

D.E.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ
DÖNER SERMAYE İŞLETMESİ YAYINLARI
NO.21



TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE TEŞMİL

Doç. Dr. Melda SUR

ANKARA-1991

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE TEŞMİL

Doç. Dr. Melda SUR

ANKARA
1991

ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASİMEVİ, ANKARA - 1991

*Babam, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un
aziz hâtırasına.*

Ö N S Ö Z

Önemli ölçüde 1988 yılında Paris'te yaptığım kütüphane çalışmalarına dayanan bu inceleme, "doçentlik tezi" işlevini de görmek üzere 1990 yılında tamamlanarak son şeklini almıştır.

Tezimizdeki ana fikir, "sözleşme"nin, sanıldığı gibi aksine, gittikçe daha büyük önem kazanmakta olduğu, aynı zamanda da boyut ve nitelik değiştirdiğidir. Devlet politikalarının da önemli bir aracını oluşturan "sözleşme" ile "teşmil edilmiş toplu iş sözleşmesi" birbirine bu açıdan çarpıcı bir yakınlık gösterir. Bireysel irade özerkliği, kollektif irade özerkliği ve Devlet organlarının tek yanlı işlemleri, ayrı ayrı veya birbirine eklenerek, birleşerek, toplumsal hayatta birlikte etki yapmaktadır.

Çalışmamızda ilk önce, *toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliği* konusuna ülkemizde şimdiye kadar incelendiğinden farklı bir açıdan yaklaşarak; Fransız öğretisinde zaman içinde ortaya çıkıp değişik eserlerde yer alan görüşler bir araya getirilmeye ve bir sisteme bağlanmaya çalışılmıştır. Halen gelişme süreci içinde bulunduğu için, çizilen tablo ve "yeni sözleşme görüşü", statik olmaktan çok, belli bir değişim hareketini gösteren ileriye dönük bir şemadır. Bu nedenle saptananlar zaman içinde tamamlanmaya, değiştirilmeye ve derinleştirilmeye açıktır.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği konusuna ise ülkemizde daha önce yazılmış bulunan değerli eserlerin aslı katkısı, bu inceleme için çok önemli bir temel oluşturmuştur. Bu bakımdan, aslında özerklikle ilgili eserlerin sahiplerinin çizmiş oldukları yolun bu çalışmada izlendiği; bu çizgiye belki başka boyutlar da eklenmeye çalışıldığı söylenebilir. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi konusunda mevcut Türk öğretisinin katkısı daima önceliğini ve temel niteliğini korumaya devam edecektir.

Toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği ve özerkliği konularıyla en sıkı biçimde bağlantılı olan ve bu çerçevede ve bağlamda anlamlı gördüğümüz “teşmil” kurumu ise, ülkemizde hemen hemen hiç uygulanmadığından, burada bilhassa mevzuata dönük karşılaştırmalı bir pozitif hukuk incelemesi şeklinde ele alınmıştır.

Bu kitabın basımında emeği geçen Ankara Üniversitesi Basımevi çalışanlarına ve kaleme alınması sırasında kıymetli zamanlarını ayırıp, sürekli bir ilgi göstererek bana güç veren Hocam Prof. Dr. Seyfullah Edis’e burada en içten teşekkürlerimi sunmak isterim.

İzmir, 1991

Doç. Dr. Melda SUR

İÇİNDEKİLER

Giriş	1
-------------	---

Birinci Bölüm

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUK DÜZENİ İÇİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 1. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KULLANILAN TERİMLER	3
I- Yasamızda toplu iş sözleşmesinin tanımı	3
II- Terimler	4
§ 2. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GELENEKSEL TARTIŞMA	7
I- Geleneksel “sözleşme” tezi ve bu teze yöneltilen eleştiriler	7
A. Geleneksel “sözleşme” tezi	7
B. Geleneksel “sözleşme” tezine yöneltilen eleştiriler	7
II- “Düzenleyici işlem” tezi	9
A. Tezin esasları	9
B. Tezin getirdiği çözümler	9
III- Toplu iş sözleşmesinin karma niteliğini kabul eden görüşler	10
A. Vecibevî hükümlerde borçlar hukuku, normatif hükümlerde kamu hukuku nitelikli işlem görüşü	10

B. Yapılışında akdî nitelikli, hüküm ve etkilerinde düzenleyici işlem görüşü	11
C. Türk öğretisinde benimsenen karma görüş	12
IV- Kendine özgü bir sözleşme türü anlayışı yönündeki gelişme	12
A Öğretide	12
B Türk pozitif hukukunda	13
1. Mevzuat hükümleri	13
2. Yargı kararları	14
§ 3. SÖZLEŞME ANLAYIŞI ÇERÇEVESİNDE NORMATİF ETKİNİN AÇIKLANMASI	16
I. Geleneksel, dar kapsamlı "sözleşme" anlayışı çerçevesinde açıklama çabaları	16
A. "Sosyal gereklilik"ten doğan kolektif sözleşme kuramı	16
a) Kuramın dayanağını oluşturan toplumsal olgu ..	16
b) Kurama göre kolektif sözleşmenin ölçütü	17
c) Kolektif sözleşmenin bireysel sözleşmeden farkları	17
d) Kolektif sözleşme kuramının toplu iş sözleşmelerine yansıyan bazı önemli sonuçları	18
e) Kolektif sözleşme kuramına yöneltilebilecek eleştiriler	18
B. Korporatif örgüt kuramı	18
a) Kuramdaki temel bakış açısı	18
b) Kuramda toplu iş sözleşmesinin etkisinin açıklanması	19
c) Kuramın değerlendirilmesi	19
C. Kolektif sözleşmede yasal temsil görüşü	20
a) "Kolektif anlaşmalar"ın alt grubu olarak "kolektif sözleşmeler"	20
b) Yasal temsil görüşü	21
c) Görüşün değerlendirilmesi	22

II- Sözleşme kavramının sınırlarının genişletilmesi	23
<i>A. Duguit ile Kelsen'in görüşlerinin karşılaştırılması</i> ..	23
1. Duguit'nin yasa-anlaşma kuramı çerçevesinde toplu iş sözleşmesi	23
2. Kelsen'in sözleşme kuramı	24
<i>B. Sözleşmenin dar ve geniş telâkkileri</i>	25
1. İrade özerkliği kuramı ile sözleşmenin "dar" telâkkisi	25
2. Kural koymada özerkliğin etkisinin artırılması	28
a) "Özerklik ilkesi"nin anlamı ve sınırları	28
b) Özerk kural koyma mekanizmasının Batı'da kazandığı boyut	31

İkinci Bölüm

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ

§ 1. GENEL OLARAK TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER	35
I- Toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağı	35
<i>A. Toplu iş sözleşmesi erkinin kamu otoritesince verilmiş olduğu görüşü</i>	36
1. Delegasyon kuramı	36
2. Kuramın değerlendirilmesi	37
<i>B. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin Devlet düzenince iktibas edildiği görüşü</i>	38
1. Sosyal hukuk düzeninin ilke itibarıyla Devletin hukuk düzenince iktibası kuramı	38
2. Kuramın değerlendirilmesi	39
a) Kuramın olumlu yönleri	39
b) Kuramın eleştirilebilecek yönleri	39
<i>C. Kollektif özerkliğin kaynağını kendinde bulduğunu savunan görüş</i>	40

1. Asli özerklik kuramı	40
2. Kuramın değerlendirilmesi	41
a) Kuramın olumlu yönleri	41
b) Kurama yöneltilecek eleştiriler	42
c) Sonucumuz	43
II- Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevi	43
A. Toplu iş sözleşmesi kurumunun değişik işlevleri	44
1. Karşılaştırmalı hukukta görülen değişik işlevler	44
a) Sovyetler Birliğinde toplu iş sözleşmesinin işlevi	44
b) Pazar ekonomisi sistemlerinde toplu iş sözleşmesinin işlevleri	46
2. Bazı uluslararası belgelerde toplu iş sözleşmesinin işlevi	48
a) 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesinde toplu iş sözleşmesinin işlevi	48
b) 91 sayılı Toplu Sözleşmeler Tavsiyesinde toplu iş sözleşmesinin işlevi	49
c) Avrupa Sosyal Yasasında toplu iş sözleşmesinin işlevi	49
B. Toplu iş sözleşmesinin işlevsel bağı	50
1. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevi açısından irade özerkliğinden farklı yönleri	51
a) Toplu iş sözleşmesinin dışa yönelik kurallar getirmesi	51
b) Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevsel bağa sahip olması	51
2. Toplu iş sözleşmesi hakkının sosyal haklardan olması	52
a) Sosyal hak olarak toplu iş sözleşmesi hakkı	52

b) Sendika, toplu iş sözleşmesi ile grev haklarının birlikte ele alınması	54
III- Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin kolektif niteliği	56
<i>A. Kolektif anlaşma olarak toplu iş sözleşmesi</i>	<i>57</i>
1. Genel olarak "kolektif anlaşma" kavramı	57
a) Tarafların kolektif niteliği	57
b) Etki bakımından kolektif nitelik	57
2. Kolektif anlaşmalar içinde toplu iş sözleşmesinin özgün niteliği	58
<i>B. Toplu iş sözleşmesinin tarafları</i>	<i>58</i>
1. Taraf olabilecek birimler	58
a) İşveren tarafı	58
b) İşçi tarafı	60
aa) Fiilî işçi topluluklarının yerine örgütlerin geçmesi	60
bb) Sendikanın kendi adına hareket etmesi	61
cc) Bazı hukuk sistemlerinde sendikanın ayrıca yetkilendirilmesi	61
çç) İşçi tarafını teşkil eden birimin değişik olabilmesi	62
2. Temsil yeteneğini haiz olma koşulu	63
a) Taraf olma koşulu olarak temsil yeteneği ...	63
b) Temsil yeteneğinin belirlenmesi	63
<i>C. Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı</i>	<i>64</i>
1. Toplu iş sözleşmesinin düzeyi	64
a) Değişik düzeyler	64
aa) İşkolu esasının benimsenmesi ve sebepleri	65
bb) İşletme ve işyeri düzeylerine inme eğilimi ve sebepleri	66
cc) Düzenlenecek konuların toplu iş sözleşmesi düzeyinin seçimini etkilemesi ..	67

b) Düzeyin belirlenmesi	68
aa) Düzeyin taraflarca seçimi ve idari mer- cinin müdahalesi	68
bb) Düzeyin tek veya birden çok oluşunun önemi	69
2. Taraf sendikaya üyelik koşulu	69

§ 2. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I- Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağı ...

A. Ülkemizdeki tarihsel gelişmenin özellikleri

1. Genel olarak çeşitli etkenler

a) Ekonomik etken

b) Siyasal etken

c) Hukukî etken

2. Ülkemizde etkenlerin özellikleri

B. Kaynak olarak Anayasa hükümleri

1. Toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağını Anayasa- dan alması

a) 1961 Anayasasındaki hüküm

b) 1982 Anayasasındaki hüküm

c) Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada tanınmasının anlamı

2. "Toplu iş sözleşmesi hakkı"nın "sözleşme öz- gürlüğü"nden ayrı bir hükümde yer alması

a) Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada yer almasının gereksizliği görüşü

b) Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada yer almasının gerekli olduğu görüşü

II- Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi erkinin işlev- leri

A. 1961 Anayasası m. 47'de toplu iş sözleşmesinin iş- levsel bağı

1. İşçiyi koruma işlevi

2. Grev hakkı ile aynı maddede yer alması	80
B. 1982 Anayasası m. 53 ile 2822 sa. TSGLK açısından toplu iş sözleşmesinin işlevsel bağı	81
1. İşçiyi koruma işlevi	81
2. Düzen işlevi	82
III- Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi özerkliğinin kolektif niteliği	84
A. 2822 sa. TSGLK'da toplu iş sözleşmesinin tarafları	84
1. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti	84
a) Genel olarak hak ehliyetiyle bağlantı ve farklılıklar	84
b) İşçi sendikasının toplu iş sözleşmesine taraf olabilmesi	85
c) Toplu iş sözleşmesinin yalnız sendikanın kurulu bulunduğu işkoluna giren işyerlerini kapsaması	88
2. Toplu iş sözleşmesi yetkisi	88
B. 2822 sa. TSGLK'da toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı	92
1. Toplu iş sözleşmesinin düzeyi	92
a) TSGLK m. 3 hükmü	92
b) İşyeri düzeyinin esas alınması	92
c) Bir işyerinin sınırlarını aşma olanağı	93
d) İşletme toplu iş sözleşmesi	94
e) Yasada koşulları belirlenen düzeylerin dışına çıkılamaması	97
f) Toplu iş sözleşmesi tekliği ilkesi	98
2. Toplu iş sözleşmesinin kişi bakımından uygulama alanı	98
a) Taraf sendikaya üyelik koşulu	98
b) Üyelğe rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacak kişiler	100

Üçüncü Bölüm

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TEŞMİLİ

§ 1. GENEL OLARAK TEŞMİL	105
I- Teşmil kurumunun anlamı ve işlevleri	105
A. Teşmilin anlamı	105
a) "Teşmil" in tanımı ve biçimleri	105
b) Teşmilin önemi	107
B. Teşmilin yararları	108
a) Toplu iş sözleşmesinin düzenleme işlevi açısından	108
b) İşçiyi koruma işlevi açısından	109
II- Bazı hukuk sistemlerinde teşmil	110
A. Bazı erken uygulama örnekleri	110
a) Yeni Zelanda ve Avusturalya örnekleri	110
b) Almanya, Avusturya ve İsviçre örnekleri	111
c) A.B.D. ve İngiltere örnekleri	113
B. Fransız hukukunda teşmil	114
a) 1936 reformunun önemi	114
b) Yürürlükteki düzenlemenin ana hatları	117
III- Bazı uluslararası belgelerde teşmil	121
A. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bazı Sözleşme ve Tavsiye kararları	121
a) 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi	121
b) 91 Sayılı Toplu Sözleşmeler Tavsiyesi	122
B. Avrupa Sosyal Yasası	124
a) Avrupa Sosyal Yasasının ülkemizde onaylanış biçimi	124
b) Avrupa Sosyal Yasasında toplu pazarlık hakkının ele alınma biçimi	125

§ 2. TÜRK HUKUKUNDA TEŞMİL	127
I- Geçmişteki düzenlemeler	127
A. 275 sa. TSGLK'da teşmil	127
1. 275- sa. TSGLK'nun hazırlanması sırasında TBMM'de teşmil hakkında önc sürülen görüşler	127
2. 275 sa. TSGLK m. 8'de teşmilin düzenleniş tarzı	129
a) 275 sa. K. m. 8 metni	129
b) Teşmilin koşulları	130
c) Teşmil kararı	132
d) Teşmilin etkileri	133
B. 2364 sayılı Kanunda teşmil	134
a) 2364 sayılı Kanunun özellikleri	134
b) 2364 sa. K. m. 4'de teşmilin düzenlenişi	135
II- 2822 sa. TSGLK'da teşmil	136
A. 2822 sa. TSGLK m. 11'de teşmilin düzenlenişi	136
a) 2822 sa. TSGLK m. 11 metni	136
b) Teşmilin koşulları	137
c) Teşmil kararı	139
d) Teşmilin sonuçları	142
B. Teşmilin tarafların özerkliğine etkisi ve hukukî niteliği	145
a) Sendika ve toplu iş sözleşmesi özgürlüğü açısından teşmil	145
b) Teşmil kararının hukukî niteliği	148
Sonuç	151
Fransızca özet (Résumé en français)	157
Kısaltmalar	163
Bibliyografya	167

GİRİŞ

Toplumda görülen iktisadî, sosyal ve fikrî gelişmeler, geleneksel kalıplara uymayan kurum ve işlem türlerinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. XIX. yüzyılın sonlarından itibaren “toplular iş sözleşmesi” de özgün bir kurum olarak gelişme gösterip, gittikçe artan bir önem kazanmıştır. Gerek iktisadî ve sosyal, gerekse hukukî alanda büyük etki yapan toplular iş sözleşmeleri, eskiden beri etraflı tartışma ve incelemelere konu olmaktadır.

Çağdaş sanayi toplumlarında, genel biçimde hukuk sisteminin tedricen karakter değiştiği, bu değişim içinde salt bireysel iradenin, daha önce sahip olduğu düşünülen değer ve etkiyi yavaş yavaş yitirdiği öne sürülür. Ekonomik baskılar karşısında bireyin iradesinin gerçek bir etkiye sahip olmadığı, bu etkinin zedelendiği en tipik alan, işçi-işveren ilişkisidir. En belirgin biçimde de, yoğun işsizlik dönemlerinde, işverenle bireysel düzeyde karşı karşıya gelen işçinin sözleşme koşullarını müzakere etme gücüne sadece görünürde sahip olduğu söylenebilir.

Bu nedenle bilhassa işçi-işveren ilişkilerinde, bireysel iradelerin üstünde Devletin ve bir takım toplulukların etki ve hâkimiyetlerini artırma ihtiyacı duyulmuştur. Bu yolda da iki ayrı mekanizma birbirine paralel biçimde geliştirilmektedir:

— İşçi-işveren ilişkisini ve özellikle hizmet akdini düzerleyen kuralların Devlet organlarıca oluşturulması;

— Bu kuralları oluşturma faaliyeti bir ölçüde topluluklara bırakılarak “kendi kendine yardım” mekanizmasına imkân ve işlerlik sağlanması.

Daha geniş anlamda “hukukun sosyalleşmesi”nin sadece bir yönü olarak ele alınabilen bu hukukî mekanizmaların ikincisi, en ilginçini teşkil eder. Kamu gücünün kullanılmasının yanında, bir başka yol olarak, bizzat ilgililerin oluşturdukları topluluklar tarafından, akdî şekilde

kurulup normatif etki yapan “kollektif işlemler” in ortaya çıkması, aslında sosyo-politik alanda görülen gelişmelerin tipik bir uzantısıdır. Bu gelişme, “soyut, objektif ve genel kural koyma faaliyetine özel kişilerin daha fazla ve dolaysız biçimde katılmaları” formülüyle ifade edilebilir.

Bu süreç sonucunda, bireysel iradelerin temel oluşturduğu geleneksel sözleşme kavramı da etkilenerek bir değişime uğramıştır. Bununla birlikte, aynı zamanda da Devletin klâsik işlevlerinden olan “objektif kural koyma” işlevi de bir bakıma etki görecer Devletin tekelinden çıkmaya başlamıştır.

İşte böyle bir bağlam içinde, İş Hukuku alanına özgü bir işlem olan “toplular iş sözleşmesi”, çok değişik yönleriyle oldukça karmaşık, son derece çağdaş, ileriye dönük bir kurumdur ve günümüzde de halen gelişmesini sürdürmektedir.

Toplu iş sözleşmesinde gözlenen gelişmeleri, diğer hukukî kurum ve işlemleri de dikkate alarak incelediğimiz bu çalışmanın başlıca amaçları:

1. İlk önce, *toplular iş sözleşmesinin hukukî niteliği* sorununu, Fransız öğretisinden de esinlenerek bir “sözleşme” teşkil edip etmediği odağı etrafında yoğunlaştırarak incelemek; kurumun hukukumuzdaki düzenlemesini de gözönünde tutarak “sözleşme” niteliğini gerçekten koruyup korumadığı konusunda bir sonuca varmak (Birinci Bölüm);

2. Daha sonra, *toplular iş sözleşmesi özerkliği*’ni tahlil edip, “sözleşme özgürlüğü” ile karşılaştırmak; çeşitli hukuk sistemleri ve Türk hukuku açısından toplular iş sözleşmesi özerkliğinin spesifik yönlerini ortaya çıkarmak (İkinci Bölüm);

3. Bir Devlet müdahalesiyle, toplular iş sözleşmesinin tarafların normatör yetki alanı dışında uygulanmasına yol açan “teşmil”in karşılaştırmalı incelemesini yapmak; bu mekanizmanın ne ölçüde, daha önce incelenen tarafların özerkliğini ve toplular iş sözleşmesinin hukukî niteliğini etkilediği konusunda sonuçlara varmaktır (Üçüncü Bölüm).

1.
Bölüm

TOPLU İŞ ŞÖZLEŞMESİNİN HUKUK DÜZENİ İÇİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 1. TOPLU İŞ ŞÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KULLANILAN TERİMLER

I. Yasamızda toplu iş sözleşmesinin tanımı

1. Hukukumuzda, kanun koyucu "toplu iş sözleşmesi"ni tanımlama gereğini duymuştur. Nitekim 2822 sa. *TSGLK m. 2/I'e* göre:

"Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir."

Bu tanımdan kalkarak, toplu iş sözleşmesinin kurucu unsurları şu şekilde sıralanabilir:

— Toplu iş sözleşmesi bir *sözleşme* olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile (BK m. 1) hukukî sonuçlar doğurmaktadır;

— Tarafları bakımından, işçi yanı zorunlu olarak bir *işçi sendikası*; işveren yanı ise, sendikaya üyelik halinde *işveren sendikası*, hiç bir sendika üyesi bulunmama halinde ise *işverendir*.

— İçeriği itibarıyla, bir toplu iş sözleşmesinde daima bireysel hizmet akitleri üzerinde *normatif* etkiye sahip bazı hükümler yer almalıdır.

2. TSGLK m. 2/II'de ise toplu iş sözleşmesinde "vecibevî" olarak adlandırılabilen, doğrudan doğruya toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika ve işverenlere bazı yükümlülükler getiren bazı hükümlerin de yer alabileceği belirtilmektedir:

"Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir."

Maddenin I. fıkrasındaki tanımda unsur olarak belirtilen normatif tipteki hükümlerden en az bir tanesinin bulunması zorunludur. Bu tür bir normatif hükmü içermeyen işlem, "toplu iş sözleşmesi" diye adlandırılabilir, toplu iş sözleşmesi olarak nitelenemez (1).

Buna karşılık TSGLK m. 2'deki anlatımdan da anlaşıldığı gibi, "vecibevî" türden hükümler kurucu unsur teşkil etmezler. Dolayısıyla bu tür hükümlerin yer almaması, işlemin nitelenmesinde herhangi bir değişikliğe yol açmayacaktır.

II. Terimler

a) Hukukumuzda toplu iş sözleşmesi kurumu, 1926 yılında çıkarılan Borçlar Kanunu ile ilk düzenlemesini "umumî mukavele" adı altında görmüştür. BK m. 316-317'de yer alan bu hükümler şöyledir:

Madde 316 :

"İş sahibi kimselerin veya cemiyetlerinin, işçilerle veya cemiyetleriyle yaptıkları mukavelede hizmete müteallik hükümler vazolunabilir.

"Bu umumî mukavele, tahrirî olmadıkça muteber değildir.

"Alâkadarlar bu mukavelelerin müddetine ittifak etmezlerse, bir sene mürurundan sonra altı aylık müddet için yapılacak bir ihbar ile, her zaman mukaveleyi feshedebilirler."

(1) Karş.: REİSOĞLU, S.: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 7: Yazara göre, "hizmet akdinin esash unsurları olan ücret ve hizmetin toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesi gerekir".

Madde 317 :

“Umumî bir mukavele ile bağılı bulunan iş sahipleriyle işçiler arasında yapılacak hususî hizmet akitlerinin, umumî mukaveleye muhalif hükümleri bătıldır.

“Bu bătıl hükümlerin yerine, umumî mukavele hükümleri kaim olur.”

Yukarıdaki iki maddeden ibaret olan bu düzenleme, zamanın koşullarına göre ileri olup, ana hatları itibarıyla da günümüzdeki toplu iş sözleşmesi kurumuna uymaktadır. Ancak bu müesseseye çeşitli nedenlerden dolayı tam anlamıyla yaşama geçirilememiş; 1963'e dek, 1950'li yıllarda olmak üzere, pek az sayıda toplu iş sözleşmesi akdedilebilmiştir (2).

Müesseseyi adlandırmak üzere Borçlar Kanunumuzda kullanılan “umumî mukavele” deyimini birçok bakımdan eleştirilmektedir: Özellikle de bu deyim “iş” sözcüğünü içermeyişi dolayısıyla yeterince açık ve belirleyici olmadığına işaret edilmektedir (3). Esasen de kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununda o dönemde aynı konuları düzenlemekte olan 322-323. maddelerinde dilimize “kollektif iş sözleşmesi” olarak çevrilebilen “contrat collectif de travail” (Fransızca metinde) ile “Gesamtarbeitsvertrag” (Almanca metinde) deyimleri yer almaktaydı.

b) Bunun yanında, 1963'den bu yana müesseseyi düzenleyen yasalarımızda (275 sa. TSGLK; 2364 sa. K.; 2822 sa. TSGLK) kullanılagelen “*toplu iş sözleşmesi*” deyimini de öğretilere hedef olmaktadır. Bu deyim müesseseyi tam olarak ifade etmediği, hatta yanıltıcı olduğu öne sürülmektedir (4). Gerçekten de böyle bir adlandırma, sözcük anlamı itibarıyla hizmet (iş) akitleri topluluğu olarak anlaşılmaya elverişlidir. Oysa toplu iş sözleşmesi hizmet akitlerine nazaran önemli bir nitelik farkı gösterir: Bir toplu iş sözleşmesi hiç bir surette hizmet akitinin yerini alıp bir hizmet ilişkisini kuramaz; ancak işçi ile işveren arasında ve onların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile

(2) Bkz.: SAYMEN, F.H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 367; MİMAROĞLU, S.K.: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, 2. baskı, Ankara 1965, s. 27 vd., öz. s. 33-34; İŞIKLI, A.: Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri, Ankara 1967, s. 67 vd., öz. s. 80.

(3) Bkz.: MİMAROĞLU, s. 3; REİSOĞLU, S.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, s. 1.

(4) Hukukumuzda bkz.: SAYMEN, s. 370; REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 3-4.

biyresel düzeyde kurulabilen hizmet ilişkisi üzerinde, normatif etki meydana getirir.

Bununla birlikte pozitif hukukumuzdaki "toplul iş sözleşmesi"nin benzeri karşılığı olan deyimler başka ülkelerde de benimsemektedir: Fransa'da kullanılan "convention collective de travail"; Almanya'da ve Avusturya'da "Tarifvertrag" ile "Kollektivvertrag"; İngiltere'de "collective agreement" deyimleri de aynı ölçülerde eleştirilebilir (5). Özellikle Alman hukukundaki "Tarifvertrag" deyimini, işlemin temel bir konusunu vurgulamakla birlikte, içeriğini gene eksik biçimde ifade etmektedir. Teorik açıdan isabeti tartışılır bulunan bu deyimlerin herşeye rağmen kullanılmakta oluşu, bu ülkelerde müessesenin uygulamada gelişmiş olması ve kullanımlarındaki nisbi kolaylık ile açıklanabilir.

c) Gerek Alman ve Fransız, gerekse ülkemiz öğretilerinde başka deyimler önerilmiştir. Bu deyimlerin ortak özellikleri, toplul iş sözleşmesinin normatif etkisini vurgulamalarındadır: Fransızca "convention collective de réglementation du travail" (6); "contrat collectif de réglementation du travail" (7); Almanca "Arbeitsnormenvertrag" terimleri; ülkemizde bazı yazarlarca kullanılan "işin tanzimine müteallik umumî mukavele" (8), "toplul iş şartları sözleşmesi" (9) gibi adlar müessesenin anlamını daha iyi ifade etmektedir; ancak uygulamada bu terimler benimsememiştir.

Esasen, kullanılan terim, işlemin nitelenmesini etkilemeyecektir. Zaten günümüzde gerek uygulamada, gerekse mevzuatta söz konusu işlemin yapılışı ile etkilerinin ana ilkeleri herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmiş durumdadır. Bu itibarla terminoloji tartışmalarının ancak teorik bir değeri olduğu söylenebilir. Buna karşılık müessesenin hukukî niteliği berrak olmaktan uzaktır:

- (5) Fransız öğretisinde bkz.: ROUAST, A.: Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations, Paris 1909, s. 262 vd., No. 112; DURAND, P. - VITU, A.: Traité de droit du travail, T. III, Paris 1956, s. 405 vd., No. 145.
- (6) ROUAST, s. 263; DURAND, P. - JAUSSAUD, R.: Traité de droit du travail, T. I, Paris 1947, s. 128.
- (7) DURAND - VITU, s. 406: Daha önce Almanca "Arbeitsnormenvertrag" olarak SINZHEIMER tarafından önerilmiş bulunan deyimın Fransızca karşılığı olduğu belirtilmektedir.
- (8) SAYMEN, s. 370.
- (9) REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 3-4.

§ 2. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GELENEKSEL TARTIŞMA

Gerçek anlamda toplu iş sözleşmelerinin Batı'da ortaya çıkmaya başladığı XIX. yüzyıl sonlarından itibaren, özellikle Fransız ve Alman öğretilerinde, hukukî niteliği hakkında çeşitli görüşler öne sürülmüş, bu konuda etraflı inceleme ve tartışmalar süregelmiştir. Ayrıntılarına girmeyeceğimiz klâsik tartışma, bir yandan toplu iş sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi; öte yandan da kamu hukukundaki düzenleyici işlem niteliğinde kabul edilmesi fikirlerini karşı karşıya getirmiştir (10). Toplu iş sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin tartışmaları ve bu tartışmalardan çıkan görüşleri kısaca belirtmekte yarar görmekteyiz.

I. Geleneksel "sözleşme" tezi ve bu teze yöneltilen eleştiriler

A. Geleneksel "sözleşme" tezi :

Toplu iş sözleşmelerinin Batı'da ortaya çıkıp geliştiği XIX. yüzyılın sonlarında, ilk önce kabul gören anlayış, toplu iş sözleşmesinin tam ve klâsik anlamda bir sözleşme teşkil ettiği yönündedir. Dönemin Medenî hukukçuları tarafından savunulan bu görüş bireyci anlayışa dayanır: Toplu iş sözleşmesi, herhangi bir sözleşme gibi bireyler arasında akdedilip, yükümlülük altına girenlerin tümünün rızası aranmaktadır. Toplu iş sözleşmesiyle bağlılık, klâsik borçlar hukuku kavramlarından birisiyle (vekâlet, vekâletsiz iş görme, başkası lehine şart) açıklanmaktadır (11).

B. Geleneksel "sözleşme" tezine yöneltilen eleştiriler :

"Sözleşme" tezinin toplu iş sözleşmesinin gerek yapılmasında, gerekse etkilerinde gözlenen bazı özelliklerini açıklamakta yetersiz kaldığını öne süren karşı görüşler oluşmuştur. Özellikle:

- (10) Bu fikir ve tartışmaların anlatımı için bkz. örneğin: DURAND - JAUSSAUD, s. 129-134; ROUAST, A. - DURAND, P.: Précis de droit du travail, 3. éd., Paris 1963, s. 262-266; DESPAX, M.: Conventions collectives, Traité de droit du travail, T. VII, Paris 1966, s. 55-63; BRUN, A. - GALLAND, H.: Droit du travail, T. II, 2. éd., Paris 1978, s. 88, s. 161. Dilimizde: SAYMEN, s. 370-373; MİMAROĞLU, s. 47-66; REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 23-31; ESENER, T.: İş Hukuku, Yen. Göz. Geç. 3. Baskı, Ankara 1978, s. 391-394; ELBİR, H.K.: İş Hukuku, Yenilenmiş 9. baskı, İstanbul 1987, s. 180-184; TUNÇOMAC, K.: İş Hukuku, C. II, 2. bası, İstanbul 1985, s. 230-235.
- (11) Tezin anlatımı ve bazı dayanakları için bkz. örneğin: BRETHE, J.: De la nature juridique de la convention collective de travail, Bordeaux 1921, s. 18 vd.; DURAND - JAUSSAUD, s. 129-131; ROUAST - DURAND, s. 263-264.

a) Bir kere, o dönemde toplu iş sözleşmelerine fiilî işçi toplulukları da taraf olabilmekteydi. Oysa, ancak hukukî kişiliği haiz birimler sözleşme akdedebilir. Borçlar Kanunumuzdaki düzenlemede de (BK m. 316/I) fiilî toplulukları taraf kabul eden benzerî esas yer aldığından, aynı eleştiri bu Kanundaki umumî mukavele bakımından da söz konusu olabilmektedir.

b) Diğer yandan ve bilhassa, toplu iş sözleşmesinin etkisinin bu denli güçlü ve geniş oluşu, borçlar hukukunun klâsik kavramlarıyla açıklanamazdı. Üçüncü kişilerin akdettikleri sözleşmeler (hizmet akitleri) üzerinde doğrudan doğruya ve zorlayıcı bir etkinin bulunması, ne vekâlet ilişkisi, ne de vekâletsiz iş görme veya üçüncü kişi lehine şart ile tam olarak çözümlenebilmektedir. Bunlar yanında, tüzel kişi sendika ile üyeler ilişkisinde organ teorisi de yetersiz kalmaktadır. Bütün bu açıklama tarzlarına tek tek eleştiriler getirilmiştir (12). Ancak temel eleştiri, bütün bu durumlarda toplu iş sözleşmesinden etkilenenlerin aslında gerçek rızalarının bulunmamasından kaynaklanmaktadır:

— Toplu iş sözleşmesinin yapılması ve etkisinde borçlar hukuku anlamında *iradî* ya da *yasal temsil* ile çelişen bazı yönler bulunmaktadır: Özellikle iradî temsil açısından, bir sendikaya üye olmakla böyle bir vekâletin verildiği sonucuna varmak gerçekten de güçtür. Bunun yanında, bilhassa sendikanın mesleğin genel çıkarlarını temsil ettiği yönündeki yaklaşım, pek genel ve müphem olması bakımından, yasal temsil kavramına da uygun görünmemektedir (13).

— Sendikanın bizzat taraf olarak dava açıp toplu iş sözleşmesinden doğan hakları talep edebilmesi, özellikle *vekâletsiz iş görme* fikri ile çelişmektedir: Zira doğrudan temsilde olduğu gibi, vekâletsiz iş görme halinde de normal olarak toplu iş sözleşmesini bağitlayan sendikanın bundan sonra devreden çıkması icap eder (14).

— *Başkası lehine şart* fikri ise sendikanın toplu sözleşme ile verilen haklar konusunda davacı olma imkânını açıklaması bakımından diğerlerine üstünlük göstermektedir. Ancak, toplu iş sözleşmesi üçüncü kişilere sadece haklar değil, yükümlülükler de getirir. Diğer taraftan bu kimseler bir basit irade beyanı ile söz konusu hak ve yükümlülüklerden kur-

(12) Etrafı bir inceleme için bkz. özellikle: BRETHER, s. 18-19; Organ teorisi için bkz. öz.: VISSCHER, E.: Le contrat collectif de travail, théories juridiques et projets législatifs, Gand 1911; eleştirisi için bkz.: BRETHER, s. 54-57.

(13) BRETHER, s. 28.

(14) Öz.: DURAND - JAUSSAUD, s. 130; ROUAST - DURAND, s. 263.

tulma olanağına da sahip değildirler. İşte bu bakımlardan başkası lehine şart fikri de toplu iş sözleşmesinin etkisini açıklamaya elverişli değildir (15).

c) Nihayet, toplu iş sözleşmesinden hem tüzel kişinin, hem de aynı zamanda üyelerinin doğrudan doğruya bireysel düzeyde etkilenmeleri de sözleşme teorisi ile açıklanamamıştır.

II. "Düzenleyici işlem" tezi

A. Tezin esasları :

Daha çok kamu hukukçuları tarafından savunulan görüşe göre, toplu iş sözleşmesi bir akit değil, bir "düzenleyici işlem", "kaide-tasarruf" (acte-règle), maddî anlamda "yasa", yahut "statü hukuku"nun bir parçasıdır. Bu konuda Duguit ve Hauriou'nun görüşleri dikkat çekmektedir:

a) *L. Duguit*'ye göre (16), yasaya özgü "genel" ve "emredici" olma vasıflarını bir arada bulandıran işlemler, sahipleri kim olursa olsun, (maddî anlamda) yasa olarak nitelendirilir. Böylece bu niteliklere uymakta olan toplu iş sözleşmesi bir "kanun-sözleşme"dir (convention-loi). Alelade akitlerden farklı olan bu işlem, sübjektif değil, objektif hukukî durum yaratan, genel, objektif kurallar içermektedir. Diğer yandan, Alman öğretisinde ortaya konulan "vereinbarung" (birleşme) türüne dahil edilen toplu iş sözleşmesinde, tarafların iradeleri, alelade sözleşmeden farklı olarak, aynı ve ortak bir amaçla, yani hizmet akitlerini düzenleyen kurallar konulması amacıyla birleşmektedir.

b) *M. Hauriou* ise "kurum teorisi"nden (théorie de l'institution) kalkarak, toplu iş sözleşmelerinin, sendikaların sahip buldukları düzenleme yetkisine dayanarak oluşturdukları "statü hukuku"nun bir parçası olduğunu öne sürmüştür (17).

B. Tezin getirdiği çözümler :

"Düzenleyici işlem" kuramına dayanan görüşler sayesinde, klâsik sözleşme anlayışı ile yeterli biçimde açıklanamayan hususlar çözümlenebilmektedir. Bunları kısaca vurgulamakta yarar vardır:

(15) BRÉTHE, s. 32; DURAND - JAUSSAUD, s. 130; ROUAST - DURAND, s. 264.

(16) DUGUIT, L.: Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912, s. 116-136; aynı yazar: Manuel de Droit constitutionnel, 3. éd., 1918, s. 89. Etraflı açıklama ve eleştirisi için bkz.: BRÉTHE, s. 74-84.

(17) HAURIOU, M.: Principes de droit public, 2. éd., 1916, öz. s. 207; ayrıca, etraflı açıklama ve eleştirisi için bkz.: BRÉTHE, s. 84-91.

a) Toplu iş sözleşmesine taraf topluluklar, tüzel kişilikleri olsa da, olmasa da, meslek birliğini kamu hukuku anlamında "temsil" etmektedirler.

b) "Kaide-tasarruf" anlayışı, toplu iş sözleşmelerinin üçüncü kişiler üzerindeki zorlayıcı etkisini kolaylıkla ve dolaysız biçimde açıklayabilmektedir.

c) Doğrudan doğruya normatif etki de aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinin "emredici yasa" gibi değerlendirilmesi suretiyle açıklanabilir. Böyle olunca, bireysel akitlerde aykırı hükümlerin yer alması durumunda salt bir tazmin yükümlülüğü değil, toplu iş sözleşmesi hükmünün sözleşme hükmünün yerine geçmesi doğal bir sonuç teşkil edecektir.

III. Toplu iş sözleşmesinin karma niteliğini kabul eden görüşler

Günümüzde güç kazanmış bulunan bu görüş akımında, toplu iş sözleşmesi çifte hukukî nitelikli (Doppelnatur) bir işlem olarak kabul edilmektedir. Bu görüşler kendi aralarında çeşitli açılardan farklılıklar gösterir. Özellikle, sözleşme ya da düzenleyici işlem niteliklerinden birinin bulunduğu veya ağır bastığı yönler, ve genel olarak ağır basan niteliğin saptanması bakımından değişik sınıflandırmalara rastlanılmaktadır:

A. Vecibevî hükümlerde borçlar hukuku, normatif hükümlerde kamu hukuku nitelikli işlem görüşü :

Daha çok Alman öğretisinde savunulan bir görüşte, düzenleniş bakımından esas itibarıyla özel hukuk müessesesi olarak değerlendirilen toplu iş sözleşmesinin etkilerinde karma nitelik görülerek, *vecibevî* hükümler borçlar hukuku, *normatif* hükümler ise tamamıyla kamu hukuku kökenli kabul edilir (18).

Ancak söz konusu değerlendirme ve tasnifin eleştirilecek yönleri bulunmaktadır; özellikle:

— Toplu iş sözleşmesi hükümleri arasında *vecibevî* - düzenleyici hüküm ayrımı kimilerine göre yapay bir ayrım olup kesin bir sınır saptanmasında güçlük çekilecektir. Bu görüşte vurgulandığı üzere, özellikle

(18) HUECK, A. - NIPPERDEY, H.C.: Lehrbuch des Arbeitsrechts, C. II, 1. kitap, 7. baskı 1967, Berlin-Frankfurt/Main, s. 344 ve dn. 8a (Atıf yapan yazar: ALIPRANTIS, N.: La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Paris 1980, s. 73, dn. 32). Ülkemizde: REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 29, 31 ile dn. 78'de atıf yapılan HUECK - NIPPERDFY - STAHLHACKE (Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München-Berlin 1964, s. 132).

“normatif” hükümler bile sübjektif hak ve borçlar getirip “borçlar hukuku niteliği”ni kazanmaktadır (19). Bununla birlikte normatif – veci-bevî hüküm ayrımı, gerek teorik gerekse pratik açıdan taşımakta olduğu büyük önem nedeniyle, kanımızca göz ardı edilemez bir ayırmadır.

— Fransız öğretisinde bir başka açıdan karma görüşün başlıca savunurlarından olup, görüşünü 1939’da yayınlanan bir makalesinde sistemli biçimde açıklamış bulunan *P. Durand* (20), hukukî nitelikte ilgili tartışma ve incelemelerin şimdiye kadar toplu iş sözleşmesinin içeriği üzerinde yoğunlaştığına; buna karşılık yapılış üzerinde yeterince durulmadığına dikkati çekmiştir. Oysa, *P. Durand*’a göre, toplu iş sözleşmesinin özgün, belirleyici yönünü yapılış biçimi teşkil eder ve toplu iş sözleşmeleri ile ilgili değerlendirmelerde bu yön esas alınmalıdır (21).

B. Yapılışında akdî nitelikli, hüküm ve etkilerinde düzenleyici işlem görüşü :

Fransız öğretisinde hâkim olan düalist görüşe göre, gerek sözleşme, gerekse düzenleyici işlem karakterleri toplu iş sözleşmesinin çeşitli yönlerinde bir arada bulunmaktadır (22). Ancak toplu iş sözleşmesinin yapılışında akdî niteliğin ağır bastığı, buna karşılık *hüküm ve etkilerinde* düzenleyici işleme yaklaşıldığı kabul edilmektedir (23). Gerçekten de:

— Toplu iş sözleşmesi, yapılışında esas itibarıyla bir sözleşmenin temel özelliklerini göstermektedir: Bir irade uyuşması olmadan toplu sözleşmenin meydana gelmesi mümkün değildir. Üstelik, burada gerçek bir müzakere aşaması mevcut olup yoğun pazarlıklar sonucu anlaşmaya varılmaktadır. Başka bir deyişle, ferdî düzeydeki birçok sözleşmeden farklı olarak toplu iş sözleşmesinin inikadında her iki tarafın iradesi gerçek bir etkiye sahiptir.

(19) ELBİR, s. 180.

(20) DURAND, P.: Le dualisme de la convention collective de travail, RTDC 1939, s. 353 vd.: düalist görüşü benimsedikleri belirtilen, çağın diğer yazarları arasında Alman *Hueck – Nipperdey*, *Sinzheimer*; İtalyan *Romano*, *Rovelli*, *Calamandrei*, *Carnelutti* zikredilmektedir (s. 357).

(21) DURAND, RTDC 1939, s. 358.

(22) Bkz. DURAND-JAUSSAUD, s. 132 vd.; DURAND, RTDC 1939, s. 358 vd.. Hukukumuz açısından bkz. örneğin: ELBİR, s. 180 vd., öz. s. 183–184; MİMAROĞLU, s. 53 vd.

(23) Bu yönde örneğin: ROUAST, A.: La nature et l’efficacité de la convention collective de travail, D. Soc. 1960, s. 639 vd.; RIVERO, J. – SAVATIER, J.: Droit du travail, Paris 1984, s. 361–362; CAMERLYNCK, G.H. – LYON-CAEN, G. – PELISSIER, J.: Précis de droit du travail, 13. éd., Paris 1986, s. 828–830.

— Toplu iş sözleşmesinin hüküm ve etkilerinde ise düzenleyici işlem karakterleri belirgindir. Ancak, karma özellikler burada da kendilerini göstermektedir: Taraf kuruluşlar arasındaki ilişki akdî niteliktedir. Buna karşılık üçüncü kişiler üzerindeki etki, bilhassa taraf sendikaya üye olmayanlar için, bir sözleşmenin etkisi ile açıklanamaz biçimde gerçek bir “düzenleyici etki” olmaktadır (24).

C. Türk öğretisinde benimsenen karma görüş :

Türk öğretisinde ise genel olarak düalist (karma) görüşün güçlü şekilde temsil edildiği söylenebilir. Örneğin, K. Tunçomağ'a göre, “toplu iş sözleşmesi, sözleşme ve kamu hukukuna ilişkin unsurların bir araya gelmesinden doğmuştur ve bir bütün teşkil eder.”; “... bütünüyle kamu hukuku veya özel hukuk değil de İş Hukuku içinde yeralan bir müessese” olarak kabul edilmelidir (25). S.K. Mimaroglu, toplu iş sözleşmesinin bazı yönleriyle İş Hukuku anlamında sözleşme olduğunu saptadıktan sonra, “sui generis bir müessese” olarak değerlendirmiştir (26). H.K. Elbir ise, “özel hukuk ağırlıklı karma sözleşme görüşü”nü benimsemektedir (27).

Görüldüğü gibi, kullanılan ifadeler gibi dayanak teşkil eden gerekçeler de özdeş değildir: Bir görüşte karma nitelik üzerinde durulurken, bir diğerinde kendine özgü müessese, bir başkasında da esasen sözleşme teşkil ettiği görüşü ağırlıklı olmaktadır.

IV. Kendine özgü bir sözleşme türü anlayışı yönündeki gelişme

A. Öğretide :

Bugün gerek Türk, gerekse Fransız öğretisinde güç kazanır görünen görüş, toplu iş sözleşmesinin “kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi” oluşturduğu veya böyle bir kategoriye girdiği merkezindedir.

Nitekim, ülkemizde yayınlanan bazı genel eserlerde bu yönde anlayışlara yer verildiği görülmektedir:

Örneğin, T. Esener'e göre, “...denebilir ki, toplu iş sözleşmesi, hizmet akdi üzerindeki emredici etkisi gözönünde tutularak, sui generis bir özel hukuk anlaşmasıdır” (28).

(24) Bkz. özellikle: RIVERO - SAVATIER, s. 361-362.

(25) TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 235-236; TUNÇOMAĞ, K.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 831.

(26) Bkz.: MİMAROĞLU, s. 66.

(27) Bkz.: ELBİR, s. 182 vd.

(28) ESENER, s. 394.

S. Reisoğlu, "toplular iş sözleşmesinin, Borçlar Kanununda düzenlenen, hüküm ve neticeleri sadece tarafları ilgilendiren tipik bir özel hukuk akdi olmadığını" belirttikten sonra, pozitif hukukumuz açısından "sui generis bir özel hukuk akdi" teşkil ettiğini kabul etmektedir (29).

N. Çelik'e göre ise, başlı başına tek bir sözleşme olarak görünen toplu iş sözleşmesi, aslında "kollektif norm sözleşmesi ile borçlar hukuku sözleşmesinin birleşmesinden (Kombination) doğmaktadır". Bu surette "...normatif ve akdi nitelikli iki unsurun birleşmesi" ile "kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi" meydana gelmiştir (30).

Bu ifadelerden hareket ederek konumuzu sırasıyla iki açıdan incelemek mümkündür:

1. Toplu iş sözleşmesi hangi bakımlardan sözleşme kabul edilebilir?
2. Bu işlemin kendine özgü bazı özellikleri, ayrı ve yeni bir sözleşme türünün ortak özellikleri olarak değerlendirilebilir mi?

B. Türk pozitif hukukunda :

1. Mevzuat hükümleri :

Pozitif hukukumuzda bakıldığında, toplu iş sözleşmesinin birçok yönünün özel hukuk sözleşmesi teşkil ettiği anlayışını doğruladığı görülmektedir. Özellikle:

a) Toplu iş sözleşmesinin tarafları esas itibarıyla özel hukuk kişileridir: İşçi tarafı daima işçi sendikasıdır. Sendikalar, önceden de olduğu gibi, 2821 sa. SK'daki düzenlemede kuşkusuz özel hukuk tüzel kişileri olarak ele alınmaktadır. İşveren tarafı ise, ya işveren sendikası, ya da sendika üyesi bulunmayan işverendir. Tabii, bir kamu hukuku tüzel kişisi de olabilen işveren, toplu iş sözleşmesi ilişkisinde sadece "işveren" sıfatıyla, bir özel hukuk ilişkisi kurmak üzere hareket etmiş kabul edilir.

b) Toplu iş sözleşmesinin yapılmasının temelinde tarafların ortak iradeleri bulunmaktadır: Toplu iş sözleşmesi karşılıklı müzakereler sonucu varılan bir irade uyuşması ile akdedilir. Dolayısıyla, örneğin irade sakatlıklarına ilişkin kurallar gibi, tarafların iradelerini ilgilendiren çeşitli Borçlar Hukuku kuralları burada da uygulanır. Aynı şekilde, söz-

(29) REİSOĞLU, Şerh, s. 7-8.

(30) ÇELİK, N.: Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul 1966, s. 29-30; aynı yazar: İş Hukuku Dersleri, Göz. Geç. 9. bası, İstanbul 1988, s. 376.

leşme yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini belirleme serbestileri Borçlar Kanunu'nda kabul edilen esas doğrultusunda ele alınarak, toplu iş sözleşmesinde de, özellikle ahlâka ve emredici hukuk kurallarına aykırı olma kaydı ile, bu Yasadaki sözleşme özgürlüğü esasları hâkim olacaktır.

Nitekim, TSGLK m. 66/I'de bu yönde bir açık hüküm bulunmaktadır: "Bu Kanunda hüküm olmayan hallerde Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır."

c) Toplu iş sözleşmesinin hükümleri de borç ve alacak doğurucu niteliktedir. Gerek tarafları, gerekse kapsamına giren diğer kimseler için daima toplu iş sözleşmesi hükümlerini iyiniyetle yerine getirme yükümlülüğü, yürürlüğü süresince çabşma barışını koruma borcu (dirlik borcu) mevcuttur. Dolayısıyla, toplu sözleşmenin kapsamına girip etkisine tâbi bulunan işçi ile işveren arasında da bireysel düzeyde borçlar hukuku alacak ve borçlarının meydana geldiği yadsınamaz (31)

2. Yargı kararları :

Toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğinin yargı içtihatlarına yansıyan başlıca pratik sonucu, kullanılan *yorum yöntemi* olmuştur. Bu bakımdan, Yargıtay'ın içtihadında çeşitli kararlar tümü itibarıyla ele alındığında, "düalist" görüşün dolaylı biçimde benimsendiği izlenimi doğmaktadır.

a) Bir kere Yargıtay, çeşitli kararlarında toplu iş sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu vurgulamıştır (32): "Toplu iş sözleşmesi, taraflar için haklar ve borçlar yaratan bir mukavele niteliğindedir ve bu yönden toplu iş sözleşmesi, bir özel hukuk münasebeti olarak görünür..." Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin yorumunda BK m. 18/I'de sözleşmeler için öngörüldüğü gibi, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınmasını kabul etmektedir (33).

b) Bununla birlikte, Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin *normatif hükümlerini* "objektif hukuk kuralları" getiren "maddî anlamda yasa

(31) Bu husus özellikle H.K. ELBİR tarafından vurgulanmıştır (s. 180).

(32) Örneğin: 9. HD 8.9.1966, 7722/7779, Orhaner, B. - Orhaner, S.: Türk İş Hukuku Yargıtay Emsâl Kararları, Ankara 1969, s. 567.

(33) Örneğin: 9. HD 8.4.1975, 19493/52321, İHU TSGLK m. 1, No. 8 (T. Esener'in incelemesi); 9. HD 8.2.1977, İHU TSGLK m. 1, No. 10 ve H.K. ELBİR'in incelemesi; 9. HD 18.11.1981, 10655/13806, İşveren, Mart 1982, s. 13; 9. HD 15.6.1982, 5032/5730, Tütis, Eylül 1982, s. 23.

hükümleri” niteliğinde kabul etmektedir. Yüksek mahkememiz, açıkça benimsediği bu anlayıştan hareket ederek, normatif hükümleri yorumlarken “zaman içinde uygulanmaları”nı kabul etmektedir (34). Bundan anlaşıldığı üzere, hukukumuzda yasaların yorumunda bir ölçüde kabul edilen “zamana göre”, “objektif yorum yöntemi”, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri için de benimsenerek, bu hükümler değişen ekonomik ve sosyal koşullara göre değerlendirilecektir. Bununla birlikte, anılan yorum yönteminin sakıncalı yönlerini de burada hatırlatmak gerekir (35). Toplu iş sözleşmeleri konusunda haklı olarak belirtildiği gibi, böyle bir yorum yetkisi istisnâ hallerde kullanılmalıdır: Yargıç, ancak taraflarca öngörülmemiş olup sonradan ortaya çıkan yeni durumlar için böyle bir yola başvurabilmelidir (36).

Bu içtihat, genel olarak öğretimizde eleştirilmeden saptanmaktadır (37). Alman hukukuna uygunluğuna da işaret edilen (38) bu “karma” yorum tekniği, toplu iş sözleşmesinin spesifik bünyesinin gereği olarak kanımızca da kabul edilir niteliktedir.

Fransız hukukunda ise, toplu iş sözleşmesinin hukuksal nitelemesi bilhassa temyiz mahkemesinin yorum konusundaki denetiminin kapsamını belirler: Toplu iş sözleşmesi bir düzenleyici işlem olarak nitelendiğinde, temyiz mahkemesi, hukuk kurallarının yorumunda kabul edildiği üzere, esas hâkiminin yaptığı yorumu denetleyip, verilen kararı bir yorum hatası gerekçesiyle bozabilmektedir. Buna karşılık, aynı işlem sözleşme olarak nitelendiğinde, olayların yorumuna ilişkin esaslar uygulanmalıdır. Bu ikinci anlayışta, toplu iş sözleşmesinin yorumunda esas hâkimi tam bir takdir yetkisine sahip olduğundan, açık ve kesin bir toplu sözleşme hükmünün anlamını tamamıyla değiştirmedikçe (dénaturation), temyiz mahkemesinin denetimi gerçekleşemez.

(34) Bkz. örneğin: HGK 21.2.1975, 9-1040/227, İşveren, Ocak 1975, s. 23; İKİD, Temmuz 1975, s. 3634-5; 9. HD 20.4.1987, 3816/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 55-56.

(35) Bu bakımdan bkz. örneğin: DESCHENAUX, H.: Le Titre préliminaire du Code Civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, 1, Fribourg 1969, s. 78-79; OĞUZMAN, K.: Medenî Hukuk Dersleri, Göz. Geç. 2. bası, İstanbul 1975, s. 52; EDİS, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Göz Geç. 3. bası, Ankara 1987, s. 191-192.

(36) REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 69-70; Şerh (1986), s. 425.

(37) Bkz. özellikle: ÇELİK, İş Hukuku, s. 394-395, aynı yazar: Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması ve Uygulanmasında Yargıtay Kararlarının Etkisi, 6.10.1988 günü Yargıtay’ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri, Yargıtay Dergisi, s. 521 vd., s. 525-528.

(38) Bkz. Çelik, Bildiri, s. 527.

Fransız temyiz mahkemesi, önceleri "sözleşme" anlayışını kabul ederken (39), daha sonra içtihadını değiştirmiş ve hatalı yorumları da denetimine tâbi tutmaya başlamıştır. Bu suretle, temyiz mahkemesinin toplu iş sözleşmesinin yorumunda bir yeknesaklık sağladığı söylenebilir (40).

Sonuç olarak, toplu iş sözleşmesinin Türk pozitif hukukunda bir özel hukuk sözleşmesi teşkil ettiği söylenebilir. Diğer taraftan, toplu iş sözleşmesi sözleşme kavramına uymakla birlikte, kendine özgü bazı ilkelere sahip, özgün bir müessese olarak da ortaya çıkmaktadır.

Ş 3. SÖZLEŞME ANLAYIŞI ÇERÇEVESİNDE NORMATİF ETKİNİN AÇIKLANMASI

I. Geleneksel, dar kapsamlı "sözleşme" anlayışı çerçevesinde açıklama çabaları

Yüzyılımızın başlarından itibaren Fransız öğretisinde bazı yazarlar, toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin görüşlerini ayrı, yeni bir tür olarak kabul ettikleri "kollektif sözleşme" fikri etrafında oluşturmuşlardır. Toplu iş sözleşmesini "kollektif sözleşme" kategorisine giren bir alt grup olarak kabul eden bu yazarlar, inşa ettikleri kuramlarda esas itibarıyla tarafların "topluluk"lardan oluşmasından hareket etmişlerdir. Ancak bu yönde geliştirilen kuramlar arasında birçok bakımdan farklar görülmektedir:

A. "Sosyal gereklilik"ten doğan kollektif sözleşme kuramı

a) Kuramın dayanağını oluşturan toplumsal olgu :

Daha yüzyılımızın başlarında, yeni bir sözleşme kategorisi olarak "kollektif sözleşme" kavramını ortaya koyan bazı Fransız yazarları dikkatleri çekmiştir. "Bireysel sözleşmeler" grubundan ayrı, yeni bir tür olarak "kollektif sözleşmeler" in ortaya çıkıp gelişmesine yol açan başlıca neden, ekonomik temerküz (yoğunlaşma) karşısında bireyin kendisini ancak çeşitli topluluk veya örgütlere sığınarak koruyabilmesi olgusudur (41). Böylelikle bireysel etkinliklerin yerini giderek toplulukların etkinlikleri alır, bu suretle çağdaş sözleşmeler de kollektif bir niteliğe bürünür.

(39) Örn.: Soc. 6.11.1942, JCP 1943, 6220.

(40) Örn.: Soc. 12.3.1955, D. Soc. 1955, 431; ve bilhassa: Ass. Plén. Civ. 6.2.1976, JCP 1976, 18481. Bkz.: DESPAX, 2. éd., s. 348-351; CAMERLYNCK - LYON-CAEN, (1982), s. 830, No. 803.

(41) ROUAST, A.: Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations, Paris 1909, s. 6-7.

b) Kurama göre kollektif sözleşmenin ölçütü :

Kuramın başlıca savunurlarından A. Rouast, kollektif sözleşmeyi, "bir toplulukça yapıp da tüm üyelerini bağlayan sözleşme" tipi olarak tanımlıyor. Ona göre kollektif sözleşme tipinin iki özelliği vardır:

1. Kollektif sözleşmeler bir toplumsal zorunluluk olan sosyal dayanışmadan kaynaklanıp, "tek" ve "zorlayıcı" bir düzeni kurmaktadır;

2. Akdî niteliktedir: Zorlayıcılık unsuru bulunmakla birlikte, rızâ bir işlem olan kollektif sözleşmede çoğunluğun rızası tüm topluluğu bağlamaktadır. Yazar ayrıca bu sözleşmenin sinallagmatik nitelikte olduğunu da kabul etmektedir (42).

c) Kollektif sözleşmenin bireysel sözleşmeden farkları :

Kollektif sözleşmeyi bireysel sözleşmeden ayırabilmek üzere iki hususa işaret edilmiştir (43):

— Kişilerin kendi rızaları dışında sözleşme hükümlerine tâbi olmalarını açıklamaya esasen elverişsiz bulunan "başkası lehine şart" yerine, "zorlayıcılık unsuru" önerilmektedir. Böylelikle "sözleşme özgürlüğü"nin unsuru olan " tarafların özgür iradeleriyle kabulü" gereğine de açık bir istisna getirilmiştir. Aslında ekonomik ve toplumsal ilişkilerde o dönemde bile gözlenen artan yoğunlaşma, bireysel rızaların kısmen kenara itilmesine yol açıyordu. Özellikle, işlemleri hızlandırma amacıyla, sözleşme yapma, sözleşme tipini belirleme, karşı edimi saptama gibi bir takım rıza unsurlarından vazgeçme, bazan da tümüyle müzakere aşamasını ortadan kaldırma eğilimleri gittikçe artmaktaydı. Böyle olunca, bireysel düzeyde gerçek bir etkiyi tamamen yitirir görünen irade, kollektif sözleşmelerle yepyeni bir etki kazanmıştır. Bu etki, toplu düzeyde gerçekleşmesi nedeniyle belki sadece kısmî bir nitelik arzeder; ancak artık burada irade, gerçekten ve fiilen belirleyici olmaktadır.

— Kollektif sözleşmede bir "otorite unsuru" mevcuttur. Bu otorite ya kendiliğinden oluşan kollektif nitelikli bir otoritedir; ya da böyle bir otorite yoksa, onun yerini alan Devlet otoritesidir. Ancak kollektif sözleşmede otorite, işlemin rızâ karakterini yok edici, bu işlemi sırf bir kamu gücü kullanımına dönüştürücü ölçülere hiç bir zaman varmamalıdır.

(42) Bkz.: ROUAST, s. 86 vd.

(43) Bkz.: ROUAST, s. 116 vd.

d) “Kollektif sözleşme” kuramının toplu iş sözleşmelerine yansıyan bazı önemli sonuçları :

Rouast, kollektif sözleşme kuramını toplu iş sözleşmesine uygulayarak bazı sonuçlara ulaşmıştır. Özellikle: (44)

1. Bir toplumsal gereklilik sonucunda, toplu iş sözleşmesinin etkisi genişleyerek tüm meslek mensuplarına yayılma eğilimi göstermektedir.

2. Kollektif sözleşmelerin tümünde varolması gereken “otorite” unsuru, toplu iş sözleşmelerinde de mevcuttur. Nitekim bu otorite, örneğin o devirde İngiliz tipi sendikalarda (trade-unions) görülen bir “kollektif otorite” olabildiği gibi, söz konusu kollektif otoritede aranan niteliklerin bulunmaması durumunda Devlet otoritesi olmaktadır. Burada gene Devlet müdahalesi, rıza unsurunu ortadan kaldırmamalıdır.

e) *Kollektif sözleşme kuramına yöneltilebilecek eleştiriler :*

Bu kuram, ortaya atıldığı dönemde Fransa’da hâkim olan toplum-bilimci öğretinin etkisiyle, “irade”nin yerine “sosyal gereklilik” fikrini ön plâna almaktadır. Bu bakımdan, klâsik sözleşme kuramından önemli ölçüde uzaklaşıldığı söylenebilir. Gerçekten de, bu kuramda kabul edildiği biçimde, buna rıza göstermemiş kimseler üzerinde bir zorlayıcı etkinin bulunması, iradeyi dışladığı için klâsik sözleşme kavramı ile çelişmektedir. Ayrıca, gerek toplu iş sözleşmesi tarafları, gerekse yararlananlar için tüzel kişi sendika yerine oldukça müphem bir “topluluk” fikrinin esas alınması, kavramın sınırlarının belirsizliği nedeniyle duraksamalara yol açmaktadır (45).

B. Korporatif örgüt kuramı

a) *Kuramdaki temel bakış açısı :*

Yukarıda ana hatlarla açıklanan “kollektif sözleşme” kuramından aslında pek uzak olmayan bir başka görüş de, Fransa’da daha sonraları öne sürülmüştür. Bu diğer görüşün bir savunuru olan *G. Morin*, toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğini belirleme çabalarında Fransız öğretisinin şimdiye kadar işlemin yapılaş ve hükümlerinde yoğunlaştığına işaret etmektedir. Oysa, yazara göre, işlemin *tarafları* özel bir önem taşır:

(44) Bkz. ROUAST, s. 116 vd.

(45) Söz konusu kurama yöneltilen bazı eleştiriler için bkz.: BRETHE, s. 62-65.

Şöyle ki toplu iş sözleşmesi bireyler arasında değil, meslekî gruplar arasında yapılan ve bu bakımdan özgünlük gösteren bir işlemdir (46).

b) *Kuramda toplu iş sözleşmesinin etkisinin açıklanması :*

Morin'e göre toplu iş sözleşmesinin taraf sendika üyelerine uygulanması, ancak sendikanın ve sendika ile üyeleri arasındaki ilişkinin hukukî niteliği ışığı altında tam olarak açıklanabilir: Devlet, objektif hukuk kuralı koyma tekelini artık yitirmekte olup, günümüzde "iktisadî topluluklar" da benzerî bir yetkiyi kullanır haldedir.

İşte bu bakımdan "korporatif örgüt kuramı"nda, sendikanın üyeleri üzerinde bir disiplin ve düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edildiğinden, toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya ve emredici etkisi esas kökenini toplu iş sözleşmesinde değil, sendikanın üyeleri üzerinde sahip olduğu otoritede bulmaktadır (47).

Toplu iş sözleşmesinin taraf sendikaya üye olmayanlar üzerindeki etkisini açıklamak için ise G. Morin, "en çok temsil yeteneği" esasına dayanmanın isabetli olmayacağı görüşündedir; zira böyle bir temelî benimsenmesi sendikal tekelcilğe yol açar. Yazar, bunun yerine "zorunlu sendika üyeliği" ile "dilediği sendikayı seçme özgürlüğü"nü birlikte önermektedir. Böylelikle, tüm sendikaların yer aldıkları bir komisyon tarafından hazırlanarak kabul edilen bir "toplu iş sözleşmesi", meslek mensuplarının tümü için zorunlu, bağlayıcı nitelik taşıyacaktır (48).

c) *Kuramın değerlendirilmesi :*

Yazar, görüşünün geleneksel sözleşme kavramına ve özellikle sözleşmenin nisbîliği ilkesine zarar vermediğini savunmaktadır. Gerçekten de, böyle bir kuram çerçevesinde "toplu iş sözleşmesi"nin etkisinin genişliği, sendikanın hukukî yapısı ve niteliğinden kaynaklanıp, görüşün temel esası olan "korporatif örgüt kuramı"na dayanır. İşte yeni bir sözleşme türünü oluşturan "kollektif sözleşme"nin temel özelliği, bu geniş etki gücünü âkit sendikanın üyeleri üzerindeki otoriteden almasıdır (49).

(46) MORIN, G.: La désagrégation de la théorie contractuelle du Code, Archives de philosophie du droit, 1940, s. 7 vd., özellikle: s. 28-29.

(47) MORIN, s. 29-32.

(48) MORIN, s. 30-32.

(49) MORIN, s. 31.

Birçok bakımdan, ve özellikle de Batı'da o dönemde oldukça güç kazanan otoriter, korporativist anlayışa dayanması açısından, söz konusu kuramın sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, anılan görüşe bazı bakımlardan yaklaşan başka görüşler daha yakın tarihlerde de dile getirilmiştir. Örneğin, A. Rouast, toplu iş sözleşmesinin taraf sendika üyeleri dışında, üçüncü kişiler üzerindeki etkisini bu kez âkit örgütlerin otoritesine dayandırmıştır (50). Belirtmeli ki, yazar, aynı zamanda toplu iş sözleşmesinin karma nitelik taşıdığı görüşünü de benimsemektedir.

C. Kollektif sözleşmede yasal temsil görüşü

a) "Kollektif anlaşmalar"ın bir alt grubu olarak "kollektif sözleşmeler":

Düalist görüşü benimseyen Fransız yazarlar arasında yer alan J. Savatier, toplu iş sözleşmesini, daha geniş bir türü oluşturan "normatif nitelikli kollektif sözleşmeler" grubuna dahil etmektedir (51).

"Kollektif anlaşma" (*accord collectif*) kavramını, "iki topluluk ya da bir topluluk ile birey arasında yapılan anlaşmalar"la sınırlayan Savatier, bu şekilde örneğin, bir örgütün kurucu anlaşması, tacirler arasındaki rekabet anlaşmaları, kurumsal nitelikli karma komisyon kararları gibi işlemleri bu kavramın dışında bırakmaktadır. Özellikle de karşı çıkarlara mensup grupların temsilcilerinden (örneğin işçi ve işveren temsilcileri) oluşacak bir komisyonda varılan mutabakatın bir "kollektif anlaşma" sayılamayacağı vurgulanmaktadır. Zira işçi ile işverenler sürekli bir uzman kurul içinde örgütlü olarak temsil edildiklerinde, artık sözleşme alanından çıkılarak kurumsal bir platforma geçilmiştir (52).

Kollektif anlaşmalar içinde, daha dar bir grubu oluşturan *kollektif sözleşmelerin* (*conventions collectives*) ortak özelliği ise, sadece taraf topluluklar arasında borç doğurmakla yetinmeyerek, üyeler, hatta diğer meslek mensupları için de zorunlu kurallar getirmesidir. "Kollektif sözleşme" tekniğiyle sadece işçi-işveren ilişkisi içinde kalıp çalışma koşulları düzenlenmez. Önceleri A.B.D.'de gelişmiş bulunan, tarım üreticileri ile tüccar ve sanayici arasındaki tarım piyasası; tabip kuruluşları ile

(50) ROUAST, A.: La nature et l'efficacité de la convention collective de travail, D. Soc. 1960, s. 639 vd., özellikle, s. 641.

(51) Bkz.: SAVATIER, J.: Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs, D. Soc. 1960, s. 598 vd.

(52) SAVATIER, s. 598-599; benzeri yönde: DESPAX, s. 103-104.

sosyal güvenlik örgütleri arasında sigortalılara sağlanacak tıbbî hizmetler gibi çok değişik husus ve ilişkiler bu şekilde düzenlenebilmektedir. Hukuksal rejimlerde bazı farklılıklar görülebilmekle birlikte, müstakil bir "kollektif anlaşma" genel kuramının inşasını gerektiren yeni bir tür meydana gelmiştir (53).

b) *Yasal temsil görüşü :*

"Kollektif anlaşma" ile "kollektif sözleşme" kavramları bakımından benzeri görüşü benimseyen *Ph. Langlois*, üçüncü kişiler üzerinde zorlayıcı ve normatif etkiyi, sendikaların günümüzde artık mesleği gerçek anlamda *temsil* ettikleri fikrine dayandırmaktadır (54).

Esasen Fransız öğretisinde düalist görüşü daha önce savunmuş olan *P. Durand* bile, o dönemde toplu iş sözleşmesi müessesesinin henüz son şeklini almadığını, halen gelişme süreci içinde olduğunu kabul ederek, yaptıkları düalist tahlilin geçici niteliğine işaret etmiştir (55). Günümüzde toplu iş sözleşmelerinin sayı ve etki bakımından kazandıkları önem, konunun yeniden ele alınmasını gerektirmektedir.

Langlois, temel sorun olarak kabul ettiği "hizmet akitleri üzerindeki etki"yi açıklamak üzere daha kesin bir tahlil önermektedir: Yazarın tahlili, artık genel biçimde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini münhasıran *temsil yeteneğini* haiz sendikalara tanıyan 13. 7.1971 tarihli yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Bu düzenlemeden kalkarak, *Ph. Langlois*, bundan böyle "düzenleyici işlem" (tanzim teorisi) anlayışının terk edilerek, onun yerine esasen yüzyılımızın daha başlarında Fransız öğretisinde öne sürülmüş bulunan (56) "yasal temsil" in kabulünü önermektedir. Bu anlayışa göre sendika, yasal temsilci olarak üyelerinin mesleksel çıkarları konusunda onlar adına ve yararına hareket etmektedir.

Sendikalarda toplu iş sözleşmesi yapmaları için "temsil yeteneği" koşulu arandığında ise, âkit sendika artık bundan böyle sadece üyelerini

(53) Bkz. SAVATIER, öz. s. 602. *Karş.:* ROUHETTE, G.: L'extension à des tiers des effets d'un accord de volontés (Les accords collectifs en droit français), Société de législation comparée, XIII èmes Journées juridiques franco-yougoslaves, Paris - Clermont-Ferrand, 4-9 mai 1979: Yazar, oldukça karmaşık ve kaypak gördüğü kollektif anlaşmalar konusunun bir genel teori oluşturmaya elverişsiz olabileceği düşüncesindedir.

(54) LANGLOIS, Ph.: Contrat individuel de travail et conventions collectives: un nouveau cas de représentation, D. Soc. 1975, s. 283 vd.

(55) DURAND, RTDC 1939, s. 353 vd.

(56) Bkz.: CRUET, J.: Le syndicat, personne morale, Paris 1908.

değil, sözleşmenin mesleki alanı içindeki tüm işçileri temsil edecek ir. Bu suretle "temsil yeteneğini haiz bir sendika" ile işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmesi, doğrudan doğruya işçilerin her biriyle akdedilmiş sayılacaktır.

Hukuk düzeni içinde böyle bir "yasal temsil" in kabulünün başlıca amacı, bireysel düzeydeki işçi-işveren ilişkisinde görülen dengesizliğin kolektif düzeyde giderilmesidir. Ayrıca da, sosyal barışın teminine yönelik bir araç olarak kolektif müzakerenin bu yolla teşvik edilmesi de düşünülmektedir.

Langlois'ya göre, toplu iş sözleşmesinin yapılmasında taraf sendika üyelerinin temsili sözleşmeye; üye olmayanların temsili ise yasaya dayanır; iki temsil bir arada bulunmaktadır. Yazar, söz konusu tahlilini Fransız pozitif hukukunun çeşitli yönleriyle desteklemektedir (örneğin, üyelikten ayrılma ile sendikanın feshi gibi durumların yararlanmayı etkilememesi; toplu sözleşme imzası için ayrı bir yetkilendirmenin gerekmesi...).

c) Görüşün değerlendirilmesi :

Fransız yargı kararları birçok konuda Langlois'ın görüşü ile aynı çizgide görünmekle birlikte, toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmüne dönüşmesi (incorporation) anlayışının Fransız hukukunda kabul edilmeyişi, diğer taraftan da toplu sözleşmenin süresi bittiğinde normatif etkinin bu hukukta devam etmemesi, yazarın öne sürdüğü temsil anlayışıyla çelişir görünmektedir ve bu nedenlerle, anılan görüş eleştirilmektedir (57).

Buradaki "temsil yeteneği", borçlar hukuku anlamındaki "temsil" den oldukça farklı bir nitelik göstererek, daha çok siyasal temsile yaklaşmaktadır. Oysa yasama meclisi ile toplu iş sözleşmesi taraflarının benzeri biçimde sahip oldukları kural koyma yetkilerini, yukarıdaki gerekçeye dayandırıp salt bir akdi platforma koymak oldukça güç görünmektedir (58).

Mantığı daha da ileri götürerek, genel olarak işçi ve işverenlerin, kolektif ilişkiler konusunda Rousseau'nun kabul ettiği anlamda bir toplumsal anlaşma yapmış olabilecekleri anlayışına da varılabilir. Bu durumda "temsil" i borçlar hukukuna dayandırmak büsbütün güçleşmektedir.

(57) Bkz. LANGLOIS, s. 295 vd.

(58) Bkz. RODIERE, P.: La convention collective en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Dijon 1987, s. 231-233.

Şimdiye kadar incelediğimiz Fransız öğretisindeki çözümlerinde, genellikle sözleşme kavramından hareket edilerek, toplu iş sözleşmesi, sözleşmelere ilişkin genel kurallara atfen ele alınmıştır. Herhangi bir çelişki görüldüğünde, bu çerçeveyi bozmadan çözümler bulmaya çalışılmışsa da, bu çabaların tam bir başarı sağladığı söylenemez.

Aslında toplu iş sözleşmesinin, özü itibarıyla bir sözleşme teşkil etmeyip farklı bir işlem türünü oluşturduğunu kabul eden görüşler Fransız öğretisinde de mevcuttu. Bununla birlikte sözleşmenin geleneksel, dar kalıplarını genişleterek, daha kapsamlı bir sözleşme anlayışını benimseyen yeni akımlar da ortaya çıkmıştır. Bundan sonra incelenecek olan yeni “sözleşme” telâkkisi içinde, toplu iş sözleşmesini yeniden ele almak mümkündür.

II. Sözleşme kavramının sınırlarının genişletilmesi

A Duguit ile Kelsen'in görüşlerinin karşılaştırılması :

1. Duguit'nin yasa-anlaşma kuramı çerçevesinde toplu iş sözleşmesi :

Sözleşme kavramını dar biçimde kabul eden *L. Duguit*, sözleşmeyi “*bireysel* iradelerin karşılaşması sonucu belli konuda anlaşma” olarak tanımlamış (59); bu hususlardan birinin eksikliği durumunda bir sözleşmenin de bulunmayacağını öne sürmüştür.

Yazara göre, sözleşmenin geleneksel sınırları zorlanarak, aslında farklı türden olan “iltihakî akit”, “kollektif sözleşme” gibi işlemler sözleşme kavramına dahil edilmektedir. Oysa daha adlandırılış biçimlerinden de anlaşıldığı gibi, “sözleşme” sözcüğüne başka sözcükleri bitiş-tirme gereğinin duyulması, bunların aslında sözleşme olmadıklarını gösterir. Özellikle de “kollektif sözleşme”de, Duguit'ye göre doğası gereği bireysel olan “sözleşme” ile “kollektif” kavramları birbiriyle çelişki halindedir (60).

Yazar bu işlemleri “yasa-anlaşma” (*convention-loi*) olarak niteleyerek, gerek kamu hizmeti imtiyazını, gerekse toplu iş sözleşmesini adı geçen kategoriye dahil etmektedir. Bu görüşte “toplu iş sözleşmesi” aslında geleneksel medenî hukuka tamamen yabancı, yepyeni bir tür olarak, sosyal sınıflar arasında ilişkileri düzenleyen bir yasa-anlaşma-

(59) DUGUIT, *Les transformations*, s. 119. “Bireysel” sözcüğü tarafımızca vurgulanmıştır.

(60) DUGUIT, *Les transformations*, s. 119-123.

dır. Burada iki hukuk süjesi için özel, somut ve geçici borçlar doğurmak yerine, iki sosyal grup arasında sürekli bir ilişki kurularak mensuplarının birbirleriyle yapacakları bireysel sözleşmelerin hukuksal rejimi belirlenmektedir. Yasanın temel özellikleri olarak kabul edilen “genellik” ve “zorunluluk” burada da görüldüğünden, Duguit toplu iş sözleşmesini esasen sübjektif durum yaratmakta olan sözleşmelerden ayrı tutmuş, objektif hukuksal durum yaratan yasalarla özdeşleştirmiştir. Böylelikle bazı uluslararası andlaşmalar ile de (objektif durum yaratan “yasa-andlaşmalar”) benzerlik kurularak toplu iş sözleşmesi, maddî anlamda yasa kabul edilmektedir (61).

Ancak “yasa” ile “anlaşma” sözcüklerinin bir araya getirilmesi de bir çelişki oluşturmaz mı? Duguit’ye göre, artık günümüzde yasalar münhasıran kamu otoritesinden kaynaklanmamaktadır. İki sosyal grubun aralarında anlaşarak yasa niteliğinde kurallar koyması caiz olup; bunların uygulanması da kamu otoritelerinin katkısıyla sağlanabilir. Yaza göre çağdaş kamu hukukunda özel hukuktaki gelişmeye koşut bir gelişme gözlenmektedir: Nasıl bireyler özerkliklerinden yitiriyorlarsa, aynı biçimde Devlet de hâkimiyetini bir ölçüde yitirmektedir (62).

2. Kelsen’in sözleşme kuramı :

Konumuz açısından Duguit’nin görüşüne zıt bir anlayışı temsil eden H. Kelsen’in kuramında bizzat sözleşme kural koyucu bir işlem olup, yasa gibi sözleşme de bireysel ya da genel etkili hükümler içerebilmektedir. Sözleşme yoluyla oluşturulan normlar bağlayıcılıklarını daha üst bir hukuk normundan aırlar. Daha üst norm ile (yasa veya örf ve âdet) bir delegasyon sonucunda hukuk süjelerine (alt) norm yaratma yetkisi verilmektedir (63).

Böyle bir yetkinin verilme nedeni ise hukuk dışı verilere dayanır. Yasa koyucu, bu şekilde gerçekleşecek bir bağımsız ve özerk düzenlemenin daha doğru ve yerinde olacağı düşüncesiyle, kişilere kendi çıkarlarını koruyucu düzenlemeleri bizzat getirme olanağını tanımaktadır. Esasen sözleşme konusundaki özerklik ilkesi tamamıyla bir siyasî takdire dayanıp bireyci liberal anlayıştan kaynaklanmaktadır.

(61) DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, 2. éd., Paris 1921, T. 1, s. 302-317.

(62) DUGUIT, *Les transformations*, s. 136.

(63) KELSEN, H.: *La théorie juridique de la convention*, *Archives de philosophie du droit*, 1940, s. 33 vd.

Kelsen'e göre sözleşme, diğer hukuk kurallarından yapılaş yöntemi bakımından ayrılır (hétéronomie/autonomie). Gerçekten, sözleşmeyle getirilen norma tâbi olacak kimseler, bu normun yapılmasına da katılmışlardır. Böylece normu koyanlar ile buna tâbi olanlar özdeş kimseler olup (autonomie); aynı zamanda özgür ve eşit durumda bulunmaktadır (64).

Bu özdeşlik ise her zaman tam olamaz. Kelsen, sözleşmelere özgü olan bu "özerklik ilkesi"nin en çok sınırlandırıldığı bir alan olarak toplu iş sözleşmesine değinmektedir (65). Toplu iş sözleşmesi, anlaşma yoluyla genel normlar getirerek, başka kimselerin yapacakları hizmet akitlerinin içeriğini önemli ölçüde belirlediğinden, esasen yasalara özgü olan heteronomi ilkesinin etkisindedir. Hatta hukuk düzeninin toplu iş sözleşmesine, taraf sendikaya üye olmayanlar üzerinde de etki tanıdığı durumlarda heteronomi ilkesi büsbütün ön plâna geçmektedir. Bu durumlarda bir yasa ile toplu iş sözleşmesi arasında pek az fark kaldığı söylenebilir.

Kelsen'in kuramını "irade özerkliği kuramı"ndan ayıran temel husus, bu kuramın tarafların iradesine değil, son kertede sözleşme ile kural yaratmaya izin veren üst norma dayanmasıdır. Bunun önemli sonucu, ancak hukuk düzeni bunu öngördüğünde bir sözleşme normunun da üçüncü kişiler üzerinde etki yapabilesidir. Tabii o zaman, özerkliğe getirilecek sınırlamalarda özerkliği ortadan kaldırmadan ne kadar ileri gidilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kelsen'e göre, normu koyanlar ile bu norma tâbi olanlar arasında özdeşlik tam olmasa da, özü itibarıyla var olmalıdır. Bu bakımdan normun sadece taraflardan birince değil de, tüm tarafların katılımı ile getirilmesi, Kelsen'e göre bir "sözleşme"nin varlığı için yeterlidir (66).

Görüldüğü gibi, Kelsen "sözleşme"nin kesin bir ölçütünü getirmekten kaçınmıştır. Yazara göre, doğada olduğu gibi hukuk gerçeğinde de bir tipten diğerine tedricî biçimde geçilmektedir.

B. Sözleşmenin dar ve geniş telâkkileri

1. İrade özerkliği kuramı ile sözleşmenin "dar" telâkkisi :

İrade özerkliği kuramının benimsenerek sözleşmelerin bu ilkeye dayandırılması, "sözleşme"nin dar biçimde ele alınmasına yol açmıştır.

(64) KELSEN, s. 62-64.

(65) Bkz. KELSEN, s. 71-73.

(66) Bkz. KELSEN, s. 75-76. Ashında bu bakımdan sözleşme ile örneğin bir karma komisyon kararı veya antik diyarşi sistemlerinde iki konsülün veya kralın koydukları normlar arasında sadece bir derece farkı bulunduğu, kesin bir ölçüt verilemeyeceği belirtilmektedir.

Bunun temel nedeni, gerek akdedilmesinde, gerekse etkilerinde sözleşmenin her yönü ile ve mutlak biçimde bireysel iradelere dayandırılması, bireysel iradenin temel teşkil etmesidir.

“İrade özerkliği kuramı” esasen hukuk dışı temellere dayanır. Kökeni itibarıyla stoacı ahlâktan, daha sonra da yeni-stoacı düşünceden kaynaklanmış bulunan bu anlayış, Hugo Grotius’ün çağdaş doğal hukuk ekolü çerçevesi içinde geliştirilerek bir öğreti haline getirilmiştir. Bu öğretilerde subjektif hakların asıl kökeni olarak objektif hukuk değil, insanın özü kabul edilir. İnsan ise kendi iradesi dışında başka hiç bir irade ile hükmedilemez, tamamıyla bağımsız bir varlık olarak ele alınmaktadır.

XVIII. yüzyıl felsefecileri ise bu düşüncenin *bireysel* yönü üzerinde yoğunlaşıp, bireyin özgürlüğünü gerek Devlet, gerekse topluluklar karşısında koruma gereğini vurgulamışlardır. Örneğin Kant, borcun tek kaynağı olarak bireysel iradeyi görmektedir. Kant’a göre özgürlüklere getirilebilecek istisnai kısıtlamalar enaz düzeye indirgenip, bu kısıtlamalar ancak insanın kendi iradesinden kaynaklanabilmelidir.

“İradenin özerk” olması ise, borçların bağlayıcı niteliklerini bizzat bireysel iradelere; iradenin de bağlayıcı gücünü bir dış otoriteden değil, bizzat kendinden almasını ifade eder.

İrade özerkliği kuramı ahlâksal kökenlere dayanmakla birlikte XVIII. yüzyılda sosyal yararlılığı açısından da rağbet görmüş, *iktisadi liberalizm* öğretisi ile uyum içinde kabul edilmiştir: İktisadi arz ve talep yasası genel yararı sağladığına göre, sözleşme özgürlüğünü her türlü müdahale ve kısıtlamadan başışık tutmak gerekir. “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” ilkesi sözleşme yapma özgürlüğünü de kapsamaktadır (67).

“İrade özerkliği” ilkesinin sözleşmeler konusundaki hukuksal uzantılarını, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sözleşmenin bağlayıcı gücü açısından incelemek mümkündür:

(67) Bkz. örneğin: GHESTIN, J.: *Traité de droit civil, II, Les obligations, Le contrat*, Paris 1980, s. 18 vd.; MARTY, G. - RAYNAUD, P.: *Droit civil, Les obligations, T. 1: Les sources*, 2. éd., Paris 1988, s. 27 vd.; VILLEY, M.: *Historique à l'étude des notions de contrat*, *Archives de philosophie du droit*, 1968, s. 1 vd., öz. s. 4; LARROUMET, C.: *Droit civil, Les obligations, T. III*, Paris 1986, s. 103 vd.

a) *Sözleşme özgürlüğü ilkesi :*

Bu ilke bakımından sonuçlar şu noktalarda toplanabilir:

- Sözleşme yapıp yapmama, dilediği tarafı seçme özgürlüğü;
- Sözleşmeye tarafların diledikleri hükümleri koyabilmeleri; bu serbestiye genel mevzuat yoluyla yapılacak müdahaleleri enaz düzeyde tutarak tamamlayıcı normalara ağırlık verilmesi;
- Tarafların iradelerini korumaya yönelik kurallar: örneğin, irade yokluğu ve sakatlıklarının geçersizlik nedeni oluşturması;
- İrade kendi kendine yeterli kabul edilerek, ilke olarak biçim koşullarının aranmaması.

b) *Sözleşmenin bağlayıcı gücü :*

Sözleşmenin bağlayıcılığı bakımından şu noktalar dikkati çekmektedir:

— Tarafların iradelerine saygı; özellikle sözleşmenin yorumunda açık hükümlerin anlamının değiştirilememesi, açık olmayanlarda da tarafların gerçek iradelerinin gözetilmesi; emprevizyon kuramının esas itibarıyla reddedilmesi;

— Sözleşmenin zorlayıcı etkisi: Sözleşmeden doğan sorumluluğun işletilmesi; ve nihayet büyük önem taşıyan “sözleşmenin nisbîliği” ilkesi, başka deyişle, buna rıza göstermeyenler üzerinde bağlayıcı bir etkinin kabul edilmemesi.

“İrade özerkliği kuramı”nın katı biçimde kabulü, sözleşme kavramının dar anlaşılmasına yol açar. Özellikle:

— Sözleşme yapma zorunluluğu bulunan durumlarda (“*contrat imposé*”), gerçek bir sözleşme bulunmadığı (68);

— *Bireysel* düzeyde bir irade uyuşması bulunmadığında, gene bir sözleşmenin mevcut sayılmayacağı (69);

— Sözleşme hükümlerinin serbestçe belirlenmediği iltihakî akit, tip sözleşmeler ve önemli ölçüde emredici mevzuatla düzenlenen “güdümlü sözleşme” durumlarında (“*contrat dirigé*”);

(68) Bkz. özellikle, bu yönde: LARROUMET, s. 137-138: Bazı kira sözleşmelerinin kiralayanın rızası olmaksızın sürdürülmesi ile zorunlu sigorta sisteminde iradenin arka plâna itildiği, örnek olacak belirtilmektedir.

(69) DUGUIT, *Les transformations*, s. 119 vd.

— Bunun yanında, bilhassa sözleşmenin nisbîliği ilkesinin bertaraf edildiği durumlarda, ki bunun en tipik örneği toplu iş sözleşmesidir, gerçek anlamda bir sözleşme bulunmadığı, öne sürülmüştür (70).

Oysa gerek Roma hukuku, gerekse Anglo-Sakson common-law sistemine, gerekse İslâm hukukuna bakıldığında, bir takım kuramlar inşa etmek yerine, dolaysız ve gerçekçi bir bakışla bizzat işlemlerin incelenip betimlendiği görülmektedir (71). Daha da genel olarak, “irade özerkliği” gibi kuramların pozitif hukukta ve uygulamada benimsenen çözümlere hiç uymadığına da haklı olarak işaret edilmektedir (72).

Kıta Avrupası hukuk sistemlerine bakıldığında, daha baştan beri sözleşmeleri düzenleyen emredici kuralların varolduğu; bu düzenlemelerin zaman içinde bazı alanlarda yoğunluk kazandığı (örneğin tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat, işçinin korunmasına yönelik emredici ve nisbî emredici hükümler) söylenebilir.

Dolayısıyla irade özerkliği kuramı ile bu kuramın uzantılarının, en azından katı anlayışlarıyla pozitif hukukumuza uymadığını kabul etmek gerekir.

2. Kural koymada özerkliğin etkisinin artması

a) “Özerklik ilkesi”nin anlam ve sınırları:

aa) *H. Kelsen'e göre özerklik* (muhtariyet; autonomie); norm koyanlar ile bunlara tâbi olanların *aynı* kimselerden oluşmasını ifade eder. Kural koymada özerklik esasının karşısı “heteronomi”de ise (yaderklik; hétéronomie), kuralı getirenler bu kurallara uyacaklardan ayrıdır. Söz konusu kurallara uymak durumunda olanlar, onların oluşmalarına katılmamış, doğrudan etken olmamışlardır. Mutlak monarşideki yasa bunun en belirgin ve uç örneğidir. Buna karşılık en tipik “özerk norm” örneğini özel hukuk sözleşmesi oluşturmaktadır (73).

(70) DUGUIT, *Les transformations*, s. 119 vd.

(71) Bkz. örneğin: VILLEY, s. 3 vd.; ROUHETTE, G.: *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dact., Paris 1965, No. 9 vd.

(72) G. ROUHETTE, Fransız öğretisinde dikkat çeken bu Tezinde geleneksel sözleşme kavramını tamamen yıkmaktadır. Yazar, sözleşmenin özünde “irade”yi belirleyici olmaktan çıkarmıştır. Sözleşme, “yasamın, mevcut *çıkartları* gözönünde tutarak etkiler tanıdığı, bu etkinin de çift yanlı normların yaratılması şeklinde belirlendiği bir işlem”, olarak tarif edilmiştir (No. 218 vd., No. 224).

(73) KELSEN, s. 63.

Kelsen'in "sözleşme"ler için kabul ettiği özerklik ilkesi oldukça kapsamlı bir anlam taşır: Bir kere sözleşmeden doğan hak ve borçlara tâbi bulunanlar aynı zamanda bunları kurmuş olan kimselerdir. Diğer yandan da önemle vurgulandığı gibi, sözleşmenin yapılmasında bu süjeler özgür ve eşittirler (74).

Gerçekten de, sözleşme yoluyla normlar yaratıp kendi kendisini bağlayan, kendi özgürlüğünü kısıtlayan birey, böyle bir akdi yapıp yapmaktan serbest olmalıdır. Ayrıca da hem sözleşmeyi kiminle yapacağını, hem de içeriğini serbestçe kararlaştırabilmelidir.

İşte bu "üç özgürlük" tüm taraflar bakımından ve eşit biçimde var olduğunda "özerklik ilkesi"nden söz edilebilecektir.

Pozitif hukukta ise, yukarıda ideal biçimiyle tarif edilen özerklik ilkesinden birçok bakımdan uzaklaşıldığı görülmektedir. Sözü edilen eşitlik ile özgürlük, iltihakî akit ve emredici içerik düzenlemeleri örneklerinde önemli ölçüde azalmıştır. Konumuz açısından toplu iş sözleşmelerinde ve genel olarak üçüncü kişilere etki yapan sözleşmelerde, özerklik ilkesinin hemen hemen bertaraf edildiği söylenebilir.

Daha önce değindiğimiz geleneksel sözleşme anlayışında, özerklik ile bağdaşmayan durumların pek ender bazı istisnalardan ibaret oldukları düşünülüyordu. Oysa pozitif hukuka bakıldığında geleneksel sözleşmelerin büyük kısmında özerklik ilkesine uyulmadığı görülür; Kelsen, yasal temsilde akdin temsilci tarafından yapılmasını; tüzel kişilerin sözleşme yapmalarını; İş Hukukundaki "kollektif sözleşmeleri"; aynı haklar kuran sözleşmeleri, bu bakımdan örnek olarak göstermektedir. Uluslararası Hukuktaki andlaşmalarda ise bu yön daha da güçlü biçimde ortaya çıkmaktadır. Bütün bu durumlarda aslında ancak bireysel olabilen "gerçek irade" ile "hukuksal irade" birbirinden ayrılmıştır.

Kelsen, bu "sınırlı özerklik" halleri ile en tipik heteronomi örneğini oluşturan Devletin yasama faaliyeti arasında bir nitelik farkı değil, sadece bir derece farkının bulunduğunu kabul eder: Nasıl bir tüzel kişinin organı, kendine ait bir "özel hukuk düzeni" içerisinde etki yapan sözleşme normları getirebiliyorsa, aynı şekilde yasama organı da, sadece belirli bir topluluğu oluşturacak "Devletin hukuk düzeni" içerisinde bulunanlara yönelik normlar koyabilmektedir.

Böyle olunca, sözleşmedeki özerklik ilkesinin sadece nisbî, izafî biçimde ele alınacağı ve "sözleşme" niteliğinin belirlenmesinde başka

(74) KELSEN, s. 64.

verilerin de gözönünde tutulacağı kabul edilebilir. Örneğin, oybirliğiyle alınan bir karma komisyon kararını sözleşme kavramının dışında bırakmak için, sözleşmede tarafların norm oluşturma iradelerini birbirine yöneltilerek beyan etmeleri gerektiğine işaret edilmektedir (75). Bununla birlikte Kelsen, izafî niteliğini kabul ettiği özerklik ilkesini her şeye rağmen temel ölçüt kabul etmektedir (76).

bb) Sözleşme kavramının sınırları bu kadar belirsiz hale gelince, Fransız öğretisinde bir “sözleşme krizi”nin meydana geldiği öne sürülmüştür (77). Yüzyılımızın ortalarına doğru Batı’da, bilhassa 1930’lu yıllarda sözleşmenin daha önce sahip olduğu ön plandaki rol ve konumu yitirmekte olduğu gözlenerek, artık sözleşme kavramının varlığı bile tartışılır hale gelmiştir. Gerçekten de, XIX. yüzyıl boyunca oldukça belirgin bir gelişme, sözleşmelerin sürekli olarak üçüncü kişiler üzerinde etki kazanması olmuştur (78). Ashında böyle bir gelişme kaçınılmazdı: bireyler arasındaki ilişkilerin birbirinden tamamen bağımsız biçimde kurulup çözüldüğü, sözleşmelerin sadece kendi taraflarını ilgilendirdiği bir toplumu düşünmek de zordur.

Bu bağlamda, örneğin H. Batiffol’a göre “sözleşme özgürlüğü”nü daha dar bir şekilde kabul etmek kaçınılmazdır. Özellikle de daima sözleşme konusunu belirleme serbestisini aramak yerine, salt “sözleşmeye rıza” ile yetinilebilmelidir. Dolayısıyla, sözleşme koşullarının mevzuat ile, hatta daha da güçlü bir tarafça dikte edilmesi hallerinde bile söz konusu “özgürlüğün” mevcudiyeti kabul edilmelidir: Batiffol’a göre sözleşme kavramında vazgeçilmez bir unsur olarak “özgürlük”, sadece belli bir sisteme katılmanın gönüllü, iradî olmasını ifade eder. Sistemin oluşmasında katılanın irade payı ise daha nüanslı şekilde ele alınarak, değişebilecektir (79).

(75) Kelsen, çift meclisli yasama organında bir meclisin kararını diğerine bildirmesi; veya bir karma organda her üyenin verdiği oyunu sözlü biçimde beyan ederek diğer üyelerin bilgisine ulaştırması hallerinin bu durumdan pek farklı olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla son kertede en güvenilir ölçüt gene “norm oluşturanlar ile tâbi bulunanların özdeşliği”dir (s. 76).

(76) Kelsen, yaptığı “özerklik” tanımındaki kural koyan/tâbi olan özdeşliğinin, doğrudan demokrasilerdeki yasama kararlarında da bulunacağına işaret etmektedir.

(77) BATIFFOL, H.: La “crise du contrat” et sa portée, Archives de philosophie du droit, 1968, s. 13 vd.

(78) Fransız hukukundaki örnekler, için bkz. BATIFFOL, s. 18–19: mirasçılar üzerindeki etki; başkası lehine şart; gayrimenkul satınalınan satanın yapmış olduğu sözleşmelerle bağlı olması gibi değişik durumlar örnek gösterilmektedir.

(79) BATIFFOL, s. 22.

Bununla birlikte yazar, bu şekilde tarif ettiği “sözleşme”yi statü ilişkisi ile de özdeş kabul etmemektedir: “Statü”, doğrudan doğruya ve hukuken kamu otoritesince belirlenmiş olma bakımından sözleşmeden ayrılır. Örneğin hukuksal köken itibarıyla “evlilik” statüsü yasadan; “idari işlemler” de gene yasa veya idari otoriteden kaynaklanır. Değişik statülerde görülen çok önemli bir özellik de böyle bir ilişkiye son vermede, evlilik örneğinde görüldüğü üzere, taraf iradelerinin yeterli olmayabilmesidir (80).

b) *Özerk kural koyma mekanizmasının Batı’da kazandığı boyut*

aa) Toplumsal yaşamda mutlak anlamıyla, salt bir özerkliği tasavvur etmek güçtür. Bununla birlikte, her türlü toplumda, kişilerin aralarında sözleşmeler yaptıkları da görülmektedir. Zaten genellikle bireysel etkinlikler ilk önce spontane biçimde meydana geldikten sonra yasal düzenlemelere konu olurlar.

İşte bu bakımdan, sözleşmelerin zorunlu biçimde yasalara tâbi olması, bunların ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez. Tam tersine günümüzde sözleşme kavram ve mekanizmasının yepyeni bir gelişme ve etki kazandığı gözlenmektedir. En başta uluslararası ilişkilerde, fakat iç hukuklarda da toplumsal ve ekonomik yaşamın düzenlenmesinde çok etkili bir mekanizma olarak sözleşmeden yararlanılmaktadır. Batı’da, örneğin Fransa’da, özellikle 1960’lı yıllardan beri Devletin çeşitli alanlarda siyasetini “anlaşma”, “sözleşme” yöntemlerine başvurarak uygulaması ilginç bir eğilimdir. Artık Batı demokrasilerinde “zorlayıcı, otoriter sosyalizm” ile “anarşik liberalizm” arasında bir orta yol olarak, müzakereler, görüş alışverişleri ve sözleşmeler sonucu oluşturulan bir hukuk anlayışı önem kazanmaktadır (81). Özellikle iktisadi alanda Devlet politikalarının yürütülmesinde sözleşme kavramından esinlenerek, sadece ilgililerin görüşlerini almakla yetinmeyip, örneğin Plân hedeflerine ulaşmak için gittikçe daha sık, doğrudan doğruya işletmelerle sözleşmeler yapma yoluna gidildiği gözlenmektedir.

(80) Fransa’da statü hukukuna tâbi işçiler ile diğerlerinin durumlarının hukuksal bir karşılaştırması için bkz.: DURAND, P.: Aux frontières du droit étatique et de la convention collective - Le “statut du personnel” et la théorie des sources du droit du travail, Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz, No. 55, Janv. 1954, Doctr. s. 99 vd.

(81) VASSEUR, M.: Un nouvel essor du concept contractuel - Les aspects juridiques de l’économie concertée et contractuelle, RTDC 1964, s. 5 vd., öz s. 7-8

Tabii, bu sözleşmeler klâsik, medenî hukuk anlamındaki sözleşme-
meden oldukça uzaklaşmış ve özellikle de bireysel alandan çıkıp kollektif
düzeğe geçmiştir. Bir “toplumsallaşma” süreci sonucunda sözleşme,
gerek tarafları, gerekse etkileri açısından genel, kitlesel boyut kazan-
maktadır.

bb) İşte böyle bir bağlam içinde “toplu iş sözleşmeleri”nin güç ve
etkilerinin artması son derece doğaldır: Sosyal hukukta kollektif sözleş-
melerde görülen gelişme bir bakıma “anlaşma”, “sözleşme” mekaniz-
masının iktisadî ve sosyal yaşamda önem kazanmasının bir uzantısı ol-
muştur. Batı hukuk sistemlerinde yasa, tüzük, vs. gibi tek yanlı dü-
zenlemeler yerine, anlaşma sonucu oluşturulan kuralların ve bu arada
sözleşmenin etki alanı genişlemektedir.

Böyle bir gelişme, Devlet otoritesinin zayıfladığını mı ifade eder?
Yeni karar yerleri olarak işletme, meslek ve sendikaların ekonomik gücü
Devlet ile paylaşmaları aşlında Devletin zaafından değil, gücünün farklı,
daha ince, gelişkin ve “psikolojik” biçimde anlaşılıp kullanılmasından
kaynaklanır: Gerçekte Devlet gücünü korumakta, bunu daha örtülü ve
etkili biçimde kullanarak amaçlarına “sözleşmeler” yoluyla daha büyük
bir kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Bugün sözleşmenin, şimdiye kadar hiç bir zaman ulaşmadığı bir
mevkiye yükselmiş bulunduğu ifade edilmektedir (82).

*Sosyal alanda da İş Hukukunun artık önemli ölçüde sözleşmeye da-
yandığı* söylenebilmektedir (83). Önceleri Anglo-Sakson Hukuk sistem-
lerinde görülen bu özellik diğer Batı sistemlerine de yayılmaktadır. Sos-
yal alandaki bu gelişme sadece “siyasî araç olarak sözleşmeye başvuru-
ma” zihniyetinden kaynaklanmayıp, özellikle iki etken sonucunda oluş-
muştur:

— Sorunların gittikçe karmaşık görünüm kazanması karşısında,
Devletin meslekî ilişkilerin düzenlenmesini taraflara bırakmayı tercih
etmesi;

— Çalışma ilişkilerinde karşıt çıkarları fiilen ve hukuken temsil
eden bir takım örgütlerin ortaya çıkması karşısında, yasa koyucunun
bunlara önemli yetkiler tanımayı yeğlemesi.

(82) Bkz., VASSEUR, s. 14.

(83) LYON-CAEN, G.: Le droit conventionnel du travail, D 1963, Chr. s. 15 vd.

Böylelikle, isabetsiz ya da zor kabul edilir bir yasa veya önlem getirme rizikosunu "temsil yeteneği"ni haiz örgütlere bırakma alternatifi açılmaktadır (84).

cc) Kollektif sözleşmeler, sadece yasanın yerini almakla kalmayıp, mevcut yasa hükümlerinin uygulanmasını ya da değişmesini sağlar (85).
Nitekim:

— İlgili mevzuatta hiç yer almayan bazı konular toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenebilmekte; mevzuat hükümlerinde bulunabilecek boşluklar ise toplu iş sözleşmeleriyle doldurulabilmektedir. Bazı yasalarda ise belli konuların düzenlenmesi açıkça toplu iş sözleşmelerine bırakılmaktadır.

— Bunun yanında, çeşitli konularda çıkarılıp pek ayrıntılı hükümler içeren mevzuatın bolluğu da aslında toplu iş sözleşmesinin etkisini ortadan kaldırmaz. Önemli ölçüde tamamlayıcı veya nisbî emredici hükümlerden oluşan bu mevzuatın işçi lehine olarak daha ilerisine gitmek mümkündür. Haklı olarak işaret edildiği gibi, yasa ile toplu iş sözleşmesini birbirinden tamamen ayrı, bağımsız iki kaynak olarak görmemek gerekir: Her biri diğerini tamamlayıp destekleyerek sosyal ilerlemeyi sağlama yönünde birlikte etken olmaktadır (86). Yasalar, önemli ölçüde aşılması gereken ve güvence altına alınmış birer asgarî normlar tabanını oluşturmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinde ise, temel işlevleri bakımından, sürekli olarak bu tabanın üzerine çıkmak hedeflenir.

— Toplu iş sözleşmelerinin mevzuatın daha ilerisine gitmedikleri durumlarda da, bazan daha önce uygulama görmeyen mevzuat hükümlerinin bu suretle yaşama geçirildiği gözlenebilir (87).

(84) VERDIER, J.-M. - LANGLOIS, Ph.: Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, Dalloz-Sirey 1972, Chr. s. 253 vd.

(85) Bkz.: VERDIER - LANGLOIS, s. 256-260; LYON-CAEN, D 1963, s. 15 vd.; DESPAX, M.: Négociations, conventions et accords collectifs, Droit du travail, T. 7, 2. éd., Paris 1989, s. 1 vd. Fikir Fransız öğretilerinde çok önceden de ifade edilmişti: Bkz. örn.: PIROU, G.: Intervention légale et contrat collectif de travail, Revue d'Economie politique, 1913, s. 733; ve özellikle: GIROD, L.: La convention collective comme moyen de législation secondaire du travail, Thèse, Paris 1939.

(86) DESPAX, 1989, s. 3.

(87) Fransa'da özellikle tarım sektöründe sosyal mevzuatın toplu iş sözleşmeleri yoluyla "canlandırıldıktan" sonra gerçek etki kazandığı gözlenmişti (bkz. DESPAX, s. 3); aynı yönde bkz. örneğin: CHAUCHARD, J.-P.: La conception française de la négociation et de la convention collectives de travail, thèse dact., Paris 1984, s. 25, No. 11.

— Nihayet, ve çok önemli olarak, toplu iş sözleşmelerinin Fransa örneğinde görüldüğü gibi, reformlara öncelik ettikleri, bazı yasaların çıkarılması veya değiştirilmesinde yol gösterdikleri dikkat çeker (88).

Fransız öğretisinde özellikle *G. Lyon-Caen* tarafından işaret edildiği gibi, nasıl XIX. yüzyıl “bireysel irade özerkliği” çağı idiyse, XX. yüzyılın ikinci yarısı da belki “kollektif irade özerkliği” dönemi olacaktır (89).

Yazar, bir başka makalesinde, işçi-işveren ilişkilerinin tarihsel gelişmesinde bir takım aşamaların birbirini izlediğini tespit etmiştir: İşçi-işveren ilişkilerinin kollektif düzeyde ilk aşamada herhangi bir hukuksal düzenlemenin dışında olduğu (anomie) kabul edilir. Daha sonra, Kıt’a Avrupasında XIX. yüzyıldaki çalışma ilişkileri sanıldığı gibi tersine irade özerkliğine değil, gerçekte heteronomi esasına tâbi olmuştur: İrade özerkliği, ya da “özerk” kabul edilen irade, sadece hizmet akdinin yapılmasında mevcuttu. Buna karşılık, henüz işçiyi koruyucu düzenlemelerin ortaya çıkmasından önce bile heteronomi ilkesi hâkim olup, gerçekte işçinin durumunun mülkiyet hakkı ve birleşme yasakları gibi hukuksal kurumlar belirliyordu. Lyon-Caen’e göre XIX. yüzyıl sonlarına gelindiğinde, “iktisadi” ilişkiler, ilke olarak “bireysel iradelerin özerkliği” esasına; buna karşılık “sosyal” ilişkiler en saf biçimiyle heteronomi ilkesine tâbi bulunmaktadır (90). Nihayet, toplu iş sözleşmeleri gelişince yepyeni “özerk bir hukuk düzeni” oluşmuştur.

Şimdiye kadar irade özerkliği ile sözleşme özgürlüğü çerçevesi içinde incelediğimiz toplu iş sözleşmesinin bu çerçevelerin sınırlarını zorladığı, hatta ayrı bir alanda yer alabileceği düşüncelerine güç kazandırdığı görülmektedir. Bu bakımdan, “toplu iş sözleşmesi özerkliği”nin spesifik yönlerini ortaya koymak ve incelemek gerekir.

(88) Bkz. örneğin: DESPAX, s. 4-5; VERDIER - LANGLOIS, D.S. 1972, s. 253 vd.; RIVERO - SAVATIER, s. 320; CHAUCHARD, s. 23-24, No. 10-11.

(89) LYON-CAEN, D 1963, s. 15.

(90) LYON-CAEN, G.: Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail, En hommage à Paul Horion, Liège 1972, s. 173, s. 173-174.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ

“Toplu iş sözleşmesi özerkliği”ni inceleyen yazarların çoğu, bu konuyu irade özerkliği kuramının dışında, spesifik bir tez olarak ele almaktadırlar. Bu anlayış özellikle Batı’da toplu iş sözleşmelerinin bir kurum olarak gösterdiği farklılıklardan kaynaklanır: Gerçekten de toplu iş sözleşmeleri, gerek tarihsel gelişmeleri, gerekse belirli temel amaçlarla yapılmaları ve kolektif işlem olmaları açısından sözleşme özgürlüğü çerçevesinin dışında, bağımsız bir kurum olarak görünmektedir.

Ş 1. GENEL OLARAK TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin spesifik niteliğini kabul eden öğretide, bir kısım yazarlar ilk önce toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağında bazı özellikler görmüşlerdir. Bu konuda öne sürülen tezlerde oldukça önemli farklılıklar da dikkat çekmektedir.

I. Toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağı

Ortak yanları toplu iş sözleşmesi erkini basit sözleşme özgürlüğünden ayrı tutarak, farklı temellere oturtmaya yönelmeleri olan bütün bu görüşlerde toplu iş sözleşmesi erki, esasen bir “objektif hukuk yaratma erki” olarak apayrı bir konumda kabul edilmektedir. Böyle olunca, bu işlemi spesifik bir yetkilendirmeye dayandırma, ya da ayrı bir hukuk düzeni içinde mütalâa etme ihtiyaçları hissedilir. İşte bu yönlerde değişik kuramlar inşa edilmiştir.

A. Toplu iş sözleşmesi erkinin kamu otoritesince verilmiş olduğu görüşü :

Bu temel anlayışa göre, nasıl sözleşme özgürlüğü Devletin hukuk düzeninde öngörüldüğünden dolayı mevcutsa, benzeri şekilde toplu iş sözleşmesi erki de kamu otoritesinin bu yöndeki bir buyruğu ya da rızasına dayanır. Ancak burada tamamıyla spesifik bir yetkilendirme, "delegasyon" söz konusu olmaktadır:

1. Delegasyon kuramı :

Bu görüş temelde, hukuk normlarının münhasıran Devletten kaynaklandığı ve ancak kamu otoritelerince yaratılabileceği anlayışına dayanır. Böyle olunca, gene hukuk normları yaratmaya yönelik bir erk olarak kabul edilen toplu iş sözleşmesi yapma erki, ancak Devlet tarafından öngörülüp verildiği takdirde varolabilir. Böyle bir yetkilendirme, çoğu zaman toplu iş sözleşmelerini düzenleyen yasa ile, bazan da Anayasa ile sağlanmaktadır.

Alman öğretisinde geliştirilerek önemli bir etki kazanan bu "delegasyon teorisi", kendi içinde bazı farklılıklar da gösterebilmektedir:

— Kimi yazarlara göre buradaki norm koyma yetkisi özel hukuka girmektedir (1).

— Diğer bazıları ise *yasama yetkisinin* delegasyonu olarak kabul ettikleri bu yetkinin zorunlu olarak kamu hukuku özelliklerini taşıyacağını kabul ederler (2).

Doğrudan doğruya *anayasal dayanağa* başvurular (entegrasyon teorisi – Integrationslehre) aslında gene delegasyon kuramını kabul etmektedirler. Buradaki özellik, toplu iş sözleşmesi erkinin özü Anayasa'da teminat altına aldığından, yasakoyucunun bir alelâde yasa ile bu erki kaldıramamasıdır (3).

- (1) Bkz. örn.: HUECK, A. – NIPPERDEY, H.C.: Lehrbuch des Arbeitsrechts, C. II, 1. kitap, 7. baskı, Berlin-Frankfurt a. Main, 1967 (ve 1970), s. 347, dn. 15 (Aliprantis, s. 33'de atıf yapılmıştır).
- (2) Bkz. örn.: NIKISCH, A.: Arbeitsrecht, 2. baskı, C. II, Tübingen, 1959, s. 217 vd.; HUBER, E.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, C. II, Tübingen, 1953, s. 432 (Aliprantis s. 33'de atıf yapılmıştır).
- (3) Bkz. örn.: BIEDENKOPF, K.: Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe, 1964, s. 182 vd.; GALPERIN, H.: Die Autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für E. Molitor, München-Berlin, 1962, s. 143 vd. (Aliprantis, s. 33'den atıf). Türk öğretisinde bkz. örneğin: SAĞLAM, F.: Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, AÜSBFD, C. XXIX, No. 1-2, Mart-Haziran 1974, s. 205 vd, öz. s. 207-210; ULUCAN, D.: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1981, öz. s. 82-83.

Bu tezlerin tümünde toplu iş sözleşmesi erki Devlet tarafından verilmiş kabul edilmekle birlikte, yine de "özerklik"ten söz edilmesi bir çelişki gibi görünmektedir. Esasen burada bilhassa objektif hukuk yaratma fikrini vurgulamak amacıyla, Devletçe tanınan bir "sosyal", "kollektif özerklik"ten söz edilmektedir (4).

2. Kuramın değerlendirilmesi :

Görüldüğü gibi, Alman öğretisinde çabalar bilhassa işçi ve işveren taraflarının, kullandıkları bu "düzenleme yetkisi"ni nereden aldıklarını açıklamaya yönelmiştir. Oysa, incelememizin ilk bölümünde görüldüğü gibi, Fransız yazarları eskiden beri ve günümüze dek kuramlarını sözleşme kavramı etrafında inşa etmişler; bu nedenle de ayrı bir köken arayışı içinde bulunmamışlardır.

Delegasyon teorisi çeşitli açılardan eleştirilere hedef olmaktadır:

a) Bir kere, söz konusu kuramın tarihsel gelişmeye uymadığı öne sürülmektedir: Gerçekten Batı'da toplu iş sözleşmeleri, daha yasal düzenlemeler getirilmeden önce, kendiliğinden, doğrudan doğruya sosyal güçlerin, meslekî kuruluşların eseri olarak ortaya çıkmıştır. Toplumsal mücadeleler sonucu bizzat sosyal güçler, yeni çalışma koşullarını belirleme konusunda bu erki kendi kendilerine tanımışlardır. Oysa delegasyon fikri bu tarihsel gerçeği tamamıyla gözardı etmektedir (5).

b) Delegasyon kuramı, yetkili sosyal örgütlerin hareket serbestisini kısıtlamaya elverişli bir anlayıştır. Kamu otoritesi dilediği an yasal düzenlemeler yoluyla, ya da başka doğrudan müdahalelerle sosyal yanların özerkliklerini sınırlayabilecektir (6); zira bu özerklik kamu otoritesinden kaynaklanmış, onun tarafından verilmiş bir kudrettir. Daha da ileri gidilerek, toplu iş sözleşmesi erkini fiilen sınırlama amacıyla da bu kuramın Almanya'da savunulduğu gözlenmiştir. Esasen, bir kuramın kötüye kullanılmış olması, o kuramın değerini etkilemez. Bununla birlikte, bir teorinin deforme edilmeye bu kadar elverişli olması, dayandığı kavramlarda bazı yetersizlikler olduğunu da gösterebilir (7).

(4) ALIPRANTIS, s. 32-33: Kollektif özerklik - bireysel özerklik ayrımı gereğince, bireysel özerklik objektif hukuk değil, sadece sübjektif haklar yaratmaya yöneliktir (öz.: Hueck - Nipperdey'e atfı yapılmaktadır, a.g.e. s. 348, dn. 20).

(5) Bu yönde bkz. örneğin: ALIPRANTIS, s. 34.

(6) LYON-CAEN, *Anomie...*, s. 175.

(7) Bu yönde bkz.: ALIPRANTIS, s. 35.

B. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin Devlet düzenince iktibas edildiği görüşü :

1. Sosyal düzenin ilke itibarıyla Devlet düzenince iktibası kuramı :

Fransızca “la théorie de la réception de principe” olarak adlandırılan bu görüşte, Devletin hukuk düzeninin yanında, ondan ayrı bir başka hukuk düzeninin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu düzen, sosyal ve mesleki ilişkilerle oluşturulmuş bir hukuk düzenidir. Toplu iş sözleşmeleri, Devletin karışmasından önce ve ondan bağımsız bir şekilde, bir “sosyal hukuk düzeni” içerisinde oluşmuş olup, yasakoyucunun eseri değildir. Devlet, zaten varolan toplu iş sözleşmesi kurumunu saptamış ve kendi hukuk düzeni içine, olduğu gibi kabul ederek geçirmiştir. Özellikle de sosyal güçlerin benimsedikleri amaç ve mantık, bu arada da hizmet akitleri üzerindeki etki, aynen kabul edilmiştir.

Böyle bir “iktibas”, *N. Aliprantis*'e göre, toplu iş sözleşmesi kurumunun sadece saptanmasından ibaret olmayıp, bu kurumun – bir başka hukuk düzenine aktarılması olduğuna göre – yeniden yaratılıp inşa edilmesini ifade eder (8); bu bakımdan “açıklayıcı” değil, “kurucu” bir işlem sayılmalıdır.

Bu bakımdan Aliprantis, kendi görüşünü, daha önce Alman öğretisinde Sinzheimer tarafından öne sürülen görüşten ayırmaktadır: *Sinzheimer*'e göre, Devletin düzenlemelerinde toplu iş sözleşmeleri sadece “veri” kabul edilip bu düzenlemeler iktibas değil, herhangi bir kurucu etkiden yoksun olan “tanıma” teşkil etmektedir (9).

Bir hukuk düzeninin bir başkası tarafından iktibası ise, aktarılan düzenin kaybolduğu anlamına tabii ki gelmez: Her iki düzen de varlıklarını sürdürecektir. Böylelikle de toplu iş sözleşmesi hükümleri hem sosyal hukuk düzenine, hem de Devletin hukuk düzenine olmak üzere, iki düzene birden ait olacaktır (10).

(8) ALIPRANTIS, s. 36-37.

(9) Bkz.: SINZHEIMER, H.: La théorie des sources du droit et le droit ouvrier, in: Le problème des sources en droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934-1935, Paris 1934, s. 73 vd., öz. s. 77; aynı yazar: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. baskı, Jena 1927, s. 46 (Aliprantis, s. 37'den atfen). Aliprantis, diğer yandan sosyolojik alanda Ehrlich ve Gurvitch'in ortaya attıkları “devlet dışı hukuk” kavramından burada hareket edilmesini de kabul etmemektedir (s. 37).

(10) ALIPRANTIS, s. 37.

Böyle olunca iki hukuk düzeni arasında "çatışma" çıkma olasılıkları da bulunur. Belirgin çatışma halleri, özellikle yasakoyucu sosyal yanların kural koyma erklerini kısıtlama girişimlerinde bulunduğu; ya da Devlet düzeninde yasaklanmış bir "kural", sosyolojik gücü dolayısıyla fiilen uygulanmaya devam ettiğinde ortaya çıkar. Aliprantis, bu gibi çatışma olasılıklarını da gözönünde tutarak, esasen hiç bir zaman tam surette gerçekleşmeyen böyle bir iktibas, "sosyal düzenin ilke itibarıyla iktibas" olarak adlandırmaktadır (11).

2. Kuramın değerlendirilmesi :

Birbirine paralel, eşit değerde birden fazla hukuk düzeninin bulunduğu ve sosyal hukuk düzeninin, bütünüyle olmasa da, ilke olarak Devlet hukuk düzenine geçirildiği görüşünün önemli katkı ve sonuçları vardır:

a) Kuramın olumlu yönleri :

— Önerilen kuram, Batı'daki tarihsel gelişme ile uyum içinde, aynı zamanda da sosyolojik gerçeklere yakın bir kuramdır.

— Bu anlayış, her iki hukuk düzenini eşit değerde kabul ettiğinden, çatışma halinde herhangi birine ağırlık kazandırma şeklinde bir tercihe yol açmaz (12). Bu bakımdan apolitik, tarafsız bir kuram olduğu söylenebilir.

b) Kuramın eleştirilebilen yönleri :

Söz konusu kuramın zor kabul edilir yönleri de bulunmaktadır:

— Hukuk normları, bizim de katıldığımız temel anlayışa göre, kaynaklarını son kertede kamu otoritesinde bulmaktadırlar (13). Benimsemekte olduğumuz tekçi (moniste) hukuk düzeni anlayışı çerçevesinde, Devletin hukuk düzeni dışında, ona paralel "hukuk" düzenlerinin varlığı, "hukuk" kavramı ile çelişmektedir.

(11) ALIPRANTIS, s. 37-38.

(12) ALIPRANTIS, s. 38.

(13) Bkz. öz.: AMSELEK, P.: La phénoménologie et le droit, Archives de philosophie du droit, C. XVII, 1972, s. 185 vd.; İngilizce metin için bkz.: The Phenomenological Description of Law, in Phenomenology and the Social Sciences, M. Natanson, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, USA, 1973, s. 367-449.

— İktibas kuramı, belli ülkelerdeki tarihsel gelişme çizgisi ile sosyolojik gerçeklere uyabilmekle birlikte, bütün durumları kapsayacak evrensel geçerliliği göstermemektedir (14).

C. *Kollektif özerliğin kaynağını kendinde bulduğunu savunan görüş:*

1. *Aslı özerklik kuramı (théorie de l'autonomie originaire):*

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin en radikal, mutlak anlayışında, kollektif müzakerenin tarafları norm koyucu (normateur) bir yetkiye sahip olup, kendi hukuklarını Devletten tamamiyle bağımsız olarak yaratmaktadırlar. Böylece toplu iş sözleşmesi erki, kökeni bakımından Devletten değil; bizzat sosyal yanların sahip oldukları auto-determination (Selbstbestimmung), kendi ilişkilerini düzenleme, kendi hukuklarını yaratma yetkilerinden kaynaklanır.

Esasen Alman öğretisinde “muhafazakâr” düşünürlerden sayılan O. von Gierke tarafından geliştirilmiş bulunan bu özerklik anlayışı (15), Almanya’da hiç bir zaman baskın görüş olmamıştır (16). Buna karşılık söz konusu telâkki, çağdaş Fransız öğretisinin “özgürlükçü” kesimi ve bilhassa G. Lyon-Caen tarafından savunulmaktadır. Lyon-Caen’a göre, nasıl uluslararası uyumsuzluklar Devletin hukuk düzeni dışında kalıyor ise; benzer biçimde sosyal eylem ve uyumsuzluklar da ayrı bir hukuk düzenini oluşturur. Bu tip uyumsuzluklar, bir üst otorite olarak Devletin dışında, bizzat taraflarca çözümlenir. İşte bu bakımdan toplu iş sözleşmeleri bir “kendi kendini düzenleme” (auto-régulation) mekanizmasını ifade etmektedir.

G. Lyon-Caen, bu olgunun açık şekilde anlaşılmasının başlıca nedenini, heteronom (Devlet) hukuk düzeninin varlığını sürdürmesine, hatta gelişme göstermesine bağlamaktadır: Her iki hukuk düzeni yan yana, bazan da birbirleriyle kombine biçimde yaşamlarını sürdürmektedir. Böyle olunca ilk bakışta bir özerklik alanını ortaya çıkarmak güçtür.

(14) Aliprantis’in de işaret ettiği üzere (s. 38), bu kuram, toplu iş sözleşmelerinin ana hatlar bakımından Fransız hukukuna benzer biçimde düzenlendiği sistemlerde geçerli olabilecektir. Yazar kuramın evrenselliği iddiasında bulunmamaktadır.

(15) Bkz. ALIPRANTIS, s. 29: Gierke tarafından “korporasyon kuramı” çerçevesi içinde geliştirilişi için bkz.: O. von Gierke: Deutsches Privatrecht, C. I, Leipzig 1895, s. 142 vd.

(16) Günümüzde daha nüanslı olarak bu görüşü kabul eden yazarlar da vardır, örn.: E. Molitor, W. Herschel, M. Bogs gibi (bkz. Aliprantis, s. 29, dn. 4).

Oysa birçok halde aslında yasa, sadece toplu iş sözleşmeleri ile getirilen yeni hükümlerin etki alanını genişletmekle veya o hükme kesinlik ve bağlayıcılık kazandırmakla yetinmektedir (17).

2. Kuramın değerlendirilmesi :

a) Kuramın olumlu yönleri :

Bu kuram çeşitli bakımlardan cazip görünmektedir. Kuramın olumlu yönleri şu şekilde belirtilebilir:

— Bir kere, kuram, Batı'da izlenen tarihsel gelişmeye uygundur. Bilindiği gibi, o ülkelerde toplu iş sözleşmeleri kendiliğinden, spesifik bir Devlet düzenlemesi yokluğunda ortaya çıkmıştır. Devlet toplu iş sözleşmelerini düzenleyen mevzuatı getirmemiş olsaydı bile, toplu iş sözleşmeleri, sendikaların gücünün ve sosyo-ekonomik bağlamın etkilediği ölçülerde, gene varlık ve etki gösterecekti.

— Özerk ve bağımsız ayrı bir hukuk düzeninin gerçekten varolabileceğini doğrulayan çeşitli olgular saptanabilir. Nitekim, sendikacılığın yeterli gelişmeyi gösterdiği ülkelerde ve en tipik olarak *İngiliz hukukunda*, hiç olmazsa geçmişte, işçi-işveren toplu ilişkilerinde aslı bir özerklikten söz etmek mümkündür: Bu sistemde sosyal yanlar hem kendi ilişkilerini düzenleyen kuralları, hem de bu kuralların uygulanmasını ve yaptırımlarını bizzat kendileri sağlıyorlardı. Burada gerçekten Devletin hukuk düzeninden ayrı ve ondan hemen hiç etkilenmeyen ("abstention of the law") bir alan mevcuttu. Bununla birlikte, uzun süreden beri artık söz konusu "aslı" özerklik, önceki saflığını yitirmiş bulunmaktadır. Özellikle de toplu iş sözleşmelerinin normatif etkisi artık sözleşmelere ilişkin "common law" kuralları ve Devlet mahkemelerinin desteği ile sağlanmaktadır (18).

İngiltere örneği yanında, uluslararası hukuk düzenindeki *andlaşma* ile de bir paralellik kurulabilmektedir (19): Hem toplu iş sözleşmesinin, hem de uluslararası andlaşmanın ayrı birer hukuk düzeninin özerk hukuk kaynaklarını teşkil etmesi, kendilerine özgü yaptırımlarla donatılmış olması, benzerliğin çarpıcı örnekleridir. Nitekim, uluslararası ilişkilerde savaş ve sosyal ilişkilerde grev birbirine benzeyen "özerk" yaptırımlardır.

(17) LYON-CAEN, *Anomie...*, s. 176-177; aynı yazar: *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, RTDC 1974, s. 229 vd., öz. s. 242.

(18) Bkz.: RODIERE, s. 242-243.

(19) Benzeri yönde, bkz. örn.: RODIERE, s. 315-317, s. 365.

— Aslı özerklik kuramı, sosyal ilerlemeyi sağlamaya elverişli bir anlayıştır. Böyle bir kuram çerçevesinde Devletin düzenlemeleri ve aldığı önlemler, “dıştan” yapılan ve kendiliğinden oluşmuş bulunan sosyal hukuk düzeninin bütünlüğünü ve uyumunu bozucu müdahaleler olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle aslı özerklik kuramında Devlet müdahaleleri ancak istisnai durumlarda caiz görülebilir.

b) Kurama yöneltilebilecek eleştiriler :

Bizzat Fransız öğretisindeki başlıca savunuru tarafından “anar-sist” olarak nitelenen bu kuram (20), ağır eleştirilere de hedef olabilecektir:

— Tarihsel argüman, daha önce değinildiği gibi, bütün toplumlar için geçerli değildir. İşçi-işveren ilişkisi kurumlarının ve özellikle toplu iş sözleşmesi kurumunun “yukarıdan aşağı” yasalar ile getirildiği toplumlarda, “baştan beri mevcut bir özerklik” fikrini savunmak güçtür. Bu tip toplumlarda Devlet dışı “hukuk” düzeninin sosyal ilerlemeyi sağlamaya elverişli olduğunu savunmak da imkânsız olmaktadır.

— Toplu iş sözleşmelerinin ayrıntılı bir mevzuat ile düzenlenmesi, hükümlerinin uygulanmasının Devletin yargı organlarının katkısıyla sağlanması olguları karşısında söz konusu teori gücünü yitirmektedir. “Toplu iş sözleşmesi özerkliği”nin, aynen sözleşme özgürlüğünün temeli olarak uzun süre kabul edilen “irade özerkliği teorisi”nin akibetine uğraması ve gene son kertede Devletin hukuk düzeninin parçası olarak ele alınması, bizce kaçınılmazdır.

— Hukuk metodolojisi açısından, bir kuramı, doğurduğu veya doğurmaya daha elverişli görülen pratik sonuçlarına göre değerlendirmek hatâlıdır. Bu bakımdan, “aslı özerklik kuramı”nın da, genellikle gözlenildiği gibi sosyal güçlere ve toplu iş sözleşmesine daha geniş etki tanımaya ve Devlet karışmalarını önlemeye elverişli olması nedeniyle savunmak, aslında bizzat kuramın değerine herhangi bir katkı yapmaz. Bilimsel doğruluk amaçlandığı zaman, bu değerlendirmelerde pratik sonuçlar tamamıyla devre dışı bırakılmalıdır. Başka bir ifadeyle, inşa edilecek bir kuramın saflığı ve tutarlılığı, onun pratik ve amaçsal düşüncelerden arındırılmasını gerektirir (21). İşte bütün bu bakımlardan, önceden de-

(20) Bkz. LYON-CAEN, Anomie., s. 176.

(21) Bu yönde bkz. özellikle: KELSEN, H.: La justice et le droit naturel, Annales de philosophie politique, C. III, Le droit naturel, Paris 1959, s. 82 vd.; AMSELEK, s. 185-188; ALIP-RANTIS, s. 31.

ğinildiği gibi, “hukuksal çoğulculuk” anlayışını benimsemedikçe böyle bir kuramı desteklemek olanak dışıdır.

e) *Sonucumuz :*

Sonuç olarak, Devletin hukuk düzeninden ayrı bir hukuksal düzen anlayışını benimsemediğimiz için, toplu iş sözleşmesi özerkliğini, aslı ve kökenini kendinde bulan bir özerklik olarak da kabul etmiyoruz. Bununla birlikte, sosyal yanların kolektif özerkliğini klâsik anlamda bir sözleşme özgürlüğünün dar sınırları içinde algulamak da mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, kaynağı ve etkileri bakımından alelade sözleşme özgürlüğüne nazaran bazı önemli farklar göstermektedir:

— Bir kere kolektif düzeyde işçi-işveren tarafları önemli bir fiili toplumsal güç oluşturarak Devlet otoritesinin iradesini etkileyebilmektedir. Bu bakımdan, sosyal yanlar, Devlete ait hukuk düzeninin oluşmasında ve bu arada toplu iş sözleşmesi erkinin tanınmasında ve bu erkin kapsamının belirlenmesinde, herhangi bir diğer sözleşme taraflarının yapabilecekleri etkiyle kıyaslanamaz bir güce sahiptirler

— Kolektif iş ilişkilerindeki özerklik, “objektif hukuk” yaratmaya yönelik bir “normatif” etki taşıdığından, burada diğer sözleşmelerin taraflarına nazaran gene belirgin bir güç farkı görülür.

Benimsediğimiz görüşte toplu iş sözleşmesi erki, kaynağını Devletin hukuk düzeninde bulmaktadır. Bunun için yasakoyucunun delegasyonu fikrine başvurmak yerine, H. Kelsen’in formüle ettiği normlar hiyerarşisi çerçevesinde, toplu iş sözleşmesinin kaynağını ve hukuk normu olarak bağlayıcılığını, bu etkiyi öngören daha üst normda aramak gerekir. Böylelikle “toplu iş sözleşmesi özerkliği”nin kapsam ve sınırları her hukuk düzenine göre, bunları belirleyen en üst norm incelenerek saptanabilecektir.

II. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevi

“Toplu iş sözleşmesi özerkliği”ni genel olarak irade özerkliğinden ayıran bir başka önemli husus, bu kurumun belirli amaçlarla ortaya çıkarak, özgün işlevlere sahip olmasıdır. Ancak bu işlevler bir hukuk düzeninden diğerine göre değişiklik göstermektedir:

A. Toplu iş sözleşmesi kurumunun değişik işlevleri

1. Karşılaştırmalı hukukta görülen değişik işlevler :

a) Sovyetler Birliğinde toplu iş sözleşmesinin işlevi :

Sovyetler Birliğinin sosyalist yapısı ile her türlü sosyal ilişkinin Devletin güdümü altında oluşu, tüm hukukî kavramları değişime uğratmıştır. Her ne kadar kapitalist sisteme ait bazı kurumlar ismen kullanılmaya devam edilmişse de, bunlar "öz"leri itibarıyla derin farklılıklar kazanmıştır (22).

Böylece, örneğin "hizmet akdi", aslında gerçek anlamda bir sözleşme teşkil etmemektedir: hem içeriği Devletçe belirlenip değiştirilebilmekte; hem de birçok halde ilgililer akde rıza göstermek zorunluluğunda bulunmaktadır. Bütün bunlara rağmen Sovyet hukukunda, kullanışlı ve yararlı bir araç olarak görülen "sözleşme"den yararlanmaya devam edilmiştir. Esasen bu sistemlerde bizzat çalışma ilişkisi de apayrı özellikler gösterir: Bir yanda Sovyet yurttaşı emeğini Devletçe belirlenmiş koşullarla sunmak zorundadır; buna karşılık da Devlet yurttaşlara iş ve ücret sağlama yükümlülüğünde bulunmaktadır (23).

Böyle bir bağlamda toplu iş sözleşmesinin tamamen farklı nitelikler göstermesi de kaçınılmaz olmuştur. Gerçi 1917 Devriminden sonra ve 1930'lu yıllara dek toplu iş sözleşmeleri, Batı anlamında, yani esasen doğrudan işçi yararına işlev görerek, hizmet akdi koşullarını düzenleyen bir işlem olarak uygulanmıştır (24). Ancak tedricen ve özellikle 1930'lu yıllarda belirginleşen bir eğilimle, genel iktisadî yarar işçinin yakın çıkarlarının önüne geçmiş ve işçi çıkarlarının daha uzun dönemde genel iktisadî gelişme yoluyla elde edilmesi anlayışı egemen olmuştur. Böyle olunca, toplu iş sözleşmeleri, doğrudan işçi çıkarlarını koruyan bir kurum olmak yerine; üretim ve verimde artış sağlamaya yönelik bir araç olarak kullanılmıştır. 4.3.1933 tarihli Kararınameyle, Devletin saptadığı ücret ve diğer avantajların üzerine çıkılmasının yasaklanmasından sonra; artık 1933-1947 yılları arasında toplu iş sözleşmelerinin tedricen ortadan kalktığı gözlenmektedir.

(22) Bkz.: DAVID, R. - HAZARD, J.: Le droit soviétique, 2 cilt, Paris 1954, C. I, s. 187-189.

(23) TROYANOV, T.: De la nature juridique du contrat collectif en URSS, thèse, Lausanne 1963, s. 34-37.

(24) Bkz. örn.: GREYFFIE DE BELLECOMBE, M.: Conventions collectives de travail en URSS, thèse, Paris 1958, s. 36; TROYANOV, s. 111; DESPAX, s. 142.

4.2.1947 tarihli bir Kararnameyle toplu iş sözleşmesi mekanizması yeniden uygulanmaya konulmak istenmiştir. Ancak bu kez toplu iş sözleşmesi yapmanın temel amacı, “üretimde Plân hedeflerinin aşılması, çalışmanın daha verimli hale getirilmesi, iş örgütlenmesinin iyileştirilmesi...” olarak açıkça belirtilmiştir (25). Bu anlayış, yakın zamana kadar değişmeksizin varlığını sürdürmüştür (26).

Esasen emredici plânlı ekonomi sistemlerinde, geniş anlamda çalışma koşulları Plân hedeflerini sağlamaya yönelik araçlardan birini de teşkil eder ve bu nedenle bu koşulların Devletçe belirlenmesi doğal görülebilir. Böyle olunca, zaten kamu hukuku kişileri olan toplu görüşme taraflarının, bu koşulları serbestçe belirleyememesi, sistemin mantığına uygundur. Bir kere, Sovyet sisteminde toplu iş sözleşmeleri idarî bir organın tescilinden geçmeden hukukî etki kazanamamakta; tescil sırasında da tüm hükümler denetimden geçerek, bazan önemli değişiklikler idarece yapılmaktadır. Diğer yandan da bu koşullar esasen önceden belirlenmiş olup, Plânın hedeflerini sağlamaya yöneliktir: Üretimde verimi arttırmaya ilişkin olan hükümler Sovyet sisteminde toplu iş sözleşmelerinin temel hükümlerini teşkil eder. İkincil önemde bulunan diğer hükümler ise, esas itibarıyla Devletçe saptanan ücretlerin sadece çeşitli çalışanlar kategorileri arasında dağılımını, işçilere sağlanacak çeşitli barınma ve kültür hizmetlerini ilgilendirmektedir (27).

Sonuç olarak, hukuksal rejimin ayrıntılarına daha fazla girmeden belirtmek gerekirse, Sovyet sisteminde toplu iş sözleşmeleri nitelik itibarıyla “sözleşme” kabul edilemez. Kamu hukuku işlemi olan bu “toplular iş sözleşmeleri”nde herhangi bir özgün normatif hükme de rastlamak güçtür. Sovyet tipi toplu iş sözleşmesi, son tahlilde mevcut Plânın gerçekleşmesine yönelik tedbir niteliğinde bir idarî karardan başka bir şey değildir (28).

Aslında bir “Plânı uygulama tedbiri”nden ibaret olan böyle bir işlemi “toplular iş sözleşmesi” olarak adlandırmanın temel amacı, psikolojik olsa gerek: Yurttaşlara, kendileri dışında alınmış bir takım kararlara

(25) Bkz.: DESPAX, s. 143.

(26) Örn. benzeri yönde: 15.7.1970 tarihli Yasa; ancak karşı: 17.7.1983 tarihli Yasa (Despax, s. 143). Son yıllarda önemli bir değişim yaşanmaktadır: bkz. örn. greve olanak tanıyan 9.10.1989 tarihli yeni Yasa (Le Monde, 11.10.1989).

(27) TROYANOV, s. 67-69.

(28) TROYANOV, s. 104-113.

katıldıkları izlenimi verilerek, üretim artışları teşvik edilmeye çalışılmaktadır. Daha da genel biçimde, aslında birer otoriter işlemler olan muhtelif “seçim”, “oylama” ve “sözleşme”lerin, gene bu isimler altında daha kolay kabul edileceği düşünülmektedir (29).

Benzeri sistemin diğer sosyalist ülkelerde de benimsenmiş olduğu gözlenmekteydi (30).

b) *Pazar ekonomisi sistemlerinde toplu iş sözleşmesinin işlevleri :*

Bu sistemlerde toplu pazarlık, gerçek bir karar mekanizmasını teşkil eder: Temel amaç, gerek bireysel çalışma ilişkilerini, gerekse toplu görüşme taraflarının birbiriyle olan ilişkilerini düzenleyen bazı kuralların getirilmesidir.

“Toplu pazarlık” (kollektif müzakere; collective bargaining; négociation collective) deyimini ilk kez Beatrice Webb tarafından 1891’de “The Cooperative Movement in Great Britain” adlı incelemede kullanılmıştı (31). İşte bu mekanizma, sanayileşmiş Batı ülkelerinde *çalışma ilişkilerinin düzenlenmesinde* başta gelen bir aracı teşkil etmektedir. Toplu iş sözleşmelerinin kapsamına giren işçilerin sadece bir azınlığı oluşturdukları durumlarda bile, toplu pazarlık sonucu elde edilen çalışma koşulları (ücret dahil olmak üzere) emsâl teşkil ederek diğer çalışanları da etkiler (32).

Genel kuram açısından, toplu iş sözleşmesinin üç temel işleve sahip olduğu kabul edilir:

- Çalışma ilişkilerini düzenleme işlevi (düzenleme işlevi);
- İşçiyi, kendisine nazaran daha güçlü bir konumda bulunan işverene karşı koruma (koruma işlevi);
- Toplu iş sözleşmesi süresi boyunca hükümlerine uyulması; çıkar uyumsuzlukları çıkarılmayarak özellikle grev ve lokavta başvuramama (barış işlevi).

(29) TROYANOV, s. 113.

(30) SELLIER, F. – TIANO, A.: *Economie du travail*, 2. éd., Paris 1970, s. 603–605.

(31) Deyimin kökenleri konusunda bkz. ayrıca: Sidney ve Beatrice WEBB: *Industrial Democracy*, London 1902. s. 173.

(32) Bkz. örn.: BIT: *La négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché*, Genève 1974, s. 11; ILO: *Collective Bargaining in Industrialised Market Economies: A Reappraisal*, J.P. Windmuller, Geneva 1987, s. 6

Bu temel işlevlerden tümü veya sadece bir kısmı, bir sistemden diğere göre değişen ölçülerle ağırlık kazanabilmektedir:

(I) Bir kere, toplu iş sözleşmelerinin *çalışma ilişkilerini düzenleme* işlevi, bilhassa çalışma ilişkilerini düzenleyen mevzuatın gelişmediği, bol olmadığı ve bu alanda “liberal” anlayışın hâkim olduğu ülkelerde daha belirgindir (33). Diğer ülkelerde önemli ölçüde mevzuat tarafından düzenlenmiş bulunan konular (örneğin, ücretli izin, emekli ücreti, işçi temsilciliği), bu sistemlerde toplu pazarlığa bırakılmaktadır.

(II) Toplu iş sözleşmesinin *işçiyi koruma* işlevi ise, emek ile sermaye ilişkilerinde taraflar arasında pazarlık güçleri dengesini kurmakla sağlanmaktadır. Gerçekten de, çoğu zaman işçi, işveren karşısında tek başına yeterli bir pazarlık gücüne sahip bulunmaz. Bu durum, yoğun işsizlik dönemlerinde, belirli yer ve sektörlerde bilhassa belirgindir. İşte bu bakımdan, toplu düzeyde gerçekleşen bir pazarlıkla, söz konusu dengesizlik giderilebilmektedir. “İşçi yararına etki” ilkesi, başka bir deyişle, işçiye daha üstün hak ve avantajlar sağlayan bireysel akit koşullarının korunması esası, bu anlayışın bir somut hukuksal uzantısıdır.

(III) *Çalışma barışını sağlama* işlevi ise, toplu iş sözleşmesinin süresi boyunca toplu çıkar uyumsuzluğu çıkarılmamasını ifade eder. Bu konuda çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlayışlar benimsenmiştir. Örneğin, İsviçre ve Alman hukuklarında yasalarda veya yargı içtihatlarında kabul edilen “dirlik boreu”, İngiliz ve ABD hukuklarında ancak toplu iş sözleşmesinde yer aldığı takdirde mevcuttur (34). Fransız hukukunda ise böyle bir esas ne bir yasa hükmüyle öngörülmüş, ne de bu yönde toplu sözleşme hükümlerine rastlanılır. Fransız temyiz mahkemesi de, süresi boyunca greve başvurmayı engelleyen toplu sözleşme hükümlerini kabul etmemektedir (35). Fransız hukukunda söz konusu vecibevî hükümlerin zayıflığı, toplu iş sözleşmesinin bazı yazarlarca bir sözleşme değil, sadece bir “durum tespiti” olarak değerlendirilmesine yol açmıştır (36).

(33) En tipik örnek A.B.D.’dir (bkz. DESPAX, s. 150 vd.).

(34) BIT, Série Relations Professionnelles: Tendances et problèmes récents en matière de négociation collective dans les pays industrialisés, Colloque de Vienne, Nov. 1977, Genève 1978, s. 27; OCDE: Négociations collectives et politiques gouvernementales dans dix pays de l’OCDE, Paris 1979, s. 59-60; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté européenne, Rapport présenté par le Prof. G. Perone - A. Vallebona, Document, Luxembourg 1984, s. 36-38.

(35) Bkz. örn.: DESPAX, s. 360-364.

2. Bazı uluslararası belgelerde toplu iş sözleşmesinin işlevi

Sendika, toplu iş sözleşmesi ile grev haklarını içeren uluslararası belgeler İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilmeye başlanmıştır (37). Bunlar arasında, özgün denetim mekanizmalarıyla donatılmış bulunan ve ülkemizi de bağlayan ya da etkileyen birkaçı üzerinde durulabilir:

— Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi" (1949);

— Aynı Örgütün 91 sayılı "Toplu Sözleşmeler Tavsiyesi" (1951);

— Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen "Avrupa Sosyal Yasası" (1961).

a) 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesinde toplu iş sözleşmesinin işlevi:

1 Temmuz 1949 tarihinde U.Ç.Ö. Konferansında kabul edilen bu Sözleşme, Türkiye tarafından 8.8.1951 tarihli Yasa sonucu onaylanmıştır (38).

Sözleşmenin 4. maddesine göre:

"Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyarî müzakere usûlünden faydalanılmasını ve bu usûlün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde millî şartlara uygun tedbirler alınacaktır."

Görüldüğü gibi, bu anlatımda "düzenleme işlevi"ne açıkça yer verilmesine karşılık, kurumun işçi yararına etkisine dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır (39). Tabii, bu metin söz konusu hakkın prensip olarak kabulüne ilişkin olduğundan, özellikle toplu pazarlığın işlevlerini sınırladığı anlamında yorumlanamaz.

(36) Özellikle: JAVILLIER, J. - C.: La partie "obligatoire" de la convention collective. D. Soc. 1971, s. 258 vd., s. 271-275; karşı: CRUEGE, M.-D.: Le concept contractuel et les négociations collectives, thèse polyc., Paris 1974: Sözleşme niteliği kabul edilmekle birlikte toplu iş sözleşmesinin pratikte sosyal yanların belirli bir zamandaki güç dengesini yansıtan bir "durum tespiti", bir "uzlaş" olarak geçici niteliğine işaret edilmektedir (öz. s. 222-223).

(37) Tarihsel bir inceleme için bkz.: GÜLMEZ, M.: Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, Ankara 1988, s. 31 vd.

(38) RG 14.8.1951, Sa. 7884.

(39) Sözleşmenin oluşum süreci için bkz.: GÜLMEZ, s. 54 vd.

b) 91 sayılı Toplu Sözleşmeler Tavsiyesinde toplu iş sözleşmesinin işlevi :

Gene U.Ç.Ö. Konferansında, 29 Haziran 1951 tarihinde kabul edilen ve Türkiye'nin de olumlu oy vermiş bulunduğu bu Tavsiye kararı çok daha ayrıntılı hükümler içermektedir:

Özellikle konumuz açısından, belgede toplu iş sözleşmesinin bir tanımını yapılmıştır (m. 2, fıkra 1) (40). Diğer yandan hizmet akitleri üzerindeki etkiye de yer verilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin işlevi açısından bakıldığında, 3. maddede hizmet akitleri üzerindeki doğrudan ve emredici etkinin (1. fıkra) yanında, bu etkinin akitlerde yer alabilecek, işçinin daha lehine olan hükümleri ortadan kaldırmayacağına öngörülmesi dikkati çekmektedir (3. fıkra). Bu bakımlardan, söz konusu belgede "düzenleme" işlevi ile birlikte "işçiye yararlılık" esasının da benimsendiği söylenebilir.

Dikkat çeken bir başka husus, aksi öngörülmedikçe toplu iş sözleşmesinin, kapsamındaki işyerinde çalışan ve kategori itibarıyla durumu düzenlenen tüm işçilere uygulanması esasıdır (4. fıkra).

c) Avrupa Sosyal Yasasında toplu iş sözleşmesinin işlevi :

Avrupa Konseyi çerçevesinde 18.11.1961 tarihinde imzalanıp, Türkiye tarafından da uzunca bir süre sonra onaylanan (41) Avrupa Sosyal Yasasında "tüm çalışanların ve işverenlerin toplu pazarlık hakları bulunduğu" belirtildikten sonra (I. Bölüm /6); toplu pazarlığa ilişkin m. 6/2'de, taraf Devletler:

"Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalışanların ve çalıştıran örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini işletmeyi;"

Taahhüt etmişlerdir.

(40) "Bu Tavsiye kararı bakımından "toplular sözleşme", bir işveren, işverenler grubu, örgütü veya örgütleri ile, bulunduğu takdirde bir veya birkaç temsil yeteneğini haiz çalışan örgütü, yoksa ilgili çalışanlarca ulusal mevzuata uygun biçimde seçilip yetkilendirilmiş temsilcileri arasında akdedilen, çalışma ve istihdam koşullarına ilişkin herhangi bir yazılı anlaşmadır."

(41) Uygun Bulma Yasası: 16.6.1989, RG 4.7.1989, Sa. 20215 (bkz. öz. "beyan" metninde kapsam dışı bırakılan maddeler).

Onaylama Kararnamesi: 7.8.1989, RG 14.10.1989, Sa. 20312.

U.Ç.Ö. 98 sayılı Sözleşmesinin 4. maddesi ile Avrupa Sosyal Yasasının 6/2. maddesindeki anlatım benzerliği dikkat çekicidir. Bununla birlikte iki Sözleşme arasında bazı farklılıklar da görülebilir:

aa) Her iki metinde sadece “düzenleme” işlevine açıkça yer verilmiştir. Avrupa Sosyal Yasasında daha belirgin olarak görüldüğü üzere (I. Bölüm, 6. bent) toplu pazarlık, hem çalışanlara, hem de işverenlere tanınmış bir haktır.

bb) Gerek U.Ç.Ö. 98 sa. Sözleşmesi m. 4, gerekse Sosyal Yasa m. 6'da, toplu iş sözleşmelerinin konusu, Fransızca ve İngilizce metinlerde yer aldığı biçimde, “*istihdam koşulları*”nın düzenlenmesidir. “*İstihdam koşulları*”nı geniş anlamda kabul ederek, 91 sa. Tavsiye kararındaki toplu iş sözleşmesi tanımında yer aldığı gibi, “*çalışma ve istihdam koşulları*”nı kapsar biçimde anlamak gerekir. Böylece parasal olsun veya olmasın, çalışma ile ilgili çok değişik hususlar toplu iş sözleşmelerinde düzenlenebilecektir (42).

cc) Taraflara, ilişkilerini toplu iş sözleşmeleri yoluyla düzenleme olanağı ya da hakkını vermekle yetinilmemektedir. Devletlere, toplu pazarlığa başvurmayı sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğü de getirilmiştir. Avrupa Sosyal Yasasında, bu mekanizmaların *tesisi* bakımından da Devlete görev verilmektedir. Bununla birlikte böyle bir müdahale, ancak bu mekanizmaların kendiliğinden yeterli biçimde gelişmemesi halinde gerekli ya da uygun olabilir. Avrupa Sosyal Yasasında “uygun” sözcüğünün de yer alması, bu belgede toplu pazarlığı temin konusunda Devletten aktif bir tutum beklendiğini ifade edebilir (43).

B. Toplu iş sözleşmesinin işlevsel bağı

Genel olarak “irade özerkliği” herhangi bir spesifik amaca bağlı olmayıp tamamıyla insanın sahip olduğu özgürlük ve sorumluluğa dayandırılır. Başka türlü olsaydı, böyle bir kuramın ortaya atılıp savunulması mümkün olmazdı. Oysa “toplu iş sözleşmesi özerkliği”, nitelik ve amaç itibarıyla çok farklı anlayışlara dayandırılmaktadır:

(42) Karş.: MARMIER, P.A.: Le droit de négociation collective, thèse, Lausanne 1975, s. 74-75.

(43) Bazı sözcük farkları için bkz. MARMIER, s. 70.

1. *Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevi açısından irade özerkliğinden farklı yönleri :*

İşlev açısından bakıldığında, dışa yönelik kurallar getirmesi ve belirli işlevlere sahip oluşu, toplu iş sözleşmesi özerkliğini, genel anlamda irade özerkliğinden ayırmaktadır:

a) *Toplu iş sözleşmesinin dışa yönelik kurallar getirmesi :*

“Özerklik” sözcüğü, genellikle kendine yönelik kural koyma anlamına gelmektedir. Daha önce değinildiği gibi, irade özerkliği uyarınca kişiler *kendi* hukukî ilişkilerini bağımsız biçimde düzenleyebilmektedir. Bu düzenlemeler, ilke olarak “içer”, yani bizzat tekil veya ortak iradenin sahiplerine yönelip, üçüncü kişileri doğrudan bağlayamaz (44).

Buna karşılık toplu iş sözleşmesi özerkliği, aynı zamanda “dışa yönelik”tir ve üçüncü kişilerin davranışlarını düzenleyen kurallar getirilmesini de ifade eder (45).

Bu kurallar bireysel hizmet akitlerinde yer alan hükümlerden hiyerarşik olarak üstün durumdadır ve çatışma halinde toplu sözleşme hükümleri doğrudan doğruya akit hükümlerinin yerine geçecektir. İşte bu “doğrudan doğruya ve normatif etki” toplu iş sözleşmesinin temel bir özelliği olup, bütün sistemlerde özü itibarıyla mevcuttur (46).

b) *Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin işlevsel bağa sahip olması :*

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir başka temel niteliği de, belirli dış amaçlara bağlı olarak hukuk düzenince tanınmış olmasıdır. Oysa irade özerkliği, kavramı itibarıyla “işlevsel bir bağa bulunmamayı”, “meşruluğunu kendi içinde taşımayı” ifade eder (47). Alman öğretisinde ifade

(44) Bkz. yuk. Kelsen’in anlayışı (Birinci Bölüm, § 3, II - “Özerklik ilkesinin anlamı ve sınırları).

(45) Etraflı açıklama için bkz. ULUCAN, s. 46-47, s. 80-81, s. 89.

(46) İngiliz sistemindeki farklılıklar için bkz.: KAHN-FREUND, O.: Labour Law in Europe, Reprint, London, s. 2; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté européenne, Rapport présenté par le Prof. G. Perone avec la collaboration de A. Vallebona, Document, Luxembourg 1984, s. 31: İngiltere ve İrlanda’da “emredici” etki, toplu sözleşme hükümlerinin bireysel akitlere ayrıca sokulmalarına bağlıdır.

(47) Bkz.: SAĞLAM, F.: Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, AÜSBFD, C. XXIX, No. 1-2, Mart-Haz. 1974. s. 205 vd., öz. s. 207; ULUCAN, s. 90. Atıf yapılan başlıca Alman yazar: Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, s. 29 vd.

edildiği üzere, irade özerkliği ile oluşan kurallar, insanın kendi onuru ile geçerlilik, meşruluk kazanır ve herhangi bir dış amaca bağlı değildir (48).

Bu işlevsel bağın içeriği ise hukuk düzeni tarafından belirlenmiş olup, bir düzenden diğerine değişebilmektedir. Ancak Batı demokrasi-lerinde, değişen ağırlıklarla “düzen” ile “işçiyi koruma” işlevlerinin bulunduğu söylenebilir. Böylece işlevin somut içeriğinin belirlenmesi, her hukuk sisteminin ayrı ayrı incelenmesini gerektirecektir.

2. Toplu iş sözleşmesi hakkının sosyal haklardan olması

Toplu iş sözleşmesi özerkliğini (veya burada özgürlüğünü) genel olarak sözleşme özgürlüğünden ayıran bir başka önemli nitelik, toplu iş sözleşmesi hakkının bir “sosyal hak” teşkil etmesidir.

a) Sosyal hak olarak toplu iş sözleşmesi hakkı

Batı demokrasilerinde, toplu iş sözleşmesi hakkının temel haklardan olduğu kabul edilir. Bu hak “klâsik temel haklar” arasında yer almayıp, “sosyal haklar” kategorisine girer.

Kabul edilen bir sınıflandırmaya göre, klâsik temel haklar da kendileri içinde iki gruba ayrılarak, bir kısım haklar (örneğin, mülkiyet hakkı, sınaî ve ticarî girişim özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü) ekonomik haklar grubuna; diğer klâsik temel haklar (düşünce özgürlüğü, toplantı, gösteri ve dernek hakları gibi haklar) genel anlamda klâsik haklara dahildir (49).

Bu sınıflandırmada “ekonomik” haklar klâsik haklar kategorisine sokulmuş; dolayısıyla “sözleşme özgürlüğü” de klâsik haklardan sayılmıştır. Bu anlayışta klâsik ekonomik haklar ile sosyal haklar arasında amaçsal nitelikte temel bir fark görülmektedir: Klâsik ekonomik haklar (örneğin sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı) hiç olmazsa soyut açıdan herkese tanınmaktadır. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi özgürlüğünü içeren “sosyal” haklar kategorisi temelde *zayıfın korunması* işlevini taşıdığından, özellikle toplum içinde “zayıf” kabul edilenler için ve bu kimselerin yararına işleyecek biçimde öngörülmüştür. Bu haklar, ekonomik

(48) SAĞLAM, s. 207, ULUCAN, s. 90 (atıf yapılan yazar: Biedenkopf, age. s. 30).

(49) Bkz. TANÖR, B.: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s. 94.

hakların yol açtıkları sosyal eşitsizliklere tepki olarak, sosyal eşitliği sağlamak amacıyla kabul edilmiştir (50).

Ancak, oldukça yerleşmiş bulunan bir başka sınıflandırma ile, bir yanda "klâsik hak ve özgürlükler", diğer yanda da "*ekonomik ve sosyal haklar*" olmak üzere, iki kategori kabul edilmektedir. Burada görüldüğü gibi, "ekonomik" ve "sosyal" haklar aynı kategoriye dahildir. Bu ikinci kategoride yer alan hakların ortak özellikleri, çoğunlukla "hak" olarak tanınıp sadece Devletin müdahalesi dışında, serbestçe kullanılır nitelikte ele alınmayıp; ayrıca insana gelişmesini sağlayacak bir takım fikrî ve maddî edimleri talep etme hakkını da vermesidir: Bireylerin bir tür "alacak" hakkına sahip oldukları söylenebilir. Bununla birlikte ekonomik ve sosyal haklar arasında, sendika ile grev haklarında olduğu gibi "özgürlük" yönü ağır basan türler de yer almaktadır (51).

Ekonomik ve sosyal haklardan bir kısmı işçilerin statülerine, diğer kısmı da daha geniş olarak toplumun tüm üyelerine yöneliktir. Ancak bu ikinci grup içinde de bazı haklar daha zayıf kabul edilen anneler, çocuklar, sakatlar, yaşlılar, zihinsel özürlüler gibi belli kategorilere yönelmektedir (52). *J. Rivero*'ya göre ekonomik ve sosyal hakların birliğini sağlayan en önemli ortak özellik şudur: Klâsik özgürlüklerde insan soyut biçimde ele alınarak, bu özgürlükler evrensel nitelikte kabul edilmektedir. Buna karşılık, ekonomik ve sosyal haklar somut durumlarla ilişkili biçimde, içinde buldukları bağlamdan etkilenmektedir. Bu haklar, yer ve zamana göre değişebilen belirli sosyo-ekonomik kategorilerin varlıklarına ve özel durum ve koşullarına sıkı biçimde bağlıdır. G. Burdeau'nun klâsikleşmiş bir formülüne göre, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklerde, insanın sırf kendisinin değil, içinde bulunduğu çevre ile birlikte ele alındığı söylenir (53).

Uluslararası belgelere bakıldığında, bazılarında, örneğin 16.12.1966 tarihli Birleşmiş Milletler "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar" Söz-

(50) Bkz. örn. TANÖR, öz. s. 74-76, s. 92-94. Bu bakımdan "ekonomik" haklar ile "sosyal" haklar arasında "zıtlık"; buna karşılık sosyal haklar ile diğer klâsik haklar arasında paralellik bulunduğu öne sürülmektedir (s. 94).

(51) RIVERO, J.: Les droits et les devoirs économiques et sociaux fondamentaux dans les constitutions modernes, Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler, Uluslararası Seminer, 5-6-7 Şubat 1982, İstanbul 1982, s. 13 vd., s. 14-15.

(52) RIVERO, s. 15.

(53) RIVERO, s. 15: "... ils concernent non l'Homme "en soi". mais l'homme "en situation", considéré dans son environnement réel."

leşmesinde, ekonomik ve sosyal hakların birlikte ele alındığı gözlenebilir. Buna karşılık, "Avrupa Sosyal Yasası" işçilerin hakları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Türk Anayasalarında ise, gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasasında "Sosyal ve Ekonomik Haklar" ortak bir bölüm içinde düzenlenmiş; sözleşme özgürlüğü ile toplu iş sözleşmesi hakkına da bu bölüm içinde yer verilmiştir.

Esasen, yukarıdaki belgeleri, temel hakların sınıflandırılması bakımından gerektiğinden fazla bir anlamla yüklemek lâzım. *B. Tanör*, sadece pozitif hukuk metinlerine bakılarak sosyal haklar ile klâsik haklar arasındaki ayırım çizgisinin bulunamayacağına haklı olarak işaret etmiştir: Yazara göre, özellikle değişik siyasal sorun ve kaygıların etkili olduğu ve farklı çıkarların karşı karşıya geldiği uluslararası forumlardan çıkan belgelerde, sistemlilik ve hukuksal tutarlılık aranamaz. Bu bakımdan, bir hakkın gerçek niteliğini anlayabilmek için, o hakkın uluslararası metne girmesine yol açan dinamikler dışında, kendi doğuş dinamiklerine bakmak gerekir (54).

Bütün bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda, şöyle bir sonuçta varmak mümkün:

1. Sözleşme özgürlüğü ile toplu iş sözleşmesi hakkının her birinde de geniş anlamda siyasi, sosyal, ekonomik bağlam belirleyici birer etken olmaktadır. Dolayısıyla bu hak ve özgürlüklerin, varlık ve kapsamı bakımından bir ülkeden diğerine göre büyük farklılıklar göstermesi kaçınılmazdır.

2. Toplu iş sözleşmesi hakkı, işlevi bakımından sözleşme özgürlüğüne nazaran önemli bir özellik göstermektedir: "sosyal hak" teşkil ederek, Batı demokrasilerinde pazar ekonomisi sistemi içinde daha zayıf bir konumda bulunan bağımlı çalışanları koruma işlevine sahiptir.

b) *Sendika, toplu iş sözleşmesi ile grev haklarının birlikte ele alınması*

Ortak işleve sahip bulunarak birbirlerini destekleyici, hatta koşullandırıcı olmaları bakımından, sendika, toplu sözleşme ve grev hakları birarada ele alınarak birbirinden ayrılmaz bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

(54) TANÖR, s. 101.

1. Gerçekten de Anayasalarda yer aldıklarında bu üç hak, Devletin bu yönde olumlu edimlerine, mevzuat düzenlemelerine gerek olmaksızın, doğrudan doğruya sosyal güçlerce kullanılıp uygulanır niteliktedir (55). İsbetle vurgulandığı üzere söz konusu haklar, "tüm hukuk düzeni için objektif ve düzenleyici temel hüküm olarak özel hukuk ilişkileri üzerinde de mutlak etkiye sahip olabilmektedir" (56).

2. Bu haklardan her biri diğerinin fiilen gerçekleşme, etkili olma koşulunu teşkil eder. Grev ile toplu sözleşme hakkı olmazsa, sendika anlamını önemli ölçüde yitirecektir; aynı şekilde grev aracından yoksun sendikalar işverenleri toplu sözleşme yapmaya sevkedemez. Nihayet, nisbeten güçlü sendikaların bulunmadığı yer ve devirlerde toplu iş sözleşmelerinin yapılamadığı artık tartışılmayan hususlardandır (57).

Bu bakımdan, ülkemizde gözlenen gelişme çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir: Her ne kadar Borçlar Kanunumuzla 1926'da, ferdi hizmet akitleri üzerinde doğrudan ve emredici etkisiyle, işçiye yararlılık esaslarıyla, ana hatlar bakımından günümüzün toplu iş sözleşmesi kurumu (umumî mukavele) getirilmişse de; ancak 1961'den sonra, sendika ve grev hakları anayasal güvence altına alındıktan sonra bu kurum işlerlik kazanabilmiştir. Önemle işaret edildiği gibi, 1947 yılında sendikalar kurma olanağının tanınması yeterli olmamıştır. Diğer ekonomik, siyasî ve fikrî koşullarla birlikte, grev hakkı ile donatılmış bulunma çok önemli bir etken teşkil eder (58).

3. Bu haklardan üçü de, diğer sosyal haklara nazaran oldukça farklı, özel bir yer tutmaktadır: Topluca kullanılarak, başta sosyal haklar gelmek üzere, diğer hakların gerçekleşmesini de sağlamada etkin bir rol oynarlar:

— Bir kere, doğrudan ve bizzat ilgililerin fiilleriyle uygulanır nitelikte olduklarından, bu haklar, "ekonomik istikrarın korunması ya da Devletin malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsü"ne (Anayasa m. 65)

(55) Öz. BURDEAU, G.: Les libertés publiques, 4. éd., Paris 1972, s. 20-21.

(56) ULUCAN, D.: İHU, TSGLK m. 17, No. 12; aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, s. 57; aynı anlamda: TANÖR, s. 231-237.

(57) Bkz. örneğin: TALAS, s. 238; TANÖR, s. 291-292; ULUCAN, s. 65, s. 86-87.

(58) Bu konuda bkz. örn.: TALAS, s. 193, s. 270-271; İŞIKLI, s. 67, s. 76-77; MİMAROĞLU, s. 30-32; REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 6-7; TANÖR, s. 143; ULUCAN, s. 53; ÇELİK, s. 280; aynı yazar, İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku, 1 Sendikalar, 2. baskı, İstanbul 1979, s. 60.

bağlı değildir. Dolayısıyla, söz konusu hakların malî kaynaklardaki yeterlilik derecesine göre genişletilip daraltılması ve tabii özelliklerle de bu gerekçelerle sınırlandırılması kabul edilemez (59).

— Bu hakların çok önemli bir başka ortak özellikleri, dinamik ve yaratıcı araçlar olmalarıdır: Her biri Batı'da diğer birçok sosyal hakkın elde edilmesinde etken olmuş ve halen bunların korunması için de birer güvence ve yaptırım teşkil etmektedir (60). Bu bakımdan, diğer hakların getirilmesinde Devletin inisiyatifinin bir ölçüde azaldığı söylenebilir. Buna karşılık, sosyal hakların ekonomik, sosyal ve fikrî bağlamları içinde daima yenilenmeye, değişmeye yatkın, “canlı” yapıda olmaları, sendika, grev ve toplu sözleşmeyi araç olarak bilhassa elverişli kılar. Bu yollarla sağlanan gelişme ve uyarlamalar daha esnek, süratli ve uygun olabilmektedir (61).

— Daha da ileri gidilerek, bu hakların klâsik temel haklar ve siyasî demokrasi bakımından da birer araç ve güvence oluşturdukları kabul edilebilir: Geniş anlamda sendikal hakları ve bu arada toplu iş sözleşmesi ve grev haklarının çoğulcu demokrasiye de hizmet ettikleri önemle vurgulanmaktadır (62). *C. Talas*'ın işaret ettiği gibi, toplu pazarlık rejimi, “evrimci ve çoğulcu demokratik toplumun başlıca bir kurumu” olarak ortaya çıkıp, “Devlet ile birlikte örgütlenmiş grupların birinci derecede söz ve rol sahibi” olmalarını ifade eder (63).

III. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin kolektif niteliği

“İrade özerkliği” ve “sözleşme özgürlüğü” esaslarında insan, her şeyden önce bir *birey* olarak ele alınmaktadır. Bu ilkeler çerçevesinde birey, gereksinimlerini karşılamak üzere bir takım davranış ve ilişkilerini bizzat kendisi düzenleyebilmekte ve bunların sonuçları da kendi sorumluluk alanına dahil olmaktadır. Oysa “toplu iş sözleşmesi özerkliği”, kolektif nitelik taşıması bakımından çok önemli farklılıklar göstermektedir.

(59) Bu yönde örneğin: SOYSAL, M.: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Yen. Yaz. 6. bası, İstanbul 1986, s. 240.

(60) Türk öğretisinde bkz. örn.: TANÖR, s. 291-292; ULUCAN, s. 65; SOYSAL, s. 237-239.

(61) Bkz. ULUCAN, s. 65-66.

(62) TALAS, s. 229-230; TANÖR, s. 292; benzeri yönde: SOYSAL, s. 232-233.

(63) Bkz. TALAS, s. 229-230.

A. Kollektif anlaşma olarak toplu iş sözleşmesi

1. Genel olarak "kollektif anlaşma" kavramı

Fransız öğretisinde eskiden beri oldukça güçlü bir şekilde temsil edilen görüşte toplu iş sözleşmesi, daha geniş bir kategoriye oluşturan "kollektif anlaşmalar"ın özel bir türü olarak kabul edilir (64). Daha önce değinmiş bulunduğumuz bu anlayıştan kalkarak aşağıdaki senteze ulaşılabilir:

a) Tarafların kollektif niteliği :

aa) Bir "kollektif anlaşma", kavram olarak herşeyden önce *iki* tarafın karşı karşıya gelmesini gerektirir. Bu nedenle, tek bir topluluğa ait kendi örgütlenmesini ilgilendiren dahilî bir kararı bu türe dahil etmek mümkün olmamaktadır. Böylece örneğin, dernek ve sendikaların bu tip kararlarında bir başka hukuk kişisiyle ilişki kurulmadığı için, bir "kollektif anlaşma" da bulunmaz. Aynı şekilde, her ne kadar içinde karşıt çıkarları temsil eden üyeler bulunuyorsa da, kurumsal nitelik kazanmış bir organın alacağı kararlar bu türe giremez (65): Kollektif anlaşma kavramı daima birden fazla, birbirinden *ayrı tüzel kişilere* ait iradelerin karşı karşıya gelmesini gerektirir.

bb) Taraflardan en azından biri bir *topluluk* oluşturmalıdır. Bu topluluğun hukukî niteliği ise değişik olabilir. Toplu iş sözleşmelerine baktığımızda, işçi yanının daima bir topluluktan, buna karşılık işveren yanının münferit veya birkaç işverenden oluşabildiği görülmektedir (66).

b) Etki bakımından kollektif nitelik :

Bu anlaşmalardaki "kollektif" nitelik, sadece taraflarında değil, ayrıca ve özellikle de etki bakımından görülmektedir: Kollektif anlaş-

(64) Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 3. I. Bu yönde özellikle: ROUAST, A.: Essai sur la notion juridique de contrat collectif, Paris 1909; SAVATIER, J.: Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs, D. Soc. 1960, s. 598 vd.; DURAND - VITU, s. 402-403; DESPAX, s. 131-138. Bkz. ayrıca: RIVERO, J.: Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle, D. soc. 1952, s. 656 vd.; ROUJOU DE BOUBEE, G.: L'acte juridique collectif, thèse, Toulouse 1961; LANGLOIS, Ph.: Contrat individuel de travail et conventions collectives: un nouveau cas de représentation, D. Soc. 1975, s. 283 vd.

(65) Özellikle: SAVATIER, s. 599.

(66) Bu hususun tahlili için bkz. özellikle: KAHN-FREUND, O.: Labour and the Law, 2. ed., London 1977, s. 64.

malarda taahhütler veya bu taahhütlerin hiç olmazsa bir kısmı daima bir topluluğun geleceğini ilgilendirir (67).

Bununla birlikte kollektif anlaşmaların tümü, taraf birime üye olanları ve üye olmayan üçüncü kişileri bağlamaz: Esasen toplu iş sözleşmeleri dışında kalan diğer "kollektif anlaşmalar"ın büyük çoğunluğu, sözleşmelere ilişkin genel kurallara tâbi tutulmaktadır (68).

2. Kollektif anlaşmalar içinde toplu iş sözleşmesinin özgün niteliği

Toplu iş sözleşmesi, diğer kollektif anlaşma türleri içinde çok önemli bir özelliğe sahiptir: Şöyle ki, bir toplu iş sözleşmesi, sadece taraf topluluklar arasında borçlar doğurmakla kalmayıp; *üyeleri* ve hatta *üçüncü kişiler için bağlayıcı kurallar getirmektedir*.

"Normatif etki" olarak adlandırılan ve esasen "olağan dışı" sayılabilecek böyle bir etki gücü, toplu iş sözleşmesi benzeri bazı başka işlemlerin de değişik alanlarda yaygınlaşarak kullanılmasına yol açmıştır. Fransız hukukunda bunların en tipik örneği olarak "sosyal güvenlik toplu sözleşmeleri" zikredilebilir (69).

Birinci Bölümde incelenmiş bulunan bu yön üzerinde bundan böyle daha fazla durmadan; artık toplu iş sözleşmesi taraflarının ve etki alanının gösterdikleri bazı temel özelliklere yer verilecektir.

B. Toplu iş sözleşmesinin tarafları

1. Taraf olabilecek birimler

a) İşveren tarafı :

Çeşitli hukuk sistemlerine bakıldığında, işveren yanının genellikle bir veya birkaç işveren sendikasıdan oluştuğu görülür; bunun yanında başka tipte işveren örgütleri de taraf teşkil edebilmektedir. Ayrıca, mün-

(67) VASSEUR, s. 11; SAVATIER, s. 600-601.

(68) DESPAX, s. 133.

(69) Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 3, I, C; VASSEUR, s. 17 vd.; SAVATIER, s. 600-602; ROUHETTE, s. 2-16.

ferit bir veya birden fazla işverenin de taraf olabilmesi dikkat çekmektedir (70).

İşçi tarafı için farklı bir esasım benimsenmesine karşılık, münferit işverenlerin de taraf olarak kabul edilebilmesi, sınıf toplumlarında emek-sermaye ilişkisinin özelliğinden kaynaklanır: Bu ilişkide toplumsal güç önemli ölçüde sermayenin elinde bulunmaktadır ve emekçinin tek başına gerçek bir pazarlık gücüne sahip olduğu durumlara istisnaen rastlanılır (71). Çoğu zaman, özellikle de bu ilişkinin en tipik durumlarında, bireysel düzeyde bir işçi, işverenin öne sürdüğü koşulları aynen kabul etmek durumundadır. İşte bu nedenle toplu iş sözleşmesinin işçi yanının daima "toplu" olması gerektiği, aksi takdirde herhangi bir toplumsal güce sahip olmayacağı kabul edilmektedir. Bu gücün karşısında işveren, her ne kadar "bireysel" gibi görünüyorsa, da aslında beşerî ve maddî olanakların birikimi ve işletmesiyle birlikte, bir bakıma "kollektif bir gücü" oluşturmaktadır. Böylece, sonuç itibarıyla her iki yanda da "kollektif" sayılabilecek birimlerin bulunduğu savunulabilmektedir (72).

Ayrıca, sendika özgürlüğü sistemi çerçevesinde başka türlü bir düzenlemenin kabul edilemezliğine de işaret edilmektedir: Bir toplu iş uyuşmazlığıyla karşı karşıya gelip herhangi bir sendikaya üye bulunmayan bir işveren de, böyle bir uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak "toplu iş sözleşmesi" aracından yararlanabilmelidir (73).

Sınıflaşmış ülkelerde uygulanan değişik toplu pazarlık yöntemleri birbirleriyle karşılaştırıldığında bir farklılık dikkati çeker: İngiltere dahil, Batı Avrupa ülkelerinde, toplu sözleşme yanlarının her ikisi de "kollektif" nitelikte olup, işveren yanı genellikle bir işveren örgütüdür. Buna karşılık A.B.D. ile Japonya'da işverenlerin daha çok kişisel düzeyde taraf teşkil ettikleri görülür (74). Bu ikinci tür uygulamanın bazı

(70) INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: Collective Bargaining in Industrialised Market Economies, A reappraisal, J.P. WINDMULLER et al., Geneva 1987 (ILO, A reappraisal), s. 35 vd. Batı Avrupa ülkelerinin bir kesimi için bkz.: COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES: Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté européenne, Rapport présenté par le Prof. G. PERONE avec la collaboration de A. Vallebona, Luxembourg 1984 (Commission, Rapport Perone), s. 8.

(71) Kendine has bir deneyime sahip üst düzey yöneticisi; birinci sınıf bir bilim adamı; sıra dışı bir sanatçı örnekleri atipik durumları teşkil eder (bkz. KAHN-FREUND, s. 6).

(72) KAHN-FREUND, s. 5-6.

(73) Bu yönde, örneğin: COMMISSION, Rapport Perone, s. 9

(74) KAHN-FREUND, s. 60-61; ILO, A reappraisal, s. 35-36.

olumlu yanlarına değinilerek, özellikle A.B.D.'de işyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesi içeriklerinin daha zengin, daha kapsamlı olduğuna işaret edilmektedir (75).

b) *İşçi tarafı :*

aa) *Fiilî işçi topluluklarının yerine örgütlerin geçmesi :*

Tarihsel açıdan bakıldığında, özellikle Batı'da, başlangıçta fiilî işçi topluluklarının, daha sonra ise tedricen işçi derneklerinin ve nihayet sendikaların taraf olma eğilimleri gözlenmiştir.

Örneğin, Fransa'da toplu iş sözleşmelerini ilk kez düzenleyen 19.3.1919 tarihli Yasa'da; diğer taraftan, gerek İsviçre hukukunda, gerekse ülkemizde Borçlar Kanunumuzla öngörölmüş bulunan "umumî mukavele"de işçi tarafı "işçiler" veya "cemiyetleri" olabiliyordu (BK m. 316/I).

Daha sonra, toplu iş sözleşmesine taraf olarak fiilî işçi grupları yerine tüzel kişiliği haiz derneklerin, nihayet de spesifik sınıf örgütleri olarak sendikaların taraf kabul edilmesi anlamlı bir gelişme olmuştur:

— Bir kere, tüzel kişiliği haiz birimler, fiilî topluluklardan farklı olarak, toplu iş sözleşmesini akdettikten sonra da "taraf" olma niteliğini sürdürmektedir. Bu birimlerin gerektiğinde bu sıfatla mahkemelerde toplu sözleşmelere ilişkin dava açmaları da mümkün olmaktadır.

Daha da genel bir açıdan, tarafların sürekli biçimde örgütlü bulunmaları, toplu iş sözleşmesinin görüşülüp akdedilmesinde, daha sonra da sözleşmenin uygulanmasında onları daha etkili kılar.

— Fiilî işçi grupları yerine tüzel kişiliği haiz örgütlerin taraf olması, toplu iş sözleşmesinin etki alanını genişletmeye daha elverişlidir ve toplu sözleşmenin tüzel kişiye üye olan çok sayıda işçiye uygulanmasını sağlar.

— Pozitif hukuklarda toplu iş sözleşmesine dolaysız ve geniş bir normatif etki tanınarak, ülke mevzuatlarında böyle bir etkiye açıkça yer verilmesi, tarafların gücünü ve sorumluluklarını önemli ölçüde arttırmıştır. Böyle olunca, taraf olma imkânını tüzel kişiliği haiz belirli tipteki kuruluşlara hasretmek, bir bakıma kaçınılmaz olmuştur.

(75) KAHN-FREUND, s. 61-62.

bb) *Sendikanın kendi adına hareket etmesi :*

Toplu pazarlıkta işçi sendikası hukukî anlamda bir "temsili" sıfatıyla değil, sendika olarak, kendi adına hareket etmektedir. Bu anlamda, zaten önceleri temsil ilişkisini esas alarak inşa edilen kuramlar hiç bir zaman tam anlamıyla tatmin edici sonuçlar vermemiştir. Gerçekten de, temsil ilişkisine dayanan tahliller pratikte oldukça karmaşık sonuç ve uzantılara götürmektedir. Özellikle, toplu iş sözleşmesinin akdinden sonra üye olanların, toplu sözleşmeye karşı oy verenlerin, 18 yaşından küçük üyelerin durumları açısından çelişkiler bulunmaktadır. Bu bakımdan, basit temsil ilişkisini kabul eden görüşe karşı haklı olarak belirtildiği gibi, toplu iş sözleşmesi gerçekte "sosyal güçler arasında yapılan bir anlaşma" niteliğindedir (76).

Nitekim Batı sistemlerinin birçoğunda, toplu iş sözleşmesinin taraf sendika üyelerine borçlar yüklediği kabul edilmemektedir. Bunun sonucunda da, örneğin, toplu iş sözleşmesinin süresi içinde sendikaca düzenlenen bir greve katılanlar, toplu iş sözleşmesini ihlâl etmiş sayılmayacaktır (77).

cc) *Bazı hukuk sistemlerinde sendikanın ayrıca yetkilendirilmesi :*

Bazı hukuk sistemlerinde, taraf sendikanın temsilcilerinin toplu iş sözleşmesi akdi konusunda ayrıca yetkilendirilmesi gerekmektedir.

Örneğin, Fransız hukukunda aşağıdaki formüllerden birisiyle bu yetkinin verilmesi şarttır (Code du travail, m. L 132-3):

- Örgüt statüsünde bu yönde bir hükmün yer alması;
- Örgütün bu konuda bir karar alması;
- Tüm üyelerin ayrı ayrı özel bir temsil yetkisi vermesi (78).

Bu koşula uymama, toplu iş sözleşmesinin geçersiz sayılmasına yol açmaktadır.

Farklı biçimlerde de olsa, ayrı bir yetkilendirme koşulu diğer bazı Batı ülkelerinde de mevcuttur. Örneğin, F. Almanya'da gene toplu iş

(76) KAHN-FREUND, s. 64-65.

(77) KAHN-FREUND, s. 65; Fransız hukukunda bkz. öz.: ALIPRANTIS, s. 156-157: Yazar, "iş barışını koruma borcu"nun ve özellikle, toplu iş sözleşmesi süresi içinde greve başvurma yasağının normatif değil, vebibevî hüküm olarak sadece taraf işçi sendikası ile işveren veya örgütü arasında hukukî etki yapacağını vurgulamaktadır.

(78) Bkz. DESPAX, s. 326-327.

sözleşmesi akdi konusunda açıkça yetki verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte sendika ile üyeleri arasında esasen bir iç ilişkiyi ilgilendiren bu konunun çoğu zaman mevzuatta ayrıca düzenlenmeyip, İtalya, Danimarka ve İrlanda'da görüldüğü gibi, derneklere ilişkin genel kurallara bırakılması yaygındır. Bazı uygulamalarda, örneğin İtalya'da, çoğu zaman ilk önce tabana danışıldıktan sonra toplu iş sözleşmeleri imzalanmaktadır (79).

çç) *İşçi tarafını teşkil eden birimin değişik olabilmesi :*

Toplu iş sözleşmesinin yapılmasında işçi tarafını teşkil edecek birime bakıldığında, Batı Avrupa ülkelerinde uygulamaların farklılaştığı görülür:

— Bazı ülkelerde sadece işçi sendikaları taraf olabilmektedir (Fransa, F. Almanya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg).

— İşçi tarafının niteliğinde bir sınırlamaya gidilmeyen diğer bazı ülkelerde (İngiltere, İtalya, Danimarka, İrlanda), örneğin işyeri temsilcileri, işçi konseyleri (İtalya), "shop stewards" (İngiltere) gibi birimler taraf olabilmektedir.

U.Ç.Ö.'nün 91 sayılı Tavsiyesinde yer alan toplu iş sözleşmesinin tanımında işçi tarafı, "temsil yeteneğini haiz işçi örgütleri, yoksa ilgili işçilerin ulusal mevzuata uygun biçimde ve işçilerce yetkilendirilmiş temsilcileri" olarak tarif edilmiştir (m. 2). Bu anlatımda, taraf olma ehliyeti oldukça geniş tutulmakla birlikte, öncelik işçi örgütlerine tanınmıştır.

Taraf olma imkânının münhasıran sendikal örgütlere tanınması, hem olumlu, hem de olumsuz yönler gösterir. Farklı toplumsal dinamikler içinde kendine has, özerk çıkarlara da sahip olabilecek işletme personeline doğrudan etkili olma olanağı verilmemesi, olumsuz bir yöndür. Buna karşılık, söz konusu zorunluluk sendikaların güç ve önem kazanmasını sağlar. Ayrıca, toplu pazarlık ehliyetini küçük çapta işçi grupları yerine daha kapsamlı sendikal örgütlere tanımak, sosyal çıkarların daha genel bir düzeyde ele alınmasını ve kamu yararı ile dengelenmesi de sağlayacaktır (80).

(79) COMMISSION, Rapport Perone, s. 15-16.

(80) Bkz.: COMMISSION, Rapport Perone, s. 6-7.

2. *Temsil yeteneğini haiz olma koşulu*

a) *Taraf olma koşulu olarak temsil yeteneği :*

Birçok hukuk sisteminde “temsil yeteneğini haiz” sendikalara çeşitli ayrıcalıklar tanınmaktadır. Özellikle konumuz açısından bakıldığında, söz konusu ayrıcalık farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır: bu tip örgütlere toplu iş sözleşmesi yapma konusunda bir münhasır yetki tanındığı, bazan da bu örgütlerin akdettikleri toplu sözleşmelere daha geniş etkiler bağlandığı görülmektedir.

Toplu iş sözleşmesine taraf olabilmek için, işçi yanı bakımından temsil yeteneği koşulunu öngören sistemler, ülkemizden başka, Batı Avrupa’da özellikle Fransa, Belçika ve Lüksemburg’da görülür. Bu ülkeler arasından Belçika’da, temsil yeteneğini haiz olma koşulu, işletme toplu iş sözleşmeleri dışında, ayrıca işveren örgütü için de öngörülmektedir (81).

Gene Batı Avrupa ülkelerinden diğer bazılarında “temsil yeteneğini haiz olma”, toplu iş sözleşmesine taraf olma bakımından bir koşul teşkil etmemekle birlikte, bu koşula uyan sendikaların yaptıkları toplu sözleşmelere ayrıcalıklı bir statü tanınmaktadır (82).

b) *Temsil yeteneğinin belirlenmesi :*

aa) *Temsil yeteneğinin ölçütleri* de bir ülkeden diğerine değişmektedir. Değişik ölçütler birlikte ya da tek başına esas alınmaktadır. Örneğin:

— Bir ön koşul olarak, sendikanın bağımsızlığı (Fransa, F. Almanya, Lüksemburg, İngiltere, İtalya);

— Üye sayısı (Fransa, Lüksemburg, İtalya). Belçika’da işçi tarafı için asgari bir üye sayısının (50 000 üye) miktar olarak öngörülmesi ilginçtir (83). Sayısal ölçü en önemli, temel ölçüt olmakla birlikte tek başına yeterli sayılmaması gerektiğine de haklı olarak işaret edilmektedir (84).

(81) COMMISSION, Rapport Perone, s. 12. Dünya ülkeleri arasında genel sınıflandırma için bkz. ayrıca: TALAS, s. 241-242.

(82) Özellikle: İngiltere, İrlanda, İtalya. Bkz.: COMMISSION, Rapport Perone, s. 12.

(83) ILO, A reappraisal, Recent Trends in Collective Bargaining in Belgium, R. Blanpain, s. 178; COMMISSION, Rapport Perone, s. 13.

(84) Bkz.: TALAS, s. 240.

— Toplanan aidat tutarı (Fransa): Bu ölçüt, önceki koşulun doğrulanması için yararlanılan bir tamamlayıcı ölçü niteliğindedir;

— Deneyim ve uzun bir geçmişe sahip olma (Fransa): gene tek başına belirleyici olmamakla birlikte kararı etkileyen ek unsurlardandır;

— Ulusal bir konfederasyona üye bulunma (Belçika) (85);

— Örgütün şimdiye kadar göstermiş olduğu faaliyet (Fransa, Lüksemburg, İtalya) (86).

bb) “En çok temsil yeteneği”nin belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin hangi çapta ele alınacağı sorunu da ayrı bir önem taşır. Kıstasların *ülke düzeyinde* ele alınması hem yarar, hem de sakıncalar gösterebilir: yararı, kolektif çıkarlar nisbeten geniş çapta ele alınarak bir senteze ulaşılabilmesidir; buna karşılık, taraflar belli bir yer veya işkolu açısından ele alındığında özerkliklerinin bir bakıma sınırlandığı söylenebilecektir (87).

C. Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı

Toplu iş sözleşmesi, bir “kolektif sözleşme” olarak sadece tarafları açısından değil, bilhassa etkilediği kimseler bakımından kolektif nitelik taşımaktadır.

Bir toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına girecek kimselerin sayısını belirleyen çeşitli unsurlar vardır. Bu incelemenin amacı açısından, toplu iş sözleşmelerinin düzeyleri ile taraf sendikaya üyelik koşulunu sadece kısaca hatırlatmakla yetineceğiz.

1. Toplu iş sözleşmesinin düzeyi

a) Değişik düzeyler :

Toplu iş sözleşmesinin görüşülüp akdedildiği düzey, genellikle etki alanını da belirler. Bu konuda görülen en önemli ayrım, *işkolu* esas ile *işletme ve işyeri* esasları arasındaki ayrımdır. Oldukça farklı nitelikte bir başka türü teşkil eden “*meslek* esası”nda ise, aynı işyerinde çalışanlar, meslek alanlarına göre farklı toplu iş sözleşmelerine tâbi olabilmektedir.

(85) ILO, A reappraisal, s. 178; COMMISSION, Rapport Perone, s. 13.

(86) Avrupa Topluluklarına üye ülkeler için yapılan sentez için bkz.: COMMISSION, Rapport Perone, s. 11-14.

(87) COMMISSION, Rapport Perone, s. 14

Yukarıdaki esasların yanında ve onlarla birlikte, özellikle işkolu esası kabul edildiği zaman, değişik *coğrafi* etki alanları da ortaya çıkmaktadır: Toplu iş sözleşmeleri ülke çapında veya bölge ya da kent düzeyinde yapılabilmektedir.

Toplu iş sözleşmelerinin genellikle belirli bir veya birkaç düzeyde yapılabilmesi değişik nedenlerden kaynaklanır. Çeşitli ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında, bu ülkelerin her birinin kendi özelliğinden kaynaklanan bir takım farklılaşmalar ortaya çıkar. Örneğin, A.B.D., Kanada ile Japonya'da toplu iş sözleşmelerinin daha çok işletme ve işyeri düzeylerinde yapıldığı, buna karşılık Batı Avrupa ülkelerinde endüstri (işkolu) esasının ön plânda tutulduğu dikkat çekmektedir (88).

aa) *İşkolu esasının benimsenmesi ve sebepleri:*

Fransa ve F. Almanya gibi Batı Avrupa ülkelerinde işkolu düzeyinin tercih edilmesi, çeşitli nedenlerle açıklanabilir. Başta gelen bir neden, toplu pazarlığın işletmeler düzeyinde gelişmesinin işveren sendikalarının arzu edilmemesidir: İşveren kesimi, işçi taleplerinin işletmeler düzeyinde daha etkili biçimde öne sürülmesinden ve böylelikle işçilerce daha ileri hak ve çıkarların elde edilmesinden endişe duyarlar. Buna karşılık, görüşmeler daha yüksek bir düzeyde yapıldığı zaman, işveren sendikası birden fazla işvereni birlikte temsil edip, nisbeten güçlü bir konumdadır ve işletmelerden zayıf olanların çıkarları bu şekilde korunabilmektedir. Gerçekten de, uygulamada işkolu düzeyinde genellikle fazla ileri gitmeyen asgarî müşterek koşullarla yetinilerek pek ayrıntılı düzenlemelerden kaçınılır. Bu ortak koşullar genellikle en iyi durumda olan işletmeye göre değil, tam tersine en zor durumda bulunana göre ayarlanır. Ayrıca, bu suretle işletmeler yönetim ve kararlarda yetkilerini de geniş ölçüde korumaktadır (89). Benzeri nedenler, işçi kesimi

(88) BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL: La négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché, Genève 1974, s. 107 vd., s. 136; ILO, A reappraisal, s. 85-87, s. 90 vd, s 113-115; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES: Problèmes et perspectives de la négociation collective dans les pays membres de la Communauté, Bruxelles 1980 (Commission, Problèmes), s. 139. A.B.D. - Fransa karşılaştırması için ayrıca bkz.: DESPAX, s. 161; İngiltere - A.B.D. karşılaştırması için: KAHN-FREUND, s. 60-62.

(89) CHAUCHARD, J.-P.: La conception française de la négociation et de la convention collective de travail, thèse polyc., Paris 1984, s. 34-35.

tarafından işyeri ve işletme düzeylerinin tercih edilmesine yol açmıştır (90).

“İşkolu toplu iş sözleşmesi”nin en güçlü olduğu F. Almanya’da, bu düzeyin bilhassa tercih edilmesinin başka nedenleri de vardır. Bir kere böyle bir uygulamayı, bu ülkede toplu iş sözleşmelerini eskiden beri “düzenleyici işlem” kabul eden geleneğe bağlamak mümkündür. Bir başka neden, A.B.D.’den farklı olarak, F. Almanya’da toplu pazarlık sürecinin üzerinde durulmaması; bunun yerine, Fransa’da yapıldığı gibi, bizzat toplu iş sözleşmesine, bir hukuk kaynağı olarak önem verilmesidir. Böyle olunca işyeri ve işletme düzeylerini sadece marjinal nitelikte bir takım görüşme birimleri olarak görme eğilimleri artar. Nihayet, bu ülkede işçilerin işletmeler düzeyinde yönetime katılmalarını sağlayan başka spesifik kurumlar bulunduğundan, toplu iş sözleşmelerinin bu düzeyde yapılmasına daha az ihtiyaç duyulmaktadır (91).

bb) İşletme ve işyeri düzeylerine inme eğilimi ve sebepleri :

Son yıllarda toplu pazarlığın işletme ve işyeri düzeylerine inme eğilimleri artmıştır (92). Bu gelişme, bir ülkeden diğerine göre değişen çeşitli nedenlerden kaynaklanır. Fransa, Hollanda, İsveç, bir ölçüde Belçika gibi ülkelerde, işyerleri ve işletmeler düzeyinde toplu iş sözleşmelerini teşvik edici hükümet politikaları, işçi sendikalarının desteğiyle daha da etkili hale gelmiştir (93).

Gerçekten de, toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işletme ve işyeri düzeylerinin esas alınması bazı yararlar sağlamaktadır: Bu yolla çalışanların işyerindeki karar mekanizmalarına katılmaları, işyeri işçi komiteleri veya konseyleri gibi birimlerin etkinliklerinin bu konularda yoğunlaştırılmaları sağlanır. Bunun yanında, bilhassa iktisadî krizi izleyen dönemde, teknoloji ağırlıklı ve maliyet düşürücü bir rekabetin işletmeler

(90) SCHREGLE, J.: La négociation collective en Europe occidentale: quelques problèmes d'actualité, D. Soc. 1978, s. 204 vd., öz. s. 207.

(91) BLANC-JOUVAN, X.: La négociation d'entreprise en droit comparé, D. Soc. 1982, s. 718 vd., s. 725-726.

(92) Aneak bkz.: ILO, A reappraisal, s. 114: F. Almanya ile Japonya’da böyle bir gelişme görülmemektedir. Avusturalya ve bir ölçüde İtalya’da ise, tam tersine merkezleşme eğilimleri gözlenmektedir: BLANC-JOUVAN, D. Soc. 1982, s. 718, s. 722; SCHREGLE, s. 207.

(93) ILO, A reappraisal, s. 5.

düzeyinde belirli bir esneklik tanınarak (fléxibilité) daha iyi sağlanacağı da düşünülmüştür (94).

A.B.D.'de ise, eskiden beri işletme ile işyeri düzeylerinin tercih edilmesinin, bu ülkenin liberal geleneğine bağlanabilir: Toplu pazarlığın bu düzeylerde gerçekleşmesiyle tarafların özerkliklerini daha iyi korudukları düşünülmektedir. Ayrıca, bu ülkede işletme ve işyeri düzeylerinde yapılan toplu pazarlık işçilerin yönetime katılmalarını sağlayan yeğâne mekanizmayı teşkil eder (95).

cc) *Düzenlenecek konuların toplu iş sözleşmesi düzeyinin seçimini etkilemesi :*

Bütün yukarıdaki hususların yanında, toplu iş sözleşmesinde düzenlenecek konu da, tercih edilen düzeyi bir ölçüde belirlemektedir. Gerçekten, bazı konular geniş çapta düzenlemeleri gerektirir (örneğin ek tatil sürelerinin getirilmesi, ek emeklilik haklarının tesisi); buna karşılık belli işlerde çalışanlar için öngörülecek verim teşviki primleri gibi daha özel konularda işyerinin kendine has ihtiyaçları gözönünde bulundurulmalıdır ve bu tip konular işyeri düzeyinde ele alınmaya daha elverişli görünür (96).

Sonuç olarak, toplu iş sözleşmesinin etki alanının belirlenmesi, bilhassa toplu pazarlığın değişik işlevlerini yerine getirmesi açısından büyük önem taşır. Bir toplu iş sözleşmesi işkolu düzeyinde akdedildiğinde, daha çok bir düzenleyici işleme yaklaşır ve çalışma koşullarını yeknesak hale getirmeyi, işletmeler arasında rekabeti düzenlemeyi amaçlar. Buna karşılık işyeri veya işletme düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesinin "sözleşme" niteliği daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu kez temel işlev, bireysel düzeyde gerçekleşmemiş bir dengeyi kollektif düzeyde yeniden kurmaktır. Bu bakımdan, işverenin toplu iş sözleşmelerini bu düzeylerde yönetim ve karar yetkilerini daha çok sınırlayacak tipte işlemler olarak görerek bu düzeyleri tercih etmemesi rahatlıkla izah edilebilir (97)

(94) ILO, A reappraisal, s. 115.

(95) BLANC-JOUVAN, D. Soc. 1982, s. 722.

(96) BIT, Négociation collective, s. 106; ILO, A reappraisal, s. 88.

(97) CHAUCHARD, s. 34, s. 37-38.

b) *Düzeğin belirlenmesi :*

aa) *Düzeğin taraflarca seçimi ve idarî mercinin müdahalesi :*

Toplu iş sözleşmelerinin uygulama alanlarının taraflarca serbest biçimde belirlenmesi, değişik toplumsal çıkarları gün ışığına çıkarır. Bu nedenle tarafların görüşme düzeylerini serbestçe belirleme olanağına sahip olması, sendikal özerkliğe daha geniş bir etki sağlar (98).

Çeşitli hukuk sistemlerine bakıldığında, genellikle toplu pazarlık düzeyinin belirlenmesinin taraflara bırakıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, bazı ülkelerin yasalarında (A.B.D., Kanada), tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde toplu sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi idarî mercilere bırakılmıştır (99). Bunun başlıca nedeni, her iki ülkede, özellikle eskiden, gerek yetkili sendikaların belirlenmesinde, gerekse toplu pazarlığın alanı bakımından meslek ve işkolu sendikaları arasında ciddi çekişmelerin vuku bulmasıdır. Bu ülkelerde, 1930'lu yılların çalkantılı döneminde Devlet çalışma ilişkilerine müdahalede bulunmuş ve toplu görüşme için uygun düzeyin saptanmasını idareye tevdi etmişti. Söz konusu uygulama günümüze dek varlığını sürdürmüştür.

Uç örnekler olarak gösterilen bu iki ülke dışında başka yerlerde de belirli dönemlerde görüşme düzeyleri Devletin müdahalesiyle belirlenmektedir. Özellikle, ekonomik sıkıntıların olduğu dönemlerde, işsizlik ve enflasyon sorunlarını tek yanlı kararlarla çözmek yerine, anlaşmalara başvurulması tercih edilebilmektedir. Bu durumlarda yüksek düzeyde akdedilen "merkezî" denilebilecek toplu iş sözleşmeleriyle, ücretlerde aşırı artışlar frenlenmeye çalışılmaktadır (100).

Buna karşılık Fransa'da, 1982 Auroux Yasaları ile her yıl, işletme düzeyinde, sendikaların işletme birimleriyle görüşme yükümlülüğü

(98) COMMISSION, Rapport Perone, s. 33.

(99) BIT, Négociation collective, s. 108; ILO, A reappraisal, s. 90-91; DESPAX, s. 151-152: Amerikan sisteminde N.L.R.B. (National Labor Relations Board) tarafından uygun görüşme düzeyi seçilirken, kapsama girecek işçilerin toplu iş sözleşmesinde düzenlenecek konular itibarıyla yeterli bir çıkar birliği içinde olmalarına, durumlarında kapsam dışı kalacaklara nazaran yeterli bir ayrılık bulunmasına dikkat edilmektedir. Bu arada da tarafların ve özellikle işçi kesiminin istekleri gözönünde tutulmaktadır (Bkz.: DESPAX, s. 152; BLANC-JOUVAN, X.: Les rapports collectifs de travail aux Etats-Unis, thèse Grenoble, 1957, s. 122-123'e atıf yapılmıştır).

(100) Özellikle Hollanda ile Norveç'te en yüksek düzeyde, yani ülke çapındaki konfederasyonların katıldığı toplu pazarlığa Devletin de katılması ile ücret artışlarının sınırlandırıldığı gözlenmektedir (ILO, A reappraisal, s. 90-91).

getirilerek, toplu iş sözleşmelerinin işletme ve işyeri düzeylerinde yapılması teşvik edilmiştir.

bb) *Düzeyin tek veya birden çok oluşunun önemi :*

Toplu pazarlıkta bir tek düzey ya da birden fazla farklı düzeylerin kabul edilmesi hususu da önem taşır. Genellikle değişik düzeylerin birlikte kabul edilmesi toplu pazarlığı kolaylaştırarak özendirici bir etki yapabilir (101). Nitekim Avrupa Topluluklarına üye ülkelerin sistemleri incelendiğinde, genellikle değişik düzeylerin birlikte benimsenmiş olduğu görülmektedir. AET üyesi Devletlerden sadece Lüksemburg'da bir "tek düzey" esaslı kabul edilmiştir. Belirtmeli ki bu ülkedeki söz konusu "sınırlama", işçi lehine bir düzenleme şeklinde değerlendirilmektedir (102).

Birden fazla düzeyin benimsenmesi, çeşitli düzeylerde yapılmış toplu iş sözleşmelerinin koordinasyonu ve ilişkileri sorunlarını getirmektedir. Bu bakımdan Batı Avrupa ülkelerinde başlıca iki sistemin uygulandığı söylenebilir:

— Farklı düzeylerde yapılmış toplu iş sözleşmeleri arasındaki hiyerarşik ilişkiyi işçi lehine düzenleyerek, alt düzeyde akdedilen bir toplu sözleşme hükmünü işçi lehine olması durumunda üstün saymak (Fransa, F. Almanya, Belçika);

— Bir başka sistem olarak, üst düzeyde yapılan "çerçeve toplu iş sözleşmeleri" ile saptanmış ücretlerin daima gözönünde bulundurulması. Bununla birlikte bu çerçevenin genellikle emredici olmadığı; işçinin yararına veya da aleyhine olmak üzere farklı esasları getirme olanağı bulunduğu da kabul edilmektedir (103).

2. *Taraf sendikaya üyelik koşulu*

Toplu iş sözleşmelerinin uygulama alanını belirleyen bir başka önemli husus, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları için işçilerin taraf sendikanın üyesi olmaları koşuludur. Bu incelemede, esasen birçok hukuk sisteminde kabul edilen bu koşulun ayrıntılarına hiç girmeden, sadece varlığını hatırlatmakla yetineceğiz. Belirtmeli ki, esasen Dünya'da görülen en yaygın uygulama, toplu iş sözleşmesinin, kapsamındaki işletmede tüm çalışanları etkilemesidir (104).

(101) CHAUCHARD, s. 100.

(102) COMMISSION, Rapport Perone, s. 33.

(103) COMMISSION, Rapport Perone, s. 33.

(104) ILO, A reappraisal, s. 10.

Avrupa Topluluklarına üye ülkelerin durumları bakımından şöyle bir ayrım yapılabilir:

— Bazı sistemlerde, toplu iş sözleşmesinin etki yapabilmesi için hem işçi, hem de işveren olmak üzere her iki tarafın da âkit sendikanın üyesi bulunması gerekir. Örneğin, F. Almanya mevzuatında bu yönde açık bir hüküm vardır (Tarifvertragsgesetz par. 3); İtalya'da ise aynı çözüme yargı kararlarıyla ulaşılmıştır. Bununla birlikte bu ülkelerde bile, işyerindeki tüm çalışanların toplu iş sözleşmesinden yararlandığı görülmektedir (105). İsviçre (İsviçre Borçlar Kanunu m. 357/I) ile Türk hukuklarında üyelik koşulunu öngören açık yasa hükümleri bulunmaktadır.

— Diğer birçok ülkede ise sadece işverenin taraf sendikaya üyeliği yeterlidir ve bu suretle toplu iş sözleşmesi, işyerinde çalışıp da kapsamına giren tüm işçilere uygulanmaktadır (Fransa, Lüksemburg, Belçika, Hollanda, Danimarka). Bununla birlikte işçinin üye olmadığı hallerde toplu iş sözleşmesinin etkisinin tam ve otomatik biçimde gerçekleşmediğine de işaret edilmelidir (106).

Genellikle, gerek işverenin uygulaması sonucu, gerekse teşmil gibi başka mekanizmalar yoluyla, üyelik koşulunun tam anlamıyla işlemediği, toplu iş sözleşmesinden yararlananların sayısının daima üye sayısının üzerinde olduğu gözlenmektedir (107).

(105) Bkz.: COMMISSION, Rapport Perone, s. 31.

(106) Bkz.: COMMISSION, Rapport Perone, s. 31.

(107) ILO, A reappraisal, s. 10.

§ 2. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERK- LİĞİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I. TÜRK HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ERKİNİN KAYNAĞI

A. Ülkemizdeki tarihsel gelişmenin özellikleri:

1. Genel olarak çeşitli etkenler :

Toplu iş sözleşmelerinin doğru gelişebilmesi için, bu olanağın hu-
kuken tanınmış olması, hatta güvence altına alınması yeterli olmamak-
tadır. Diğer bazı etkenlerin de bir araya gelmesi gerekir; bunları kısaca
belirtmekte yarar vardır:

a) Ekonomik etken :

Başta gelen etkenlerden birisi, ekonomik etkidir: Batı'daki geliş-
mede gözlemlendiği üzere, toplu iş sözleşmeleri sanayi devriminden sonra,
onun yarattığı ekonomik ve sosyal koşullar içinde ortaya çıkıp önem ka-
zanmıştır. Özellikle ücretle, bağımlı çalışanların belli bir kitle oluşturu-
maları; bunun yanında da sanayileşmenin ve ekonomik gelişmenin ye-
terli bir düzeye ulaşması toplu iş sözleşmelerinin gelişiminin temel et-
kenlerindedir (1).

b) Siyasal etken :

Toplu iş sözleşmelerinin gelişmesinde siyasal bağlam da önem taşır.
Genellikle kabul edildiği gibi, toplu iş sözleşmeleri için en elverişli or-
tam, çoğulcu demokrasinin fiilen uygulandığı ülkelerde mevcuttur. Böyle
bir ortamda gerek bireysel, gerekse toplu düzeyde geniş bir inisiyatif ve
hareket serbestisi bulunduğundan, gerek düşünsel alanda, gerekse so-

(1) Bkz. özellikle: IŞIKLI, A.: Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri,
Ankara 1967, s. 33 vd., öz. s. 33-34.

mut uygulamalarda kendiliğinden, spontane oluşumlar güç kazanır. Böylelikle de çeşitli işlemler ve özellikle sözleşme türleri artarak aralarında farklılıklar gösterebilmekte; hatta bunlar birer siyasal katılma mekanizması olarak da işlev görebilmektedir.

c) *Hukukî etken :*

Hukukî etken ise, aslında yukarıdaki etkenlerle birlikte ele alınabilir: Buna uygun bir siyasal ortamda, girişim özgürlüğünü güçlendirici bir takım hukukî düzenlemeler gerçekleştirilecek; bu yolla ekonomik gelişme de kolaylaştırılacaktır. Bu gelişmeye koşut olarak yasalarda, hatta anayasalarda güvence altına alınmış çeşitli sosyal haklar geliştirilecektir. İşte bu haklar arasında sendika, grev ve toplu iş sözleşmesi hakları üçlüsü bir arada güvence altına alınacaktır.

Görüldüğü gibi, siyasal, hukukî ve ekonomik etkenler birlikte, biri diğerinin koşulunu teşkil ederek etkili olmaktadır. Bu nedenle bunlardan herhangi birini diğerinden bağımsız olarak ele almak kanımızca yetersiz, eksik bir açıklama getirir.

2. *Ülkemizde etkenlerin özellikleri :*

Ülkemizde, Batı Avrupa'daki gelişmeye nazaran oldukça farklı bir tarihsel gelişme gerçekleşmiştir. Bu gelişmenin bazı özellikleri şunlardır:

— Sanayileşmenin geç başlaması ve bu yöndeki önemli adımların esasen Cumhuriyet döneminde atılmış oluşu;

Demokratikleşme sürecinin de benzeri biçimde nisbeten geç başlatılarak, aşamalı biçimde gelişmesi;

— Bütün bunlara karşın, Cumhuriyet dönemi içinde sosyal mevzuatın nisbeten erken ve yukarıdan aşağı getirilmesi. Mevzuatta bazı önemli eksiklikler gözlenmekle birlikte, özellikle konumuz açısından toplu iş sözleşmesi müessesesinin hukuk sistemimize, zamanın koşullarına göre nisbeten erken getirildiği söylenebilir. Gerçekten de "umumî mukavele" adı altında, toplu iş sözleşmesi kurumu 1926 yılında kabul edilen Borçlar Kanunu (m. 316-317) ile Türk mevzuatında yerini bulmuştur.

Öğretimizde, toplu pazarlığın ülkemizde "yasal plânda tarihsel olarak erken doğan bir kurum" (2) olduğu öne sürülmektedir. Bu görüş, bilhassa *iktisadî* gerekçelere dayandırılıp, kısaca "sanayileşmedeki ge-

(2) GÜLMEZ, M.: Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi), Ankara 1983, s. 319.

cikme ve gerilik” olarak özetlenecek durumdan kaynaklanmaktadır (3). Bir başka neden, Borçlar Kanunumuzun kabul edildiği dönemde henüz bu Yasadaki kuralların yaşama geçirilmesine elverişli derecede çoğulcu bir *demokrasinin* yerleşmemiş olmasıdır (4). Diğer önemli bir neden sosyo-psikolojik niteliktedir: Buna göre, yasal düzenlemeler spontane ve kendiliğinden oluşan bir uygulamadan önce getirilmiştir. Böyle olunca, bu kuralların yaşama geçirilmesinin güçleştiği düşünülebilir. Ülkemizde bu konudaki ilk düzenlemenin bir yabancı yasanın çevirisi olarak hukukumuza aktarılması da bir olumsuzluk olarak değerlendirilmektedir (5). Daha çok hukukçuların üzerinde durdukları bir eleştiri ise, bu kadar önemli etkilere sahip, karmaşık bir kurumun sadece iki maddeyle yetersiz biçimde düzenlenmesidir (6).

Kanımızca çeşitli nedenler arasında en dolaysız ve belirleyici olanı, sendika, toplu iş sözleşmesi ile grev haklarının baştan beri *birlikte* tanınmamış oluşudur. Öğretimizde özellikle üzerinde durulduğu gibi, grev hakkı tanınmadığında işçiler, işvereni toplu iş sözleşmesini kabul etmeye sevkedecek, zorlayacak araçtan yoksundurlar (7). Bu bakımdan ülkemizde, 1936 tarihli İş Kanunu ile (m. 72) grevin yasaklanıp cezaî yaptırımlara bağlanması (m. 127-129, 130, 132), toplu iş sözleşmelerinin geniş bir uygulama görmesini engellemiştir. Aynı şekilde *sendikacılığın* benzeri nedenlerle ülkemizde geç gelişmesi çok önemli bir etken olmuştur (8). Ülkemizde ancak 1947 tarihli “İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkındaki Kanun”la sendikacılık yasal bir sta-

- (3) Özellikle bkz.: İŞIKLI, s. 35: Yazar, bu nedeni toplu iş sözleşmesi uygulamasındaki gecikmenin temel nedeni olarak göstermektedir.
- (4) Bu konuda bkz. örn.: GÜLMEZ, age s. 319.
- (5) Bkz.: GÜLMEZ, age s. 320.
- (6) MİMAROĞLU, s. 28-30: Toplu iş sözleşmelerinin o dönemde gelişmemesinin ana nedeni olarak gösterilmektedir. Bkz. ayrıca: ESENER, s. 388; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 31; TALAS, s. 271; TUNÇOMAĞ, C. II, s. 201. Diğer taraftan bkz.: 275 sa. TSGLK, Gereke, MMTD, B 74, 17.4.1963, s. 2.
- (7) TALAS, s. 271: Yazar, bu gerçeğin toplu iş sözleşmelerinin gelişiminde temel etken olduğu görüşündedir. Ayrıca bkz.: REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 7; MİMAROĞLU, s. 30-31; ESENER, s. 389; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 31; TUNÇOMAĞ, C. II, s. 201; ULUCAN, s. 53. Bu yönde: Gereke, MMTD, B 74, 17.4.1963, s. 2; Millet Meclisi Geçici Komisyon Raporu, MMTD, 17. 4. 1963, s. 11.
- (8) GÜLMEZ, s. 319-320: Temel neden olarak gösterilmektedir; MİMAROĞLU, s. 31-32; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 31; TUNÇOMAĞ, C. II, s. 201; ULUCAN, s. 53. Bkz. ayrıca: Gereke, MMTD, B 74, 17.4.1963, s. 2.

tüye kavuşmuştur. Oysa işçilerin kendilerine has, spesifik örgütleri yoluyla çok daha etkili oldukları yadsınamaz bir gerçektir.

Sonuç olarak ülkemizde, Batı'da yapıldığı gibi toplu iş sözleşmesi kurumunun ortaya çıkışını sırf sosyolojik temellere dayandırıp, kaynağı sosyal güçlerin eylemlerinde aramak, tarihsel açıdan bir yanlıgı teşkil eder. Ülkemizde İş Hukukunun tarihsel gelişmesi içinde, toplu iş sözleşmesi kurumu ilk önce yasakoyucu tarafından tesis edilmiş; daha sonra anayasal bir kökene dayandırılmıştır. Toplu iş sözleşmesi hakkı, Anayasamızda sendika ve grev haklarıyla birlikte tanınıp, her üç kurum çeşitli güvencelerle birlikte yasayla düzenlendikten sonra toplu pazarlık yaşama geçirilmiş ve "sosyal güçler"ce benimsenmiştir.

B. Kaynak olarak Anayasa hükümleri

1. *Toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağını Anayasadan alması :*

a) 1961 Anayasasındaki hüküm :

Ülkemizde ilk defa 1961 Anayasası m. 47'de toplu iş sözleşmesi özgürlüğü bir anayasal hak olarak tanınmıştır. "Toplu sözleşme ve grev hakkı" başlıklı m. 47 hükmü şu şekildeydi:

"İşçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde iktisadî ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev hakkına sahiptirler.

"Grev hakkının kullanılması ve istisnaları ve işverenin hakları kanunla düzenlenir".

b) 1982 Anayasasındaki hüküm :

1982 Anayasası m. 53'de ise toplu iş sözleşmesi hakkı grev hakkından ayrı bir madde ile öngörülüp, kısmen de düzenlenmektedir:

"Toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt" ortak başlığı altında yer alan "Toplu iş sözleşmesi hakkı" alt başlıklı hüküm şu şekildedir:

"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.

"Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.

“Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz.”

Görüldüğü gibi 1961 ile 1962 Anayasalarındaki bu hükümler bazı farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklara “Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi öerklığının işlevleri” alt bölümünde değineceğiz.

c) *Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada tanınmasının anlamı :*

Burada üzerinde durmak istediğimiz husus, toplu iş sözleşmesi hakkının hukukumuzda anayasal güvence altına alınmış olması; Anayasamızın işçi ve işverenlere ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını birlikte düzenlemeleri için özerk bir alan tanımış olmasıdır.

Bundan çıkarılacak bir sonuç, daha önce değindiğimiz ölkemize has tarihsel gelişme özellikleri gözönünde tutulduğunda, toplu iş sözleşmesi erkinin Anayasa’dan kaynaklandığıdır. Bu bakımdan, kurumun, Devletin hukuk düzeninden ayrı bir hukuk düzeninde kaynağını bulduğuna dair teorileri ölkemiz açısından savunmak güçtür (9).

Diğer yandan toplu iş sözleşmesi erkinin “özü”, kaynağının bulunduğu Anayasa’dan çıkarılacaktır (10). Bunun çok önemli bir sonucu, toplu iş sözleşmesi hakkının anayasal tanınma alanının yasakoyucu tarafından veya başka bir kamu tasarrufu ile daraltılamaması, bu hakkın ortadan kaldırılamamasıdır. Bu nedenle, öğretimizde de vurgulandığı üzere Alman hukukunda güç kazanmış bulunan yasakoyucunun delegasyonu kuramı hukukumuzda geçerli olmayacaktır; çünkü yasakoyucu kendisi tarafından getirilmemiş bir kuralı “geri alamayacak”, sınırlandıramayacaktır (11).

Açıklama daha da derinleştirilerek, toplu iş sözleşmesinin doğrudan ve zorlayıcı etkisinin bizzat Anayasa hükmünde yer aldığı kabul edilmelidir. Böylece kural koyma erkinin Anayasa’dan yasakoyucuya, yasakoyucudan da taraflara “delegasyonu” fikrini de reddetmek gerekecektir (12).

(9) Benzeri yönde bkz. öz.: ULUCAN, s. 93, s. 105.

(10) SAĞLAM, F.: Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, A.Ü. SBF D, C. XXIX, No. 1-2, Mart-Haz. 1974, s. 205, s. 207.

(11) SAĞLAM, s. 209; ULUCAN, s. 84.

(12) Bkz.: ULUCAN, s. 104-105: Yazara göre, “Anayasanın, yasakoyucuya, kural koyma erkinin delegasyon aracılığı ile taraflara devretme konusunda yetki verdiği de söylenemez. Bu nedenle hukukumuz bakımından hem dar anlamda hem de geniş anlamda delegasyon kuramının geçerliliği kalmamaktadır.”

Anayasamızda yasakoyucuya düzenleme yükümlülüğü de verilmektedir (m. 53 /II). Ancak daha önceden de değinildiği gibi toplu sözleşme hakkı, sendika ve grev haklarında olduğu gibi, herhangi bir Devlet müdahalesi ve yasal düzenleme olmaksızın da kullanılabilir. Başka deyişle, Anayasamızın bu hükümleri doğrudan uygulanır niteliktedir (13).

2. "Toplu iş sözleşmesi hakkı"nın "sözleşme özgürlüğü"nden ayrı bir hükümde yer alması

Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasamızda sözleşme özgürlüğünden (m. 48) ayrı olarak düzenlenmiş olması, üzerinde durulması gereken bir husustur.

a) *Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada yer almasının gereksiz olduğu görüşü :*

1961 Anayasası döneminde öğretimizde, Anayasamızdaki sözleşme özgürlüğünün toplu iş sözleşmesini de kapsayıp güvence altına aldığı; dolayısıyla ayrı bir madde ile toplu iş sözleşmesi hakkına yer vermenin gereksiz olduğu öne sürülmüştür. Bu görüşü savunan S.K. Mimaroglu'nun dayanmış olduğu başlıca gerekçeler şunlardır:

— Dünya anayasalarının büyük çoğunluğunda toplu iş sözleşmesi hakkı yer almamaktadır.

— Toplu iş sözleşmesini de içermekte olan sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir Anayasa maddesi bulunduğu göre, toplu iş sözleşmesi hakkını öngören madde gereksiz bir tekrardır.

— Söz konusu madde toplu iş sözleşmesinin uygulama alanını da daraltmaktadır. 1961 Anayasasında yer alan hükümde toplu sözleşme hakkı, anayasal hak olarak sadece işçilere tanınmıştır. Diğer taraftan söz konusu hak, işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarını korumak ve düzelt-

(13) Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 1, II, B; TANÖR, s. 233; ULUCAN, s. 67-69. B. TANÖR, anayasal normun kendiliğinden uygulanır olması için aranacak koşulları saymaktadır; bunlar özetle: 1) Kullanılan ifadelerin yeterince açık ve dakik olup, programatik nitelik taşıması; 2) Hakkın yükümlüsünün ve kapsamını açıkça belli olması; 3) Bizzat hakkın yapı ve niteliği itibarıyla herhangi bir Devlet organının desteğine muhtaç olmaksızın kendiliğinden uygulanır olması; 4) Yargı güvencesi ile donatılmış olması (s. 233).

mek amacı olarak belirli amaçlara bağlanmıştır (14). Bu nedenlerle yazar, 1961 Anayasasının anılan hükmünü, sözleşmenin uygulama alanını gereksiz yere daralttığı gerekçesiyle eleştirmektedir (15).

b) *Toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasada yer almasının gerekli olduğu görüşü:*

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, toplu iş sözleşmesi hakkının ayrı bir hükümlerle anayasal güvence altına alınması isabetli, hatta gerekli bir çözümdür (16).

Her ne kadar toplu iş sözleşmesi bir sözleşme türü teşkil edip sözleşme özgürlüğü çerçevesi içinde ele alınabilirse de, göstermekte olduğu ve incelememize konu olan çok önemli özellikleriyle, klâsik sözleşme özgürlüğü esasının çerçevesini zorlamakta, genişletmektedir. Bu bakımdan, özellikle de spesifik işlevleri açısından ayrı bir madde ile, açık biçimde anayasal güvenceye kavuşturulması, herhangi bir duraksamayı önlemesi bakımından zorunludur. Bu zorunluluk, özellikle iki bakımdan belirgin olmaktadır:

— Toplu iş sözleşmesinin “sözleşme” olma niteliği halen tartışmalı bir husus olduğundan, toplu sözleşme hakkı “sözleşme özgürlüğü” çerçevesi içinde kabul edilmeyebilir. Bu olasılığa karşı toplu iş sözleşmesi hakkının Anayasa’da açık biçimde tanınmasında yarar bulunmaktadır.

— Toplu iş sözleşmesi erkinin güvence altındaki özü, daha açık bir şekilde tanımlanıp Anayasaca korunmaya muhtaç görünmektedir. Özellikle sosyal güçlerin bu müesseseyi nisbeten geç olarak ve “yukarıdan

(14) F. SAĞLAM’ın makalesinde de toplu iş sözleşmesi erkinin konu bakımından sınırları üzerinde durularak, siyasal amaçlar toplu sözleşme erki dışında kaldığı gibi, dinî konuların da (örneğin namaz vakitleri, namaz odaları tahsisi gibi talepler) toplu iş sözleşmesinin konusu yapılamayacağı belirtilmiştir (s. 212). Günümüzde yürürlükte olan sistem çerçevesinde de, toplu iş sözleşmelerinin hizmet ilişkisi dışında kalan konularda normatif etki yapması kabul edilemez.

(15) Bkz.: MİMAROĞLU, s. 40-41.

(16) S.K. Mimaroğlu’nun görüşünün bir eleştirisi için bkz.: ULUCAN, s. 92-93: “Mimaroğlu’nun karşı kanıt olarak ileri sürdüğü, saptanan amacın sözleşmenin uygulama alanını daralttığı görüşü; gerçekte bu amaca bağlı özgün nitelikleri olan yeni bir kurumun, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin varlık gerekçesi olmaktadır. Bu bakımdan ve yukarıda verilen bilgilerin ışığı altında Mimaroğlu’na katılmaya olanak yoktur. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin Anayasada düzenlenmemiş olması onun tanınmadığı anlamına gelmez. Örneğin, Almanya’da Anayasada açıkça düzenlenmiş olmamasına rağmen bu kurumun Anayasa düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne bağlı olarak tanındığında görüş birliği vardır”. (s. 93)

aşağı”, Anayasa ve yasa hükümleri sayesinde benimsedikleri ülkemizde bu gereksinim daha da belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

Haklı olarak vurgulandığı gibi, Anayasa’da tanınmakla toplu iş sözleşmesi hakkı, sosyal yanlara “Devlet karışmasından korunmuş bir alan” sağlayıp bu suretle kamu gücünü bağlamaktadır (17). Böylelikle bir yandan gerek yasakoyucunun, gerekse idarenin düzenleme ve müdahalelerine, diğer yandan da özel kişilerin davranışlarına karşı (18) Anayasa tarafından güvence altına alınmış bir koruma alanı mevcuttur.

Bu anayasal koruma alanının kapsamının ne biçimde belirlendiği konusu ise “toplular iş sözleşmesi hakkının işlevi” çerçevesinde incelenmelidir.

II. TÜRK HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ERKİNİN İŞLEVLERİ

Konu, toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağını teşkil eden Anayasalarımız açısından ele alınmalıdır.

1961 Anayasası m. 47 ile 1982 Anayasasının 53. maddeleri birbiriyle karşılaştırıldığında bazı önemli farklar dikkati çekmektedir:

A. 1961 Anayasası m. 47’de toplu iş sözleşmesinin işlevsel bağı:

1. İşçiyi koruma işlevi :

1961 Anayasasının 47. maddesinde toplu iş sözleşme erkinin nisbeten spesifik bir işleve yöneldiği görülmektedir:

a) Bir kere Anayasa, toplu iş sözleşmesi hakkını *işçilere* vermiştir. Böylece anayasal hak olarak yararlanma bakımından taraflar arasında bir simetrinin gözetilmediği; bu hakkın sadece işçiler açısından spesifik bir anayasal koruma alanı bulunduğu söylenebilir. İşverenler açısından

(17) ULUCAN, s. 82. Ancak bu alanın mutlak anlamda her türlü müdahaleden bağımsız olmadığı konusunda bkz. aşağıda (II, A, a) kısmındaki açıklamalarımız.

(18) Bkz.: ULUCAN, s. 84-85’de verilen örnekler: toplu iş sözleşmesi tarafları ile rakip örgütlerin toplu iş sözleşmesi özerkliğinin özüne aykırı girişim ve işlemleri arasında, işçiler veya örgütlerince toplu iş sözleşmesi hakkından feragat edilmesi, rakip örgütlerin toplu iş sözleşmesinin bir başka örgütle yapılmaması konusunda işverenle anlaşmaları örnekleri verilmektedir.

ise alelâde sözleşme özgürlüğü ilkesinden yararlanılması yeterli görül-
müş olabilir. Bununla birlikte 275 sa. TSGLK hükümlerine bakıldığında,
özellikle yetki ve çağrıya ilişkin m. 7, m. 9 gibi düzenlemelerin her
iki taraf bakımından nisbî bir simetri içinde gerçekleştirildiği gözlen-
mektedir (19). Ancak böyle bir nedenle 275 sa. TSGLK'nun Anayasaya
aykırılığının söz konusu olmadığı kanısındayız: Zira bir hakkın anayasal
tanınma alanının dar tutulmuş olması, sadece *anayasal güvencenin* sınırlarını
gösterir. Yasakoyucu söz konusu hakkın sınırlarını genişletme ola-
nağına sahiptir (20), yeter ki diğer Anayasa hükümlerini ve Anayasa'da
öngörülen diğer hakların özünü zedelemesin.

b) Diğer yandan, Anayasada toplu sözleşme hakkı işçilere, işveren-
lerle olan ilişkilerinde ekonomik ve sosyal durumlarını koruma ve dü-
zeltme amacı ile tanınmak suretiyle, *işçiyi koruma işlevine* yönelik bir
kurum olarak kabul edilmiştir. Böylelikle bu metinde kanımızca sadece
işçiyi koruma işlevi anayasal koruma alanına sokulmuş; diğer işlevler
ise yasakoyucunun takdirine bırakılmış bulunmaktadır.

Ancak bu konuda değişik anlayışlar kabul edilmektedir: Örneğin,
F. Sağlam'a göre, yasa ile ancak koruma amacına uygun düşen sınırla-
malar getirilebilecektir. Yazara göre "toplu iş sözleşmesi, işçilerin şim-
diye kadar ulaştıkları iktisadî ve sosyal durumu geriye götürücü bir araç
olarak düzenlenemez". Ayrıca bu görüş, sosyal yanların tasarruflarını da
sınırlamaktadır; şöyle ki "toplu iş sözleşmesi, işçilerin iktisadî ve sosyal
durumların düzeltmek amacına yönelmelidir" (21). Nihayet, tarafların
düzenleme özerkliğine giren konularda işçi aleyhine olarak yapılacak
kamu tasarrufları da caiz görülmemektedir. Böylece bu görüşe göre ör-
neğin, çalışma koşullarının üst sınırını emredici hükümlerle düzenleyip,
işçilere daha elverişli koşullarla toplu sözleşme yapma olanağını kapat-
mak amaç dışı bir sınırlama olarak toplu iş sözleşmesi erkinin özüne
dokunulmasını ifade edecektir (22). *D. Ulucan* da benzeri biçimde, ör-
neğin yasakoyucunun, koruma amacına aykırı olarak toplu sözleşmelerle
öncelikle işletmenin veya salt kamu yararının gözetileceğini öngöre-
meyeceğini; toplu iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi bakımından

(19) Bkz. MİMAROĞLU, s. 40-41

(20) Karş. MİMAROĞLU: Yazar, esasen tasvip etmekte olduğu yasa düzenlemesinin anaya-
saya aykırılık teşkil edebileceği kanısındadır (s. 40-41).

(21) SAĞLAM, s. 206.

(22) SAĞLAM, s. 216.

da, örneğin, ücretlerin dondurulmasının veya tavan saptamalarının Anayasaya aykırılık teşkil edeceği görüşündedir (23).

Kanımızca, 1961 Anayasasının 47. maddesi ile öngörülen koruma işlevini taraflara işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile ilgili ve işçi lehine olması kaydıyla, sınırsız bir düzenleme yetkisi olarak kabul etmek, aşırı bir yorum tarzıdır. Anayasanın söz konusu hükmünde amaçlanan, doğrudan toplu iş sözleşmesinin hukuksal rejiminin belirlenip uygulanmasında, işçiyi koruma amacına zarar verilmemesidir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekler ele alınırca, yasa ile toplu iş sözleşmesinin öncelikle işletme çıkarlarının gözetileceğinin öngörülmesi durumu, kabul ettiğimiz anlayış açısından da koruma işlevinin açık ihlâlini teşkil edecektir. Buna karşılık, burada da BK m. 19-20'deki genel sınırlamalar tipinde kısıtlamalar gibi, Anayasanın diğer hükümleri gözönünde tutulmalıdır.

2. Grev hakkı ile aynı maddede yer alması :

1961 Anayasası m. 47'de toplu iş sözleşmesi ile grev hakları birlikte, aynı maddede düzenlenerek, aynı cümlelere belirtilmiştir. Bu tutum Anayasa koyucusunun bu iki hakkı birbirine bağlı olarak gördüğünü göstermektedir. Bunun yanında, böylelikle gene kurumun işçiler yararına ele alındığı teyit olunmaktadır.

Ancak bütün bunların yanında, grev hakkının anayasal korunma alanının, işverenle olan ilişki çerçevesi içinde ve işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması veya düzeltilmesiyle sınırlı tutulduğu da anlaşılmaktadır.

Dikkat çeken bir başka nokta, grev hakkının kullanılması ve istisnaları bakımından yasakoyucuya bir düzenleme görev ve yetkisi verilmesine karşılık, bu cümlede toplu iş sözleşmesinin yer almayışıdır. Böylece yasal sınırlama getirme olanakları bakımından grev hakkı ile toplu sözleşme hakkı bir tutulmamış görünmekte. Daha önce belirttiğimiz görüş çerçevesinde, grev hakkı için söz konusu olabilecek sınırlamalar,

(23) ULUCAN, s. 84: Bu bakımdan İş K. m. 14'de kıdem tazminatının saptanmasında üst sınır getiren hükmün Anayasaya aykırı olduğu öne sürülmektedir (d.n. 97). Bu yönde bkz. ayrıca: ÇELİK, s. 367; KUTAL, M. - EKONOMİ, M.: Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunları, Endüstri İlişkileri Semineri, s. 80-127. Bkz. ayrıca: Anayasa Mahkemesi 9.12.1976, 1976-34/1976-52, RG 15.3.1977, Sa: 15879; 1977 yılı Bütçe Kanununun sözleşmelerde öngörülecek ücret ve diğer maddi ve ayni çıkarlara tavan koyan hükmünün iptaline oybirliği ile karar verilmiştir.

toplular iş sözleşmesi açısından ancak koruma amacına uygun düştüğü oranda mümkün kabul edilmektedir (24).

B. 1982 Anayasasının m. 53 ile 2822 sa. TSGLK açısından toplular iş sözleşmesinin işlevsel başı:

1. İşçiyi koruma işlevi:

1982 Anayasası m. 53 hükmü, konumuz açısından, 1961 Anayasasının 47. maddesine nazaran bazı farklılıklar göstermektedir:

Bu kez toplular iş sözleşmesi hakkı, sadece işçilere değil, aynı zamanda işverenlere de tanınmaktadır. Böylece Anayasa koyucunun toplular sözleşmeyi her iki sosyal yanın simetrik biçimde yararlanabileceği bir araç olarak ele aldığı anlaşılmaktadır (25).

Yeni hükümde koruma amacı yerine düzenleme amacının ön plânda tutulduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak bu hususu kanımızca ihtiyatla ele almak geçektir: Her ne kadar toplular iş sözleşmesi hakkının amacı, işçilerle işverenlerin "karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek" biçiminde belirtilmişse de, koruma işlevinin geri plâna itildiğini savunmak güçtür. Hükmün bu biçimde düzenlenişinin temel nedeni, daha önceki Anayasa metninin yukarıda değindiğimiz çeşitli yorumlara elverişli bulunması olabilir. Bu suretle, yasakoyucu ve diğer kamu otoritelerinin, her zaman işçi lehine olmayabilecek bir takım düzenleme ve yorumları getirme olanakları nisbeten açık tutulmuş görünmektedir.

Böyle bir bağlam içinde dahi, toplular iş sözleşmesinin temel işlevinin hukukumuzda gene işçiyi koruma işlevi olduğu kanısındayız (26). Bu yönü destekleyecek çeşitli hususlar arasında tabii ilk önce toplular iş sözleşmesi hakkının bir sosyal hak olması zikredilebilir. Böyle olunca daima ön plânda zayıfı, yani burada işçiyi koruma amacı gözetilecektir. Nitekim 2822 sa. TSGLK'da bu yönün toplular iş sözleşmesinin düzenlenişini bakımından ön plânda tutulduğu, hatta bu yönde bazı ilerlemeler sağlandığı görülmektedir.

(24) SAĞLAM, s. 216

(25) Bkz. ÇELİK, s. 362-363.

(26) Genel olarak bu yönde: ULUCAN, s. 136; diğer taraftan, günümüzün hukuk anlayışında düzen düşüncesinin toplular iş sözleşmesinin koruma işlevinden sonra geldiği; toplular iş sözleşmesinin düzen işlevinin sınırlı işçiyi yararlılık ilkesinde bulunduğu yönünde bkz.: SOYER, P.: Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 193 ve burada atıf yapılan Alman öğretisi kesimi.

Toplu iş sözleşmesinin işçi yararına etkisi konusunda 2822 sa. TSGLK'da gözlenen bir gelişme bu bakımdan dikkat çekicidir: "Toplu iş sözleşmesinin hükmü" başlıklı 275 sa. TSGLK m. 3/IV'de toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya ve zorlayıcı etkisinin çok önemli bir sınırını teşkil eden, hizmet akitlerindeki işçi lehine hükümlerin korunması esas istisnaya tâbidi: Buna göre, toplu iş sözleşmesinin içerdiği, hizmet akdine nazaran işçinin aleyhine olan hükme üstünlük tanıma olanağı verilmişti (27). Öğretimizde o dönemde bu hükmün isabetsizliğine işaret edilmiştir (28).

2822 sa. TSGLK m. 6/II'de ise bu hüküm farklı biçimde düzenlenerek, "toplular iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe" ibaresi kaldırılmıştır. Böylece, artık toplu iş sözleşmesi taraflarının, bireysel hizmet akitlerinde yer alan veya alacak hükümleri işçilerin aleyhine bertaraf etme olanakları kalkmıştır. TSGLK m. 6/II hükmü emredici olduğundan, toplu iş sözleşmelerinde yer alacak aksine kararlaştırmalar geçersizdir (29).

2. Düzen işlevi :

1982 Anayasasının 53. maddesindeki anlatımı toplu iş sözleşmesinin "düzen işlevi"ne de açıkça yer vermektedir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi, kapsamına giren işyeri veya işletmede nisbeten sürekli ve yeknesak bir ortak çalışma rejimi, bir iş düzeni getirmektedir.

a) Zaman açısından nisbî bir *süreklilik*, hukukumuzda daima toplu iş sözleşmesinin içeriğine dahil sayılan, toplu sözleşme hükümlerini iyiniyetle yerine getirme ve "dirlik" boreuyla sağlanır. Bu yönde geniş anlamlı bir "düzen işlevi"ne, toplu iş sözleşmesinin süresi boyunca *çalışma barışını koruma borcu* da girmektedir. Hukukumuzda, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince grev ve lokavta başvurma yasağı, 2822 sa. TSGLK ile hak grevine cevaz verilmemesi suretiyle mutlak nitelik kazanmıştır.

(27) 275 sa. TSGLK m. 3/IV: "Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, hizmet akidinin işçi lehindeki hükümleri muteberdir".

(28) Bkz.: ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 62-64; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, s. 398: Kaynak teşkil etmiş bulunan İsviçre ve Alman Kanunlarında (İBK m. 357/II; eski m. 323/II; TVG par. 4/III) böyle bir hükmün yer almadığına da işaret edilmektedir. Bkz. ayrıca: REİSOĞLU, S.: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975, s. 108; aynı yazar, Şerh 1986, s. 99-100. Karş.: ESENER, s. 408: İşverenin toplu iş sözleşmesi dışında işçilerine hizmet akitleriyle çıkar sağlamanın sendikacılık yönünden arzu edilmeyecek yanı belirtilerek, uygulamada bazan işveren ile işçi sendikaları arasında uyumsuzluklar çıktığına işaret edilmektedir.

(29) REİSOĞLU, Şerh 1986, s. 100.

Sürekliliği sağlamaya yönelik başka bir esas, bizzat Anayasa hükmüyle öngörülen “teklilik ilkesi”dir. Anayasa m. 53 /III’e göre, “Aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz”.

Söz konusu süreklilik, artık ancak belirli süreli olarak yapılabilen (TSGLK m. 7) toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bile bir ölçüde sağlanmaktadır: TSGLK m. 6 /II’ye göre, “her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder”. İlginç ve tartışmalı uzantıları olan bu esası, burada tahlil etmeksizin sadece zikretmekle yetiniyoruz.

Yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılıp yürürlüğe konulması ile önceki toplu iş sözleşmesinin kurduğu düzen sona erip yerini yenisine bırakır. Bu bakımdan önceki hükümlere nazaran yeni hükümlerin işçinin lehine ya da aleyhine olması önem taşımaz (30).

b) İşyerinde veya işletmede “birlik ve beraberliğe dayanan belirli bir düzenin kurulması amacı” (31) olarak tarif edilebilen düzeni sağlama işlevinin güçlendirildiği de görülmektedir. Bu bakımdan 2821 sa. SK’daki “Sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı” başlıklı m. 31’de dikkat çekici bir yeni hüküm getirilmiştir. Esasen sendika üyeleriyle üye olmayanlar ve farklı sendikalara üye olanlar arasında ayırım yapılmasını yasaklayan bu hükmün hukukumuzdaki klâsik istisnası, toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından taraf sendikaya üyelik koşuludur. 274 sa. SK m. 19 /IV’de, “21 nci madde hükmü ile kanunun cevaz verdiği toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır” denilirken; 2821 sa. SK m. 31 /IV’de, “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır” şeklinde yararlı bir açıklık getirilmektedir. Böylece toplu iş sözleşmesinin genel olarak parasal hükümleri dışında kalan, taraf sendikanın üyesinin lehine koşullardan, aksi öngörülmedikçe işyerindeki tüm işçiler yararlanacaktır.

Bu hükümler esas itibarıyla işyerinin çalışma düzenini ilgilendiren türden olarak, örneğin çalışma ve dinlenme zamanları, hafta tatili, işçi

(30) Bkz. özellikle: ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 79-80; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, s. 401-402. Bkz. ayrıca bu yönde: 9. HD 7.2.1975, 8086/28426, İHU, TSGLK m. 3, No. 3 ve C. TUNCAY’ın incelemesi; 9. HD 13.4.1984, 3415/4248, İHU, TSGLK m. 6, No. 2 ve Ü. NARMANLIOĞLU’nun incelemesi; 9. HD 31.1.1989, 1524/2965, İşveren, Aralık 1989, C. XXVIII, Sa. 3, s. 18.

(31) ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 399.

sağlığı ve iş güvenliği önlemleri, işçilerin topluca işyerine taşınması, yemek verilmesi gibi hükümlerdir (32). Önceki yasal düzenleme biçimini eleştirmiş bulunan T. Esener, özellikle bir işyerinde “çalışma süresi, işçi sağlığına ilişkin tedbirler, verilen sıcak yemek gibi hususlarda sendikalı – sendikasız ayrımının yapılması”nın mümkün olmadığına işaret etmiştir (33). Aslında 2821 sa. SK m. 31/IV'deki çözüme daha önceki yasa döneminde de ulaşılabilirdi. Bunun bir yolu, toplu iş sözleşmelerinde yer alan “tefrik şartı”nın bazı yargı kararlarımızda batıl sayılması olmuştur (34). Diğer yandan ve daha isabetli biçimde, 2821 sa. SK m. 31/IV'deki çözüme işin ve işçinin özel niteliklerine dayanarak ulaşılması da bir ölçüde mümkündür(35). Ancak 2821 sa. K ile, parasal olmayan hükümler bakımından getirilen bu genel ayrım yasağı, gerek kapsamı, gerekse temel düşüncesi itibarıyla ayrı bir anlam ve etki taşımaktadır.

III. TÜRK HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERK- LİĞİNİN KOLLEKTİF NİTELİĞİ:

A. 2822 sa. TSGLK'da toplu iş sözleşmesinin tarafları:

1. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti :

a) Genel olarak hak ehliyetiyle bağlantı ve farklılıklar :

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, her şeyden önce toplu iş sözleşmesine taraf teşkil edecek bir kuruluş veya kişi olmayı ifade eder (36).

(32) OĞUZMAN, s. 68-69; bkz. ayrıca: REİSOĞLU, Şerh, s. 150; ÇELİK, s. 404-405; aynı yazar : Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Tühis, Ocak 1986, C. 10, Sa. 1, s. 3. Ayrıntılı ve sistemli bir inceleme için bkz. ayrıca: EYRENCİ, Ö.: Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş, C. 1, Nisan 1988, s. 4.

(33) ESENER, İş Hukuku, s. 479.

(34) İstanbul 13. Asl. Huk. (İş) Mahk. 20.11.1967, 1923/1365; Yt. 9 HD 12.2.1968, 1317/1723 (onama kararı), İHU SK m. 21, No. 1, F. SAĞLAM'ın incelemesi (İHU 1975): Karar, özellikle gerekçesi yönünden eleştirilmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin 2.3.1971, 1970-46/1971-24 sa. kararında SK m. 21, sendika ve toplu sözleşme özgürlükleri açısından Anayasaya uygun ve geçerli sayılarak, tamamıyla zat bir anlayış benimsenmişti (bkz. F. Sağlam'ın incelemesi, s. 4-5).

(35) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 69; aynı yazar : Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, s. 62-63: “Bu hallerde işverenin sendikasız işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırması değil, kurulan iş düzeninin sendikasız işçiyi yansımaları söz konusudur” (s. 63).

(36) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 19.

Toplu iş sözleşmesi ehliyeti bir bakıma medenî hukuktaki "hak ehliyeti"nin, toplu iş sözleşmesi hukuku alanındaki karşılığını teşkil eder görünmektedir (37). Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi ehliyetinin, hak ehliyetinin özel bir türü olmadığına da işaret edilmektedir. Gerçekten de burada objektif norm (iş hukuku kuralları) yaratma faaliyeti söz konusu olduğundan (38), medenî hukuktaki hak ehliyetinden farklı, spesifik koşullar aranmaktadır:

— İşveren tarafı, 2822 sa. TSGLK'na göre ancak bir işveren sendikası olabilir. Ancak, işverenin hernagi bir sendikanın üyesi bulunmaması halinde, bizzat işveren de taraf teşkil edebilecektir (m. 2; m. 12/II) (39).

— İşçi tarafı bakımından ise ehliyet, münhasıran işçi sendikalarına tanınmaktadır (TSGLK m. 2, m. 12).

Böylece 275 sa. K.'da olduğu gibi şimdi de her iki taraf bakımından konfederasyonlar, fiilî işçi toplulukları ile diğer tipteki kuruluşlar taraf teşkil edemeyecektir.

b) İşçi sendikasının toplu iş sözleşmesine taraf olabilmesi :

Bu bakımdan üzerinde çok durulmuş bulunan ve halen de önemini koruyan bir konu, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasasında toplu iş sözleşmesi hakkının "işçiler"e tanınmasına karşılık, TSGLK'larımıza göre ancak sendikal örgütlerin işçi tarafını teşkil edebilmesidir.

275 sa. K.'nın hazırlandığı ve daha sonra da uygulandığı dönemde öne sürülmüş bir görüşe göre, Anayasada işçilere tanınan bu hakkın kullanılmasının yasa ile sadece belli tipte meslekî örgütlere bırakılması, Anayasaya aykırılık teşkil eder. Bazı işçi çevreleri ile öğretimizde özellikle K. Oğuzman tarafından öne sürülmüş olan bu görüşün (40) çeşitli gerekçeleri arasında şunlar zikredilebilir:

(37) Bu yönde bkz.: İŞİK, R.: Ehliyet ve Yetki, 3. baskı, Ankara 1977, s. 13.

(38) TUNÇOMAÇ, II, s. 237-238.

(39) İşverenin bir sendikanın üyesi olduğu halde, sendikasının muvafakatı dışında imzaladığı toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne dair bkz.: 9. HD, 9.2.1987, 1925/1557, Çimento İşveren, Temmuz 1987, s. 19-20.

(40) OĞUZMAN, K.: Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunu Tasarısı Tahlil ve Tenkidi, İÜHFİM, C. XXVIII, Sa. 2, 1962, s. 423; aynı yazar: Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, 2. bası, İstanbul 1967, s. 59. Benzeri görüş S.K. Mimaroglu tarafından da benimsenmiştir (bkz.: MİMAROĞLU, s. 79-89).

— Toplu sözleşme hakkının sùjelerinde, Anayasa hükmüne nazaran bir daraltma yapılmıştır (41). Böylelikle bu hak dolaylı biçimde sınırlanmış, hatta yok edilmiştir. Bunun yanında, özellikle, söz konusu düzenlemenin “sarı sendikacılığı” teşvik edeceğine de işaret edilmiştir (42).

— Grev ve toplu sözleşme hakları belli nitelikte, yetki koşullarını taşıyan sendikalara hasredilince, işçiler bu sendikalara girme yönünde dolaylı bir baskı altına sokulmuşlardır. Dolayısıyla bu esaslar, Anayasamız tarafından güvence altına alınan negatif sendika özgürlüğü ile dilediği sendikayı seçme özgürlüğünü zedeler (43).

— Toplu sözleşme ve grev yapma olanaklarını işçi kuruluşlarına hasretmenin yararlı olduğu kabul edilirse bile, bu husus yasalardan önce Anayasa hükmünün düzenlenişinde gözönünde tutulup anayasa hükmünde yer almalıydı (44).

— Nihayet, BK m. 316-317'nin yürürlükte kalarak fiilî işçi topluluklarının da toplu sözleşme yapabilme olanağının devam etmesi, söz konusu aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır (45).

Bu görüşe karşı çoğunlukta bulunan diğer görüşteki yazarlar, yasa-koyucunun tutumunu tasvip ederek, Anayasaya aykırılık bulunmadığını savunmaktadırlar. Öğretimizde ilk kez özellikle T. Esener tarafından öne sürülmüş çeşitli argümanlar, toplu iş sözleşmesi yapma hakkının münhasıran sendikal kuruluşlara verilmesini desteklemektedir. Bunlar özetle şu şekilde sıralanabilir: (46)

— Anayasa, işçilere toplu iş sözleşmesi ehliyetini tanıyan *genel prensibi* öngörmüştür. Böyle olunca bu genel prensibin ışığı altında hangi

(41) TANÖR, s. 300.

(42) “Lâstik-İş 26. Dönem Raporu”, s. 143 (B. Tanör, s. 300'den atfen).

(43) OĞUZMAN, a.g.m., İÜHF 1962, Sa. 2, s. 423 vd.; Grev ve Lokavt, s. 59.

(44) OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s. 59.

(45) OĞUZMAN, Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, s. 57-58, d. n. 38; ESENER, T.: İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1964, s. 13-14; aynı yazar, İş Hukuku, s. 427-428; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi s. 40 vd.; MİMAROĞLU, s. 79-85. Millet Meclisinde yasa tasarılarının görüşülmesi sırasında Geçici Komisyon sözcüsü tarafından öne sürülen bu yöndeki gerekçenin yanıtıdır (TÜRK-İŞ: Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları, Ankara 1964, s. 173; M.M. Tutanak Dergisi, C. 16, 2. Toplantı, 76. Birleşim, s. 430).

(46) Benzeri görüşü savunan diğer yazarlardan bazıları: ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 34 vd. aynı yazar, Sendikalar, s. 104-106; IŞIK, s. 41-47; AKYOL, Ş.: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, s. 32-36.

işçi topluluklarının toplu iş sözleşmesi ehliyetini haiz oldukları, işçilerin yararına olarak yasa ile belirlenebilir (47).

— Fiili işçi toplulukları yerine sendikal örgütlerin taraf olabilmesi işçi çıkarlarının daha “etkili; devamlı, kararlı ve ciddi” biçimde (48) savunulmasını sağlamaktadır (49).

— Bir hakkın “varlığı” ile “kullanılma imkânı”nı birbirinden ayırtmak gerekir. Anayasamızda sadece işçilerin toplu iş sözleşmesi hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Buna mukabil bu hakkın kimin tarafından kullanılacağını gösteren bir anayasa hükmü bulunmamaktadır. Böyle olunca yasakoyucu, diğer uygar ülkelerde de yapıldığı gibi, toplu sözleşme hakkının kullanılmasını sendikalara bırakabilir (50).

— Nihayet, bu hakkın *kollektif* niteliği de gözönünde bulundurulduğunda, ancak toplu ve organize biçimde kullanılabilmesini doğal karşılamak gerekir (51).

Anayasa Mahkemesi de, özellikle işçiye yararlı olduğu gerekçesine dayanarak, Yasanın toplu sözleşme ehliyetini işçi tarafı bakımından sadece işçi sendikalarına tanıyan maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (52). Karar gerekçesinde, “5-10 işçiye veya eylemli işçi topluluklarına toplu iş sözleşmesi yapma yetkilerinin tanınması, Anayasanın toplu sözleşme ve grev yapma yetkilerini tanıması ile güttüğü gereğe uygun olması şöyle dursun, karşıt bulunmaktadır” denilmektedir. Daha sonra, “... Anayasanın 47. maddesindeki “işçiler” sözünden, güçlü işçi kuruluşlarında, başka deyimle güçlü işçi sendikalarında birleşmiş işçileri anlatmak isteği, Anayasanın herkesten önce işçileri korumak gereği ile bu hükmü koymuş bulunduğu dahi gözönünde tutularak kabul olunmalıdır” denilmiştir.

Sendika üyeliğine zorlama konusu bakımından, gerekçede şu ifadeler yer almaktadır: “...Bu durum işçileri belli bir sendikaya gümeye zor-

(47) ESENER, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 13-14; aynı yazar, İş Hukuku, s. 428.

(48) AKYOL, s. 35.

(49) ESENER, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 11-13; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, s. 34 vd.; aynı yazar, Sendikalar, s. 105; AKYOL, s. 35; IŞIK, s. 31-33.

(50) IŞIK, s. 42, s. 15-18.

(51) IŞIK, s. 43.

(52) *Anayasa Mahkemesi Kararı*, 19-20.10.1967, 1963-337/1967-31, RG 2.5.1969, 13188. Gerekçede başka hususlara da yer verilmiştir. Bunlar arasında BK'daki umumî mukavele hükümlerinin kaldırılmaması olmasına dayanan gerekçeye katılmak güctür.

lama anlamına gelmez ve böylece sendikaların isteğe bağlı olarak kurulmasını ve istekle sendikalara girilmesini öngören Anayasamızın 46. maddesine aykırılık söz konusu edilemez. Gerçekten sendikacılık çok yararlı bir akımdır ve işçi ve işveren ilişkilerinin bugün için vazgeçilmez bir koşulu niteliğindedir. O halde sendikacılığın gelişmesi için sendikalaşmış işçilere bir takım kazançlı durumlar sağlamak, işçileri sendika kurmaya veya sendikaya girmeye zorlama olarak nitelendirilemez. Bu olsa olsa bir heveslendirme yoludur ki, Anayasamızın bunu yasaklamış olması söz konusu değildir”.

c) *Toplu iş sözleşmesinin yalnız sendikanın kurulu bulunduğu işkoluna giren işyerlerini kapsamı :*

Gene ehliyeteye ilişkin önemli bir başka koşul da, yapılacak toplu iş sözleşmesinin münhasıran sendikanın *kurulu bulunduğu işkoluna giren işyerlerini* kapsamasıdır. Başka bir anlatımla, mevzuatımız açısından işkolu düzeyinde kurulabilen sendika, ancak kurulu bulunduğu işkolundaki işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapabilecektir. Bu hususun da bir ehliyet koşulu olarak ele alınması (53) pratikte önem taşır; zira yetki koşullarından farklı olarak, ehliyetsizliğe dayanan bir toplu iş sözleşmesinin geçersizliği, her zaman öne sürülebilip, hakimce re’sen de gözönünde bulundurulacaktır.

2. *Toplu iş sözleşmesi yetkisi :*

a) Bir önkoşulu teşkil eden ehliyetin sağlanmasından sonra aranacak diğer koşullar “yetki” koşullarıdır. Ehliyeteye nazaran daha dar bir kavram olan yetki, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetini haiz bir kuruluş veya kişinin, belli bir toplu iş sözleşmesini yapabilmesi için yasaca aranan niteliklere sahip olmasını ifade eder (54).

Yetki koşullarının kendine özgü, ayrı anlam ve önemi bulunmaktadır: Genel olarak toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilen bir kuruluşun, bu kez belli bir alanda bir toplu iş sözleşmesini akdedebilmesi söz konusudur (55). Bu nedenle yetki, bir bakıma toplu iş sözleşmesinin yer ve

(53) ESENER, İş Hukuku, s. 430; IŞIK, s. 27-28; ELBİR, s. 205; TUNÇOMAÇ, II, s. 242; aynı yazar, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, s. 386; REİSOĞLU, Şerh, s. 166-167, Yargıtay da aynı yönde kararlar vermiştir: 9. HD 28.6.1976, 11198/15684, Reisoğlu, Şerh, s. 167; HGK 5.11.1969, 9684/791, İş Hukuku Der. Ocak 1970, s. 4; 9. HD 12.1.1971, 13602/78, İş ve Hukuk, Nisan 1971, s. 28.

(54) OĞUZMAN, İlişkiler, s.22.

(55) IŞIK, s. 48-49 (Nipperdey’e atfen); TUNÇOMAÇ, İş Hukukunun Esasları, s. 386.

kişi yönünden uygulama alanını da belirlenmektedir (56). Ancak, sonraki Bölümde inceleyeceğimiz “teşmil” mekanizmasının işletilmesi halinde, toplu iş sözleşmesi yetki alanının dışında da uygulanacaktır.

Bunun yanında, sendika kurmada çokluk esasının kabul edildiği sistemlerde yetki koşulları, değişik sendikalar arasında belirli kuruluşların seçilmesine imkân vermektedir. Bir işyerinde aynı zamanda sadece bir tek toplu iş sözleşmesinin yapılıp uygulanabildiği Türk hukukunda, böylelikle “toplular iş sözleşmesi tekliği” ile “sendika çokluğu” esasları birbirleriyle bağdaşabilmektedir (57).

Öğretimizde genellikle yetki koşulu sayılan TSGLK m. 12'deki koşullardan ilki (işkolunda yüzde onluk baraj) H.K. Elbir tarafından “sayısal ehliyet şartı” olarak nitelenmektedir. Öteki yetki koşulu ise (işyerinde yarıdan fazla üyelik), işyerindeki işçileri “temsil yetkisi” olarak adlandırılmaktadır (58).

b) Konumuz açısından önemli bir nokta, Türk hukukunda, birçok hukuk sisteminde de görüldüğü gibi, yetki koşullarının *yasaca* belirtilmiş olmasıdır. Böylece hukukumuzda taraflar, anlaşma yoluyla diledikleri kuruluşu “yetkili” sayamayacaklardır. Tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliğine getirilen bu önemli kaydı açıklamak mümkündür: Önceden görüldüğü gibi geniş bir normatif etkiye sahip olan toplu iş sözleşmesinin herhangi bir kuruluş tarafından akdedilebilmesi sakıncalar gösterebilir. Üçüncü kişiler ve bunlar arasında taraf sendika ile hiç bir ilgisi bulunmayan kimseler üzerinde de bu denli önemli bir etki yapan bir işlemin sahiplerinde belirli bazı koşulların aranması doğal karşılanmalıdır.

c) Türk hukukunda “en çok temsil yeteneğini haiz olma”, üye sayısı oranına bağlanarak sayısal ölçütler kabul edilmiştir. TSGLK m. 12 /I'de sadece *işçi sendikası* için çifte koşul öngörülmektedir:

— Sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun bu sendikaya üye bulunması, birinci koşuldur. Bununla birlikte “tarım ve ormanlık, avcılık ve balıkçılık” işkolunda bu koşul aranmaz.

— Buna ilaveten, 275 sa. TSGLK'da da mevcut olan koşul varlığını sürdürmektedir: Toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyeri veya

(56) İŞİK, s. 50.

(57) Bkz.: İŞİK, s. 52-53; TUNÇOMAĞ, II, s. 245.

(58) ELBİR, s. 205-206.

işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının bu sendikanın üyesi bulunması gerekir. İşletme toplu iş sözleşmesi için söz konusu oran işyerleri bir bütün olarak ele alınarak hesaplanacaktır.

ç) İşveren tarafı için yasada sayısal nitelikli herhangi bir yetki şartı öngörülmemiştir. Sendika üyesi olmayan işveren, ancak kendi işyeri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşveren sendikası da üyesi olan işverene ait işyerleri için yetkili sayılmaktadır (m. 12/II). Kanunumuzda "Yetki" başlıklı maddede yer alan bu koşullar bazı yazarlarımızca hem ehliyet, hem de yetki ile ilgili hususlar olarak değerlendirilmektedir (59). Buna karşılık diğer bazı yazarlar, yasamızca açık biçimde yetki sorunu olarak düzenlenmesi nedeniyle, bu koşulları yetki koşullarından saymaktadırlar. Böyle olunca, bu koşullara uyulmaması halinde yetki itirazı ile yetkisizlik nedeniyle geçersizliğe ilişkin usüller uygulanacaktır (60). Kanunumuzca, işçi tarafı için yapılan ayrıma koşut bir ayrımı işveren bakımından da yapmak gerekir. Böylece, sendika üyesi olup olmama durumuna göre işveren sendikasının ya da işverenin taraf olabilmesi bir ehliyet sorunu olarak değerlendirilmelidir (61). Buna karşılık TSGLK m. 12/II'de "yetki" başlığı altında özel olarak öngörülen, "üyesi işverenlere ait işyeri" veya "kendi işyeri" bulunma şartları ancak yetki koşulları olarak değerlendirilebilecektir.

d) Yetki için 275 sa. TSGLK'da öngörülen koşulun, 2822 sa. K.'da işçi tarafı yönünden ağırlaştırıldığı görülmektedir. İşkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu üye bulundurma koşulunun eklenmesi, ilk bakışta yadırganacak bir sınırlamadır. Bununla birlikte yüzde onluk barajın son tahlilde ve genel olarak işçilerin lehine etki yapacağı söylenebilir: Bu koşulla ülkemizdeki çok sayıda, dağınık, küçük boyutlu sendikalar yerine, her işkolu içinde ve ülke çapında daha çok üyesi bulunan kuruluşlar avantajlı duruma getirilmektedir. Bu surette de sendikaların birleşmesi ve güç-

(59) Özellikle: ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 382. H.K. Elbir, bu koşulları ehliyet koşulu ("ehliyetin sayısal şartı") olarak kabul etmektedir (ELBİR, s. 205-206).

(60) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 22.

(61) Bkz.: ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 382 ve zikredilen Yargıtay kararları: 9. HD 9.2.1987, 1925/1557, Çimento İşveren, Temmuz 1987, s. 19-20; Yargıtay, işverenin, üyesi bulunduğu işveren sendikasının muvafakati dışında işçi sendikası ile anlaşarak imzaladığı toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Benzeri yönde, toplu iş sözleşmesi yapılması ile ilgili konularda husumet ehliyeti bakımından: 9. HD 4.5.1987, 4300/4437, Çimento İşveren, Temmuz 1987, s. 25.

lenmesi dolaylı biçimde kolaylaştırılmış sayılabilir (62). Bir başka yarar ise, işkolu içinde belli başlı bir veya birkaç sendikanın, çeşitli işverenlerle yapacakları toplu sözleşmelere taraf olarak, böylelikle işkolu içinde birbirine yaklaşan, benzeşen koşulların kabul edilmesidir (63). Yüzde onluk baraja karşı yöneltilebilecek on ciddi eleştirilerden birisi, bir işkolunda hiç bir sendikanın bu koşulu sağlayamaması halinde işyerlerinin toplu iş sözleşmesinden yoksun kalabilmesidir. Bununla birlikte uygulamada ülkemizde bu gereği sağlayacak güçte yeterince sendikanın oluştuğu gözlenmektedir (64).

İşyeri toplu iş sözleşmesi için aranan "işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının üye bulunması" koşulunun hiç bir sendika tarafından sağlanamadığı durumlarda da o işyeri, toplu iş sözleşmesinden yoksun kalacaktır. Bu durumda, TSGLK m. 11'deki koşulların mevduiyeti halinde teşmil mekanizması işletilerek söz konusu boşluğu doldurmak mümkündür.

e) Görüldüğü gibi, toplu iş sözleşmesi hakkının kullanılması bakımından, bu hakkın kollektif niteliğinden kaynaklanan önemli birçok kayıtlar bulunmaktadır. Hukukumuzdaki sınırlamaların genel çizgisi, bu hakkın kullanılmasının "sendika" tipi örgütlere hasredilmesi; bu örgütler arasında da 2821 sa. SK'da öngörüldüğü üzere (SK m. 3), münhasıran "işkolu sendikaları"nın kabulü; ve nihayet gene 2822 sa. TSGLK'da işkolunda ve yurt çapında belli güce kavuşmuş sendikaların yetki sahibi olabilmesi şeklindedir. Bütün bu kayıtlar, ülkemizde toplu iş sözleşmesi özerkliğinin kollektif ve kurumsal bir özerklik olduğunu gösterir. Hukuk düzenimizde, bu özerkliğin sahibi olan işçi ve işverenlerden özellikle işçiler, toplu sözleşme haklarını ancak mevzuatta ayrıntılı biçimde düzenlenen örgütler aracılığıyla, belli koşullarla ve belli bir süreci izleyerek kullanabileceklerdir.

Taraffarı bakımından ayrıntılı bir düzenlemeye konu olan toplu iş sözleşmeleri, etki alanları açısından da belli bir çerçeveye sokulmuştur:

(62) Bu yönde, örneğin: REİSOĞLU, Şerh, s. 170; KUTAL, M.: 2822 Sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, İktisat ve Maliye, C. XXXI, Sa. 1, Nisan 1984, s. 34 vd., s. 36; aynı yazar: Türk Hukukunda Yetki Tespitinin Önemi ve Sorunları, II, İktisat ve Maliye, C. XXXII, Sa. 10, Ocak 1986, s. 378 vd. s. 380.

(63) REİSOĞLU, Şerh, s. 170.

(64) Bkz.: REİSOĞLU, Şerh, s. 170.

B. 2822 sa. TSGLK'da toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı

1. Toplu iş sözleşmesinin düzeyi :

a) TSGLK m. 3 hükmü :

Anayasamızda toplu iş sözleşmesi düzeyine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 2822 sa. TSGLK ise "Toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi" başlıklı m. 3'de aşağıdaki hükümleri getirmiştir:

"Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.

"Bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır.

"İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin arandın niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtaya onbeş gün içinde kesin karar verilir.

"Bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz".

b) İşyeri düzeyinin esas alınması :

Görüldüğü gibi, 2822 sa. K. düzenlemesinde ilke olarak işyeri düzeyi kabul edilmektedir. Böylece 275 sa. K.'da mevcut olan işkolu ve işyeri toplu iş sözleşmeleri ikiliği terkedilmiş bulunmaktadır.

Esasen 275 sa. Kanun zamanında gerçek anlamda "işkolu sözleşmesi" yapılmadığı da gözlenmekteydi. Genellikle içerikleri aynı, aynı hüküm ve sonuçları doğuran, tamamen benzeri fonksiyonlar gören, fakat sadece taraflarının ehliyet ve yetkisi ile akdedilme sırasında başvuru merciler bakımından farklılık gösteren iki tip toplu iş sözleşmesi yapılmaktaydı (65). Bazı yazarlarımız, işkolu toplu iş sözleşmesinin

(65) İŞİK, s. 59; bkz. ayrıca: ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 4. bası, İstanbul 1979, s. 385-389; REİSOĞLU, Şerh, s. 58-59.

özgün fonksiyonlara yönelik, farklı içerikli, birçok yabancı sistemdeki uygulamalarda görüldüğü gibi, işkolu çapında "genel" nitelikli belli tipte hükümlere ağırlık veren sözleşme olması gerektiğine işaret ediyorlardı (66). Ne var ki 275 sa. K.'daki düzenlemede bu bakımdan herhangi bir farklılık getirilmemişti. Bunun yanında, bu toplu iş sözleşmelerinden biri yürürlükte iken diğerinin yapılıp yapılamayacağı da yasa da açıklanmadığından, uygulamada barış ortamını bozan toplu sözleşme çağrıları ve çekişmeler cereyan ediyordu. Bu nedenlerle öğretimizde bir işyerinde hem işyeri, hem de işkolu sözleşmesi yapılabilmesi haklı olarak eleştirilmiştir (67). Bunun yanında da, her ne kadar bazı yazarlarımız çeşitli yarar ve sakıncalarıyla birlikte genel olarak en elverişli toplu sözleşme türünün işkolu sözleşmesi olduğunu savunuyorlarsa da (68), ülkemiz koşullarında tek düzey olarak işyeri düzeyinin kabulü yönündeki öneriler (69) pozitif hukukumuzda geçirilmiştir.

c) *Bir işyerinin sınırlarını aşma olanağı:*

İşyeri esasının kabulü, toplu iş sözleşmesinin mutlaka her işyeri için ayrı ayrı yapılmasını gerektirmemektedir: TSGLK m. 3/I'de belirtildiği gibi, "bir toplu iş sözleşmesi, aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir". Böylece, şimdiki sistemimizde işkolu toplu iş sözleşmesinin işlevlerini görebilecek tipte sözleşmeler yapma olanağı mevcuttur (70). Yürürlükte olan düzenleme çerçevesinde, aynı işkolunda kalmak kaydıyla, birden fazla işyerini kapsayan tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir (70). Maddenin Komisyon gerekçesinde belirtildiği gibi: "... bu düzenleme bir yerdeki veya bölgedeki yahut işkolundaki tüm işyerlerini kapsayabilecek bir toplu iş sözleşmesi yapılması imkânını açık tutmaktadır. Nitekim "Grup sözleşmesi" diye adlandırılan sözleşmeler işkolu sözleşmesi esasına göre

(66) Bkz.: IŞIK, s. 57-60. 275 sa. TSGLK'nun hazırlanması sırasında Millet Meclisi Geçici Komisyon Sözcüsü Raporunda bu yönde görüş yer almaktaydı (Türk-İş: Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları, Ankara 1964, s. 96). Yargıtay da işkolu toplu iş sözleşmesi - işyeri toplu iş sözleşmesi arasında farklılık yaratma çabasında bulunmuştur. Bu yönde bazı kararlar için bkz.: REİSOĞLU, Şerh, s. 58-59.

(67) Bkz. öz.: ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 4. bası, s. 385-389; OĞUZMAN, İlişkiler, 2. bası, s. 51-53.

(68) Bkz.: KUTAL, M.: Toplu Pazarlığın Düzeyi ve Batı Avrupa Ülkelerinde Başlıca Gelişmeler (I), İktisat ve Maliye, C. XXXV, Sa. 4, Temmuz 1988, s. 163 vd., s. 167.

(69) Özellikle bkz.: ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 4. bası, s. 386-389.

(70) Bkz. 2822 sa. K. m. 3'e ilişkin gerekçe: TUNCAY, C. - CENTEL, T.: Türk İş Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, İstanbul 1984, s. 426: "Bu çözüm şeklinin işkolu toplu iş sözleşmeleriyle amaçlanan hususları da engellemeyeceği açıktır".

değil, işyeri sözleşmesi esasına göre yapılmış, bir yerdeki veya bölgedeki yahut değişik yerlerdeki çok sayıda işyerini kapsayan sözleşmeler olarak uygulama alanına sokulmuş bulunmaktadır” (71). Tabii bunun için yetki koşullarının her işyeri için ayrı ayrı sağlanması gerekir. Ayrıca, tarafların böyle bir sözleşme yapılması konusunda anlaşmaları da şart görünmektedir; zira Yargıtay, Yasamızda “grup sözleşmesi” adı altında bir sözleşme türünün düzenlenmeyişine dayanarak, taraflardan birinin diğerini grup toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağına karar vermektedir (72).

d) *İşletme toplu iş sözleşmesi :*

2822 sa. TSGLK, “işletme toplu iş sözleşmesi” adı altında yeni bir toplu iş sözleşmesi türü getirmiştir (m. 3/II). Bu düzenleme ile tamamen özgül bir “işletme” kavramı, özgül hukuksal rejim benimsenmektedir.

— İşletme kavramı burada TTK m. 11'deki “ticarî işletme”den farklı, bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak ele alınmıştır. Yasamızın anlatımında yer alan, “bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir” şeklindeki ibare de bunu açıkça ortaya koymaktadır. İşletme toplu iş sözleşmesi için işyerlerinin *aynı işkoluna* girmesi kaydı mevcuttur. Böylece, farklı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinin aynı işletmeye bağlı olması durumunda bile tek bir toplu iş sözleşmesi yapmak mümkün olmayacaktır.

— İşletmeye dahil işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olması gerekir. Daha önce konulmuş bulunan, “işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı” olması kaydı, uygulamada bu koşulun pek geniş yorumlandığı da görülerek kaldırılmıştır (73). Kamu

(71) TUNCA Y - CENTEL, s. 426; REİSOĞLU, Şerh, s. 426.

(72) 9 HD 24.4.1986, 3377/4325, Tühis, Mayıs-Temmuz 1986, C. 10, Sa. 3-4, s. 16-17; YKD, Mart 1987, C. XIII, Sa. 3, s. 414; eleştiri için bkz.: EKONOMİ, M.: İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, Kamu-İş, C. 1, Sa. 1, s. 6-21, s. 7 vd. Grup toplu iş sözleşmesi yapılması konusundaki uyumsuzluk halinde grev kararı alınmamış işyerlerinde lokavt kararı alınmayacağına dair ilginç karar için bkz.: 9 HD 11.5.1987, 4591/4805, YKD; Ekim 1987, C. XIII, Sa. 10, s. 1509. (Karş.: OĞUZMAN, İlişkiler, s. 28-29; EKONOMİ, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 6 vd.)

(73) Örneğin: 9 HD 13.6.1984, 5769/6561, Tütis, Kasım 1984, C. 8, Sa. 6, s. 13; İşveren, Ocak 1985, C. XXIII, Sa. 4, s. 17; İHU, TSGLK m. 3, No. 1 ve K. *Oğuzman*'ın inceleme ve eleştirisi; 9 HD 24.4.1985, 4671/4376, YKD, Eylül 1986, C. 12, Sa. 9, s. 1319; İşveren, Mart 1986, C. XXIV, Sa. 6, s. 18; Tütis, Temmuz-Ağustos 1985, C. 9, Sa. 4-5, s. 35; İktisat ve Maliye, Aralık 1985, C. XXXII, Sa. 9, s. 346 ve M. *Kutal*'ın notu.

Değişikliği getiren Yasa: 3.6.1986 ta., 3299 sa. Kanun, RG 19.6.1986, Sa: 18139, m. 1.

işverenleri için ilginç bir farklılık daha getirilerek, artık kamu kurum ve kuruluşlarına (74) ait müesseseler ve işyerlerinin ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları halinde bile, bunların hepsi için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması öngörülmektedir (75). Bu konuda gene Yargıtay içtihatlarında kabul edilen bir çözümün yasaya geçirildiği söylenebilir (76).

“İşletme toplu iş sözleşmesi”nin konumuz açısından üzerinde durmayı gerektiren özelliği, TSGLK m. 3/II'deki koşulların bir arada bulunması halinde toplu sözleşmenin *zorunlu* olarak ancak bu düzeyde yapılabilmesidir. Bu hüküm emredici olduğundan, taraflar aralarında anlaşarak işyerleri düzeyinde ayrı toplu sözleşmeler akdedemezler.

Bununla birlikte, TSGLK m. 3/II anlamında “işletme” toplu iş sözleşmesi ünitesi bazı hallerde bölünebilir görünmektedir: Söz konusu işletmeye dahil işyerlerinin *bir kısmında grev yasağı* bulunduğu zaman, çözümü oldukça güç bir seçimleme sorunu ortaya çıkar: Bir yandan Anayasada öngörülen toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, diğer yandan grev yasağı halinde uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesine dair Anayasa m. 54/V hükmü, işletme düzeyinde tek toplu iş sözleşmesi esas (TSGLK m. 3/II) ile bir araya geldiğinde, bu esaslardan birinin ihlali kaçınılmaz gibi görünmekte.

Bu konuda değişik görüşler öne sürülmüştür (77). Önceliğin anayasal düzeyde korunan ve bir temel ilke niteliğini taşıyan toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına verilmesi gerektiği görüşlerine biz de katılıyoruz

(74) Kamu kurum ve kuruluşlarının tüzel kişilikleri olması da gerekli değildir. Bununla birlikte, *H.K. Elbir*'in işaret ettiği gibi, “kamu gücüne dayanan ve belli ölçüde bağımsız olarak bir kamu hizmeti yürüten, idari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu idaresi kuruluşu” olma koşulları da mevcuttur (ELBİR, s. 202). Bu yönde bkz.: Danıştay. İBK, 8.3.1979, 1971-1/1979-1, RG 6.2.1980, Sa: 16892.

(75) Dipnot (73)'de zikredilen Yasa.

(76) 9 HD 13.6.1984, 5769/6561 (bkz. dn. 73)

(77) Bu durumlarda Yüksek Hakem Kurulunca bağtlanacak sözleşmenin tüm işyerlerini kapsayabileceği ve grev ve lokavtların sona ermesi gerektiği yönünde: REİSOĞLU, Şerh, s. 277-278. Farklı yönde: Grev yasağı bulunan işyerleri için Yüksek Hakem Kuruluna başvurulması; diğerleri için grev ve lokavta gitme imkânlarıyla serbest toplu pazarlık sonucu ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapılması. Bu durumda yetki koşullarının ele alınıp saptanması dahil, tüm işlemler bu iki toplu iş sözleşmesi ünitesi için ayrı ayrı yürütülecektir. Bu yönde: EKONOMİ, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 19-21. Nihayet, işletmeye dahil işyerlerinin tümünün serbest toplu pazarlık sonucu yapılacak toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmesi görüşü: ULUCAN, D.: Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 29 No. 1.

(78). Gerçekten, grev yasağı halinde uyumsuzluğun Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesi (Anayasa m. 54/V), grev yasağına tâbi işyerleriyle sınırlı kalmalıdır ve bir zorunluluk değil, sadece bir olanak biçiminde anlaşılmalıdır. Kanımızca da işletmenin grev yasağı bulunmayan diğer işyerlerinde grev yapılabilecek ve serbest toplu pazarlık sonucu işletmenin bütününe kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi gerçekleştirilecektir (79).

Anayasa ve yasanın açık hükümlerine göre, grev yasağı kapsamına giren işyerleri için Yüksek Hakem Kuruluna başvurma olanağı mevcuttur. Dolayısıyla, bu olanak kullanıldığında işletme toplu iş sözleşmesi, bütünlüğünü kaybedecektir. Bu konuda *D. Ulucan* tarafından öne sürülen görüşe göre, "bir işletme içinde grev yasağı bulunan bir işyerinin varlığından yararlanarak o işyeri için Yüksek Hakem Kurula gitme talebinde bulunmak ve bu yoldan işletme toplu iş sözleşmesini bölmek veya tüm işletme işyerlerinin grev yasağı kapsamına girmesini sağlama iyiniyetle bağdaşmaz" (80). Kanımızca, mevcut Anayasa ve yasa hükümleri karşısında, işletme toplu iş sözleşmesi dahilindeki grev yasağı bulunan işyerleri için Yüksek Hakem Kuruluna başvurma olanağı böyle bir gerekçeyle topyekün olarak ortadan kaldırılamaz. Konu bazı Anayasa ve yasa değişiklikleri çerçevesinde yeniden ele alınabilir. Şimdilik, daha üst normları teşkil eden Anayasanın grev ve toplu iş sözleşmesi haklarına ilişkin m. 53, m. 54 ve grev yasakları halinde uyumsuzluğun Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesi olanağını öngören m. 54/V, işletme toplu iş sözleşmesinin teklifi esasına nazaran öncelik taşımaktadır.

İşletme toplu iş sözleşmesinde yetki için, sendikanın yarısından fazla işçiyi üye bulundurması koşulunun işyerleri değil, işletme düzeyinde ele alınacağını da hatırlatmak gerekir (TSGLK m. 12/I, son cümle). Böyle olunca, hiç bir sendikanın işletmenin bütününde bu koşulu sağlayamama durumu kolaylıkla ortaya çıkabilir (81). Bu durumlarda gene teşmil

(78) Bu yönde: EKONOMİ, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 20: "Anayasada güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir gereği olarak bu sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukların devlet müdahalesi ile (Yüksek Hakem Kurulu değil, tarafların barışçı yolları (arabuluculuk) denedikten sonra şartlarına uygun olarak grev ve lokavt haklarını kullanarak çözümlenmeleri asıldır." Daha da ileri olarak: ULUCAN, İHU, TSGLK m. 29, No. 1.

(79) Bu yönde: ULUCAN, İHU 1988-1989, TSGLK m. 29, No. 1; ve bu görüş doğrultusunda sonradan alınan bir karar: 9. HD 13. 7.1990, 7963/3221, Tühis, Ağustos 1990, s. 13.

(80) ULUCAN, Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 29, No. 1.

(81) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 30.

yalıyla o işletme işyerlerini aynı işkolunda yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına sokma olanağı mevcuttur. Ancak bu uygulamanın tarafların özerkliklerine ciddi bir müdahale teşkil edeceği de açıktır.

e) *Yasada koşulları belirlenen düzeylerin dışına çıkılamaması :*

Konumuz açısından üzerinde durmayı gerektiren bir nokta da, hukukumuzda ancak belirli düzeylerin öngörülmüş olmasıdır. Taraflar, aralarında anlaşsalar bile, toplu sözleşmeleri yasamızda olanak tanınmayan düzeylerde yapamazlar.

Böylece taraflar:

— Yukarıda değinildiği gibi, işletme toplu iş sözleşmesinin koşulları bir araya geldiğinde, ancak yasada sınırları belirtilen (TSGLK m. 3/II) bir “işletme toplu iş sözleşmesi”ni yapabileceklerdir.

— Bu durum dışında, esas olarak kabul edildiği üzere, toplu iş sözleşmeleri zorunlu olarak işyeri veya işyerleri düzeyinde yapılacaktır. Toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsayabilir; fakat bu hususun her iki tarafça kabul edilmesi gerekmektedir: Yargıtayın içtihadına göre, taraflardan sadece birisi diğerini birden fazla işyeri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapmaya icbar edemez.

— Hukukumuzda hiç bir toplu iş sözleşmesi, teşmil halinde bile, bir işkolunun sınırlarını aşamaz. Bazı yabancı hukuklarda, özellikle de Fransız hukuku örneğinde görülen ve bir işkolunun sınırlarını aşan genel kapsamlı düzenlemeler ülkemizde tarafların özerk iradelerine terk edilmemiştir. Bununla birlikte yasakoyucu, TSGLK m. 3'deki çerçeveyi genişletebilir.

f) *Toplu iş sözleşmesi tekliği ilkesi :*

İşyerinde toplu iş sözleşmesi tekliği ilkesi, hukukumuzda çok önemli bir esastır. Anayasada da yer alan (m. 53/IV) bu hükme göre, “bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz” (TSGLK m. 3/IV).

Esasen teklik ilkesi, toplu iş sözleşmelerinin değişik düzeylerde yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Örneğin, yasakoyucu, önceden de olduğu gibi hem işkolu hem de işyeri toplu iş sözleşmesi tiplerini öngörebilirdi. Fakat, 275 sa. K.'nun uygulamasından farklı olarak, artık

belli tipte bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren bir işyeri, farklı düzeyde de akdedilse, bir başka toplu iş sözleşmesinin kapsamına giremez.

Bu esas, gerek işyerindeki çalışma barışını ve yeknesak bir çalışma düzenini sağlaması, gerekse geçmişteki uygulama sorunlarına son vermesi bakımından öğretimizde tasvip edilmektedir (82). Burada ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, bir işyerini kapsayan toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince o işyerine bir başka toplu iş sözleşmesinin teşmili de caiz olamaz (83).

2. Toplu iş sözleşmesinin kişi bakımından uygulama alanı :

Bu incelemede, konunun ayrıntılarına girmeden, sadece toplu iş sözleşmesinin etkisi açısından da kolektif nitelik taşıdığını vurgulamak; bu bakımdan Türk hukukunda görülen bazı özelliklere değinmek isteriz.

a) Taraf sendikaya üyelik koşulu :

Hukumumuzda toplu iş sözleşmesinden yararlanmada ilke olarak "taraf sendikaya üyelik" koşulu kabul edilmektedir. TSGLK m. 9 /I-II'ye göre:

"Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanırlar.

"Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverence bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar."

Genel açıdan bakıldığında, taraf sendikaya üyelik koşulu, H. Kelsen'in kabul ettiği anlamda normatif özerklik ilkesine bir ölçüde yaklaşmaktadır: Her ne kadar, sözleşme normlarını koyanlar ile tâbi olanlar aynı kimseler değilse de, taraf örgüte kendi serbest iradesiyle imza tarihinde üye bulunan kimsenin, normun oluşumuna hiç olmazsa dolaylı bir etki yaptığı söylenebilir. Haklıca belirtildiği gibi, "örgüte üye olan işçi, bağımsız iradesi ile üyeliği kabul ettiği için örgütün toplu sözleşme

(82) ELBİR, s. 204; benzeri anlamda: OĞUZMAN, İlişkiler, s. 26; REİSOĞLU, Şerh, s. 59.

(83) "Teşmil"i düzenleyen TSGLK m. 11 /I'de, "...o işkolunun toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine veya bir kısmına teşmil edebilir" şeklinde kayıt yer almaktadır.

erkini baştan kabul etmiş sayılır. Ayrıca, işçinin örgütten ayrılma ile, örgütün toplu sözleşme erki etkisi dışına çıkma olanağı da vardır” (84).

Bunun yanında, konu ülkemiz koşulları açısından ele alındığında, işçi sendikalarının güçlenmesine elverişli olan böyle bir düzenleme tarzı tasvip edilmelidir. Üyelik şartı, negatif sendika özgürlüğünü dolaylı olarak zedelemesi, diğer taraftan da işyerinde işçiler arasında ayırım gözetici uygulamalara yol açıp çalışma düzeninin yeknesaklığını bozması bakımından eleştirilebilir. Düzenlememizde bu sakıncaları bir ölçüde ortadan kaldıracı bazı hüküm ve olanaklar da mevcuttur:

— Önceden değinildiği gibi, sırf parasal olmayıp da işyerinin çalışma düzenini ilgilendiren toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyerindeki tüm işçilere uygulanacaktır (SK m. 31/III-IV hükmünün karşıt anlamı).

— Bunlar dışında, ayrıca “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında”ki toplu iş sözleşmesi hükümlerinden de (SK m. 31/IV), taraf sendikanın üyesi bulunmayanlar, *dayanışma aidatı* ödeyerek yararlanabilirler (TSGLK m. 9/III-IV). Ancak bu yararlanma, imza tarihinde üye bulunup da üyeliği devam edenlerin yararlanmasına nazaran daha sınırlıdır. Zira m. 9/III’de belirtildiği üzere, “dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir”. Yargıtay, bu kaydı daha önceki içtihadında kabul ettiği gibi, geniş biçimde yorumlayarak, talep tarihinden ve ayrıca da toplu iş sözleşmesinin imzasından önceki döneme ilişkin hakları, hiç bir surette yararlanmanın kapsamına dahil etmemiştir (85). Mevcut düzenleme karşısında Yargıtayın yorum tarzını tasvip eden N. Çelik, bizzat düzenlemenin Anayasa (m. 51/IV) ve Yasada (SK m. 22/I) yer alan negatif sendika özgürlüğüne ters düştüğü görüşündedir (86). Buna karşılık K. Oğuzman, imza tarihinde dayanışma aidatının ödenip yarar-

(84) ULUCAN, D.: Karar incelemesi, İHU 1975, TSGLK m. 6, No. 1.

(85) Bu yöndeki çok sayıda kararlar arasında, örneğin: HGK 15.2.1985, 9-389/95, YKD, Şubat 1986, C. 12, Sa. 2, s. 226; 9 HD 30.9.1986, 6715/8604, İşveren, Şubat 1987, C. XXV, Sa. 5, s. 17. Toplu iş sözleşmesinde aksine düzenleme getirme olanağı da kabul edilmemiştir: dayanışma aidatı ödeyenlerin de, dayanışma aidatının önceki döneme ilişkin tutarını ödemek koşulu ile, yürürlük tarihinden itibaren yararlanmayı öngören toplu sözleşme hükmü geçersiz sayılmıştır (Bkz. ayrıca karşı oy yazısı): 9 HD 20.3.1986, 1531/3176, YKD, Şubat 1987, C. XIII, Sa. 2, s. 241; aynı yönde: 9 HD 31.3.1986, 2492/3578, Tühis, Mayıs-Temmuz 1986, C. 10, Sa. 3-4, s. 12.

(86) ÇELİK, N.: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Tühis, Ocak 1986, C. 10, Sa. 1, s. 3 vd.; aynı yazar: İş Hukuku Dersleri, s. 421-422.

lanma talebinde bulunma halinde geriye etkili sayılan hükümlerden tam olarak yararlanılacağı görüşündedir (87).

— Sendikanın üyesi olmayan işçiler, ayrıca *sendikanın yazılı muvafakatıyla* söz konusu örgütün faaliyetleriyle üyelerine sağladığı hak ve menfaatlardan yararlanabilirler (SK m. 36). Uygulamada bu yola fazla başvurulmadığı görülmektedir.

— Nihayet, toplu iş sözleşmesinin *teşmili* halinde de üye olmayanlar, toplu iş sözleşmesinin hükümlerinden yararlanacaklardır. “Teşmil”, sonraki Bölümümüzün konusunu oluşturacaktır.

b) *Üyelğe rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlanmayacak kişiler :*

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için genel olarak taraf sendikaya üyelik yeterli olmakla birlikte, bazı hallerde bir kısım üyeler toplu sözleşme hükümlerinin dışında kalmaktadır:

— Bir kere TSGLK m. 62/II'ye göre: “İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır”. Dolayısıyla bu kimseler, toplu iş sözleşmesinin işçilere sağladığı haklardan yararlanamayacaklardır.

— Diğer yandan, TSGLK m. 38/II'de yer alan hükme göre: “Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 39 uncu maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar aksine bir hüküm bulunmadıkça yararlanamazlar”. Burada toplu iş sözleşmesine aksine kayıt koyma olanağının açıkça belirtilmiş olması ve bu hususun tarafların özerk iradelerine bırakılması isabetlidir; zira “grev”, hukukumuzda gene toplu iş sözleşmesi yapılması çerçevesinde ve inisiyatifi bakımından yetkili işçi sendikasının iradesine bırakılmış kolektif bir haktır.

Yasadaki anlatımda “işyerinde çalışmış olanlar” denildiğine göre, sadece greve katılma nedeniyle değil, başka nedenlerden dolayı çalışmayan üye işçiler de toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Örneğin, hastalık, izinli olma, işverence çalıştırılmama nedenlerinden biriyle işyerindeki çalışmalarına devam etmeyen işçiler de greve katılanlar gibi otomatik olarak toplu sözleşmeden yararlanacaklardır.

(87) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 75; benzeri yönde bkz.: REİSOĞLU, Şerh, s. 146-148. Kurş.: TUNÇOMAÇ, II, s. 288; aynı yazar: İş Hukukunun Esasları, s. 420. Ayrıca bkz. *aksi yön- de*: Ö. EYRENCİ'nin karar incelemesi ve notu: İHU 1980/III ve 1981/II, TSGLK m. 7, No. 8 ve 9.

Taraf sendikannn üyesi olmayıp da dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlanmak isteyenler, eğer grev sırasında çalışmaya devam etmişlerse, sendika buna razı olmadıkça toplu sözleşmeden yararlanmazlar (88). Bununla birlikte kanımızca burada gene, sırf parasal olmayıp da işyerinin çalışma düzenini ilgilendiren hükümlerden tüm işçiler yararlanmalıdır.

— Bazı toplu iş sözleşmelerinde bir kısım işçiler *kapsam dışı* bırakılmaktadır (89). 275 sa. K. zamanından beri uygulamada görülen ve yargı kararlarımızda cevaz verilen bu tutum (90), öğretimizde görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Bu içtihadı eleştiren bazı yazarlarımıza göre, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılan kimseler, bir başka toplu sözleşme yapmak veya dayanışma aidatı ödemek suretiyle de bu haktan yararlanamayacaklarına göre, Anayasa tarafından kendilerine tanınan toplu sözleşme hakkından kendi iradeleri dışında yoksun bırakılmaktadırlar (91). Ayrıca böyle bir kararlaştırma, “sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar” (SK m. 33 son fıkra) hükmüne de ters düşmektedir (92).

(88) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 236.

(89) Uygulamada çoğu zaman müdür, şef, mühendis ve büro personeli türünden işçiler kapsam dışı bırakılmaktadır.

(90) Bkz. örneğin: 9 HD 6.5.1974, 24604/8465 ve D. Ulucan'ın incelemesi, İHU 1975, TSGLK m. 6, No. 1; 9 HD 12.1.1976, 31395/1000, YKD, Nisan 1976, s. 490; 9 HD 16.2.1976, 1704/5689 ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU 1976, TSGLK m. 37, No. 2; 9 HD 20.5.1985, 2546/5437, İşveren, Temmuz 1985, C. XXIII, Sa. 10, s. 17; YKD, Eylül 1986, C. 12, Sa. 9, s. 1326: Bu ilginç karara konu olayda toplu iş sözleşmesinde kapsam dışı bırakılan çalışanlara ayrıca toplu sözleşmede tanınan çıkarlardan aşağı haklar sağlanmayacağı da belirtilmekteydi. Yargıtay bu hükmün tam etkisini kabul etmiştir. Bkz. ayrıca: HGK 25.4.1986, 9835/448, Tekstil İşveren, Şubat 1987, s. 22.

(91) ÇELİK, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1976, İstanbul 1979 (Değerlendirme 1976), s. 162-163; aynı yazar: Sendikalar, s. 257-259; İş Hukuku Dersleri, s. 412-413; OĞUZMAN, Değerlendirme 1976, s. 171, s. 176; aynı yazar: İlişkiler, s. 79; Kapsam dışı bırakılanların muvafakatının gerektiği belirtilmektedir. Benzeri yönde: Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması ve Uygulamasında Yargıtay Kararlarının Etkisi, YKD Ocak-Ekim 1989, C. 15, Sa. 1-4, N. Çelik: s. 529-530; K. Oğuzman: Genel Görüşme, s. 543.

(92) ÇELİK, Değerlendirme 1976, s. 162-163; Sendikalar, s. 257-259; İş Hukuku Dersleri, s. 412. Daha nüanslı olarak: ESENER, İş Hukuku, s. 482. Karş: TUNCAY, C.: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 172-173, dn. 86'da Yazar, kapsam dışı bırakmanın Anayasaya aykırı düşeceğini, buna karşılık kapsam dışı bırakılanların esasen “farklı özelliklere sahip işçiler” olmaları nedeniyle eşitlik ilkesine aykırılık olmadığı görüşündedir. Bkz. ayrıca: Değerlendirme 1976, s. 167-168: Kapsam dışı bırakılan işçinin muvafakatı halinde geçerli olacağı görüşü benimsenmiştir.

Aksi görüşü savunan diğer yazarlar ise, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir gereği olarak tarafların, sözleşme kapsamına girip girmeyecek kimseleri serbestçe belirleyebilecekleri görüşündedirler (93). S. Reisoğlu'nun işaret ettiği gibi, 2821 sa. SK'da sendikal faaliyetlerden yararlanmada eşitliği gözetme esasının toplu iş sözleşmesi yapmayı içeren m. 32'de değil, sosyal faaliyetleri düzenleyen m. 33'de yer alması, kabul ettikleri yorumu desteklemektedir (94). Benzeri görüşte başka yazarlar da bu bakımdan bir ayırım yaparak, toplu iş sözleşmesi ile "bağlı olanları, toplu sözleşmenin hükümlerinin kendisine uygulanmayacağı kararlaştırılan, yani *kapsam dışı* bırakılan kimselerle karıştırmamak gerektiği"ni öne sürmektedirler. Bu yazarlara göre, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olanlar yasa ile belirlenmiş olup (TSGLK m. 9), bu kişileri saptama yetkisi taraflara verilmemektedir; özellikle de bağlı olanların çerçevesini genişletme olanağı yoktur. Zira, "normatif nitelik yasa tarafından konan ve sözleşme özgürlüğünü geniş şekilde kısıtlayan bir kurum olduğu için sınırlarının açıkça belli olması, diğer sözleşmelere uygulanacak şekilde genişletilmemesi gerekir" (95). Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin kapsamına kimlerin girip girmeyeceği konusu tarafların yetkisi içinde olup, toplu sözleşme erkinin bir unsurudur (96).

Yukarıdakiler dışında, aynı yönde öne sürülen başka gerekçeler de bulunmaktadır. M. Ekonomi tarafından bu görüşü destekleyici olarak ilâve edilen çeşitli argümanlar arasında birisine katılmadığımızı belirtmek isteriz: TSGLK'da taraflara kapsama alma veya almama olanağı tanıyan bir hükmün (greve katılmayanlarla ilgili 275 sa. K. m. 24/II; 2822 sa. K. m. 38/II) bulunmasına dayanılarak öne sürülen, "tarafların sözleşmenin kişiler itibarıyla uygulama alanının düzenlenmesinde ve bu arada bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmaları konusunda kural olarak serbest bulduklarını ortaya koymaktadır" (97) gerekçesine katılmak

(93) REİSOĞLU, Şerh, s. 43-44; ULUCAN, D.: Karar incelemesi, İHU 1975, TSGLK m. 6, No. 1; EKONOMİ, M.: Karar incelemesi, İHU 1976, TSGLK m. 37, No. 2.

(94) REİSOĞLU, Şerh, s. 44.

(95) ULUCAN, İHU, TSGLK m. 6, No. 1 ve atıf yapılan yazarlar: HUECK - NIPPERDEY - STAHLHACKE, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., s. 149.

(96) ULUCAN, İHU, TSGLK m. 6, No. 1 ve orada atıf yapılan yazarlar: NIKISCH, Arbeitsrecht, II, Aufl. 2, s. 263; NIPPERDEY, Lehrbuch, II, Aufl. 2, s. 342.

(97) EKONOMİ, İHU, TSGLK m. 37, No. 2. 2822 sa. K. m. 38/II'de belirtildiği üzere: "Grev sonunda yapılacak toplu iş sözleşmesinden, 39'uncu maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar, aksine bir hüküm bulunmadıkça yaralanamazlar".

güçtür. Tam tersine, böyle bir hüküm karşısında bu yetkinin her defasında yasa koyucu tarafından açıkça verilmesi gerektiği sonucuna varmak daha kolaydır. Buna karşılık, Sendikalar Kanunundaki eşitlik esası bakımından (274 sa. SK m. 14/2; 2821 sa. K. m. 33/son fıkra), toplu iş sözleşmelerinde işçilerin kapsam dışı bırakılmasında indî ve keyfî ayrımlara gidilmeden, işin niteliğine bağlı olarak konulan ve haklı nedenlere dayanan ayrımların caiz olduğu görüşüne katılmaktayız (98). Nitekim 2822 sa. TSGLK m. 62/II (275 sa. TSGLK m. 45/II) de benzerî düşünceyle getirilmiş bir ayrımdır (99). S. Reisoğlu, benzerî biçimde kapsam dışı bırakmanın ancak tüm işçiler için söz konusu olabileceği, buna karşılık kapsam dışı işçileri ismen sayma cihetine gidilemeyeceği görüşündedir. Ancak bu son görüşün dayanağı eşitlik esası olmayıp, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin sadece genel nitelikte hüküm sevkine elverişli bulunmasıdır (100).

Bu tartışmaların özünde, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları ile bu özerkliğin kullanımının doğrudan kimin elinde olacağı sorunu bulunmaktadır. Kanımızca, hukukumuzda işçilerin sendikaları aracılığı ile kullanabildikleri toplu iş sözleşmesi hakkının mevzuatımızda düzenleniş tarzı ve mantığı, yukarıda belirtilen kayıtlarla, kapsam dışı bırakmalara izin vermektedir.

(98) EKONOMİ, a.g.m. 2821 sa. SK'nun "Sendika ve konfederasyonların sosyal faaliyetleri" başlıklı m. 33/son fıkra hükmüne göre: "Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar."

(99) Diğer gerekçelerle etraflı açıklamalar için bkz.: EKONOMİ, a.g.m. 2822 sa. K. m. 62/II'ye göre: "İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır."

(100) REİSOĞLU, Şerh, s. 44.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TEŞMİLİ

§ 1. GENEL OLARAK TEŞMİL

I. TEŞMİL KURUMUNUN ANLAMI VE İŞLEVLERİ

A. "Teşmil" in anlamı

a) "Teşmil" in tanımı ve biçimleri :

"Teşmil" i, "toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının genişletilmesi" olarak kısaca tanımlamak mümkündür. Ancak bu "yayma", "içine aldırma", "kapsatma" (1), bazı özellikler göstermektedir:

1. Bir kere teşmil ile toplu sözleşme *kişiler* itibarıyla daha kapsamlı hale gelmektedir. Toplu iş sözleşmelerinin kişiler bakımından uygulama alanı iki açıdan genişleyebilmektedir:

— Toplu sözleşmenin, bağitlandığı işyeri, işletme veya işkolu içinde taraf sendikanın üyesi olmayan işçilere de uygulanması yönünde;

— Toplu sözleşmenin bağitlandığı işletme ve işyerleri dışında, aynı işkolunda bulunan başka işletme ve işyerlerine, hatta bazan başka işkoluna da uygulanması yönünde (2).

(1) Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde (1955) "teşmil" karşılığı olarak verilen sözcüklerdir.

(2) Teşmilin ilk biçimi en yaygın olup sanayileşmiş ülkelerin çoğunun mevzuatında öngörülmektedir. İkinci şekli ise bazı Avrupa ülkelerinde düzenlenmiştir. (Fransa, Federal Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türkiye); bkz.: BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL: Tendances et problèmes récents en matière de négociation collective dans les pays industrialisés, Colloque de Vienne, Novembre 1977, Genève 1978 (BIT, Colloque de Vienne), s. 25. Belirtmeli ki birçok halde ikinci şekil, ilkini de içermektedir.

2. Diğer yandan da ve bilhassa, toplu iş sözleşmesinin inikadı anında kapsamına girmekte olan kişilere nazaran gerçekleştirilen bu genişleme, gerek tarafların, gerekse kapsama gireceklerin iradeleri dışında, başka mercilerin kararıyla meydana getirilmektedir. Dünyadaki çeşitli sistemlere tarihsel açıdan bakıldığında, teşmilin çeşitli yollarla gerçekleştirildiği görülmektedir:

— En yaygın yöntem, teşmil olanağının, yasa ile öngörülerek bir idarî karar ile gerçekleşmesi (örneğin, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Belçika, Federal Almanya, Belçika, İsviçre, Türkiye, Avusturya);

— Yargı veya hakemlik kararı ile teşmil (Yeni Zelanda ve Avusturyaya erken örnekleri);

— Yasa ile teşmil (1926 İtalyan sistemi, 1934 Avusturya sistemi, 1922 ve 1936 Sovyet sistemi);

— Belli çoğunluğu sağlayan örgütlerce yapılan toplu iş sözleşmesinin otomatik teşmili (eski İspanyol ve Hollanda sistemleri) (3).

Günümüzde Batı'da teşmilin en olağan ve yaygın şekli, yürütme organının işlemi ile gerçekleşmesidir; öyle ki genellikle "teşmil" bu şekilde anlaşılır.

3. Tarafların karşılıklı iradeleriyle oluşturdukları toplu iş sözleşmesi normları, sadece onların öngördükleri alanın dışına taşırılmakla kalmaz; bizzat bu normlarda da, bilhassa bazı hükümlerin çıkarılması suretiyle değişiklikler getirilebilmektedir.

(3) Sınıflandırma ve tarihsel örnekler için bkz.: CREMEZI, L.: L'intervention des pouvoirs publics dans les conventions collectives du travail, thèse, Paris 1939, s. 45, s. 90-91; atf yapılan kaynak: BIT: Les conventions collectives du travail, Genève 1936; HAMBURGER, L.: L'Extension des conventions collectives à l'ensemble d'une profession ou d'une industrie, Revue Internationale du Travail, Vol. XL, No. 2, Août 1939, s. 169 vd. Çağdaş örnekler için bkz.: Avrupa Topluluklarına üye ülkeler için: COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES: Problèmes et perspectives de la négociation collective dans les pays membres de la Communauté, Bruxelles 1980 (Commission, Problèmes), s. 124-126; COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES: Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté européenne, Rapport présenté par le Prof. G. Perone avec la collaboration de A. Vallebona (Rapport Perone), Document, Luxembourg 1984, s. 33-40. Daha kapsamlı olarak: BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL: La négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché, Genève 1974 (BIT, Négociation collective), s. 160-162; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: Collective Bargaining in Industrialized Market Economies: A reappraisal, Comparative Study, Part I by J.P. Windmuller, Geneva 1987 (ILO, A reappraisal), s. 134-135; BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, Série Relations professionnelles: Tendances et problèmes récents en matière de négociation collective dans les pays industrialisés, Colloque de Vienne, Novembre 1977, Genève 1978 (BIT, Colloque de Vienne), s. 25-26.

b) *Teşmilin önemi* :

1. Şimdiye kadar yaptığımız incelemelerde, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin hukukî çerçevesinin kendine özgü bazı özellikleri konu edilmişti. Görüldüğü gibi, üçüncü kişiler üzerinde normatif etkiye sahip bir sözleşme türü olan toplu iş sözleşmesi, hukukumuzda Anayasa ve yasalarda düzenlendiği biçimde, ancak belli amaçlarla, belli taraflar arasında bağitlanan ve sınırları belirlenmiş alanlarda etki yapan bir işlemdir. Anayasa ve yasalarca çizilen hukukî çerçeveye toplu iş sözleşmesi özerkliği açısından bakıldığında bazı eleştirilecek yanlar görülebilir; ancak bu tip bir düzenlemenin prensibi bakımından varlığı, Devletin klâsik ve olağan yetkilerinin kullanımını ifade eder. Yasakoyucunun getirdiği çerçeve aşırı ölçüde dar veya geniş sayılsa da, kanımızca bizzat bir çerçevenin belirlenmiş olması, tarafların özerkliklerine doğrudan bir müdahale olarak değerlendirilmemelidir.

Buna karşılık şimdi inceleyeceğimiz teşmil ile, mevcut hukukî çerçeve içinde toplu iş sözleşmesi akdedecek tarafların özerkliklerine doğrudan dokunulduğu söylenebilir. Bu bakımdan teşmil çok daha belirgin, ciddi ve dolaysız bir müdahale biçimini oluşturur.

2. Teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesi, tarafların özerk iradeleleriyle koydukları kurallar ile doğrudan kamu otoritelerinden kaynaklanan normlar arasında yer alan bir *karma işlem* niteliğindedir. Gerçekten, bu durumda hukuk normunun oluşturulup getirilmesinde mesleki örgütler ile kamu otoriteleri birlikte etken olmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğinin "sözleşme" olduğunu kabul etmemize karşılık, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmenin bu kez gerçekten bir özel hukuk sözleşmesi ile idarî işlemin birarada bulunduğu, kombine edildiği bir karma işlemi oluşturduğu kanısını paylaşmaktayız (4).

Teşmil işlemi sadece toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğini etkilemekle kalmaz; daha geniş bir açıdan bakıldığında, bazı yazarlara göre, teşmilin gerçekleşmesiyle toplu iş sözleşmesi "korporatif" bir düzenleme olmaktan çıkarak, bir tür "ekonomik demokrasiye" geçişi ifade eder (5).

Başka yazarların da vurguladıkları bir nokta, teşmil mekanizmasının toplu iş sözleşmesi hukukuna özgü, hatta bu hukukun en özgün

(4) Bir "karma işlem" genel teorisi oluşturma yönünde bkz.: MADIOT, Y.: Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, Paris 1971, öz. s. 28-29, s. 53-66, s. 207 vd., öz. s. 219-222.

(5) CHAUCHARD, s. 53.

bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu yazarlara göre, böyle bir mekanizmanın yer alması, toplu iş sözleşmelerini genel olarak sözleşmeler hukukundan ayıran, uzaklaştıran tek belirgin özelliktir (6).

Tamamıyla toplu iş sözleşmelerine özgü bir mekanizma olan ve toplu iş sözleşmelerinin hukukî niteliğini de etkileyebilen bu ilginç yöntem, görüldüğü gibi büyük önem taşımaktadır. Türk mevzuatında uzun süredir mevcut olan "teşmil"e, uygulamamızda çok az başvurulmuştur. Bununla birlikte, bir yandan gösterebileceği türlü yararları, diğer yandan da bazı Batı ülkelerinde gördüğü yaygın uygulama gözönünde tutulduğunda, gelecekte ülkemizde teşmile daha çok itibar edileceği düşünülebilir.

B. Teşmilin yararları

a) *Toplu iş sözleşmesinin düzenleme işlevi açısından :*

Yasa ve tüzüğün etkisi ile karşılaştırıldığında, toplu iş sözleşmesinin normatif etkisinin, sadece işlevleri açısından değil, bilhassa da uygulama alanı bakımından çok daha sınırlı olduğu dikkat çekmektedir: Bir sistemden diğerine geçişebilmekle birlikte, toplu iş sözleşmelerinin etki alanları gerek yer, gerekse kişiler itibarıyla daima nisbeten sınırlı kalır. Bu bakımdan, toplu iş sözleşmelerinin genel bir etkiye sahip olmamasından doğan türlü sakıncalar, teşmil yoluyla giderilebilecektir:

Bir kere, bu yolla toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren ve girmeyen işyerleri veya işletmeler arasındaki ücret ve diğer sosyal külfet farkları önlenerek, bu yönlerden eşit rekabet koşulları sağlanabilir. Hiç olmazsa bazı işletmelerin düşük ücret ve elverişsiz çalışma koşulları uygulayarak avantajlı duruma gelmeleri önlenip, bunun yerine iş veriminin artırılması, işletmenin genel olarak daha iyi yönetilmesi teşvik edilir (7).

Diğer taraftan, aynı işyeri, işletme veya işkolu içinde çalışanlar arasında ücret ve çalışma ile ilgili konularda işin veya işçinin özelliklerinden kaynaklanmayan farklılıkların bulunması, sosyal yönden sakıncalı bir durumdur. Bu bakımdan da, teşmil sayesinde işçilerin geneline

(6) CAMERLYNCK - LYON-CAEN - PELISSIER, s. 908, No. 897; benzeri yönde bkz.: ESENER, İş Hukuku, s. 499.

(7) Söz konusu haksız rekabet tehlikesinin had safhada olduğu iktisadî kriz dönemlerinde teşmile duyulan ihtiyaç artmaktadır. Nitekim birçok hukuk sisteminde ilk teşmil uygulamaları 1930'lu yıllardaki büyük ekonomik kriz döneminde başlatılmıştı (BIT, Négociation collective, s. 160; ILO, A reappraisal, s. 134).

bir takım uyumlu, yeknesak koşullar sağlanacaktır (8). Bunun yanında, başka bir önemli etki de işverenlerin sendikasız işçi çalıştırma, işçileri sendikalardan ayırmaya sevk etme gibi girişimlerinin bu suretle dolaylı olarak önlenebilmesidir.

b) *İşçiyi koruma işlevi bakımından :*

Toplu iş sözleşmesi için yetki koşullarının nisbeten ağır tutulduğu sistemlerde teşmilin yararları daha da belirgindir. Örneğin, Türk sisteminde işyerinde ve özellikle de işletme toplu iş sözleşmelerinde işletme düzeyinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının üyesi olduğu hiç bir sendika bulunmayabilir. Bu durumlarda teşmil sayesinde söz konusu işyeri veya işletmede çalışanların bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları sağlanabilecektir.

Diğer taraftan teşmil, bazı sendikaları ataletten kurtararak toplu iş sözleşmeleri bağlatmaya özendirir, sevkeden bir yöntemdir. Zira ileride görüleceği gibi teşmil yoluyla değil de, bizzat kendileri tarafından akdedilmiş bir toplu iş sözleşmesinin uygulanması, taraf işçi sendikalarına çok daha büyük avantajlar sağlamaktadır. Bu nedenle bir teşmil uygulaması olasılığına karşı, işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi yapma yönünde daha aktif bir tutum izlemeleri beklenebilir.

Grev yapılamayan işlerde ve işyerlerinde de teşmil yönteminden yararlanılarak, grev hakkı ile donatılmış olağan toplu pazarlık sonucunda bağlatılmış bir toplu iş sözleşmesi bu yolla bu işyerlerine de uygulanabilir. Böyle bir mekanizma, genellikle Yüksek Hakem Kuruluna başvurulma-ya nazaran işçiler için daha elverişli görünmektedir.

Konu genel biçimde, toplu iş sözleşmelerinin sosyal yararlılığı açısından ele alındığında, nisbeten çok sayıda işçinin toplu iş sözleşmelerinin kapsamına alınması olumlu bir durumdur. Üstelik, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinde, sözleşmelere özgü avantajlar ile kamu düzenlemelerinin gösterdikleri bazı üstünlükler birleşir: Sosyal güçler arasında serbest pazarlık sonucunda ortaya çıkarak toplumsal gereksinimleri daha iyi karşılaması, esnekliği ve süratle bağlatılabilmesi, sözleşmelere özgü avantajlardır. Bunlar yanında, kamu düzenlemelerinin genel kapsamlı olması, kamu yararı gözetilerek bir takım resmî mercilerin denetim ve

(8) İsveç gibi bazı İskandinav ülkelerinde "teşmil"e yer verilmeyişi, bu ülkelerde yüksek sendikalaşma oranından ötürü teşmil müessesesine ihtiyaç duyulmamasıyla açıklanmaktadır (BIT, Négociation collective, s. 161; ILO, A reappraisal, s. 134; BIT, Colloque de Vienne, s. 25)

görüşlerine tâbi bulunması da bu ikinci işlemlere özgü üstünlüklerdir. İşte teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinde bütün bu yönler bir arada bulunur.

II. BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE TEŞMİL

A. Bazı erken uygulama örnekleri

a) Yeni Zelanda ve Avusturalya örnekleri :

1. İlk teşmil uygulaması, XIX. yüzyıl sonlarında, günümüzde alışılmış biçiminden farklı bir şekilde Yeni Zelanda da başlatılmıştır. Bu ülkede ilk önce, toplu iş sözleşmesi hükmünde sayılan Hakemlik Divanı kararları doğrudan doğruya aynı organın kararıyla teşmil ediliyordu. Daha sonra, bu kez toplu pazarlık sonucu bağtlanan gerçek toplu iş sözleşmeleri de, gene Hakemlik Divanı kararıyla teşmil edilmeye başlanmıştır.

Esasen Yeni Zelanda'da tümüyle özgün bir sistem uygulanıyordu: Bu sistemde, işçi tarafınca Hakemlik Divanı önüne çağrılabilen aynı işkolundaki herhangi bir veya birden fazla işveren, Divanın verdiği ve toplu iş sözleşmesi hükmünde sayılan kararla bağt tutulmaktadır. Bu kararın alınmasından sonra bile, aynı işkolunda ismen belirlenmiş başka işverenler de Divan tarafından kapsama dahil edilebilmektedir (1900 yılında çıkarılan Uzlaştırma ve Hakemlik Yasası m. 86/3 ve özellikle m. 87/2, "joining and adding of parties").

Daha sonra, serbest toplu pazarlık sonucu bağtlanan toplu iş sözleşmeleri ve Hakemlik Divanı kararları için getirilen 1908 ve 1936 yıllarındaki yasa değişiklikleri ile Divana, ismen belirtmeksizin, aynı alanda faaliyet gösteren işverenlerin tümünü toplu sözleşmenin kapsamına alma yetkisi verilmiş; Divan da bu yetkisini sıkça kullanmıştır (9).

2. Yeni Zelanda'daki sistemden esinlenerek benzerî bir mekanizma Avusturalya'da da kabul edilmiştir. Ancak bu ülkede Yeni Zelanda'da izlenen süreçten geçilmeksizin, mevzuatta başlangıçtan beri "genel uygulama kararı" alma olanağı benimsenmişti. Bu ülkede de hakemlik organı, gerek kendi kararlarını, gerekse gerçek anlamda toplu iş sözleşmelerini teşmil etme olanağına sahiptir. Ne var ki Avusturalya Yüksek

(9) HAMBURGER, s. 174-176.

Mahkemesi, genel kural koyma yetkisinin münhasıran yasama organına ait bulunduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği gerekçesiyle, söz konusu mevzuat hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur (10). Bu karardan sonra, hakemlik organı genellikle ilgili işverenlerin adlarını teker teker zikretme yolunu seçmiştir. Bütün bunlara rağmen Federal Meclis, daha sonra çıkardığı yasalarda önceki tutumunu sürdürerek, hakemlik organına gerek kendi kararlarını, gerekse toplu iş sözleşmelerini “genel kural”a dönüştürme yetkisini tekrar tanımıştır. Uygulamada ise bu yola pek gidilmediği de gözlenmektedir (11).

b) *Almanya, Avusturya ve İsviçre örnekleri :*

1. Günümüzdeki anlayışa uygun ilk “teşmil” düzenlemesi Batı’da *Alman* toplu sözleşme mevzuatı içinde yer almıştır. (23.12.1918 ta. Yasa; 1.3.1920 ta. Yasa, “Allgemeinverbindlicherklärung”). Alman Weimar hukukunda, çalışma bakanı, “birinci derecede önem taşıyan” (überwiegende Bedeutung) toplu iş sözleşmelerini teşmil etme yetkisine sahipti. Esasen o dönemde teşmil, savaş sonrası ekonomik önlemler çerçevesi içinde geçici bir uygulama olarak düşünülmekteydi (12). Ne var ki söz konusu yöntem hızla gelişerek, kısa sürede yaygın bir uygulama şeklini almış, süreklilik kazanmıştır. Böylece örneğin 1929 yılı içinde 1846 adet “genel bağlayıcılık kararı” saptanmış (13); ilgili Yasanın yürürlüğe girmesini izleyen 10 yıllık dönem içinde ise 25000’den fazla teşmil kararını aldığı gözlenmiştir (14).

2. Benzerî teşmil sistemi *Avusturya* toplu iş sözleşmesi mevzuatı içinde de yer almıştır (18.12.1919 ta. Yasa; 26.2.1947 ta. Yasa). Bu ülkede de teşmil, kısa sürede benimsenerek olağan bir uygulama haline dönüşmüştü. *Almanya*’da 1934 yılında ücret ve fiyatların Devletçe saptanmaya başlanması ile toplu iş sözleşmeleri ortadan kaldırılmıştı. *Avusturya*’da ise, belirgin bir Devlet müdahalesi döneminden sonra

(10) HAMBURGER, s. 177. Whybrow Davası kararı. Bu karar, A.B.D. Yüksek Mahkemesinin Schechter Davası kararı ile benzerlik göstermekle birlikte, paralelliğin tam olmadığına da işaret edilmektedir (bkz. dn. 2).

(11) HAMBURGER, s. 178.

(12) HAMBURGER, s. 179-180.

(13) DURAND - VITU, T. III, s. 630.

(14) Bkz.: EKONOMİ, M.: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda 3451 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler, Kamu-İş, Ocak 1989, C. 1, Sa. 7, s. 3 vd., s. 6, dn. 12.

(15), 1938'de bu ülkenin Almanya'ya dahil edilmesiyle yürürlükteki sistem de son bulmuştur.

3. Aynı dönemde, bu iki ülkeye yakın bir başka ülkede gelişmeler farklı biçimde cereyan etmiştir. *İsviçre*, Avrupa'da toplu iş sözleşmelerini yasal bir statüye kavuşturan ilk ülkedir (1911 yılında çıkarılan *İsviçre Borçlar Kanunu*). Bununla birlikte Yasa tasarısı görüşülürken, toplu iş sözleşmesinin bazı koşullarla işkolunun tamamına teşmili yönünde düzenleme önerileri kabul görmemişti. Daha sonra, Cenevre kantonunda 24.10.1936 yılında çıkarılan bir yasa ile hükümete toplu iş sözleşmelerini mesleğin tümüne teşmil etme yetkisi verilmiş ve bu yolla o dönemde ücretli izinler, askerlik süresince işçiye ücret ödenmesi ve hastalık sigortasının devamı hususları genel bir uygulamaya dönüşmüştür. Ancak bu ülkede de söz konusu Yasa, Anayasaya aykırılık nedeniyle Federal Mahkeme tarafından 4.3.1938 tarihinde iptal edilmiştir (16).

Günümüze gelindiğinde, Alman hukukunda olduğu gibi (11.1.1952 tarihli Yasa ile değişik 9.4.1949 tarihli Yasa m. 5; 20.2.1970 tarihli Tüzük), *İsviçre* hukukunda da (28.2.1956 tarihli Yasa) teşmilin genel biçimde yer aldığı görülmektedir. Her iki ülkenin hukukunda teşmil için öngörülen koşullar birbirine benzerlik gösterir. Özellikle:

— Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesi ilgili işkolundaki işçilerin çoğunluğunu kapsamakta olmalıdır. Bununla birlikte Alman hukukunda, "sosyal zorunluluk" halinde, gerek yarıdan fazla işçiyi kapsama, gerekse toplum yararı koşulları artık aranmayacaktır (17).

— Toplu iş sözleşmesi taraflarından kaynaklanan bir teşmil talebi bulunmalıdır, Alman hukukunda ayrıca, işçi ve işveren konfederasyonlarının temsil edildiği bir komisyonun olumlu görüşü de aranmaktadır.

(15) 1934'den itibaren, korporatif Devlete bağlı meslekî örgütlerce yapılan toplu sözleşmeler, yasa hükmü gereği, tüm ilgililer için bağlayıcı olmaktadır (2.3.1934 Kararnamesi; 17.10.1934 ta. Yasa).

(16) HAMBURGER, s. 185-186.

(17) EKONOMİ, M.: Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili, Prof. Dr. Tefvik Okyay Kabakçıoğlu Anısına, İstanbul 1974, Ayrı Baskı, s. 47 vd., s. 55; DEMİRCİOĞLU, M.: Türk İş Hukukunda Teşmil Uygulaması, İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası C. 39, Sa. 1-4, Temmuz 1980-Eylül 1981, s. 137 vd., s. 140-144, öz. s. 143'de atıf yapılan Almanca eserler: ZÖLLNER, W.: Arbeitsrecht, München 1977, s. 249; NIKISCH, A.: Arbeitsrecht, Tübingen 1959, 2. Aufl., 2 Band, s. 505; HUECK - NIPPERDEY - STAHLHACKE: Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München-Berlin 1964, s. 344: Kapsam dışı kalmış olan işçilerin zorunlu gereksinimlerini karşılamayacak derecede düşük ücret almaları durumu "sosyal zorunluluk" örneği olarak gösterilmiştir.

— Teşmil kararının alınmasında kamu yararı gözeltmelidir. Bununla birlikte, Alman hukukunda toplum yararının ön plânda olmasına karşılık, İsviçre hukukunda işçi ve işveren çıkarları ön plânda görünmektedir (18).

İsviçre’de ve özellikle de Federal Almanya’da teşmil geniş bir uygulama görmektedir. İsviçre’de 1976 yılı itibarıyla, işveren kesiminin % 26’sının, işçi kesiminin ise % 49’unun teşmil ile toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına sokulduğu saptanmıştır (19). Almanya’da ise giderek artan teşmil talepleri ve uygulamaları görülmektedir: 1968’de 158, 1975’de 448, 1976’da 479, 1977’de 504, 1978’de ise 572 toplu iş sözleşmesi teşmil edilmiş; her boş hizmet akdinden birisi teşmil suretiyle toplu iş sözleşmesinin etki alanına sokulmuştur (20).

c) *A.B.D. ve İngiltere örnekleri :*

1. *A.B.D.’de* de, büyük ekonomik kriz yıllarında toplu iş sözleşmelerinin kapsamını genişletme çabalarında bulunulmuştur. Ulusal Sanayi Yeniden Geliştirilmesine ilişkin 1933 Yasası düzeni çerçevesinde çıkarılan değişik düzenlemeler, bir yandan ve bilhassa işverenlerin kendi aralarında yaptıkları çalışma koşullarına ilişkin anlaşmaları, diğer yandan da işçi - işveren arasında bağitlanan gerçek toplu iş sözleşmelerini, A.B.D. Başkanının onayı ile ilgili tüm işkoluna uygulattırma olanağını getirmekteydi. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1935 yılında verdiği kararla söz konusu yasaların Anayasaya aykırılığına hükmetmiştir. Bu karardan sonra, gene aynı yıl, kömür madenleri için çıkarılan bir başka yasa ile, bu kez Başkanın herhangi bir beyanına dahi gerek olmaksızın, toplu iş sözleşmelerinin işkolu içinde otomatik bir “genel bağlayıcılığı” kabul edilmişti. Ne var ki 1936 yılında bu yasanın da Anayasaya aykırılığına karar verilmiştir (21).

(18) Bkz.: REİSOĞLU, *Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 215-218; *aynı yazar*: *Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Genişletilmiş İkinci Baskı*, Ankara 1975, s. 199; Şerh 1986, s. 159. Bkz. ayrıca: JURA EUROPÆ, *Droit, du travail*, T. II, München-Paris, Dirk Neumann, (Alman hukuku) 10.50.38, No. 109-113; MARMIER, P.-A.: *Le droit de négociation collective*, Lausanne 1975, s. 88-97 (İsviçre hukuku); COMMISSION, *Rapport Perrone*, s. 38-40; BRUN, A.- GALLAND, H.: *Droit du travail*, t. 2: *Les rapports collectifs de travail*, 2. éd., Paris 1978, s. 172.

(19) Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 142 ve dn. 17.

(20) Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 144-145.

(21) HAMBURGER, s. 181-182.

Günümüzde A.B.D. ve Quebec eyaleti hariç olmak üzere Kanada hukuk sistemlerinde “teşmil” yer almamaktadır. Bunun başlıca nedeni olarak, toplu pazarlığın bu ülkelerde işkolu değil, esas itibarıyla işletme düzeyinde yapılması gösterilmektedir. Haklıca belirtildiği gibi, normal olarak işkolu toplu iş sözleşmeleri daha kapsamlı olduklarından, nitelik ve amaçları bakımından teşmile daha elverişli görünmektedir (22).

2. İngiltere’de ise, 1930’lu yıllarda Amerikan sistemine yakın bir sistem benimsenmişti. Buna göre, belli işkolları için çıkarılmış yasalarda, bazı koşullarla toplu iş sözleşmelerinin ücrete ilişkin esaslarının işkolunun tümüne uygulama olanağı öngörülmüştü (örneğin, pamuk menşucatu sanayiine ilişkin 1934 Yasası) (23).

I. ve II. Dünya Savaşı arasındaki dönemde, başka birçok ülkede de teşmil mekanizması öngörülüp uygulanmıştır. Bunlar arasında, Güney Afrika Birliği (1924) Meksika (1931), Brezilya (1932), Yunanistan (1935), Fransa (1936), Hollanda (1937), Yugoslavya (1937), Ekvator (1938), zikredilebilir (24). Aynı dönemde Sovyetler Birliği yasalarında da “yasa gereği otomatik teşmil” öngörülmekteydi. Ancak bilindiği gibi bu ülkede 1930’lu yılların sonlarına doğru artık toplu iş sözleşmeleri yapılmamıştır (25).

Görüldüğü üzere, henüz daha toplu iş sözleşmelerinin yeni önem kazandığı ve ekonomik kriz yıllarına isabet eden bu dönemde, “toplular iş sözleşmesi koşullarına genellik kazandırma”, Devletin önemli bir müdahale aracını teşkil etmiştir.

B. Fransız hukukunda teşmil

a) 1936 reformunun önemi: (26)

Fransa’da işçi – işveren ilişkileri bakımından temel bir önem taşıyıp, bir dönüm noktası olarak kabul edilen 24.6.1936 tarihli Yasa, birçok yenilik arasında “teşmil” müessesesini de getirmiştir. O dönemde dik-

(22) BIT, Négociation collective, s. 161; ILO, A reappraisal, s. 134-135. Japón mevzuatında öngörülmüş bulunan teşmilin bu ülkede hemen hiç uygulanmayışı da ayn. nedene bağlanmaktadır.

(23) HAMBURGER, s. 184.

(24) Ayrıntılı bilgiler için bkz.: HAMBURGER, s. 180-186.

(25) HAMBURGER, s. 186.

(26) Bkz.: COSTE-FLORET, J.: La Loi du 24 Juin 1936. Vers une “conception étatique” de la convention collective de travail, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, s. 195 vd.; GIROD, L.: La convention collective comme moyen de législation secondaire du

kati çeken bir husus, toplu pazarlığa özendirici bir yöntem olarak görülen teşmile hem işçi, hem de işveren kesimince olumlu yaklaşılmıştır (27).

Gerçekten, oldukça liberal bir düzenleme sayılan 25.3.1919 tarihli Yasa döneminin bilhassa son yıllarında, gittikçe daha az toplu iş sözleşmesi yapıldığı gözlenmiştir. 1936 yılı Mayıs – Haziran grevleri üzerine, işçi ve işveren örgütleri arasında yapılan Matignon Anlaşmasıyla (7 Haziran 1936), toplu pazarlığa canlılık kazandırmaya yönelik önlemlerin alınması kararlaştırılmıştır. Bu bağlamda çıkarılan 1936 Yasasının getirdiği önemli yeniliklerden birisi, Çalışma Bakanına verilen, tarım işkolu dışındaki tüm işkollarında yapılan toplu iş sözleşmelerinin uygulama alanını genişletme olanağıdır.

Esasen 1936 Yasası, yürürlükte kalmaya devam eden 1919 Yasası çerçevesindeki toplu sözleşmelere ek olarak, “yeni tip” toplu iş sözleşmeleri getirmiştir. Bu sözleşmeler, zorunlu olarak işletmenin sınırlarını aşip, belli coğrafi esaslara göre bağitlanacaktır. Bununla birlikte, taraf sendikanın üyesi olmayanlar, nisbeten genişletilmiş bir alan içinde yapılan bu sözleşmelerin kapsamı dışında kalmaya devam ediyorlardı. İşte bu bakımdan teşmil mekanizmasıyla, toplu iş sözleşmelerinin ilgili işkolu ve coğrafi bölge içinde çalışanların tümüne uygulanması sağlanabilmektedir.

Bu reformdan itibaren Fransız öğretisinde, toplu iş sözleşmesinin hukukî nitelik değıştirdiğı ve klâsik tipte bir sözleşmeden uzaklaştığı görüşleri güç kazanmıştır (28). Artık 1936’dan sonra, işçi – işveren ilişkilerinin düzenlenmesinde yasanın yanında toplu iş sözleşmesinin de başlıca bir aracı oluşturduğu söylenebilir. Hatta bazı yazarlar, böyle bir işlev gören bir “sözleşme”nin taraflarını bir tür “yasakoyucu” gibi telâkki etmekte idiler (29).

travail, thèse, Paris 1939; DURAND – VITU, T. III, s. 628 vd.; DESPAX, s. 42 vd. Ayrıca bkz.: DURAND, P.: La Loi du 11 Février 1950 sur les conventions collectives du travail, D. Soc. 1950, s. 186 vd., s. 190-191; DURAND, P.: Contribution la théorie de l’extension des conventions collectives: Le effets de l’arrêté d’extension, D. Soc. 1956, s. 214 vd.; RIVERO, J.: Les conventions collectives en droit public français, Revue économique, 1951, s. 15 vd.; CADET, R.: L’extension des conventions collectives, D. Soc. 1938, s. 178 vd.; BRUN, A.: L’extension des conventions collectives en jurisprudence, D. Soc. 1960, s. 644 vd.

(27) Bkz.: HAMBURGER, s. 185; Haziran 1936–Mart 1939 döneminde 5378 adet toplu iş sözleşmesi bağitlanmış; 1325’i için teşmil talebinde bulunulmuş, 337 teşmil kararı alınmıştır.

(28) Özellikle: DURAND – VITU, T. III, s. 441; DESPAX, s. 45.

(29) GIROD, s. 51-55.

Bu doğrultuda, bazı yazarların işaret ettikleri gibi, 1936 Yasasında sırf teşmil edilebilir toplu iş sözleşmeleri için aranan, tarafların “temsil yeteneğini haiz” sendikal kuruluşlar olması koşulu, yasakoyucunun “milletin vekili” olma sıfatını çağrıştırmaktadır (30). Böyle bir açıdan bakıldığında toplu iş sözleşmeleriyle, kısmen de olsa tedricen siyasî demokrasiden “iktisadî demokrasi”ye geçildiği ifade edilebilir (31). Günümüzdeki Fransız sisteminde, toplu sözleşmenin uygulama alanı içinde temsil yeteneğini haiz olma koşulu, artık bütün toplu sözleşmeler için aranmaktadır.

Bir başka açıdan bakıldığında, Devlet ile birey arasında yer alan örgütlere bu kadar etkili bir rolün tanınması, korporatif anlayışa yaklaşıldığı izlenimini de uyandırabilir. Bununla birlikte sendikal örgütler, korporatif tipte örgütlerden pek çok bakımdan ayrılmaktadır. Bir kere, korporatif sistem genellikle otoriter rejimlerde uygulanırken, gerçek sendikacılık demokrasilerde varlık gösterir. Sendikal örgütlerin gerek kuruluşu, gerekse üyeliği bakımından kabul edilen serbestî ve ihtiyarîlik esasları, özel hukuk tüzel kişiliği, Devletle herhangi bir organik bağın bulunmaması ve nihayet “sınıfsal” nitelik, bu örgütleri korporatif örgütlerden ayıran önemli özelliklerdir. Bunun yanında, korporatif örgütlerde görülen bir takım yönetsel, yargısal ve kural koyma yetkileri, esas itibarıyla toplu iş sözleşmeleri bağtlamayı amaç edinen sendikalar için söz konusu olmamaktadır (32). Nihayet, konumuz açısından toplu iş sözleşmesinin etki alanının genişlemesi için kamu otoritesinin bir ek işlemine gerek olması (teşmil kararı), Devletin genel kural koymada kamu yararı açısından yetkilerini elinde tutmaya devam ettiğini gösterir. Bütün bu bakımlardan, burada iktisadî ve sosyal alandaki bazı kararlarda ilgililerin de katkısının kabul edildiğini söylemekle yetinmek, daha doğru görünmektedir (33).

Nitekim Fransız hukukunda teşmil edilebilir toplu iş sözleşmelerinin yapılmasında kamu otoritesi geniş bir inisyatife sahiptir: Bu toplu iş sözleşmeleri, genellikle Çalışma Bakanının çağrısı üzerine ve onun veya görevlendirdiği kimsenin başkanlığında toplanan bir “karma komisyon” tarafından hazırlanmaktadır. Bununla birlikte, işçi ve işveren tarafları

(30) RIVERO, agm., Revue économique 1951, s. 22; yazar, milletvekilinin temsili ile sendika yöneticisinin temsili arasında ilginç bir karşılaştırma da yapmaktadır (bkz. s. 22-24).

(31) RIVERO, agm., s. 22.

(32) GIROD, s. 249-251.

(33) Bu yönde: CREMEZI, s. 109.

da bizzat kendi inisyatifleriyle kurdukları ikili (pariter) komisyonlarda sözleşme metnini oluşturabilirler (CT m. L 133-1). Ayrıca, Çalışma Bakanının aktif tutumu, komisyon bünyesinde yürütülen toplu görüşmelerde de sürmektedir: Çalışma Bakanının görevleri arasında, bazı hallerde temsil yeteneği konusunda bir araştırma düzenleme (CT m. L 133-3); gerektiğinde temsilci sayısını belirleme (m. L 133-4); örgütlerin bu toplantılara katılmalarını gözetme (m. R 133-3) görevleri de yer almaktadır.

b) *Yürürlükteki düzenlemenin ana hatları* : (34)

Fransa'daki teşmil düzenlemesi, 13.11.1982 tarihli yasa ile aldığı son şekli itibarıyla aşağıdaki özellikleri göstermektedir:

1. "Teşmil edilebilir toplu iş sözleşmeleri"nde belli bazı nitelikler bir arada bulunmalıdır:

— İlke olarak, sadece işkolu toplu iş sözleşmeleri teşmile elverişlidir (CT m. L 133-1). Bununla birlikte Fransız hukukunda "işkolu" kavramının belirsiz olup nisbeten geniş biçimde anlaşıldığına da işaret etmek gerekir.

— Ancak yapıldıkları alanda *en çok temsil yeteneğini* haiz sendikaların bağıtlamış oldukları toplu iş sözleşmeleri teşmil edilebilir. Daha önce değinildiği üzere, Fransız hukukunda "temsil yeteneği"nin belirlenmesinde üye sayısı ölçütü ile yetinilmeyerek, farklı ölçütler birbiriyle kombine edilmektedir (35). Diğer yandan bu sistemde, hukukumuzdan farklı olarak, aynı zamanda birden fazla sendika "en çok temsil yeteneğini haiz" sayılabilir (CT m. L 133-1/I).

— Bu toplu sözleşmelerin yapılış tarzı da özellik gösterir: Çalışma Bakanı, re'sen veya ilgili sendikalardan birinin isteği üzerine, temsil

(34) Bkz. örneğin: DESPAX, s. 483 vd.; RIVERO - SAVATIER, s. 354 vd.; CAMERLYNCK - LYON-CAEN - PELISSIER, s. 908 vd.; TEYSSIE, B.: Droit du travail, Paris 1980, s. 535 vd.; JAVILLIER, J.-C.: Manuel de droit du travail, Paris 1986, s. 297 vd.; CHAUCARD, s. 46 vd.; LEFEBVRE, F.: Réglementation sociale pratique, Série NB, 1 Janv. 1985, s. 409 vd.; LIAISONS SOCIALES, No. Spécial "La négociation collective", 7 Fév. 1985, No. 9416, s. 44 vd.; PASCARE, R.: Conventions et accords collectifs: Le cap de l'extension, Droit ouvrier, Juil. 1986, s. 241 vd.; PECYNA, A.: Les mécanismes juridiques de transformation des conventions collectives, D. Soc. 1984, s. 345 vd. Daha eski eserlerden: MADIOT, s. 219 vd.; MEHOYAS, N.: L'extension des conventions collectives de travail, thèse dactylographiée, Paris 1962.

(35) CT m. L 133-2. Ayrıca da, temsil yeteneğini haiz bir üst kuruluşa üyelik de yeterli olmaktadır.

yeteneğini haiz işçi ve işveren sendikalarının temsilcilerinin tümünden oluşacak bir karma komisyonu toplantıya çağırır (CT m. L 133-2). Toplantıya katılmama, bazı koşullarla cezaî yaptırımlara bağlanmıştır (CT m. R 153-3).

— Bu toplu iş sözleşmelerinin *içerikleri* de spesifik bir düzenlemeye tâbidir: Prensip olarak, yasada belirtilen bazı konuların bu toplu sözleşmelerde yer alması gerekir. Zorunlu olarak düzenlenecek hususlar arasında, toplu sözleşmenin sona ermesi ve değiştirilmesine ilişkin hükümler, işyerinde sendikal haklara ilişkin çeşitli güvenceler, işçi delegeleri ve işletme komiteleri, meslek eğitimi, işe alma, işe son verme, iş sınıflandırmaları, bildirim süreleri, ücretli izinler, kıdem tazminatı ve tabii, ücretler zikredilebilir (CT m. 133-5 ve 6) (36).

2. Teşmil kararı Çalışma Bakanının takdirine bırakılmıştır. Her ne kadar temsil yeteneğini haiz bir sendika teşmil talebinde bulunabilirse de, Çalışma Bakanı böyle bir talebi gerekçeli bir kararla reddedebilecektir. Bununla birlikte, bazı istişare ve katılım mekanizmaları da öngörülmektedir:

— Teşmil kararının alınmasından önce, “Toplu Pazarlık Ulusal Komisyonu”nun (37) görüşüne başvurulmalıdır. Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, karma komisyonunda yer alan ve temsil yeteneğini haiz bulunan sendikaların tümü tarafından imzalanmaması veya da içerik koşullarının tümünün yerine getirilmemesi halinde, bu görüş belirleyici olacaktır: Bu durumlarda, teşmil için Ulusal Komisyonun olumlu görüşünün alınması gerekmektedir (m. L 133-11) (38).

— Çalışma Bakanının teşmil kararından önce, durum resmî gazetede yayımlanarak, ilgililer görüşlerini bildirmeye davet edilir (m. L 133-14).

Toplu iş sözleşmesinin bazı hükümleri teşmil dışı bırakılabilir. Diğer taraftan Çalışma Bakanı, bazı faaliyetleri de teşmil kararının dışında

(36) Bununla birlikte bu konulardan sadece bir veya bir kaçını içeren toplu sözleşmeler de teşmil edilebilir. Bu durumda teşmilin koşulları biraz ağırlaşmaktadır (bkz. ilerideki açıklamalar).

(37) “Commission nationale de la négociation collective” adlı bu birim, çeşitli bakanlık temsilcileri, Yüksek İdari Mahkeme (Conseil d’Etat) Daire Başkanı yargıç ile işçi ve işveren örgütlerinin temsilcilerinden oluşmaktadır (CT m. R 136-1-5).

(38) Bu durumda Ulusal Komisyonunda yer alan ve temsil yeteneğini haiz iki işçi veya işveren örgütünün yazılı ve gerekçeli itirazı da teşmile engel olacaktır.

birakabilmektedir (39). Teşmil kararı resmî gazetede, toplu iş sözleşmesinin metni de çalışma bakanlığı resmî bülteninde yayımlanmalıdır.

3. Teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin *etkisi*, bir tüzüğün etkilerine benzemektedir: Böyle bir toplu iş sözleşmesi, kapsamındaki tüm işçi ve işverenleri bağlar; iş teftişi bakımından yasa ile tüzüklerin denetimi esasları uygulanır; ücrete ilişkin esasların yerine getirilmesi cezaî yaptırımlara bağlanmıştır.

Bütün bunlara rağmen, söz konusu etki esas toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi ile sınırlı kalmaktadır. Bu bakımdan teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin her şeye rağmen “sözleşme” olma niteliğini koruduğu görüşü hakimdir (40).

Çalışma Bakanı, re’sen veya temsil yeteneğini haiz ilgili örgütlerden birinin isteği üzerine, teşmil kararını kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırabilir. Bunun için gene teşmil kararı sırasında gerekli olan Ulusal Komisyon görüşü alınacak ve karar resmî gazetede yayımlanacaktır.

4. Fransız hukukunda 1936’dan beri varolan klâsik teşmilin (extension) yanında, nisbeten daha yeni kabul edilen bir başka mekanizma da yer almaktadır: “Genişletme” (*élargissement*) olarak adlandırılan bu yöntem, aslında hukukumuzdaki “teşmil”e daha yakın görünmektedir (41).

Burada “genişletme” olarak zikredeceğimiz söz konusu mekanizma, dar anlamdaki “teşmil”e nazaran bazı özellikler gösterir:

— Dar anlamda “teşmil”de (extension), aslında toplu iş sözleşmesinin kendi alanında kalınarak, sadece taraf örgütün üyesi bulunmayanlar kapsama alınmaktadır. Başka bir deyişle, toplu iş sözleşmesinin bağitlandığı alana nazaran bir genişleme gerçekleşmez; aynı alan içinde bulunanlar arasında genel bir uygulama sağlanır. Buna karşılık “genişletme” (*élargissement*) ile, bir toplu iş sözleşmesi, bağitlandığı

(39) Conseil d’Etat, 4.3.1960, D. Soc. 1960, 274.

(40) Conseil d’Etat’ın dipnot (39)’de zikredilen kararı. Bu konuda bkz. örneğin: DURAND, P.: Contribution à la théorie de l’extension des conventions collectives: Les effets de l’arrêté d’extension, D. Soc. 1956, s. 214 vd.; BRUN, A.: L’extension des conventions collectives en jurisprudence, D. Soc. 1960, s. 644 vd. Bu konu daha sonra ayrıntılı şekilde incelenecektir.

(41) “Elargissement” yöntemi tedricen geliştirilerek mevzuatta kabul edilmiştir: 27.9.1967 ta. Kararname (aynı işkolunda, farklı bir coğrafi alana genişletme); 13.7.1971 ta. Yasa (aynı işkolunda, başka bir meslek sektörüne genişletme); ve nihayet 13.11.1982 ta. Yasa (başka bir işkoluna genişletme).

coğrafi, meslekî ve hatta işkolu alanının dışında, başka bir coğrafi veya meslekî alana, hatta başka bir işkoluna da uygulanacaktır.

— Olağanüstü bir yöntem olarak öngörülen bu özel teşmil türü, tarafların belli bir alanda bir türlü toplu iş sözleşmesi yapamamaları hallerinde işletilebilir. Yasada belirtildiği üzere, örgütlenme yokluğu, örgütlerin varlık gösterememesi nedenlerinden biriyle toplu iş sözleşmesi yapılamadığı, veya da en aşağı 5 yıl boyunca herhangi bir toplu iş sözleşmesinin bağtlanmadığı, ya da mevcut sözleşmede değişiklik getirilemediği hallerde bu yola başvurulabilecektir (CT m. L 133-12-13) (42).

— Bu “genişletme”den önce, toplu iş sözleşmesinin ayrıca “teşmil” edilmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, ancak kendi alanı içinde teşmil edilmiş toplu iş sözleşmeleri genişletilmeye elverişlidir.

— Karardan önce, ilgili sektörde faaliyet gösteren işçi ve işveren kesimlerinin görüşleri alınmalıdır.

— Bunun yanında, Toplu Pazarlık Ulusal Komisyonu üyelerinin çoğunluğunun yazılı ve gerekçeli karşı görüş açıklaması, bu kez daima genişletme kararına bir engel teşkil edecektir.

— Nihayet, genişletmenin kapsamına girecek olan sektör, aynı iktisadî koşul ve özellikleri göstermelidir.

Uygulamada pek sık işletilmeyen bu mekanizma, daha çok tarafları görüşmeye ve toplu sözleşmeler yapmaya teşvik eden bir araç olarak ele alınmaktadır. Gerçekten de bu durumda, genişletmeden etki görecektir olanlar, toplu sözleşmenin bağtlanmasında hiç bir payı bulunmamış kimselerdir. Dolayısıyla taraflar, kendilerine tamamen “yabancı” bir toplu iş sözleşmesinin bu şekilde empoze edilmesi tehlikesini görerek, daha kolay anlaşılabilir bizzat kendileri toplu sözleşmeyi yapacaklardır.

Uygulama alanı bu suretle genişletilen bir toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğinde bu kez gerçek bir değişme bulunduğu, Fransız öğretisinin bir kesimi tarafından kabul edilmektedir: Genişletme yoluyla kapsama alınanlar açısından bakıldığında, toplu iş sözleşmesi akdî niteliğini tamamen yitirmiştir; zira, sırf bir kamu otoritesinin kararıyla, normların oluşmasında hiç katkıda bulunmayan kimseler kapsam içine sokulmaktadır (43).

(42) CT m. L 133-12’de belirtilen koşulun bir ibaresi dikkat çekicidir: “..l’absence ou la carence d’organisations de salariés se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d’activité ou un secteur territorial déterminé”.

(43) Bu yönde bkz.: RIVERO - SAVATIER, s. 360.

III. BAZI ULUSLARARASI BELGELERDE TEŞMİL

A. Uluslararası Çalışma Örgütünün bazı Sözleşme ve Tavsiye kararları

a) 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi

İncelememizin II. Bölümünde değinmiş olduğumuz bu Sözleşme, 1949 yılında kabul edilmiş; Türkiye tarafından 1951'de onaylanarak ülkemiz bakımından da bağlayıcılık kazanmıştır (44).

Esas itibarıyla işveren kesimine karşı işçilerin bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünü korumaya yönelik bulunan bu Sözleşmede teşmil yer almamaktadır. Bununla birlikte toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmeleri ile ilgili önemli bir hükümü içeren 4. madde, bir bakıma teşmilin amaç ve sınırlarına da ışık tutmaktadır:

“Çalışma şartlarını kolektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyarî müzakere usûlünden faydalanmasını ve bu usûlün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde millî şartlara uygun tedbirler alınacaktır.”

Devlet memurlarının durumu bu Sözleşmenin dışında bırakılmıştır (m. 6) (45).

Maddenin anlatımında “ihtiyarî müzakere usûlünden” söz edilmektedir. Dolayısıyla, toplu pazarlığın geliştirilmesi yönünde Devletin alabileceği önlemler, sosyal tarafların toplu sözleşme bağtlama özerkliğine zarar vermemelidir. Özellikle, tarafları toplu sözleşme bağtlamaya, hatta görüşmeye zorlamak, yasal biçimde yapıldığı halde toplu sözleşme bağtlanmasını engellemek, toplu pazarlığın gönüllü ve özgür olması esaslarıyla bağdaşmaz. Aynı şekilde, bağtlanan toplu sözleşmenin içeriğini değiştirmek, uygulanmasını bir ön onama sistemine bağ-

(44) 5834 sayılı, 8.8.1951 tarihli Uygun Bulma Yasası, RG 14.8.1951, Sa: 7884.

(45) Sözleşmenin kişi yönünden uygulama alanı sorununun etraflı bir incelemesi için bkz. özellikle: GÜLMEZ, Uluslararası Kurallar, s. 331-342: İngilizce metinde “Devlet yönetiminde görevli devlet memurları” anlamında “public servants engaged in the administration of the State” ifadesi kullanılmasına karşılık, Fransızca metinde daha kapsamlı olarak “fonctionnaires publics”, yani “Devlet memurları” ifadesinin yer alması, hukuken eşdeğerli olan iki metin arasında çelişki oluşturmaktadır (bkz. öz. s. 339-340).

lamak da gönüllü toplu pazarlık ve tarafların özerkliği ilkesinin açık ihlâlini oluşturur (46).

Buna karşılık, bazı konuların pazarlık alanı dışında bırakılması, özellikle de ücret oranının saptanmasına kısıtlama getirilmesi, kanımızca bazı kayıtlarla caizdir (47). Sendika Özgürlüğü Komitesi kararlarında da kabul edildiği gibi, bu kısıtlamalar, istisnâ olduklarında, zorunlu olanla sınırlı tutulduğunda, zaman itibarıyla makul bir süreyi aşmadıkça ve işçiler açısından başka güvencelerle telâfi edildiğinde, toplu sözleşme özerkliğinin ihlâlini teşkil etmez (48).

Aynı şekilde, tarafları hükümetin ekonomik ve sosyal politikası ile genel yararı gözetmeye teşvik etmek de özerkliğin zedelenmesi anlamına gelmemektedir. Zira bu durumlarda zorlama yerine "ikna" yolları tercih edilecektir (49).

Bu bağlam içerisinde, *teşmil* de 98 Numaralı Sözleşmenin 4. maddesi içinde değerlendirilebilmektedir. Nitekim, bu konuda yapılan bir şikâyet üzerine Sendika Özgürlüğü Komitesinin verdiği bir karara göre, teşmil alanındaki sektörde çalışanların büyük bir çoğunluğunu temsil edebilecek bir örgütün itirazı gözönünde bulundurulmaksızın, bir azınlık örgütünün bağtladığı sözleşmenin teşmili, çoğunluk örgütünün toplu pazarlık hakkının sınırlanmasını ifade eder (50). Dolayısıyla bu gibi durumlarda hükümet, örgütlerin temsil yeteneğini araştırmalı ve sonuca göre karar vermelidir.

b) 91 Sayılı Toplu Sözleşmeler Tavsiyesi

1951 yılında kabul edilen bu önemli tavsiye kararında, toplu iş sözleşmesinin çeşitli yönlerine ilişkin oldukça ayrıntılı, ilgi çekici esaslar getirilmektedir.

İncelememizin konusu açısından, özellikle iki hükme işaret etmek gerekir:

1. "Toplu iş sözleşmelerinin etkileri" başlıklı III. bölümde yer alan 4. madde, şöyle bir hükmü de içermektedir:

(46) Bkz. öz.: GÜLMEZ, Uluslararası Kurallar, s. 366, s. 370-371.

(47) Karş.: GÜLMEZ, Uluslararası Kurallar, s. 371.

(48) Bkz.: GÜLMEZ, s. 373-374'de zikredilen Sendika Özgürlüğü Komitesi kararları.

(49) Bkz.: Sendika Özgürlüğü Komitesi Kararları, Gülmez, s. 374.

(50) Portekiz ile ilgili şikâyet üzerine Sendika Özgürlüğü Komitesinin verdiği karar, bkz.: GÜLMEZ, Uluslararası Kurallar, s. 372.

“Toplu iş sözleşmesinde aksi açıkça öngörülmedikçe, toplu sözleşme hükümleri, kapsamındaki işyerlerinde çalışan ve ilgili kategorilere giren tüm çalışanlara uygulanmalıdır.”

2. “Toplu iş sözleşmelerinin teşmili” başlıklı IV. bölümdeki 5. madde hükmü ise şöyledir:

(1) “Yürürlükteki toplu iş sözleşmeleri sistemi açısından uygun görüldüğünde, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tamamının veya bir kısmının, meslekî veya coğrafi alanına giren diğer çalışan ve işverenlere de uygulanması üzere, her ülkenin durumuna uygun olan ve yasaca belirlenecek önlemler alınmalıdır.”

(2) “Toplu iş sözleşmesinin teşmili, ulusal yasalarca özellikle şu koşullara bağlanabilir:

- a) Toplu iş sözleşmesi, yetkili makam açısından, yeterli derecede temsil edici bir çalışan ve işveren sayısını kapsamakta olmalıdır;
- b) Genel kural olarak, toplu sözleşmenin tarafı bulunan bir veya birden fazla çalışan ve işveren örgütünün teşmil isteminde bulunması gerekir;
- c) Teşmil yoluyla sözleşmenin uygulanacağı çalışan ve işverenlerin önceden görüşleri alınmalıdır.”

Görüldüğü gibi, bu Tavsiye kararında teşmil, yararlı, hatta bazı hal-lerde gerekli bir önlem olarak ele alınmıştır. Bu bakımdan her ülkenin kendi özgül koşulları bu kurumun düzenleniş tarzını belirleyecektir.

Tavsiye kararında öngörülen ve teşmil için ne zorlayıcı, ne de sınırlayıcı biçimde belirtilen bu koşullarda, gerek toplu sözleşme taraflarının, gerekse kapsama alınacakların iradesinin gözönünde bulundurulması fikri dikkat çekmektedir: Toplu iş sözleşmesi, bir dış otorite tarafından teşmil edilmekle birlikte, teşmilden etkilenecek alanda, her şeye rağmen, sözleşmenin taraflarının özerk iradeleri etkin olmaktadır (ilk koşul). Teşmil kararının oluşmasında da gene gerek tarafların, gerekse kapsama gireceklerin bir ölçüde söz sahibi olmaları, en azından görüşleri alınması gerektiği kabul edilmektedir (ikinci ve üçüncü koşullar).

Bu koşulların benzerleri, İsviçre ve Alman hukuklarında da benimsenmiştir (51). Buna karşılık, daha önce incelediğimiz, oldukça karmaşık

(51) Bkz. yuk. II, A, b)'deki açıklamalar.

bir sistemi oluşturan Fransız hukukunda bu koşullardan sadece bir kısmına ve daha dolaylı biçimde itibar edilmektedir.

B. Avrupa Sosyal Yasası

a) Avrupa Sosyal Yasasının ülkemizce onaylanış biçimi:

Avrupa Konseyi çerçevesinde, aralarında Türkiye'nin de yer aldığı Konseye üye Devletlerce 1961 yılında kabul edilip 1965'de yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Yasası (Charte Sociale Européenne, European Social Charter), uzunca bir süre sonra ülkemiz tarafından da onaylanmıştır. Böylelikle bu Sözleşmede yer alan birçok hüküm iç hukukumuzda "kanun hükmünde" değer kazanmıştır (52). Ancak bu belgenin tüm hükümleri onaylamanın kapsamına girmemektedir:

"Avrupa Sosyal Şartı'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"da belirtildiği üzere (53):

"Madde 1- Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanan ve 18.10.1961 tarihinde Torino'da imzalanan "Avrupa Sosyal Şartı"nın Dibace, Bölüm, I, III, IV, V ve ekinin tümü ile II nci bölümünün aşağıdaki "beyan" metni çerçevesinde onaylanması uygun bulunmuştur:

- a) 20 nci maddesinin 1 numaralı fıkrasının (b) bendine göre: 1, 12, 13, 16 ve 19 uncu maddelerin tüm fıkraları aynen,
- b) 20 nci maddesinin 1 numaralı fıkrasının (c) bendine göre; 9, 10, 11, 14, 17 ve 18 inci maddelerin tüm fıkralarıyla aynen,
- c) 4 üncü maddesinin 3 üncü ve 5 inci fıkraları,
- d) 7 nci maddesinin 3, 4, 5, 6, 8 ve 9 uncu fıkraları" kabul edilerek.

"Madde 2- Avrupa Sosyal Şartı'nın 20 nci maddesinin 3- üncü fıkrası gereğince diğer maddelerin veya fıkraların bilâhare kabulünü beyana, Bakanlar Kurulu yetkilidir."

(52) Anayasamızın 90. maddesinin V. fıkrasına göre:

"Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

(53) Kanun No.: 3581, Kabul Tarihi: 16.6.1989, RG 4.7.1989, Sa.: 20215.

Bakanlar Kurulunun onaylama kararnamesinde ise (54), kabulün kapsamını genişleten herhangi bir ibare yer almamaktadır.

Bu durumda, söz konusu II. Bölümde yer alıp da kapsama alındığı zikredilmeyen çok sayıda Sözleşme maddeleri arasında, konumuz açısından, "Örgütlenme Hakkı"na ilişkin m. 5 ile "Toplu Pazarlık Hakkı"na ilişkin m. 6 da bulunmaktadır. Oysa her iki hak, 20. maddenin b bendinde zikredilen ve Sosyal Yasa'nın çekirdeğini oluşturan maddeler arasında yer almaktadır. Söz konusu 1, 5, 6, 12, 13, 16 ve 19. maddelerden en az beşinin onaylama kapsamına girmesi gerekmektedir. İşte bunlar arasında 5. ile 6. maddelerin ülkemizi bağlar kabul edilmeyişi dikkat çekicidir.

b) *Avrupa Sosyal Yasasında toplu pazarlık hakkının ele alınma biçimi :*

1. "Toplu Pazarlık Hakkı" başlıklı 6. madde şöyledir:

"Âkit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere:

1- Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi;

2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların veya çalıştıran örgütlerin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini geliştirmeyi;

3- İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi;

taahhüt ederler ve,

4- Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve çalıştıranların, bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil, ortak hareket hakkını tanır." (55)

(54) Karar Sayısı: 89/14434, tarihi: 7.8.1989, RG 14.10.1989, Sa.: 20312.

(55) Resmî Gazetede yayımlanan çeviri metnidir.

2. Konumuz bakımından ilginç bir başka madde ise, V. Bölümde yer alan 33. maddedir:

“Toplu Sözleşmeler Yoluyla Uygulama

1- Bu Şart’ın II. Bölümünün 2. maddesinin 1, 2, 3, 4. ve 5. fıkralarıyla 10. maddesinin 1, 2, 3, ve 4. fıkraları hükümlerinin normal olarak çalıştıranlar veya çalıştıran örgütleriyle çalışanların örgütleri arasındaki sözleşmelere bırakılan konular olduğu veya normal olarak yasadan başka yollarla uygulandığı üye devletlerde şayet bu hükümler Sözleşmeler ve diğer yollar ile ilgili çalışanların büyük çoğunluğuna uygulanmakta ise bu fıkraların yükümlülükleri taahhüt edilebilir ve bunlara uyum geçerli addedilir.

2- Bu hükümlerin normal olarak yasama konusu olduğu üye devletlerde şayet sözkonusu hükümler ilgili çalışanların büyük çoğunluğuna kanunla uygulanmakta ise, sözkonusu yükümlülükler taahhüt edilebilir ve bunlara uyum geçerli addedilir.” (56)

3. Bazı kısıtlamalara cevaz veren 31. madde ise şu şekildedir:

“Kısıtlamalar

1- I. Bölümde konmuş olan hak ve ilkeler, etkin biçimde gerçekleştirildiğinde ve II. Bölümde öngörüldüğü gibi etkin uygulamaları sağlandığında, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlâkın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenenler dışında, adigeçen bölümlerde belirtilmeyen bir kısıtlama veya sınırlamaya tâbi tutulamazlar.

2- Bu Şart’da izin verilen kısıtlamalar, tanınmış hak ve yükümlülüklerle belirlenmiş oldukları amaçları dışında uygulanamaz.” (57).

(56) Resmî Gazetedeği çeviri metnidir. Son ibareler, İngilizce “...compliance with them shall be treated as effective;” Fransızca ise “...ces engagements seront considérés comme remplis” ifadeleri, “...taahhütler yerine getirilmiş sayılır” şeklinde dilimize tercüme edilebilirdi.

(57) Resmî Gazete çeviri metnidir. Gene burada son cümle, İngilizce “The restrictions permitted under this Charter to the rights and obligations set forth herein shall not be applied for any purpose other than that for which they have been prescribed” olarak ifade edil-

Nihayet, 30. madde'de, savaş ve olağanüstü durumlarda Sosyal Yasa hükümlerine uymayan bazı önlemler alma olanağı da açık bırakılmıştır. Ancak bu önlemler bazı kayıtlara bağlıdır: durumun gerektirdiği ölçüleri aşmamalı; uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle de ters düşmemelidir (m. 30/1. bent). Bu durumda Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, gerek önlemler, gerekse gerekçeleri hakkında bilgi verilecektir (m. 30/2. bent).

Görüldüğü gibi, Avrupa Sosyal Yasasında yer alan haklar mutlak biçimde ele alınmayıp, bazı düzenleme ve sınırlama olanakları açık tutulmuştur. Buna karşılık, diğer çağdaş metinlerde de yapıldığı gibi, bu metinde de kullanılan "travailleur" (Fransızca), "worker" (İngilizce) sözcükleri, genelde geniş anlamda işçi ya da "çalışan" olarak, hukukî anlamımızdaki "işçi" kavramından daha kapsamlı biçimde anlaşılmaya elverişli bulunduğundan olacaktır ki, gerek sendika, gerekse toplu pazarlık hakkı, onaylamanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Uygun Bulma Yasasında belirtildiği gibi, onaylamanın kapsamını her zaman genişletme yetkisi, Bakanlar Kuruluna bırakılmaktadır. Dolayısıyla yürütme organının, nisbeten basit ve ser'î bir usûlle bu hakları da kabul etmesi beklenebilir.

§ 2. TÜRK HUKUKUNDA TEŞMİL

I. GEÇMİŞTEKİ DÜZENLEMELER

A. 275 sa. TSGLK'da teşmil

1. 275 sa. TSGLK'nun hazırlanması sırasında TBMM'de teşmil hakkında öne sürülen görüşler :

Teşmil, mevzuatımıza ilk defa 1963 yılında 275 sayılı TSGLK ile girmiştir (m. 8).

Yasanın hazırlanma süreci içinde ise, hükümet tasarısında yer almayan bu müessesenin, Millet Meclisi Geçici Komisyonu tarafından yeni bir madde olarak eklendiği görülmektedir.

mektedir. Fransızca metin ise şu şekildedir: "Les restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues". O halde, son ibare, "Bu Şart'da tanınan hak ve yükümlülüklerle aynı Şart uyarınca getirilen kısıtlamalar, öngörüldükleri amaçlar dışında uygulanamaz" olarak çevirilebilir.

Geçici Komisyon Raporunda yer alan gerekçede, “..iş piyasasının yeknesak şartlara kavuşturulmasındaki ve lüzumsuz grev ve lokavtların önlenmesindeki kamu menfaatine binaen, bir toplu iş sözleşmesini teşmil etme yetkisi, bazı şartlarla Bakanlar Kuruluna tanınmıştır” denilmektedir (58). Diğer taraftan, o dönemin Çalışma Bakanının Cumhuriyet Senatosuna yaptığı açıklamadan da anlaşıldığı üzere, Uluslararası Hür İşçi Sendikaları Konfederasyonunun bu yöntemin kabulünde önemli etkisi olmuş, bu arada Uluslararası Çalışma Örgütünün 91 Sayılı Tavsiyesinde yer alan koşullar da hatırlatılmıştır. Çalışma Bakanına göre, teşmilin kabulünün başlıca amacı, “bir an önce, memlekette yeknesak bir çalışma ve ücret düzeni kurabilmektir. Bunun için ille işçi sendikalarının kuvvetlenmesini veya toplu sözleşmelerin her işyerinde tamamlanmasını beklemektense, Hükümet bazan müdahale edip, hiç bir şekilde işçilerin aleyhine olmamak ve ancak lehine olmak şartı ile teşmil yetkisini kullanabilmelidir.” (59).

Bununla birlikte, teşmile karşı, Senatoda bazı aleyhe görüşler de öne sürülmüştür. Özellikle, teşmil müessesesinin serbest pazarlık sisteminin felsefesine uymadığı ifade edildikten sonra; teşmil kurumunun, “çoğunlukla sanayileşmiş ve sanayileri standart hale gelmiş ülkelerde ancak uygulanabilecek” nitelikte olduğu iddia edilmiştir. Zira, “her işletme ve bölgenin farklı olan ücret, maliyet, ham madde, pazarlama mesafe gibi kolaylıkla ve iyice tespiti pek güç olan memleketimizde teşmil bir kısım işletmeler için sadece bir ekonomik yük teşkil edeceği gibi, bazan işçiler için de haksız ve âdil olmayan sonuçlar doğurabilir”. Nihayet, teşmile ilişkin 8. maddenin düzenleniş tarzı da eleştirilmektedir (60).

İşçi sendikalarının durumu açısından da, Millet Meclisinde oldukça ağır bir eleştiri getirilmiştir: “bu sistem, bir yandan sendikaları işçilere karşı zayıf düşürecek, diğer taraftan da birçok hallerde işveren olarak muhatap göreceği Hükümetin eline işçi sendikalarını baskı altına alacak müessir bir tehdit vasıtası geçmesini intaç edecektir ki, böyle bir neticeyi doğru bulmamaktayız.” (61)

(58) M.M. Geçici Komisyon Raporu, MMTD, B. 74, 17.4.1963, 0.1, s. 14; TÜRK-İŞ: Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları, Ankara 1964 (Sendikalar), s. 97.

(59) Çalışma Bakan *Bülent Ecevit*, CSTD, B. 88, 8.7.1963, 0.1, s. 793; TÜRK-İŞ, Sendikalar, s. 370-371; MİMAROĞLU, s. 216-217.

(60) A. Yıldız, CSTD, B. 88, 8.7.1963, 0.1, s. 781 vd.; TÜRK-İŞ, Sendikalar, s. 357; MİMAROĞLU, s. 217-218.

(61) A.P. Grubu adına Ş. Pehlivanoglu, MMTD, B. 75, 18.4.1963, 0.1, s. 394; TÜRK-İŞ, Sendikalar, s. 130; MİMAROĞLU, s. 217-218.

Bu itiraza karşı, Geçici Komisyon Sözcüsü şu argümanı öne sürmüştür: “..Teşmil yetkisinin sendikaları ne noktada zayıflatacağını anlamak mümkün değildir. Bu bir şekilde kâbili tasavvur olur idi: Eğer Bakanlar Kurulu kararıyla teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren ve orada âkid taraf olmıyan işçiler, hiçbir kayıt ve şarta bağı tutulmaksızın, o toplu iş sözleşmesinden faydalanyor olsalardı tenkid yerinde olurdu. Ama bu tenkidin yapılabileceği kanaatında değilim, çünkü teşmile müteallik maddenin son fıkrası bu tenkitler yapılırken tamamiyle nazarı dikkatten uzak tutulmaktadır. Bu son fıkra ne diyor? Teşmil halinde dahi teşmil edilen toplu iş sözleşmesinden istifade etmek isteyen işçiler eğer toplu iş sözleşmesinç e âkid taraf olan meslekî teşekkülün üyesi değil iseler o meslekî teşekküle her halükârda da dayanışma aidatını ödemek zorundadırlar. Böyle olunca teşmil müessesesinin, Fransa’da dahi mevut olmıyan bir teminatiyle Türkiye’de de sendikacılığı nasıl mutazarır edeceğini anlamak mümkün değildir. Bilâkis henüz toplu iş sözleşmesinde âkid taraf olan sendika ve federasyon toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği bir işyerinde ekseriyet sendikası durumuna gelmemişse bu dayanışma aidatını ödeme mecburiyeti sayesinde bu vasfı da ihraz etmek bakımından en kuvvetli silâhı, vasıtayı eline geçirmiş olmaktadır.” (62)

Teşmil, Geçici Komisyonunda getirilen düzenleniş biçiminde esasa ilişkin bir değişiklik görmeksizin benimsenerek, nihaî metinde yer almıştır.

2. 275 sa. TSGLK m. 8’de teşmilin düzenleniş tarzı :

a) 275 sa. K. m. 8 metni :

Teşmile ilişkin 8. madde şöyledir:

“Madde 8- Bir toplu iş sözleşmesinin kapsadığı işçiler, aynı işkolunda çalışan işçilerin çoğunluğunu teşkil ediyorsa, Bakanlar Kurulu, Yüksek Hakem Kurulunun istişarî mütalâsını aldıktan sonra, bu toplu iş sözleşmesini aynı işkolundaki diğer işçilere ve onları çalıştıran iş verenlere bir kararname ile teşmil edebilir. Teşmil kararnamesinde bu kararın gerekçesi de açıklanır. Yüksek Hakem Kurulu, istişarî mütalâsını en çok otuz gün içinde verir.

(62) Geçici Komisyon Sözcüsü C. Kırcı, TÜRK-İŞ, Sendikalar, s. 143-144; MİMAROĞLU, s. 218, dn. 17.

“Bakanlar Kurulu, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin belli hükümleri, belli iş yerlerinin veya belli bölgelerin çalışma şartlarına uymuyorsa, bu hükümleri, sözleşmenin genel niteliğine ve işleyişine halel getirmemek şartıyla, teşmil kararının dışında tutabilir.

“Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin kısmen veya tamamen ortadan kalkması ile teşmil kararı da, kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olur.

“Bakanlar Kurulu, teşmil kararnamesini, gerekli gördüğü zaman, gerekçesini de açıklayarak kaldırabilir.

“Toplu iş sözleşmesinde yer alan özel hakeme başvurma hakkındaki hükümler teşmil edilemez.

“Teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin hükümleri, bu sözleşmenin kapsadığı iş yerlerinde uygulanan ve teşmil konusu olmayan diğer toplu iş sözleşmelerinin teşmil edilen toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini alır; ancak, teşmil edilmemiş toplu iş sözleşmelerinde işçiler lehine mevcut hükümler saklıdır.

“7 nci maddenin 3 üncü bendi hükümleri teşmil halinde de uygulanır.” (63)

Bu düzenlemede, teşmilin koşulları, teşmil işleminin gerçekleşmesi ve sonuçları bakımından bazı özellikler dikkat çekmektedir:

b) *Teşmilin koşulları :*

— Yasada açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, ancak hukuken geçerli ve yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi teşmil edilebilir. Dolayısıyla, örneğin ehliyet veya şekil koşuluna uyulmaksızın yapılmış bir toplu iş sözleşmesi teşmil edilemez (64).

— Öğretimizde genellikle kabul edildiği üzere, yasal tahkim sonucu “toplu iş sözleşmesi hükmünde” (275 sa. K. m. 37; 2822 sa. K. m. 55) kararın da teşmili caizdir (65). Kanaatımızca böyle bir kararın teşmili yerine tarafların serbest iradeleriyle bağtlanmış oldukları gerçek bir toplu iş sözleşmesinin teşmili tercih edilmelidir.

(63) Bu hükümler dayanağına aidatına ilişkin hükümlerdir.

(64) ESENER, İş Hukuku, s. 502; EKONOMİ, Teşmil, s. 53; DEMİRCİOĞLU, s. 148.

(65) ESENER, İş Hukuku, s. 502; EKONOMİ, Teşmil, s. 53; DEMİRCİOĞLU, s. 149.

— Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin kapsadığı işçilerin ilgili işkolundaki tüm işçilerin çoğunluğunu oluşturması, oldukça ağır bir koşuldur. Benzeri zorunluluk İsviçre ve Alman sistemlerinde de mevcut olup, U.Ç.Ö.'nün 91 sayılı Tavsiyesinde biraz daha esnek biçimde formüle edilmektedir (“yeterli derecede temsil edici bir çalışanlar ve işveren sayısını kapsar olma”). Böyle bir koşul, teşmilin sözleşmelere ilişkin genel esaslara aykırı yönünü yumuşatıp, rızat yönü güçlendirmektedir: Gerçekten, bu durumda tarafların özerk iradeleri, ilgili işkolunda teşmilden önce de en etkili normları zaten oluşturmuştur.

“Toplu iş sözleşmesinin kapsadığı işçiler” grubuna, sadece teşmil anında taraf sendikanın üyesi bulunanlar değil, ayrıca da dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlar da dahil edilmektedir (66). Buna rağmen, 275 sayılı Yasa döneminde teşmil mekanizmasının hiç işletilmeyişinin başlıca nedeni, söz konusu koşulun gerçekleşmesindeki güçlük olmuştur (67).

— Gene şimdiki düzenlemeden farklı olarak, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerleri de teşmil kararının kapsamına girebilecektir. Bu durumda, mevcut toplu iş sözleşmesinin, gerek teşmil edilen sözleşme ile düzenlenmemiş konulara ilişkin hükümleri ve bu sözleşme ile çatışmayan hükümleri, gerekse de işçinin daha lehine olan hükümleri, uygulanmaya devam edecektir. Bütün bu kayıtlara rağmen, tarafların özerk iradeleriyle kurdukları bir toplu sözleşme düzeninin bu şekilde, teşmil yoluyla değiştirilmesi, bizce toplu iş sözleşmesi hakkının açık bir ihlâlidir.

— Toplu sözleşme taraflarından veya teşmil alanına girecek işçi ve işveren kesimlerinden gelecek bir talepten yasadaki söz edilmemektedir: Teşmil yetkisini Bakanlar Kurulu re'sen kullanabilir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi taraflarının, hatta teşmilde çıkarı bulunan diğer ilgililerin de teşmil için müracaat edebilecekleri, öğretimizde kabul edil-

(66) REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 220; atıf yapılan yazarlar: SCHWEINGRUBER, E. - BIGLER, W.: Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Bern 1963; REİSOĞLU, Şerh 1975, s. 201; ESENER, İş Hukuku, s. 503.

(67) OĞUZMAN, K.: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, Toplu İlişkiler, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1978, s. 65.

mekteydi (68). Uluslararası Çalışma Örgütünün 91 sayılı Tavsiyesinde öngörülen toplu sözleşme taraflarının teşmil talebinde bulunmalarına ilişkin koşula, hiç olmazsa bir başvuru olanağı olarak yasada açıkça yer verilmemiş olması, bizece bir eksiklik (69).

c) *Teşmil kararı :*

— Şimdiki düzenlememizde de olduğu gibi, 275 sayılı K. m. 8'de de, teşmilden etkilenen işçi ve işveren kesimlerinin görüşlerini alma zorunluluğu öngörülmemiştir. Oysa gene 91 sayılı U.Ç.Ö. Tavsiyesinde bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Buna karşılık, işçi ve işveren kesimlerinin de yurt çapında temsil edildiği Yüksek Hakem Kurulunun görüşüne başvurma zorunluluğu vardır. Ancak tabii ki idare mensubu kimselerin geniş ölçüde yer aldığı bu resmî kuruluşun görüşünde farklı mülâhazalar etken olabilecektir.

— Şimdi olduğu gibi, 275 sa. K.'da da Bakanlar Kuruluna bir takım yetkiler verilmiştir: Bir kere toplu sözleşmenin belli hükümleri, m. 8/II de belirtilen durum ve kayıtlarla, teşmil kararı dışında bırakılabilir. Buna karşılık, teşmil sırasında Bakanlar Kurulu, toplu sözleşme hükümlerini değiştiremez, yeni hükümler ekleyemez. Bunun yanında, şimdiki düzenlemeden farklı olarak, bir kısım işletme ve işyerlerini teşmil dışında bırakma olanağı da yoktur.

— Bakanlar Kurulunun kararı gerekçeli olup, Resmî Gazetede yayımlanan kararnamede gerekçe de yer almıştır. Esas sorun, tabii, Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini kullanırken hangi ölçüleri gözönünde tutacağıdır. İsviçre ve Alman sistemlerinden farklı olarak, mevzuatımızda bu yöne ışık tutacak bir hükme rastlanılmaz. *T. Esener* ise, İsviçre hukukundan esinlenerek bazı koşulların gözönünde bulundurulmasını önermektedir. Özellikle:

- (68) ESENER, T.: İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul 1964, (Toplu İş Sözleşmeleri), s. 96 (taraf teşekküllerin talepte bulunabilecekleri yönünde); REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 220; aynı yazar, Şerh 1975, s. 201 (taraf teşekküllerin ve teşmilde çıkarı olan diğer ilgililerin müracaat edebilecekleri yönünde); EKONOMİ, Teşmil, s. 55-56.
- (69) Bkz.: ESENER, İş Hukuku, s. 503: "Esasen teşmili talep etme olanağının toplu iş sözleşmesinin taraflarına kesin surette tanınması lâzımdır. Böylece bir taraftan devlet, diğer taraftan işçi veya işveren teşekkülleri arasında karşılıklı işbirliği suretiyle teşmilin yapılması, kanunun amacına uygun olur". İsviçre hukuku için bkz.: MİMAROĞLU, s. 221-222: Bu sistemde taraflardan her birinin teşmil talebinde bulunması zorunlu olup, yetkili merci bu kararı re'sen alamamaktadır.

• Teşmil, işçi ve işverenlerin çıkarları bakımından gereklilik gösterip; teşmil kararı alınmaması durumunda bu kesimlerden birinin zarar görme olasılığı bulunmalıdır;

• Karar, kamu yararına uygun olarak alınmalı ve diğer işkolları ile “ekonomi dallarının meşru menfaatlerini ihlâl etmemelidir”. Teşmilden etkilenecek azınlığın çıkarlarının da gözetilmesi gerekir.

• Nihayet, teşmil kararı sendika özgürlüğüne ve özellikle de üye olma serbestisine zarar vermemelidir (70).

d) *Teşmilin etkileri:*

— 275 sayılı Kanunda dikkat çeken bir esas, teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçilere, taraf sendikanın üyesi bulunmalarında, dayanışma aidatı ödeme zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. İncelediğimiz diğer Batı sistemlerinde yer almayan bu özgün hükmün amacı, teşmilin sendikaları zayıflatma tehlikesini bertaraf etmektir (71). Burada üzerinde durmayı gerektiren önemli bir nokta, dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlanmanın kural olarak isteğe bağlı olmasına karşılık, bu kez dayanışma aidatı ödenmesinin *zorunlu* oluşudur. Bu hüküm, kanımızca işçiler açısından zor kabul edilir niteliktedir. Diğer taraftan, böyle bir esas, işkolu içinde bir takım güçlü sendikaları en azından malî yönden daha güçlü kılmaya yol açar. Her ne kadar, özellikle o yıllarda sendikacılığı geliştirmeye yönelik hükümler yerinde görülürse de, buradaki esas sadece belirli sendikaları avantajlı duruma sokmaktadır.

— Yasa metnine bakılırsa sadece özel hakemo başvurma hakkındaki hükümler teşmil kapsamı dışında tutulmuştur. Bununla birlikte, şimdi olduğu gibi, 275 sa. K. sisteminde de ancak normatif hükümler teşmile elverişli kabul edilmekteydi.

— Taraflar, bağitlamış buldukları toplu iş sözleşmesi üzerindeki tasarruf yetkilerini korurlar: toplu sözleşme teşmil edilmiş olsa bile, hükümlerinde değişiklik getirme ve sözleşmeye son verme olanaklarına sahiptirler. Dolayısıyla, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin “sözleşme” niteliğini taşımaya devam ettiği söylenebilir Gene aynı şekilde ve şimdiki düzenlemede de kabul edildiği gibi, teşmilin süresi esas toplu iş

(70) ESENER, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 97; ayrıca bkz. *aynı yazar*: İş Hukuku, s. 504.

(71) Bkz. yuk. Geçici Komisyon Sözcüsü Coşkun Kırca'nın açıklamaları.

sözleşmesinin süresine bağlıdır. Tabii, Bakanlar Kurulu da gene gerekçeli olarak, teşmil kararnamesini kaldırabilecektir.

B. 2364 sayılı Kanunda teşmil

a) 2364 sayılı Kanunun özellikleri :

27.12.1980-6.12.1983 tarihleri itibarıyla yürürlükte kalan "Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yeniden Yürürlüğe Konulması Hakkında Kanun", birçok bakımdan ilginç düzenlemeler getirmiştir (72).

Yurt çapında olağanüstü bir yönetimin uygulandığı, bazı konfederasyonlar ile bunlara bağlı sendikaların faaliyetlerinin durdurulduğu, tüm grev ve lokavtların ertelendiği bir ortamda çıkarılan, esasen bu dönemle sınırlı, geçici bir düzenleme teşkil eden söz konusu Yasa, önemli bir ihtiyaca cevap vermekteydi: Mevcut toplu sözleşme düzenlerini günün değişen şartlarına göre yeniden ayarlayarak sürdürmek, bazan da bu düzenlerin kapsamını genişletmek. Grev hakkının askıya alınması ve bir kısım sendikaların etkinlik gösterememeleri dolayısıyla toplu iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde bunları "yeniden düzenleyerek" yürürlüğe tekrar koyma yetkisi Yüksek Hakem Kurulunun tekeline bırakılmıştır. Aslında bu düzenleme tarzı, bazı bakımlardan 275 sa. TSGLK sistemi çerçevesi içinde de yer alabilecek nitelikteydi (bkz. 275 sa. K. m. 20/bent 13; m. 19/bent 3, paragraf 2). Ancak 2364 sa. Kanun bir bütün olarak pek farklı hükümleri de içermektedir.

Bu Yasada, Yüksek Hakem Kuruluna verilen yetkilerin genişliği dikkat çekmiştir: Özellikle, Yüksek Hakem Kurulu, önceden bağtlanan ve yürürlük süresi dolmamış toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümleri iptal etme yetkisine sahiptir (m. 1/a). Süresi sona eren toplu iş sözleşmelerini yeniden yürürlüğe koyarken, Yüksek Hakem Kurulu gerekli gördüğü değişiklikleri yapacak; yeniden yürürlüğe koyduğu bu toplu sözleşmelerde süreleri içinde bile değişiklikler yapabilecektir. Daha da ilginç olarak, toplu iş sözleşmesinin yorumuna ilişkin uyuşmazlıkların Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesi de aynı Yasada öngörülmüştür.

(72) Kanun No: 2364, tarih: 24.12.1980, RG 27.12.1980, Sa: 17203. Yasa, 6.12.1983 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır (Anayasa m. 177/a; TSGLK m. 82).

Bu Yasa rejiminde, öğretimizde işaret edildiği üzere, "akit serbestisinin idarî kararlarla sınırlandırılması"ndan söz etmek mümkündür (73). Her halükârda, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bu dönemde dolaysız, ciddi bir müdahale gördüğü yadsınmaz.

2364 sa. Kanunun bir başka önemli özelliği ise, "teşmil"in 275 sa. TSGLK'dan çok farklı biçimde ele alınmış olmasıdır.

b) 2364 sa. K. m. 4'de teşmilin düzenlenişi :

Yürürlükte bulunduğu dönemin ekonomik, siyasal ve sosyal bağlamı içinde ve 2364 sayılı Kanunun da temel amacı açısından bakıldığında, "teşmil"in koşullarının yeniden düzenlenmesi kaçınılmazdı. Teşmile ilişkin 4. madde şöyledir:

"Madde 4- Yürürlükte bulunan veya yeniden yürürlüğe konulan bir işkolu veya işyeri toplu iş sözleşmesi, Yüksek Hakem Kurulunun görüşü alınarak, Bakanlar Kurulu Kararıyla tamamen veya kısmen yahut belirli işletme veya işyerlerine teşmil edilebilir. Bu takdirde 275 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin 3 üncü bendi hükmü uygulanmaz."

Görüldüğü gibi teşmil, birçok bakımdan önceki düzenlemeden farklı biçimde ele alınmıştır:

1. 275 sayılı TSGLK m. 8'de teşmil için öngörülen, mevcut toplu iş sözleşmesinin işkolundaki işçilerin yarısından fazlasını kapsıyor olması koşulu kaldırılmıştır. Böylelikle önceki Yasa döneminde hiç uygulanmamış bulunan teşmil kurumu daha kolay işler hale getirilmiştir.

2. Bakanlar Kurulu, teşmil kararını alırken, toplu sözleşmedeki bazı hükümleri teşmil dışında bırakabileceği gibi, artık "gerekli değişiklikleri" de yapabilir. Bu husus da bir teşmil kararının alınmasını esas bakımından kolaylaştırıcı niteliktedir; zira yapılan değişiklik ile toplu sözleşme ilgili işyerinin özelliklerine uygun hale sokulabilecektir.

3. Artık bir toplu iş sözleşmesinden teşmil yoluyla yararlananlar, taraf sendikaya dayanışma aidatı ödemeyeceklerdir.

Toplu iş sözleşmesi bağitleme hakkının askıya alındığı bu dönemde, teşmil kurumu ayrı bir önem taşımaktaydı: Koşulları hafifletilerek kolay işler hale getirilmiş bir teşmil mekanizması ile, bazı işyerlerinin toplu

(73) TUNCAY, C.: "Yüksek Hakem Kurulu ve Yeni T.İ.S.D.", 11.2.1981 tarihli Milliyet gazetesi.

sözleşmesiz kalmaya mahkûm edilmesi önlenilecekti. Bu dönemde teşmilden birçok kez yararlanmıştı. Yasanın temel amacına uygun olarak, teşmilin toplu sözleşmesiz işyerleri için işletildiği ve genellikle toplu iş sözleşmesinin hükümlerinde değişiklik yapma yoluna gidilmediği gözlenmiştir (74),

II. 2822 SA. TSGLK'da TEŞMİL

A. 2822 sa. TSGLK m. 11'de teşmilin düzenlenişi

a) 2822 sa. TSGLK m. 11 metni :

Yürürlükteki sistemimizde teşmilin, 275 sa. K.'dan oldukça farklı biçimde düzenlendiği görülüyor. Teşmile ilişkin 11. madde şöyledir:

“Madde 11 (27.5.1988 ta. 2451 sa. K. ile değişik) – Bir toplu iş sözleşmesi, üyelerinin sayısı bağlı olduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini Bakanlar Kurulu, o işkolunda işçi veya işveren sendikaları veya ilgili işverenlerden birinin veya Çalışma Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen veya zorunlu değişiklikleri yaparak o işkolunun toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine veya bir kısmına teşmil edebilir. Teşmil kararnamesinde kararın gerekçesi açıklanır.

“Yüksek Hakem Kurulu istişari mütalâasını en çok otuz gün içinde verir.

“Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile teşmil kararı da ortadan kalkmış olur.

“Bakanlar Kurulu, teşmil kararnamesini gerekli gördüğü zaman gerekçesini de açıklayarak yürürlükten kaldırabilir.

“Toplu iş sözleşmesinin, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurma hakkındaki hükümleri teşmil edilemez.

(74) Bir teşmil kararnamesi örneği ile bazı yargı kararları için bkz.: OĞUZMAN, K.: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Olaylar-Kararlar, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 1987, s.106 vd.

“Yetki için başvurulduktan sonra yetki sorunu çözülmeye kadar veya bu belgeyi aldıktan sonra yetki devam ettiği sürece yetki kapsamına giren işyerleri için teşmil kararı alınmaz”.

Görüldüğü gibi, bu Yasada kabul edilen teşmil kurumu, önceki yasalarımızdaki düzenlemelere nazaran önemli farklılıklar göstermektedir:

b) *Teşmilin koşulları :*

Teşmilin koşullarının 275 sayılı Kanuna nazaran hafifletildiği; eskiden kabul edilenlerden farklı tipte koşullar arandığı dikkat çekmektedir:

1. Toplu iş sözleşmesinin işkolundaki işçilerin çoğunluğunu kapsamakta olması koşulu terk edilmiştir. Bunun yerine, taraf sendikada bazı nitelikler aranmaktadır: Sendika, teşmil kararının alınacağı tarihte işkolunda yüzde onluk baraj koşulunu sağlamalı ve gene işkolunda üye sayısı itibarıyla birinci sendika olmalıdır. Bu bakımdan Alman hukukundan uzaklaşıldığı, taraf sendikanın niteliklerine ağırlık veren Fransız sistemine yaklaşıldığı söylenebilir. Hükmün Gerekçesinde, söz konusu koşulun daha kolay sağlanabilir olması nedeniyle kabul edildiği belirtilmektedir (75). Bunun yanında, gene Gerekçede belirtildiği üzere, en fazla üyeye sahip sendikanın imzaladığı herhangi bir toplu iş sözleşmesinin teşmil edilebilmesi, teşmil kapsamına girecek işyerlerinin özellikleri de gözönünde bulundurularak en uygun sözleşmenin teşmiline imkân vermektedir.

Esas itibarıyla yararlı gördüğümüz teşmil kurumunu işler hale getirmesi bakımından tasvip edilebilecek bu değişiklikler, ne var ki 91 sayılı U.Ç.Ö. Tavsiyesinde önerilen koşuldan uzaklaşmaktadır. Öğretimizde işaret edildiği gibi, küçük bir işyeri için yapılan bir toplu iş sözleşmesinin tüm işkoluna yaygınlaştırılmasının isabet derecesi tartışılabilir (76). K. Tunçomağ ise uygulamada 275 sayılı TSGLK'daki koşulun gene aranmasının doğru olacağı görüşündedir (77). Bununla birlikte, kanımızca 2822 sa. TSGLK ile getirilen diğer bazı yeni koşullar, söz konusu açığı bir ölçüde telâfi edici niteliktedir:

(75) TUNCAY - CENTEL, İş Hukuku Mevzuatı, Madde Gerekçeleri, s. 427.

(76) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 105.

(77) TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 292.

2. Ancak yürürlükte herhangi bir toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerleri teşmil kapsamına girebilir. Zaten gerek TSGLK'da, gerekse Anayasada, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılması ve uygulanmasına izin verilmemektedir. Teşmil için getirilen bu kayıt, kanımızca son derece isabetlidir. Tabii, başka toplu iş sözleşmelerinin bulunması durumunda işkolunun tüm işyerlerinde yeknesaklık sağlanamayacaktır. Fakat her şeye rağmen, teşmil kurumunun toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği ile çelişmemesi bakımından bu kayıt gereklidir.

Bunun yanında, Yasa maddesine sonradan eklenen bir fıkra ile (78), yetki başvurusu halinde, yetki sorunu çözülmünceye kadar ve yetki devam ettiği sürece, ilgili işyerleri için teşmil kararı alınmayacağı kabul edilmiştir. Bu hükmün getirilmesinden önce de, öğretimizde benzeri yönde görüşler kabul edilmekteydi: *K. Oğuzman* tarafından belirtildiği üzere, bir yetki başvurusu bulunduğu "kanunen açık bir yasak söz konusu değil ise de, Anayasa teminatı altındaki toplu iş sözleşmesi yapma hakkını engellememesi için o işyeri teşmil kapsamına alınmamalıdır". Aynı şekilde, "bir toplu iş sözleşmesi uyuşmazlığında kanuni bir grev uygulanırken o işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmesi bu greve kanun dışı bir müdahale teşkil eder". Durum lokavt açısından da aynı şekilde değerlendirilmektedir (79).

Gerçekten de, gerek toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği, gerekse grev hakkı bakımından büyük önem taşıyan söz konusu kayıtlar, teşmil kurumunun temel işlevini de gün ışığına çıkarmaktadır: Teşmil mekanizması, aslında çeşitli nedenler sonucu toplu iş sözleşmesiz kalan işyerleri için öngörülmüştür. Bu nedenler, ülkemizdeki teşmile daha yakın olan Fransız hukukundaki "élargissement" (genişletme) için öngörülen nedenler gibi, belli yer ve sektörlerde sendikalaşmanın yetersizliği, sendikaların ataleti, işveren veya işçi yanlarının uzlaşmaz tutumları dolayısıyla (80) toplu sözleşme yapılamaması olmalıdır. Böyle bir anlayış benimsenmediğinde teşmil, sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını ihlâl edici bir niteliğe rahathkla bürünebilir (81).

(78) 27.5.1988 tarihli, 3451 sayılı Kanun.

(79) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 106-107; aynı görüşte: TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 293; REİS-OĞLU, Şerh, s. 162.

(80) Bu son husus Fransız mevzuatında teşmil nedeni olarak kabul edilmemiştir.

(81) 2822 sa. TSGLK m. 11 /son fıkrasının eklenmesinden önce yapılan bazı teşmil uygulamaları, bu yönden tartışma konusu olmuştur: Bkz. ve karş.: EKONOMİ, Kamu-İş, Ocak 1989, s. 7'de zikredilen Ereğli Demir-Çelik Fabrikalarına uygulanan teşmil.

3. Önceki Yasalardan farklı olarak, bu kez Bakanlar Kurulu teşmil kararını re'sen alamaz. İşkolundaki işçi veya işveren sendikalarından birinden veya ilgili bir işverenden, ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanından gelen bir talebin bulunması gerekir. Tabii, talep Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanından kaynaklandığında Bakanlar Kurulunun teşmile başvurma olasılığı daha yüksektir. Münferit işçilerin veya sendika dışı işçi toplulukları ve diğer örgütlerin böyle bir talepte bulunması mümkün olmamakla birlikte, bu kimselerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak teşmil istemelerine herhangi bir engel yoktur (82).

c) *Teşmil kararı :*

1. Yasamızda öngörülen Yüksek Hakem Kurulunun görüşüne başvurma zorunluluğu, 91 sayılı U.Ç.Ö. Tavsiye kararındaki "teşmil kapsamına girecek işçi ve işverenlerin görüşlerini alma" gereğini karşılamaktan uzaktır. Kanımızca, zaten istişarî nitelik taşıyan bu görüşlerin alınmasında büyük yarar vardır. Bu sayede, sözleşme hükümlerine tâbi olacak kişiler, gene tam anlamıyla söz sahibi değilseler de, hiç olmazsa Bakanlar Kurulunun kararını etkileme olanağına kavuşacaklardır. Bakanlar Kurulu kararının ise böylelikle nisbeten çok yönlü ve etraflı bir bilgilendirmeye dayanması, onu daha isabetli ve kabul edilir kılar.

2. Bakanlar Kurulu, toplu sözleşmeyi teşmil ederken bazı hükümleri teşmilin dışında bırakabileceği gibi, "zorunlu" değişiklikleri de getirecektir. 275 sa. TSGLK'da yer almayan bu değişiklik getirme olanağı, gene bir bakıma teşmilin işlerliğini kolaylaştırıcı niteliklidir (83). Böyle bir yetkinin Bakanlar Kuruluna tanınması büyük önem taşır; zira teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin, getirilen değişiklik ölçüsünde akdi niteliğini yitirdiği söylenebilir.

Toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerini teşmil dışı bırakma veya değiştirme durumunda, bu husustaki gerekçeler de kararnamede açıklanmalıdır (84).

3. Bakanlar Kurulu, 275 sayılı Kanundan farklı olarak, bazı işyerlerini teşmilin dışında bırakma olanağına sahiptir. Bu durumda gene gerekçenin ayrıca belirtilmesi gerekir (85).

(82) REİSOĞLU, Şerh, s. 163.

(83) Madde Gerekçeleri, İş Hukuku Mevzuatı, TUNCAY - CENTEL, s. 427.

(84) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 106.

(85) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 107.

Teşmil dışı bırakmayı gerektiren işyerleri, genelde toplu iş sözleşmesinin yükünü kaldıramayacak nitelikte olanlardır. Hatta işkolu içindeki işyerlerinde görülen özellikler, Bakanlar Kurulunu bu değişik işyerleri için farklı toplu iş sözleşmelerinin teşmiline sevk edebilir; yasamızdaki teşmil koşulları böyle bir uygulamaya izin vermektedir. Bunun yanında, teşmil sırasında bazı hükümlerin kapsam dışı bırakılması veya değiştirilmesi durumlarında birden fazla teşmil kararnamesinin kabulü de caiz görünmektedir (86). Bütün bu durumlarda işkolu dahilinde getirilecek yeknesaklık tam olmamakla birlikte, işyerlerinin özellikleri gözönünde tutularak nisbî bir uyum sağlanabilir.

4. Bakanlar Kurulu kararnamesinde kararın gerekçesinin açıklanması zorunludur (m. 11 /I, son cümle). Teşmil kararının kamu yararına dayanması gerektiği yönünde Yasamızda bir açıklık bulunmamakla birlikte, öğretiminizin baskın kesimi kamu yararının temel teşkil edeceği gögürüşündedir (87). Teşmilde kamu yararının gözetilmesinin gereği olarak, K. Tunçomağ'ca belirtildiği üzere, sadece bazı işveren veya işçileri koruma kaygısı değil, genel olarak çalışma barışının sağlanması, çalışma koşullarında aşırı farklılıkların ortadan kaldırılması ön plânda tutulmalıdır (88).

Bunun dışında, teşmilin bir bakıma yeni Yasamızın açıkça yer vermediği işkolu toplu iş sözleşmesinin işlevini de yerine getirebileceği söylenebilir. Esasen, daha önce değinildiği gibi, yasamız aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsayan toplu sözleşmeler yapılmasına da izin vermektedir (m. 3 /I). Bir yandan bu olanak, diğer yandan da teşmil kurumu ele alındığında, hukukumuzda işkolunda yeknesak bir "toplular sözleşme düzeni"nin kurulabileceği görülmektedir.

5. Teşmil kararı, hukukî nitelik itibarıyla hiç şüphesiz bir *idari karar* olduğuna göre, hem teşmil kararı, hem de teşmili yürürlükten kaldıran ve gene gerekçeli olarak verilen karar aleyhine Danıştayda iptal davası açılabilir. Yasada yer alan koşullardan birinin bulunmaması, teşmil kararının alınması bakımından öngörülen usûle uyulmaması ve özellikle de gerekçe noksanlığı, birer iptal nedenleri oluşturacaktır. Buna karşılık, gerekçede gösterilen hususların teşmili isabetli kılmaması veya gerçek

(86) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 106.

(87) ESENER, İş Hukuku, s. 504; TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 292-293; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 105; EKONOMİ, Kamu-İş, Ocak 1989, s. 6 ve aynı yazar: Teşmil, s. 55-56.

(88) TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 292-293; benzeri anlamda: OĞUZMAN, İlişkiler, s. 105; EKONOMİ, Kamu-İş, Ocak 1989, s. 6-7.

dürümü yansıtmaması hallerinde teşmil kararının iptal edilebilip edilemeyeceği sorunu tereddüt uyandırmaktadır (89). Bir açıdan bakıldığında, 11. maddedeki tüm koşullara uyma kaydıyla, bir teşmil kararnamesinin kabul edilip edilmemesi tamamen Bakanlar Kurulunun takdirinde görünmektedir; zira başka türlü olsaydı, husus Yasada yer alırdı. Nitekim 27.5.1988 ta. 3451 sa. Kanunla eklenen son fıkra, konunun çeşitli yönleriyle yasakoyucu tarafından öngörülüp düzenlendiğini, bunun dışında başka kayıt bulunmadığını gösterir. Buna karşılık bu husus bir başka açıdan ele alındığında, kamu yararının bulunup bulunmadığının da Danıştayın incelemesine konu olabileceği düşünülebilir.

Fransız hukukunda teşmil kararının alınmasında ilgililerin çok daha geniş bir payı bulunmaktadır. Bunun yanında, hukukumuzdaki teşmile daha yakın bulunan "élargissement" (genişletme) için yasada ayrıca bu kararı haklı kılabilecek nedenler de belirtilmiştir. "Sendikaların mevcut olmaması veya ataleti dolayısıyla bir türlü bir toplu iş sözleşmesinin bağtlanamaması" durumunun gerçekte varolmaması, diğer yandan da teşmilin kapsamına girecek yerlerde "aynı ekonomik koşullar"ın bulunmaması, teşmil (élargissement) kararının iptaline yol açabilecektir. Tabii, hukukumuzda olduğu gibi Fransız hukukunda da sorun, tarafların görüşmelerde bulunmalarına rağmen bir türlü anlaşamadıklarında ortaya çıkar. Bu gibi hallerde yasada öngörülen gerçek bir atalet, yetersizlik, etkisizlikten ("carence") söz edilemez. Tarafların iradesine bu kadar önem veren Fransız sisteminde, kesin bir anlaşmazlıkla sonuçlanmış bir akdi mekanizmaya böyle bir müdahalenin kabul edilmemesi gerekir (90).

Benzeri bir anlayışın benimsenmediği Türk hukukunda Bakanlar Kuruluna daha geniş bir takdir hakkı tanıdığı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, teşmil kararında, maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, "toplu iş sözleşmelerinden yararlanmayan işçi sayısının azaltılması amaçlanmış" olduğuna göre, örneğin belli işyerlerini rekabet koşulları bakımından avantajlı hale sokma amacı belugin olan kısmi teşmil hallerinde veya yetki başvurusu hazırlıklarında bulunan bir sendikanın toplu sözleşme yapmasını engelleme amacı pek aşikâr olduğunda, "kamu yararı"nın gözetilmediği gerekçesiyle teşmil kararnamesi iptal edilebilir.

(89) Bu yönde: ELBİR, s. 190.

(90) DESPAX, s. 514-515.

melidir. Aynı şekilde, bir işletmenin yükünü kesinlikle kaldıramayacağı bir toplu iş sözleşmesinin teşmili de iptale maruz kalmalıdır.

d) *Teşmilin sonuçları :*

1. Bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına teşmil yoluyla giren işçiler, taraf sendikaya *dayanışma aidatı ödemeyeceklerdir*. 275 sayılı Kanunda kabul edilenden farklı olan bu esas büyük önem taşımaktadır. Böylelikle yeni düzenlemede kabul edilen anlayışa göre, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikası, etki alanının genişletilmesini bizzat kendisi sağlamadığına göre, herhangi bir malî katkıyı hak etmemektedir (91). Bizce esas itibarıyla yerinde olan bu düzenleme tarzı, bazı bakımlardan da sendikaları mağdur edebilir. Ancak, sendikaları toplu iş sözleşmeleri bağtılamaya özendirici bir kurum olarak da değerlendirdiğimiz teşmil, kamu yararı gözetilerek işletildiğinde, sendikaları zayıflatıcı değil, tam tersine uzun dönemde güçlendirici bir etki yapacaktır.

Bunun yanında, toplu iş sözleşmesinin bağtılanmış olduğu işyerlerinde çalışan ve taraf sendikanın üyesi bulunmayan işçilerin teşmil sonucu dayanışma aidatı ödemedi toplu sözleşmeden yararlanması, daha tartışılır bir husustur: Bu kez normal koşullarda aidat ödenmesine karşılık, teşmil halinde dayanışma aidatının ödenmeyişi, sendikayı gerçekten "hak ettiği" bir malî katkıdan yoksun bırakacaktır. Ancak, toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği diğer işyerlerindeki işçilerin bu aidatı ödeme-memelerine karşılık, esas işyerinde ancak ödeyerek yararlanma da bir çelişki ve farklı uygulamayı ifade eder. Bu bakımdan, gösterdiği bütün sakıncalara rağmen, yasamızda kabul edilen çözümün en doğrusu olduğu kanısındayız.

2. Eskiden beri kabul edildiği üzere, ancak *normatif hükümler teşmille elverişlidir*. 275 sayılı Kanunda sadece özel hakeme başvurma hakkındaki hükümlerin teşmil edilemeyeceği yönünde bir açıklık bulunmasına rağmen, bu esas diğer vecibevî hükümler için de benimsenmekteydi.

(91) 2364 s. Kanun döneminde benzeri yönde, teşmil uygulanan işyerlerindeki işçilerin ücretlerinden "ilk ay zam farkı" (toplu iş sözleşmesi farkı) adı altında bir aidat kesintisi yapılarak sendikaya ödenmesi yasaya aykırı sayılmıştır. Bkz.: OĞUZMAN, Olaylar-Kararlar, s. 106 vd.: Ankara 7. İş Mahkemesi, 30.6.1982, 179/360; Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, 13.4.1982, 43/176.

Burada üzerinde durmayı gerektiren bir önemli noktaya işaret etmek gerekir: vebibevî hükümlerin tümünü teşmilin dışında saymak doğru olmaz. Teşmilin kapsamına giren işçi, işveren ve onların sendikaları *dirlik ve iş barışını koruma* yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır. Dolayısıyla teşmil edilen işyerlerinde, teşmil kararının yürürlükten kaldırılmasına dek veya toplu iş sözleşmesinin süresi boyunca, toplu iş sözleşmesi bağitlanmış bulunan bir işyerindeki rejimin bazı bakımlardan benzeri uygulanır: Bu dönemde toplu iş sözleşmesi bağitlanamaz (92), toplu menfaat uyuşmazlığı çıkarılıp grev de yapılamaz.

3. Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin teşmil suretiyle *uygulanmaya başlama tarihi*, aski belirtilmemişse, Bakanlar Kurulu Kararının Resmî Gazeteye yayımlandığı tarih olacaktır. Yürürlük tarihinin daha geriye uzanıp uzanmayacağı konusunda 275 sa. K. döneminde öğretimizde görüş birliği yoktu: *T. Esener*'in o dönemde öne sürmüş olduğu bir görüşe göre, "teşmilin hükmü Bakanlar Kurulu Kararının yayımlanmasından itibaren başlar. Bu bir idarî tasarruf olduğundan makabline şamil hüküm ve sonuç meydana getirmemesi gerekir" (93). Bizim de katıldığımız diğer görüş, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin, teşmil suretiyle yararlananlar için farklı biçimde öngörülebilmesi ve özellikle de teşmil karardan önceki bir döneme de uzatılabilmesi yönündedir (94).

4. Bakanlar Kurulu, her an gerekçesini de açıklayarak teşmil kararını *yürürlükten kaldırabilir*. Diğer taraftan, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiğinde, teşmil kararı da ortadan kalkacağından, teşmilin etkisi sona erecektir. Artık bu işyerleri toplu iş sözleşmesinden yoksun duruma geleceğine göre, taraflar toplu iş sözleşmesi bağitlamaya yönelik girişimleri yürütebilirler.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesi dolayısıyla teşmilin de son bulması, teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin her şeye rağmen geniş ölçüde tarafların iradesine bağli kaldığını gösterir. Özellikle bu bakımdandır ki, ileride görüleceği gibi, genellikle teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin "sözleşme" niteliğini koruduğu kabul edilir.

(92) Tabii, TSGLK m. 7/III gereğince: "Toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önceki yüzyirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabilir. Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi, önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe girmez."

(93) ESENER, İş Hukuku, s. 35.

(94) Bkz. örneğin: EKONOMİ, Teşmil, s. 58-59 ve dn. 37'de zikredilen Alman yazarlar (Hueck-Nipperdey, Maus, Kaskel - Dersch).

Burada temas edilmesi gereken bir sorun, teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerinde, teşmil kararının etkisi sona erdiği zaman toplu iş sözleşmesinin *ard etkisi* olup olmayacağıdır. 275 sa. TSGLK'da olduğu gibi, 2822 sa. TSGLK'da da, "her ne sebeple clursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hükmü olarak devam eder" (m. 6/III) hükmü mevcuttur.

Öğretimizin önemli bir kesiminin benimsediği esas doğrultusunda, toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinde halen toplu sözleşmeden yararlanıyor olma koşulu ile (95), işçiler bazı hükümlerden yararlanmaya devam eder. Bu bakımdan, önceden teşmil yoluyla yararlanmakta olanlar, aynı kayıtle ve benzeri biçimde bu ard etkiye tâbi kalacaklardır. Bununla birlikte, bu konuda bir ayırım yapan *K. Oğuzman*'a göre, Bakanlar Kurulu tarafından teşmil kararının kaldırılması durumunda teşmil edilmiş toplu sözleşmenin bu işyerinde ard etki yapması kabul edilemez, zira farklı bir çözüm, böyle bir yürürlükten kaldırmanın amacı ile bağdaşmayacaktır (96).

İşaret etmeli ki, normatif hükümlerin tümü de böyle bir ard etkiye elverişli görünmemektedir: Özellikle in'ikat normları (97), yani hizmet akitlerinin yapılmasına ilişkin biçim, akit yapma yasakları ve zorunlulukları öngören hükümler etkilerini bu şekilde sürdüremez.

Bunun yanında, Yargıtayımızın istikrarlı bir içtihadına göre, toplu iş sözleşmesinin süresi içinde fiilen gerçekleşmemiş haklara ilişkin hükümleri bu suretle hizmet akdi hükmü olarak etki yapamaz (98).

(95) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 86; REİSOĞLU, Şerh, s. 117; NARMANLIOĞLU, Ü.: Karar incelemesi, İHU 1984/II, TSGLK m. 6, No. 2. Karş.: Toplu iş sözleşmesinin bitiminden sonra bağtlanan bireysel hizmet akitleri üzerinde etki tanınmaması yönünde: ESENER, İş Hukuku; s. 512-513.

(96) OĞUZMAN, İlişkiler, s. 108.

(97) Bu görüş Alman hukukundaki görüşlerden esinlenerek öğretimizde de kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. örn.: ÇELİK, N.: Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul 1966, s. 78; TUNÇOMAÇ, C. II 1985, s. 306; NARMANLIOĞLU, İHU TSGLK m. 6, No. 2; SAĞLAM, F.: Karar incelemesi, İHU 1984/II, TSGLK m. 6, No. 3: Yazar, "hizmet akdi olarak" ard etkiyi bir yasal faraziyeye dayandırmaktadır (bkz. SAĞLAM, F.: Der normative Teil des Tarifvertrages im Türkischen Arbeitsrecht, Kölner Diss., 1971, s. 150 vd.).

(98) Kararlar çoğunlukla asgarî ücret üzerinden yapılan bazı hesaplamalarda sonradan saptanan asgarî ücretin esas alınmaması yönündedir: 9. HD 13.4.1984, 3415/4248, İşveren, Ekim 1984, C. XXIII, Sa. 1, s. 16; 9. HD 22.5.1984, 5085/5676, İHU 1984/II, TSGLK m. 6, No.

5. Toplu iş sözleşmesinin *tarafklarınca kısmen değıştirilmesi*, teşmil edildiği alanlarda da etki yapar mı? S. Reisoğlu'na göre, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin taraflarınca değıştirilmesi halinde, bu değışiklik otomatik olarak diğer işyelerine şamil olamaz. Bunun için Bakanlar Kurulunun yeni bir teşmil kararnameşi çıkararak söz konusu değışiklikleri bu suretle uygulaması gerekir (99). K. Tunçomağ ise değışikliğin teşmil kapsamındaki diğer işyelerine otomatik etkisini, kaldırılan hükümlerin diğerlerine nazaran daha ağırlıklı, önemli olmaması kaydıyla kabul etmektedir (100). İlk görüş, yasamızdaki teşmil düzenlemesinin genel esprisine daha uygun görünmektedir: Zira Bakanlar Kurulu teşmil kararını alırken, mevcut toplu iş sözleşmesi hükümlerini incelemiş ve bu içeriği gözönünde bulundurarak bir sonuca ulaşmıştır. Oysa taraflara daha sonra pek geniş bir normatör güç tanımak ve esasen yetki sahibi oldukları işyerlerinin dışına bu gücü taşımak, kanımızca isabetli olmaz.

B. Teşmilin tarafların özerkliğine etkisi ve hukukî niteliği

a) *Sendika ve toplu iş sözleşmesi özgürlüğü açısından teşmil:*

1. Ülkemizde teşmil kurumunun sendikal çevrelerce bir türlü benimsenmemiş olması dikkat çekicidir. Oysa birçok Batı ülkesinde bu mekanizma çok daha fazla rağbet görerek oldukça sık işletilmiştir (101).

Türkiye'de ise ilgili çevrelerin bu yönde girişimde bulunmadıkları, özellikle de işçi kuruluşlarının genel olarak teşmil aleyhinde oldukları gözlenmektedir. Bu tutumun başlıca nedenleri şunlar olabilir:

3. F. Sağlam'ın incelemesi; İşveren, Ekim 1984, C. XXIII, Sa. 1, s. 18; YKD, Aralık 1984, C. 10, Sa. 12, s. 1008; 9. HD 12.2.1985, 1295/1580, İşveren, Nisan 1986, C. XXIV, Sa. 7, s. 18; 9. HD 15.10.1985, 7074/9457, Tühis, Ocak 1986, C. 10, Sa. 1, s. 30; HGK 2.4.1986, 9-802/329, Yasa Dergisi, Haziran 1986, s. 830; 9. HD 8.12.1987, 2967/10776, İşveren, Mart 1988, C. XXVI, Sa. 6, s. 15.

(99) REISOĐLU, Şerh, s. 165.

(100) TUNÇOMAĞ, C. II 1985, s. 296.

(101) Örneğin, İsviçre'de 1983-1988 yılları arasında ülke ve kantonlar düzeyinde her yıl en az 15 adet toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği saptanmıştır. Almanya'daki teşmil talebinin çokluğu ilgi çekicidir: 1949-1968 yılları arasında 2501 toplu iş sözleşmesi hakkında teşmil başvurusu yapılmıştır. Teşmil kararı adedi olarak da: 1949-1968 döneminde 158; 1978 yılına dek ise 572 toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği gözlenmiştir. Bkz.: EKONOMİ, Kamu-İş, Ocak 1989, s. 6 ve orada gösterilen kaynaklar.

— Bir toplu iş sözleşmesinin teşmiline karar verildiğinde, teşmil kapsamına giren işyerlerinde teşmil süresince toplu iş sözleşmesi bağtlanamaz. Dolayısıyla, o işyerlerinde yetki kazanabilecek durumda bulunan sendikaların toplu sözleşme bağtlama hakkı kısıtlamaya uğramaktadır.

— Teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinde hiç bir sendika “toplular iş sözleşmesinin tarafı” sayılamaz. Ne teşmil edilen sözleşmeyi bağtlayan sendika, ne de tabii o işyerinde yetki sahibi olabilecek bir başka sendika taraf durumunda olmadığından, bu sendikaların hepsi taraf olmanın getirdiği yararlarından yoksun kalır. Özellikle, bir toplu iş sözleşmesi bağtlanmış olmanın prestiji bu işyerlerinde elde edilemez. Bu husus sendikaların faaliyetlerinin işyerindeki işçilerce desteklenmesini ve daha çok üye kaydedilmesini olumsuz yönde etkileyebilir. Bunun yanında tabii doğrudan doğruya, bağtlanan toplu iş sözleşmesinden yararlanma amacıyla yapılabilecek üyelik başvuruları da gereksiz görülebilecektir.

Bu bakımlardan teşmil, bizzat ancak arzı olarak ve kısa dönemler için işletilip yürürlükte kalacak bir işlem olmalıdır.

— Toplu iş sözleşmesine taraf sendikaların sahip buldukları çeşitli ayrıcalıklar, teşmil kapsamına giren işyerlerinde hiç bir sendika için söz konusu olamaz:

• Önceden değinildiği gibi, taraf sendikaların üyesi bulunmayan işçiler, teşmil durumunda *dayanışma aidatı* ödemeksizin toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar.

• Toplu iş sözleşmesinin teşmil yoluyla uygulandığı işyerlerinde, hiç bir sendika *işyeri sendika temsilcisi* tayin edemez. Zira 2821 sa. SK m. 34 gereğince, işyeri sendika temsilcisi tayin etme hakkı, “toplular iş sözleşmesinin tarafı” olan sendikalara tanınmıştır. Böyle olunca, bu işyerlerinde ne teşmil edilen toplu sözleşmeyi akdeden sendika, ne de diğer sendikalar taraf sayılabilir. Bu işyerlerinde hiç bir sendika tam anlamıyla doğrudan “etkin” olma özelliğini gösteremeyeceğinden, belki işçiler üzerindeki manevî nüfuzlarından yitireceklerdir.

• Gene teşmil yoluyla kapsama alınan işyerlerinde hiç bir sendika, aidatlarının işveren tarafından işçilerin ücretinden kesilerek kendisine ödenmesini isteyemez. Gerçekten de, SK m. 61'e göre, “işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası”, “toplular iş sözleşmesi

yapılmamışsa veya sona ermişse yetki belgesi alan işçi sendikası" *check-off*'dan yararlanma hakkına sahiptir (102). Burada gene taraf olduğu toplu iş sözleşmesi teşmil edilen kuruluşlar gibi diğer sendikalar da yetki belgesi alana dek bu ayrıcalıktan yararlanamazlar.

Görüldüğü gibi teşmil uygulaması durumunda sendikalar bir bakıma "etkisiz" hale gelirler. Teşmilin bu bakımdan oldukça tehlikeli bir araç olduğuna işaret etmek gerekir.

— Teşmil edilen sözleşmenin tarafı sendikanın öteki işyerlerinde pek az, hatta hiç üyesi bulunmaması da mümkündür. Yasamız bu gibi durumlarda da teşmile izin vermektedir. Böyle olunca, söz konusu işyerlerinde çalışan işçilere tamamen "yabancı" bir sendikanın bağittığı toplu sözleşmenin dışarıdan bu şekilde empoze edilmesi yadırganacak bir durumdur.

Bu sakıncalar, işkolundaki diğer işçi ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan ilgili işverenin görüşlerine başvurmakla hiç olmazsa biraz hafifletilebilir.

Esasen teşmilin toplu iş sözleşmesi bağittanmış sendikalara bir ölçüde kısa dönemde "zarar" vermesi kaçınılmaz olup, başlıca işlevlerinden biri saydığımız toplu iş sözleşmeleri bağittanmaya teşvik etme işlevinin bir gereğidir: Bir teşmil "tehdidi", özellikle işçi tarafını daha aktif ve olumlu olmaya sevkedecektir.

Fakat burada, teşmil uygulamasının daha çok işçi sendikaları üzerinde baskı teşkil ettiği düşünülürse, dengeyi kurmaya yönelik bazı yasa değişikliği önerileri yapılabilir: Özellikle, işyeri sendika temsilciliği konusunda, herhangi bir toplu iş sözleşmesi bağittanma olanağı bulunmayan yer ve dönemlerde de ilgili işyerinde yetki koşullarını sağlayan işçi sendikasına temsilci tayin etme hakkı verilmelidir. Aynı çözüm *check-off* için de öngörülebilir.

2. Bir teşmil uygulaması ile teşmil süresince ilgili işyerindeki sosyal tarafların toplu sözleşme yapma olanakları ortadan kalktığına göre, teşmilin toplu iş sözleşmesi bağittanma özgürlüğünü zedeleyen bir kurum olduğu iddia edilebilir.

Teşmilin toplu pazarlığı önleyici değil, bilâkis özendirici bir mekanizma sayılabilmesi için, önceden de değindiğimiz bazı koşullara uyulmalı-

(102) 25.5.1988 ta. 3449 sa. Kanun ile getirilen değişiklikten önce sadece "işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan" sendika bu haktan yararlanabiliyordu.

dır: Yasada teşmil kararının kamu yararına uygun olarak alınmasının ve işçi ile işveren taraflarının toplu iş sözleşmesi hakkını zedeleme amacına yönelmeyeceğinin yasada açıkça belirtilmesinde yarar görmekteyiz. Yasada bu kayıtların yer almaması durumunda bile, Anayasadaki toplu iş sözleşmesi ve grev haklarının bu suretle zedelenemeyeceği düşüncesindeyiz. Bu konularda başvurulacak Danıştay, takdir yetkisini kullanarak her olayı kendi özelliğine göre değerlendirebilir.

b) *Teşmil kararının hukukî niteliği :*

Teşmil kararının hukukî niteliği, bilhassa geçmişte Alman doktrininde çok tartışılan bir konu olmuştur:

1. Bazı yazarlar teşmil kararını bir "*kaide-tasarıf*" (acto-règle) olarak değerlendirmiştir. Bu görüşe göre teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin hükümleri artık bir kamusal düzenlemeye dönüşmüştür. "*Kanun teorisi*" olarak adlandırılan bu kuramın Fransız öğretisinde savunurları sadece küçük bir azınlığı oluşturmuştur (103).

Böyle bir anlayış, teşmil kararının sahibi idarî mercie geniş yetkiler vermektedir: Teşmil sahibi merci teşmil edilen toplu iş sözleşmesinde bazı değişiklikler getirebileceği gibi, süresini de dilediği gibi tanzim edebilecektir. Teşmil edilen toplu sözleşme artık taraflarının iradesinden bağımsız bir kimlik ve yaşam kazanmıştır. Taraflar bu toplu sözleşmede artık değişiklik yapamazlar; tayin ettikleri sürenin bitimi teşmilin etkisini sona erdirmeyecektir. Görüldüğü gibi, artık bir kamu işlemine dönüşmüş bulunan toplu sözleşmenin özel kişiler tarafından bağlayıcılık ve etkisinin kaldırılması kabul edilmemektedir.

Kanun teorisi Alman hukukunda terk edilmiş (104); Fransız hukukunda da zaten azınlık görüşü olan bu kuram bizzat yüksek idare mahkemesi tarafından da reddedilmiştir (105). Fransız öğretisinde ifade edildiği gibi, "Bakan, bir toplu iş sözleşmesini teşmil ettiğinde, onu kendine

(103) Bkz.: P.H. TEITGEN'in 11.2.1950 tarihli Yasanın hazırlık çalışmaları sırasında öne sürdüğü görüş (JO Débats parl. Ass. Nat. 4.1.1950, 59. 2è col.). Benzeri yönde: BRETHER, J.: La convention collective est-elle un contrat?, Etudes Capitantes, s. 101 vd.; aynı yazar: Le nouveau statut des conventions collectives de travail, D. Soc. 1957, s. 103.

(104) Alman hukukundaki eski gelişmeler için bkz.: DURAND - VITU, s. 658; DURAND, P.: Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives: Les effets de l'arrêt d'extension, D. Soc. 1956, s. 214 vd.

(105) Conseil d'Etat, 4.3.1960, D. Soc. 1960, s. 274, Concl. Nicolay.

mal etmemeli; bilâkis, kendi hakimiyeti dışında varlığını sürdüren müstakil bir kurum olarak kabul etmelidir” (106).

2. Fransız öğretisindeki baskın görüşte, teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğinde değişme olmadığı kabul edilmektedir. Böylece, teşmil halinde bile toplu iş sözleşmesi bir “sözleşme” sayılmaya devam edecektir (107).

Türk öğretisinde de “aküt nazariyesi” geniş bir kabul görmektedir (108). Buna göre, teşmil kararı bir *idarî tasarruftan* ibarettir. Gerçekten de teşmil işlemi ile mevcut toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı genişletilmekte olup, esasen yeni normlar oluşturulması amaçlanmamaktadır. Diğer taraftan, hukukumuzda kabul edildiği üzere, teşmilin süresinin toplu iş sözleşmesinin süresine bağlı oluşu da tarafların iradesinin ön plânda yer aldığını gösterir.

Bununla birlikte hukukumuzda Bakanlar Kurulunun toplu iş sözleşmesi hükümlerinde değişiklikler getirme yetkisine sahip oluşu, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğini etkileyebilir: Bu yetki kullanıldığında toplu sözleşmede tarafların iradesi dışında oluşmuş normlar da yer alacağından, artık gerçek anlamda bir sözleşme bulunduğunu iddia etmek güçtür. İşaret etmeli ki bu suretle ancak “zorunlu” değişiklikler yapılabilecektir. Bu değişiklikler, kanımızca toplu iş sözleşmesinin sadece ayrıntularını ilgilendirip tarafların kurdukları genel dengeyi bozmamalıdır.

Sonuç olarak, bir açıdan bakıldığında, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin hukukî niteliğinde bir değişme olmadığı kabul edilebilir: Teşmil kararname ile teşmil edilen toplu sözleşme, birbirinden ayrı iki hukukî işlem olarak varlık gösterir: Teşmil kararname bir idarî tasarruf, toplu iş sözleşmesi de bir özel hukuk sözleşmesi olmaya devam eder.

Ancak, teşmil sonucunda toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı, bir hariçî karar ile, tarafların öngörmüş buldukları sınırları aşmaktadır.

(106) Bkz. DESPAX, s. 503.

(107) Örneğin: DURAND, D. Soc. 1956, s. 214 vd.; DURAND - VITU, s. 631-633; BRUN, A.: L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence, D. Soc. 1960, s. 644; RIVERO - SAVATIER, s. 359; DESPAX, s. 502; CAMERLYNCK - LYON-CAEN - PELISSIER, s. 916.

(108) MİMAROĞLU, s. 213; REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 219-220; aynı yazar: Şerh, s. 161; ESENER, İş Hukuku, s. 501-502.

Bunun yanında ve daha da belirleyici olarak, kamu otoritesi doğrudan toplu sözleşme hükümlerinde de değişiklik yapabilmektedir. Dolayısıyla, "teşmil edilen toplu iş sözleşmesi" bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu kez kamu otoritesinin iradesi ile tarafların iradelerinin birarada bulunduğu gerçek bir "*karma işlem*"den (109) söz etmek de mümkün olacaktır.

Bu noktada, H. Kelsen'in de belirttiği gibi, denilebilir ki, "hukuk gerçeği, doğa gerçeği gibi devamlılık içinde olup, çeşitli biçimler arasında bir tipten diğerine tedricen, hissedilmeksizin geçilmektedir" (110).

(109) Karma işlemin bir genel teorisi için bkz. ve karşı: MADIOT, s. 219 vd.

(110) KELSEN, Arch. Philo. D. 1940, s. 33.

SONUÇ

- 1 -

Toplu iş sözleşmeleri, geleneksel sözleşme anlayışıyla bağdaşmaz nitelikte bazı özellikler göstermektedir. Bu özellikler arasında en önemlisi, üçüncü kişilerin bağtladıkları hizmet akitleri üzerinde doğrudan ve emredici bir etkiye sahip olmasıdır. Üçüncü kişilere yönelik böyle bir normatif etkiyi borçlar hukukunun alışılmış mekanizmaları ile tam olarak açıklamak zordur. Bu nedenle öğretinin güçlü bir kesimi, toplu iş sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi ile kamu hukuku düzenleyici işleminin birleştiği bir karma, çifte nitelikli işlem olduğu görüşünü savunmaktadır. Bunun yanında, "kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi"nin meydana geldiği anlayışı, Fransa'da olduğu gibi ülkemizde de ağırlık kazanmaktadır. Konu Türk pozitif hukuku açısından incelendiğinde, mevzuatımızda toplu iş sözleşmesinin birçok bakımdan gerçek bir sözleşme olarak ele alındığı; buna karşılık yargı kararlarıyla getirilen çözümlerde "karma hukukî nitelik" anlayışının daha etkili olduğu görülür.

Toplu iş sözleşmesinin gerçek anlamda bir "sözleşme" teşkil ettiği kabul edildiğinde, üçüncü kişiler üzerindeki normatif etkinin açıklanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu etkinin açıklanmasına yönelik çeşitli çabalar arasında belki en dikkat çekici olanı, Fransız öğretisinde inşa edilen "kollektif sözleşme" genel teorileridir. Bu çerçevede normatif etki, zamanla değişen hakim anlayışa göre, toplumsal nedenlere dayanan bir "topluluk otoritesi", korporativizm ve nihayet "yasal temsil" gibi fikirlerle açıklanmaya çalışılmıştır. Aslında bu görüşlerden her biri, kanımızca geleneksel "sözleşme" kavramının doğal işlevinden saptırılmasını ifade eder. Öne sürülen açıklamalar arasında günümüzde en çok

güç kazanmış olan “yasal temsil” açıklaması, borçlar hukukundaki temsil kavramının sınırlarını aşarak bir tür siyasal temsile yaklaşmaktadır. Bütün bu hususlar, toplu iş sözleşmesinin hukuk düzeni içinde özgün bir yere sahip olduğunu, alelade bir sözleşmeden farklı bir konumda bulunduğunu gösterir.

Bir başka ve bizce daha ilginç bir çözüm, çağdaş gelişmeleri de gözönünde bulundurarak, “sözleşme” kavramını yeniden ele almaktır. Bu yönde Kelsen’in kuramında kabul edilen “sözleşme”, hem bireysel, hem de genel normlar getirebilen bir işlem olup, sözleşme normları bağlayıcılıklarını daha üst bir hukuk normundan almaktadır. H. Kelsen’in “norm koyucu işlem” olarak kabul ettiği sözleşme kavramı, günümüz Batı demokrasilerinde gözlenen gelişmeler ile de uyum içindedir.

Bu noktaya kadar sözleşme kavramı ile çelişki göstermeyen toplu iş sözleşmesi, Kelsen’in “sözleşme”nin ölçütü olarak kabul ettiği “normu koyan ile tâbi bulunanların aynı kişiler olması” anlamında “özerklik ilkesi” karşısında bir başka çelişkiyi meydana getirmektedir: Esas itibarıyla üçüncü kişilere yönelik normlar yaratan bir işlem olan toplu iş sözleşmesinde, “özerklik ilkesi” gücünü kaybetmiş, kesin bir ölçüt olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle Kelsen’in anlayışı çerçevesinde dahi “toplu iş sözleşmesi” ile “sözleşme” kavramının bir ölçüde çelişki içinde oldukları rahatlıkla iddia edilebilir.

Bu çelişkiyi bir ölçüde çözmeye yarayacak önemli ve çağdaş bir olgu ise, Batı’da günümüzde sözleşmenin birçok alanda sosyal yaşamın düzenlenmesinde bir araç teşkil etmesidir. Günümüzde tek yanlı kamu tasarrufları, “tek yanlı” olma özelliğini tedricen yitirme eğilimindedir. Bunun yanında da genel olarak sözleşmelerde artık tam bir özerklikten söz etmek de mümkün olmamaktadır. Klâsik, geleneksel “irade özerkliği” ile “sözleşme” kuramı açısından bir değerlendirme yapmak gerekse, günümüzdeki “sözleşme”nin oldukça farklı biçimde anlaşıldığı söylenebilir. Bu sözleşmelerin önemli kesimi etki bakımından “nisbîlik ilkesi”nden uzaklaşmış, yeni tip sözleşmeler doğrudan ya da dolaylı olarak üçüncü kişiler üzerinde etki yapmaya başlamıştır. Batı’da artık iktisadî ve sosyal alanlarda olduğu gibi, eğitim ve kültür gibi başka alanlarda da “sözleşme”, Devlet politikasının bir aracı olarak tek yanlı kararların yerini alma eğilimindedir. Bir kısım önlemler, ilgililere danışılarak, hatta onlarla sözleşmeler yapılarak uygulanmaktadır. Geleneksel “sözleşme” ile “tek yanlı kamu işlemi” kavramları birbirine tedricen yaklaşmakta ve aralarındaki fark kesin çizgilerini yitirmektedir.

Bu bakımdan, birtakım sosyal örgütlerin, "temsil" ettikleri gruba uygulanacak kuralları bizzat aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmeleriyle saptamaları, yukarıdaki bağlam içinde doğal yerini bulmaktadır.

- 2 -

Yukarıdaki hususlardan hareket ederek toplu iş sözleşmesinin çok önemli bir başka özelliği daha ortaya çıkar: Taraflar, temsil ettikleri kesime uygulanacak kuralları, kendi aralarında anlaşarak oluşturmatacılar. Bu bakımdan "sosyal yanların özerkliği esası" kabul edilmiş ve spesifik güvencelerle donatılmıştır.

Gerçekten de toplu iş sözleşmesi müessesesinin sosyal ilerlemedeki öncü rolü dikkat çekicidir. Toplu iş sözleşmeleri sadece geniş anlamda yasanın alternatifini oluşturmakla kalmayarak, sosyal alanda yeni yasaların çıkarılmasına yol açmakta, mevcut yasalara işlelik kazandırmakta ve genel biçimde sosyal ilerlemede yasalarla birlikte kombine biçimde etki yapmaktadır.

Böylece görülüyor ki "toplular iş sözleşmesi özerkliği", genel anlamda "irade özerkliği" ve onun klâsik uzantısı olan "sözleşme özgürlüğü" ile yakından ilgili olmakla birlikte; bu esasların geleneksel anlayışı çerçevesini aşmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, genel anlamda irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü esaslarından bilhassa şu bakımlardan uzaklaşarak spesifik nitelikler gösterir:

— Toplu iş sözleşmesi erkinin kaynağında bazı farklılıklar vardır: Bizzat sosyal güçler, bu erkin oluşmasında önemli bir rol oynamışlardır. Esasen, nasıl irade özerkliği kuramında bireylerin irade beyanları bağlayıcı güçlerini bizzat kendilerinden alırlarsa, toplu iş sözleşmesi için öne sürülen "aslı özerklik" görüşünde de benzeri şekilde, bu kez sosyal güçler toplu sözleşme normlarını oluşturma erkinin kaynağını bizzat kendilerinde bulmaktadır. Ne var ki günümüzde, nasıl bireysel irade özerkliğinin mutlak ve radikal anlayışı gücünü yitirmiş ise, aynı şekilde toplu iş sözleşmesi özerkliğini de daha üst bir hukuk normuna dayandırmak ve son kertede Devletin hukuk düzeni içinde kabul etmek bize kaçılmazdır.

Her şeye rağmen, toplu iş sözleşmesi hakkının ortaya çıkmasında, içeriğinin belirlenmesinde ve özellikle de korunmasında sosyal yanların ve bilhassa işçi kesiminin etkisinin gösterdiği boyut, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin spesifik bir yönünü oluşturmaktadır.

— Toplu iş sözleşmesi özerkliği, klâsik irade özerkliğinden farklı olarak, belli bir işlevsel bağa sahiptir. Bu işlevin niteliği bir sistemden diğerine değişir. Pazar ekonomisi sistemlerinde, gerçekten tarafların norm yaratmaları anlamına gelen toplu iş sözleşmesi, en başta işçiyi koruma ve haklarını geliştirme olmak üzere, belli bir düzeni ve çalışma barışını sağlama amaçlarına yönelir. Toplu iş sözleşmesi hakkının işlevi, bazı sistemlerin karşılaştırması yapıldığında, “ekonomik ve sosyal hak” olarak, iktisadî, siyasal ve sosyal ortama göre değişiklik gösterir. Ancak, “sosyal haklar” kategorisi içinde yer alan bu kurum, pazar ekonomisi sistemlerinde daima işçiyi koruma amacını ön plânda bulundurulmalıdır. Bu bakımdan, sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları birbirine bağlı, ancak birlikte işlev görebilen “kendi kendine yardım” kurumlarıdır.

— Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir başka ayırtedici niteliği, kolektif oluşudur. Klâsik irade özerkliği anlayışından farklı olarak, gerek toplu iş sözleşmesinin yapılmasında, gerekse etkilerinde bireysellik değil, kolektif olma esastır. Toplu iş sözleşmesinin taraflarını belirli kolektif birimler oluşturmakta ve belli düzeylerde topluluklar üzerinde etki meydana getirmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin bu özellikleri *Türk hukuku* bakımından ele alındığında, belli bir sistem ortaya çıkmaktadır.

Bir kere, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin kaynağı, hiç şüphesiz anayasal hükümler olup, tarihsel açıdan ise toplu iş sözleşmesi hakkının “yukarıdan aşağı” kamu otoritesince tesis edildiği görülmektedir. Anayasal güvencesi karşısında, toplu iş sözleşmesi hakkının yasa veya idari tasarruflarla geri alınmayacağı; hatta şimdiki sistemimizde bile, sosyal hak olması bakımından işçiyi koruma işlevinden yoksun bırakılmayacağı söylenebilir.

Türk hukukunda toplu iş sözleşmesinin taraflarında spesifik ehliyet ve yetki koşulları aranıp, yasada belirli düzeyler öngörülmüş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, basit sözleşme özgürlüğünden farklı biçimde, taraflar, birbirlerini ve toplu sözleşmenin uygulama alanını serbesçe belirlemekten uzaktırlar. Yasada öngörülen “taraf sendikaya üyelik koşulu”, kişi itibarıyla uygulama alanını bir ölçüde “özerklik” doğrul-

tusunda çözümler görünmekle birlikte, işin düzenine ilişkin hükümlerin işyerinde tüm işçilere uygulanması, sendikanın yazılı muvafakati ve nihayet teşmil sonucu yararlanmalar, bu ilkeyi arka plâna itmektedir.

- 3 -

Bu inceleme çerçevesinde, toplu iş sözleşmesinin *teşmili* konusu ayrı olarak ele alınıp özellikle üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Zira teşmil ile tarafların özerkliği önemli ölçüde etkilenmekte, bazı kavram ve ilkeler değişime uğramaktadır.

— Bir kere, Kelsen'in kabul ettiği anlamda "özerklik ilkesi" teşmil uygulamasıyla bu kez çok daha açık biçimde zarar görmektedir. Çünkü bu kez başka bir merciin kararıyla toplu iş sözleşmesi, taraflarının öngörmüş buldukları alanın dışında uygulanacaktır. Üstelik teşmil kapsamına giren diğer işyerlerinde sosyal yanların toplu sözleşme yapma olanakları da bu surette ortadan kaldırılmaktadır. Burada artık hem klâsik anlamda "sözleşme özgürlüğü", hem de önceki Bölümde incelenen toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği doğrudan müdahaleye maruz kalmaktadır.

— Teşmile karar veren otorite teşmil sırasında toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerini çıkarma, hatta değiştirme olanaklarına sahip olup bu olanakları kullandığında, artık teşmil edilmiş toplu iş sözleşmesi "sözleşme" niteliğini, yapılan değişiklik ölçüsünde yitirmiştir. Bu durumda teşmil kararının bir kaide-tasarruf, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin de gerçekten bir "karma işlem"e dönüştüğü söylenebilir.

Bu nedenlerle, isabetli biçimde ve amacına uygun olarak başvurulduğunda çok yararlı bir mekanizma sayılabilecek teşmil, uluslararası belgelerde öngörülen esaslar çerçevesinde ve temelde tarafları serbest iradeleriyle toplu iş sözleşmeleri bağtılamaya sevkeden bir yöntem olarak ele alınmalıdır. Bunun yanında teşmili, rekabetin iyi biçimde işlemlerini sağlayacak şekilde, hem kamu yararını, hem de işçinin yararını gözeten bir kurum olarak uygulamak gerekir.

Bütün bu bakımlardan, teşmil kararının alınmasında toplu sözleşme taraflarının ve teşmil kapsamına girecek işveren ve işçi örgütlerinin hiç olmazsa görüşlerine başvurulması yararlı olacaktır. Yasaya bu yönde hükümler getirilmesi ve ayrıca da kamu yararı esasının da yer alması mevzuatımıza isabetli bir açıklık getirerek, yargı denetimini daha etkili kılar.

Teşmil, esasen işçinin yararına bir kurum olarak ele alındığında ve özellikle de sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını zedelemeye özen göstererek uygulandığında, ülkemizde büyük yarar sağlayacaktır.

Sonuç olarak, çağdaş sanayileşmiş demokratik toplumlarda gözlenen değişik katılım mekanizmaları arasında kendine özgü bir mevkide bulunan toplu iş sözleşmesi özerkliği, sosyal yararı açısından özel olarak korunacak, hatta teşvik edilecek bir kurumdur.

Bu mekanizma ile, nasıl toplumun üyeleri hukuk normu oluşturma yetkisini yasakoyucuya tevdi etmişlerse, bu kez hukuk düzeni, belirli sosyal yanlara siyasal anlamda "temsil"i çağrıştıracak şekilde, belli konular için aralarında anlaşarak hukuk normları oluşturma erkini vermiştir. Bu özerklik, kaynağını Devletin hukuk düzeninde bulmakla birlikte, daha üstün güvencelerle donatılmıştır: Çoğu kez ayrı anayasal güvenceler yanında, uluslararası alanda da Devletlere serbest toplu pazarlığı teşvik etme, bu konudaki müdahaleleri sınırlı tutma ve belirli amaçlara yöneltme, taraflara özerk bir alan bırakma yükümlülükleri getirilmektedir.

L'AUTONOMIE DE LA CONVENTION COLLECTIVE ET LA TECHNIQUE DE L'EXTENSION

(Résumé)

La convention collective de travail présente des caractères qui semblent incompatibles avec la conception traditionnelle du contrat. La principale de ces caractéristiques est son effet normatif sur des contrats de travail conclus par des tiers; effet que les mécanismes classiques du droit des obligations (mandat, gestion d'affaires, stipulation pour autrui) arrivent difficilement à expliquer. C'est pourquoi une partie de la doctrine considère la convention collective comme un acte présentant un caractère mixte, mi-conventionnel, mi-réglementaire. Toutefois, dans la doctrine turque, comme française, une certaine conception contractuelle, d'après laquelle la convention collective de travail serait un contrat de droit privé sui generis, semble devenir aujourd'hui la conception dominante. Quant au droit positif turc, les divers textes applicables aux conventions collectives sont indiscutablement des dispositions relatives aux contrats de droit privé. Par contre, dans la jurisprudence se ressent une conception mixte, notamment dans le choix des méthodes d'interprétation: La Cour de Cassation turque se réfère simultanément, de manière complémentaire, aux méthodes interprétatives du contrat (recherche de la volonté réelle des parties), tout en considérant les dispositions normatives comme une "loi au sens matériel". Cette jurisprudence semble accueillir l'approbation de la doctrine.

Dès que l'on considère la convention collective de travail comme un véritable contrat, une explication de son effet normatif à l'égard des tiers s'impose. Parmi les thèses élaborées à cet effet, une des plus importantes semble être celle qui en France s'est construite autour d'une théorie

générale de l'accord collectif. Toutefois, l'idée d'une autorité collective fondée sur la nécessité sociale, comme celle d'organisation corporative, ainsi que la théorie de la représentation légale, dépassent chacune les limites de la "représentation" du droit privé, pour se rapprocher d'une représentation au sens politique.

Finalement, la convention collective de travail se trouve être une institution tout-à-fait originale, ayant sa place à part dans l'ordre juridique.

Une nouvelle orientation, peut-être plus intéressante, nous semble être un réexamen de la notion de "contrat". La conception de H. Kelsen s'opposant à cet égard à celle de L. Duguit, semble correspondre à l'évolution moderne des actes juridiques. Ainsi, le contrat conçu comme un acte producteur de normes générales aussi bien qu'individuelles semble s'accorder avec la notion de convention collective. Ces normes tiraient leur autorité d'une autre norme juridique hiérarchiquement supérieure.

La convention collective de travail, jusqu'à ce point conforme à la notion Kelsénienne de "contrat", se heurte toutefois au principe d'autonomie, présent dans cette même conception comme critère de la convention. L'autonomie, définie comme l'identité des auteurs et des sujets des normes juridiques, semble justement écartée dans la convention collective, qui se rapproche des normes hétéronomes, dont l'exemple type est la loi.

Compte tenu de l'évolution récente de la notion de contrat et du recours de plus en plus large à la convention comme moyen politique dans des domaines aussi variés que l'économie, le social, l'éducation, une conception restrictive de la convention, fondée sur la théorie de l'autonomie de la volonté individuelle n'est plus acceptable. Certains prolongements de cette théorie, tel qu'une liberté contractuelle illimitée et un principe de l'effet relatif strictement entendu ne semblent plus être de mise.

- 2 -

Dès lors que la convention collective de travail est qualifiée de véritable contrat dans son sens large, une comparaison de l'autonomie de la convention collective avec la théorie de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle en général s'impose.

L'une des particularités de l'autonomie de la convention collective tient à sa *source*. Une confrontation de la thèse d'une délégation du pouvoir normateur de l'autorité publique avec celle de l'autonomie originaires des forces sociales et avec celle plus nuancée de la "réception de principe" dans l'ordre juridique étatique, nous amène à conclure sur la relativité de toutes ces thèses. Ces thèses ont chacune une valeur relative, changeant en fonction des réalités historiques et sociales de chaque pays. Prenant pour fondement une conception unitaire du Droit, qui est nécessairement étatique, il nous semble difficile de nous rallier aux conceptions pluralistes du Droit. Néanmoins, il est également difficile de nier le rôle prépondérant des forces sociales dans l'adoption et le contenu du principe de l'autonomie des conventions collectives.

Un second trait distinctif de la convention collective est sa *finalité*. Le droit à la négociation collective entre travailleurs et employeurs est un droit social, c'est-à-dire un droit destiné à protéger le plus faible (le travailleur). La convention collective, véritable acte créateur de normes dans les démocraties à économie de marché, ne l'est plus dans les pays socialistes tels l'URSS. Ceci tend à démontrer le caractère essentiellement relatif et fluctuant des droits économiques et sociaux, qui, contrairement aux droits fondamentaux classiques, varieront en fonction du milieu politique, économique et social.

Le caractère *collectif*, troisième trait marquant de l'autonomie des conventions collectives est visible tant à leur conclusion qu'à leurs effets. Surtout du côté ouvrier, seuls des unités et groupements bien définis peuvent être parties. Ces parties devront en général présenter un caractère de représentativité, qui se mesure le plus souvent par la proportion des travailleurs membres par rapport au nombre global des travailleurs. L'étendue des effets de la convention collective dépend d'abord du niveau de négociation; ce niveau est lui-même souvent déterminé par les parties, en fonction notamment du contenu de la convention collective. La condition d'affiliation au syndicat signataire est une autre tendance. Toutefois cette condition souffre de nombreuses exceptions.

Si l'on réexamine ces trois traits du point de vue du *droit positif* *turc*, un système bien défini se dégage:

— L'autonomie de la convention collective trouve sa source, tant du point de vue historique que du droit positif actuel, dans l'ordre juri-

dique étatique. La négociation collective a fait son apparition de manière assez tardive, à la suite des dispositions légales. Elle a trouvé son usage effectif après sa reconnaissance expresse dans la Constitution de 1961, en même temps que le droit syndical et le droit de grève.

— La fonction du droit de négociation collective en droit turc a subi une évolution juridique assez sensible si l'on compare les dispositions de la Constitution de 1961 avec celles de la Constitution de 1982. Droit essentiellement prévu en faveur des ouvriers dans la Constitution de 1961, ce droit fut dans le texte de 1982 reconnu de manière semblable pour les deux partenaires sociaux et en vue de réglementer leurs relations. Néanmoins, en pratique, le caractère de "droit social" du droit à la convention collective devra nécessairement le faire traiter comme une institution visant au progrès social. C'est effectivement l'optique de la Loi turque de 1983 sur les conventions collectives de travail, la grève et le lock-out.

— Le caractère collectif de cette autonomie se marque, du point de vue des parties contractantes, par des conditions assez strictes concernant la capacité à conclure et la représentativité des syndicats signataires. Du côté des travailleurs, seuls les syndicats peuvent conclure une convention collective, alors qu'un employeur non affilié pourra être lui-même partie. Le critère de la représentativité est double: Le syndicat doit réunir en son sein 10 % des salariés de la branche, en même temps que la majorité des salariés de l'établissement ou de l'entreprise concerné.

Quant aux effets de la convention collective, seuls deux niveaux (l'établissement, et sous certaines conditions obligatoirement l'entreprise) sont prévus par la loi. Toutefois rien n'empêche la conclusion de conventions de groupe, incluant plusieurs établissements dans une même branche.

Une autre règle est celle de l'unité de la convention applicable à un lieu donné. Le domaine personnel est déterminé principalement par la condition d'affiliation au syndicat signataire. Néanmoins, divers mécanismes ont adouci cette règle, comme celui de la possibilité du bénéfice avec paiement d'une contribution de solidarité, le consentement écrit du syndicat, et enfin l'extension de la convention collective. Notons que les avantages non pécuniers devront s'appliquer à l'ensemble des salariés travaillant dans le lieu couvert par la convention collective.

La technique de l'*extension* des conventions collectives de travail est remarquable à plusieurs égards: C'est une décision émanant d'une autorité autre que les parties. Cette décision élargira le domaine d'application personnel de la convention collective, en dehors de la volonté des personnes concernées, parfois avec modification de certaines dispositions de la convention collective, ce qui influera même sur la nature juridique de la convention. Une "convention collective étendue" est véritablement un acte mixte où la convention et le règlement se trouvent mêlés.

Dans le système turc, du fait de l'extension seront soumises à la convention les personnes qui se trouvent dans son champ d'application sans être affiliées aux syndicats signataires et, plus remarquablement encore, des personnes qui, tout en étant dans la même branche, se trouvent totalement en dehors du champ d'application territorial de la convention. Les conditions de l'extension furent allégées par la Loi de 1983: Désormais il suffit notamment que le syndicat signataire réunisse 10 % des salariés de la branche et y soit le premier parmi les autres syndicats du point de vue des effectifs. Notons qu'aucune autre convention ne doit être en vigueur dans les établissements concernés. Contrairement aux droits allemand et suisse, aucune condition tenant à la convention collective à étendre n'est requise: Des lors, une convention couvrant seulement une faible minorité des travailleurs au niveau de la branche pourra être étendue.

La décision d'extension sera prise sous forme de décret du Conseil des Ministres, après avis consultatif de la Cour Supérieure d'arbitrage. Une exclusion et même une modification de certaines clauses sont admises. La décision d'extension devra être motivée et pourra faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat. Bien que la nécessité de tenir compte de l'intérêt général ne soit pas expressément prévue dans la loi, la doctrine turque dans sa majorité la tient pour requise.

L'effet de l'extension sur l'autonomie des partenaires sociaux est décisif: De par le principe de l'unité de la convention collective applicable à un lieu donné, désormais aucun syndicat n'y sera en mesure de conclure une convention collective. Cette "mise à l'écart" des syndicats, ainsi que l'absence de l'obligation de payer une quelconque cotisation pour bénéficier de la convention étendue, l'impossibilité de de-

signer des délégués syndicaux dans ces mêmes établissements expliquent probablement la désaffection à l'égard de ce procédé en Turquie. De très rares exemples de recours à l'extension furent contestés par les milieux syndicaux, alors que le procédé en lui-même est d'une très grande utilité sociale.

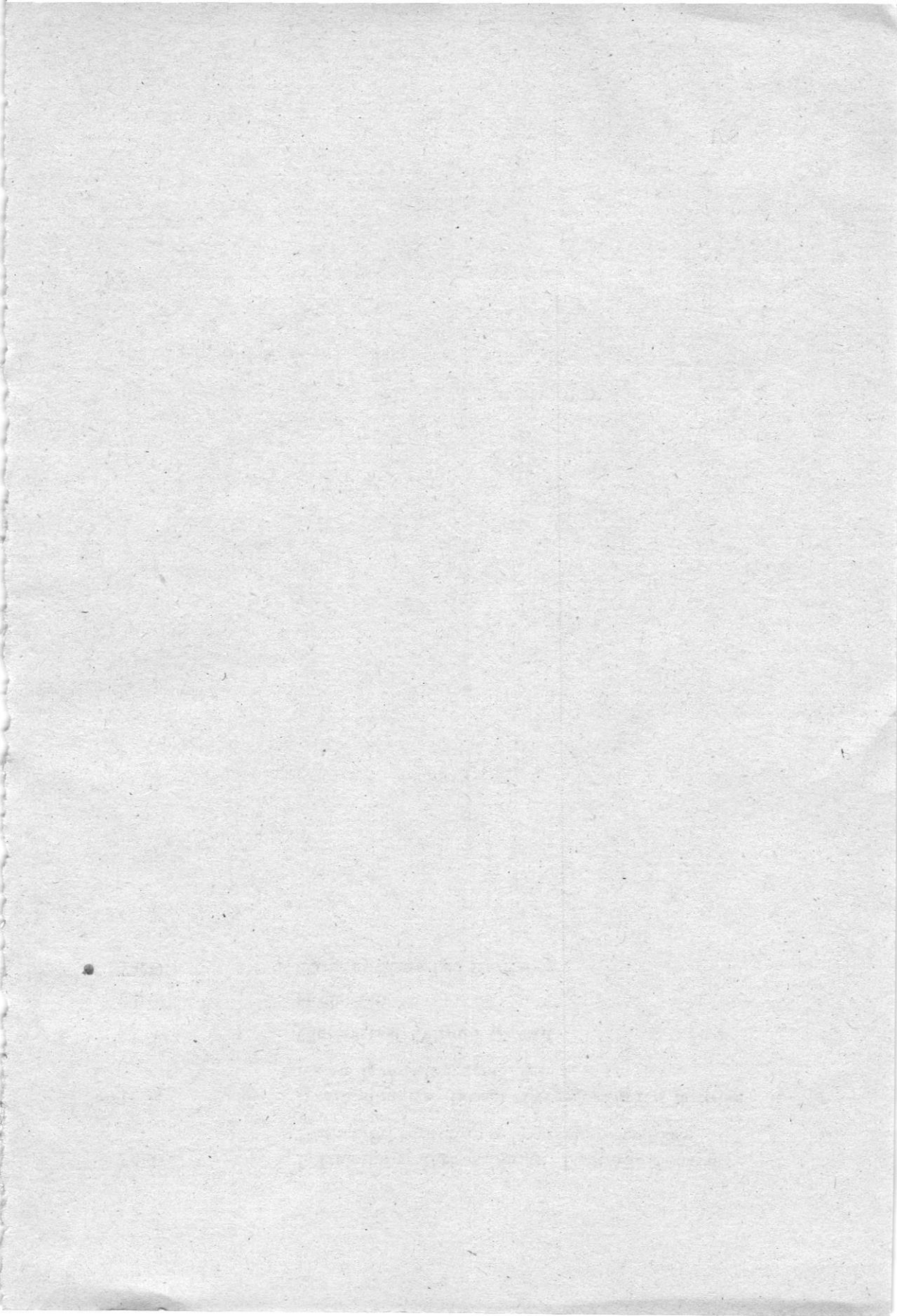
En conclusion, l'extension de la convention collective reviendra à priver provisoirement les partenaires sociaux de leur pouvoir normateur, quitte à les encourager par ce moyen à conclure d'eux-même leur propre convention collective. C'est peut-être une des fonctions principales de cette technique, qui de toutes façons est une mesure palliative, visant à remédier à la carence des conventions collectives et à rétablir les conditions d'une saine concurrence entre les diverses entreprises d'une même branche.

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B	: Birleşim
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BIT	: Bureau international du Travail
BK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Chr.	: Chronique
Concl.	: Conclusions
CSTD	: Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi
CT	: Code du travail
Çimento İşveren	: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi
D	: Recueil Dalloz
dn.	: dipnotu.
D. Ouv.	: Droit ouvrier
D. Soc.	: Droit social
éd.	: édition
f.	: fıkra

HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
ILO	: International Labour Office
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP	: Jurisclasseur périodique, la Semaine juridique
JO	: Journal officiel
Kamu-İş	: İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
karş.	: karşılaştırmamız
L	: Loi
m.	: madde
MMTD	: Millet Meclisi Tutanak Dergisi
O	: Oturum
Örn.	: Örneğin
öz.	: özellikle
par.	: paragraf
R	: Règlement
RG	: Resmî Gazete
RTDC	: Revue trimestrielle de droit civil
S.	: Sayı
s.	: sayfa
sa.	: sayılı
SK	: Sendikalar Kanunu
Soc.	: Cour de Cassation, Chambre Sociale
T.	: Tome
ta.	: tarihli
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

- Tübis : İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
- Tütis : İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ulaştırma Kamu İşverenleri Sendikası
- UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü
- vd. : ve devamı
- YKD : Yargıtay Kararları Dergisi



BİBLİYOGRAFYA

I. KİTAPLAR

- Adam, G., – Reynaud, J.-D., Verdier, J.-M.:** *La négociation collective en France*, Paris 1972.
- Akyol, Ş.:** *Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri*, İstanbul 1967.
- Aliprantis, N.:** *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris 1980.
- Brèthe, J.:** *De la nature juridique de la convention collective de travail*, thèse, Bordeaux 1921.
- Brun, A., – Galland, H.:** *Droit du travail, T. 2: Les rapports collectifs de travail*, 2. éd., Paris 1978.
- Bureau International du Travail (BIT):** *Conventions et recommandations internationales du travail*, Organisation internationale du Travail, Genève 1985.
- : *La négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché*, Genève 1974 (Négociation collective).
- : *La négociation collective face à la récession dans les pays industrialisés à économie de marché*, Genève 1984.
- : *Tendances et problèmes récents en matière de négociation collective dans les pays industrialisés*, Colloque de Vienne 2-9 novembre 1977, Genève 1978 (Colloque de Vienne).
- Camerlynck, G.H., – Lyon-Caen, G., – Pelissier, J.:** *Droit du travail*, 13. éd., Paris 1986.
- Chauchard, J.P.:** *La conception française de la négociation et de la convention collective de travail*, thèse polycopiée, Paris 1984.

- Commission des Communautés Européennes:** *Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté européenne*, Rapport présenté par le Prof. G. Perone avec la collaboration de A. Vallebona, Luxembourg 1984 (Commission, Rapport Perone).
- Commission des Communautés Européennes:** *Problèmes et perspectives de la négociation collective dans les pays membres de la Communauté*, Collection Etudes, Série Politique sociale, No. 40, Bruxelles 1980 (Commission, Problèmes).
- Crémézi, L.:** *L'intervention des pouvoirs publics dans les conventions collectives de travail*, thèse, Paris 1939.
- Cruège, M.D.:** *Le concept contractuel et les négociations collectives*, thèse polycopiée, Paris 1974.
- Cruet, J.:** *Le syndicat, personne morale*, Paris 1908.
- Curtis, C.H.:** *The Development and Enforcement of the Collective Agreement*, Ontario 1966.
- Çelik, N.:** *İş Hukuku, C. II, Kollektif İş Hukuku, Bölüm 1: Sendikalar*, 2. Bası, İstanbul 1979 (Sendikalar).
- Çelik, N.:** *İş Hukuku Dersleri*, 4. Bası, İstanbul 1979.
- Çelik, N.:** *İş Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul 1988.
- Çelik, N.:** *Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi*, İstanbul 1966 (Toplu İş Sözleşmesi).
- David, R. – Hazard, J.:** *Le droit soviétique*, 2 Tomes, Paris 1954.
- Deschenaux, H.:** *Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de Droit civil suisse*, Tome II, I, Fribourg 1969.
- Despax, M.:** *Conventions collectives, Traité de Droit du travail*, Tome VII, Paris 1966 - Mise à jour 1974.
- Despax, M.:** *Négociations, conventions et accords collectifs, Droit du travail*, Tome 7, 2. éd., Paris 1989.
- Duguit, L.:** *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912 (Les transformations).
- Duguit, L.:** *Manuel de Droit constitutionnel*, 3. éd., 1918.
- Duguit, L.:** *Traité de Droit constitutionnel*, 2. éd., Tome 1, 1921.

- Durand, P., – Jaussaud, R.:** *Traité de Droit du travail*, Tome I, Paris 1947.
- Durand, P., – Vitu, A.:** *Traité de Droit du travail*, Tome III, Paris 1956.
- Edis, S.:** *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1987.
- Elbir, H.K.:** *İş Hukuku*, Yenilenmiş 9. baskı, İstanbul 1987.
- Esener, T.:** *İş Hukuku*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. bası, Ankara 1978 (İş Hukuku).
- Esener, T.:** *İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri*, İstanbul 1964 (Toplu İş Sözleşmeleri).
- Fabre, L.:** *L'interprétation et l'exécution des conventions collectives de travail en France*, thèse, Béziers 1941.
- Flanders, A.:** *Collective Bargaining. Prescriptions for Change*, London 1967.
- Friedmann, G., – Naville, P.:** *Traité de Sociologie du travail*, t. 2, Paris 1962.
- Ghestin, J.:** *Traité de Droit civil, II Les obligations, Le contrat*, Paris 1980.
- Ghestin, J., – Langlois, Ph.:** *Droit du travail*, 4. ed., Paris 1981.
- Girod, L.:** *La convention collective comme moyen de législation secondaire du travail*, thèse, Paris 1939.
- Greyffié de Bellecombe, M.:** *Les conventions collectives de travail en URSS*, thèse, Paris 1958.
- Groutel, H.:** *Droit du travail*, Paris 1974.
- Gülmez, M.:** *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, Ankara 1988 (Uluslararası Kurallar).
- Gülmez, M.:** *Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)*, Ankara 1983.
- Hauriou, M.:** *Principes de droit public*, 2. éd., 1916.
- Hennion-Moreau, S.:** *Droit du travail*, Paris 1988.
- İşık, R.:** *Ehliyet ve Yetki*, 3. Baskı, Ankara 1977.
- İşıklı, A.:** *Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri*, Ankara 1967.
- International Labour Office (ILO):** *Collective Bargaining in Industrialised Market Economies, A Reappraisal*, J.P. Windmuller et al. Geneva 1987 (ILO, A reappraisal).

- İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi: Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, Uluslararası Seminer, İstanbul 1982.
- Javillier, J.-C.:** *Manuel de Droit du travail*, Paris 1986.
- Jura Europae, Droit du travail**, T. II, München-Paris, Dirk Neumann (Allemagne Fédérale).
- Kahn-Freund, O.:** *Collective Agreements in the United Kingdom*, Labour Law in Europe, London.
- Kahn-Freund, O.:** *Labour and the Law*, 2. ed., London 1977.
- Kelsen, H.:** *Théorie pure du Droit*, traduit par Ch. Eisenmann, Paris 1962.
- Lannerée, S.:** *Principles et pratique du droit du travail*, 6. éd., Paris 1985.
- Larroumet, C.:** *Droit civil, Les obligations*, 1ère partie, tome III, Paris 1986.
- Lefèbvre, F.:** *Négociation collective*, Paris 1985.
- Lyon-Caen, G. - Tillhet-Prétnar, J.:** *Manuel de Droit social*, 4. éd., Paris 1987.
- Madiot, Y.:** *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris 1971.
- Marmier, P.A.:** *Le droit de négociation collective*, Lausanne 1975.
- Marty, G. - Raynaud, P.:** *Droit civil, Les obligations*, tome I: Les sources, 2. éd., Paris 1988.
- Meyohas, N.:** *L'extension des conventions collectives de travail*, thèse dactylographiée, Paris 1962.
- Mimaroğlu, S.K.:** *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1965.
- OCDE (Organisation de Coopération et de développement économiques):** *Négociations collectives et politiques gouvernementales dans dix pays de l'OCDE*, Paris 1979.
- Oğuzman, K.:** *Hukukî Yönden Grev ve Lokavt*, 2. Bası, İstanbul 1967.
- Oğuzman, K.:** *Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, C. 1, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1978 (İlişkiler 2. Bası).
- Oğuzman, K.:** *Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, C. 1, Yeni Mevzuata Göre Yeniden Yazılmış 4. Bası, İstanbul 1987 (İlişkiler).

- Oğuzman, K.:** *Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, Olaylar-Kararlar, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1987.
- Oğuzman, K.:** *Medenî Hukuk Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1975.
- Oğuzman, K.:** *Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır*, Ankara 1973.
- Ollier, P.D.:** *Le droit du travail*, Paris 1972.
- Reisoğlu, Seza:** *Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1975 (Şerh 1975).
- Reisoğlu, Seza:** *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Ankara 1986 (Şerh).
- Reisoğlu, Seza:** *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukda Toplu İş Sözleşmeleri*, Ankara 1967 (Toplu İş Sözleşmeleri).
- Reynaud, J.D.:** *Les syndicats, les patrons et l'Etat*, Paris 1978.
- Ribettes-Tillhet, J. – Saint-Jours, Y.:** *Droit comparé des conventions collectives et des statuts professionnels*, Paris 1973.
- Rivero, J. – Savatier, J.:** *Droit du travail*, 9. éd., Paris 1984.
- Rodière, P.:** *La convention collective en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Dijon 1987.
- Rotschild-Souriac, M.-A.:** *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse polycopiée, Paris 1986.
- Rouast, A.:** *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse, Paris 1909.
- Rouast, A. – Durand, P.:** *Précis de droit du travail*, 3. éd., Paris 1963.
- Rouhette, G.:** *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse polycopiée, Paris 1965.
- Roujou de Boubée, G.:** *L'acte juridique collectif*, thèse, Toulouse 1961.
- Saymen F.H.:** *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954.
- Sellier, F. – Tiano, A.:** *Economie du travail*, 2. éd, Paris 1970.
- Soyer, P.:** *Genel İş Koşulları*, İstanbul 1987.
- Soysal, M.:** *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Yeniden Yazılmış 6 Baskı, İstanbul 1986.

- Talas, C.:** *Sosyal Ekonomi*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara 1983.
- Talas, C.:** *Bir Toplumsal Politika Belgesinin Yorumu. Toplumsal Anlaşma*, Ankara 1982.
- Tanör, B.:** *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Basım, İstanbul 1978.
- Teyssié, B.:** *Droit du travail*, Paris 1980.
- Toussaint, J.-M.:** *L'évolution de la nature des conventions collectives de travail*, thèse dactylographiée, Paris 1949.
- Troyanov, T.:** *De la nature juridique du contrat collectif en URSS*, thèse, Lausanne 1963.
- Tuncay, C.:** *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul 1982.
- Tuncay, C. – Centel, T.:** *Yeni Türk İş Hukuku Mevzuatı*, 1. Baskı, İstanbul 1984.
- Tunçomağ, K.:** *İş Hukuku*, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1985 (C. II 1985).
- Tunçomağ, K.:** *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988.
- Türk-İş:** *Sendikalar ve Grev. Lokavt Kanunları*, Ankara 1964.
- Ulucan, D.:** *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukukî Niteliği*, İstanbul 1981.
- Verdier, J.-M.:** *Droit du travail*, 5. éd., Paris 1975.
- Visscher, E.:** *Le contrat collectif de travail, théories juridiques et projets législatifs*, Gand 1911.
- Weiss, D.:** *Relations industrielles*, 2. éd., Paris 1980.
- Zapata, F.:** *Questions sociales*, Paris 1988.

II. MAKALELER:

- Amsleek, P.:** *La phénoménologie et le droit*, Archives de philosophie du Droit, 1972, s. 187.
- Barthélémy, J.:** *L'agrément des accords collectifs*, D. Soc. 1987, s. 623.
- Barthélémy, J.:** *Rapport général*, D. Soc. 1986, s. 597.
- Batiffol, H.:** *La "crise du contrat" et sa portée*, Archives de philosophie du Droit, 1968, s. 59.
- Blanc-Jouvan, X.:** *La négociation d'entreprise en droit comparé*, D. Soc. 1982, s. 718.

- Blanc-Jouvan, X.:** *Convention collective de travail. Conclusion, extension, exécution*, 1976, Encyclopédie Juridique Dalloz, 2. éd., Répertoire de droit du travail, Paris.
- Boitel, M.:** *Les conventions collectives de travail. Historique, nature et effets*, Droit ouvrier 1957, s. 381.
- Brêthe, J.:** *La convention collective est-elle un contrat?*, Etudes Capitant, s. 101.
- Brêthe, J.:** *Le nouveau statut des conventions collectives de travail*, D. Soc. 1957, s. 103.
- Brun, A.:** *L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence*, D. Soc. 1960, s. 644.
- Cadet, R.:** *L'extension des conventions collectives*, D. Soc. 1938, s. 178.
- Castro, L.:** *Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat*, Archives de philosophie du Droit, 1968, s. 51.
- Chalaron, Y.:** *Conventions et accords collectifs. Définition*. Jurisclasseur du travail, 19-1, 1983.
- Chauchard, J.-P.:** *Conventions et accords collectifs de travail, Droit de la négociation collective*, 1^{er} janvier 1988, Encyclopédie Juridique Dalloz, 2. éd., Répertoire de droit du travail, Paris.
- Coste-Floret, A.:** *La Loi du 24 juin 1936. Vers une "conception étatique" de la convention collective de travail?* Revue Critique de législation et de jurisprudence 1937, s. 195.
- Çelik, N.:** *Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma*, Tühis, Ocak 1986, C. 10, Sa. 1, s. 3.
- Çelik, N.:** *Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması ve Uygulanmasında Yargıtay Kararlarının Etkisi*, 6.10.1988 günü Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri, Yargıtay Dergisi, s. 521.
- Çelik, N.:** *Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, 1976, İstanbul 1979 (Değerlendirme 1976).
- Demircioğlu, A.M.:** *Türk İş Hukukunda Teşmil Uygulaması*, İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 39, Sa. 1-4, Temmuz 1980-Eylül 1981, s. 137.
- Despax, M.:** *L'application des conventions collectives de travail hors de leur domaine normal d'application*. D. Soc. 1965, s. 384.

- Despax, M.:** *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel*, D. Soc. 1988, s. 8.
- Despax, M.:** *La réforme du droit des conventions collectives de travail par la Loi No. 71—561 du 13 juillet 1971*, D. Soc. 1971, s. 530.
- Despax, M.:** *L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967*, D.S. 1968, s. 147.
- Durand, P.:** *Aux frontières du droit étatique et de la convention collective—Le "statut du personnel" et la théorie des sources du droit du travail*. Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz, 1954, No. 55, Doctr. s. 99.
- Durand, P.:** *Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives: les effets de l'arrêté d'extension*. D. Soc. 1956, s. 214.
- Durand, P.:** *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé*, D 1956, Chr. s. 73.
- Durand, P.:** *La Loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives de travail*, D. Soc. 1950, s. 186.
- Durand, P.:** *Le dualisme de la convention collective de travail*, RTDC 1939, s. 353.
- Durand, P.:** *Pouvoir syndical et puissance publique*, D. 1947, Chr. s. 41.
- Ekonomi, M.:** 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda 3451 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler, Kamu-İş, Ocak 1989, C. 1, Sa. 7, s. 3.
- Ekonomi, M.:** İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, Kamu-İş, Temmuz 1987, C. 1, Sa. 1, s. 6.
- Ekonomi, M.:** Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 37, No. 2.
- Ekonomi, M.:** Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, T.O. Kabakçioğlu Anısına, İstanbul 1974, s. 48.
- Elbir, H.K.:** Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 1, No. 10.
- Esener, T.:** Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 1, No. 8.
- Eyrenci, Ö.:** Karar incelemesi, İHU, TSGLK m. 7, No 8 ve 9.
- Eyrenci, O.:** Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş C. 1, Nisan 1988, s. 4.
- Fournier, P.:** *L'extension des conventions collectives*, D. Soc. 1952, s. 242.

- Guibal, J.-C.:** *Point de vue: plaidoyer pour un "contrat collectif d'entreprise"*, D. Soc. 1986, s. 602.
- Hamburger, L.:** *L'extension des conventions collectives à l'ensemble d'une profession ou d'une industrie*, RIT, Vol. XL, No. 2, Août 1939, s. 169.
- Javillier, J. - C.:** *La partie "obligatoire" de la convention collective*, D. Soc. 1971, s. 258.
- Kahn-Freund, O.:** *Collective Bargaining and English Law, Some Comparative Reflexions*, En hommage à Paul Horion, Liège 1972, s. 151.
- Kelsen, H.:** *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du Droit, 1940, s. 33.
- Kutal, P.:** 2822 Sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, İktisat ve Maliye, C. XXXI, Sa. 1, Nisan 1984, s. 34.
- Kutal, M.:** *Toplu Pazarlığın Düzeyi ve Batı Avrupa Ülkelerinde Başlıca Gelişmeler (I)*, İktisat ve Maliye, C. XXXV, Sa. 4, Temmuz 1988, s. 163.
- Kutal, M.:** *Türk Hukukunda Yetki Tespitinin Önemi ve Sorunları (II)* İktisat ve Maliye, C. XXXIII, Sa. 10, Ocak 1986, s. 38.
- Langlois, Ph.:** *Contrat individuel et convention collective: un nouveau cas de représentation*, D. Soc. 1975, s. 283.
- Lyon-Caen, G.:** *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail*, En hommage à Paul Horion, Liège 1972, s. 173 (Anomie..).
- Lyon-Caen, G.:** *Critique de la négociation collective*, D. Soc. 1979, s. 350.
- Lyon-Caen, G.:** *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du Droit, 1968, s. 59.
- Lyon-Caen, G.:** *Observations*, JCP 1970, Editions G, II, 16471.
- Lyon-Caen, G.:** *Le droit conventionnel du travail* D 1963, Chr. s. 15.
- Morin, G.:** *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Archives de philosophie du Droit, 1940, s. 7.
- Narmanhoğlu, Ü.:** *Karar incelemesi*, İHU 1984/ II, TSGLK m. 6, No. 2.
- Oğuzman, K.:** *Karar incelemesi*, İHU, TSGLK m. 3, No. 1.
- Oğuzman, K.:** *Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Sorunlar*, Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, s. 62.
- Oğuzman, K.:** *Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunu Tasarısı Tahlil ve Tenkidi*, İÜHFİM, C. XXVIII, Sa. 2, 1962, s. 423.

- Ollier, P.D.:** *L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise*, D. Soc. 1982, s. 680.
- Pascre, R.:** *Conventions et accords collectifs; le cap de l'extension*, Droit ouvrier, 1986, s. 241.
- Pécyna, A.:** *Les mécanismes juridiques de transformation des conventions collectives*, D. Soc. 1984, s. 345.
- Rivero, J.:** *La convention collective en droit public français*, Revue économique, 1951, s. 15.
- Rivero, J.:** *Les droits et les devoirs économiques et sociaux fondamentaux dans les constitutions modernes*, Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler, Uluslararası Seminer, İstanbul 1982, s. 13.
- Rivero, J.:** *Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle*, D. Soc. 1952, s. 656.
- Rouast, A.:** *La nature et l'efficacité de la convention collective de travail*, D. Soc. 1960, s. 639.
- Rouhette, G.:** *L'extension à des tiers des effets d'un accord de volontés- Les accords collectifs en droit français*. Société de législation comparée-XIIIèmes Journées juridiques franco-yougoslaves, Paris-Clermont-Ferrand 4-9 Mai 1979.
- Sağlam, F.:** *Karar incelemesi*, İHU 1975, SK m. 21, No. 1.
- Sağlam, F.:** *Karar incelemesi*, İHU 1984 / II, TSGLK m. 6, No. 3.
- Sağlam, F.:** *Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları*, AÜSBFD C. XXIX, No. 1-2, Mart-Haziran 1974, s. 205.
- Savatier, J.:** *Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs*, D. Soc. 1960, s. 598.
- Schregle, J.:** *La négociation collective en Europe Occidentale: quelques problèmes d'actualité*, D. Soc. 1978, s. 204.
- Sinzheimer, H.:** *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*, in *Le problème des sources en droit positif*, Annuaire de l'Institut international de philosophie du Droit et de sociologie juridique, 1934-1935, Paris 1934, s. 73.
- Starck, B.:** *A propos des "Accords de Grenelle" -Réflexions sur une source informelle de droit*, JCP 1970, Doctr. 2363.

Tuncay, C.: *Yüksek Hakem Kurulu ve Yeni T.İ.S.D.*, 11.2.1981 tarihli Milliyet gazetesi.

Ulucan, D.: *Karar incelemesi*, İHU 1975, TSGLK m. 6, No. 1.

Ulucan, D.: *Karar incelemesi*, İHU 1988-89, TSGLK m. 29, No. 1.

Vasseur, M.: *Un nouvel essor du concept contractuel-Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTDC 1964, s. 5.

Verdier, J.M. – Langlois, Ph.: *Aux confins de la théorie des sources du droit: Une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif*, D.S. 1972, Chr. s. 253.

Waline, P.: *Le patronat français et les conventions collectives*, *Revue économique*, 1951, s. 25.