporter Workers v. UK, 31045/10 ECHR, 08.04.2014.

dika bu kez Jarvis üyelerini harekete geçirmeye karar vermiş ve dayanışma grevi organize etmiştir.

İngiliz Hukukunda ikincil eylem (dayanışma grevi) 1927 tarihli Trades Disputes and Trade Union Act ile yasa dışı kabul edilmiştir. Bu düzenleme 1926 tarihli genel grevin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. 1947 tarihli Trades Disputes and Trade Unions Act ile yasak kaldırılmıştır. 1974 tarihli Trade Unions and Collective Relations Act ile daha geniş koruma getirilmiştir. Halen mevcut düzenleme ise 1990'da Employment Act ile kabul edilmiş ve 1992'de konu tekrar ele alınarak yasaklanmıştır. Hükümet ikincil eylemin yasaklanmasının nedenlerine ilişkin olarak 1970'li yıllarda yaşananlara dayanmıştır. 1970'lerde grev yüzünden her yıl 12.9 milyon gün kaybının bulunduğu, 1980'lerde 7,2 milyon güne halen ise 700.000 güne düştüğü belirtilmiştir. Buna göre grev nedeniyle kayıp gün sayısının azalmasının nedeni, ikincil grevlerin yasaklanmasıdır.

Başvurucu Sendika uluslararası düzenlemeleri davada temel olarak ileri sürmüştür. Bu düzenlemeler arasında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına değinilmiştir. ILO'nun 87 sayılı sözleşmesinin Birleşik Krallık tarafından 1949 yılında imzalandığı, sözleşmenin grevden söz etmemesine rağmen, Uzmanlar Komitesinin sözleşmenin 3 ve 10. maddelerini temel alarak grev hakkına ilişkin bir dizi ilke kabul ettiği belirtilmiştir. Komitenin dayanışma grevlerine ilişkin tespitlerine genel olarak yer verildikten sonra 1989 yılında Birleşik Krallık ile ilgili yapılan eleştiriler vurgulanmıştır. Bu eleştiriler common law'un tüm grev ve endüstriyel eylemleri bir medeni hukuk konusu olarak yasadışı sayması, greve giden işçilerin sorumluluğuna gidilebilmesi, grev gözcülüğünün yasa ile sınırlandırılması ve dayanışma grevinin 1980'de yasaklanmasıdır. Bu düzenlemeler uyarınca boykot veya dayanışma grevine başvurulmaması Komite'ye göre sözleşmeye aykırıdır. Eğer desteklenen uyuşmazlık veya dayanışma grevi yasadışı değilse katılan işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını ilgilendiriyorsa yasal kabul edilmelidir. Aynı eleştiri Birleşik Krallık için 1995 yılında ve 2012 yılında da yapılmıştır. 2012 yılında Komite Trade Union and Industrial Relations Act'in ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesini talep ederken, Hükümet gerekçelerin değişmediğini ve bu nedenle bir yasal değişiklik yapılmasının düşünülmediğini bildirmiştir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de 1993 ve 2010 yıllarında Birleşik Krallık ile ilgili eleştiriler getirmiştir. Bu eleştiriler arasında barışçıl eylem uygulaması dışında ikincil nitelikteki endüstriyel eylemler (dayanışma grevleri) için bireylere güvence getirilmemiş olması, eylemde yer alan işçilerin işten çıkarılmasına karşı destek olmak için endüstriyel eylem organize edilmesine karşı güvence getirilmemiş olması, toplu eylemin sadece işçilerle işverenleri arasındaki uyuşmazlıkla sınırlanmış olması ve işyeri devri durumlarında gelecekteki işveren ve iş koşullarına yönelik bir toplu eylemin yasaklanmış olması yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında öncelikle Sözleşmeler Hakkında Viyana Konvansiyonuna da dayanarak toplu eylemin AİHS md.11 kapsamında bir hak olduğunu belirtmiş ve Demir/Baykara kararına da atıf yapmıştır. Mahkeme ardından bu hakka müdahale için md.11'de belirtilen meşru nedenlerin bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir.

Mahkeme bu noktada asli ve tali eylemler, yani grev ve dayanışma eylemleri arasında ayırma gitmiştir. Grev dışı dayanışma eylemlerinde diğer kişi-

lerin hak ve özgürlüklerinin olası ihlalinin söz konusu olabileceği ve bu noktada daha geniş bir sınırlandırma yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir. Yine Demir/Baykara olayında konunun doğrudan Türk Mevzuatında kamu görevlilerine sendika hakkı tanınmaması olduğunu ve bu nedenle aynı esasların uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, ILO ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından İngiltere’de grev dışı toplu eylemlerin tümüyle yasaklanması eleştirilmektedir; ancak denetim organları tarafından yapılan olumsuz değerlendirmeler somut olay bakımından ikna edici değildir. İlgili devletin sosyal ve ekonomik stratejileri ile ilgili müdahale yetkisi geniş tutulmalıdır. Ulusal otoriteler ve özellikle seçilmiş Parlamento’nun kamu çıkarını ve sosyal ekonomik çıkarları uluslararası hakimden daha iyi bilecek durumda olduğu kabul edilmelidir.

Kararda ilginç noktalardan biri; Mahkemeye göre Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin yetkisini tanıyan ve Avrupa Sosyal Şartını Değiştiren Protokolü Birleşik Krallık imzalamadığından Sosyal Haklar Komitesinin konuya ilişkin değerlendirmelerinin bağlayıcı olmadığı ve yine ILO’nun Uzmanlar Komitesinin görüşlerinin ve tavsiyelerinin esnek hukuk kuralları niteliğinde olup, bağlayıcılık taşımadığıdır. Mahkeme Birleşik Krallık mevzuatındaki bu yasağın 20 yıldan uzun süre ile yürürlükte kaldığını ve bir demokratik uzlaşma ile kabule işaret ettiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca burada tümüyle yasaklamanın doğrudan **ölçülülük ilkesine** aykırı olmadığını kabul etmiştir.

AİHM bu noktada İngiliz Hukukunun dayanışma niteliğindeki toplu eylemleri yasaklayıcı düzenlemesinin AİHS md. 11’e aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁹. Sonuç olarak AİHM ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi kararlarında toplu eylem hakkının tanındığı ancak belirli sınırlamaların öngörüldüğü, her bir olayın ve hukuki sistemin özelliklerinin dikkate alındığı, örneğin Demir/Baykara olayının özelliklerinin 2014 tarihli İngiltere için verilen karardan farklı olduğunun kabul edilerek somut olayın özellikleri ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

AİHM’in gerekçeleri dikkate alındığında bu kararın bugüne kadar verdiği kararlardaki temel görüşünden, hareket noktasından sapma oluşturmadığı ancak her bir somut olay bakımından değerlendirme yapılması gerektiğini ortaya koyduğu söylenmelidir.

2. Toplu Eylem Hakkının Sınırları

Uluslararası belgeler ve denetim organlarının kararları incelendiğinde, toplu eylem hakkının grevi de kapsayan bir üst kavram olduğu ve hakkın kapsamında işçilerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek amacına dayalı barışçıl eylemlerin yer aldığı söylenmelidir. Uluslararası sözleşmelerin denetim organlarının kararlarında, toplu eylem hakkının salt toplu iş sözleşmesi prosedürü ile bağlantılı olarak tanınmasının sözleşmelerle korunan hakkın ihlali niteliğini taşıyacağı kabul edilmiştir. Ancak saf politik grevler korunmayacağı gibi, diğer eylemler de hak-

¹⁹ N. Tatulashvili, “When Can European States ban secondary strikes? Comments on the RMT Judgement, EU Law Analysis, 2 May 2014; M. Engin, “Sendikal Hak ve Özgürlüklere İlişkin AİHS Hükümleri, AİHM Kararları ve Türk Hukuku”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, 28 Şubat 2015, 145 vd.

kın özüne uygun olarak sınırlanabilir. Toplu eylem hakkı mutlak bir hak niteliği taşımaz.

Türk Hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede, uluslararası normlar ve AY md. 90 hükmü ile Anayasa md. 54'de yapılan değişiklik gerekçesi dikkate alındığında toplu eylem hakkının grev dışında kalan barışçıl amaçlı eylemleri de kapsadığı kabul edilmelidir²⁰. Nitekim Y7HD, yasa ile havacılık hizmetlerinde grev hakkının yasaklanması girişimi üzerine Türk Hava Yolları işçilerinin işi bırakmalarını²¹ AY md. 90 uyarınca uluslararası normlara dayanarak toplu eylem hakkının kullanımı olarak değerlendirmiştir.

Kuşkusuz her hak gibi toplu eylem hakkının da sınırları mevcuttur ve olmalıdır. Kamunun ve üçüncü kişilerin yararı ki, genel sağlık ve milli güvenlik yanında tekel niteliğindeki toplu taşıma, gıda, ısınma vb. hizmetler bakımından sınırlamalar uluslararası denetim organları tarafından da geçerli kabul edilmiştir. Hakkın özünü ortadan kaldırmayan, demokratik bir toplumda gerekli görülen sınırlamalar meşru ve geçerli sınırlamalardır.

Toplu eylem hakkının kullanımındaki sınırlamalar amaç ve yöntem bakımından söz konusu olabilecektir.

a. Toplu İş Sözleşmesine Dahil Barış Borcu ve Toplu Eylem Hakkı

Bilindiği gibi toplu iş sözleşmesinin işlevi, klasik koruma işlevi ve düzen-istikrar unsurudur. Koruma işlevi sendikal örgütler vasıtasıyla eşit pazarlık gücüne sahip tarafların çalışma koşullarının tespitinde karşılıklı müzakereye girişmelerinin sağlanması ile gerçekleşir. İşçi-işveren ilişkilerindeki temel eşitsizlik, işçilerin serbestçe seçtikleri sendikada örgütlenmeleri ve işverenle eşit pazarlık gücüne sahip olarak çalışma koşullarını belirleyebilmeleri yoluyla giderilir²².

Düzen-istikrar işlevi ise toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte oldukları süre içinde kapsamlarına giren iş ilişkilerinde bir benzerlik sağlanması, devlet müdahalesinden korunmuş özerk alan içinde çalışma koşullarının düzenlenmesi, çalışma koşullarının sözleşme süresi içinde sürekliliği açısından bir güvence getirilmesi anlamına gelir. Toplu iş sözleşmesi iş koşulları bakımından yürürlük süresi içinde istikrar sağlar ve böylece işçilere yürürlük süresi içinde kesin haklar sunar, işverene de üretim ve ücretler bakımından güvenli hesaplama temeli verir²³.

Toplu iş sözleşmesinde barış borcu çifte nitelikli bir borç olarak toplu sözleşme taraflarına bir yandan, sözleşme süresince karşı tarafa yönelik bir iş

²⁰ G. Alpagut, "6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum", Legal D., 2012, Sayı 35, 52; aynı yazar, "Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bir Bakış", Çimento İşveren D., Temmuz 2010, 8 vd.

²¹ Y7HD., 04.06.2014, 7643/12368, Çalışma ve Toplum D., S. 43, 2014/4, 273 vd; aksi yönde Y22 HD, 14.5.2013 7515/10949, Çalışma ve Toplum D., S.2013/3, s.611-620. Yargıtay 7HD'nin bir başka olayda toplu eylem hakkını kabul eden kararı için bkz. 11.06.2014, 7358/13055.

²² A.C. Tuncay/F.B. Savaş-Kutsal, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, 2015, 135 vd.; M. Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 5. Bası, 2015, 385; T. Dieterich/P. Hanau/G. Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, 2016, § 9GG, Rn. 112.

²³ Sur, 385, Tuncay/Savaş-Kutsal, 136, Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri, 3. Bası, 2016, 311-312.

mücadelesine girişmeme ve üyelerini bu yönde yönlendirmeme (kaçınma yükümü, negatif yükümlülük), diğer yandan sözleşme süresince üyelerinin bu yöndeki davranışlarına meşru vasıtalarla engel olma (etkide bulunma, pozitif davranış yükümlülüğü) getirir. Bu noktada barış borcu toplu iş sözleşmesinin süresi içinde tarafların çalışma koşullarının güvencelenmesi konusundaki çıkarlarına hizmet eder. Taraflar mevcut toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan çalışma koşullarına karşı bir iş mücadelesi aracına (grev, lokavt vb) başvuramazlar. Esasen Avrupa Sosyal Şartı, ILO ve diğer uluslararası belgelerde ve yine karşılaştırmalı hukukta kabul edilen esas toplu iş sözleşmesinin süresi içinde, toplu iş sözleşmesinde mevcut çalışma koşulları bakımından barış borcunun bulunduğu ve bunun toplu sözleşmenin özünden kaynaklandığı gibi ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin de dayanak olarak kabul edilebileceği yönündedir²⁴. Bu açıdan Türk Hukukunda toplu iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması istikrar unsuruna işaret etmekte ve barış borcunu güçlendirmektedir.

Baskın görüşe göre barış borcu toplu iş sözleşmesi taraflarını bağlar ve ancak işçiler sendika içi düzenlemelerle sendikaya karşı sorumludurlar. Bir diğer görüş ise, Fransa ve Birleşik Devletlerde olduğu gibi, barış borcunun işçinin de borcu olduğunu, işçinin üyelikle zımnen bu yükümlülük bakımından sendikayı yetkilendirdiğinden hareket etmektedir²⁵.

Barış borcunun salt toplu iş sözleşmesi taraflarını bağladığı kabul edilse bile, borç toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince çalışma koşullarında istikrarın sağlanmasını gerektirir ve bu nedenle iş mücadelesi araçlarının (grev vb.) kullanılmasını önler. Zira, bu dönem için tarafların karşılıklı eşitliği esasına dayalı toplu sözleşme özerkliği dahilinde bağlanmış sözleşme ve çalışma koşulları mevcuttur. Toplu sözleşmenin devamı sırasında ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir takım eylemlerin hukukiliği kabul edilebilirse de, sözleşme ile kararlaştırılan çalışma koşullarının değiştirilmesi yönündeki eylemler barış borcunun içeriği ile bağdaşmaz²⁶. Nitekim yukarıda yer verilen Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin görüşleri de bu yolda olup, salt yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin varlığı toplu eylem hakkının kullanılabilmesine engel olmamakla birlikte, hak mevcut bir sözleşmenin varlığına, yorumuna veya değiştirilmesine yönelik olarak kullanılamaz. Bu noktada Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin nispi barış borcundan hareket ettiği söylenebilir.

b. Amaç Bakımından Toplu Eylem Hakkının Sınırları

Öncelikle işçilerin amacının çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek olmadığı hallerde meşru bir eylemden söz edilemez. Öte yandan barışçıl nitelikte olmayan, işyerini tahrip edici, işyerinde diğer işçilerin çalışmasını engelleyici, işyerine diğer işçilerin veya işverenin girişini engelleyici eylemler uluslararası düzenlemeler tarafından meşru görülmez ve örgütlenme hakkı kapsamında kabul edilmez.

²⁴ M.A. Pfohl, Die Friedenspflicht der Tarifvertragsparteien Entwicklung und rechtliche Neubewertung von Kriterien zur Bestimmung ihrer Reichweite vor dem Hintergrund der sich verändernden Tariflandschaft, 2011, 25-26; Erfurter Kommentar, §9 GG, Rn. 125.

²⁵ Pfohl, 22; Erfurter Kommentar, § 9 GG, Rn.125.

²⁶ A.C. Tuncay, "Dirlik (Barışı Koruma) Borcu Üzerine", Sicil, 2015, S.33, 26; G. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Auflage, 2015, § 192, Rn. 17.

ILO Denetim Organları kararlarında sistematik olarak müzakerelerin gerçekleşmesinden çok önce gerçekleşen grevlerin örgütlenme özgürlüğünün kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir²⁷.

ILO'ya göre, örgütlenme özgürlüğü ilkeleri, grev hakkını kullanırken cezai fiil teşkil eden suistimalleri korumamalıdır²⁸. Yine işçiler ve diğer kişiler tarafından üretim alanlarının işgal edilmesi özellikle de şiddete başvurulduğu durumlar 87 numaralı sözleşmenin 8. maddesine aykırıdır²⁹.

c. Yöntem Bakımından Sınırlama ve Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi birçok hukuk sisteminde, devlet ve yasa koyucu tarafından insan hakları ihlalleri ve gücün kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik temel ve bağlayıcı bir ilkedir. Temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılabilmesindeki makul sınırı ortaya koyar. Bu noktada alınan tedbir ve tedbirle meşru bir amacın izlenip izlenmediği belirleyicidir. Seçilen tedbir, hakkı en az zedeleyecek, en az zarar verecek ancak aynı zamanda amacı gerçekleştirmeye elverişli nitelik taşımalıdır. Bu anlamda tedbir sonucu verilen zarar ile izlenen amaç vasıtasıyla elde edilmek istenen yarar arasında tam anlamıyla ölçülülük bulunmalıdır³⁰.

Ölçülülük ilkesi birçok ülkede iş hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır. Alman Hukukunda grevin yasallığı bakımından ilke uygulanır. Alman Federal İş Mahkemesi 1971 yılında katılanlar, üçüncü kişiler ve kamu bakımından grev ve lokavtin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğine hükmetmiştir³¹. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi noktasında toplu eylem yasal amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmalı, bu amaçlarla ölçülü olmalı, sadece tüm diğer müzakereler başarısız olduktan sonra kullanılmalı (ultima ratio principle), amaca ulaşmak için gerekli olanı aşmamalı, her iki taraf yoğun olarak barışın yeniden tesisi için katkıda bulunmalı ve en kısa zamanda eylem sona erdirilmelidir. Dolayısıyla hakkın sınırları ve kullanımında ölçülülük kriterinin dikkate alınması gerekliliği ortaya konulmuştur.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Alman Hukuku ile ilgili raporlarında grev hakkının kullanılmasında ölçülülük ilkesinin dikkate alınmasını kural olarak Şartın 6/4 maddesine aykırı bulmuştur³². Buna göre ölçülülük ilkesi mahkeme tarafından denetime tabi tutulamaz, sosyal tarafların konusudur. Komite yaptığı değerlendirmelerde özellikle mahkeme kararlarını talep ederek ilkenin ne şekilde uygulandığını denetime tabi tutmayı ve bu konuda esasların ortaya konulmasını talep etmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise toplu eylem hakkı bakımından Laval davasında³³ ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Kararda toplu eylem hakkının temel

²⁷ Digest 1985, para.372.

²⁸ 294 th report, case no 1719, para. 668.

²⁹ Digest 2006, para. 546.

³⁰ Pnina Alon-Shenker/Guy Davidov, "Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts", McGill Law Journal-Revue de Droit de McGill, 2013, 379.

³¹ BAG 21.04.1971, AP Nr. 43.

³² G. Buchholtz, Streiken im europaeischen Grundrechtsgefüge, 2014, 128.

³³ Laval un Partneri Ltd. v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, C-341/05, (2007) ECR I-11845, (2008) 2CMLR 9 (Laval).

hak olduğu ancak belirli sınırlamalara tabi bulunduğu, Avrupa Birliğinin İşleşi Hakkında Sözleşme tarafından garanti altına alınan temel haklardan biri olan hizmetlerin temini hakkını ihlal edebileceğinden ölçülü olarak uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararda ve Viking kararında³⁴ varılan sonuçlar ekonomik çıkarlara sosyal çıkarlar karşısında öncelik tanınması noktasında eleştirilmiştir. Eleştiriler arasında ölçülülük ilkesinin uygulanmasının, grevlerin toplu sözleşme prosedürüyle bağlantılı olması karşısında isabetli olmadığı ve sendikanın taleplerine ölçülülük ilkesinin uygulanmasının güç olduğu, devletin ekonomik menfaatler konusunda tarafsızlığı prensibini olumsuz olarak etkileyeceği hususları bulunmaktadır³⁵. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin farklı şekillerde uygulanması gerektiği çeşitli yazarlar tarafından belirtilmektedir³⁶.

Kanada hukukunda özellikle işyerine girişi engelleyici şekilde protesto eylemleri bakımından tartışılmıştır. Öncelikle anayasal olarak eylemin izin verilmiş veya sınırlandırılmış olup olmadığı konusunda denetimin yapılması gerektiği, ardından sendika ve işveren çıkarları arasındaki ilişki ve bu eylemin elverişli (uygun) olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kanada Hukukunda anayasal bakımdan bu eylem ifade özgürlüğü kapsamında görülmektedir. Uygulama bakımından mahkemenin elverişlilik denetimi yetkisi bulunup bulunmadığı ise çeşitli mahkeme kararlarına konu olmuştur. Pepsi-Cola davasında Kanada Yüksek Mahkemesi bu tür bir eylemin suç veya haksız fiil oluşturmadığı sürece meşru olduğu, ifade özgürlüğüne dahil olduğu yolunda tepitte bulunmuştur. Ancak ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı, demokratik bir toplumda gerekli ve makul sınırlamalara tabi olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ikinci aşama olarak taraflar olan Pepsi Cola ve sendika arasındaki ilişkiyi değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre Pepsi Cola yöneticilerinin evlerinin önündeki protesto haksız fiil niteliğinde olup, durdurulması yönünde hüküm tesis edilmelidir. Ancak perakende satıcıların önünde yapılan barışçıl protestoya izin verilmelidir³⁷. Mahkeme eylemin işverenlere ve üçüncü kişilere ekonomik olarak zarar vermesini endüstriyel uyuşmazlıkların çözümünde gerekli bir maliyet olarak görmüş, ancak işyeri dışında diğer işçilerin girişini de engelleyecek şekildeki eylemleri problemliler olarak nitelendirmiştir. Buna göre bu eylemlerde nötr durumdaki 3. kişiye verilen zarar ön plandadır veya işveren bakımından tamir edilemez zararlar ortaya çıkar. Dolayısıyla ya bunlara izin verilmemeli veya bazı sınırlamalara tabi tutulmalıdır³⁸.

Kanada Hukukunda Ontario Yüksek Mahkemesi bir başka kararda bu tür bir eylemin öncelikle işveren üzerinde baskı uygulama amacı taşıması gerektiğini, ancak işyerine girişi beş dakikadan fazla engellenen ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağını, beş dakikalık sürenin uyuşmazlık hakkında bilgi ver-

³⁴ International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, C-438/05, (2007) ECR I-10806, (2008) 1 CMLR 51.

³⁵ B. Bercusson, "The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day", European Law Journal, 13.3, 2007, 279, 304.

³⁶ C. Barnard, "A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action", European Law Review, 37, 2012, 117; N. Hos, "The Principle of Proportionality in Viking and Laval: An Appropriate Standard of Judicial Review?", European Law Journal, 1.2, 2010, 236.

³⁷ RWDSU, Local 558 v. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd. 2002 SCC 8, (2002) 1 SCR 156 (Pepsi Cola).

³⁸ RWDSU, Local 558 v. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd. 2002 SCC 8, (2002) 1 SCR 156 (Pepsi Cola), para. 106.

me, işveren üzerinde sosyal ve ekonomik baskı uygulama amacının yerine getirilmesinde yeterli olduğu, daha fazla gecikmenin haklı kılınamayacağını kabul etmiştir³⁹. Belirtmek gerekir ki, karar çeşitli yönleri ile tartışmaya açık olarak değerlendirilmiştir.

Toplu eylem hakkının yasal sınırlarının açıkça düzenlenmemiş olması, uygulanacak kuralların belirsiz olması karşısında grev hakkı ile aynı korumaya sahip olmaması gerektiği söylenmelidir. Öyle ki, yasal grev toplu sözleşme prosedürü kapsamında bir baskı aracı olarak sınırları ve prosedürü belirli bir hak-tır ve kural olarak yasa ile öngörülen vasıtalar dışında yargı yoluyla sınırlanamayacağı söylenmelidir. 6356 sayılı Kanun md. 72'de yer alan "Grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması" başlıklı hüküm esasen istisnai bir yargı denetimi öngörmekle, hakkın kullanımının amaca uygun olması, hakkın zarar verme amacı ile kullanılmaması yönündeki bir kabulün ifadesidir.

Grev dışı toplu eylemler bakımından ise süre, uygulanan yöntem vb. konularda herhangi bir yasal sınırlama bulunmadığından hakkın sınırlarının ortaya konulması önemli ve gereklidir. Dolayısıyla, bu tür eylemler bakımından ölçülülük ilkesinin uygulanamayacağı yolundaki değerlendirme iş ve işyeri barışının korunması karşısında sorunludur. Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi bakımından kesin sınırlar konulamayacağı gibi, ilke toplu eylemin keyfi olarak sınırlandırılması anlamına da gelmez. Hakkın kullanımındaki amaç ile kullanılan vasıta, uygulanan yöntem arasında bir orantının bulunmasını ifade eder. Ancak bir temel hakkın kullanımı söz konusu olduğundan karşı tarafa verilecek zarar değil, izlenen amaç, elde edilmek istenen yarar ön planda olmalıdır. Bazı durumda işverene veya üçüncü kişilere verilebilecek zarar büyük olmakla birlikte, elde edilmek istenen menfaat veya korunması gereken temel hakkın önemi dikkate alındığında eylemin meşru sayılması ölçülülük ilkesi kapsamında gereklilik arz edebilecektir. Karşı tarafın ihlal edilen hakkı ve verilen zarar değerlendirmede geri planda kalmalıdır.

Toplu eylem hakkının özünde uyarı, protesto, dikkat çekme amacının yer aldığı dikkate alındığında ancak bu amacı gerçekleştirmeye uygun vasıtalarla kullanılması, eylemin süresinin amaçla uyumlu olması durumunda demokratik bir hakkın kullanımından söz edilebileceği belirtilmelidir.

II. DAVA KONUSU OLAYIN TOPLU EYLEM HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dava konusu olayda karar metninden anlaşıldığı üzere, davacı işçi kendilerinin muhatap alınmaması, sendika seçme özgürlüğüne müdahale edilmesi, üye olmak zorunda kaldıkları sendika üzerinden baskı yapılması sebebiyle toplu eylem hakkını kullandıklarını, işveren tarafından bu eylem gerekçe gösterilerek gerçekte sendikal nedenle ve eşit davranma borcuna aykırı olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddiayla feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye ve sendikal tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Karar bakımından değerlendirilmesi gereken ilk husus, işçilerin eylemlerinin demokratik bir hakkın kullanımı anlamında toplu eylem hakkı kapsamında kabul edilip edilemeyeceğidir. İkinci husus ise, fesihle eşit davranma ilkesinin uygulanabilirliğidir.

³⁹ 2005 CarswellOnt 4362 (WL), konuyla ilgili diğer kararlar ve değerlendirme için bkz. Alon -Shenker/Davidov, 399 vd.

1. Eylemin toplu eylem hakkı bakımından değerlendirilmesi

Dava konusu olayda karar metninde de yer aldığı üzere, 15.12.2014 tarihinde Türk Metal Sendikası ile davalı işverenin üye olduğu Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası arasında 01.09.2014-31.08.2017 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin imzasını takiben Metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığını duyan işçiler tarafından ülke çapında bazı eylemler başlatılmış, bu arada davalı işverene ait Kocaeli'nde bulunan işyerinde 21 Mayıs ile 03 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçinin katıldığı eylemler yapılmıştır. Eylem işyerine yaklaşık 500 metre uzakta üçüncü şahsa ait boş bir arazide gerçekleşmiştir. Eylem toplu iş sözleşmesinin üç yıllık olarak yapılması ve işçilerin taleplerinin karşılanmamış olması gerekçesine dayandırılmıştır. Eylem süresince işveren tarafından işçilere duyuruda bulunularak işe dönmeleri sağlanmaya çalışılmış, zamanla eyleme katılan işçilerin sayısında azalma olmuş, ancak toplamda 13 gün sürmüştür.

Eylem grev hakkı kapsamında değerlendirildiğinde, bu eylemin 6356 sayılı yasa çerçevesinde bir yasal grev olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, eylem toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir sürede yapılmıştır. 6356 sayılı Kanun md. 58/1 uyarınca,

“(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.

2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.

(3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır”. Dava konusu olayda eylem toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde yapılmadığı gibi, sendika tarafından alınmış bir grev kararı da bulunmamaktadır.

Eylem amacı bakımından değerlendirildiğinde, işçilerin imzalanmış bir toplu iş sözleşmesinin şartlarını beğenmeyerek çalışmamaları, toplu iş sözleşmesinin özüne dahil barış borcuna aykırılık oluşturur. Barış borcunun salt sözleşme tarafları için bağlayıcı olduğu ileri sürülse dahi, borç esasen TİS yürürlük süresi içinde TİS'le kararlaştırılmış olan çalışma koşullarına uyma, bunlara karşı iş mücadelesi vasıtalarına başvurmamayı gerektirir. Nitekim, toplu eylem hakkını en geniş şekilde ele alan Avrupa Sosyal Şartı'nın 6/4 maddesine ilişkin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yorumlarında açıkça barış borcu ifade edilmemekle birlikte, bir toplu iş sözleşmesinin varlığının toplu eylem hakkının kullanılmasına engel oluşturmayacağı, toplu eylem hakkının sadece toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığı belirtildikten sonra, bir toplu iş sözleşmesinin varlığına, içeriğine, değiştirilmesine yönelik uyuşmazlığın madde ile korunan toplu eylem hakkı kapsamında menfaat uyuşmazlığı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi mevcutken, farklı meşru gerekçelere dayalı olarak toplu eylem hakkı kullanılabilir. Ancak mevcut toplu iş sözleşmesine yönelik eylem koruma kapsamına girmez.

Dava konusu olayda ülke çapında yaşanan eylemlerin hareket noktasında, bir başka işyerinde aynı sendikanın tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi ile daha yüksek oranda zamların verilmesi yer almaktadır. Kendilerine daha düşük zam oranının sağlanması, toplu iş sözleşmesi süresinin 3 yıl olarak belirlenmesi ve sendikaya tepki gösterilmek istenmesi hususları eylemlerin gerekçesi olarak bizzat işçiler tarafından belirtilmiştir. Bu gerekçe de eylemin yasal bir demokratik hakkın kullanımı olarak değerlendirilmesine imkan vermez. Öncelikle bir sendikanın taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinde öngörülen zam oranının diğer işyerleri için imzalanan sözleşmelerde de kabul edileceği veya edilmesi gerektiği gibi bir görüş toplu sözleşmenin özüne aykırıdır. Toplu iş sözleşmelerinde ücret zamları işyerinin ekonomik yapısı, mevcut ücret seviyeleri vb. hususlar dikkate alınarak belirlenir. Toplu iş sözleşmesi sistemi özünde bir toplu pazarlık prosedürü niteliğindedir. Dava konusu olayda beş ay önce imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi bulunmakta olup, sözleşmenin imzalanmasından sonra ücret seviyelerinin çok düşük kalmasına neden olan beklenmeyen hal vb. durumlar da mevcut değildir. Kaldı ki, değişen koşullarda dahi toplu eylem hakkının kullanımı tartışılabilir niteliktedir. İşçilerin eylem ile izledikleri amacın, beğenmedikleri mevcut toplu iş sözleşmesi hükümlerini değiştirme yolunda baskı uygulamak olduğu varsayıldığında, bu amacın hakkın kullanımında meşru bir amaç oluşturmayacağı, uluslararası düzenlemeler kapsamında da bu eylemin korunamayacağı belirtilmelidir.

Eylem yöntemi ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, öncelikle aracın amacın elde edilmesine elverişli olması gerekir. Bu noktada elverişlilik amaca hizmet etme ile birlikte amacı aşan uygulamanın önlenmesini de ifade eder. Yukarıda da belirtildiği üzere işçilerin eylemi esasen Sendika'ya yönelik olmakla birlikte, sonuçları işveren üzerinde doğmuştur. Sendikaya yönelik bir protesto eylemi, üyelikten istifa, sendika binası önünde yasal sınırlar dahilinde basın açıklaması, gösteri yürüyüşü vb. şekillerde gerçekleştirilebilir. Bu noktada yapılan eylem amacı sağlamaya elverişli değildir. Öte yandan, demokratik hak kullanımı niteliğindeki toplu eylemin süre bakımından, hakkın özünde bulunan uyarı, protesto, ses duyurma niteliği ile uyumlu olması gerektiği söylenmelidir. Bu noktada örneğin işe giriş çıkışlarda, öğle yemeği esnasında, vardiya değişiminde salt uyarı veya protesto niteliğindeki alkış, bir metnin okunması vb. durumlar demokratik hak kullanımı olarak nitelendirilebilir⁴⁰. Kimi hallerde korunması gereken menfaatin niteliğine göre farklı, bu durumları aşan şekillerde uygulama da mümkün olabilir. Ancak 13 gün süre ile işin durdurulması, ölçülülük ilkesine aykırıdır; demokratik bir hakkın kullanımı, meşru bir protesto eylemi olarak kabul edilemez. Dolayısıyla serbest irade ile gerçekleşen üyelik vasıtası ile sendika toplu iş sözleşmesi yetkisini kullandıktan sonra işçilerin işyerinde çalışmamaları, üretimi durdurmaları amaç bakımından elverişli olmadığı gibi yöntem olarak da ölçülülük ilkesine aykırıdır.

AİHM toplu eylem hakkına ilişkin kararlarda, toplu eylemle korunmak istenen menfaati dikkate almış, memurlara toplu iş sözleşmesi hakkı tanınması amacıyla yapılan eylemleri toplu eylem hakkı kapsamında demokratik bir eylem olarak nitelendirilmiş ve Başbakanlık Personel Genel Müdürlüğü'nün eylemi yasaklayan genelgesini AİHM md. 11'e aykırı görmüştür (Enerji Yapı-Yol Sen-Türkiye Başvuru No: 68959/02). Yine AİHM 2014 tarihli İngiliz Hukukuna ilişkin verdiği kararda olayın özelliğinin önem taşıdığını vurgulamıştır. Yukarı-

⁴⁰ Sur, s. 395-397.

da da belirtildiği üzere Mahkeme'ye göre; Demir/Baykara kararında kamu görevlilerine sendika hakkının tanınmaması nedeniyle (hakkın niteliğinden hareketle) sözleşmenin 11. maddesine aykırılık mevcut olup, bunun tüm olaylar bakımından uygulanması doğru değildir. Her somut olay ayrıca değerlendirilmelidir. Görüldüğü gibi bu noktada AİHM kararlarına konu olaylarda eylemin amacı mevcut bir TİS'nin değiştirilmesi veya uygulanmaması ya da bir sendikanın protesto edilmesi değil, anayasal bir hakkın sağlanmasıdır. Nitekim, Türk Hukuku uygulaması bakımından THY A.O. işçilerinin toplu eylemlerindeki amaç da, anayasal bir hak olan grev hakkının uluslararası düzenlemelere aykırı olarak kaldırılmasına ilişkin Meclisteki yasa tasarısının protesto edilmesi olup, Yargıtay 7 ve 9. Hukuk Daireleri tarafından isabetli olarak demokratik bir hakkın kullanımı olarak nitelendirilmiştir.

2. Dava Konusu Olayda Feshin Değerlendirilmesi

İşçilerin işyerinde 13 gün süre ile çalışmalarının demokratik bir hakkın kullanımını ifade eden toplu eylem hakkı içinde kabul edilmemesinin hukuki sonucu, bu davranışların işveren için haklı fesih nedeni niteliğinde oluşudur. Nitekim işveren tarafından davacının da aralarında bulunduğu 50 işçinin iş sözleşmesi, eylem sürecine denk gelen 25,26,27,28,29,30,30 Mayıs, 01,02 Haziran günlerinde mazeretsiz ve izinsiz işe gelmemeleri ve eyleme katılmaları gerekçesiyle İşK md. 25/II g ve 6356 sayılı Kanununun 70. maddeleri uyarınca feshedilmiştir.

Yerel Mahkeme feshin sendikal nedene dayalı olduğunu kabulle işe iade ve sendikal tazminata hükmetmiştir. Yerel Mahkeme gerekçesinde; işyeri alanı dışında yapılmış olan eylemin uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımını niteliğinde olduğu, işverenin yapılan fesihte eşit davranma borcuna aykırı davrandığı, feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı, yapılan feshin asıl nedeninin işyerinde işveren tarafından desteklenen Türk Metal Sendikası'ndan yapılan istifaları önlemek, Birleşik Metal İş Sendikası'na geçen çalışanların tekrar Türk Metal Sendikası'na üye olmasını sağlamak olduğu, işyerinde yapılan eylemlerin asıl nedeninin işyerindeki sendikal örgütlenme hakkının ve sendika seçme özgürlüğünün bulunmaması ve işverenin çalışanlara desteklediği sendikaya üye olması konusunda baskı yapması olduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, işçilerin bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı haklarının savunulması için demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceğini, bu durumun uluslararası düzenlemelerin bir gereği olduğunu, ancak eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gerektiğini belirterek olayda bir haklı fesih nedeninin bulunduğu yönünde tespitte bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu tespitte, eylemin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi bakımından ölçülü olmadığından hareket etmiştir. Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin kararı isabetlidir.

III. Fesihte Eşit Davranma İlkesi

Dava konusu olayda incelenmesi gereken bir diğer husus yapılan eyleme çok sayıda işçi katılırken bir kısmının iş sözleşmesinin feshinin eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır.

Belirtmek gerekir ki, doktrindeki baskın görüş fesihte eşit davranma ilkesinin bulunmadığı veya mutlak bir eşit işlem borcunun bulunmadığı yolun-

dadır. Bu görüşe göre haklı nedenle fesih durumunda işveren bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda serbest olup, birçok işçi arasında aynı nedene dayalı olan haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda dahi işveren pek çok farklı ölçüte göre değerlendirme yapabilecektir⁴¹. Bu görüşe göre, “Sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilkesi sınırlı bir uygulama alanı bulacak olup, feshin doğası gereği ayırım yapılmasını haklı gösteren birçok neden bulunabilir. Örneğin işveren işin yürümesi için işçilerden bazılarının çalışmaya devam etmesine ihtiyacı bulunduğu, işin ya da işletmenin sürekliliği açısından bazı işçilerin konumları gereği yerine yenisinin bulunması ya da yetiştirilmesinin güç olduğu, işçinin kıdemi ve geçmiş dönem sicili itibarıyla bu davranışın bir istisna teşkil ettiği ya da o meslekte işçi bulmanın güç olduğu gibi nedenlerle farklı davranışı haklı gösteren nedenler ortaya koyabilir. Üstelik işyerinde bütün işçilerin katıldığı bir olayda mutlak anlamda eşitlik ilkesinin uygulanması, işverenin yeniden işe almadaki serbestliği de dikkate alınırca çözümümüz oldukça güç sorunlar yaratacaktır”^{42 43}.

Bu nedenle haklı nedenle derhal feshe olanak sağlayan bir davranışı gerçekleştiren birkaç işçi arasında işveren, işçinin kıdemi, daha önce benzer davranışlarda bulunup bulunmadığı ya da o işçinin işten çıkarılmasının işyeri/işletme için etkilerini dikkate alarak bir karar verebilir. Aynı şekilde bir işçinin, gerçekte haklı nedene feshe olanak sağlayan bir davranışını affetmek de işverenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir; bu nedenle de diğer işçilerin eşit davranma talebinde bulunamayacakları kabul edilir.

Doktrindeki azınlık görüşü fesihte eşit davranma borcunun bulunduğu yolunda olmakla birlikte, daha esnek davranılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴.

Alman Hukukunda haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasında eşit davranma ilkesinin doğrudan uygulanabilir olmadığı, zira her bir olayın özellik-

⁴¹ K. Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum D., S. 2006/11, 69; aynı yazar, “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, S. 2, 2006, 61-62; G. Alpagut, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2007, 94; H. Mollamahmutoglu/M. Astarlı/U. Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, 2014, 727; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, 2013, 136; N. Çelik/N. Caniklioglu/T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, 2015, 291; N. Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S. 4, 2006, 5-6; M. F. Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit İşlem Borcu Var mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme”, Legal D., S. 2005/8, 1623 vd.; Ş. Çil, “Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 2007/5, 304.

⁴² Doğan Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, 64.

⁴³ Benzer yönde olarak, “... çok sayıda işçinin katıldığı ve yasal bir hakkın kullanımı niteliğinde olmayan iş bırakma eyleminde sadece bir kısım işçilerin çıkarılması, kural olarak işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. Aksine çözüm tarzı... iş hukukunun işçi yararına yorum ilkesi ile bağdaşmaz”, Çil, 308.

⁴⁴ S. Süzek, İş Hukuku, 11. Bası, 2015, 489-490; M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 2003, 112; G.B. Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, 2008, 257; A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, 1982, 213-217; aynı yazar: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu - Galatasaray Üni., 2007, 32.

lerinin dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla bu durumun eşit davranma ilkesi ile ancak sınırlı bir şekilde bağdaştırılabileceği kabul edilir. Buna göre, işveren örneğin aynı edim yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle tüm işçilerin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiyorsa olayın özelliği dikkate alınmalıdır. Kural olarak her bir olayın özelliğine göre, esasen iş sözleşmesi feshedilen işçilerle de iş ilişkisinin devamının beklenebilir olduğu kabul edilebilir. Eğer işveren haklı nedenle fesih hakkının ilişkin olduğu bir grup işçiden sadece bir kısmını seçerek iş sözleşmesini feshederse, bu durumda farklılığı haklı kılan sebepleri ispatlamakla yükümlüdür. Bu bir grup işçinin iş sözleşmesinin feshinden vazgeçmeyi içeren affetme halinde de geçerlidir. Sonuç olarak işverene haklı nedenle fesihle farklılık yaratma takdir hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. İşçinin önceki performans, iş ilişkisinin süresi ve diğer durumlar münferit olayda farklı değerlendirmelere, farklı sonuçlara götürebilir. Bununla birlikte, Alman hukukunda istisnai olarak vahşi grevin (sendika tarafından karar verilmemiş) bir seçici feshi haklı kılabilmesi kabul edilmektedir. Zira, işveren işyeri/işletmenin düzenini korumak, eylemin genişlemesini önlemek için derhal harekete geçmek zorundadır⁴⁵.

Alman Federal İş Mahkemesinin kararına konu olayda, işletme kurulu üyesi işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi üzerine işçiler arasında huzursuzluk baş göstermiş, ertesi sabah davacı kadın işçi saat 07.00'de işe başlamayarak, işletme kurulu üyesinin iş sözleşmesinin feshini protesto etmek için yüzden fazla işçiyle birlikte kantine gitmiştir. İşyeri yöneticisi tarafından, işçilere vahşi grev uyguladıkları ve işlerine dönmezlerse iş sözleşmelerinin feshedileceği bildirilmesine rağmen, işçiler işe dönmemiş ve bunun üzerine yönetici yeni işletme kurulu üyesi ile birlikte 07.30'da tekrar iş başına dönme yolunda çağrıda bulunmuştur. Müteaddit defalar uyarıya rağmen işçilerin çalışmaya başlamaması üzerine davacının iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir.

Yerel mahkeme işçiler tarafından yapılan grevde sendikanın önceden rızası olmadığı gibi sonradan onayının da bulunmadığını, bu nedenle bir vahşi grevin söz konusu olduğunu, hukuka aykırı böyle bir grevde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunduğunu, işçinin ardı ardına çalışmaya davet edilmesine rağmen ısrarla iş görmekten kaçınması veya davranışlarının bu durumu ortaya koymasının bu kapsamda yer aldığını, işçinin, iş sözleşmesi feshedilen diğer bir işçiye dayanışmada bulunmak için çalışmadığı yolundaki iddiasına değer verilemeyeceğini, ancak eyleme katılanların tümünün iş sözleşmesinin feshedilmemiş olmasının eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Kararda önemli bir nokta, eyalet mahkemesinin kararının aksine Federal Mahkeme eşit davranma ilkesine aykırılığın bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme ise içtihatlarına dayanarak yenilik doğuran (gestaltungsrecht) haklarda eşit davranma ilkesinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Buna göre özellikle aynı haklı nedenin bulunduğu hallerde, somut olayda durumun özelliğine göre işverenin işyerindeki düzeni korumak için hızlı hareket etmesi gerekir. Öte yandan bu işçinin durumu diğerlerinden farklıdır. Zira, yönetici genel olarak tüm işçileri iş başı yapmak için davet ederken, davacıya özellikle yönelmiş ve davacı açıkça işe başlamayı reddetmiştir. İşveren vahşi grev halinde, hukuka aykırı şekilde ihlal edilmiş işyeri düzenini

⁴⁵ M. Henssler, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, § 626, Rn. 106 vd.; Erfurter Kommentar, § 626 BGB, Rn. 199. Alman Federal İş Mahkemesi de bu görüştedir (BAG, Urteil vom 17.12.1976, AP Nr. 41 zu Art.9 GG Arbeitskampf = NJW 1977, 918).

hukuk düzeninin tanıdığı vasıtalarla yeniden kurma ve uygun vasıtalarla grevi bitirme hakkına sahiptir. Olayda bu vasıta davacının iş sözleşmesinin feshidir. İşveren önce bir fesih yapıp, ardından yasadışı grevin sürmesi durumunda başka fesihler yapabilir. Özellikle tek bir işçinin iş sözleşmesini feshederek diğer işçilere iş sözleşmelerinin feshedilebileceğini de göstermek isteyebilir. Yüksek Mahkeme'ye göre, eğer işveren yasa dışı greve katılan tüm işçilerin iş sözleşmesinin feshi veya hiçbirinin feshedilmemesi gibi bir seçenek karşısında bırakılırsa, ya grevcilerin tüm taleplerini kabul veya işletmenin kapatılması ve bu nedenle kendisi için ortaya çıkan zararların tümünü üstlenme durumunda kalabilirdi⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku ve Türk Hukukundaki baskın görüş tarafından savunulan görüş her iki tarafın çıkarlarının dikkate alınması noktasında isabetlidir. Aynı eyleme eşit ölçüde karışmış işçilerden sadece bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesi kural olarak işverenin bu durumu haklı neden olarak algılamadığı eylemin güven ilişkisini zedelediği anlamına gelebilir. Ancak işverenin bir kısım işçinin iş sözleşmesinin feshedilip diğerlerinin iş ilişkisinin korunmasında meşru bir nedeni, çıkarı mevcutsa, diğer bir ifadeyle farklı muameleyi haklı kılan bir neden bulunmaktaysa, bu durumda keyfilik veya kötüniyetin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu noktada, birden çok kişinin katıldığı bir olay veya toplu işçi çıkarmada eşit davranma borcunun ancak feshin keyfi veya kötüniyetli olup olmadığı noktasında dolaylı olarak devreye gireceği söylenmelidir⁴⁷. Dolayısıyla somut olayın özellikleri dikkate alınarak feshin geçerliliği bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Öyle ki, kimi olayda bir işçinin yerine yeni bir eleman bulunmasındaki zorluk nedeniyle fesih yerine bir başka disiplin cezası ile yetinilebilir. İşçinin önceki davranışları, kıdemi, eğitimi, eylemin ortaya çıkışındaki rolü, görev alanı vb. unsurlar bu noktada farklı davranmayı haklı kılan nedenler olarak kabul edilmelidir⁴⁸.

Dava konusu olayda kararda belirtildiği üzere, 3000-4000 kadar işçi eyleme katılmış, işveren eylemin başından sonuna kadar destek verdiği 550 işçiyi belirlemek suretiyle disiplin kuruluna sevk etmiş ve bunlardan 50 kadar işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay kararında "Eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Davalı işveren, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan bir nedeni ortaya koyamamıştır. Davalı tanığı beyanında, disiplin kurulu tarafından 550 işçiden 50 kadar iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakların tespit edildiğini bildirmiştir. Sözü edilen gerekçe işçiden kaynaklanan ayrımı haklı kılan bir neden değildir. İşveren kendi organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılan işçilere farklı ünitelere göre belirlemiş olmakla, feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemez. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmış olması, geçerli nedeni ortadan kaldırmadığından ve davacının hukuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu

⁴⁶ BAG 21.10.1969, 1 AZR 93/68.

⁴⁷ Alpagut, Değerlendirme 2005, 94; Doğan Yenisey, 64.

⁴⁸ Süzek, 492; Alpagut, Değerlendirme 2005, 95; M. Alp, "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 2007/3, 72-73.

eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir” gerekçeleriyle kararın bozularak ortadan kaldırılmasına hükmedilmiştir.

Karar eşit davranma ilkesine aykırılık noktasında değerlendirildiğinde esasen haklı nedenin varlığı tespit edildikten sonra somut olay bakımından eyleme katılan 3000-4000 kişinin veya baştan itibaren katılan 550 kişinin tümünün iş sözleşmesinin feshinin, işyerinde üretimi aksatacağı hatta durdurabileceği, işyeri düzenini bozacağı gibi, tüm bu işçilerin işsiz kalması sonucunu doğuracağı açıktır. Yeni işçi bulunması, eğitimleri, yargı süreçleri vb. hususlar dikkate alındığında işletmecilik gerekleri bakımından da tüm işçilerin iş sözleşmesinin feshinin MK. md. 2 anlamında beklenemez nitelikte olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan işçilerin bir kısmının işini koruması yerine, haklı feshin sonuçlarını gerçekleştirebilmek için işvereni geri kalan 450 işçinin sözleşmesini feshetmek zorunda bırakabilecek bir yorum iş güvencesi mantığı içinde de tartışmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen ve esas itibarıyla dava konusu olayla örtüşen olaya ilişkin ortaya koyduğu hukuki sonuçlar bu noktada isabetlidir. İşyeri düzeninin bir an evvel korunması gereken bu tür bir eylemde hızlı hareket edilmesi ve hukuk düzeninin tanıdığı vasıtalarla yeniden düzenin sağlanması, üretimin başlaması gerektiği dikkate alındığında salt bir kısım işçinin iş sözleşmesinin feshi, feshin haklı nedene dayalı olarak yapılması noktasında bir farklılık yaratmayacak, eşit davranma ilkesine aykırılıktan söz edilemeyecektir. Hukuki bir gerekçe oluşturmamakla birlikte, çok sayıda işçinin iş sözleşmesinin feshi, yargı kararının sonucunun bilinmediği bir dönemde feshe bağlı olası parasal sonuçlar bakımından da işverenden beklenemez.