

Sendikal Hakların Bölünmezliği: “Toplu Sözleşmesiz Ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”

Mesut GÜLMEZ*

ÖZET: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sendika hakkının maddi içeriği konusundaki katı pozitivist ve dar yaklaşımın ürünü olan 1970’li yılların ortalarında verdiği ilk kararlarından adım adım uzaklaştı. Bu evrim, Türkiye’nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11. maddesini ihlal ettiği sonucuna vardığı altı kararında, sendika hakkının maddi içeriğinin genişletilmesiyle noktalandı. 2006-2009 yıllarını kapsayan üç yıllık dönemde verilen bu kararlarda, “devlet adına otorite işlevleri yerine getirmeyen kamu görevlilerinin sendika özgürlüğü hakkı ile toplu sözleşmeli toplu pazarlık ve grev (genel olarak toplu eylem) hakları arasında organik bağ bulunduğu kabul edildi.

Mahkeme, sendikaların üyelerinin “çıkarlarını koruma amacı”na dayanarak “sendikal hakların bölünmezliği ve bütünselliği” sonucuna ulaşırken, kapsamlı bir “normatif etkileşim” bağlamında, hem uluslararası sendikal haklar hukukunu “pozitif hukuk” ve “içtihatlar” boyutuyla bir bütün olarak ele aldı, hem de Avrupa ülkelerindeki uygulamanın gelişimini göz önünde bulundurdu. Gerçekten İHAM, özellikle Büyük Daire’nin Demir / Baykara kararıyla, İkinci Daire kararını, daha kapsamlı ve ileri bir “normatif etkileşim” ile temellendirdi, sonraki kararlarında da bu kararına göndermelerde bulundu.

Türkiye’nin Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. ve 6. maddelerini onaylamadığı gerekçesine dayandırılan, ancak onayladığı ILO sözleşmelerinde toplu sözleşme ve grev haklarının kamu görevlileri için de tanındığını göz ardı eden kimi “pozitivist” eleştiriler, Mahkeme’nin bu sonuca ulaşmasında etkili olmadı. Uluslararası hukuku, sözleşmelerin onaylanıp onaylanmamasına bakmaksızın bütünsel bir yaklaşımla göz önüne alan Mahkeme, toplu sözleşmesiz sendika hakkının özünden yoksun olduğunu vurguladı. Karaçay, Satılmış ve diğerleri, Urcan ve diğerleri ve Enerji Yapı-Yol Sen kararlarıyla, bu yaklaşımını grev ve toplu eylem hakları için de benimsedi.

Türkiye, yalnızca Demir / Baykara kararının değil İHAS’ın 11. maddesinden mahkûm edildiği tüm kararların gereğinin yerine getirilmesini, İHAM’ın öngördüğü tazminatların ödenmesinden ibaret sanıyor. Oysa Mahkeme, İHAS’taki hakların soyut ve kuramsal değil, etkin biçimde kullanılması ve yararlanılması gereken somut

* Prof. Dr.

haklar olduğunu, bunu sağlamanın da devlete düştüğünü, kısacası devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtti. Tazminatları ödeyen devlet (AKP hükümeti), kamu görevlilerinin ve sendikalarının, “çıkarlarını korumak için” ücret ve çalışma koşullarının toplu sözleşme yöntemiyle belirlenmesi ve gerektiğinde grev ve toplu eylemlere başvurabilmesi konusunda, yürürlükteki yasaları kaldırmak için “olumlu düzenleme yapma yükümlülüğü”nü yerine getirmiyor. Böylece de, İHAM kararlarının “hukuksal bağlayıcılığının” bulunması, ne yazık ki etkisiz kalıyor ve amacına ulaşmıyor.

İHAM'ın, 2000'li yılların ikinci yarısında verdiği anılan kararlarının benzerleri, uzun yıllardan beri Türkiye'nin onayladığı 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin uygulanmasının denetimi bağlamında ILO denetim organlarıncı da hemen hemen her yıl yineleniyor. Ancak hükümet, anti-sendikal yaklaşımı gereği, tasarı taslakları hazırlamanın dışında etkili bir adım atmaktan kaçınıyor. Kamu görevlileri sendikaları, sendikal haklar alanındaki temel sorunlara ilişkin ortak görüşlerine karşın, hükümetin bu politikaları karşısında güç birliği yapamadıklarından etkili olamıyorlar.

AKP iktidarda kaldığı sürece, kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin yürürlükteki düzenlemelerin İHAM ve ILO kararları doğrultusunda değiştirilmesi beklenmemelidir. Mahkemelerimiz de, pozitivist yaklaşımları nedeniyle, onaylanan sözleşmeleri iç hukuka aktaran yasal düzenlemeler yapılmadıkça kendilerini İHAM yerine koyarak uyuşmazlıkları çözmediklerinden, var olan sorunlar sürüp gidecektir.

Anahtar sözcükler: *Kamu görevlileri, toplu sözleşme hakeki, grev hakeki, toplu eylem hakeki, Demir / Baykara kararı, Urcan kararı, Enerji Yapı-Yol Sen kararı.*

. Non-Divisibility of Union Rights: “Trade-Union Freedom Without Collective Agreement and Strike Would Become Devoid of Substance”

ABSTRACT: The European Court of Human Rights depart gradually from its first judgements given in the mid 70's which were the results of a strict positivist and restrictive approach regarding the substance of the trade union's right. This evolution was finalized by expanding the substance of the trade union's right with the six judgements by which it was concluded that Turkey violated the European Convention on Human Rights (ECHR) Article 11. In these judgements given between 2006-2009, it was accepted that there was an organic relation between the freedom of association and the freedom to bargain collectively with collective agreement right and strike (generally collective action) of the public servants “engaged in the administration of the State”, in other words, “officials whose activities are specific to the administration of the State.”

Based on “the aim of protecting the interest of” trade union members in the context of a comprehensive “normative interaction”, the Court, while concluding

“the non-divisibility and integrality of the trade union rights”, considered both the law of international trade union rights with the “positive law” and “case-law” dimensions and the development of the implementation in the European countries. Indeed, based on the judgement of The Second Chamber, ECHR expanded this judgement with more comprehensive and a further “normative interaction” especially in regards to the Grand Chamber’s judgement on the case of Demir and Baykara and it referred to this judgement on its following judgements.

Some of the positivist critiques that were based on Turkey’s non-ratification of the European Social Charter’s Articles 5 and 6, whereas did not take the Turkey’s ratification of ILO Conventions which gives the rights of collective agreement and strike to public officials into consideration, did not influence the court’s judgement. The Court which handled the international law with a holistic approach while ignoring whether the ratification was realized or not, emphasizing the fact that trade union right without collective agreement is deprived of its substance. The Court adopted this approach also for strike and collective action rights with the judgements in regards to the cases of Karaçay, Satılmış and the others, and Enerji Yapı-Yol Sen.

The government thinks that its obligation for the fulfilling the judgments consists just paying the compensation set by ECHR. However, The Court mentioned that the rights guaranteed by the ECHR were not abstract and theoretical but concrete which should be used and benefited effectively and this must be provided by the government, briefly the government had a positive obligation. The government (AKP Government), that pays the compensation, doesn’t fulfil its obligation to do positive arrangements in order to eliminate current restrictions on the determination of wage and working conditions by collective agreement method “to protect public servants and their trade unions’ interests and if necessary call for strike and collective actions. Therefore, the “legal obligations” of ECHR judgements become unfortunately ineffective and can’t arrive at its aim.

Aforementioned judgements given by ECHR in the second half of 2000’s are reiterated almost every year by ILO’s supervisory organs in the context of the control of the implementation of the ILO Conventions Nos. 87 and 98, ratified by Turkey. But due to its anti-unionist approach, the government avoids taking an effective step other than preparing Project drafts. Despite their common views regarding the main problems of unionism rights, the trade unions of public servants can’t be effective against government’s policies because of their lack of cooperation with each other.

As long as AKP remains in force, a change in the existing legislations concerning the unionism rights of public servants in accordance with ECHR and ILO judgements and decisions should not be expected. Because of their positivist

approaches, our courts can't solve the disagreements acting as if they were ECHR unless there are legislations which transfer the ratified conventions to domestic law. Therefore, it seems that the current problems will constantly exist.

Keywords: Public servants, collective agreement rights, strike rights, collective action rights, Demir-Baykara judgement, Urcan and the other judgement, Enerji Yapı-Yol Sen judgement.

Giriş: Anımsatmalar

Kamu görevlileri, 1980'li yılların ikinci yarısında ulusal hukuku önceleyerek başlattığı sendikalaşma girişimlerini, 1990 ilkbaharından başlayarak kurdukları ilk sendikayla somutlaştırıp hakkı yarattılar (Gülmez, 1991). Yalnızca sendika kurmakla yetinmeyip, sendikal hakların bölünmezliği ve bütünselliği ilkeleri temelinde, bir yandan gerek örgütlenme girişimlerinin engellenmesine karşı ve hak istemlerinin gerçekleştirilmesi için değişik nitelikli toplu eylemlere başvururken, öte yandan da “kendiliğinden” kullanılması -işverenin masaya oturmayı kabul etmesine bağlı olduğundan- görece daha zor ve hatta olanaksız olan, adına “toplular sözleşme” demekten kaçındıkları ama gerçekte toplular sözleşme olan belgeler imzalayarak üyelerinin çıkarlarını koruma girişimlerinde bulundular. Bu girişimler, gerek sendika, gerek toplular sözleşme¹ ve gerekse grev ve toplular eylemler boyutuyla engellerle karşılaştı: Yasaklar konuldu, sendikalar mühürlendi, Bakanlık ve Başbakanlık genelgesi çıkarıldı, kapatma kararları verildi, yönetsel yetkililer çoğu kez yargı yerlerince onanan yaptırımlara başvurdu, yargı yolunun Anayasa'yla kapatıldığı kınama ve uyarma cezaları ile tazminat cezaları uygulandı.

Sendikaların, hükümetlerin bu yasakçı ve engelleyici girişim ve eylemlere karşı iç hukuk alanında verdiği savaşım, çoğu zaman “uluslararası sözleşmelerin onaylandığı, ama bunların kurallarını iç hukuka taşıyan yasal düzenlemelerin yapılmadığı” yolundaki “pozitivist” gerekçeye dayanarak olumsuz sonuçlandı. Yönetsel yetkililerin ve yargının bu tutumu, 1993'te 87 ve 151 sayılı sözleşmelerin onaylanmasından, 1995'te Anayasa'nın 53. maddesine 3. fıkranın eklenmesinden, 2001'de 4688 sayılı yasanın çıkarılmasından ve 2004'te Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümleyle onaylanan insan hakları sözleşmelerinin yasalara üstün tutularak uygulanmasının öngörülmesinden sonra da sürdü (Gülmez, 1993 ve 2002).

Sendikalar, 87 sayılı Sözleşme'nin henüz onaylanmadığı yıllarda da, Türkiye'nin “üye devlet” olarak bağlı olduğunu bilerek, bu tutuma karşı UÇÖ denetim mekanizmalarına başvurularında bulundular. Ancak, denetim organlarının

¹ Bu girişimlerin ilki, İHAM'ın önce Daire ve sonra da Büyük Daire olarak inceleyip kesin karara bağladığı Tüm Bel Sen'in 27 Şubat 1993 tarihinde Gaziantep Büyükşehir Belediyesi ile imzaladığı sözleşmedir. Bu tarihsel belgenin başlığı şöyledir: “*Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı İle Tüm Bel-Sen Arasında Yapılan Toplu İş Sözleşmesi Görüşmelerine İlişkin Nihai Anlaşma Tutanağı.*”

onaylanan 87 ve 98 sayılı sözleşmelere aykırılığı saptayan olumlu kararları, “hukuksal bağlayıcılığı” bulunmadığından, ne siyasal iktidarların ve yönetsel yetkililerin engelleyici tutumunun, ne de hukuk düzenini salt “ulusal hukuk”tan ibaret sayan yargının pozitivist yaklaşımının değişmesinde etkili olabildi.

Kamu görevlileri sendikaları, kuruluş sürecinin başlangıç yıllarında onaylanmış iki sözleşmeden biri olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) koruma mekanizmasını da, sendika, toplu sözleşme, grev ve toplu eylem haklarına yönelik engelleme, yasaklama, yaptırımlar uygulama yolundaki ihlalcı tutum ve kararlara karşı -UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesi’ne başvuru için aranmayan- “iç hukuk yollarını tüketme” koşulunu yerine getirerek, 1990’lı yılların ortalarından başlayarak işletmişlerdir. Strazburg’a ilk bireysel başvuruyu, 21 Ağustos 1995 tarihinde, kapatılma kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla onanan Tüm Haber Sen ve genel başkanı yaptı. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), birincisi 21 Şubat 2006 ve sonuncusu da 21 Nisan 2009 tarihli olan toplam altı ayrı başvuruda, İHAS’ın 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vararak hükümeti tazminat ödemeye mahkûm etti. Bu başvurulardan biri de, hükümetin Daire kararına itirazı üzerine Büyük Daire’nin 21 Kasım 2006 tarihli kararıyla, uluslararası hukukun yanı sıra Avrupa ülkelerindeki uygulamayı da kapsayan çok daha kapsamlı bir incelemeye ve daha güçlü bir temellendirmeye dayanan kararıyla sonuçlandı.

Büyük Daire’nin 12 Kasım 2008 tarihli kararı (CE, CEDH, 2008a), önemi ülkemizle sınırlı olmayıp Avrupa Konseyi üyesi 47 devlette kamu görevlilerinin sendikal haklarını ilgilendiren, İHAM’ın 11. madde konusundaki geleneksel yaklaşımından yavaş yavaş uzaklaşmasına nokta koyan ve sonuç olarak, 1970’li yılların ortalarındaki katı “pozitivist” yaklaşımından ayrılarak sendikal haklar alanındaki uluslararası ortak hukukta benimsenen yaklaşıma “yargısal” bağlayıcılık kazandıran bir karardır.

Bu makalede, temelde Büyük Daire kararını irdeleyeceğim.² Ancak, gerek

² Büyük Daire kararından uzunca bir süre sonra yayımlanan bu makalenin ilk metnini, A. Ü. SBF ile Kamu Hizmetleri Enternasyonalı’nın (PSI / ISP), karardan iki hafta sonra 28 Kasım 2008 tarihinde düzenlediği “*Sendikal Hak ve Özgürlükler – Türkiye Gerçekleri*” Sempozyumu’nda yapacağım konuşmanın çerçevesini belirlemek üzere hazırladığımı ve bildiride yalnızca Büyük Daire kararı üzerinde durduğumu belirtmeliyim.

Sempozyumda, bu bildiri çerçevesinde yapmayı tasarladığım konuşma, panel başkanının kuruluş yıllarındaki tartışmalara değinmesi ve başlangıçtan beri katılmadığım görüşlerini yaklaşık yirmi yıl sonra dile getirmesi üzerine, bildiriden ayrılmak ve o yıllardaki tartışmalara da değinmek zorunda kaldım. Sempozyumda Büyük Daire kararı için yapılan “panel”deki tartışmaları da kapsayan bant çözümlerinin yayımlanmasını, gerek oturum başkanının bu konudaki farklı görüşlerine verdiğim yanıtları içermesi ve gerekse oturum başkanının görüşlerinin yayımlanmasını çok önemsemiş olmam nedeniyle, ayrıca bildirinin de yayımlanması benim ve editörün ortak görüşü uyarınca

Büyük Daire kararının, gerekse karara konu olan sorunun daha iyi anlaşılabilmesi için, önce ülkemiz özelinde “geçmiş”e kısa bir bakışta bulunmak; sonra da, bu kararda Türkiye açısından eksiksiz biçimde anıldığını düşündüğüm evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları sözleşmelerine ve bu davadaki uyumsuzlukla ilgili denetim organlarından ikisinin kararlarına özetle değinmek yararlı olacaktır.

I. Geçmiş Kısa Bir Bakış

Geçmiş “nostaljik” bir dönüş söz konusu olduğunda, konuya şu soruların yanıtını arayarak başlamak gerekiyor: Memur sendikacılığının “ulusal hukuku önceleyip” eylemi olarak başladığı 1980’li yılların ikinci yarısında, sendikal haklar yönünden uluslararası insan hakları hukuku alanındaki durum neydi? Daha doğru bir deyişle, Türkiye, sendikacılığın uluslararası hukuksal dayanaklarını oluşturmak üzere başvurulabilecek hangi sözleşmeleri onaylamıştı? Ve bu sözleşmelerin iç hukuktaki etkisi ve değeri neydi?

Birbiriyle bağlantılı bu iki soru ve ilişkin olduğu sorunlar, ilk memur sendikasının (*Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası’nın / Eğitim-İş’in*) 28 Mayıs 1990 tarihinde kurulmasından (Altunya, 1996 ve 2008) sonra da uzun yıllar tartışıldı. Ama ne öğretide, ne de yargı kararları bağlamında bir görüş birliği sağlanabildi. Üstelik, karşı görüşleri destekleyen sendikalar, sendika yöneticileri ve uzmanları bile olmuştu. Dahası, 1982 Anayasası’nın, sendika hakkını “işçiler”e tanıyan ve dolayısıyla “çalışanlar”dan yalnızca “işçiler” için anayasal güvenceye alan 51. maddesinin yaptığı düzenlemeye karşı, yasakçılığa çıkan “karşıt kavram” yorumu yaparak “örgütlenme özgürlüğü karşıtı” görüşler ileri süren, 51. maddede değişiklik yapılması gerektiğini savunan öğretim üyeleri de vardı (Gülmez, 2002: 230-233)...

Ben, kendi adıma, Anayasa ve daha genel olarak iç hukuk bağlamında dile getirilen “**yasak yoktur**” görüşünün ötesinde “**hak vardır**” savımı ve görüşümü

uygun görülmedi.

Bildirinin Büyük Daire kararına ilişkin ilk metninde, Sempozyum sonrasında yaptığım yeni okumalar sırasında, dipnotları da kapsayan yeni eklemeler yaptım. Strazburg Mahkemesi’nin Büyük Daire kararından dört ay önce verdiği “*Urcan ve Diğerleri*” başvurusuna ilişkin 17 Temmuz 2008 tarihli karar ile beş ay kadar sonra verdiği -Türkiye’ye ilişkin ihlal kararlarının sonuncusu olmayacağını düşündüğüm- 21 Nisan 2009 tarihli “*Enerji Yapı - Yol Sen*” kararını ve ayrıca daha önceki yazılarımda (Gülmez, 2008d) değerlendirmedığım yabancı öğretideki kimi görüşleri de kısaca ele alıp inceledim (MG).

Bu nedenledir ki, makalenin başlığına “toplular sözleşme”nin yanı sıra “grev”i de ekledim.

Artık İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin, sendikal hakların bölünmezliği ilkesini benimsediğini açıkça ortaya koyan Türkiye’ye ilişkin altı kararının özeti ve özü budur

temellendirip kanıtlamak için çalışıyordum (Gülmez, 1998: 7-8). Bu amaçla da, Türkiye'nin o yıllarda onayladığı uluslararası sözleşmeleri ve denetim organlarının kararlarını incelemek gerektiğini düşünüyordum. Ancak, bunun yeterli olmadığını ve ayrıca, onaydan doğan hukuksal yükümlülüğün niteliği, onayın iç hukuktaki etkisi ve değerinin ne olduğu sorununu araştırmak gerektiği kanısını da taşıdığımdan, o tarihlerde yabancı olduğu bu sorunu iki yönüyle öğrenmeye çaba harcıyordum...

Özetle anımsatmam gerekirse, iş hukuku öğretisinin konuya ilgisiz kaldığı bu yıllarda (Gülmez, 2010: 303 vd), onaylanmış yalnızca iki sözleşme vardı: Biri, 1951'de onaylanan 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi; ikincisi de, 1954'te onaylanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi idi. Ekleme gerekir ki, her zaman altını çizdiğim gibi, bu sözleşmelerin yalnızca ilgili maddelerini okumak yeterli değildi; özellikle denetim ve koruma organlarının kamu görevlilerinin sendikal hakları konusundaki yerleşik kararlarını araştırıp kısa ve genel pozitif düzenlemelerin çerçevesini ortaya koymak gerekiyordu. Bu arada, özellikle 1983'ten başlayarak, İHAS'ın 11. maddesine ilişkin tüm kararları kapsayan -ama henüz yayına dönüştüremediğim- bir araştırmaya başladığımı, bunun aslında 87 ve 98 sayılı sözleşmelere ilişkin kapsamlı bir çalışmanın parçası olduğunu da eklemeliyim.

İHAS, bu yıllarda, bireysel başvuru hakkı -Nisan 1987'ye değin tanınmadığından, yalnızca birkaç öğretim üyesinin ilgisini çeken bir sözleşme idi. 98 ise, sendika hakkını tanıyıp devlete karşı koruyan 87 sayılı Sözleşme'yi tamamlayan ve toplu pazarlık hakkını da tek maddeyle düzenleyen bir sözleşme idi. Üstelik, 98'in Resmi Gazete'de yayımlanan resmi çevirisinin 6. maddesinde; **"bu sözleşme, devlet memurlarının durumları ile alakalı değildir"** diyerek başlayan akılları karıştıran bir kural vardı. Bu kurala dayanarak, örgütlenme hakkının işverenlere (kamusal ve özel işverenlere) karşı korunması ve toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkı açısından, kamu görevlilerinin sözleşmenin uygulama alanı dışında tutulduğunu ileri sürmek olanaklıydı. Nitekim, salt sözleşmenin pozitif / sözel metniyle yetinilerek, o yıllarda da böyle yapıldı; sık sık bu madde okundu, ama nasıl yorumlandığı konusuyla ilgilenilmedi... Oysa, bu görüşün doğruluğunu, 98 sayılı Sözleşme'nin kişiler yönünden uygulama alanının ne olduğu sorununu araştırarak tartışmak, kamu görevlilerinin sözleşmenin kapsamına girip girmediklerini, özellikle Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin, uluslararası sendikal haklar ortak hukukunun içtihatları niteliğini taşıyan kararları temelinde saptamak gerekiyordu. Bunun, o yıllarda -12 Eylül sonrasında başlayarak- sürdürdüğüm *"Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye"* konulu çalışmam (Gülmez, 1988) nedeniyle zorunlu olduğunun farkındaydım.

Kuşkusuz, 1980'li yılların ikinci yarısı ile 1990'lı yılların ilk yarısında, memur sendikacılığının uluslararası hukuksal dayanakları açısından önem taşıyan ikinci temel konu, belirttiğim gibi, onaylanan sözleşmelerin iç hukuk kurallar sıra

düzenindeki yeri, etkisi ve değeri sorunu idi. Bunun da, Anayasa'nın 90. maddesi ve özellikle son fıkrası kuralı temelinde araştırılması, bir yandan Anayasa Hukuku ve Uluslararası Hukuk öğretilerindeki görüşlerin, öte yandan da yüksek yargı organlarınca benimsenen görüşlerin araştırılması gerekiyordu. Bu, benim için yeni ve ulusal hukuku önceleyerek başlayan memur sendikacılığının hukuksal dayanağının varlığını ortaya koymak açısından da önemli bir konu idi.

O yıllarda, kamu görevlilerinin sendikal haklarının “uluslararası insan hakları hukuku”nda dayanaklarının bulunup bulunmadığı konusunun, ancak bu iki yönlü araştırmaya dayalı olarak savunulabileceğini; kimi iş hukukçularının açıkça karşı çıktığı bir ortamda, yalnızca “yasak yoktur”la yetinen bir görüş ileri sürmenin ve sürdürmenin ötesinde, “hak vardır” görüşünü temellendirebilmek için, iki boyutlu bu araştırmanın yapılması gerektiğini düşünüyordum. Epeyce uzun süren bu araştırmalarımın sonucunu, önce Aralık 1987'de İnsan Hakları Derneği'nin düzenlediği bir toplantıda kamuoyu ile paylaştım, ardından da bir gazete yazısında yayımladım (Gülmez, 1987: 2). Araştırmalarım, “özgürlük rejimi”nin ötesinde “hak rejimi”nin bulunduğu sonucuna ulaşmama sonuçlandı. Bu konuda, takıldığım sorunlardan birinin de, İHAS'ın ve 98 sayılı Sözleşme'nin “iki farklı uluslararası kuruluş” çerçevesinde kabul edilmiş olması ile ilgili olduğunu eklemek isterim. Ancak bunun, sözleşmelerin iç hukuk alanındaki bağlayıcılıkları konusunda herhangi bir sonucu yada etkisi bulunmayan bir sorun olduğu, İHAS ve 98'in onaylanmış sözleşmeler olarak iç hukukta etki ve değer yönünden aralarında herhangi bir fark bulunmadığı sonucuna varmam zor olmadı.

Sonuç olarak, bu sözleşmelere ve Anayasa'nın “iki cümleli” madde 90/son fıkra kuralına dayanarak, “kamu görevlilerinin toplu sözleşmeli sendika hakkı vardır” denilebilir miydi? Sendika hakkı açısından sorunun yanıtı çok kolaydı, ama toplu sözleşme hakkı konusunu Anayasa'nın 128. maddesini de göz önüne alarak değerlendirmek gerekiyordu... Ancak, gerek ANAP hükümetlerinin ve gerekse ünlü “*Vecdi Gönül Genelgesi*” (Gülmez, 1993: 77-80, 259-261) gereği, vali ve kaymakamların engelleyici tutumlarına karşın, yazılı iç hukuku inceleme yolunda gelişen memur sendikacılığı alanında öncelikli konu, sendika hakkının kamu görevlileri için yalnızca yasaklanmadığını değil, bunun ötesinde onayladığımız iki sözleşme temelinde “hukuksal” yönden güvenceye alındığını, tanındığını, “özgürlük rejimi”nin ötesinde yargı yerlerinde ileri sürülebilecek bir “hakkın olduğunu”, dayanağını bu iki sözleşmede bulan bir “hak rejimi”nin varlığını ortaya koymaktı... “*Türkiye'de Çalışma İlişkileri Tarihi*” alanındaki -1936 sonrası kapsayan çalışmalarımın önüne geçen bu araştırmalar, belirttiğim gibi, onaylanan iki sözleşmeye ve denetim organlarının kararlarına dayanarak, “hak vardır” görüşüne ulaşıp kamuoyu ile paylaşmama sonuçlandı (Gülmez, 1988a: 464-466, 1988b: 40-44, 1990a: 48-55).

II. Uluslararası Hukuksal Çerçeveye Ve Uygulamadaki Gelişmelere Kısa Bir Bakış

Uluslararası çerçeve konusunda, Büyük Daire'nin 11. maddeyi yorumlamak için, kararının “sözleşmenin başka uluslararası belgeler ışığında yorumlanması” başlıklı bölümünde, kurallarına ve denetim organlarının kararlarına değindiği sözleşmelerin ilgili maddelerine daha yakından ve kısaca göz atmak gerekiyor.

Bu, anlamsız bir çaba değildir. Çünkü İHAM bu kez, İkinci Daire kararını da kapsamak üzere geçmişteki kararlarından çok daha yoğun ve daha eksiksiz biçimde Türkiye'nin onayladığı sendikal haklara ilişkin sözleşmelere yer vermiştir. Üstelik bu uluslararası çerçeveyi, **“onaylanan” sözleşmeler ile de sınırlı tutmamış**, Avrupa Konseyi yada Avrupa Birliği çerçevesinde kabul edilmiş olsalar da Avrupa hukukunun gelişiminin örneklerini oluşturmaları nedeniyle, hukuksal bağlayıcılığı olmayan kimi ilgili belgelere de göndermede bulunmuştur. Bu arada, İkinci Daire kararı gibi, Türkiye'nin onay kapsamı dışında tuttuğu -çekinceli- maddelere -sendika hakkına ilişkin 5. maddeye- yaptığı göndermeyi de vurgulamak gerekir.

Daha da önemlisi, Büyük Daire'nin, UÇÖ Uzmanlar Komisyonu'nun yerleşik kararıyla içeriği belirlenen ve uygulanan **“98 sayılı Sözleşme anlamında kamu görevlisi kavramı”**nı temel alarak, madde 11/2'deki “devlet yönetimi üyeleri” kavramını yorumlamış, temel ölçütünü ortaya koyan bir tanım yapmış olmasıdır. Dolayısıyla İHAM'ın uluslararası sendikal haklar hukukuyla etkileşimi pozitif hukuku aşip içtihatları da kapsamıştır.

Strazburg Mahkemesi, 12 Kasım 2008 tarihli kararında, sendikal hakları güvenceye alan başlıca insan hakları sözleşmelerini ve yetkili denetim organlarının kararlarını anmış, İHAS'ın 11. maddesinin tanıdığı sendika hakkının maddi içeriğini saptarken “destek kurallar” olarak yararlanmıştı. Büyük Daire, **“uluslararası hukuk”** başlığı altında, kamu görevlilerinin sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarını tanıyan evrensel ve bölgesel belgelerin ilgili kurallarını, ayrıca Uzmanlar Komisyonu, Sendika Özgürlüğü Komitesi (SÖK) ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin (SHAK) ilgili kararlarını anımsatmıştır. *Sendika hakkı* konusundaki uluslararası sözleşmeler olarak 87 sayılı Sözleşme (m. 2), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS, m. 22), Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS, m. 8) ve Avrupa belgeleri olarak da Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GG ASŞ, m. 5), Temel Haklar Şartı (TİŞ, m. 12/1) anılmıştır. Mahkeme ayrıca, Bakanlar Komitesi'nin *Avrupa'da Kamu Görevlilerinin Statüsü* başlıklı ve (2000) 6 sayılı Tavsiyesinin 8. ilkesini de aktarmıştır. Bu ilkeye göre, kamu görevlilerinin, ilkece, tüm yurttaşlarla aynı haklardan yararlanmaları gerekir. Bununla birlikte, yasa yada toplu anlaşmalar, kamusal yükümlülükleriyle bağdaşır kılmak amacıyla, bu hakların kullanılmasını düzenleyebilirler. Hakları, özellikle

siyasal ve sendikal hakları, yalnızca, sınırlamaların kamu görevlerinin yerine getirilmesi için zorunlu olduğu ölçüde yasayla kısıtlanabilir.” Büyük Daire, kamu görevlileri *ve toplu pazarlık hakkı* konusunda ise, evrensel belgeler olarak 98 sayılı Sözleşme (m. 4, 5 ve 6) ile 151 sayılı Sözleşme’yi (m. 1 ve 7), Avrupa belgeleri olarak da GG AŞŞ (m. 6) ile THŞ’yi (m. 28) anmıştır.

Böylece Büyük Daire, İkinci Daire kararında uluslararası hukuk kaynakları arasında anılmayan KSHUS, ESKHUS, 151 sayılı Sözleşme, THŞ gibi sendikal haklara ilişkin kurallar içeren belgeler ile SÖK kararlarını anmış ve uluslararası “referans çerçevesi”ni genişletmiştir. Özellikle, sözleşmelerin ilgili maddelerinin anılıp aktarılmasının yanı sıra, yetkili denetim organlarının konuyla doğrudan ilgili kararlarına kaynaklar arasında yer vermiş olması, kaynaklararası etkileşimi soyut yada yasak savıcı bir yaklaşım olmanın ötesine taşımıştır.

1. İHAS’ın 11. Maddesine Kısa Bir Bakış

Önce, Sözleşme’nin “dernek kurma ve toplantı özgürlüğü” başlıklı 11. maddesini, sözcüklerine dikkat ederek okuyup anımsayalım:

“1. *Herkes* asayışı bozmayan toplantılar yapmak, demek kurmak, ayrıca *çıkartılmı korumak için* başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, *demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler* niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve *ancak yasayla* sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya *devletin idare mekanizmasında görevli olanlar* hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.”

İHAM’ın, 1970’li yılların ortalarından bu yana, Sözleşme’nin 11. maddesine ilişkin kararlarını bilmeyen bir iş hukuku yada sendika uzmanına ve hatta öğretim üyesine, 75-80 sözcükten ibaret olan 11. maddeyi okutup yorumunu sorsanız, sanırım maddeyi -belki sendika hakkını güvenceye alan bir kural olarak bile- hiç beğenmeyecek, önemsemeyecek, sonuç olarak elinin tersiyle itebilecektir! Bu maddedeki sendika hakkı ile dolaylı olarak yada “ima” biçiminde bile adı geçmeyen toplu sözleşme ve toplu eylem hakları arasında “organik bir ilişki” kurmayı ise hiç düşünmeyecektir.

Strazburg Mahkemesi de, işte böyle bir noktadan, “toplular sözleşme, sendika hakkının temel ögesidir, o yoksa özünden yoksundur” noktasına gelmiş, gelebilmiştir... Ama, Büyük Daire kararına giden yolda, daha önce verdiği kimi kararlarını göz ardı etmemek üzere, tam 38 yıl sonra... Kanımca bu sürecin başlangıcını, Mahkeme’nin birinci ve ikinci kuşak insan hakları arasında su sızdırmaz duvarlar bulunmadığını vurguladığı 9 Ekim 1979 tarihli “İrlanda’ya Karşı Airey” kararına değin götürmek olanaklıdır (CE, CEDH, 1979). Bölünmezlik

ilkesinin genel olarak vurgulanması, giderek sendikal haklar arasındaki bütünselliğin de görülmesini ve 11. maddenin bu evrensel ilke ışığında yorumlanmasını getirmiştir.

Sözleşme'nin 58 yıl önce kaleme alınmış 11. maddesi (Gülmez, 1994: 15-36), **sendika hakkını “bağımsız” yada “özerk” bir hak olarak düzenlemiş değildir.** Sendika hakkı, genel “örgütlenme (dernek) özgürlüğü hakkı”nın özel bir biçimidir. 1. fıkraya göre; hakkın öznesi, kural olarak “herkes”, amaç ögesi de, “çıkarların korunması”dır. Ancak 2. fıkra, hakkın kısıtlanmasına olanak tanımış ve üç koşulunu belirlemiştir. Başka deyişle, kısıtlamalar için, deyim yerindeyse, bir tür üç aşamalı yada üç koşullu bir sınav öngörmüştür. “Kısıtlama rejimi”ni belirleyen bu koşullar, aslında İHAS'ın güvencelediği öteki haklar için getirilen (örneğin 8, 9 ve 10. maddelerde de öngörülen) kısıtlama koşullarından farklı değildir; kısıtlama rejiminin koşulları, nedenlerdeki haktan hakka değişebilen kimi farklılıklar dışında, genel olarak birbirine benzer.

İHAM, Türkiye'nin 11. maddeyi ihlal ettiği sonucuna vardığı kararlarında (CE, CEDS, 2006a, 2006b, 2007a, 2007b, 2008a, 2008b, 2009), bu koşullar yönünden inceleme yapmış; geniş anlamda sendika özgürlüğüne karışmanın bu koşullar yönünden Sözleşme'ye uygunluğunu araştırıp tartışmıştır. Genellikle, ilk iki koşula ilişkin herhangi bir aykırılık saptamayan Mahkeme, ülkemizi üçüncü koşuldan mahkum etmiş; kamu görevlilerinin sendikal hakları alanında var olan kısıtlama yada yasakların demokratik bir toplum için zorunlu nitelik taşıyan önlemler sayılmayacağı gerekçesiyle “ihlal vardır” demiştir. Çünkü bu üçüncü koşulun temelinde yatan düşünce, insan hakları alanında kuralın “kısıtlama” değil “hak ve özgürlük” olduğu gerçeğidir.

11. maddenin bir başka olumsuz kuralı, sendika hakkının “herkes” olan öznelerinin kapsamını daraltma olanağı tanımış olmasıdır: 11. madde, “silahlı kuvvetler” ve “polis”in yanı sıra, “devlet yönetimi üyeleri” için de “haklı” kısıtlamalar konulmasına engel değildir. Kısıtlamaların “haklı” olabilmesinin ise, üç koşulu vardır. Birlikte bulunması gereken bu koşullar; yalnız bir dille kısaca belirtmek gerekirse, Sözleşme'nin saydığı nedenlerden birine yada birkaçına dayanılması, yasayla öngörülmesi ve demokratik bir toplum için zorunlu nitelik taşımasıdır. Sendika hakkına getirilecek herhangi bir yasak, kısıtlama yada engelleme, ancak birlikte bulunması gereken bu üç koşulla “haklı” yada “meşru” sayılabilir. Ayrıca, 18. maddeyi de unutmamak gerekir: Sözleşme'nin güvencelediği “hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.”

Bu arada, sendika hakkının öznesinin “çalışanlar” yada “işçiler” değil “herkes” olarak belirlenmiş olmasını da açıklamakta yarar vardır. Biliyoruz ki Sözleşme, temelde “sosyal” (ikinci kuşak) değil “geleneksel” (birinci kuşak) hakları güvenceye alan bir belgedir. Sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı da, özneleri “herkes” olması gereken “barışçı toplantı özgürlüğü hakkı” ve “dernek

(örgütlenme) özgürlüğü hakkı” ile birlikte, “genel” olan ikincisinin “özel” biçimi olarak, “sosyal” değil “geleneksel” ve “bireysel” hak kimliğiyle tanınmış; sendika hakkının “toplu” (kolektif) yönünü ise düzenlenmemiştir.

Demir / Baykara davası, yani kamu görevlileri sendikalarının toplu iş sözleşmesi hakkı açısından, 11. maddede geçen iki **“anahtar sözcük”** önem taşımaktadır: Birincisi, **“çıkartların korunması”**; ikincisi de, **“devlet yönetimi üyeleri”**, resmi çevirideki anlatımla, “devletin idare mekanizmasında görevli olanlar”dır. Bu kavramlardan ne anlamak gerekir?

Birinci kavram, sendika hakkının maddi içeriğinin, hakka içkin olan, hakkın ayrılmaz parçasını, “onsuz olmaz” koşullarını oluşturan temel öğelerin (araçların), dar anlamda sendika hakkının öteki sendikal haklar ile ilişki ve bağının belirlenmesi yönünden önem taşır. İHAM bu konuda, gerek Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nin, gerekse UÇÖ Uzmanlar Komisyonu’nun yerleşik kararlarına göndermelerde bulunmuş ve bu kararlardan esinlenmiştir. Bilindiği gibi SHAK, Türkiye’nin 5. ve 6. maddelerini onaydan doğan yükümlülüklerinin kapsamı dışında tuttuğu 1961 ve 1996 Sosyal Şartlarının denetim organıdır. Uzmanlar Komisyonu ise, UÇÖ’nün, seksen yılı aşkın bir dönemden (1926’dan) beri onaylanan sözleşmelere uygunluk denetimi yapan bir organdır.

İkinci anahtar kavram ise, sendika hakkının kişiler yönünden uygulama alanının belirlenmesi, “haklı” kısıtlamalara konu olabilecek “özneler” ile ilgili istisnanın kapsamı yönünden önem taşır. İHAM, bu kavramın anlamını ve kapsamını belirlerken ve dolayısıyla “belediye memurlarının” devlet yönetimi üyeleri” arasında yer alıp almadığını saptarken, 98 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesinin İngilizce ve Fransızca orijinallerinde farklı terimlerle anlatılan kamu görevlileri konusundaki yerleşik kararına dayanmıştır (BIT, 1994; BIT, 2008; BIT, 2009; BIT, 2010). Uzmanlar Komisyonu’nun da vurguladığı gibi, **istisnaların “dar” yorumlanması** gerektiğini anımsatmıştır. Ve sonuç olarak da, 98’in güvenceye bağladığı toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkından yararlanması gereken kamu görevlileri için yapılan tanım, madde 11/2’nin 2. cümlesindeki istisnanın kapsamının belirlenmesinde de temel almıştır.

Böylece de, **98’e koşut yaklaşımla**, ancak ve yalnız **“etkinlikleri (görevleri) devlet yönetimine özgü olan”** kamu görevlileri, 98 sayılı Sözleşme gibi İHAS’ın 11. maddesinin güvencesindeki toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkının kapsamı dışında bırakılabilirler.

Strazburg Mahkemesi’nin, Büyük Daire kararıyla noktalandığı bu aşamaya, çok yavaş adımlarla, ancak 38 yılda gelebildiğini bir kez daha yineliyorum.

2. 98 Sayılı Sözleşme’ye Kısa Bir Bakış

98 sayılı Sözleşme’nin, Demir / Baykara davası açısından ve kişiler yönünden kapsamının belirlenmesiyle ilgili olarak özellikle önem taşıyan kuralı, Büyük Daire’nin de aktardığı 6. maddesidir. Kuşkusuz, sözleşmenin çalışma

koşullarını toplu iş sözleşmeli gönüllü toplu pazarlık yöntemiyle düzenleme hakkını tanıyan 4. maddesi de dava ile ilgilidir. Hazırlık çalışmaları 87 sayılı Sözleşme'yle birlikte yürütülen, ancak ondan bir yıl sonra kabul edilen bu sözleşmenin 1949 tarihli olduğunu unutmamak gerekiyor.

Cahit Talas Hocamızın onaylanmasını sağladığı (Gülmez, 1989: 31-35) ve Fransızcasından da çevirisini yaptığı 98 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesi, kişiler yönünden uygulama alanını daraltıcı bir "istisna" kuralıdır.

Toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkından yararlanamayacak kişiler, hak özneleri kimlerdir? Daha genel bir dille, 98 sayılı Sözleşme'nin kişiler yönünden uygulama alanına kimler girer, öngördüğü güvence ve haklardan kimler yararlanır? Çalışanlar mı, işçiler mi, kamu görevlileri mi?

Doğal olarak, özellikle yargıçların yeğleyecekleri resmi çeviride, "*bu Sözleşme, devlet memurlarının durumlarıyla alakalı değildir*" diyen bir madde varsa, bu Sözleşme'nin memurları kapsadığını, daha açık söyleyişle kamu görevlilerinin toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkından yararlanacaklarını savunmak olanaklı mıdır? Bu soruya, pozitivist bir yaklaşımla olumlu yanıt verilebilir mi?

Uzmanlar Komisyonu, 98 sayılı Sözleşme'nin kamu görevlilerinden hangilerine uygulanacağı sorununu çok önceleri çözdü. Komisyon, her ikisi de aynı ölçüde geçerli olan 6. maddenin *İngilizce ve Fransızca orijinallerini karşılaştırarak çözüme ulaştı*. Daha az kısıtlayıcı bulunduğu İngilizce orijinale dayanarak yerleşik içtihadını oluşturdu (BIT, 1994). Bu içtihadını, birçok kez ve örneğin 2009 raporunda da Türkiye için yineledi. 657 sayılı yasayla yapılan çok geniş kapsamlı "memur" tanımının 98 sayılı Sözleşme açısından geçerli olamayacağını ortaya koydu. Komisyon, ***Büyük Daire kararından da alıntı yaparak***, devlet yönetiminde görevli olmayan kamu görevlilerinin özgür ve gönüllü toplu pazarlığa katılma hakkının olması gerektiğini bir kez daha vurguladı. Sendika hakkı ile toplu pazarlık hakkının bütünselliğini de şu anlatımla belirtti: "Kamu kesiminde özgür ve gönüllü toplu pazarlık hakkına olanak tanımak için, *devlet adına otorite işlevleri yerine getirmeyen kamu görevlisi kategorilerine* sendika hakkının tanınması gerekir. Bu haktan yoksun olan bu kategoriler, toplu pazarlıkta temsil edilemezler" (BIT, 2009: 204-208).

Uzmanlar Komisyonu'nun Sözleşme'nin güvencesindeki toplu sözleşmeli özgür toplu pazarlık hakkından yararlanması gereken kamu görevlilerine ilişkin yerleşik yaklaşımının özü şudur: Toplu pazarlık hakkının özneleri, ulusal düzeyde yapılan memur yada kamu görevlisi tanımlarıyla 98 sayılı Sözleşme'deki haklardan yoksun bırakılamaz. Komisyon, yıllar içinde, 6. maddedeki terimlerin anlamı konusunda giderek daha dar, yani istisnayı genişletmeyen yorum yapıp, toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkından daha çok kamu görevlisinin yararlanmasını sağladı. Bu, "özgürlük yaranna", doğru ve insan haklarına uygun bir yorumdu kuşkusuz.

İHAM da, Uzmanlar Komisyonu'nun bu konudaki yerleşik kararlarına koşut olarak, 11. maddedeki "devlet yönetimi üyeleri"ni dar yorumladı. Bu, haklardan

yararlanacak kişilerin sınırlandırılmasına ilişkin istisnalar konusunda özellikle yargı yerlerince titizlikle benimsenip uygulanması gereken doğru bir yaklaşımdır.

3. 151 Sayılı Sözleşme'ye Kısa Bir Bakış

Büyük Daire'nin 1. ve 7. maddelerini aktardığı 151 sayılı Sözleşme, alıntı yaptığı Başlangıç bölümündeki 6. paragrafta da belirtildiği gibi, 98 sayılı Sözleşme kurallarının devlet memurlarına uygulanması konusunda beliren yorum güçlüklerinden ve birçok hükümetin bu kuralları, geniş bir kamu görevlileri kümesini Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakacak biçimde uygulamış olmasından doğan sorunlara çözüm getirmek için kabul edilmiştir.

İkinci Daire kararında anılmayan 151 sayılı Sözleşme, kamu yetkililerine çalıştırılan kişilerin istihdam koşullarının belirlenmesi yöntemleri konusunda, *toplu pazarlığın* yanı sıra, kamu görevlileri temsilcilerinin istihdam koşullarının belirlenmesine *katılması* yöntemine de yer vermiş, bu iki yöntemden birinin seçilmesine, örneğin toplu pazarlık yerine katılmanın yeğlenmesine olanak tanımıştır Gülmez, 2006a: 155).

151 sayılı Sözleşme'den ne zaman söz edilse altını çizmekten usanmadığım nokta şudur: 151, kendisinden daha elverişli (ileri) kurallar içeren öteki sözleşmeler karşısında ve özellikle de kamu görevlilerinin toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkı söz konusu olduğunda 98 sayılı Sözleşme karşısında “yedek, tamamlayıcı” Sözleşme'dir; kimi görüşlere karşın, 98'in kapsamına giren kamu görevlileri için “özel ve yeni” sözleşme olduğu gerekçesiyle öncelikle uygulanamaz. Bunu, Sözleşme'nin 1. maddesi söyler.

4. Avrupa Sosyal Şartına Kısa Bir Bakış

Büyük Daire, Daire kararından farklı olarak, İHAM'ın öteden beri kararlarında göndermede bulunduğu ASS ve GG ASS'ye ve özellikle denetim organının (BUK / SHAK) kararına da yollama yapmıştır.

Bu yollama, ASS'nin madde 6/2 kuralıyla ilgilidir. Bu kural ise, 98 sayılı Sözleşme'nin güvencesindeki toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkının karşılığıdır ve resmi çevirideki anlatımla şöyledir:

“Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; (...)

2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla ücretlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi; (...) taahhüt eder.”

SHAK'nin madde 6/2 kuralına ilişkin görüşü, Uzmanlar Komisyonu'nun görüşünden farklı değildir (Gülmez, 1993a: 125-133, 2006a: 202-213, 2007-36-43).

5. BM İkiz Sözleşmelerine Kısa Bir Bakış

Büyük Daire, ikisini de 2003'te onayladığımız ancak ilk raporların bu sempozyum tarihine değin hükümetçe gönderilmemiş olması nedeniyle denetim sürecinin işlerliğe geçemediği³ İkiz Sözleşmelerin her ikisinin sendika hakkıyla ilgili maddelerinde, ilkece “herkes” için tanıdıkları sendika hakkının kişiler yönünden kapsamının daraltılmasıyla ilgili olarak aralarındaki fark bağlamında yollamada bulunmuştur.

Özetle belirteyim: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan “**kamu hizmeti (devlet yönetimi) üyeleri**”, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yoktur (Gülmez, 2006a: 111 vd).

6. Temel Haklar Şartı

Büyük Daire, karar tarihinde bağlayıcı gücü olmadığını belirttiği Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na da göndermede bulunmuş, sendika ve toplu sözleşme haklarıyla ilgili 12/1 ve 28. maddelerini aktarmıştır (Gülmez, 2006a: 241-247). Bu göndermenin, görece yeni bir Avrupa belgesi olmasının yanı sıra, Türkiye'nin aday üyelik süreci içinde olmasından da kaynaklandığı söylenebilir.

7. Avrupa Devletlerindeki Uygulamaya ve Evrimine Kısa Bir Bakış

Büyük Daire, “dinamik ve evrimci” yaklaşımını salt evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası sendikal haklar hukukuyla sınırlı tutmamıştır.

Aynı zamanda, 1970'li yılların ilk yarısındaki kararlarından beri, kamu görevlilerinin sendikal hakları alanında Avrupa Konseyi'ne üye devletler uygulamasında tanık olunan gelişmeleri de göz önünde bulundurmıştır.

Kamu görevi (kesimi) çalışanlarının *sendikalaşma bakımının* tüm üye devletlerde tanındığını belirten Büyük Daire, bu hak kapsamında kariyer memurlarının, sözleşmeli memurların (personelin), kamu mülkiyetindeki ulusal yada yerel sınıai yada ticari işletmelerin çalışanlarının bulunduğunu; merkezi ve yerel yönetim memurlarının genellikle diledikleri sendikalara üye olabildiklerini, sendikalaşma oranının özel kesime oranla kamu kesiminde daha yüksek olduğunu, üye devletlerin çoğunda var olan kısıtlamaların ise yargı, polis, itfaiye üyeleri (memurları) ile sınırlı olduğunu ve sendikalaşmanın yasaklanmasına değin uzanan en önemli kısıtlamaların da silahlı kuvvetler üyeleri ile sınırlı kaldığını açıklamıştır

³ Belirteyim ki ESKHUS'a ilişkin ilk rapor, üç yıl gecikerek, ancak 25.06.2008'de sunuldu. Komite, bu raporun 25-28 Mayıs 2010'da incelenmesini gündemine aldı. İkinci düzenli raporun ise, bu denetimin hemen ardından, 30.06.2010'da sunulması gerekiyor. KSHUS'a ilişkin ilk raporun da, 16.12.2004'te sunulması gerekiyordu. Ama, beş yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına karşın, bu rapor, 29 Mart 2010 itibarıyla hala gönderilmemişti. Doğal olarak, İnsan Hakları Komitesi'nin açıklanan 2010 toplantı gündeminde Türkiye yoktur

(CE, CEDH, 2008: parag. 48).

Toplu pazarlık hakkına ilişkin Avrupa uygulaması ise, kararda şöyle özetlenmiştir: Üye devletlerin büyük bir çoğunluğunda, memurların kamu yönetimleriyle toplu pazarlıklar yürütme hakkı; kimi konuları (disiplin usullerini, emekliliği, sağlık sigortasını, üst düzey kamu görevlilerinin ücretlerini) yada devlet erkini elinde bulunduran kimi memur kategorilerini (silahlı kuvvetler ve polis üyelerini, yargıçları, diplomatları, federal düzeydeki kariyer memurlarını) kapsam dışında bırakmaya yönelik farklı istisnalarla tanınmıştır. Buna karşılık, devlet erkini elinde bulundurmeyen yerel yönetimlerin memurlarının ücret ve çalışma koşullarının belirlenmesi için toplu pazarlıklar yürütme hakkı, üye devletlerin büyük bir çoğunluğunda tanınmıştır ve var olan istisnalar, özel durum ve koşullarla haklı gösterilebilir (CE, CEDH, 2008: parag. 52).

III. Büyük Daire Kararının İncelenmesi

Demir / Baykara davasında, ulusal ve uluslararası yargı yerleri önünde 1994 ortalarında başlayan ve 2008 sonlarında kesin kararlar noktalanın sürecin evrimine (Gülmez, 2008d: 137-170) değinmeksizin, Büyük Daire'nin kararı üzerinde durmakla yetineceğim.

1. Kararın Önemi ve Anlamı: Sendikal Haklar Ortak Hukukuna Koşut Bir Yaklaşım

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 yargıçtan oluşan Büyük Dairesi'nin "Demir / Baykara / Türkiye" davasında "oybirliği" ile verdiği kararın, yalnızca Türkiye açısından değil 47 üyeli **tüm Avrupa Konseyi üyesi devletler açısından çok büyük bir önem taşıdığını** yinelemekte sakınca görmüyorum. Karar, aslında Mahkeme'nin ilk kararlarından beri üzerinde durduğu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin koruduğu sendika hakkının maddi içeriği ve bunun belirlenmesi ile ilgilidir. Ama bu kez Strazburg Mahkemesi, maddi içeriğin bireysel değil toplu yönünü, uluslararası insan hakları hukuku alanında denetim organları arasında uygulanan "normatif etkileşim" doğrultusunda, sendikal haklar arasındaki bölünmezlik ve karşılıklı bağımlılığı karara bağlamıştır.

12 Kasım 2008'de açıklanan karar, öncelikle, İHAM'ın, Sözleşme'nin sendika hakkını da içeren örgütlenme özgürlüğü hakkını güvenceye alan 11. maddesine ilişkin 1970'li yılların ortalarında verdiği kararlarıyla başlayan evrimi, Avrupa uygulamasının gelişimini ve ortak paydalarını da göz önünde bulundurarak, **sendikal haklar uluslararası ortak hukukuna uygun ve koşut bir yaklaşımla noktalamış olması** yönünden önemlidir.

Büyük Daire; hükümetin, 1970'li yıllardaki dar yorumun ürünü olan ilk kararlara dayanan, buna karşılık 1990'lı yılların ortalarında ve 2000'li yılların başında verdiği kararları görmezlikten gelen temelsiz ve "sendikal haklar karşıtı" itirazlarını

reddederek, Mahkeme'nin otuz beş yılı aşkın bir sürede oluşturduğu -giderek olumlu yönde evrilen- içtihadını pekiştirmiştir. Strazburg Mahkemesi'nin tersini yapması, hem son onbeş yıl içinde verdiği kararlarını yadsıması, hem de -daha önemlisi- gerek Birleşmiş Milletler, gerek Uluslararası Çalışma Örgütü ve gerekse Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilmiş sözleşmelerin sendikal haklara ilişkin kurallarına dayanarak oluşturulmuş birbiriyle uyumlu **uluslararası ortak hukuku tanımaması, kendisini “yalnızlaştırması” anlamına gelirdi.** Gerek İkinci Daire'nin, gerekse Büyük Daire'nin bunu yapması beklenemezdi. Strazburg yargıçları, kanımca çok geç ve çok uzun bir evrim süreci sonunda olsa da, sendikal haklar uluslararası ortak hukukuyla bağdaşan doğru bir yaklaşım içinde olmuştur.

2. Dinamik ve Evrimci Yaklaşımın Gereği: Uluslararası Sözleşmelere ve Denetim Organları Kararlarına Dayanma

Büyük Daire, hükümetin ileri sürdüğü itirazlar nedeniyle, Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde yapılan başvuruların özünün incelenmesinde izlediği **Sözleşmeyi yorumlama yöntemi** konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmış; kimileri Türkiye'ye ilişkin önceki kararlarından, benimsediği ve uyguladığı yorum yöntemini destekleyen örnekler vermiştir.

Hükümetin, İkinci Daire kararına yönelik iki itirazı vardı ve kısaca şunlardı:

1) “Mahkeme, yorum yoluyla, sözleşmede öngörülmüş yeni yükümlülükler yaratamaz. Özellikle, ilgili tarafın (Türkiye'nin) katılmadığı (onaylamadığı) bir uluslararası belge (ASS, m. 5) o devlete karşı ileri sürülemez” (CE, CEDH, 2008: parag. 53-54 ve 61).

2) “Sözleşmenin 11. maddesi, işçi değil memur olan başvuranların durumunda uygulanamaz. (Çünkü) Türk kamu görevlileri, belediye memurlarını da kapsamak üzere, 657 sayılı yasa çerçevesinde, ayrı (belirli) ve çok ayrıntılı bir statüden yararlanmaktadırlar (parag. 53, 55 ve 62).

Birinci itiraz, Türkiye'nin gerek 1961 ve gerekse 1996 Sosyal Şartlarını onaylarken, üstlendiği hukuksal yükümlülüklerinin kapsamı dışında tuttuğu 5. ve 6. maddelere ilişkindir ve kanımca anlamı şudur: “Onaylamadığım maddelerden yorum yoluyla beni yükümlü sayamazsınız.” Oysa, Türkiye'nin sendikal haklar konusundaki uluslararası hukuksal yükümlülüğü, Sosyal Şart'ın çekinceli 5. ve 6. maddeleriyle sınırlı değildir ve bunun “ulusalüstü” nitelik kazandırılmış başka birçok dayanağı vardır! İkinci itiraz ise, 11. maddenin kişiler yönünden uygulama alanıyla ilgilidir. Yukarıda kısaca anımsatılan ve Büyük Daire'nin de uluslararası hukuk çerçevesinde yer verdiği sözleşmeler, bu itirazın da dayanaksız olduğunu ortaya koyar.

Büyük Daire, bu itirazlar dolayısıyla, özet olarak, önceki kararlarını da anımsatıp, kanımca Sözleşme'nin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda özellikle yargı yerlerimizce unutulmaması gereken tüm denetim organlarının benimsediği ortak / evrensel ilkeleri bir kez daha yinelemiştir. Sözleşme kurallarını Sözleşme

dışındaki uluslararası belgeler ışığında yorumlama konusunda izleyegeldiği uygulamayı; temelleri, başvurduğu belgelerin çeşitliliği, imzalanmış yada onaylanmış olup olmadıklarına göre ayırım gözetmemesi gibi yönleriyle ayrıntılı ve kararlardan verdiği örneklerle destekleyerek açıklamıştır. İHAS'ın içerdiği terim ve formüllerin anlamını belirlemek için Antlaşmalar Hukuku konusundaki Viyana Sözleşmesi'nin 31-33. maddelerinde öngörülen yorum kurallarındaki esinlendiğini belirtip bu maddeleri aktaran Büyük Daire (parag. 65), yorum yöntemine ilişkin söz konusu ilkeleri şöyle açıklamıştır:

“Sözleşme, her şeyden önce bir insan haklarını koruma mekanizması olduğuna göre, **Mahkeme sözleşmeyi, (sözleşmede yer alan) güvenceleri kuramsal ve aldatıcı kılmak için değil somut ve etkili kılmak için yorumlamak ve uygulamak zorundadır.** Sözleşme, bir bütün olarak okunmalı ve iç tutarlılığını ve çeşitli kuralları arasındaki uyumu geliştirecek biçimde yorumlanmalıdır” (parag. 66).

“Bundan başka, Mahkeme hiçbir zaman Sözleşme kurallarını, içerdiği hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında tek bir referans çerçevesi olarak görmemiştir. Tersine Mahkeme'nin, Sözleşmeci (üye) devletler arasındaki ilişkilere uygulanabilen uluslararası hukukun her tür kural ve ilkesini göz önünde bulundurması gerekir (parag. 67).

“Aynı zamanda **Mahkeme anımsatır ki, her zaman, sözleşmenin güncel yaşam koşulları ışığında yorumlanması gereken “yaşayan” niteliğine göndermede bulunmuştur** ve sözleşme kurallarının yorumlanmasında, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının evrimini göz önünde bulundurmıştır” (parag. 68).

Bu yorum ilkelerini önceki kararlarına da yollamada bulunarak anımsattıktan sonra, ayrıntılı biçimde, “Sözleşme kurallarının yorumlanmasında başvurduğu uluslararası metin ve belgelerin çeşitliliğini”, aynı zamanda “genel uluslararası hukuk” ile “Avrupa Konseyi belgeleri” temelinde açıklamıştır. Benimsediği ve uyguladığı normatif etkileşimin salt onaylanan sözleşmelerle sınırlı olmadığını, uluslararası hukuk ilke ve kurallarının ortak paydasının araştırılmasında hukuk kaynakları arasında savunucu devletin imzalamış yada onaylamış olup olmamasına göre asla bir ayırım gözetmediğini, birçok kararında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi -Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce- hukuksal bağlayıcılığı bulunmayan kaynaklardan da esinlendiğini anımsatmıştır. Büyük Daire, aralarında Türkiye'ye yönelik olanlarının da bulunduğu çeşitli başvurularda, kendisinden içerik ve kapsamı açıklığa kavuşturulması istenen Sözleşme kurallarını yorumlarken göndermede bulunduğu evrensel ve bölgesel düzeylerde kabul edilmiş uluslararası belgelerden (BM ve UÇÖ sözleşmeleri ile Avrupa Konseyi sözleşmelerinden) çok sayıda örnekler verdikten sonra (parag. 69-84), ulaştığı sonucu şöyle ortaya koymuştur:

“Mahkeme, Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamını

belirlerken, Sözleşme dışındaki uluslararası hukuk öğelerini (kurallarını), bu öğelerin yetkili organlarca yorumlanmasını ve *Avrupa devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamasını* göz önünde bulundurabilir ve bulundurmalıdır. Mahkeme özgül durumlarda (davalarda) Sözleşme kurallarını yorumladığı zaman, uzmanlaşmış uluslararası belgelerden ve Sözleşmeciler devletlerin uygulamasından kaynaklanan oйдаşma uygun bir öge oluşturabilir.

Bu bağlamda, savunmacı devletin (Türkiye'nin), söz konusu davanın asıl konusuyla ilgili alanda uygulanabilecek **belgelerin tamamını onaylamış olması gerekli değildir**. Mahkeme açısından ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta ve Avrupa Konseyi'ne üye devletlerinin çoğunun iç hukukunda uygulanan kural ve ilkelerin sürekli biçimde geliştiğini göstermesi ve sınırları belirli bir alan söz konusu olduğunda, modern toplumlarda bir ortak görüşün bulunduğunu ortaya koyması yeterlidir" (parag. 85-86).

Büyük Daire, geniş kapsamlı, dinamik ve evrimci bir normatif etkileşim doğrultusunda, yukarıda da değinildiği gibi, sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili *başlıca sözleşmelere ve sözleşmelerdeki kurallara göndermelerde bulunmuş, bununla da yetinmeyerek denetim organlarının konuyla doğrudan ilgili yerleşik kararlarından alıntılar yapmıştır*. Bir yandan, sendika ve toplu pazarlık haklarının uluslararası ortak paydasını oluşturan insan hakları sözleşmeleri ve özellikle onları "yaşayan belgeler"e dönüştüren kararlar, öte yandan da Avrupa'daki uygulamanın devletlerin büyük bir çoğunluğunu kapsamak üzere bu hukuka uygun biçimde gelişmesi, Büyük Daire'nin kararında belirleyici olmuştur.

Dolayısıyla Büyük Daire, hükümetin 1970'li yıllardaki kararlarını anımsatmasına yanıt olarak, uluslararası hukuk alanındaki gelişmeleri göz önünde bulunduran "evrimci ve dinamik" bir yaklaşım benimsediğini belirtmiştir. Sözleşmeyi "yaşayan" bir belge olarak gören Büyük Daire'ye göre, **"dinamik ve evrimci bir yaklaşımın terk edilmesi, her türlü reform yada iyileştirmeye engel olma tehlikesi taşır"** (parag. 153).

Büyük Daire, İHAM'ın sendika özgürlüğünün (11. maddenin) maddi içeriğine ilişkin içtihadına şu iki ilkenin egemen olduğunu belirtmiştir:

- 1) Mahkeme, sendika özgürlüğünün sağlanması amacıyla ilgili devletçe alınan önlemlerin tümünü göz önünde bulundurur;
- 2) **Mahkeme, sendika özgürlüğünün temel öğelerini etkileyen kısıtlamaları kabul etmez, çünkü sendika özgürlüğü bu temel öğeler olmadığı zaman özünden boşaltılmış olur.**

Bu ilkeler, birbiriyle çelişmez, birbiriyle karşılıklı bağımlılık içindedir. Karşılıklı bağımlılık ise, ilgili devlet (Türkiye) 11. maddeye saygı gösterilmesini sağlamak için hangi önlemlerin alınacağı konusunda serbest olmakla birlikte, **Mahkeme içtihadının "temel" saydığı öğeleri sendika özgürlüğüne**

katmakla yükümlü olmasını içerir (parag. 144).

Kanımca, Mahkeme'nin söz ettiği önlemler “yasal” olmayanlarla sınırlı olmadığı gibi, salt “yasal” önlemler de özgürlüğün kullanılması için yetersiz kalabilir. Devletin, özgürlüğün kullanılmasını sağlayacak hukuksal çerçeveyi oluşturmaması ve eylemsiz kalması da, “olumlu edimde bulunma” yükümlülüğünü yerine getirmemesi anlamına gelir. Altı çizilmesi gereken ikinci ilke ise, geniş anlamda sendika özgürlüğünün özünü ve ayrılmaz parçalarını oluşturan kimi temel öğeler bulunduğunu, bunların “onsuz olmaz” koşullar niteliği taşıdığını, yokluğununsa özgürlüğün içinin boşaltılması anlamına geleceğini saptamaya yöneliktir.

3. Sendika Hakkının İçeriği “Donmuş” Öğelerden Oluşmaz

Strazburg Mahkemesi, sendika hakkının maddi içeriğini oluşturan üç öğeyi, önceki / ilk kararlarına yollama yaparak, temelde -özellikle ilk ikisinin- sendika özgürlüğünün bireysel yönüyle ilgili olan öğeleri saymıştır. Büyük Daire, birincisinin dayanağını 11. maddenin pozitif metninden ve ötekilerin de 1970'li yıllardaki ilk içtihatlarından aldığını düşündüğüm bu üç öğeyi şöyle sıralamıştır:

- 1) Sendika kurma ve sendikalara üye olma;
- 2) Sendika teklifi anlaşmalarının yasaklanması;
- 3) Sendikanın, işvereni, üyeleri adına dile getireceği istekleri **dinlemeye ikna etmeye** çaba gösterme hakkı (kısaca, sesini işverene duyurma hakkı). (parag. 145)

Ancak Büyük Daire, 11. maddenin güvencesindeki sendika hakkının maddi içeriğinin çok yetersiz olduğunu ortaya koyan öğeleri böylece sıraladıktan sonra, bunun “donmuş, dondurulmuş” bir liste olmadığını, tersine “emek (çalışma) evrenini karakterize eden gelişmelere göre evrilmeye elverişli (açık, istidatlı) bir liste olduğunu belirtmiştir. Strazburg Mahkemesi'ne göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi **güncel yaşam koşullarının ışığında yorumlanması** gereken **yaşayan bir belgedir** ve uluslararası hukuk alanındaki evrim Sözleşme ile bütünleştirilmelidir. Haklara getirilecek **sınırlamaların**, insan haklarının etkili ve somut olarak korunmasını sağlayacak biçimde **dar yorumlanması gerekir** (parag. 146).

Mahkeme'nin yaklaşımı konusunda yineleyerek altı çizilmesi gereken noktalar şunlardır: Mahkeme, uyguladığı yorum yöntemi konusundaki ayrıntılı açıklamasının da gösterdiği gibi, uluslararası sözleşmeler ve denetim organları ile karşılıklı etkileşim içindedir. Evrensel ortak paydayı ve Avrupa uygulamasında ulaşılan ortak noktaları saptamaya yönelik bu yöntemin doğal sonucu ise, artık İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin, sendikal haklar alanında, bu hakları güvenceye alan başka sözleşmelerden ve denetim organlarının kararlarından bağımsız biçimde yorumlanamamasıdır. Kanımca, Sözleşme'nin, yalnızca sendikal haklar alanında değil, güvenceye bağladığı tüm hakları kapsamak üzere genel olarak

“yaşayan belge” kimliğiyle varlığını sürdürebilmesi, Mahkeme’nin aynı zamanda uluslararası insan hakları hukuku alanında ve Avrupa devletleri uygulamasında gözlemlenen iki yönlü evrimi göz önünde bulundurmasına ve normatif etkileşim yaklaşımını içtihatları da kapsayan boyutuyla sürdürmesine bağlıdır.

Öte yandan, istisna olan sınırlamalar yorumla genişletilemez; genişletme, hakkın etkili kullanımını, uygulamada eylemli olarak yararlanmayı sağlama amacı taşımaktadır.

4. Bireysel Başvuru Konusu Olan İki Uyuşmazlık: Sendika ve Toplu Sözleşme Hakları

Bilindiği gibi bu davada, sendika hakkının kullanılmasının engellenmesi (Tüm Bel-Sen’in tüzel kişiliğinin tanınmaması) ve imzaladığı toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olarak geçersiz sayılması olmak üzere, iki temel uyuşmazlık konusu vardı. Büyük Daire de, her iki uyuşmazlık için, 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış; ancak ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye yönelik yakınmayı, yerleşik içtihadına uygun olarak (yani 11. maddeden ihlale karar verdiği için) incelemeye gerek görmemiştir (Gülmez, 2009: 254).

Kuşkusuz, bu kararın görece önemli olan bölümü, 11. maddenin güvencesindeki sendika hakkının “toplular” yönüne, daha somut olarak bunlardan birini oluşturan kamu görevlilerinin toplu iş sözleşmesi hakkına ilişkindir.

Büyük Daire, Mahkeme’nin 1970’li yılların ortalarında verdiği ilk kararlarından başlayarak, 11. maddenin güvenceye bağladığı sendika hakkının “içeriği” konusunu ele aldığını, başlangıçtaki -üç ögeli- “dar” yorumunu giderek genişlettiğini anımsatmış; bu kararıyla da, daha önceki kararları doğrultusunda, ***kamu görevlilerinin toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkının 11. maddenin güvencesindeki sendika hak ve özgürlüğünün temel öğelerinden biri olduğunu*** kabul etmiştir.

Strazburg Mahkemesi, hukuksal plandaki evrimin yanı sıra, uygulama boyutuyla kamu görevlilerinin sendikal haklarının, özellikle toplu pazarlık hakkının Avrupa ülkelerindeki evrimi konusunda da aşağıdaki saptamaları yapmıştır:

“Bu devletlerin büyük bir çoğunluğunda, duyarlı sayılan kimi alanların yada devlet erkerlerinin sahibi bazı kamu görevlisi kategorilerinin kapsam dışında bırakılmasına yönelik çeşitli istisnalar dışında, ***kamu görevlilerinin yönetimlerle toplu pazarlıklar yapma hakkı vardır.*** Özellikle, devlet yetkilerine sahip olmayan ***yerel yönetimler kamu görevlilerinin ücret ve çalışma koşullarının belirlenmesi için toplu pazarlıklar yapma hakkı, devletlerin çoğunluğunda tanınmıştır*** ve var olan istisnalar, ancak özel durum ve koşullarla haklı gösterilebilir” (parag. 151).

Dinamik ve evrimci yaklaşımı gereği, uluslararası ve ulusal çalışma hukuku alanlarında ve üye devletler uygulamasında tanık olunan gelişmeleri göz önüne alan

Büyük Daire, sonuç olarak, toplu pazarlığı sendika hakkının temel ögesi sayan ve bunu da 11. maddede açıkça yer alan “çıkarları savunma” amacına dayandıran görüşünü açık bir anlatımla şöyle ortaya koymuştur:

“İşveren ile toplu pazarlıklar yapma (yürütme) hakkı, ilke olarak, sözleşmenin 11. maddesinde tanınan ‘çıkarlarını savunmak için başkalarıyla sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı’nın temel öğelerinden biri olmuştur.”

Kuşkusuz devletler, gerektiğinde, temsil yetkisi olan sendikalara özel bir statü tanıyacak biçimde kendi sistemlerini düzenlemekte serbesttirler. **Kamu görevlilerinin de, öteki çalışanlar gibi, çok özel durumlar dışında, bu haktan yararlanmaları gerekir;** bununla birlikte, madde 11/2 anlamında bu davadaki başvuruların (belediye memurlarının) aralarında yer almadığı “devlet yönetiminin üyeleri”ne dayatılabilecek “haklı kısıtlamalar”ın olumsuz etkileri olmamalıdır (parag. 154). Böylece Strazburg Mahkemesi’ne göre “kural”, kamu görevlilerinin de öteki çalışanlar (işçiler) gibi sendikal haklardan yararlanmasıdır ve ancak “çok özel” yani “istisnai” durumlarda “haklı” olduğu kabul edilebilecek sınırlamalar öngörülebilir. 657 sayılı yasaya bağlı belediye memurları ise, 11. maddenin, kısıtlama rejiminin üç koşuluna uyarak sendika hakkına “haklı” kısıtlamalar getirilmesini “istisna” olarak kabul ettiği “devlet yönetimi üyeleri” arasında değildir. Dolayısıyla da, 657’nin devlet adına erk kullanılmasını gerektirmeyen işlevler yerine getiren belediye memurlarını da kapsayan tanımı, sendikal hakların öznelere yönünden kısıtlamalar getirdiği için 11. maddeyle bağdaşmaz.

5. Genel (Evrensel) İlkelerin Davaya Uygulanması

Bu genel ilkeleri Demir / Baykara davasına uygulayan Büyük Daire, sendikanın başlangıçta (toplu iş sözleşmesi imzaladığı sırada, 1993 başlarında) işveren yönetim (Gaziantep Büyükşehir Belediyesi) ile toplu pazarlıklar yapma hakkının bulunduğunu ve bu hakkın yadsınmadığını anımsatmış ve 11. maddenin güvencesindeki sendika özgürlüğünün “temel öğeleri” konusundaki görüşünü açıkça şöyle ortaya koymuştur:

“Toplu pazarlıklar yapma hakkı, sözleşmenin 11. maddesinin sendika (Tüm Bel Sen) için güvenceye aldığı *sendikal etkinlikler yürütme hakkına ilişkin (onun ayrılmaz parçası olan) öğelerden birini oluşturmaktadır*” (parag. 155).⁴

Böylece Strazburg Mahkemesi, sendika hak ve özgürlüğünün ilk kararları

⁴ Bu cümlenin Fransızca ve İngilizce orijinaleri şöyledir:

“Ce droit constituait l'un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales garanti audit syndicat par l'article 11 de la Convention.”

“This right constituted one of the inherent elements in the right to engage in trade-union activities, as secured to that union by Article 11 of the Convention.”

çerçevesinde belirttiği yukarıda değindiğim üç ögesine, özellikle “dinlenilme hakkı” ile ilgili “toplular” ögesine “toplular pazarlıklar yapma” hakkını da eklemiştir.

Bu saptamasının ardından Büyük Daire, Tüm Bel Sen’in yaptığı toplular pazarlıklarının ve sonucunda imzaladığı **toplular iş sözleşmesinin, üyelerinin çıkarlarını korumanın ve geliştirmenin temel araçlarını oluşturduğu kanısında olduğunu** bir kez daha belirtmiştir. Büyük Daire’ye göre, imzalanan toplular iş sözleşmesinin geriye etkili olarak geçersiz sayılmasına neden olan Türkiye’nin daha önce onayladığı uluslararası sözleşme kurallarının yaşama geçirilmesi için gerekli olan mevzuatının olmaması (yani hükümetin kusurunun sonucu olan yasal boşluk) ile Yargıtay’ın 6 Aralık 1995 tarihli (olumsuz) kararı, Sözleşme’nin 11. maddesinin tanıdığı biçimiyle başvuruların sendika özgürlüğünün kullanılmasına bir karışmadır (parag. 157).

6. Üç Koşullu Kısıtlama Rejimi ve Belediye Memurlarının Toplular Sözleşme Hakkına Getirilen Kısıtlamanın Geçersizliği

11. maddedeki üç koşullu kısıtlama rejimi (yani yasayla öngörölme, meşru bir amaç taşıma ve demokratik bir toplum için gerekli olma koşulları) açısından bu karışmayı ayrı ayrı inceleyen Büyük Daire, kısıtlamaların “hakkı” sayılması için gerekli olan “demokratik bir toplumda zorunlu önlem” niteliği taşıması koşulu bağlamında şu sonuca varmıştır:

“Belediye memurlarına toplular pazarlıklar yürütme ve (işveren) yönetimi bir toplular iş sözleşmesi imzalamaya ikna etme hakkının tanınmaması “zorlayıcı bir sosyal gereksinim”e tekabül etmez”, yani demokratik bir toplum için gerekli bir önlem değildir (parag. 164).⁵

Strazburg Mahkemesi, Tüm Haber-Sen’in Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla kapatılmasını da (Gülmez, 1995: 141-153), 21 Şubat 2006 tarihli kararında bu gerekçeyle 11. maddeye aykırı bulmuştu (Gülmez, 2008: 137-170). Aynı yaklaşım, aşağıda incelediğim Urcan ve Enerji Yapı-Yol Sen kararlarında da vardır.

Çünkü Büyük Daire’ye göre, ilk olarak, kamu görevlilerinin toplular pazarlık hakkı, ilkece, evrensel ve bölgesel nitelikli uluslararası hukuk belgelerince

⁵ Kararın bu paragrafının Fransızca ve İngilizce orijinallerinin tam metni şöyledir:

“La Cour, procédant à son propre examen, considère qu’à l’époque des faits plusieurs éléments montraient que le refus aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de mener des négociations collectives et ainsi de convaincre l’administration de conclure une convention collective, ne correspondait pas à un « besoin social impérieux ».

“The Court, performing its own examination, considers that at the material time a number of elements showed that the refusal to accept that the applicants, as municipal civil servants, enjoyed the right to bargain collectively and thus to persuade the authority to enter into a collective agreement, did not correspond to a “pressing social need.”

tanınmıştır (parag. 165). İkinci olarak da, Türkiye, 98 sayılı Sözleşme’yi, uluslararası planda çalışanların toplu pazarlık yapma ve toplu iş sözleşmeleri imzalama hakkını güvenceye bağlayan başlıca uluslararası belge olarak onaylamıştır. Tüm Bel-Sen üyesi olan belediye memurlarının, 98’in 6. maddesinde geçen “kamu görevlileri”nin Uzmanlar Komisyonu’nun yorumladığı anlamda “devlet yönetimine özgü etkinliklerde bulunan” ve Sözleşme’nin kapsamı dışında bırakılan kamu görevlileri” sayılmayacağını vurgulayan Strazburg Mahkemesi’ne göre:

“Dosyadaki hiçbir öge (belge), başvuranların sendikasının “kamu görevlileri”ni, **yani ILO Uzmanlar Komisyonu’nun yorumuna göre, 98 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesinde öngörülen istisna kapsamına giren, etkinlikleri (görevleri) devlet yönetimine özgü olan kamu görevlilerini temsil ettiğini göstermemektedir**” (parag. 166).

Sonuç olarak, belediye memurlarını 98 sayılı Sözleşme kapsamında gören, daha açık bir anlatımla 11. maddenin tanıdığı sendika hakkının maddi içeriğine kattığı toplu sözleşme hakkının kişiler yönünden uygulama alanı sorununu 98 sayılı Sözleşme’ye ilişkin yerleşik içtihat doğrultusunda yorumlayan Büyük Daire, “yasa boşluğunun toplu sözleşmenin geçersiz sayılmasının gerekçesi olamayacağı” yolundaki Daire görüşünü paylaştığını belirtmiştir (parag. 167). Uluslararası kurallar ve kararlar arasında etkileşim yaklaşımıyla, **toplularlık ve toplular sözleşme hakkının sendika özgürlüğünün özünde yer alan temel öğelerden olduğunu** kuşkuyla yer bırakmayan bir anlatımla yineleyen Büyük Daire’ye göre hükümet, belediye memurlarının, 98 sayılı Sözleşme’nin kapsamı dışında tutulmasına olanak verilen “etkinlikleri (görevleri) devlet yönetimine özgü olan kamu görevlileri” niteliği taşıdıklarını kanıtlamamıştır:

“Hükümet, belediye memurları olan başvuranların **sendika özgürlüğüne için bir hakkın, (yani) söz konusu toplular iş sözleşmesini imzalamak için toplular pazarlık yapma hakkının kapsamı dışında bırakılmasına izin veren özel koşulların varlığını kanıtlamamıştır**. Kamu görevlilerinin, ayırım gözetilmeksizin, öteki çalışanlara oranla ayrıcalıklı bir konumda oldukları açıklaması, bu bağlamda yeterli değildir” (parag. 168).

Öyleyse, sonuç olarak, sendikanın yönetimle yaptığı toplular pazarlıklar sonunda imzaladığı toplular iş sözleşmesinin geriye etkili olarak geçersiz sayılması, Sözleşme’nin 11. maddesinin 2. fıkrası anlamında “demokratik bir toplum için gerekli” değildir (parag. 169). Kısacası, sendika özgürlüğüne “haksız” bir karışmadır, müdahaledir. Dolayısıyla da, Sözleşme’nin 11. maddesi, bu açıdan hem başvuranların sendikası ve hem de başvuranların kendisi için ihlal edilmiştir (parag. 170).

7. Kararın Kısa Bir Değerlendirmesi

İkinci Daire’nin kararına yöneltilen sert eleştirilere de (Renucci / Birsan,

2007)⁶ dolaylı bir yanıt olduğunu düşündüğüm Büyük Daire kararının, kanımca altı

⁶ İkinci Daire'nin Demir / Baykara kararını, sendikal haklar uluslararası ortak hukuku alanındaki gelişmeyi ve “uluslararası normlar arasındaki etkileşimi”ni göz ardı eden ve temelde “pozitivist” yaklaşımı benimseyen kimi yazarların sert eleştirisine konu olmuştur (Renucci / Birsan, 2007). İHAM'ın 1975 ve 1976 kararlarına göndermede bulunan yazarlar, kararın “hukuk güvenliği ilkesi”ni zedelediğini de ileri sürerek, Büyük Daire'nin bu soruna elatmasını istemiştir. İnsan hakları alanında uzman bir öğretim üyesi ile bir Mahkeme yargıcının karara ilişkin ortak notundaki temel eleştiri, toplu sözleşme hakkının İHAS'ın 11. maddesinin güvencesi kapsamına girdiği ve onay kapsamı dışında tutmuş olmasına karşın Türkiye'den ASS'nin 5. ve 6. maddelerine saygı göstermesinin istendiği noktasında odaklanmıştır. Hükümet de, İkinci Daire kararına itirazda bulunurken aynı gerekçelere dayanmış ve bu yazarların notunu Büyük Daire'ye sunmuştur.

Yazarlara göre, Sözleşme'nin bir maddesinin güvenceye bağladığı bir haktan etkili yararlanmayı sağlamak için devletlerin olumlu yükümlülüğü varsa da, bu yükümlülük bu maddenin “hiper geniş” yorumlanması anlamına gelmez ve “hukukun üstünlüğü ilkesi” bunu yasaklar. Bu takdirde, Sözleşme “yaşayan bir belge” olduğundan, mantıklı olan “evrimci” yorumdan tehlikeli olabilecek “analojik” yoruma kayılmış olur. Gerekçeler ne olursa olsun -bunlar övgüye değer de olabilir- özgürlükler için tehlike çok büyüktür. Sonuçta, yorum kisvesi altında, Avrupa yargıçlarının devletler için Sözleşme'ye yeni yükümlülükler ekleyerek onu yeniden yazmaya kalkışmaları noktasına gelinebilecektir ki, bu kabul edilemez.

Sözleşme ve Şart arasındaki normatif etkileşimin bir gerçek olduğunu ve bugüne değin, Avrupa koruma sistemini zenginleştirdiğini, bu nedenle de kaygı vermediğini; İHAM'ın ASS'ye göndermede bulunmasının kimi sınırlar içinde kabul edilebilir olduğunu, ancak bunun için göndermede bulunulan maddelerin onay kapsamına alınmış olmaları gerektiğini belirten yazarlara göre, ne denli önemli olursa olsun, “yumuşak hukuk” olan ASS, devletler için “zorlayıcı” olan İHAS ile aynı plana konulamaz. Oysa İHAM, devletin yükümlülük üstlenmediği bir maddeye göndermede bulunmuştur. “Hiper geniş” olarak niteledikleri bu yorum yöntemine karşı çıkan yazarlar, böyle bir genişletici içtihadın onaylanması durumunda, İHAM'ın güçlü biçimde kabul ettiği “hukuk güvenliği ilkesi”nin, ciddi olarak içi boş bir kabuk olacağını, ASS'yi onaylayan devletlerin bundan pişmanlık duyacaklarını, onaylamayanların da onaylamakta tereddüt edeceklerini ileri sürmüşlerdir.

Kanımca bu yazarlar, önemli bir noktayı göz ardı etmişlerdir. Çünkü İkinci Daire ve daha sonra Büyük Daire kararları, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili bulunmadığından, ASS'nin 6. maddesini doğrudan uygulamamış; 5. maddenin güvencesindeki sendika özgürlüğü hakkının 6. maddede tanınan toplu pazarlık hakkını içerdiğini, aralarında organik ilişki bulunduğunu belirtmiştir. Bu iki noktanın birbirinden farklı olduğu gözden kaçırılmıştır. Büyük Daire kararında yapılan, aynı kuruluşun insan hakları alanında birbirini tamamlayan sözleşmelerinden birinin ve denetim organı kararının 11. maddedeki hakkın maddi içeriğinin öğelerini belirlerken destek norm olarak uygulanmasıdır.

çizilmesi gereken özelliklerinden biri ve birincisi şudur: Kararda, kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkının kişiler ve konular yönünden kapsamı konusunda, 98 sayılı Sözleşme ve daha açık anlatımla, bu sözleşmenin 6. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiğini yerleşik kararlarıyla yıllar önce ortaya koyan Uzmanlar Komisyonu'nun görüşü temel alınmıştır. **Madde 11/2'de geçen “devlet yönetiminin üyeleri” terimlerinin yorumlanmasında, Komisyon görüşüne koşut bir yaklaşım benimsenmiştir.**

Benim de, İHAM'ın henüz bu yaklaşımdan çok uzak olduğu yıllarda belirttiğim gibi (Gülmez, 1990a: 216-220), 98 sayılı Sözleşme, kamu görevlilerinin tümünü toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkının kapsamı dışında bırakmaz. Uzmanlar Komisyonu, 98'in 6. maddesinde geçen “kamu görevlileri” terimini dar yorumlamış, yasayla “memur” tanımı kapsamına alınan herkesi, 98 anlamında memur sayarak toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkının kapsamı dışında bırakmamıştır. Komisyon; bu haktan yararlanacakların kapsamını giderek genişleten bir yaklaşımla, değişik tarihlerdeki anlatımlarıyla, ancak ve yalnız **“kamu gücünün organları olarak hareket eden” yada “devlet adına otorite işlevleri yerine getiren”, bu kararda da belirtildiği gibi “yalnızca etkinlikleri (görevleri) devlet yönetimine özgü olan”** (parag. 147) kamu görevlilerini kapsamı dışında bıraktığını belirtmiştir. Uzmanlar Komisyonu (ve ayrıca Sendika Özgürlüğü Komitesi), Türkiye henüz 87 sayılı Sözleşme'yi onaylamadan da, sözleşme anlamında kamu görevlilerine toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkı tanınmaması

Öte yandan, eleştirdikleri İkinci Daire kararı, yalnızca ASŞ'ye ve SHAK kararlarına dayanmamıştır. Kararda göz önüne alınan referans çerçevesi, özellikle belirttiğim gibi, Avrupa ile de sınırlı değildir, öncelikle evrensel hukuku hem sözleşmeler (87 ve 98 sayılı sözleşmeler) ve hem de denetim organlarının kararları (Uzmanlar Komisyonu) olarak anmıştır (parag. 21-22 ve 44-45). Bunların tümü, Türkiye'nin onaylayarak yükümlülük üstlendiği sözleşmelerdir. Salt ASŞ'nin 5. ve 6. maddelerinin onay kapsamı dışında bırakılmış olmasına dayanarak ve bu gerekçeyi öne çıkararak ileri sürülen görüşler, aslında temelden yoksundur. Yazarların, görüşlerini bu sözleşmeleri de göz ardı etmeksizin açıklamaları, “normatif etkileşim”in Avrupa ile sınırlı olmadığını görmeleri, uluslararası insan hakları hukukunun bütünselliğini unutmamaları gerekirdi. Demek ki bu yazarlar, 5. ve 6. maddeler çekinceli olmasaydı, Büyük Daire'nin yaklaşımına itiraz etmeyeceklerdi! Çekinceyi gerekçe olarak ileri sürerken ve Türkiye'nin hukuksal yükümlülük üstlenmediği bir maddeden sorumlu tutulamayacağını savunurken, bu maddelerdeki hakların tümünün onayladığımız gerek 87 ve 98 sayılı sözleşmeler, gerekse ESKHUS ile güvenceye alındığını görmezlikten gelmemeleri gerekirdi.

Kısaca belirteyim ki yazarların savunduğu görüşler, örneğin “aşılmış” olduğu, sosyal korumanın önemini kabul eden modern toplumların evrimine uygun düşmediği belirtilerek ve sosyal haklara yalnızca politikada yada ekonomide düşünceler olarak değil “hak” olarak yaklaşmak gerektiği vurgulanarak (Benoit-Rohmer: 246) eleştirilmiştir.

Bu ve benzeri eleştiriler, ayrı bir yazı konusu olacak önemdedir

nedeniyle eleştirmişti ve eleştirmeyi sürdürmektedir.⁷

Büyük Daire kararı, sendikal haklar hukukunun tüm uluslararası kaynaklarıyla etkileşim içinde olmasının ve bölünmezlik ilkesini benimsemesinin sonucu olarak, UÇÖ denetim organlarının yerleşik kararları doğrultusunda, görevlerini yerine getirirken devlet erkini kullanması söz konusu olmayan kamu görevlilerinin toplu sözleşmeli sendika hakkının İHAS'ın 11. maddesinin güvencesinde olduğunu onaylamıştır.

IV. Urcan Ve Diğerleri İle Enerji Yapı-Yol Sen Kararları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 11. maddenin maddi içeriği konusundaki Türkiye kararlarının altısından dördü grev ve toplu eylem haklarına ilişkindir. Bu konudaki ilk karar, 27 Mart 2007 tarihli Karaçay kararıdır. Bundan dört ay kadar sonra da, 17 Temmuz 2007'de Satılmış ve Diğerleri kararı verilmiştir (Gülmez, 2008d: 159-164).

1. Urcan ve Diğerleri Kararı

İkinci Daire'nin 17 Temmuz 2008 tarihli bu kararının konusu, 10'u Eğitim-Sen üyesi 11 başvuranın, KESK'in 1 Aralık 2000 tarihinde düzenlediği bir günlük ulusal grev (iş bırakma) eylemine -İzmir'de- katılmaları nedeniyle uygulanan yaptırımlardır. Başvuranlar, eski Ceza Yasası uyarınca (m. 236) açılan ceza davası sonucunda, her biri ayrı ayrı üç ay on gün hapis ve 76 050 000 lira (YTL) para cezasına çarptırılmış ve ayrıca, üç ay süreyle kamu görevinden uzaklaştırılmalarına da karar verilmiştir. Hapis cezasının para cezasına çevrilmesiyle, her başvuranın toplam olarak 380 250 000 lira (YTL) para cezası ödemesine kararlaştırılmış ise de, bu cezaların uygulanması ertelenmiştir.

İkinci Daire, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra yapılan başvuruyu özü yönünden inceleyip, başvuruların bir günlük ulusal grev eylemine katıldıkları

⁷ 98 sayılı Sözleşme'nin ülkemizdeki 1955-1990 dönemini kapsayan 35 yıllık uygulamasının Uzmanlar Komisyonu'nca denetlenmesi ve denetim sonuçları (gözlem ve eleştiriler) konusunda geniş bilgi için şu iki makaleme bkz.: Mesut Gülmez, "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29; Mesut Gülmez, "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37.

Uygulamanın izleyen yıllardaki ve özellikle de 2008 ve 2009 yıllarındaki denetim sonuçları konusunda ayrıca bkz.: Mesut Gülmez, **Sendikal Haklarda ... Uyum Sorunu**, s. 31-43; BIT, CIT, 97^e session, **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations**, Rapport III (Partie 1A), Rapport général et observations concernant certains pays, 2008, Genève, s. 191-195; BIT, CIT, 98^e session, **Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations**, Rapport III (Partie 1A), Rapport général et observations concernant certains pays, première édition, 2009, Genève, s. 200-208.

için sözü edilen cezalara çarptırılmalarının “sendika özgürlüğü hakkına bir karışma” oluşturduğu sonucuna varmıştır (parag. 25). Sendika hakkının kullanılmasını engelleyen bu karışmayı, öteki kararlarında da olduğu gibi, “yasayla öngörölme”, “yasal amaç” ve “demokratik bir toplum için zorunlu olma” koşullarının her biri yönünden incelemiştir. Karışmanın yasal bir temeli olduğunu saptamakla birlikte, “amacı” yönünden kuşkusu bulunduğunu belirten Mahkeme, “zorunluluğu” açısından ulaştığı sonuç karşısında bu sorunu çözmeye çalışmanın bir yararı bulunmadığına karar vermiştir (parag. 27-29).

Sendika özgürlüğünden yararlanarak grev eylemine katılanlara uygulanan yaptırımlarda somutlaşan karışmanın demokratik bir toplum için zorunlu olup olmadığı konusunu ise ayrıntılı biçimde ve önceki kararları ışığında irdelemiştir. Hükümetin, ulusal eylem gününün önceden duyurulmadığını ileri sürmesine karşın, başvuranlar gibi bu eylem gününün ulusal düzeyde ulusal yetkililere bildirildiğini kabul eden Mahkeme, toplantı özgürlüğü ve bu özgürlük yoluyla görüşlerini dile getirme hakkının demokratik toplumun temel değerlerinden olduğunu anımsatmıştır. Mahkemeye göre, demokrasinin özü, sorunları açık tartışma yoluyla çözme yeteneğindedir. Toplantı ve ifade özgürlüğünü kaldırmayı amaçlayan önleyici nitelikte radikal önlemler -şiddete isteklendirme ve demokratik ilkelerin reddedilmesi durumları dışında-, kimi görüşler yada kullanılan kimi terimler yetkililerin gözünde çok edici ve kabul edilemez gibi görünse de ve söz konusu gereklilikler yasa dışı olsa da, demokrasiye zarar verir ve hatta onu tehlikeye sokar. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan ve gerçekleştirilmesi barışçı yollarla savunulan siyasal düşünceler, toplantı özgürlüğüne kullanılması yoluyla ve başka yasal araçlarla ifade edilebilmesi konusunda uygun bir olanak bulabilmelidir. Göstericilerin şiddet eylemlerine başvurmamış olması karşısında, kamu yetkililerinin, Sözleşme’nin 11. maddesinde güvenceye alınan biçimiyle toplantı özgürlüğüne içerideğinden yoksun olmaması için barışçı toplantılar hakkında hoşgörölü olmaları önemlidir (parag. 32).

Bu ilkelerin, toplantıların ve dava konusu toplantının (bir günlük grev eyleminin) yapılmasında uygulanabilir nitelik taşıdığını belirten Mahkeme, Karaçay kararına göndermede bulunarak, başvuranların ulusal grev eyleminde barışçı toplantı özgürlüğü hakkını kullandıkları sonucuna varmıştır (parag. 33).

Başvuranlara verilen hapis, para ve görevden geçici uzaklaştırma cezalarını da inceleyen Mahkeme, bunların sendika üyelerini ve onların, üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla yasal olarak böyle bir grev gününe yada eylemlere katılmaları istenen başka her kişiyi caydırıcı nitelik taşıdığı ve demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı sonucuna varmış ve 11. maddenin ihlal edildiğine, başvuranların her birine 500 Avro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir (parag. 34-36).

İkinci Daire kararı, kanımca birkaç noktadan eleştiriye açıktır. Öncelikle Mahkeme, konuyla ilgili uluslararası hukuk alanında yalnızca Sosyal Şart’ın 5. maddesini aktarmış, ancak öz incelemesinde ne bu maddeye ne de SHAK’nin ilgili

kararlarına değinmiştir. Oysa Mahkeme'nin, Sosyal Şart'ın, dava konusuyla doğrudan ilgili grevi de kapsayan toplu eylemler hakkını tanıyan 6. maddesinin 4. fıkrasına yer vermesi gerekirdi. SHAK'nin yerleşik kararlarında 5. maddedeki sendika hakkı geniş anlamıyla değerlendirilmiş olsa da, Şartın kamu görevlilerini de kapsayan 6/4. maddesinden ve SHAK'ın ilgili kararlarından söz edilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Mahkeme, Demir / Baykara kararında sergilediği uluslararası etkileşimi tümüyle unutmuş; özellikle 87 sayılı Sözleşme'den de söz etmeyerek, sendikanın kararı üzerine gerçekleşen toplu iş bırakma eyleminin uluslararası sendikal haklar ortak hukukundaki desteklerine girmemiş, grev eylemine katılmayı, toplantı ve düşüncelerini toplantılar aracılığıyla ifade etme hakları ve demokrasi için taşıdıkları yaşamsal önem bağlamında değerlendirmiştir.

Sonuç olarak bu karar da, yollamada bulunduğu Karaçay kararında olduğu gibi, 11. maddenin güvenceye aldığı sendika hakkının maddi içerik ve öğeleri kapsamında grevin, daha genel bir deyişle toplu iş bırakmanın da bulunduğunu, katılanlara cezai yada hukuki yaptırımlar uygulanmasının sendika özgürlüğünün ihlali olduğunu yinelemiştir.

2. Enerji Yapı – Yol Sen Kararı

Türkiye'nin 11. maddeyi ihlal ettiğini karara bağlayan kararların altıncısı ve 2009 itibarıyla sonuncusu, KESK üyesi Enerji Yapı-Yol Sen sendikasının 1 Eylül 2000 tarihli başvurusu üzerine, 21 Nisan 2009 tarihinde verilmiştir. Başbakanlığın, *KESK'in kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkının tanınması için* programladığı eylemlerden beş gün önce yayımladığı 13 Nisan 1996 tarihli ve 1996/21 sayılı genelgesinde; “memurların, toplu iş bırakma ve iş yavaşlatma eylemine katılımının engellenmesi ve buna uymayanlar hakkında gerekli yasal işlemlerin yapılması” öngörülmüştür.⁸ 18 (17) Nisan 1996'da yapılan grevlere ve basın açıklamasına

⁸ “Kamu görevlilerinin sendikal haklarının bu (İHAS, ASS, 87, 98 ve 151 sayılı) sözleşmeler çerçevesinde düzenlenmesini sağlamak amacıyla hazırlık ve çalışmalar(ın) sürdürülmekte” olduğunu açıklayan Başbakanlık genelgesinde; “bütün bu çalışmaların sürdürülmesi devam ederken ve henüz kamu görevlilerinin bu husustaki hukuki durumları açıklığa kavuşmamış iken ve kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurların katılması hukuki statülerini belirleyen mevzuatla yasaklanmış olmasına rağmen, *TOPLU İŞ BIRAKMA VE İŞ YAVAŞLATMA EYLEMİ hazırlıkları yapıldığı yolunda bilgiler alınmıştır*” deniliyor ve sonra da, memurların eylemlere katılmasının sakıncaları ve uyanıya karşın katılanlar için yasal işlem yapılacağı, göz dağı verilerek şöyle anlatılıyordu:

“Ancak Devlet Memurlarının bu türlü yasa dışı eylemlere kalkışmayacakları tahmin edilmekle beraber, bu gibi *toplantı ve gösteriler ile eylemlerden Devlet otoritesinin zarar görmemesi*, kamu güvenliğinin sağlanması, hizmetin aksamaması ve memurların suça yönelmemesi bakımından;

katılan sendika yönetim kurulu üyelerine disiplin cezaları verilmiştir.

Başvuranın genelgenin iptali için Danıştay'da açtığı dava ile başlayan iç hukuk yollarını tüketme koşulu, son olarak karar düzeltme isteminin de 21 Ocak 2000'de reddedilmesi ve ardından 1 Mart 2000'de sendika avukatına bildirilmesi ile sonuçlanmış ve altı aylık sürenin son günü başvuru yapılmıştır.

Ulusal ve uluslararası hukuk kaynakları konusunda, "Urcan ve diğerleri" kararından farklı olarak Büyük Daire'nin Demir / Baykara kararına göndermede bulunan Mahkeme (parag. 16), kamu görevlilerinin, toplantı ve gösteri eylemleri çerçevesinde ulusal bir grev gününe katılmalarını yasaklayan *genelgenin sendika özgürlüğü hakkının kullanılmasına karşıma oluşturduğunu* (yani bu hakkı ihlal ettiğini) ileri süren başvuranın savlarını, 31 Ocak 2008'de aldığı kabul edilebilirlik kararından sonra öz yönünden incelemiştir.

Hükümetin, başvuran sendikanın genelgeden hiçbir biçimde etkilenmediği yolundaki savını kabul etmeyen ve içtihatlarını anımsatan Mahkeme'ye göre, bir kişi, bireysel bir yürütme (uygulama) işlemi bulunmasa da, eğer ilgili (kişi) *kovuşturma tehdidi altında davranışını değiştirmek zorundaydı* ya da bir yasal düzenlemenin doğrudan etkilerine maruz kalma tehlikesi altında olan bir kişiler grubunun üyesiyse, bir yasanın haklarını ihlal ettiğini savunabilir (parag. 23). Davada da, başvuran sendika genelgenin etkilerine doğrudan maruz kalmıştır ve bunun sonucu olarak da, hükümetin sendika özgürlüğü hakkının kullanılmasına karışmış (hakkı ihlal etmiş) olması nedeniyle "mağdur" olduğunu ileri sürebilir. Kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkının tanınması için düzenlenen eyleme katılan kişilere disiplin yaptırımları uygulanmıştır. Oysa Sözleşme, mevzuatın sendikalara, 11. maddeye aykırı olmayan koşullara göre, *üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla mücadele etme olanağı tanınmasını* gerektirir. **Bir sendikaya sesini duyurma olanağı veren grev, bir sendikanın üyeleri için çıkarlarının korunmasında önemli bir yön (öge) oluşturur.** Bu görüşleri konusunda 1975 ve 1976 kararlarına göndermede bulunan Mahkeme, Büyük Daire kararında olduğu gibi onaylanmış olup olmaması yönünden ayırım gözetmeksizin, görüşünü UÇÖ denetim organlarının açıkça andığı kararları, 87 sayılı Sözleşme ve Sosyal Şart ile desteklemiştir. İHAS dışında uluslararası hukuk alanında başka öğelerin (dayanakların) göz önüne alınması konusunda Demir / Baykara kararına yollamada bulunmuştur:

"Mahkeme aynı zamanda, **grev hakkının**, 87 sayılı sendika özgürlüğü ve sendika hakkının korunması sözleşmesinin koruduğu **sendikal örgütlenme hakkının ayrılmaz bir parçası** olarak UÇÖ denetim organlarınca da tanındığını not eder. Mahkeme anımsatır ki, Avrupa Sosyal Şartı da, **grev hakkını toplu pazarlık hakkının gerçek**

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurların, yukarıda belirlenen mahiyetteki toplantı ve eylemlere katılmaları, bu kuruluşların bağlı veya ilgili buldukları Bakanlık veya kurumun *üst düzey yöneticileri tarafından önlenecek*, mesai ve hizmetin devamlılığı sağlanacak, buna uymayanlar hakkında gerekli yasal işlemler yapılacaktır" (Gülmez, 2002: 299-301)

kullanımını sağlamanın bir aracı olarak tanımaktadır” (parag. 24).⁹

Bir günlük grev eylemine katılan sendika üyelerine disiplin cezası verilmesiyle gerçekleşen sendika özgürlüğü hakkına “müdahale”nin 11. maddenin ihlalini oluşturduğunu kabul eden Mahkeme, önceki kararlarında benimsediği yaklaşım doğrultusunda, kısıtlamaların haklılığını üç koşul temelinde incelemiştir. Genelgenin de “yasa” kavramı içinde olduğunu ve karışmanın madde 11/2 anlamında “meşru bir amaç” taşıdığından kuşku duyduğunu belirten Mahkeme, öteki kararlarında olduğu gibi “demokratik toplum için gerekli olma” koşulu üzerinde odaklanmıştır.

Mahkeme bu konuda, 1996/21 sayılı genelgenin 4688 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra 2001/53 sayılı genelgeyle kaldırıldığı bilgisini veren hükümetin, 1975 ve 1976’daki kararlarından yaptığı alıntılara dayandığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, hükümetin savlarına karşı çıkan başvuran gibi, genelgenin dayattığı grev yasaklarıyla sendika özgürlüğünün kullanılmasına orantısız kısıtlamalar getirildiği kanısındadır.

Devletin 11. maddeden doğan olumlu ve olumsuz yükümlülüklerine ilişkin genel ilkeler konusunda Demir / Baykara kararına gönderme yapan Mahkeme, bu ilkeleri davaya uygulayıp özetle şu gözlemlerde bulunmuştur: Genelge, eylemden beş gün önce çıkarılmış ve çıkarılması da, kamu görevlilerinin sendika hakkı konusunda uluslararası sözleşmelerle uyum çalışmalarının yapıldığı ve memurların hukuksal durumunun belirsizlik taşıdığı olduğu bir zamana rastlamıştır.

Bu gözlemlerinin ardından, Pellegrin, Ezelin, Urcan ve diğerleri ile Karaçay kararlarına yollamalarda bulunarak, grev hakkına ilişkin yerleşiklik kazanan görüşlerini şöyle yinelemiştir:

“Mahkeme, grev hakkının mutlak bir nitelik taşımadığını tanır.

Grev hakkı, bazı koşullara bağlı tutulabilir ve bazı koşullara konu olabilir.

Böylece **sendika özgürlüğü ilkesi, devlet adına otorite işlevleri yerine getiren memurların grev hakkının yasaklanması ile**

⁹Üçüncü Daire kararının, yalnızca Fransızca orijinali bulunan bu bölümünü, önceki kararlara yapılan göndermeleri çıkararak aktarıyorum:

“...Or ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres (...). La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts (...). La Cour note également que **le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale** protégé par la Convention C87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (pour la prise en compte par la Cour des éléments de droit international autres que la Convention, voir *Demir et Baykara*, précité). Elle rappelle que **la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective**. Partant, la Cour rejette l'exception du Gouvernement” (parag. 24)

bağdaşabilir. Bununla birlikte, grev hakkının yasaklanması bazı memur kategorilerini ilgilendirebilirse de, bu davada olduğu gibi genel olarak memurlara yada devletin ticari yada sınai işletmelerindeki kamu çalışanlarına yaygınlaştırılmaz. Böylece, grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların, ilgili memur kategorilerini olabildiğince açık ve dar olmak üzere belirlemesi gerekir. Dava konusu genelge, sözleşmenin 11/2. maddesinde sayılan amaçların gereklerini karşılaştırmaya başvurmaksızın grev hakkını mutlak biçimde tüm memurlar için yasaklayan genel bir dille kaleme alınmıştır. Bundan başka Mahkeme, dosyada 18 Nisan 1996 ulusal eylem gününün yasaklandığını gösteren hiçbir şey bulunmadığını not eder. Genelgenin koyduğu yasak ise, yalnızca memurların bu eylem gününe katılımıyla ilgilidir. Başvuran sendikanın yönetim kurulu üyeleri bu eylem gününe katılmakla, yalnızca barışçı toplantı özgürlüklerini kullanmışlardır. Oysa, kendilerine dava konusu genelgeye dayanarak disiplin yaptırımları uygulanmıştır. Mahkeme bu yaptırımların, sendikaların üyelerini ve meşru (yasal) olarak böyle bir grev gününe yada üyelerinin çıkarlarını korumayı amaçlayan eylemlere katılması sağlanmak istenen başka her kişiyi caydırıcı nitelik taşıdığını düşünmektedir (parag. 32).

Mahkeme, hükümetin genelgeyle getirilen kısıtlamanın demokratik bir toplum için zorunlu olduğunu kanıtlamadığını ekleyerek, genelgenin kabul edilmesi ve uygulanmasının “zorunlu bir sosyal gereksinimi” karşılamadığını ve başvuran sendikanın Sözleşme’nin 11. maddesinde tanınan haklardan gerçekten yararlanmasına orantısız biçimde zarar verildiği ve güvencesinde olduğu bu maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Önemle eklemek ve anımsatmak gerekir ki, Başbakanlık genelgesinde öngörülen mutlak grev yasağı, 657 sayılı yasada vardır. Bu ve öteki kararlar, yasalamızda 1926 Memurın Yasası’ndan beri var olagelen bu kesin yasağın da Sözleşme ile bağdaşmadığını ortaya koyar.

V. SONUÇ: BÜYÜK DAİRE KARARININ

İÇ HUKUKTAKİ ETKİLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Türkiye’ye ilişkin kararlarıyla ve özellikle Büyük Daire kararıyla, 1948’de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’yle İnsan Hakları Yazılı Hukuku’na giren ve özellikle 1990’lı yıllardan başlayarak birçok uluslararası belgede yeniden vurgulanmaya başlayan insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerinin kaçınılmaz gereği ve uzantısı olarak sendikal hakların bölünmezliğine hukuksal bağlayıcılık kazandırmıştır. Kararın önemi, yargısal niteliği bulunmayan UÇÖ, BM ve Sosyal Şart denetim organlarının “normatif etkileşim” içinde benimseyip uluslararası sendikal haklar hukukunun

ortak ilkesine dönüştürdükleri kararlarına “yargı” kararı niteliği kazandırmış olmasıdır. İHAS ile bağlı olan ve aralarında Avrupa Birliği üyesi devletlerin de bulunduğu tüm Avrupa Konseyi üyesi devletler, daha doğru bir anlatımla hukuk ve uygulaması bu karar(lar)a aykırı olan devletler bu içtihatla bağlıdır. 1961 yada 1996 Sosyal Şartlarını onaylamamış olsalar da, bu devletlerin tümünün 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile ESKHUS’yi onaylamış olmaları nedeniyle, kamu görevlilerinin sendika, toplu sözleşme, grev ve toplu eylem hakları konularında, belirtilen kararlara uygun düzenlemeler yapma ve yürürlükteki düzenlemelerini gözden geçirip değiştirme yükümlülüğüyle karşı karşıyadırlar.

Ne var ki, bu alandaki uyumsuz Avrupa düzenlemelerinin değiştirilmesini izlemek İHAM’ın görevi değildir. Bunun özellikle sosyal haklar için yerine getirilmesi, sendikal örgütlerin ve başta da Avrupa Sendikalar Konfederasyonu’nun sorumluluğundadır. Kararla bağdaşmayan aykırı düzenleme ve uygulamaları bulunan devletler, kendilerine yönelik benzer başvurular yapılmamış yada kararlar verilmemiş olmasına dayanarak, aykırılıklarını sürdürmemelidirler. Ortak asgari kuralların gereği budur.

Büyük Daire kararı, iç hukukumuz üzerinde “doğrudan etkisi” olan bir karar mıdır? Karar gereğince, Anayasa ve yasalarda yapılması gereken değişiklikler var mıdır, varsa nelerdir?

Bu sorulara yanıt vermeden, öncelikle şunu belirtmek isterim: Hükümet ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, örnekleri çok fazla olmayan kamu görevlileri sendikaları ve işveren belediyeler arasında özgür iradeleriyle kendiliğindenci bir süreç çerçevesinde imzalanmış toplu sözleşmelerin uygulanmasına engel olmaktan kaçınmalıdır. Devletin ve kamu yetkililerinin bu konudaki ilk yükümlülüğü, sürece karışmamak, ayrılmaz parçası olan bileşenleriyle sendika özgürlüğü hakkının kullanılmasını engellemektir. Ancak devletin yükümlülüğü bununla sınırlı değildir; “olumsuz” yükümlülüğe, haktan etkin yararlanmayı sağlayıcı önlemler alınmasını gerektiren “olumlu” yükümlülük de eşlik etmelidir.

Büyük Daire kararı, “ulusalüstü” bir yargı organı olmayan İHAM’ın tüm kararları gibi, iç hukukun tüm anayasal ve yasal aykırı düzenlemelerini ortadan kaldıran, onların yerine “kendiliğinden” uygulanan bir karar değildir. Sözleşmeyi onaylayan devlet, Strazburg Mahkemesi kararlarına ve dolayısıyla sözleşmeye aykırılığı kesinleşmiş olan tüm iç hukuk kurallarını değiştirmekle, kamu görevlileri sendikalarının toplu iş sözleşmeli toplu pazarlık hakkına işlerlik kazandırmakla yükümlüdür. Bu, devletin karışmama biçimindeki “olumsuz” yükümlülüğünün yanı sıra, aynı zamanda karışarak “olumlu” edimde bulunmasının bir gereğidir. Mahkeme, Türkiye kararlarının tümünde bunu vurgulamıştır. Dolayısıyla devlet, salt başvurulara ödemek zorunda olduğu tazminatı vermekle sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz.

ILO’yu, her yıl bahar aylarında, “ILO mevsimi”nde (Gülmez, 2006c: 30-51) yasa tasarıları hazırlayarak ve hazırlatarak “atlatma”yı alışkanlık haline getiren

hükümet(ler)in, bu “yargı” kararından ve Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca “ulusalüstü” nitelik taşıyan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin de güvencesine bağlanan “toplu sözleşmeli sendika hakkı”nın kullanılmasını sağlama yükümlülüğünden kurtulmaya çalışmamalıdır. Strazburg Mahkemesi’nin belirttiği gibi, sözleşmenin güvencesindeki hakkın etkili biçimde ve eylemli olarak kullanılmasını sağlayıcı anayasal, yasal ve / yada yönetsel önlemler almalı; yasakçı tutumunu varlığına dayandırdığı “yasal düzenleme boşluğu”nu, sözleşmeye ve içtihatlarla uygun olarak doldurmalıdır. Çünkü, “yasal boşluk” bulunduğu yada Anayasa ve yasalarda değişiklik yapılması gerektiği yolundaki “yasak savıcı” gerekçeler, “olumlu düzenleme yapma yükümlülüğü bulunan” hükümet için geçerli değildir; Strazburg Mahkemesi’nin belirttiği gibi, ***hükümet, kendi kusuruna dayanamaz.***

Büyük Daire kararının iç hukuk üzerindeki etkisi konusunu, öncelikle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası kuralı çerçevesinde değerlendirmek gerekir. İHAS, “ulusalüstü” bir sözleşme olduğundan, yasalara üstün tutularak ve Mahkeme içtihadı göz önüne alınarak “kendiliğinden” ve “doğrudan” uygulanmak zorundadır. Bu yükümlülük, yargı organları kadar, yönetsel yetkililer ile kamu kurum ve kuruluşları, örneğin Sayıştay için de geçerlidir.

Doğru, olması gereken köklü çözüm, öncelikle şudur: ***Mahkemelerimiz, İHAS’ı “doğrudan” uygulayarak ve kendisini İHAM yerine koyarak karar vermelidir.***

Ne var ki, bu çözüm için “iyimser” olmak kolay değildir. Öncelikle, her zaman olduğu gibi, “Anayasa’da değişiklik yapmak gerekir” diyenler olacaktır. Bunların arasında, yargı organları da bulunabilecektir. Bu gibi görüşler, 1982’de 51. maddeye sendika hakkının “anayasal” özneleri olarak yazılan “işçiler”in 1995’te “çalışanlar” olarak henüz değiştirilmediği yıllarda da ileri sürülüyordu...

Anayasa, madde 53/3’te “toplu görüşme” hakkını tanımış, ama toplu iş sözleşmesi yasağı getirmemiştir. Bu maddeyle, kamu görevlilerine tanınan sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkının, ***“... ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54 üncü madde hükümlerine tabi olmayan”*** sendikalar ve üst kuruluşlar anlamına geldiğinin belirtilmiş olmasından, kamu görevlileri için toplu sözleşme ve grev yasakları getirildiği sonucuna ulaşılamaz. Çünkü, kamu görevlilerinin, zaten bağlı olmadıkları bu iki maddeye bağlı olmadıklarının bir kez daha belirtilmiş olması, aslında bir “haşv”, yani “gereksiz, boş söz”dür (Gülmez, 2002: 177-180).

Madde 128/2’de, sayılan çeşitli konuların ***“kanunla”*** düzenlenmesinin öngörülmüş olması, her şeyden önce, “sayılmayan” konular açısından anayasal bir toplu sözleşme yasağı getirilmediğinin kabul edilmesini gerektirir. Ancak bu yorumun sonucu, toplu sözleşme konularının 98 sayılı Sözleşme’ye aykırı biçimde son derece sınırlandırılmasıdır. Bu kural karşısında, İHAM kararı doğrultusunda karar verecek yargı yerlerinin desteğiyle, toplu sözleşmeyi yerel yönetimler kamu

görevlilerinin dışında yaygınlaştırmak hiç de kolay değildir. Bu iyimser yorumun, toplu sözleşmenin kamu görevlileri için genelleştirilip kurumsallaştırılmasına yetmeyeceği açıktır.

Dolayısıyla, pozitivist yaklaşımdan kaynaklanabilecek asıl engelin, Anayasa'nın madde 53/3 ve 54 kurallarından çok madde 128/2'deki kural olduğu söylenebilir. Bu engeli aşmanın en kestirme yollarından birinin ise, madde 128/1'deki dolaylı “memur ve diğer kamu görevlisi” tanımının, Mahkeme kararı doğrultusunda değiştirilerek, kişiler yönünden kapsamının daraltılması olduğu düşünülebilir. Bunun da, Anayasa değişikliğine gerek kalmaksızın, 657 sayılı yasanın kapsamına giren kamu görevlilerinin yeniden tanımlanmasıyla yapılabileceği ileri sürülebilir. Var olan statü güvencelerine hiçbir zarar vermeksizin, “devlet yönetiminin üyeleri olmayan kamu görevlileri”nin özel hukuk işçileri gibi sendikal haklarının bulunduğu belirtilebilir. Bu da, içinden çıkılamayan, her fırsatta adını söylemeksizin gündeme taşıtmaktan geri kalınmayan “işçi-memur ayrımı sorunu”nu yeniden “hortlatma” anlamına gelebilir. Sözü'n kısıtı, ortada çok ince düşünülmesi gereken bir sorun vardır.

Ancak ben, onaylanan insan hakları sözleşmelerini salt yasaların değil Anayasa'nın da üstünde gördüğümünden, İHAS madde 11'in İHAM kararı yönünde doğrudan ve Anayasa'ya da üstün tutularak uygulanabileceği kanısındayım.

4688 sayılı yasa ile Sözleşme çatışmasında, madde 90/son fıkraya kuralı nedeniyle Sözleşme (98 ve İHAS) uygulanacağından, 4688 değiştirilmeden de toplu sözleşme hakkına işlerlik kazandırılabilir, yani 4688 bir engel değildir. Kuşkusuz, burada 4688'deki başka aykırı kuralların unutulması söz konusu değildir.

Yargı yerlerimizin de, bu olumsuz sonuçta çok büyük payı vardır. Özellikle Yargıtay, bir gün, önüne gelen uyuşmazlıkların Strazburg'a gideceğini ve sendikal haklar uluslararası ortak hukuku doğrultusunda karara bağlanacağını öngörememiş yada öngörmesine karşın, dar ve katı, “insan hakları karşıtı”, “ulusal mevzuatçı” yaklaşım ve yorumlarla ihlal kararları verilmesine neden olmuştur. Yargı yerlerimiz, ulusalüstü hukuka uygun kararlar vererek çözümüne katkıda bulunmadıkları sorunun iç hukukta gerçekleştirilecek yasal değişikliklerle çözülmesini beklemişlerdir.

Strazburg Mahkemesi kararları, tüm Avrupa Konseyi üyesi olan devletler için de bağlayıcı içtihat özelliği taşımakla birlikte, siyasi, bilimsel ve yargısal çevrelerdeki iç hukuka öncelik ve üstünlük tanıyıcı yaklaşımlar egemenliğini sürdürdüğü; görünen odur ki, içerdeki aykırılıklar Büyük Daire kararına ve başka kararlara konu olan sorunla sınırlı kalmayan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'nın, İHAS ve 98'in yanı sıra 87 sayılı Sözleşme ile BM ikiz sözleşmelerine uygunluğunun sağlanması, ancak ne zaman ve nasıl yapılacağı kestirilemeyen anayasal ve yasal değişikliklerle gerçekleştirilebilecektir. Bu alanda kimi olumlu adımların atılması da, ulusalüstü sözleşmelere ve ortak hukuka “tam uygunluk” sağlayamayacaktır.

Sonuç olarak, Strazburg Mahkemesi'nin Türkiye'ye ilişkin altı kararı birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlilerinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin güvencesindeki sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev (toplu iş bırakma eylemleri) hakları, sendika üyelerinin çıkarlarının korunmasının gereği olan bölünmez haklardır. Devlet, birbirinin ayrılmaz parçasını oluşturan sendikal hakların etkin kullanımını engellememeli, tersine kullanılmasını sağlayıcı olumlu önlemler alma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Hükümet de, Sosyal Şart'ın 5. ve 6. maddelerine koyduğu çekinceleri, savunma gerekçesi olarak kullanmaktan vazgeçmelidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Altunya, Niyazi (1996). **Eğitim-İş Deneyimi**, Ankara: Ürün Yayını.

_____. (2008). **Türkiye’de Öğretmen Örgütlenmesi (1908-2008)**, Yenilenmiş İkinci Baskı, Ankara: Ürün Yayını.

Bureau international du Travail (BIT) (1994). **Liberté syndicale et négociation collective** (Etude d’ensemble de la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations), Rapport III (Partie 4B), Conférence international du Travail (CIT), 81e session 1994, Genève.

_____. (1996). **La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT**, Quatrième édition, Genève.

_____. (2006). **La liberté syndicale**, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT, Cinquième édition, Genève.

_____. (2008). **Rapport de la Commission d’experts sur l’application des convention et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 97e session 2008, première édition, Genève.

_____. (2009). **Rapport de la Commission d’experts sur l’application des convention et des recommandations**, Rapport général et observations concernant certains pays, Rapport III (Partie 1 A), CIT, 98e session 2009, première édition, Genève.

Gülmez, Mesut (1988). **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri)**, Ankara: TODAİE Yayını, No: 223.

_____. (1990a). **Memurlar ve Sendikal Haklar** (Türkiye’de ve Dünya’da), Ankara: İmge Yayını.

_____. (1990b). **Memurların ve Öğretmenlerin Sendikal Hakları** (Hukuksal Durum ve İçeriği, Denetim Mekanizmaları ve İşletilmesi), Ankara: Eğitim-İş Yayını, Elkitapları Dizisi 1.

_____. (1993a). **Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları (1990-1993)**, Ankara: TODAİE Yayını, No: 251.

_____. (2002). **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, 788’den 4688’e, 1926-2001, Ankara: TODAİE Yayını, No 309.

_____. (2004). **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.

_____. (2006a). **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**, “AB’ye Sosyal Uyum Süreci Dizisi, No: 1, İkinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Belediye-İş Yayını.

_____. (2008a). **Uluslararası Sosyal Politika**, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara: Hatipoğlu Yayını.

_____. (2009) **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 5, Birinci Baskı, Ankara: Belediye-İş Yayını.

Sudre, Frédéric (2005). **Droit européen et international des droits de l’homme**, 7e édition refondue, Paris: Presses Universitaires de France (PUF).

Ünlütürk, Çağla (Çeviren) (2007). **Örgütlenme Özgürlüğü**, UÇÖ Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Yönetim Kurulu’nun Karar ve İlkelerinin Özeti, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara: Belediye-İş, BES, Genel-İş, Sağlık-İş, SES, Tüm Bel-Sen, Türk Harb-İş, Yapı Yol-Sen, Yol-İş Yayını.¹⁰

MAKALELER, YAZILAR

Balcı, Şebnem Gökçeoğlu (2008). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Satılmış ve Diğerleri / Türkiye’ Kararı”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, Sayı 17, s. 217-235.

Benoît-Rohmer, Florence (2009). “De l’impact de la Convention européenne des droits de l’homme sur la juridictionnalisation du Comité européen des droits sociaux”, **Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l’échelle mondiale** (Editeur: Nikitas Aliprantis), Collection rencontres européennes, Bruxelles: Bruylant, s. 235-252.

Gülmez, Mesut (1987). “Memurların Sendika Hakkı Vardır”, **Cumhuriyet**, 24 Aralık 1987, s. 2.

_____. (1988b). “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-44.

_____. (1988c). “Uluslararası Sözleşmeler ve Memurların Sendika Hakkı”, **abece**, Sayı 92, Şubat 1988, s. 18-20.

_____. (1989). “Kırkıncı Yılında, 98 Sayılı ILO Sözleşmesi Üzerine Prof. Dr. Cahit Talas ile Bir Söyleşi”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 109, Temmuz 1989, s. 31-35.

¹⁰ Bu çeviri konusunda iki açıklama yapmak zorundayım.

Birincisi, İngilizce orijinali ile birlikte yayımlanan bu kitabın 5. basısının İngilizce ve Fransızca orijinaleri 2006’da yayımlanmıştı. Çevirinin de, 4. bası değil, 5. bası temel alınarak yapılmış olması beklenirdi.

İkinci ve daha önemli nokta ise, çevirinin alt başlığının yanıltıcı olmasıdır. Bunun, Örgütlenme (Sendika) Özgürlüğü Komitesi’nin UÇÖ’nün anayasal organlarından birini oluşturan Yönetim Konseyi’nin komite ve / yada komisyonlarından birini oluşturması (bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Hatipoğlu Yayını, Ankara, 2008, s. 108 ve 299 vd) nedeniyle, şöyle anlaşılması gerekir: “UÇÖ Yönetim Kurulu Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi’nin Karar ve İlkelerinin Derlemesi.”

- _____. (1990c). “Memur Sendikası Toplu İş Sözleşmesi Yapabilir”, Işık Kansu ile Söyleşi, **Cumhuriyet**, 14 Kasım 1990, s. 10.
- _____. (1990d). “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29.
- _____. (1990e). “98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37.
- _____. (1991). “Sendikaları Yasalar Değil İnsanlar Yaratır”, **Eğitim-İş Bülteni**, Sayı 11, Haziran 1991, s. 11-12.
- _____. (1993b). “Toplu Pazarlık ve Grev Hakları ve Türkiye”, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu (Bildiriler ve Tartışmalar), (Yay. Haz.: Mesut Gülmez), Ankara: **TODAİE / İHM Yayını**, s. 125-133.
- _____. (1994). “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Hazırlık Süreci ve 11. Madde”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 16, 1994, s. 15-36.
- _____. (1995). “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı: ‘Mevzuatçı’ Hukuk Kültürünün Ürünü Bir Karar”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 28, Sayı 2, Haziran 1995, s. 141-153.
- _____. (1997). “Memur Sendikalarının Toplu Sözleşme Etkinliği ve Yargı Kararları”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, Mart 1997, s. 69-82.
- _____. (1998). “Öğretmenlerin Örgütlenmesi Panelinden ‘Kaçmak’ İstemiştim! Yada ‘Memurların Sendika Hakkı Vardır’ın Öyküsü”, **abece**, Sayı 138, Şubat 1998, s. 7-8.
- _____. (2001a). Belediye Memurlarının Toplu Görüşme Hakkı”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt, 10, Sayı 2, Nisan 2001, s. 68-84.
- _____. (2001b). “Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s. 3-21.
- _____. (2005). “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/1, 4, s. 11-56.
- _____. (2006b). “İnsan Haklarında, Uluslararasılıktan Ulusalüstülüğe Geçiş Süreci ve Türkiye’de Durum”, **Sivil Toplum, Düşünce ve Araştırma Dergisi**, 04 (13-14), Ocak-Haziran 2006, s. 83-96.
- _____. (2006c). “Yine ILO Mevsimi Geldi, Yine Taslaklar Hazırlandı...”, **Sendikal Notlar**, Ağustos 2006, Sayı: 30, s. 30-51
- _____. (2007). “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?”, **Çalışma ve Toplum**, 2007/1, Sayı 12, s. 27-52.
- _____. (2008b). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Demir – Baykara / Türkiye Davası Kararı: Bağlayıcılığı, İçeriği, Etkileri ve Sonuçları”, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı, **Tüm Bel-Sen Yayını**, Ankara, (2008), s. 5-32.
- _____. (2008c). “Strazburg Mahkemesi, Sendikal Hakların Bütünsellik ve Bölünmezliğini Onayladı”, **Eğitim-İş Dergisi**, Sayı 3, Ocak 2008, s. 24-27.

_____. (2008d). “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, Sayı 18, s. 137-170.

_____. (2008e). “Toplu Sözleşmesiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Radikal İki**, 23 Kasım 2008, s. 7.

_____. “İş Hukuku Öğretisi ve Madde 90 / Son Fıkra Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan** (Editör: Talat Canbolat), Cilt I, Beta Yayını, İstanbul, 2010, s. 303-387.

Renucci, Jean-François / Birsan, Corneliu (2007). “La Cour européenne des droits de l’homme et la Charte sociale européenne: les liaisons dangereuses”, **Dalloz, Etudes et commentaires**, Notes, Droit et liberté fondamentaux, No 6, p. 411.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

Conseil de l’Europe (CE), Cour européenne des droits de l’homme (CEDH), (1975). **Affaire syndicat national de la police belge**, Série A: Arrêts et décisions, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG.

_____. (1976a). **Affaire Schmidt et Dahlström**, Série A: Arrêts et décisions, vol. 21, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG.

_____. (1976b). **Affaire syndicat suédois des conducteurs de locomotives**, série A: Arrêts et décisions, vol. 21 (20), Strasbourg.

_____. (1977). **Affaire Engel et Autres**, série A: Arrêts et décisions, vol. 22, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Haymans Verlag KG.

_____. (1979). **Affaire Airey**, série A: Arrêts et décisions, vol. 32, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München (9.10.1979 Airey c. Irlande / v. Ireland).

_____. (1981). **Affaire Young, James et Webster**, série A: Arrêts et décisions, vol. 44, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG.

_____. (2002). **Affaire Wilson, National Union of Journalists et Autres C. Royaume-Uni**, (Requêtes Nos 30668/96, 30671/96 Et 30678/96), Arrêt, Strasbourg, 2 juillet 2002, Définitif, 02/10/2002.

_____. (2006a). **Deuxième section, Affaire Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie** (Requete No: 28602/95), Arrêt, Strasbourg, 21 février 2006.

_____. (2006b). **Affaire Demir et Baykara c. Turquie** (Requete No 34503/97), Arrêt, 21 novembre 2006, Strasbourg.

_____. (2007a). **Affaire Karaçay c. Turquie** (Requête No 6615/03), Arrêt, 27 mars 2007, Strasbourg.

_____. (2007b). **Affaire Satılmış et autres c. Turquie** (Requête No 74611/01, 26876/02 et 27628/02), Arrêt, 17 juillet 2007, Strasbourg.

_____. (2008a). **Affaire Demir et Baykara c. Turquie**, Requête No 34503/97, Arrêt, Grande Chambre, 12 novembre 2008.

_____. (2008b). **Deuxième Section, Affaire Urcan et Autres C.**

Turquie (Requêtes Nos 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 et 23676/04), Arrêt, Strasbourg, 17 juillet 2008, Définitif, 17 octobre 2008.

_____. (2009). **Troisième Section, Affaire Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie**, (Requête No 68959/01), Arrêt, Strasbourg, 21 avril 2009.

