

## TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENİNDE "KAZANILMIŞ HAK ", "KAZANILMIŞ AVANTAJ" KAVRAMLARI,

Prof.Dr. HAMDİ MOLLAMAHMUTOĞLU  
G.Ü. Hukuk Fakültesi

### Giriş

İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci (progress-ist) bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak, eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da böyle olmalıdır. Hukuki bir zorunluluktan kaynaklanmayıp sadece iş mevzuatının tarihsel akışının gözlemiyle varılan ve atfedilen bu karakter, iş ilişkilerini daha fazla işçi çıkarına düzenleyen her hukuk kuralının işçi hakları alanında geri dönülemez bir etabı oluşturduğu varsayımıyla somutlaşır. Sosyal bir yoruma oturan bu varsayımın göre işçi hakları, ardarda kazanımlardan oluşan bir birikimdir. Gerçekte iş ilişkilerinin herhangi bir alanında sözgelimi iş süreleri alanında her yasal müdahalenin ardından iş sürelerinin daha da kısaldığı gözlemlendiği gibi bu alan-daki gelişimin bundan böyle de aynı şekilde devam edeceği/etmesi gerektiği beklentisi mevcuttur.

İş Hukukunun bu gelişimci karakteri, yasalar kadar iş ilişkilerini düzenleyen akdi kollektif hukuki düzenlemeler bakımından özellikle toplu iş sözleşmeleri bakımından da varittir. Hatta İş Hukukunda yasalann minimum koruyucu düzenlemeler olduğu, toplu iş sözleşmelerinin doğal olarak yasaların üstünde haklar sağlandığı dikkate alındığında İş Hukukunun bu karakterinin toplu iş sözleşmeli ile ivme kazandığı da söylenebilecektir. Öyle ki uygulamada yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılırken işçi tarafının, sona eren toplu iş sözleşmesiyle işçi hakları bakımından varılan noktayı toplu pazarlığın tartışılmaz hukuki zemini olarak değerlendirdikleri ve önerilerini bu noktadan itibaren oluşturarak karşı tarafa yönelttikleri hemen her toplu pazarlıkta gözlenen bir olgudur. Böylece, tıpkı yasalardaki gibi toplu iş sözleşmeleri alanında da her toplu iş sözleşmesinin işçi haklarından geri dönülemez bir etabı oluşturduğu varsayılmış olmaktadır.

Bu varsayım, hukukun diğer alanlarında görüldüğünden daha yoğun bir şekilde, müphem tartışmalı, hatta artık eskimiş bir kavrama başvuru olarak hukuki dayanağa sahip kılınmak istenmektedir. Genellikle işçi literatüründe yer alan ve bireysel olduğu kadar kollektif alanda ve anlamda kullanılan bu kavram "kazanılmış hak" kavramıdır.

Toplu iş sözleşmesi düzeninde bireysel hak iddialarının dayanağı olarak kazanılmış hak kavramının, "kazanılmış hakların korunması ilkesi" terimi altında

uygulama alanı bulunduğu görülmektedir. Buna karşılık kollektif alanda ve anlamda yani sona eren bir toplu iş sözleşmesinin toplu pazarlıkta işçi tarafınca diğer tarafa işçi sınıfının "sınıfsal bir kazanımı" olarak sunulmasının platonik bir söylemden öte değeri bulunmaz. Bu sonuncu durumda "kazanılmış hak", hukuki içeriğinden yoksun, yanlış bir terim kullanımından başka bir şey değildir. Zira her şeyden önce, taraflara tanınmış toplu iş sözleşmesi otonomisi böyle bir kabule hukuken imkan vermeyecek nitelik taşır. Fakat kazanılmış hak kavramını referans yapılan "kazanılmış hakların korunması ilkesi"nin de ne ölçüde bu kavrama denk düştüğü açıklıktan uzaktır. Mukayeseli Hukukta toplu sözleşme düzeni bakımından "kazanılmış hak" yerine kazanılmış avantaj" kavramı da kullanılmaktadır. Bu sonuncusunun, ilkinin göre hukuken daha somut ve daha açık bir nitelik taşıdığı, hukukun tüm alanlarında öteden beri tartışmalı olarak kullanılan "kazanılmış hak" tan farklı şekilde toplu iş sözleşmesi hukukuna özgülünmüş bir terim olduğu görülmektedir.

### 1. Kazanılmış Hak Kavramı

Kazanılmış hak, hukukta genel olarak yasalar arasında zaman bakımından doğan uyumsuzluk nedeniyle söze konu olan bir kavramdır.

Prencip olarak, yeni çıkan yasa geçmişe etkili olmamak üzere derhal hüküm doğururken eski yasa geçici bir uzatma olmaksızın derhal yürürlükten kalkar. Buna göre de hukuki durumlar, yeni yasanın yürürlüğe gireceği tarihe kadar eskisine tabidir. Yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte artık onun hükümlerine tabi olurlar. Bununla birlikte eski yasayla belirlenmiş bazı hukuki durumlar, yeni yasanın aksine hükümlerine rağmen, hukuken varlıklarını korumaya devam ederler. Sözgelimi, evlilik birliği devam ettiği sürece, eski yasaya göre akdedilen evlilik sözleşmesi hukuken geçerliliğini korur. Ancak bu türde bir hukuki duruma, eski yasa yürürlükten kalkmış bulunduğuna göre, bundan böyle yeni yasanın hükümleri mi uygulanacaktır? Soruya, hakları, kazanılmış haklar/bekleyen (muntazir-expectative) haklar şeklinde bir ayrıma tabi tutan ve bugün için değerini kaybetmiş bulunan eski bir teoriyle cevap verilir. Bu teoriye göre, kazanılmış haklar (droits acquis-wohlerworbene recte) eski mevzuata, bekleyen haklar ise yenisine tabi olurlar<sup>1</sup>. Kazanılmış hak ise kavram olarak eski yasa zamanında, onun bir hükmüyle tanınan, yeni yasanın aksine hükümlerine rağmen muhafaza edilen haktır<sup>2</sup>. Diğer bir tanımla, eski yasanın, yeni yasa zamanında da etkisini sürdürmesine; bu şekilde bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında o kurala uygun bir surette bütün sonuçlarıyla birlikte edinilen hakka kazanılmış hak denir<sup>3</sup>. Bir görüşe göre, kamu düzenine ilişkin alanda hukuken ikmal olmamış hukuki durumlar (facta pendentia) örneğin kazandırıcı zaman aşımı, kurucu şartları henüz gerçekleşmemiş olan ya da sona ermekte olan hukuki durumlar derhal yeni yasa hükümlerine tabi olurlar. Buna karşılık sözleşmeler, kamu düzeni sınırları dahilinde kalmak kaydıyla, eski yasanın hükümlerine tabi olmaya devam ederler.

<sup>1</sup> *Blondeau J.B.*, "De l'effet retroactif des lois", La Themis, VII, 1826, sh. 289 vd. (naklen Haesaert J. Theorie Generale du Droit, Bruxelles 1948, sh.448).

<sup>2</sup> *Guillien R. V, ncent J.* Lexique de Termes Juridiques, 5. Ed. Dalloz 1981, sh.165.

<sup>3</sup> *Edis Seyfullah*, Medeni Hukuka Giriş ve başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, sh. 182

Çünkü, taraflar bu yasaya istinat ettikleri gibi kamu düzeni sınırlarının dahilinde uygulanacak hukuk kuralını tespit etme yetkisine de onlar sahiptirler<sup>4</sup>.

Birbirine pek yakın tanımların ortak yanı, kamu düzenine aykırılık oluşturmak kaydıyla, eski yasa zamanında onun hükümlerine uygun olarak elde edilen hakkın, yeni yasanın aksi hükmüne rağmen kazanılmış hak olarak varlığını korumaya devam edeceğidir. Böylece kazanılmış hak, yeni yasanın ilişemediği hak olmaktadır. Diğer bir anlatımla kazanılmış hak, yasaların zaman bakımından geçmişe etkili (makable şamil / retroactif) olmadığı prensibinin dayanağını teşkil eden bir kavramdır. Sadece kamu düzeni gerekleri bu prensibi, dolayısıyla de kazanılmış hak kavramını dışlar. Nitekim, Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanuna göre Medeni Kanunun geçmişe etkili olmayacağı hususu kazanılmış haklar bakımından geçerli olmakla birlikte (md. 1) Medeni Kanunun kamu düzeni ve genel adaba ilişkin hükümleri yani emredici hükümleri ile eski hukuka göre bekleyen haklar söz konusu olduğunda yasanın geçmişe etkili olmadığı kuralı uygulanmaz (md. 2,3,4).

Kazanılmış hak, adalet, nesafet, hakkaniyet gibi yüksek bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmekle birlikte Hukukumuzda Anayasal bir ifadeye sahip değildir. Bununla birlikte 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi "kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez" demek suretiyle Anayasada ifade edilmese de hukuk düzenimizin temel bir kuralı olduğuna işaret etmektedir<sup>5</sup>. Yüksek mahkemeye göre kazanılmış haktan "genel olarak bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması" anlaşılmalıdır<sup>6</sup>.

## 2. Toplu İş Sözleşmesi Düzeni Bağlamında "Kazanılmış Hak"

Yasaların uygulanması bakımından dahi tartışmalı bir kavramın toplu iş sözleşmeleri söze konu olduğunda nasıl uygulama alanı bulabileceği cevaplandırılması güç bir soru olacaktır. Zira, genel objektif kuralları yani normatif karakteri nedeniyle maddi anlamda yasa niteliği taşısa da toplu iş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve mahiyetinin gerekli kıldığı ayrıklar dışında genel hükümlere tabidir. Yasa gibi üstün bir iradenin eseri değildir. Çok daha önemlisi, yasaların geçmişe etkili olmaması ilke iken toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olması ilkeyi oluşturur. Diğer bir anlatımla evvelce akdedilmiş bulunan hizmet sözleşmeleri derhal toplu iş sözleşmesine uydurulur. Hizmet sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri yerine toplu iş sözleşmesinin hükümleri uygulama alanı bulur ki, bu şekilde toplu iş sözleşmesi normatif hükümleri yönünden geçmişe etkili bir sonuç doğurmuş olmaktadır<sup>7</sup>. Ancak, Hukukumuzda da öngörüldüğü üzere (2822 TSGLK

<sup>4</sup> *Haesaert*, aynı yer.

<sup>5</sup> Any, Mah. 11.11.1963 T.,E. 1963/106, K.1977/16 (AMKD, sayı. I,sh. 473).

<sup>6</sup> Any, Mah. 10.3.1977 T.,E. 1976/51, K.1977/16 (AMKD, sayı. 15,sh. 228).

<sup>7</sup> *Esener Turhan İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1978, sh. 402

md. 6/f2) toplu iş sözleşmesine aykırı olmakla birlikte işçi yararına olan hizmet sözleşmesi hükümleri geçerliliğini korur. Fransız Hukukunda "clause plus favorable", Alman Hukukunda "Günstigkeitsprinzip" terimleriyle karşılanan ve bizde de "işçi lehine şart" terimi altında ifade edilebilecek bu hususun da kazanılmış hak kavramıyla bir ilgisi yoktur. Çünkü, toplu iş sözleşmesine aykırı olmakla birlikte işçi yararına olan hizmet sözleşmesi hükmü, kazanılmış bir hak olarak değil bir akdi kural olarak varlığını sürdürmektedir.

Konumuz bakımından kazanılmış hak, tıpkı yasalardaki gibi, sona eren bir toplu iş sözleşmesiyle öngörülen ve bu sözleşmenin yürürlüğü sırasında gereken şartlar gerçekleşmek suretiyle edinilmiş bulunan bir hak olarak düşünülebilir. Buna göre "kazanılmış" varsayılan hak, kavramının doğası gereği, yeni toplu iş sözleşmesi döneminde de bu sonuncunun aksine hükümlerine rağmen varlığını koruyan, bu sayede de talep edilebilen bir hak olacaktır. Ancak bu şekilde kazanılmış hakkın varlığı çok ayırık durumlar için ileri sürülebilecektir. Hatta ayırık durumların çok sınırlı kalması nedeniyle toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından kuralın, kazanılmış haklardan bahsedilemeyeceği şeklinde anlaşılması uygun düşecektir. Bu sonuç, doktrin tarafından geliştirilerek toplu iş sözleşmesi düzeni için temel kabul edilen bir ilke ile "düzen ilkesi" (ordnungsprinzip) ile motive edilmektedir. Türk yargı kararında da bu ilkenin dayanak alındığı gözlenmektedir.

#### **a) Düzen İlkesi (Ordnungsprinzip)**

Düzen ilkesi, her yeni toplu iş sözleşmesi ile iş ilişkilerinin yeni bir düzene tabi olacağını ifade bir ilkedir; öyleki yeni toplu iş sözleşmesi eskisine göre daha az işçi çıkarına hükümler de ihtiva edebilir.

Her toplu iş sözleşmesi, yürürlük süresi içinde iş ilişkilerini düzenler. Yeni bir toplu iş sözleşmesiyle iş ilişkileri, eski toplu iş sözleşmesinden tamamen farklı bir şekilde tespit edilebilir. Yeni toplu iş sözleşmesi ile iş ilişkileri yeni bir düzene tabi olmuş olur. Eski toplu iş sözleşmesi sona ermekle, iş ilişkilerini tanzim eden normatif etkisi de sona ermiş olduğundan artık onun ihdas ettiği düzenden de bahsedilemez. Bu durumda sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yeni toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre daha işçi lehine olması da sonucu değiştirmez. Düzen ilkesi gereğince, sadece önceki toplu iş sözleşmesi hükümlerinden değil işyeri uygulamaları ve genel iş şartlarından tamamen farklı; bunların aleyhinde hükümler de yeni toplu iş sözleşmesi ile getirilebilir. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) ve literatürün önemli bir kısmına göre daha sonraki toplu iş sözleşmesi aleyhe hükümler ihtiva etse bile düzen ilkesi uyarınca sözleşme öncesi işyerinde uygulanan anlaşmalara (Betriebsvereinbarungen) ve genel iş şartlarına (Allgemeinen Arbeitsbedingungen) karşı öncelikle uygulanır<sup>8</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere düzen ilkesi gereğince yeni toplu iş sözleşmesiyle yeni bir düzen ihdas edilmiş olduğundan eski sözleşmenin işçiler için daha

---

<sup>8</sup> Jura Europae, Droit Collectif Allemagne/Deutschland Kollektives Recht, 10.50. No:100.

elverişli olan hükümleri de yeni sözleşme hükümlerine meydanı terkeder. Federal İş Mahkemesinin kararları da bu yöndedir (BAG, 12.12.1962)<sup>9</sup>.

Alman doktrinine göre düzen ilkesi, sadece mevcut toplu iş sözleşmesini aynı alanda geçerli, olmak üzere değiştirmek amacıyla daha elverişsiz şartlar taşıyan toplu iş sözleşmesinin kabul edilmesi halinde doğru sonuç verebilecek bir ilke olarak algılanması gerekir. Esasen Nipperdey tarafından Nasyonal Sosyalist Hukuku etkisi altında geliştirilen, pozitif hukukun hiçbir yerinde tespit edilememiş ve ayrıca hiçbir hukuki ilişkiden çıkarılamayan bu ilke, gerçekte böyle bir değerlendirmeye bile dayanak alınacak nitelikte değildir. Bu alanda söze konu olan; tüm hukuk kuralları için geçerli bir ilke; aynı konudaki yeni hukuk normunun, önceki hukuk normunu, onu değiştirdiği ölçüde yürürlükten kaldırılacağı ilkesidir<sup>10</sup>. Diğer bir anlatımla yasalar arasında geçerli *lex posterior derogat legi priori* ilkesi, maddi anlamda yasa niteliği taşıyan toplu iş sözleşmesinin bakımından da geçerlidir. Ancak normatif olmakla beraber toplu iş sözleşmelerinin akdi niteliği dikkate alındığında bu sonuncu ilkenin yasalara uygulandığı gibi toplu iş sözleşmelerine uygulanamayacağı göz ardı edilmemelidir. Zira yasalardan farklı olarak, sonraki toplu iş sözleşmesi önceki toplu iş sözleşmesinin düzenlediği alanlara ilişkin bir hüküm içermiyorsa bu önceki sözleşmenin o alanlara ilişkin hükümlerinin yürürlükte bırakıldığı anlamını taşımaz. Eğer önceki toplu iş sözleşmesinin bazı hükümleri yaşatılmak isteniyorsa bu ancak yeni toplu iş sözleşmesinde yer almaları ile mümkün olabilir.

Yukarıda zikrettiğimiz kritiğe karşın düzen ilkesi toplu iş sözleşmesi düzeninde kazanılmış hak kavramını kural olarak dışlayıcı bir ilke olarak korunmaktadır. Bu durumda sona eren bir toplu iş sözleşmesinin öngördüğü bir hususun bir hak talebine konu olması hiç düşünülemez midir? İki halde bu soruya olumlu cevap verilebilir; önceki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet sözleşmesi ile bütünleştiğinin kabul edildiği halde ya da sonraki toplu iş sözleşmesinde "kazanılmış hakların korunacağı" kaydına yer verilmesi halinde... Bu son halde kazanılmış hak bağlamında bir cevap verilmiş olmaktadır.

## **b) Düzen İlkesine Ayrı Durumlar**

### *aa) Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet sözleşmeleri ile bütünleşmesi*

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya ve emredici etkisi vardır. Bu etki, normatif hükümlerin, maddi anlamda yasa niteliği taşımalarından gelir. Açıkça olmasa bile TSGLK md. 6/f 1'de toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akidleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz" ifadesiyle toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi belirtilmektedir. Mukayeseli hukukta bu normatif etki yasal metinlerde açıkça dile getirilmektedir. Nitekim İsviçre Hukukunda CSO. Md. 357'ye göre, aksine hüküm dışında toplu iş sözleşmesinin, hizmet sözleşmelerinin kuruluş, içerik ve sona ermesine ilişkin

<sup>9</sup> Jura Europae, etni ver.

<sup>10</sup> Daubler W./Hege H. Tarifvertragsrecht, 2 Auflage, 1981, sh.59

hükümleri, toplu iş sözleşmesi süresince onunla bağlı taraflar karşısında doğrudan ve emredici bir etkiye sahiptir. Aynı husus Alman Hukukunda TVG (Tarifvertrags-gesetz) 1 ve 4. maddelerinde yer almaktadır<sup>11</sup>. Buna karşılık Fransız Hukukunda doktrin toplu iş sözleşmelerinde normatif kısım, borç doğurucu kısım ayrımı üzerinde pek durmadığı gibi yasada da işçi ve işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, daha fazla işçi yararına başka hükümler bulunmamak kaydıyla hizmet sözleşmelerine uygulanacakları amir hükmüyle yetinilmektedir.<sup>12</sup>

Hukukumuzda yasa, yukarıda belirttiğimiz hükmünü takiben "Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır" hükümleriyle, toplu iş sözleşmesinin normatif etkisini nasıl gösterdiğine işaret etmiş olmaktadır. Mukayeseli hukukta olduğu gibi Hukukumuzda da toplu iş sözleşmesinde aksi belirtildiği takdirde hizmet sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi dışında kalır. Fakat bu durumda dahi, hizmet sözleşmesiyle toplu iş sözleşmesinden ayrı düzenlemeye imkan veren hüküm toplu iş sözleşmesinin normatif bir hükmü olduğu gözden ırak tutulmamalıdır. Bununla birlikte doğrudan yasa hükmüyle de toplu iş sözleşmesinin normatif etkisinin ortadan kalkması söz konusu olmaktadır ki TSGLK md. 6/f 2'de bu durum "Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir" hükmüyle anlatılmaktadır.

TSGLK md. 6'da belirtilen esaslar, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet sözleşmeleri ile bütünleşerek onların muhtevasına dahil olacakları yönünde bir yoruma müsait nitelikte değildir. Çünkü her şeyden önce toplu iş sözleşmesi hükümlerinin normatif karakteri, onların hizmet sözleşmelerinin üstünde genel, soyut, otomatik olarak emredici nitelikte olduklarını dile getirmektedir ki bu durumda hizmet sözleşmelerinin muhtevalarına dahil olmaları düşünülemez. Mukayeseli Hukukta da toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet sözleşmelerinin muhtevasını oluşturmadığı kabul edilmektedir.<sup>13</sup> Hizmet sözleşmesinin muhtevası ile bütünleşme ( entegrasyon) ancak normatif karakterin kaybedilmesiyle mümkün olabilir. Bu ise toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde düşünülebilecek bir durumdur. Nitekim yasa toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet sözleşmesi hükmü olarak addedildiği hali, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümleri bakımından dikkate almaktadır; yasaya göre sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri hizmet sözleşmesi hükmü olarak varlığını sürdürür. Ancak bu husus dahi yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihte sınırlandırılmış bulunmaktadır (TSGLK md. 6/son fıkra). Diğer taraftan yargı kararlarına göre bir toplu iş sözleşmesi hükmünün hizmet sözleşmesi hükmü

<sup>11</sup> Jura Europae. No:87

<sup>12</sup> Javiller J.C. Droit du Travail, 4 Ed. LGDJ., Paris 1992, sh. 571, 572.

<sup>13</sup> İsviçre Hukuku bakımından bkn. Vischer F., Le Contrat de Travail, Traite de Droit Prive de Suisse, Vol. VII. Tome 1,2. 1982, sh. 208 vd., Alman Hukuku bakımından Daubler/Hege, sh. 21 vd; Jura Europae. No:87.

olarak varlığını sürdürebilmesi için o hükümde yer alan hakkın, sona eren toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.<sup>14</sup>

Süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi, bu toplu iş sözleşmesine tabi olmuş sözleşmeleri için ve kural olarak içerik normları (inhaltsnormen) ile sona erme normları bakımından söze konu olur. Hizmet sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin normlar (AbschlunBnormen) bakımından hizmet sözleşmesi hükmü olarak varlığını sürdürme durumu söze konu olamaz. Zira kuruluş normları yeni akdedilecek hizmet sözleşmeleri için uygulanabilir; toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet sözleşmesi hükmü olarak varlığını sürdürmesi durumu mevcut hizmet sözleşmeleri içindir.

*bb) "Kazanılmış Hakların Korunacağı" kaydı*

Karşılaştırılmalı Hukukta olduğu gibi Hukukumuzda da toplu iş sözleşmesine tarafların koyacağı "kazanılmış haklar saklıdır" şeklinde bir hükmün varlığı halinde eski toplu iş sözleşmesi hükümleriyle öngörülmüş olan hakların talep edilebileceği yargı kararlarında dile gelmektedir.<sup>15</sup> Bu yerleşik kararlar muvacehesinde, böyle bir kayıt içermeyen yeni toplu iş sözleşmesi döneminde eski toplu iş sözleşmesi hükümlerine dayanarak herhangi bir hak talep edilemeyeceği; bu durumda kazanılmış hak iddiasının düzen ilkesi uyarınca baştan reddedilmesi sözkonusudur.

Toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından kazanılmış haktan bahsedebilmek için varlığı aranan bu kaydın taşıdığı anlam tek yanlı olarak kazanılmış hak savında bulunulamayacağıdır. Diğer bir anlatımla, kazanılmış hak, tarafların toplu iş sözleşmesine koyacakları kaydın varlığına bağlanmakla talep edilebilmesi akdi bir hukuki temele oturtulmuş olmaktadır ki bu durumda da salt düzen ilkesi bağlamında bir tutarlılık sağlamak amacıyla doğrudan doğruya kazanılmış hak kavramı deforme edilmiş olmaktadır. Ya da en azından toplu iş sözleşmesi bakımından kavram, yasalar bakımından taşıdığı anlamından farklı bir niteliğe büründürülmüş olmaktadır.

Bir hak "kazanılmış" ise bunun daha sonra kabul edilen bir kurala saklı olduğunu belirtmek, ona bu şekilde geçerlik tanımak "kazanılmış hak" kavramının tanımıyla çelişmiş olacağından, toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından böyle bir kayıtla geçerlilik tanınan bir hukuki durumun kazanılmış hak olarak nitelenmesi uygun düşmez. Çünkü bu durumda "kazanılmış" olarak nitelenen hakkın varlığı ve geçerliliği, bir başka ifadeyle talep edilebilir oluşu toplu iş sözleşmesine dercedilen bir hükme dayanmış olmaktadır. Bu itibarla Mukayeseli Hukukta önceki toplu iş

<sup>14</sup> Yarg. 9. H.D. (06.02.1984, E.1983/10498, K. 1984/980; 12.02.1985, E. 1984/1300, K. 1985/1585) Yarg. HGK bir kararında (20.11.1985, E. 1984/9-763, K. 1985/926) 9. H.D.nin bu içtihadı doğrultusunda görüş beyan etmiş iken daha sonraki bir kararı ile bu görüşünden ayrılmış; Yasa hükmünün sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak varlığını sürdüreceği ifadesi karşısında başkaca bir husus aramanın gerekmediği sonucuna varmıştır. (02.04.1986 E. 1984/9-802, K. 1986/329). Doktrinin görüşleri, özel dairenin kararları doğrultusunda yönündedir. (oğuzman K., Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Seminer, 1984-1985, sh. 160; Reisoğlu Seza, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 1986 Sh. 116).

<sup>15</sup> Örn. Yarg. 9. H.D. 27.03.1985, E.2589, K.3284 (YKD, Kasım 1985, sh.1647).

sözleşmesi ile tanınmış işçi yararına düzenlemelerin yeni sözleşmenin bir hükmü ile geçerli kılınması halinde "kazanılmış haklar"dan değil de yerinde bir terimle "kazanılmış avantajlar"dan bahsedilmektedir.<sup>16</sup> Bununla birlikte çok istisnai bazı durumlarda terimin bilinen hukuki anlamı bağlamında kazanılmış hak toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından da düşünülebilir ki Reisoğlu Alman Hukukundan bu duruma örnek olarak 15 yıl çalışan bir işçinin emekliliğe kadar işten çıkarılmayacağını öngören bir toplu iş sözleşmesi hükmünü aktarmaktadır. Alman federal İş Mahkemesinin kararlarında da ifadesini bulan bu örneğe göre bilahare kabul edilen toplu iş sözleşmesi işçilerin hizmet sözleşmelerinin her zaman feshedebileceği şeklinde hüküm getirse bile eski sözleşme zamanında 15 yılı doldurmuş olanlara uygulanamayacaktır. Çünkü eski sözleşme zamanında 15 yılını doldurmuş olanların emekliliğe kadar işten çıkarılmayacağı kazanılmış hak oluşturmıştır.<sup>17</sup>

Kanaatimizce kazanılmış hak oluşturabilecek hususlar, işçinin sıfat ve statüsüne ilişkin düzenlemeler bakımından düşünölmelidir. Örneğin yürürlükteki toplu iş sözleşmesine göre daimi işçiliğe geçiş şartlarını dolduran geçici bir işçi için daimi işçi statüsü kazanılmış hak oluşturacaktır; daha sonra yürürlüğe girecek bir toplu iş sözleşmesi hükmü aksine hükümler içerse bile, önceki sözleşmede öngörölen şartları o sözleşmenin yürürlüğü sırasında dolduran işçi için daimi işçilik bir statüdür. Buna karşılık parasal hususlar yani ücretler ve oranları, tazminatlar ve verilme şartları gibi hususlarda kazanılmış haktan bahsedilemeyecektir. Çünkü yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılması eskisinden farklı şartların zorlamasıyla düşünülebilir. Diğer taraftan *clausula rebus sic stantibus*, kazanılmış hak oluşturduğu iddia edilen bir hususun değerlendirilmesinde hakim tarafından dikkate alınması gereken bir ilke olarak uygulama alanı bulur. İhdasına yol açan ekonomik şartlar ortadan kalmış bulunduğu halde kazanılmış hak iddiasıyla sözgelimi bir prim talep edilemez.

### **3. Toplu Sözleşme Düzeni Bakımından Daha Yerinde Bir Kavram; "Kazanılmış Avantaj"**

#### **a) Kazanılmış Avantaj Kavramı**

Kazanılmış avantaj kavramı, kazanılmış hak kavramından farklı olup, toplu sözleşme düzeninde kazanılmış hak ile çoğu zaman anlatılmak istenen ya da anlaşılması gereken gerçekte kazanılmış avantaj kavramıdır.

Kazanılmış avantaj uygulamada ortaya çıkıp benimsenmiş bir kavramdır. Terim olarak, yasayla tanınmış ve garanti altına alınmış haklar üzerinde toplu iş sözleşmeleri ile edinilen çıkarların bir ilerlemeyi ifade etmesi ve önceki kurallar ile sonrakiler arasındaki mukayeseyi vurgulaması bakımından hak yerine kullanımı uygun bulunan bir niteliğe sahiptir. Diğer bir anlatımla "avantaj" kelimesi, farklılık, görecelilik ve eğretilik gibi işaret ettiği anlamlarıyla toplu pazarlığa ve ona bağ-

<sup>16</sup> *Camerlynck G.H./Lyon-Cean G. Droit du Travail, Precis Dalloz, 1979, Sh.;* *Rivero J./Savatier J., droit du Travail, Puf, 1978, sh. 354;* *Camerlynck La Clause de maintien des avatages acquis dans les conventions collectives, Dr. Soc. 1959, sh. 406.*

<sup>17</sup> *Reisoğlu, Şerhi, sh. 112*



lanmış mukayesenin dinamiğine doğrudan gönderme yapan bir içeriğe sahiptir<sup>18</sup>. Hak yerine kullanılan avantaj kavramı, işçilerin evvelce yararlanabildikleri ve daha kendi çıkarlarına olan işlem<sup>19</sup>. Ya da bir başka normla öngörülene nazaran işçiler için daha elverişli bir normun ihdas ettiği hukuki durum<sup>20</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre avantaj kavramı, İş Hukukunda tanımlanmış genel bir kavram niteliği taşımaz; işe ilişkin yasal düzenleme bir türlü minimum sosyal garanti oluşturur; yasal minimum statü getirilen ve kaynağı umumiyetle bir toplu iş sözleşmesi hükmü olan her eleştirici katkı avantaj olarak nitelenebilir<sup>21</sup>. Bir avantaj, tıpkı kazanılmış hak kavramında olduğu gibi kendisini oluşturan ödemelere hak kazanmak için gereken şartların biraraya geldiği anda kazanılmış olur<sup>22</sup>.

### **b) Kazanılmış Avantajların Korunacağı Kaydı**

Kazanılmış avantaj, bir takım şartların gerçekleşmesiyle otomatik olarak edinilen bir avantaj olmayıp, yeni toplu iş sözleşmesinin işçiye önceki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden yararlanabileceğini öngören bir kayıtlı söz konusu olabilen bir hukuki durumdur. İşçi bu kayıt sayesinde önceki sözleşmenin daha lehine olan düzenlemelerinden yararlanma imkanı bulmuş olur. Şöyle ki kazanılmış avantajların korunacağı kaydıyla toplu iş sözleşmesini yapan taraflar, işçi haklarını en azından önceki toplu iş sözleşmesi ile varılan seviyede koruyacakları iradelerini beyan etmiş olmaktadır. Ancak bu kayıt, işyerinde kolektif ilişkilere değgin haklar konusundaki avantajlar için değgil her işçinin efektif olarak yararlanmış bulunduğu ve doğası gereği bireysel nitelik taşıyan avantajlar yönünden geçerlidir. Buna göre toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önce yararlanmaya başlamak kaydıyla tekrarlanıp durulan veya temadi bir duruma ilişkin avantajlar (onüçüncü aylık, kıdem primi gibi) kazanılmış avantaj korunacağı kaydına konu alabilir. Buna karşılık, işten çıkarma tazminatı kazanılmış avantajların kavramına dahil edilemeyeceği gibi ne zaman gerçekleşeceği kestirilemeyen durumlara ilişkin ödemelerin (tekrarlanma nitelikleri bulunsa bile) de bu kavram içinde mütalaa edilmesi güçtür<sup>23</sup>.

Kural olarak " kazanılmış avantajların korunacağı kaydı", önceki sözleşmeyle tanınmış hangi avantajların nasıl bir metodla yeni sözleşme döneminde geçerli olacağını şartlarını belirler. Buna göre avantajların kolektif ya da bireysel olduğu, yararlanacak kategoriler ve yararlanma şartları yeni toplu iş sözleşmesinde yer alır. Ancak bu hususlar belirtilmemişse eski ve yeni sözleşmeler arasında ne global ne de noktası noktasına bir mukayeseye gidilir, her bir avantaj arasında mukayese yapılarak sonuca varılır. Yani işçinin genel olarak durumu önceki sözleşmeye nazaran dikkate alınır; bilahare, topluluğun genel çıkarı bireysel çıkardan üstün

<sup>18</sup> *Rodiere P.* Observations sur le maintien des avantages acquis face la modification des regles regimentant le contrat de travail" Dr. Soc.1986, sh. 873.

<sup>19</sup> *Durand/Vito* No:185, sh. 510

<sup>20</sup> *Aliprantis N* La Hierrarchie des Normes en droit du Travail, these, Strasbourg 1980, sh. 58.

<sup>21</sup> *Despax M.* Negociations, Conventions et Accords Collectifs, Traite D. , 2 Ed. 1989, sh. 406

<sup>22</sup> *Despax*, sh. 407 409.

<sup>23</sup> *Rodiere*, sh.878.

tutulmak suretiyle işçilerin durumu analiz edilir. Burada avantajların kümülatif bir değerlendirmesi söz konusu olamaz. Zira "kazanılmış avantajların korunacağı kaydı" böyle bir değerlendirmeye müsait değildir<sup>24</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan çıkan sonuç şudur ki "kazanılmış avantaj" kavramı, daha işçi lehine olmaları kaydıyla önceki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleriyle öngörülen düzenlemelerin, tarafların anlaşmasıyla yeni sözleşme döneminde geçerliliğini korumasını ifade etmektedir. Şu anlamda ki işçi, mevcut toplu iş sözleşmesi ile getirilen bir imkanı değil de daha yararına kabul edilen öncekini talep edebilmektedir. Fakat bu, ayrıca mevcut toplu iş sözleşmesiyle getirileni de talep edebileceğini göstermez. Bu itibarla burada gerçekte önceki toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu dönemde ve onun öngördüğü şartlar oluşmak suretiyle kazanılmış bir hak bahse konu değildir; nasıl ki yasa gereği hizmet sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine göre daha işçi lehine olan hükümleri varlığını korumaya devam ediyorsa, kazanılmış avantajların korunacağı kaydı ile de taraflar önceki toplu iş sözleşmesinin daha işçi lehine hükümlerine geçerlik tanımış olmaktadır. Ancak bu son halde gözden kaçırılmaması gereken husus, kazanılmış avantajların korunacağı kaydı ile, hukuken eski sözleşmenin normlarının değil, o normlarla öngörülmüş avantajları içeren yeni bir normun toplu iş sözleşmesine konulmuş olduğudur.

### **Sonuç**

Toplu Sözleşme Hukuku, kural olarak "kazanılmış hak" kavramını dışlamaktadır. Bireysel şekilde kazanılmış hak talepleri, yeni toplu iş sözleşmesinde yeralacak "kazanılmış haklar saklıdır" anlamında bir hükmün varlığı halinde hukuken mutabek görülmeyle birlikte "kazanılmış hak" tanımı gereği "saklı" olduğundan kavramın deforme edildiği de açıktır. Esasen toplu iş sözleşmesi otonomisi ve bu sözleşmenin özel hukuk karakterli akdi niteliği de klasik anlamda kazanılmış hak kavramının kabulüne elverişli değildir. Bu nedenledir ki "kazanılmış hak" yerine "kazanılmış avantaj" gibi hukuki mahiyeti toplu iş sözleşmesi düzeninin dinamiğine uygun bir terimin kullanılması yerinde olacaktır. Bu sonuncu kavram, yürürlükten kalkan toplu iş sözleşmesi ile yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden hangisi belirli bir konuda daha çıkarına ise işçiye onu talep imkanı tanıyan bir hukuki nitelik taşımaktadır. Doğal olarak bunun için yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin "kazanılmış avantajlar saklıdır" kaydını içermesi gerekir. "Avantaj" kavram olarak "Hak"ı karşılamadığından, bunun "saklı" olduğunun ifade edilmesi de yadrganmamalıdır.

---

<sup>24</sup> *javillier*. Sh. 573.