

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE SÖZLEŞME FARKININ KORUNMASINA İLİŞKİN KAYIT

Prof. Dr. Nuri Çelik

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

I. KONU

Uygulamada değişik işkollarında yapılan bazı toplu iş sözleşmelerinde, işverenin taraf sendikaya üye olmayan ve dayanışma aidatı da ödemeyen sözleşme kapsamı içindeki işçilere her ne ad altında olursa olsun yeni bir hak ve menfaat sağlayamayacağı, bazılarında da, sözleşmedekilere eşit veya bunların üstünde haklar veremeyeceği, aksi takdirde bu hakları bütün sendikalı işçilere ek olarak uygulayacağına ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. Aşağıda incelenen Yargıtay kararlarında toplu iş sözleşmeleri hükümlerinden doğan uyuşmazlık konuları olarak ele alınan bu iki örnekte ifade edilen kayıt hukukumuzda, Alman Hukukundan yararlanılarak, kısaca "farkın korunması koşulu" (Spannensicherungsklausel) olarak deyimlendirilmektedir (1).

Toplu iş sözleşmelerinde yer verilen sözleşme farkının korunması kaydı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli nokta vardır. Bunlardan birincisi, böyle bir kaydın geçerli sayılıp sayılmayacağı, ikincisi, kayıt geçerli sayıldığı takdirde buna aykırılığın sınırının ne olacağıdır. Bu nokta ile ilgili olarak Yargıtayın 1991 yılında verdiği bir karar nuya yeniden güncellik kazandırmıştır.

II. Konu ile İlgili Yargıtay Kararları

1. Yargıtayın 1981 yılında verdiği bir kararda, davacı sendika üyesi işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandığı halde, ayrıca, sözleşmedeki bir hüküm uyarınca işverenin sendikasız işçilere yaptığı ücret zammından da yararlanmak istediği, oysa sözleşmede sendika üyesi olmayan işçilere her ne isim altında olursa olsun zam yapılamayacağı ve böyle bir zam yapıldığında sendika üyelerinin de bundan yararlanacağı yolunda kabul edilen hükümlerle sendikanın işyerindeki durumunun ve kolektif iş hukukunun işlerliğinin amaçlandığı, asgari ücretle çalışan sendikasız işçilere tahsil düzeylerine göre yapılan zamların sendika üyesi bulunmama nedeniyle ekonomik durumlarının iyileştirilmesinin amaçlandığının anlaşılması ve zammın değişik amaçlara yönelik olduğu belirtilerek, davacının anılan zammı yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır (2).

2. Yargıtayın aynı konuda 1991 yılında verdiği bir kararda da, toplu iş sözleşmesindeki kapsam içi sendikasız işçiler işverenin sözleşmede ve bunun üstünde olan hakları uygulamayacağı, dayanışma aidatı ödeyenlerin sözleşmeden yararlanması konusunda kanun

1) S. Taşkent, karar incelemesi, İHU, Sen K. 21 (No. 5); kavram için bkz. Ulucan Devrim: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, sh. 163.

2) Yarg. 9. HD, 3.6.1981, E. 1930 K. 13733 ve S. Taşkent'in yukarıda belirtilen karar incelemesi. Yargıtayın, bu karar incelemesinde değinilen 1973 tarihli bir kararındaki uyuşmazlık konusunun da, kararda ayrıntılı olarak ortaya konulmuş olmamasıyla birlikte, farkın korunmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri olduğu anlaşılmaktadır (Yarg. 9. HD, 30.3.1973, E. 37337 K. 8164 ve M. Kufal'in incelemesi, İHU, Sen K. 19, No. 1).

hükümlerinin uygulanacağı, buna aykırı olarak işverenin uygulama yapması ve sendikanın yazılı başvurusuna rağmen buna son vermemesi halinde aynı miktarı bütün sendikali işçilere aynı tarihten itibaren uygulayacağına ilişkin hüküm karşısında, şayet sendika üyesi olmayan işçilere tanınan hak türleri ve miktarları sözleşmede öngörülenlerden az ise işverenin sorumluluğundan söz edilemeyeceği, dosyadan hesap için emsal alınan sendikasız işçiye tanınan hak türleri miktarlarının sözleşmedeki miktarların belirgin bir şekilde altında olduğunun izlendiği, böyle olduğu takdirde davanın reddinin gerektiği sonucuna varılmıştır (3), (3a).

III. Sözleşme Farkının Korunması Kaydının Geçerli Sayılması

Sözleşme farkının korunması kaydının yer aldığı toplu iş sözleşmelerinin yukarıda açıklanan hükümlerinde sendikasız işçiye zam yapılamayacağı, sözleşmedeki veya bunun üstündeki hakların uygulanamayacağı yolunda ifadeler de vardır. Bunlar da ilk bakışta Alman Hukukunda sendikali olmayanları sözleşmeden yararlandırmama kaydı (Tarifausschlussklausel) olarak nitelenebilir ve tıpkı sözleşme farkının korunması kaydı gibi ayırım kaydının (Differenzierungsklausel) bir şekli ve ayrı bir tartışma konusu olarak görülebilir. Ancak, Alman Hukukunda, yukarıda belirtilen kayıtların tümü için yapılan ve sonuçta negatif sendika özgürlüğüyle bağdaşmadığı, taraf sendikaya üye olmayanın akit serbestisine haksız bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle bunların geçersiz sayılması yolundaki tartışmanın (4) hukumuz için değer taşıdığı söylenemez. Zira, konumuz ile ilgili yasal düzenleme-

lerin esas itibariyle 274 ve 275 sayılı kanunlardan alındığı 2821 ve 2822 sayılı kanunlar, sendikali olmayanların sözleşmeden yararlandırılmamasına ve ayırım yapabilmeye ilişkin kayıtlar konusunda Almanya'dakinden farklı bir sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, 2821 sayılı Sendikalar kanununa göre, işçi ve işveren kuruluşlarının kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulanması, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu saklı kalmak kaydıyla, kuruluşun yazılı muvafakatına bağlıdır (m. 36). Bunun gibi, aynı kanunun 31. maddesi hernekadar çalışma koşulları bakımından sendikali ve sendikasız işçiler arasında ayırım yapmayı yasaklamakta ise de (f. III), hemen sonraki hükümle, ücret ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğunu belirterek bu konulardaki ayırımı olanak sağlamış bulunmaktadır. Ancak, bunlarla bağlantılı olarak, 2822 sayılı kanun sözleşmeden yararlanma esaslarını ortaya koymuştur. Bu konudaki hükümlerle, üye olma esası yanında dayanışma aidatı ödeyerek üye olmadan sözleşmeden yararlanma olanağı ve koşuluna, 275 sayılı eski kanundaki esaslarda bazı değişiklikler yapılarak, yeniden yer verilmiş, ayrıca, bu hususta taraf işçi sendikasının muvafakatının aranmayacağı yolunda 275 sayılı kanunda olmayan bir hüküm getirelerek negatif sendika özgürlüğünün zedelenmesini önleyecek açıklık da sağlanmıştır (m. 9). Bu açıklığın bulunmadığı 275 sayılı kanun döneminde yargıtay, 274 sayılı sendikalar kanununda bir mesleki teşekkülün üyelerine sağladığı hak ve menfaatlerin üye olmayanlara uygulanabilmesi için

3-) Yarg. 9. HD, 12.9.1991, E. 991/12106 K. 991/11981, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1991, sh. 13.

3-a) Hemen belirtelim ki, her iki kararda ve aşağıdaki açıklamalarımızda yer verilen "sendikasız işçi" ve "sendika üyesi olmayan işçi" sözleri ile sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçinin kısaca anlatılmak istendiği, bu durumdaki bir işçinin başka bir sendika üyesi olabileceği açıktır.

4-) Zöllner, Wolfgang: Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 1979, sh. 277; ayrıca Hueck - Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Band, 7. Auflage, Erster Habband (II/1), Berlin und Frankfurt A.M. 1966 - 1967, sh. 162; Wiedemann - Stumpf, Tarifvertrags gesetz, 5. Auflage, München 1977, sh. 80, 83 vd., 121 vd. ve buralarda belirtilen kaynaklar.

teşekkülün yazılı muvafakatının alınmasının öngörülmüş olması (m. 21) karşısında duraksama göstermiş, 274 ve 275 sayılı kanunların bütünüğüne ve sistemine uymayan kararlar vermişti (5). Nihayet, Yargıtay Hukuk Bölümünün 1979 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile toplu sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçinin sözleşmeden yararlanmak istemesi halinde sendikanın yazılı muvafakatına gerek olmadığı sonucuna varılabilmisti (6). 2822 sayılı kanunla bu sonuca kesinlik kazandırılmıştır.

Bu açıklamalar, 274 ve 275 sayılı kanunlar döneminde çıkan uygulama sorunlarının da tekrarını önleyecek açıklıkta hükümlere yer veren 2821 ve 2822 sayılı kanunlarla getirilen sistem karşısında, toplu iş sözleşmelerinde yukarıda belirtilen yasal hükümlerin tekrarı niteliğinde, yani nötr hükümler şeklinde kararlaştırılan ve sendikasıza belli koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmeden yararlanmamaya veya sendikali - sendikasıza ayırımı yapmaya ilişkin kayıtları geçerli saymak gerektiğini ortaya koymaktadır (7).

Sendikasıza işçilerin sözleşmeden yararlanamamasına ve sendikali işçilerle sendikasıza arasında ayırım yapılmasına ilişkin sözleşme kayıtlarının yasal hükümler çerçevesinde geçerli sayılması gerektiği tartışmasıdır. Buna karşılık, sözleşme farkının korunması kaydını aynı kesinlikle geçerli saymanın kolay olmadığı düşünülebilir. Gerçi, yukarıda sözü edilen kayıtları geçerli saymanın doğal sonucu olarak, niteliği itibarıyla onlardan farklı olmayan ve o

kayıtların, aslında yasal esasların, sadece yaptırımı niteliğinde olan bu kaydın da geçerli sayılması gerektiği söylenebilecektir (8). Ancak, sendikasıza bir işçiye yapılacak bir uygulamanın sendikali bütün işçilere ek olarak uygulanabilecek şekilde, uygunluk esasını aşan bir yaptırımla karşılanmasının en azından tartışılabilir bir durum yarattığı kanısındayız. Hemen belirtelim ki, Yargıtay, yukarıda açıklanan her iki kararında da, böyle bir tartışmaya girmeksizin ve herhangi bir gerekçe göstermeksizin, sözleşme farkının korunmasına ilişkin kaydı geçerli olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Şu halde, uygulama açısından bu nokta ile ilgili sorun yoktur.

IV. Sözleşme Farkının Korunması Kaydına Aykırılığın Sınırları

1. Kaydın Kapsamı

Sözleşme farkının korunması kaydı ile ilgili 1981 tarihli Yargıtay kararındaki uyuşmazlık konusunu, uyuşmazlığın dayanağı olan toplu iş sözleşmesindeki hükme de uygun olarak açıkca ücret zammının oluşturduğu görülmektedir. Yargıtayın 1991 tarihli kararında ele alınan toplu iş sözleşmesinin konuya ilişkin hükmünde ise, sözleşmedeki veya bunun üstündeki hakların sağlanmasından söz edilmiş ve kaydın kapsamı konusunda genel bir ifadeye yer verilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, aynı hükümde, işverenin buna aykırı uygulama yapması halinde aynı miktarı bütün sendikali işçilere uygulayacağı belirtilmiştir. Buna uygun olarak, kararda da sözleşmedeki "hak türleri ve miktarları" üzerinde durulduğuna ve "miktar" sözcüğüne yer veril-

5-) Bu konudaki Yargıtay kararları ile bunlara karşı Anayasa mahkemesi kararı yönünde öğretideki baskın görüş için Çelik, Nuri: İş Hukuku Derstleri, 4. Bası, İstanbul 1979, sh. 391 vd.

6-) Yargıtay Hukuk bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 21.1.1979, E. 1978/6 K. 1978/1, RG 17 Mart 1979, 16581.

7-) 274 ve 275 sayılı kanunlar dönemi ile ilgili olarak aynı görüş F. Sağlam, karar incelemesi, İHU, SenK. 21, No. 1; Ö. Eyrenci, Der privatrechtliche Schuts der negativen Koalitionsfreiheit, in: Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, herausgegeben von M. Ekonomi/M. Rehlinger, Bern 1979, sh. 79; Ulucan sh. 162 vd.; Taşkent, yukarıda anılan karar incelemesi.

8-) Bkz. ve karşı. Ulucan, sh. 163; Taşkent, aynı yer.

diğine göre uyuşmazlığın parasal uygulamalardan doğduğu anlaşılmaktadır. İkinci kararda da, sadece uyuşmazlık konusu ele alındığından, paraya ilişkin olmayan haklarla ilgili sözleşme hükümlerinden söz edilmemiş, başka bir deyişle, sözleşmede yer alan çalışma koşullarından hangilerinin sendikasızlara uygulanması halinde yukarıda belirtilen kayda aykırılığın doğabileceği konusu üzerinde durulmamıştır. Mahkemenin ve Yargıtayın dava konusu ile sınırlı kalması doğaldır. Ancak dava konusu ele alınıp hükme bağlanırken sözleşme farkının korunması kaydı ile ilgili uygulamaların yasaya uygunluğuna ilişkin dayanakların da gösterilmesi yerinde olurdu. Aşağıda bu noktanın açıklığa kavuşturulmasına çalışılacaktır.

Genel olarak bir toplu iş sözleşmesinden sendikasıız işçilerin yararlandırılıp yararlandırılmadıkları noktasının saptanmasında ve inceleme konumuz olan kaydın kapsamının belirlenmesinde 2822 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 2821 sayılı Kanunun 31. maddesi hükümlerinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Gerçekten, 2822 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 2821 sayılı Kanunun 31. maddesindeki hükümler birlikte ele alındığında, sözleşmeden yararlanmanın konusu ve kapsamı ortaya çıkmakta ve yararlanma kavramı anlam kazanmaktadır. Herne kadar 9. maddede 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinden söz edilmemekteyse de, bundan bu iki madde arasında bağlantı olmadığı sonucu çıkarılamaz. Ayrıca, söz konusu 31. madde hükümleri bağlantı kurmaya yetecek açıklıktadır. Bu maddenin üçüncü fıkrasındaki, işverenin sendikalı olup olmamaya göre çalışma koşullarının uygulanması ve çalıştırmaya son verilmesi bakımından işçiler arasında bir ayırım yapmayacağı

hükmünden sonra, dördüncü fıkrada, "Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır denilmektedir. Böylece toplu iş sözleşmesi ile sadece bu konularda ayırım yapılabileceği açıktır. Oysa, 274 sayılı eski Sendikalar Kanununda ayırım yasağından sonraki hüküm "kanunun cevaz verdiği" toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğu yoldaydı. Çok geniş kapsamlı bir sendikalı - sendikasıız ayırımı yapma olanağı sağlamış olan eski hüküm (9). 2821 sayılı Kanuna somut bir biçimde sınırlandırılarak geçirilmiştir. 2821 sayılı Kanunda yapılan düzenleme karşısında, Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları dışındaki toplu iş sözleşmesi hükümleri taraf sendika üyesi olsun ya da olmasın işyerindeki bütün işçilere uygulanacak, paraya ilişkin sözleşme hükümlerinden yararlanmada ise 2822 sayılı Kanunun 9. maddesi hükümleri gözönünde bulundurulacaktır (10). Bu durum karşısında, toplu iş sözleşmelerinde yer alan ve inceleme konumuzu oluşturan sözleşme farkının korunması kaydı (ve kuşkusuz taraf sendikaya üye olmayanların sözleşmeden yararlanamayacaklarına ve sendikalı ile sendikasıız ayırımı yapılmasına ilişkin kayıt) sadece paraya ilişkin sözleşme hükümleri için geçerli sayılacaktır. Sözleşme ile getirilen diğer haklar ve çalışma koşulları ise 2821 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca bütün işçilere uygulanacaktır. Hemen belirtelim ki Yargıtayın incelemekte olduğumuz kararlarında ele alınan dava konusu toplu iş sözleşmesi hükümleri de, yukarıda açıklandığı gibi, paraya ilişkin konular ile ilgilidir. Esasen Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri aksi yolda toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri yapılmasını engellemekte-

9-) Eski hükümün eleştirisi için **Esener**, Turhan: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 1978, sh. 479.

10-) **Oğuzman**, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul 1987, sh. 68 - 69; **Reisoğlu**, Seza: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, sh. 149 - 150; **Berksun** - **Eşmelioğlu**, Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, sh. 160; **Şahlanan**, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, sh. 96 - 97; değişik görüş **Eyrenci**, Öner: Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu - İş, Nisan 1988, sh. 13 vd.

dir.

2. Yargıtayın kayda Aykırılığın Sınırına İlişkin Görüşü

Yargıtayın incelemekte olduğumuz kararlarında sözleşme farkının korunması kaydına aykırılığın sınırı ile ilgili olarak ortaya konulmuş olan esasları aşağıdaki şekilde değerlendirebiliriz:

Yargıtayın 1981 tarihli kararında, sendika üyesi olmayan işçilere zam yapılmayacağı, zam yapılırsa bundan sendika üyelerinin de yararlanacağı yolunda sözleşmede bir hüküm yer almakla birlikte, asgari ücretle çalışan sendikasızsız işçilere tahsil düzeylerine göre yapılan zamlarla bunların sendika üyesi bulunmamaları ve sözleşmeden yararlanmamaları nedeniyle ekonomik durumlarının iyileştirilmesinin amaçlandığı ve zammın sözleşmedeki farkın korunması kaydı ile sağlanmak istenen kolektif iş hukukunun işlerliği dışında kalan değişik amaçlara yönelik bulunduğu belirtilerek, sendika üyesi işçinin bu zammın da yararlanma talebi reddedilmiştir. Kabul etmek gerekir ki, yapılan her zam işçinin ekonomik durumunun iyileştirilmesi amacıyla yöneliktir. Böyle bir amacın tek başına sözleşmedeki farkın korunması kaydına aykırılık yaratmayacağı düşünülemez. Bunun kararda varılan sonuç için yeterli bir gerekçe olmayacağı açıktır. Bunun gibi, kararda kabul edildiği şekilde zammın kendilerine zam yapılan işçilerin sendika üyesi bulunmamalarına ve sözleşmeden yararlanmamaları bağlanması da isabetli görülmez. Gerçi, sözleşmedeki sendika üyesi olmayan işçilere zam yapılmayacağı hükmünün, dayanışma aidatı yolunu açık tutmaması nedeniyle geçersiz olduğu ve negatif sendika özgürlüğüne ters düştüğü sonucuna varılarak kararın bu düşünceye dayalı olduğu akla gelebilecektir (11). Ne var ki, toplu iş sözleşmesinde açıkça ifade edilmesi de olay tarihinde yürürlükte bulunan 275 sayılı Kanunda da düzenlen-

miş olan, dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanma olanağının varlığı karşısında, bu kayıt ve şartla sözleşme hükümünün geçerli sayılması düşünülebilirdi. Zira, yukarıda değinildiği üzere, dayanışma aidatının sendikanın muvakatı olmadan işlerliği 1979 yılında verilen bir içtihadı birleştirme kararıyla açıklığa kavuşturulmuştu. Bununla birlikte, kararda, aşağıda açıkladığı gibi, toplu iş sözleşmesiyle akit serbestisinin ortadan kaldırılamayacağı ilkesinden hareket edilerek, dava konusu olaydaki zam miktarı sözleşmeden yararlanma sayılamayacak şekilde düşük idiyse, bu nokta ortaya konularak aynı sonuca varılabilirdi. Kararda isabetli sayılabilecek tek gerekçe, zammın asgari ücretle çalışan sendikasızsız işçilere ve bunların tahsil düzeylerine göre yapılmış olmasında kendisini göstermektedir. Aşağıda (2C'de) açıklandığı üzere, sözleşmeden yararlanma sayılmaksızın sendikasızsız işçilere sözleşme ile sağlanırlara eşit ya da bunların üstünde hak ve menfaatlerin verilebileceği ayrı durumlar vardır. Söz konusu gerekçe ile ortaya konulan durum bu nitelikte görünmektedir.

Yargıtayın 1981 tarihli kararında ise, ayrıntılı esaslara yer verilmemekle birlikte, sözleşme farkının korunması kaydına aykırılığın belirlenmesinde, isabetli bir hareket noktası seçilerek, sendikasızsız işçilere uygulanan hakların ve miktarların sözleşme ile tanınanların belirgin bir şekilde altında olup olmaması hususu üzerinde durulmuştur.

3. Kayda Aykırılığın Sınırına İlişkin Değerlendirmelerimiz

a) Yukarıda açıkladığımız üzere, toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olmayan ya da dayanışma aidatı ödemeyen bir işçinin sendikanın yazılı muvafakatı olmadıkça toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması mümkün değildir (TİSGLK, m. 9; SK, m. 36). Bu düzenlemeler karşısında, bu koşulları yerine

11-) Bkz. ve karşı. Taşkent, anılan inceleme; ayrıca Kutal, anılan inceleme.

getirmeyen işçilerini sözleşmeden yararlandırılmamasına ilişkin sözleşme hükümlerinin de geçerli olacağı kuşkusuzdur. Ayrıca, Yargıtay kararlarında ve öğretide sözleşme farkının korunması kaydının geçerli sayılması kabul edilmektedir. Hemen belirtmeliyiz ki, bu kayda aykırılığın saptanmasında ve buna ilişkin sonuçların uygulanmasında, herşeyden önce, sözleşmeden yararlanma durumunun gerçekleşmiş olması gerekir. Yukarıda açıkladığımız üzere, 2822 sayılı Kanunun 9. maddesinde sözü edilen toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavramından 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması anlaşılacaktır. O halde sadece bunlarla ilgili olarak, toplu iş sözleşmesiyle sağlanan bir hakkın üye olmayan işçilere, dayanışma aidatı ödenmeden, verilmesi halinde sözleşmeden yararlanma durumu söz konusu olacaktır. Kanunlarda kısmen yararlanma - tamamen yararlanma ayırımı da yapılmadığından, belirlenmesi gereken nokta, üye olmayan işçiye sözleşme ile getirilen herhangi bir hakkın sağlanıp sağlanmadığıdır. İşverenin akit serbestisine dayanarak, aşağıda (c)'de belirtilen durumlar dışında, taraf sendikaya üye olmayan bir işçiye toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların birini, birkaçını ya da tümünü vermesi yahut bunların üstünde menfaat sağlaması hukuken mümkün değildir. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinden yararlanma durumunu oluşturmadığı ölçüde, aşağıda (b)'de belirtilen koşullarla, işveren ile taraf sendikaya üye olmayan işçiler arasında bir akit serbestisinin varlığı kabul edilmelidir (12).

Yargıtayın bu incelememizde ele alınan iki kararında da bazı koşullarla akit serbestisinin varlığı ve bunun sonucu olarak bu alanda kalmak üzere işverence uygulama yapılması olanağı tanınmış bulunmaktadır.

b) Sözleşme farkının korunmasına ilişkin kayda aykırılığın varlığının saptanmasında sözleşmeden yararlanma ile akit serbestisi arasındaki sınırın çizilmesi önem kazanmaktadır. Kanımızca, akit serbestisinin ancak toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların altındaki alanda ve hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek haller dışında söz konusu olabileceğinin kabulü gerekli bulunmaktadır. Şu halde, sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçilere sağlanacak hak ve menfaatler aynı pozisyonda bulunan sendika üyelerine toplu iş sözleşmesiyle veya bunun üstünde sağlananların, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaya- cık şekilde, önemli bir ölçüde altında ise sözleşmeden yararlanma durumu doğmayacaktır (13). Bunun sonucu olarak, bu durumlarda sözleşme farkının korunması kaydına aykırılıktan da söz edilemeyecektir. Yargıtayın 1981 tarihli kararındaki "belirgin bir şekilde altında" olma sözü ile anlatılmak istenen herhalde budur. Ancak, işveren üye olmayan işçilere sözleşme ile getirilenin getirilenin dışında ve başka adlar altında hak ve menfaat sağlayarak sonuçta işçiye aynı pozisyondaki sendika üyesi işçiye eşit veya ondan daha iyi duruma da geçirebilir. Buna örnek olarak, sendika üyesi olmayan işçiye sözleşme ile sağlanan ücret zammının çok altında zam ve fakat prim adı altında aradaki farkı kapatıp başka bir ödemenin yapılması gösterilebilir. Bunun da hakkın kötüye kul-

12-) Öğretide kapsam içi ve kapsam dışı tartışması yapılmakla birlikte, kapsam dışı işçilerle ilgili olarak akit serbestisinin varlığı konusunda uygulamada bir duraksama yoktur. Bilgi için bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 10. Bası, İstanbul 1990, sh. 401. ve orada belirtilen kaynaklar.

13-) Çelik, Nuri: Toplu İş Sözleşmesine Taraf Teşekküle Üye Olmayanların Durumu, İş Hukuku Dergisi, Şubat 1969, sh. 165, vd.

14-) Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mkayeseli Hukukuda Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, sh. 194.

lanılması durumunu oluşturabileceği kabul edilmelidir (14).

Akit serbestisi sınırının belirlenmesinde hâkimin takdir hakkının önemli bir rol oynayacağı kuşkusuzdur. Özellikle sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçiye sağlanacak hak ve menfaatin toplu iş sözleşmesiyle sağlanmasının önemli bir ölçüde, Yargıtayın deyimiyle "belirgin bir şekilde" altında olması esas, takdir alanının genişliği nedeniyle, eleştirilebilecektir. Ancak burada somut ve kesin bir ölçüt bulmak olanaksız gibidir. Bu güçlük 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen durumların birçoğu için söz konusudur. Gerçekten, bu maddenin üçüncü fıkrasında sayılan bazı esaslar yanında, işçinin ücreti, ikramiyesi, primleri, sosyal yardım ve diğer hakları konusunda sendikaya üye olan işçilerle üye olmayanlar arasında ayırım yapılamayacağı, dördüncü fıkrasında ise, paraya ilişkin konularda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğu, yani bu konularda sözleşme ile sendikalı - sendikasız ayırımın yapılabileceği ifade edilmektedir. Böyle bir ayırımın yapılıp yapılmadığının saptanmasında da her olaya uygulanabilecek somut bir ölçüt bulunamayacak, yine geniş bir takdir alanının varlığı kabul edilecektir.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile akit serbestisi arasındaki sınıra ilişkin bir ölçüt bulmak zor olmakla birlikte, sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçilere sağlanabilecek hak ve menfaatlerin aynı pozisyondaki sendika üyelerine sağlananların önemli ölçüde altında olması esasının uygulanmasında bazı noktalar gözönünde bulundurulabilir. Bunlardan biri, yukarıda yararlanma ile ilgili olarak açıklandığı üzere, üye olmayanlara sağlanabilecek hak ve menfaatlerin sözleşme ile tanınanlardan tek tek veya bütünü itibarıyla önemli bir

ölçüde altında olmasıdır. Ayrıca, sendikaya üye olmayan işçilere sağlanabilecek hak ve menfaatlerin sözleşme ile sağlanandan dayanışma aidatı miktarının da düşülmesi ile elde olunacak miktarın önemli ölçüde altında olması gerektiği düşünülmelidir. Bu sınırlamaların sonucu olarak, bir işyerinde çalışan sözleşmenin kapsamı içindeki işçilerin büyük çoğunluğunun sözleşmeye taraf sendikaya üye olmak ya da dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmak isteyeceği kuşkusuzdur. Aksi halde, sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı ödemeyen işçilere sözleşme ile kabul edilenlerin önemli ölçüde altında hak ve menfaatlerin sağlanması onları maddi kayba uğrattır. Bu nedenle, söz konusu akit serbestisinin büyük bir uygulama alanı bulunması beklenemez.

c) Toplu iş sözleşmesinden yararlanma sayılmaksızın bunun sonucu olarak, sözleşmede yer alan taraf sendikaya üye olmayan işçilerin yasal koşulları yerine getirmeden sözleşmeden yararlanamaması esasına ve sözleşme farkının korunması kaydına aykırılık oluşturmaksızın, üye olmayan işçilere sözleşme ile sağlanan haklara eşit ve hatta bunların üstünde hak ve menfaatlerin sağlanabileceği durumlar da vardır. İşveren işçilere liyakatleri dolayısıyla, çalışkanlık, becerlilik, yeteneklilik gibi subjektif nedenlerle ve öğrenim durumu, kıdem, yaş gibi objektif nedenlerle ya da yapılan işin özelliği dolayısıyla toplu iş sözleşmesine bağlı olmaksızın bazı haklar sağlayabilecektir. Farklı durumdaki işçiler arasında, özellikle üst kademeler yükseltme (terfi) nedeniyle ücret, prim ve ikramiye gibi ödemelerde ayırım yapılabilecektir. Bu ödemelerden her birinin miktarının işçinin niteliklerine göre toplu iş sözleşmesi ile sağlananlara çok yakın, onlara eşit veya onların üstünde olması mümkündür (15).

15-) Çelik, Nuri: Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Üst Kademelere Yükseltilmeleri, İş Hukuku Dergisi, Ağustos 1969, sh. 721 - 722; Yargıtayın açıklamamıza uygun kararları için bkz. Yarg. 9. HD'nin anılan incelememizde belirtilen 12.2.1968, E.13177 K. 1723, 28.5.1968, E. 3846 K. 8402 ve 13.3.1969, E. 3087 K. 2647 Sayılı kararları; ayrıca, Yarg. 9. HD, 30.3.1973, E. 37337 K. 8164 ve M. Kutal'ın yukarıda anılan incelenmesi 11.11.1974, E. 1974/6292 K. 1974/24782 (Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, Olaylar - Kararlar, 5. Bası, İstanbul 1987, sh. 117 - 119) ve 20.5.1985, E. 1985/2546 K. 1985/5437 (İşveren Dergisi, Temmuz 1985, sh. 17 - 19).