

MEDENİ HUKUK
GENEL İLKELERİNİN İŞ
HUKUKUNDAKİ İŞLEVİ ÜZERİNE*
(Bir Yaklaşım)

Yazan : Prof. Dr. Gérard LYON - CAEN
Paris I Üniversitesi

Çeviren : Doç. Dr. Ali GÜZEL
Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

1. Bu incelemenin konusunu oluşturmayan, fakat İş Hukukunun bugünkü gelişim aşamasında birbirine bağlı ve birbirini tamamlayan iki araştırma çok yararlı olacaktır.

a) Bunlardan ilki, İş Hukukunun temel kavram ve kuramlarına ilişkin olup, bu hukuk dalının genel ilkelerinin saptanmasına yardım edecek ve esas itibariyle öğreti tarafından yapılması gereken bir çalışma olmalıdır.

b) İkincisi, Medeni Hukuk kurallarının yorumundan büyük ölçüde bağımsız, ve sosyal yasaların doğru yorumlanmasına katkıda bulunacak İş Kodunun Genel Hükümleri Kısmının yasa koyucu tarafından oluşturulması biçiminde olacaktır.

(*) Yayınlandığında (Rev. Trim. Dr. Civ., 1974, 229-248) ve halen geniş yankılar uyandıran bu araştırma, Medeni Hukuk ile İş Hukuku arasındaki ilişkilere, yepyeni bir yaklaşımla eğilmektedir. Türk İş Hukuku açısından da yararlı olabilecek verilerle dolu olan bu incelemeyi, yazarının vermek lûtfunda bulunduğu özel izne dayanarak dilimize çeviriyoruz. Yazara, burada teşekkür etmek, bizim için yerine getirilmesi kaçınılmaz ve zevkli bir borçtur.

Kuşkusuz, "Hukukunun Genel İlkeleri" formülü, İş Hukukunun bazı eğilimlerini yansıtmak için, özellikle işletme düzeyinde sözleşme yapılıp yapılamayacağı ya da doğum yapan kadın işçilerin korunması konularında Danıştay¹, ücret oranlarının saptanması konusunda da Anayasa Konseyi^{1a} tarafından bu formüle başvuruldu. Şu halde, İş hukukuna özgü kavramların oluşturulabileceğini kabul ederek, oluşturulacak bu kavramların İş Hukukunun normal uygulanma alanı dışına taşan konulara (örneğin, kamu görevlilerinin çalışma koşullarına) da uygulanabilecekleri sonucuna varmak gerekir. Ne var ki, Medeni Hukuka başvurmadan alıkoyma bir ilkeler bataryasına sahip olmaktan henüz uzak bulunmaktadır. Bu da, Medeni Hukuk hegemonyasından kurtulma yolundaki girişimin daha uzun süre karşılaşılabileceği iki önemli engel nedeniyledir :

a) Roma Hukukunun mirasçısı (kusur ve sözleşme kavramları) olan medeni hukukun kurumlarından, eh azından bugünkü aşamada tamamen kurtulmak olanaksızdır. Medeni Hukuk, Sosyal hukukun hukuksal çevresini ve aynı zamanda alt yapısını oluşturduğu ölçüde, bu hukuktan tümüyle kurtulma, İş Hukukunu yoksulluğa düşürecek ya da 1972 tarihli Yargıtay raporunda ifade edildiği gibi, "hukuksal bir boşluk" ortaya çıkacaktır.

b) Çalışma İlişkileri Sosyolojisi terimi ile özetlenebilen, temel ya da hukuk öncesi elemanlarla İş Hukuku arasında

1) C. Etat (Danıştay), 21 Temmuz 1970, Dr. Soc., s. 112, Venezia'nın notu. : İşletme ya da işyeri düzeyinde sözleşme yapmak üzere toplu pazarlık yapılması İş Hukukunun temel ilkesi olduğundan, Bakan, Sosyal Sigortalar üzerindeki vesayet yetkisini kullanarak böyle bir pazarlığı kararnameyle yasaklayamaz. C. Etat 1973, Dame Peynet (AJDA, Aralık 1973) : Anneliğin korunması İş Hukukunun genel ilkelerindedir.

1a) Cons. Const. (Anayasa Konseyi), 11 Haziran 1963, D., 1964, 109 : Toplu sözleşmelerle ücretlerin saptanması, İş Hukukunun temel ilkelerinden olduğundan, bütün işletmelerin, işçilere yol parası ödemeye zorlanması için bir yasa hükmü gereklidir.

mevcut sıkı ilişki uzun süre varlığını koruyacaktır^{1b}. Bu ilişki, hukuku olaylara bağlayan bir göbek bağı niteliğinde ve hukuku olaylarla besleyen elemanlardan oluşmaktadır (“düzensiz grev”, birbirini izleyen toplu pazarlıklar”, vb.).

Demek ki, yaptığımız bu çalışma, ancak bir yaklaşım denemesi olabilir. Bu, temele ilişkin bir yenilemeden çok, yeni bir anlatıma yönelik; yapıcı olmaktan çok, uyumsuz olan bazı kavramları yıkmaya yönelik bir denemedir. Bu araştırma, bütünüyle, **Medeni Hukuk dilinin** toplu iş uyuşmazlıklarında, taraflardan biri lehine yan tutmaya neden olan ve dengesizlik yaratan bir etken olduğu inancına dayanmaktadır.

Gerçekten, bağımsız bir İş Hukukunun oluşması, öncelikle mekanik bir biçimde aktarılan bazı deyimlerin ve kavramların terkedilmesini gerektirmektedir. Bunlar: irade beyanı, taraflar, karşılıklı borçlar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, adli fesih, sözleşme kusuru, dava, yargı, ifa, hatıta örf ve adet, içtihat uygulama gibi nötr sözcük ve kavramlardır. İş Hukuku, bizi, bu kavramlar üzerinde yeniden durmaya ve bunları düzeltmeye zorlamaktadır. Öncelikle kamu düzeni, hakkın kötüye kullanılması ve özellikle işletme kavramlarının kullanıla geldikleri anlamlarını eleştirisel bir incelemeye tabi tutmak zorunluluğu vardır. Bunların yerine geçecek başka kavramları bulmaktaki güçlük gizlenemez. Bir dönemin ve özellikle bir mesleğin, yani hukukçuların dili tükenmez değildir. Meslek adamlarının dilini çok fazla küçümsememek ve sözcükler ile anlayışlar arasında duyarlı fakat sıkı bir ilişkinin bulunduğunu gözden kaçırmamak gerekir. İş Hukukunu bağımsızlığa götürecektir süreç, bütün yönleriyle, Eski Fransız Hukukçularının, anlayış ve kavramları itibarıyla Roma Hukukundan ayrı bir Gelenek Hukuku oluşturmaları süreciyle benzerlik göstermektedir.

2. Medeni Hukuk ile İş Hukuku arasındaki ilişkileri inceleme düşüncesi yeni değildir. P. Durand, bunu birçok kere

b) D. Weiss, *Relations Industrielles*, Sirey, 1973; G. Caire, *Les relations industrielles*, Dalloz, 1973. E. Erbes - Seguin et P. Ollier, *Sociologie du travail*, Dalloz, 1972.

denemişti. Fakat bu denemeler, daha çok, Medeni Hukuk kavramlarının genç bir hukuk dalı olan İş Hukuku tarafından yenilediğini göstermek düşüncesine dayanıyordu². Burada bizi ilgilendiren bu konu değildir. Biz, uzun süre gerekli olan Medeni Hukuk kavramlarının, bugün İş Hukukunun kendine özgü gereksinmelerinin bilincine varmasını yasaklayarak bu hukuk daimın gelişmesini bozup bozmadıklarını araştırmanın zamanının geldiği kanısındayız. Bu, George Scelle'in de fikriydi^{2a}. Fakat, o, bir kamu hukukçusu olarak düşüncelerini geliştiriyordu. Bu ise, bize ters görünmektedir. Zira, Devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkiler, işletmelerle işçileri arasındaki ilişkilerden ayrı niteliktedir. Buna karşılık, aşılandıkları yerlerde tutunamamak tehlikesi ile karşılaşan Medeni Hukuk "standard"larının kullanılma yön ve haklılığı üzerinde kendimize sorular sormak yerinde olacaktır. Özellikle, uygulanmaları, sosyal ilerlemeye yönelik bir yasanın sonuçlarını bozduğu zaman bu gereklilik daha açık bir biçimde ortaya çıkar^{2b}.

Örneğin, 1946 yılında grev "hak" olarak ortaya çıkmakta, sonraki yıllarda, bütün haklar(?) gibi grev hakkının da **kötüye kullanılmaya** elverişli olduğu kabul edilmektedir. Bunun gibi, 1946 yılında işçi temsilcileri yararına, iş sözleşmelerinin tek taraflı feshini ortadan kaldıran özel bir koruma kabul edildi. Sonraki yıllarda, bu kimselerin iş sözleşmelerinin **mahkeme kararıyla feshedilme** prosedürüne tabi tutulabileceği tezi kabul edildi. 1951 yılında, yargı organları, işçi temsil-

2) P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, Rev. trim. Dr. Civ., 1944, 73; P. Durand, Aux frontières du contrat et de l'institution : La relation de travail, J.C.P., 1944.I.389; P. Durand, Le rôle des agents publics dans la formation du contrat, Rev. trim. Dr. Civ., 1948, 155.

2a) G. Scelle, Le Droit Ouvrier, A. Colin, 1928. Yazar, bu ünlü yapıtında; Medeni Hukuku bir yaşlı insana, İş Hukukunu da bir çocuğa benzeterek, bu iki hukuk dalını karşılaştırıyordu.

2b) Tisser'nin "Code Civil et les classes ouvrières" ile Glasson'un "Le Code Civil et La question ouvrière" adlı makalelerinden bu yana, aynı konu üzerinde hiçbir şey yazılmadı. Bu iki makale sandığı kadar da eskimiş değildir.

cilerinin fesih izni olmaksızın işten çıkarılmalarının geçersiz olduğuna karar verdiler; 1952 yılında iş sözleşmelerinin önceden izin alınmadan feshi halinde bile temsilcilerin işlerine iade edilmeyecekleri; zira, işverenin borcunda olduğu gibi **yapma borçlarına uymamanın** sadece tazminata dönüşeceği belirtildi. Bir işçi sendikası, açık bir hüküm olmadıkça üyeleri adına yargı organları önünde dava açamaz. Çünkü, **vekâlet olmadan savunma yapılamaz** kuralı buna engeldir. Bu yöndeki örnekler çoğaltılabilir. Verilen örneklerle yetinilse bile, **hakkın kötüye kullanılması, mahkeme kararıyla iş sözleşmelerinin feshi, yapma borçlarının tazminata dönüşmesi, vekâlet olmadan savunma yapılamaz kuralı** gibi kavram ve sözcükleri İş Mevzuatında aramak boşunadır. Bunların anlamları, bütün hukuksal ilişkilerde hep aynı mıdır?

3. Bu soruya derhal olumsuz yanıt vermek düşünülebilir. İş Hukukunun doğması, Medeni Hukuk normlarının sonuçlarını sınırlama anlamı taşımadı mı? Çocukların çalıştırılmalarını engellemek insanların pazar günleri çalışmayıp dinlenmelerini sağlamak; işletmeyi ücretli yıllık izin vermeye zorlamak, bütün bunlar sözleşme hukuku ilkelerine ters düşen düzenlemelerdir. Bu gözlemler o denli eskidir ki, bunları yinelemek anlamsız görünebilir.

İş Hukuku, grev, "lokavt", "closed-shop" gibi terimleri işyerinde kullanmaya başladığı andan itibaren genellikle İngiliz modelinden esinlenerek kendi kavram ve anlayışlarını oluşturmaya başlamadı mı? Daha XIX. yy. sonlarında İngiliz Sendikaları, yasa koyucudan, koalisyon kurmanın "hükümeti devirmeye yönelik bir suç" niteliğinde olmadığı yolunda bir kural elde ettiler ve böylece "Common Law"m hazırladığı yazgıdan kurtuldular. Hatta İngiltere, **çalışma ilişkilerinin tümünü Genel Hukuk İlkelerinden kurtarmaya kadar gitti**: "Labour Law=İş Hukuku" değil, "industrial relations=Endüstri ilişkileri" deyimini kullanılmaya başlandı³.

3) Bu nedendir ki, 1971 yılında iş ilişkilerine ait yasa ile aniden geriye dönüş yapılması İngiltere'de önemli sorunlara yol açtı.

Buna benzer bir durum, kısa bir süre için Fransa'da da gerçekleşir gibi oldu. Bir "İş Kodu" yapma düşüncesi bunu gösterir. Bu yoldaki hareket uzun süre devam etti ve yüzyıllar birbirini izlerken, Medeni Hukuk Genel ilkelerinden farklı bir temele dayanan İş Mevzuatı ile bu mevzuat hükümlerinin belli bir yorumunu zafere ulaştırmak için yardıma çağrılan Medeni Hukuk genel ilkeleri arasında tuhaf bir diyalektik ilişki kuruldu.

İşte bu durumu daha derinliğine incelemek için bu araştırma yapıldı. Önce, yapısal değişiklik endişesinden uzak olarak, Medeni Hukuk kendi temel kavramları (mülkiyet, girişim özgürlüğü, sözleşme) içinde ele alınacak ve bunların bir buçuk yüzyıldan beri sürekli olarak İş Hukukuna girme nedenleri saptanmaya çalışılacaktır. İkinci olarak, İş Hukukuna özgü verilerin (gruplar arasındaki uyumsuzluklar) ortaya çıkarılmasına çaba gösterilecek, böylece Medeni Hukuk mekanizmalarının uygunsuzluğu sergilenmeye çalışılacaktır.

I. İŞ HUKUKUNUN MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİ:
MÜLKİYET, GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ,
SÖZLEŞME

A

4. Kapitalist sistemde, İş hukukunun temel kavramlarının bu hukuk dalının dışında olmaları, fakat işleyiş mekanizmaları nedeniyle iş ilişkileri üzerinde derin izler bırakmaları sürpriz olmamalıdır. Bu nedenle konu üzerinde durmanın ayrı bir önemi vardır. Bu bakımdan Medeni Hukukun üç kurumu üzerinde durulmalıdır.

— Malike, sahip olduğu mal ve haklar üzerinde tasarruf etme yetkisi veren mülkiyet hakkının varlığını anımsamadan, örneğin işletmelerin kapatılması ve faaliyetlerinin durdurulmasını anlamak olanaklı değildir. Aym şekilde, mülkiyet hakkının varlığını anımsamadan grevci işçiler tarafından başvuru işyeri işgalinin yasa dışı olduğunu açıklamak da kolay değildir.

— İşletme sahibinin ya da onun yerine yetkili kılınan kişinin, dilediği gibi işletmeyi yönetmesi, **ticari ve sınaî özgürlükten** kaynaklanmaktadır. Gerçekten, işverenin işletmesinin faaliyetlerini organize etmesi, işçilerin yapacakları işleri belirlemesi, çalışma koşullarını saptaması, muhtemelen **alt işverenlerle sözleşme yapması**, üretimde otomasyona gitmesi, bu özgürlüğün uzantılarıdır.

— İş sözleşmesi ile işçiyi, işverenin otoritesi altına sokan **bağımlılık** durumu, işletme şefinin malvarlığı üzerindeki yetkilerini insanlar üzerine de yaymıştır. Diğer bir deyişle, işverenin hem mallar, hem de kişiler üzerinde çift yönlü yetkileri ortaya çıkmaktadır.

Bu bağımlılık ilişkisi, iş sözleşmesinin bir niteliği olarak ortaya çıktığı ve bu sözleşmenin özgür irade sonucu yapıldığı varsayıklığından, Medeni Kanunun 1134. maddesi, işverenin işçilerine karşı, özellikle iç yönetmelik veya servis yönergeleri^{3a} aracılığıyla kabul ettireceği birçok sorunun çözümünü kendi etki alanında tutacaktır. Şu halde, sorun bütün çıplaklığıyla ortaya çıkmakta ve bunu görmezden gelmek hiçbir şeye yaramamaktadır. Şu soruların yanıtlanması kaçınılmazdır: Ekonomik yaşama hükmeden bu kurumlar, iş ilişkilerinde ciddi sınırlamalara katlanmak zorunda değil midir? Mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü, insanların yazgısı söz konusu olduğunda da varlıklarını aynı şekilde sürdürecekler midir?

5. Çeşitli değişimlerden geçen birçok düşünce akımı, bu kurumların keskin etkilerini sınırlamak çabasını gösterdi: Mülkiyet hakkının sosyal amacı kuramı; üyelerinin ortak yararlarına hizmet eden işletme kuramı; **birlikte yönetim** formülü, kararlara ya da kâra **katılma**; sosyal ilişkilerin insancılaştırılması vb... Bütün bu kuram ve düşüncelerin önemli etkilerine karşın, ücretlilerin koşullarını değiştirmediklerini kabul etmek gerekir⁴. İşletme üzerindeki mülkiyet hakkının ni-

3a) G.H. Camerlynck, Le Contrat de travail, Traité de Droit du travail, t. I.

4) Zengin bir literatür içinde, Fransızca yazılmış yapıtlara başlıca şu örnekler verilebilir: Ripert, Aspects juridiques du capitalisme. - Bréthe de la Gressaye, Les transformations juridiques

telîği değişmedi; ticaret ve sanayi özgürlüğü ise yüzeysel bazı değişikliklere uğradı. İşletme reformu üzerinde gevezelik etmek; işletmede kararlara ya da kâra katılma formülü altında işçileri şu ya da bu şekilde birleştirerek işletmeyi uyuzmazlıklardan arınmış bir topluluk yapmak, hiçbir işe yaramayacaktır.

Bu nokta üzerinde herşey bütün açıklığı ile söylenmelidir. **İşletme kavramı**, karışıklıklara neden olduğundan iş hukukundan atılmalıdır. Pozitif hukuk, sermayenin işletilme biçimleri olarak girişimci gerçek kişi ile ticaret ortaklığı (ve birgün grup ortaklıklarını) ve işçiyi girişimcinin ya da ticaret ortaklığının otoritesi altına sokan iş sözleşmesini tanımaktadır. İş Hukukunun genel ilkeleri bu kavramlardan uzak kaalamaz. Kâra ortak olma ve birlikte yönetim esaslarına dayalı işletme düzeninin başarısı henüz kanıtlanmış değıldir. İşletmenin tüzel kişilikten yoksun bulunması başlıbaşına bunun bir belirtisidir⁵

İş hukukunda yerleşmiş güvenilir gerçekler şunlardır:

— İşin yapıldığı yer ya da işyeri (établissement),

— **Sorumlu karar merkezi**. Grup ortaklıklarında ya da çok uluslu ortaklıklarda karar verme açısından sorumluluk taşıyanlar gizlenmiş olabilirler. Fakat hukuksal gerçeklik, sorumlu olan kişinin, işçinin işe alınması sırasında tanınmasını ve hatta açıkça belirtilmiş olmasını zorunlu kılar.

Köklü bir değışiklik olmadan, işletmeler üzerindeki mülkiyet hakkı ve bunun bir uzantısı olan ticaret ve sanayi öz-

de l'entreprise. - Despax, L'entreprise thèse, 1956. - Bloch - Laine, Pour une réforme de l'entreprise, Ed. du Seuil. - Brun, Le Sein d'entreprise, J.C.P. 1962.I.1719.

5) Bu hiçbir şekilde işçi temsilcilerinin anonim ortaklıkların denetim organı içinde görüşlerini ileri sürmelerine engel değıldir. İç hukuk açısından, Avrupa Ekonomik Topluluğunun anonim ortaklıklara ilişkin 5. yönerge projesi bunu öngörmektedir. Ortak Pazar Hukuku açısından ise, Avrupa tipi ortaklıklara ilişkin proje tarafından aynı ilke kabul edilmektedir (bkz. F. Blanquet, J.C.P. 1973.I.2560 ve M. Vasseur'un eleştirisi, D. 1972, Chron. 169).

gürlüğü, iş ilişkilerinin merkezinde kalmak zorundadır. Bazılarının yapmaya çalıştıkları gibi, bunları parantez içine koymak ya da olağanüstü bir çaba ile katılıklarını yumuşatmaya çalışmak olanaklı değildir.

6. Gelecekte, İş Hukuku yalnızca ikinci derecede kalan alanlarda bazı başarılar elde edebilir. Sözelimi, tamamen yabancı olduğu bir ticaret ortaklığının tasfiyesi prosedürü içinde yer kazanabilir. Geri kalan alanlarda, İş Hukukunun kapitalist bir çerçeve içinde koşullandırıldığı açıktır. **Medeni Hukuk mekanizmalarının kullanılmaya devam edilmesinin nedeni bu şekilde açıklanabilir.**

Buna karşılık, Medeni Hukuk, kendi gereklerine uymaya zorlanabilir. Böylece, "herkes kendi evinin efendisidir" sözü, bir efendinin mevcut olması ve kimliğinin bilinmesi koşulu ile geçerlilik kazanacaktır. Mülkiyet hakkının anonim ya da soyut olduğu andan itibaren, yetkiye bağlı olan sorumluluk da zorunlu olarak kaybolur. Son yılların birçok iş uyuşmazlığı kendisiyle görüşülecek muhatap ya da yetkili kişilerin kimliklerinin bilinmemesinden kaynaklanmaktadır.

Nasıl ki Medeni Hukuk ya da Mali Hukuk bir taşınmazın malikinin belirlenmesi için gereken dikkati gösteriyorsa (emlak kayıtları, kadastro, ipoteklerin muhafazası), o şekilde de mal üreten veya hizmet sunan ve gerekli üretim araçlarına sahip bulunan kimselerin kimliklerinin açıkça belirlenmesinde kullanılacak yöntemler de bulunmalıdır.

B

7. İş Hukukunun dayandığı üçüncü temel direk, yani bireysel iş sözleşmesi ile bağ olan ücretlinin bağımlılık ilişkisi ve Medeni Kanununun 1134. maddesinin bundan çıkardığı sonuçlar açısından durum yukarıdakinden farklıdır. Birçok kişi, bireysel iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasını önermiştir. Bunlara göre; iş sözleşmesi, işçinin işe alınması sırasında, içeriği gerçek olarak bilinemeyen ve saptanması için tartışma bile yapılamayan basit bir varsayımdır. Bütün

bu söylenenlerin sonucu olarak, iş sözleşmesinin hemen hemen yararı yoktur.

Fakat, iş sözleşmesi olmadan da iş ilişkileri, birbirinin tamamen tersi iki yorum biçimi ile açıklanabilir. Birinci çözüm şudur: işçi işe alınmakla **işletmenin** üyesi olmakta ve işletme şefinin otoritesi altına girmektedir. İşletmeye bağımlılık (aidiyet) iş sözleşmesinin yerine geçmektedir⁶. Kapalı bir dünya olan işletmenin kendi yasalarına işçiyi terk eden ve onu iş sözleşmesinin koruyucu perdesinden de yoksun bırakan bu çözüm daha da kötüdür. İkinci çözüm ise, bireysel iş sözleşmesini **toplu iş sözleşmesi** lehine ortadan kaldırmaktadır. Bu köklü bir çözümdür ve bazen Anglosakson ülkelerinden uygulanmıştır. Bununla, toplu sözleşme, bir tür tekelindeki işgücü pazarı olmaktadır⁷.

Bu çözümün Fransıız geleneğine uygun düşmediği kabul edilmelidir. Şu halde, olanaklı olduğu ölçüde, sözleşmelerde, serbestçe tartışılmış, eşit taraflar arasında bağitlanmış, yaptırıma bağlı karşılıklı yükümlülükler öngören bir anlaşma niteliği gören Roma Hukuku ya da Medeni Hukuk kuramının buraya sızmasını önlemek koşuluyla iş sözleşmesinin varlığını sürdürmesine izin vermek gerekir. Bu ise ancak yargı organlarının Code Civil'in 1134. maddesini uygulamalarının açık bir yasa hükmü ile önlenmesiyle olanaklıdır. Bu işlemde sonra iş sözleşmesi yeni bir anlayışa oturtulabilir ve İş Hukukunun çağdaş eğilimleriyle de uyumlu hale getirilebilir.

Bu konudaki öneriler iki noktada toplanabilir.

8. Önce, **bağımlılık** düşüncesini ve giderek otoriteyi, hiyerarşiyi ortadan kaldırmak gerekir. Demokratik bir hukuk düzenine aykırı olan, bir vatandaşın diğerine bir yaptırım uygulamak düşüncesini yansıtan "disiplin cezası verme yetkisi" bir kenara itilmelidir. Bu durum, disiplin ve otorite dışında başka şeylere dayanan bir uyum gerektirir. Tarafların

6) P. Durand, a.g.m., İ.C.P., 1944.I.387.

7) X. Blanc - Jouvan, Les relations Collectives du travail aux U.S.A. thèse, Dalloz, 1957.

iradeleri ile önceden kabul edilmiş, onanmış bir "çalışma düzeni" tasarlamak gerekir. İşletme yöneticilerinin istekleriyle anarşinin işyerlerine gelip yerleşmeyeceği kolaylıkla anlaşılır. Kuşkusuz, dıştan empoze edilmeyen, fakat kabul edilmiş bir düzen oluşturmaya yönelik yollar ve araçlar bulmak zordur, ama olanaksız değildir. "Yönetime katılma" tam yeri olduğu halde, bu konuda ürünlerini veremedi.

Salt hukuk tekniği açısından bakıldığından, hiçbir metin (atelyelerdeki cezalandırmalara getirilen sınırlar dışında) disiplin yetkisini hiçbir zaman düzenlememiştir. Zaten, disiplin cezası verme yetkisini hukuksal bir temele oturtmak da kolay değildir⁸. Disiplin cezalarına karşı, bir üst düzeyde çalışacak eşit yanlı (işverenlerle işçilerin eşit sayıda temsil edildiği) işletme komisyonlarına başvurma prosedürü düşünülebilir. Tamamen işverenin keyfi tutumuna terk edilmiş bugünkü duruma bir çözüm getirmek gerekiyorsa, **İş Disiplini Hukuku** ilkelerinin geliştirilmesi zorunludur. İş mahkemelerinin (Conceils de Prud'hommes) verilen disiplin cezalarının yerindeliliğini esasa girerek saptamaları hususu, bu ilkeler arasında yer alabilir. Bugünkü içtihatlar göre, böyle bir yetkileri olmadığı gibi, fazla bulunan bir cezanın indirilmesi de (Code Cicil m. 1134 adına) yasaklanmış bulunmaktadır⁹.

İşin özüne girilmek istenirse, asıl bağımlılık ölçütünün yeniden incelenmesi gerektiği görülür. Neden iş sözleşmesi, bir ücret karşılığında bir kimsenin iş yapması biçiminde tanımlanmasın? Ve işverene, sendikalarla ya da işletme komiteleri içinde tartışıldıktan sonra kabul edilen bir çalışma düzenini belirlemek ve sonra işyerinde düzeni sağlamak, gerektiğinde yaptırımlar uygulamak yetkisi verilmesin?

9. Bugünkü iş sözleşmesi rejiminde yapılabilecek bir diğer değişiklik de işten çıkarmalar konusunda düşünülebilir. Bağımlılık ilişkisi yanında, diğer ekonomik kurumların bir uzantısı da belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tek taraflı olarak

8) Yeni ilke kararları : Soc., 6 Kasım 1959, J.C.P., 1960.II.11477; 15 Aralık 1961, J.C.P., 1962.II.12507; 10 Mart 1965, D., 1965, 550 ve G. Lyon.- Caen'in notu.

feshedilme yetkisidir. Bu, hiyerarşik otoriteden daha da fazla ve sürekli huzursuzlukların kaynağını oluşturmaktadır. Eğer iş sözleşmesinin feshi, bir disiplin yaptırımı ve bir kusurun sonucu ise, daha önceki analizin kapsamına girmektedir. Diğer bütün durumlarda ve özellikle ekonomik nedenlerle toplu işçi çıkarmada, mülkiyet hakkı ile ticaret ve sanayi özgürlüğünün doğrudan bir sonucu söz konusudur. Bu ilkelerin bu noktada köklü değişikliğe tabi tutulmaları şaşırtıcı olmamalıdır. Mülkiyet hakkı ve ekonomik özgürlük, Devletin mali ya da para politikası önünde yumuşayabiliyorsa, aynı şey istihdam politikası önünde de olabilir. Bu, ekonomik hareketliliğe zarar verici nitelikte olabilecek, mutlak bir iş güvenesi demek değildir. Sadece ekonomik hareketliliğin mali yönü kadar sosyal maliyeti de gözönünde tutulmalıdır. İşçinin yeni bir iş buluncaya kadar ücretinin tamamının ödenmeye devam olunması, bugünkü gelişmelerin bir uzantısıdır. İşletmeler, işsizlik sigortasının finansmanını, işten çıkarma tazminatının ödenmesini, işçiler için sürekli mesleki eğitimi ve nihayet 60 yaşından yukarı olan işçilerin işten çıkarılmaları halinde bunlar lehine erken emeklilik sistemini kabul ettiler. Bütün bunların temel amacı, işçinin en son aldığı ücretin yeni bir iş buluncaya ya da emekliye ayrılıncaya kadar korunmasıdır. Bu durum, işverenin işten çıkarma hakkını sürdürmesinin bir koşuludur. Aksi halde, bu hak, Çalışma Örgütü tarafından gittikçe artan oranda denetime tabi tutulma tehlikesi taşıyacaktır ki, bu pek istenilen bir çözüm değildir. Bu, fesih hakkının kötüye kullanılması üzerine dayandırılan ve şimdiye kadar gülünç denecek tazminatlara götüren ve çözümlenecek sorunlarla ilgisiz prosedürleri yok etmeye müsaade edecektir (zaten 13 Temmuz 1973 tarihli yasa haksız işten çıkarmadan değil, gerçek ve ciddi nedenden yoksun işten çıkarmalardan söz etmektedir. Yasa, "neden" sözcüğünü "gerekçe" anlamında kullanmaktadır)⁹.

9) M. Cohen, La réforme de licenciement, Rev. Prat. de Dr. Soc., Ekim 1973; J. Pelissier, la réforme de licenciement, D., 1973, Chron. 253. - G. Lyon - Caen et M.C. Bonnetéte, Le nouveau régime de licenciement, Dr. Soc., Kasım 1973.

10. Bu yeni hukuksal rejimin dolaylı sonuçlarından birisi; **Medeni Hukukun tek taraflı fesih (işten çıkarma) anlayışının terki** olacaktır. İşçinin yeterince belirlenebilen ve işletme tarafından ortaya konulan bir kusuru nedeniyle işten çıkarılması ve uyumsuzluk halinde, olayların doğruluğunu eşit yanlı komisyon ya da iş mahkemeleri tarafından araştırılması halinde işten çıkarmada değil, görevden almadan söz edilir. Ekonomik nedenlerle işten çıkarma halinde, herhangi bir prosedür gerekmeyecek, fakat ücretin sürekli ödenmesini üstlenen bir örgütün varlığı ve muhtemelen mesleğe yeniden alıştırmak için mesleki eğitim söz konusu olacaktır. Bu durumda, **işin ortadan kalkmasından söz edilecektir**¹⁰

Mesleki yetersizlik nedeniyle işten çıkarmaların, işletmenin yeniden örgütlenmesi ya da ekonomik konjoktür nedeniyle işten çıkarmaların aynı hükümlere tabi olacağı yönünde bir sakıncanın ve tembeller ya da yeteneksizlerin hiçbir iş yapmadan ücret almalarının sağlanacağı yolunda eleştiriler yapılmasın. Bu tür gerekçeler, uzun süre işsizlik sigortasına karşı da ileri sürülmüştü. Belirtilen nedenlerle, işten çıkarılan işçiyi kapasitesine uygun bir mesleğe yönlendirmek ve ona gerekli formasyonu vermek, bu konuda yetkili kılınmış örgüte ait olacaktır.

Bolluk toplumunun kendi yasaları var: Toplumla uyum sağlayamamış birçok kişiyi kendi içinden atmaktadır. Gerçekleştirilen kazançların karşılığı, geçici bir süre ve mesleki bir faaliyet icra edilmeden alınacak bir ücret olmalıdır. Böylece, Medeni Hukuktan alınan sözleşme kavramı saklı tutulacak, fakat hiyerarşik bağımlılık, tek yönlü otorite altına girme gibi hususlara yer verilmeyecektir. Bunun yerine, daha önceden tartışılmış ve kabul edilmiş bir düzen anlayışı geçecek; iş sözleşmesinin tek taraflı feshini içermeyen, fakat iş-

10) Ortak Pazar Konseyi'nin toplu işçi çıkarmalara ilişkin yönerge projesi, iki rejimi birbirinden ayırma yolunda ilk adımı atıyor. 1973 tarihli Fransız Yasası, aynı terimleri saklı tutmakla birlikte, toplu işten çıkarmaları kapsamı dışında tuttuğuna göre aynı yönde bir eğilimi ifade etmektedir.

tihtam politikası ile bütünleşen farklı yasal bir fesih sistemi oluşturulacaktır¹¹.

11. Sözleşmelere ilişkin genel kuramın, iş sözleşmesi üzerine yapay bir biçimde oturtulduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Örnek niteliğinde, sözleşmenin kurulması ele alınabilir. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için Medeni Kanununun öngördüğü dört temel koşul, iş sözleşmesinde nasıl bir durum alıyor? İş sözleşmesinin kurulması açısından, anılan koşulları esas aldıklarını sanan yazarlar bile, iş sözleşmesinin bu koşullara sıkı bir biçimde uymadığını kabul etmek zorunda kalıyorlar. Sözleşmenin geçersizliği kuramı da iş sözleşmesine uygulanamaz. Örneğin, yeteneksiz küçük kavramı, yerini genç işçi kavramına terk ediyor. İş yapma ediminin yerine getirildiği andan itibaren ücret ödeme borcunun doğduğu kabul edildiğine göre, sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği ilkesi, iş sözleşmesine uygulanamayacaktır^{11a}. Yargıç kararıyla, taraflar arasındaki irade açıklamalarına saygı göstermeyi sağlamak için başvuru 1134. madde, örneğin anti-grev primlerinin yasallığı açısından da temel alınır, amacından saptırılmış olacaktır. "Des sabots" kararından itibaren 1832 tarihli yasaya kadar, işverenler tarafından verilen cezaların yasallığı, 1134. maddeye dayanılarak kabul ediliyordu. Yine, iç yönetmeliklerin hukuksal geçerlilikleri bu maddeye dayandırılıyordu.

Medeni Hukuk yöntemlerine başvurulduğu her durumda, ya bunlar kohuluş amaçlarında saptırıldılar ya da bazı noktalarda düzeltmeler yapma gereği duyuldu. İşçi ve işverenin borçlarının denkleştirilmesi konusu buna örnektir. 6 aylık zamanaşımının mutsuz sonuçları sık sık dile getirildi^{11b}. Medeni Kanununun 5 yıllık zamanaşımının bunun yerine konulması, henüz zararlı sonuçlarını göstermedi. Her fırsatta, Medeni

11) Karş. Camarlynck, *De la conception civiliste du droit de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, J.C.P., 1958.I.1425.

11a) Pratik bir varsayım: çalışma kartı ya da durumu yasal olmayan yabancı bir işçinin işe alınmış olması.

11b) Camarlynck, D., 1956, Chron., VI; D., 1971, Chron. s. 237.

Hukuka yollama yapma biçimindeki tembel çözümler onaylanamaz.

İş sözleşmesi ile sözleşmelerin genel kuramı arasındaki boşanmanın nedenleri, daha da ayrıntılı olarak, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin mekanizmaları içinde aranılabilir. Konunun uzmanları, işçi temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshine, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin adli fesih kuramının, farksız bir biçimde uygulanmasını savunanların ne denli şaşkınlığa düştüğünü bilirler. Medeni Hukuk, gereksiz yere, koruyucu sosyal yasaların amaçlarından sapıtılması için araç olarak kullanıldı¹². Bazı lokavtları geçerli kılmak için başvuru olan ödemezlik def'i¹³ üzerinde, burada fazla ısrar edilmeyecektir. Medeni kanununun 1142. nci maddesine gelince; şu söylenebilir: Yüzyıllık karşı koymadan sonra, işe iade kararları açısından bu madde aşılması güç bir baraj olarak görülmemeye başlandı¹⁴.

Şu halde, ekonomik sistemin diğer iki temel dayanağını aldatıcı bir ideolojinin içinde silikleştirmeyi, gerçekçilik ve entellektüel dürüstlük salık vermese bile, iş sözleşmesine ilişkin köklü bir yenileştirmeyi gerekli kılar¹⁵. Ekonomik sistemin diğer iki temel ilkesi varlıkların sürdürülebilirler ve bunun açıkça bilincinde olmak tercih edilmelidir.

II. İŞ HUKUKUNUN ÖZGÜNLÜĞÜ: GRUPLAR, ÇATIŞAN ÇIKARLAR, TOPLU PAZARLIK

A

Mülkiyet ya da sözleşme (özellikle bu sonuncusu) kavramlarının mesleki ilişkiler içinde uğramaları olası değişik-

- 12) H. Sinay, *La résiliation judiciaire du contrat de travail*, D. 1971, Chron. s. 263.
- 13) H. Sinay., *La greve (Traité de Droit du travail t. VI)*.
- 14) G. Lyon - Caen, *Le refus de réintégrer et l'article 1142 Code Civil*, Rev. Prat. Dr. Soc., No. 301, Mayıs - Haziran 1970.
- 15) 13 Temmuz 1973 tarihli yasa fırsatı kaçırdı: Hizmet kiralama sözleşmesi yerine iş sözleşmesi terimini yasa metnine almak yeterli değildir. Ve yine 1971'de zamanasını konusunda yasa koyucu Medeni Kanuna yollama yapmaya devam etti (Camerlynck., D., 1971, Chron., s. 237).

likler üzerinde durmak yeterli değildir. İş ilişkilerinin hukuksal yönü de incelemeye tabi tutulmalıdır. İş Hukuku, aralarında uyumsuzluklar bulunan ve zıt çıkarlar üzerinde pazarlık eden grupları bir araya getirmektedir. Bu tamamen normal olan bir husustur. Zaten, Özel Hukukun tamamı bu biçimde oluşturulmadı mı? İş Hukukunun bu özel hukukun bir parçasını oluşturması, başlıbaşına bir kanıt değil midir?

Malvarlıkları bulunan kişiler, Medeni Hukuk çerçevesinde, kendi aralarında anlaşma ya da sözleşmeler yaparak yararlarını koruma yoluna gitmektedirler. İş Hukukunun kolektif niteliği, bu hukuk dalını medeni hukuktan uzaklaştırmaktadır. Gerçekten, İş Hukuku tek tek kişileri karşı karşıya koymaktan büyük ölçüde vazgeçti. Bu hukuk dalı çerçevesinde; bir yandan, ücretliler grubu (bir işletmenin personeli- bir mesleğin işçileri) ve onların oluşturduğu savunma grupları (işçi sendikaları), diğer yandan, kişi ortaklıkları, ulusal ya da uluslararası sermaye ortaklıkları, kısaca **sermaye**, yani hukukun konusu durumunda olan para, karşı karşıya gelmektedir. Hukuksal ilişkiler, birinciyi ikinciye bağlayan hukuksal bağı uydurulamaz. Tüzel kişilik tekniği bile eskidi:

13. "Kapital"ın karşısına çıkmak durumunda olan insan toplulukları türdeş değildirler. Gerçekten bu topluluklar; **katégorilerden, katmanlardan** oluşmakta ve değişik biçimlerde **sendikal örgütler** ya da **seçimle** oluşmuş diğer organlar tarafından temsil edilmektedir. Örgütler arasındaki farkın yeterli açıklıkta olmaması, ilgili topluluklar hakkında tam bir bilgiye sahip olunamayacaktır. Fransız Hukuku, geleneksel temsil kavramından bir adım daha ileri giderek, en **fazla temsil kabiliyeti** kavramını oluşturdu. Anahtar bir kavram olmasına karşın, henüz mükemmel değildir.

Bir tek örnek vermek gerekirse, işletme içinde üst düzeyde görev alan kişilerin (cadres) durumu ele alınabilir. Bunların varlığı gözardı edilemez ve bunlardan vazgeçilemez. Ne var ki, statüleri bütün incelikleriyle ortaya çıkmış değildir. Çünkü, işletmenin üst düzeyinde görev alan bir mühendis, bir müşavir, aynı zamanda işçi niteliği taşıyabilir

ve diğer işçilerle ortak yararları sahip olabilir. Bu kimseler, sözcüleri bir sermaye ortaklığının temsilcisi, yani sermayenin bir sözcüsü durumunda da olabilirler. Bunun sonucu olarak, anılan kişileri temsil eden sendikal örgütler olabilecek ve işçi oldukları için de işçi sendikalar bunlar adına konuşabileceklerdir.

Ne olursa olsun, "personel", "işçiler", "kalifiyeli işçiler", "şefler" gibi birbirinden farklı yararları bulunan ve sınırları kaygan olan genel kavramlarla sınırlı kalmak olanaklı değildir artık. Daha da ötesi, sendikaları, sendika sekisyonlarını, işletme komitelerini karmakarışık tüzel kişiler olarak görmek, şematizmin karanlığına gömülmek olur. Belli bir yön iyice saptanmalı ve ondan sonra her **düzeye** (temel sosyolojik kavram) ilişkin özlem ya da isteklerin nasıl yansıdığı, nasıl temsil edildiği ve yine **sözcülerinden** hareketle her **kategoriye** (yeri doldurulamayacak bir kavram) özgü olan istek ve özelemler kavranılmaya çalışılmalıdır¹⁶.

14. Bütün işverenlerin durumları da birbirine benzemektedir. "Hukuk süjesi", "taraf" gibi kavramlar, İş hukukundan tamamen uzaklaştırılmalıdır. İşçilerin karşılarında ya da üstlerinde buldukları kimse; bir ustabaşı, bir servis şefi, personel şefi, ortaklığın genel müdürü, asıl işveren ortaklığı denetimi altında tutan başka bir ortaklığın temsilcisi olabilmektedir. Bu nedenle, işveren kavramı yerine, karar ya da sorumlu merkez kavramları konulmalıdır¹⁷. Bu bir **holding** olabilir. İşverenlerin **mesleki örgütlerine** gelince; bunların temsil ettikleri yararların açıkça saptanması, işçi sendikalarının temsil ettiği yararlar kadar kolay değildir. İşveren kuruluşları arasında en iyi bir biçimde örgütlenmiş bulu-

16) Temsil kuramı ile temsilcilik arasındaki ayrımlar konusunda bir araştırmanın yapılması gerektiği de kabul edilmelidir. Böyle bir araştırmada temel alınacak hareket noktası, Danıştay'ın 10'a yakın kararında, Hükümet komiserini nvardığı sonuçlar olabilir. Verdier., *Les syndicats, (Traité de Droit du travail t. V)*.

17) Burada Kamu Hukukuna başvurmak gereği vardır; çünkü iktidar kavramı özel hukukun bir kavramı değildir. Özel Hukuk, işletme içinde iktidar kuramını oluşturacak durumda değildir.

nan, U.I.M.M. (Uluslararası Demir-Çelik Birliği) gibi Amerikan ortaklıklarının denetimi altında bulunan böyle bir kuruluş, Fransız demir-çelik firması üzerinde ne ölçüde yetkiye sahiptir? Bir işveren federasyonu ya da konfederasyonu, ne ölçüde şu ya da bu işveren üzerinde etki yapabilir, onu bağlayacak kararlar verebilir? Küçük girişimcinin şiddetle kendi ayrıcalıklarını savunmak istediği özel mülkiyete dayalı bireyci ekonomik bir sistem içinde, Sosyal hukukun anılan sorulara yanıt verebilmesi, küçümsenmeyecek güçlüklerle doludur.

B

15. Bu topluluklar (gruplar) arasında meydana gelen ilişkiler, hukuksal belgeler içinde dondurulabilir mi? Bu önemli bir sorundur. Medeni Hukukun sunduğu şema; iki kişi arasındaki zıt çıkarların bir zaman süreci içinde kararlılık göstermesi nedeniyle bir sözleşme içinde bunları bağdaştırmak ve tarafların bu sözleşmeye saygı göstermelerini sağlamak biçiminde kabul edilir. Taahhüdünü yerine getirmeyen, yargı olarak adlandırılan bir Devlet organı önüne götürülmekte ve kimin haklı olduğu, bu organ tarafından belirtilmektedir. Haklı olan tarafın diğer tarafı zorlama yollarına başvurmasına yine bu organ izin vermektedir.

Sözleşmeye dayanan taahhüdün, toplu ilişkilerde de aynı değere sahip olup olmadığı, ve aynı biçimde kullanılıp kullanılmayacağı biçiminde, sorular akla gelebilir. Aynı şekilde, sosyal uyumsuzluklarda yargının işlevi üzerinde durularak, yargının kimin haklı olduğu yolunda karar verme olanağı ile hukuksal yaptırımlara başvurma konuları ayrı ayrı tartışılmalıdır.

Bir şeyi daha iyi yapmaya çalışırken, onu kötüleştirme olasılığı da vardır. Fazla "hukukilik" iyi sosyal ilişkilerin düşmanı olabilir.

Şu halde, İş Hukukunda, zorunlu olarak karşılıklı borçlar yüklemeyen, icra kabiliyeti olmayan, toplu sözleşmeler gibi belirli biçim kurallarına uymayan **tutanaklar**, toplu uyumsuz-

İşin sona erdirilmesi halinde imzalanan protokollar, anlaşmalar, kendine özgü hukuksal kategorilerdir¹⁸. Bu bakış açısında, bir zamanlar Georges Scelle tarafından belirtildiği gibi, iş hukukunun genel ilkeleri, Medeni Hukuktan çok, Uluslararası Kamu Hukukundan (gentlemen's agreements - bons offices - consensus) esinlenmelidir. Sosyal Hukuk açısından en iyi yol budur. Bu yol izlenirse iki kuramın oluşturulması gerekir.

16. a) Sözleşme kurami yerine toplu pazarlık kuramını geliştirmek. Egemen iki Devlet, bu egemenliklerinden fedakârlık yapmadan, nasıl karşı karşıya gelip pazarlık yapıyorlar, işbirliği için antlaşma imzalıyorlar ya da bu yöndeki görüşmeleri bir anlaşmaya varmadan yarıdan kesiyorlarsa, mesleki örgütler de toplu pazarlığa ağırlık vermek durumundadırlar. Bu açıdan bakıldığında, **pazarlık kurallarını hemen hemen hiç içermeyen hukukun yetersiz kaldığı** görülür. Daha açık bir anlatımla, ilişkilere, bir araya gelmeye, görüşmelere, önerilere, karşı önerilere, görüşmelerin prosedürüne ve sürelerine ilişkin hukuksal kurallar mevcut değildir. "Sözleşme Politikası" deyimini iyi değildir ve zaten karışıklığa olanak vermektedir. Üstelik, toplu pazarlığa da zarar vermektedir¹⁹. Kabul etmek gerekir ki, pazarlık, başarıya ulaşsın ulaşmasın, uyumsuzlukları bir yana itmekten çok, uyumsuzlukları bir ön veri olarak kabul etmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, eğer pazarlığı, size yapılan bir öneriye imza atmak biçiminde düşünürsek, çok yanlırız. Aynı şekilde, gerçek anlamda çalışma ve ücret koşulları üzerinde pazarlık yapılmayıp, küçük ayrıntılara inen ve daha çok kuramsal konular üzerinde durulursa, yanılma olanağı vardır. İlgililerin çalışma koşulları üzerinde doğrudan etki yapan, onlar tarafından somut bir biçimde görülebilen yararlarla ilişkin toplu pazarlık, gerçek anlamda bir pazarlıktır.

18) J.C. Javillier, Recherche sur les conflits du travail, thèse, Paris, 1973 (yayınlanmamış).

19) Bu deyim, endüstriyel ilişkiler sözlüğünde sık sık kullanılmaktadır.

Şu halde, hukuk kuramı, toplu pazarlığın yapılma biçim ve konuya ilişkin prosedürü çok acele düzenlemek zorundadır. Bununla, görüşmelerde samimiyet sağlanmış olacaktır. Ve yine, hukuk kuramı, toplu pazarlığı düzenlerken, sosyolojinin vazgeçilmez terimlerini kabul etmek ve kullanmak zorundadır. Toplu pazarlığı, kendi canlı kaynağı olan uyumsuzluğa yaklaştırmak için, örneğin, pazarlık düzeyi gibi terimler kullanılmalıdır. 1971'den bu yana, pozitif hukuka, toplu pazarlık yapma hakkının girmiş bulunması, bu açıdan önem taşır²⁰.

17. İş Hukuku, Alman öğretisinin etkisiyle, toplu iş sözleşmesi ve bu sözleşmenin "Borçlar Hukuku" kısmına büyük ayrıcalıklar tanıdı (Oysa, Anglosakson Hukuku, daha çok "bargaining" üzerine dayanıyor).

Toplu sözleşme kurumu üzerinde ısrar etmenin nedeni, ilk aşamalarıyla ilgilenmeksizin, prosedürün en son aşaması üzerinde durma isteğinden ileri geliyordu. Eğer sendikalar, şu ya da bu sorun üzerinde belli bir süre tekrar uyumsuzluk yaratmamak yolunda bir taahhüt altına girmek istiyorlarsa, bu konuda tamamen özgürdüler. Fakat böyle bir sonuç, ancak olağanüstü bir güvene dayanan ve büyük ölçüde lehte olan bir pazarlığın ürünü olabilir²¹.

Zaten, toplu pazarlık kuramı, bir işletmenin ya da işkolundaki işçilerin sendikalara pazarlık konusunda vekâlet vermedikleri hususunu dikkate almak zorundadır. Sendikalar, tapkı belirli işleri yöneten kişiler gibidir. Şu halde, pazarlığa oturanların kitle ile aralarındaki ilişkileri yitirmemeleri önemlidir; birçok işverenin yaptığına aksine, sendikaları işçi kitlesinden ayırmamak, bütün ilişki ve diyalogları cesaretlendirmek gerekir. Mevzuat, bu nokta üzerinde tamamen sus-

20) İş Kodunun 1. kitap, 31. maddesini değiştiren 13 Temmuz 1971 tarihli toplu sözleşmelere ilişkin yasa; 1. maddesinde şu hükme yer vermektedir: "Bu bölüm... işçilerin toplu sözleşme hakkının bağlı olacağı kuralları düzenler..."

21) G. Lyon - Caen, La convention E.G.F. et le système français des relations professionnelle *Dr. Soc.*, 1970, 162. - J.C. Javillier, la partie obligatoire de la convention Collective, *Dr. Soc.*, 1971, 258.

kundur (uyuşmazlıkların diyalektiği ve pazarlık sonucu varılan çözümlere yabancı olduğu gibi).

Çok ilginç bir tartışma, Mayıs 1968 Grenelle görüşmeleri sonunda imzalanan belge nedeniyle ortaya çıktı. Bu belge, bir toplu sözleşme niteliğinde miydi? Hangi işverenler bunu uygulamak zorunda idiler? Toplu sözleşme kuramının ve bu sözleşmeleri yapma hususundaki temsil kurumunun yetersizlikleri açıkça görülüyordu²².

18. Toplu pazarlık kavramı yanında, "irade" özgürlüğünden çok farklı bulunan "kollektif özerklik" İş Hukukunun temel bir kavramı olmalıdır. Deneyler göstermiştir ki, işçi ve işveren örgütleri, kendi uyuşmazlıklarını kendileri çözmek istemektedirler. Yargıç ya da idari bir makam, sonradan, salt hukuksal biçimsellik uğruna, varılan anlaşmayı bozmak yerine, ona tüm gerekli hukuksal sonuçları bağlama yollarını araştırmalıdır. Çünkü, burada, **Devlet tarafından konulan mevzuat hükümleri dışında kalan** bir hukuk düzeni söz konusudur. Devlet, istesin ya da istemesin, kendine özgü yöntemlerle ve tam bir **özerklik** içinde ortaya konulan ve gelişen bir hukuk karşısında bulunmaktadır²³.

Hukukçular tarafından ihmal edilen özerkliğin kurum ve yöntemleri, artık daha yakından incelenmeli, kavranmalı, nitelendirilmeli ve eleştirilmelidir. Bu kurum ve yöntemler, eşit taraflı uyuşmazlık ve yorum komisyonları, görüşme, ek sözleşme, protokoller ve benzerleridir. Sürekli toplu pazarlık yapma hakkına sahip olmak, toplu sözleşme hakkından çok daha yararlıdır²⁴.

19. b) Tamamen yeniden oluşturulması gereken ikinci kuram, bireysel uyuşmazlıkların karşısı olan toplu uyuşmaz-

22) Starok, J.C.P., 1970.L.2363. - J. Savatier, D. 1971, 13; - G. Lyon - Caen, J.C.P. 1970.II.1647.

23) G. Lyon - Caen, Anomie - Autonomie - Hétéronomie en Droit du travail, Mélanges P. Horion, 1972.

24) Adam, J.D. Reynaud, J.M. Verdier, La négociation collective en France, (Ed. Ouvreres, 1972) adlı yapıtta Medeni Hukukçu için bile yararlı bilgiler vardır.

lıkların, mücadelelerin kuramıdır. Fransız Hukuku, yalnızca grevi ve bir ölçüde de lokavtı tanımaktadır. Oysa, işçi isteklerini içeren bir belgenin işverene verilmesinden, zor ve tehditle insanların işyerlerinde alıkonulmalarına, hapsedilmelerine dek uzanan birçok **mücadele yöntemi** vardır. Uluslararası Kamu Hukuku, savaş yasalarını ve uygulamalarını tanıyor. Kuşkusuz, tamamen hayali olduğu açık olan kodifikasyonlara, yasal olan ve olmayanın sınırlarını çizmek yöntemine başvurmak değil; çatışmaların tiplerini kuramsallaştırmak, bunlar hakkında bir görüş, bir anlayış oluşturmak yararlı olacaktır (Dış saldırganlığa, gerilla savaşına, devrim savaşına, abluka vb. karşı koyma açısından oluşturulan anlayışa benzer olacaktır).

Çatışmaların **önlenmesi** kavramı da ayrıca tanınmalıdır artık: Niçin, uzun süre iş mücadelelerinden uzak kalan işletmeler ya da işkolları ve bunların nedenleri üzerinde incelemeler yapılmasın? Ve yine neden Devlet, bu işletme ya da faaliyetleri teşvik ve cesaretlendirmek için bunlar lehine gerekli önlemleri alsın.

Bu söylenenlerin tersi olarak, hukuk arkeolojisi olarak adlandırılması gereken şey; hukuk adamlarının şu ya da bu şekilde, yargı mekanizmasından esinlenerek, ne pahasına olursa olsun, çatışmaları **hukuksal çözüm yolları** ile sonuçlandırma biçimindeki çabalarıdır²⁵. Arabuluculuk, hakemlik gibi kurumlar devirlerini tamamladılar artık. İngiltere'de toplu iş mücadeleleri için mahkemeler oluşturulması, henüz deneyimlerini ortaya koymaktan uzaktır^{25a}.

Hemen vurgulanmalıdır ki, iş ilişkileri ve buradan kaynaklanan toplu iş mücadelelerinin; kaba güç, orman yasaları alanına girdikleri, hukuk dışı veya güç denemesi veyahut güç dengesinin tek çıkış yolu olduğu biçimindeki zıt bir anlayış

25) Bu konudaki hukuk literatürü kabarıktır. Bu nedenle, hepsinin burada belirtilmesi olanaklı değildir. Bu araştırmaların sosyal mücadeleler konusunda çok az yakınlıkları olan kimseler tarafından yapıldıkları belirtilmelidir.

25a) Endüstriyel ilişkiler Yasası, 1971.

içine de düşülmemelidir. Sınıf mücadelesini yadsımak endişesinde olan bir kimse, bu mücadelenin hiçbir biçimde salt şiddete dayanmadığını da kabul etmek zorundadır. Hukuk normu tarafından az, fakat eksik bir biçimde düzenlenen, bu mücadelenin içeriğidir.

20. Böylece, esas olarak iki anlayış oluşturulmalıdır:

— Bunlardan ilki, mücadele yöntemlerine ilişkin olmalıdır: Grev ve lokavt, şiddet eylemleri olmaktan çıktılar. Bugün, yasalarca kabul edilmiş bir grev hakkı mevcuttur. Bir lokavt rejimi (içtihatlarla oluşan) vardır. Bazı eylemler müsaade ediliyor, diğerleri edilmiyor. Uygulama ve gelenek, giderek hukuk normu tarafından biçimlenen oyunun kuralları yavaş yavaş ortaya çıkmaktadır. Hukuk normu, faza katılmaktan kaçınmalıdır.

— Oluşturulması gereken ikinci anlayış, iş mücadelelerinin çözüm yollarına ilişkin olmalıdır. Toplu iş mücadeleleri, yükselen ve alçalan aşamalar, aralıklar, yetersiz ve parça parça olmakla birlikte bazı çözüm yolları tanımaktadır. Fakat hukuk, bu çözümleri, daha da iyileştirmek çabasını göstermelidir. Bu çözüm yolları; yargısal ve zorlayıcı nitelikte olmaktan çok, iki yanlı anlaşmaya (consensus) dayanmalıdır. Bu durum, İş Hukukunun özgün yönlerinden birisini oluşturmaktadır. Toplu iş mücadeleleri alanında, Devletin işlevi artmaktan çok silinmektedir²⁶.

III. DEVLETİN OLUŞTURDUĞU YAPILAR : YASA, KAMU DÜZENİ, YARGI

A

Devletin İş Hukuku alanındaki işlevi, ekonomik yaşamın diğer alanlarındaki gibi değildir. Belkide en yanlış fikirler bu konudur.

26) J.C. Javillier, *Recherche sur les conflits du travail*, supra. - H. Sinay, *La grève*, supra.

21. Devletin hukuk normları koyarak iş hukukuna müdahalesi, uzun süre temel alınmıştı. Fakat, bu konu yeniden incelenmeyi gerektirmektedir. İş Hukukunun kaynaklarını, Medeni ya da İdare Hukuku kaynaklarına uydurmak olanaklı değildir. Özellikle, iş hukukunda yasanın işlevi giderek azalmaktadır. Bir yasa ile düzenlenen konular, sosyal taraflar arasında, daha önce uzun bir pazarlığın sonucunda ortaya çıkmışlardır. Sürekli mesleki eğitime ilişkin yasa (sadece taraflar arasında oluşturulan bir ön sözleşmenin uzantısıdır) ya da toplu sözleşmelere ilişkin olan yasalar (Parlamentoca onaylanmış üçlü bir pazarlığın ürünüdür) bunun örnekleridir²⁷.

Genel Kamu yararı, eğer, işverenler ile işçi sendikaları arasındaki olası gizli bir anlaşmaya karşı korunmak isteniyorsa, bu koruma, ancak kamuoyu aracılığıyla olanaklıdır. Şu halde, iş hukukunun kitle iletişim araçlarıyla ilgilenmesi ve ilgi alanına giren konularda bir kamuoyunun oluşturulması gerekmektedir. Kamuoyuna haber, bilgi vermeye ilişkin açık hükümlerin yokluğu halinde, modern anlamda bir iş hukukunun mevcut olmayacağı olgusunun bilincine çok açık bir biçimde varılmalıdır.

Bizzat yasanın kendisi için doğru olan bu olgu, yasanın **kodifikasyonu** açısından öncelikle doğrudur. Kopuk değil, fakat sürekli bir ilerlemenin gerekliliği kabul edildiğine göre, İş Kodu, ancak değiştirilebilir sayfalar üzerine sürekli güncelleştirilen derlemelerden ibaret olabilir²⁸.

22. Bununla beraber, Devlet tarafından konulan normlar için ayrı bir yer tanınmalıdır. Bu yer, bazen, **en az sosyal norm**, bazen de **en az koruma** olarak adlandırılan pozitif kuralların saptanmasına bırakılmalıdır. Devletin bu işlevi, iş hukukunda yerini bulmalıdır. Bu işlev, halen, çok kötü bir

27) J.M. Verdier et Langlois, D. 1972, Chron. s. 253.

28) İş Koduna ilişkin 2 Ocak 1973 tarihli yasa, düzeltilmek zorunda kalındı ve şimdi bu yasal dökümanın kesin ve doğru bir adlandırılması yoktur. "Kod" sözcüğünün anlam belirsizliği gittikçe hassaslaşmaktadır.

biçimde yerine getirilmektedir. Örneğin, yasa, yıllık ücretli izinlerin en az süresini belirlediği zaman, ancak sözleşme hukukunu izleyerek ve bu hukukun getirdiği düzenlemelere giden ayak uydurarak bunu gerçekleştirdi^{28a}. Yasa ile en az ücret konusu düzenlenmeden yirmi yıl önce, bu konu birçok oyun ve entrikaların merkezi oldu (zaten toplu sözleşmeler de ücretlerin en az sınırlarını saptıyor. Bu nedenle, en az ücret ve toplu sözleşmelerin teşmili gereksiz bir yinelemeden ibarettir. Ayrıca, en az ücreti saptama yönteminin, genel olarak ücret artışlarını durdurduğu hususu da kanıtlanamadı).

Bu koşullarda, yasa koyucunun, en az sosyal koruyucu işlevini yerine getirip getirmediği sorusu akla gelebilir. Ne olursa olsun, Devletin bu işleviyle, gereksinimler zorunlu kıldıkça, yeni kurumlar yaratma biçimindeki işlevi, birbirine karıştırılmamalıdır. Dünün işletme komiteleri, bugünün işyeri sendika seksiyonları buna örnektir. Bunun gibi, yasanın işlevi ile, doğal olarak Devlete ait bulunan sosyal tarafların bir araya gelmeleri yönteminin sınırlarını çizmek görevi (toplu pazarlık prosedürü) birbirine karıştırılmamalıdır²⁹.

Bu en az koruma, sadece sosyal kamu düzenidir ve zaten mesleki ilişkiler alanında başka bir kamu düzeni mevcut olmamalıdır. İşçilere; toplu sözleşmelerle, yasaların sağladıklarından daha fazla yararlar sağlamak, her zaman olanaklı olmalıdır. Diğer bir deyişle, işçi lehine olmak koşulu ile, toplu sözleşmeler, yasaya aykırı hükümler içerebilmelidir. Ekonomik ya da Medeni Hukuk ile İş Hukuku arasındaki en önemli ayırım bu noktadadır³⁰.

28a) Dört haftalık yıllık ücretli izin, yasal olarak kabul edilmeden önce, sözleşmelerle benimsenmişti.

29) Fransa, mesleki ilişkiler "sistemi"ne, çok geç kavuştuğunda, Devletin bu alandaki işlevi, ilk başta, çok sayıda yanlış yorumun konusu oldu. Bu konuda bir incelemenin yapılması zorunludur. Devletin "sosyal oyunun" aktörü ya da en önemli rolü oynayan baş aktörü olup olmadığı konusu araştırılmalıdır.

30) G. Lyon - Caen, *Négociation collective et Législation d'ordre public*, **Dr. Soc.**, 1973, 89; Sosyal kamu düzeninin ne olduğunu göstermek bakımından Danıştayın görüşüne yollama yapmakla yetiniyoruz: *Conseil d'Etat.*, 22 Mart 1973, **Dr. Ouvr.** 1973, 190.

23. İş Hukukundaki kamu düzeni kavramının az bilinen başka bir yansıması vardır (ve yasa koyucunun İş Hukukunun kökenleri ile bağlar kurmasını sağlayan başka bir müdahale alanı var: kadın ve çocuk işçilerin korunmasına ilişkin yasalar). Bu kamu düzeni kavramı, işçinin çalışmasının bir meta olarak kabul edilmesi yolundaki anlayışın terkedilmesinden bu yana, İş Hukukunun malvarlığı haklarını düzenleyen bir hukuk dalı olmadığı biçimindeki niteliğinden ve işçilerin kişilik haklarının korunması gereksinmesinden kaynaklanmaktadır. İş Hukuku, bu noktada, kişilerin arasındaki ilişkileri düzenleyen, **Aile Hukukuna** yaklaşmaktadır. Fakat, paternalist (işveren baba, işçiler onun çocukları) bir sapmaya düşmemek için, bu iki hukuk dalı arasındaki benzerlik fazla da ileriye götürülmemelidir. Derhal ifade edilmelidir ki, İş Hukuku, sadece, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk değildir. Çünkü, ücretin ödenmesi ve iş sözleşmesinin haksız feshi halinde tazminat ödenmesi gibi **parasal** nitelik taşıyan sorunları da kapsamaktadır. Şu halde, İş Hukuku, parasal yönleri de bulunan ilişkileri (ailevi tipte olmayan) de düzenlemektedir. Bu ilişkiler, bir anlamda, işverenin kimliğini saptayamamaya kadar varacak bir ölçüde, iş ilişkilerinin yoğun bir biçimde kişiliksiz bir hale gelmesi nedeniyle, çok önem kazanmaktadır. İşçi, kendi yönünden, kendisine verilen işle genellikle ilgilenmemekte ve "hayatını kazanmak" için çalışmaktadır. İş-meta kavramı kadar hiçbir şey, bu denli güncel hale gelmedi (ve bunun mahkûm edilmesi, salt ideolojik alanda kalmaktadır).

Şu halde, iş ilişkisi, aynı zamanda hem **alacaklı** ile **borçlu**, hem de **ailevi ilişki** ya da genel olarak **kişiler arasındaki** ilişkilerden tamamen ayrılmaktadır. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkilere oranla daha az kişilikleşmiş; amaçları açısından da ailevi ya da diğer kişiler arasındaki ilişkilerden daha fazla parasal nitelik taşır. İş ilişkilerinin özgünlüğü kesindir. Bu nedenle, şimdiye kadar, yalnızca İtalya'da bir yasa³¹ ile ilk adımı atılan işçilerin bireysel hakları kuramının

31) "Statuto dei lavoratori" adını taşıyan 1970 tarihli metin ve da-

çok acele olarak oluşturulması gerekir: İşçinin onuru, özel yaşamına saygı, inançları, kibar bir selâmlamadan çok daha fazla şeyler beklemektedir. 1945 yılında Kamu Hukuku içinde, tuhaf bir şekilde su yüzüne çıkan ve daha sonraları derinleştirilerek "sosyal hakların" benimsenmesine yol açan bir akıma rastlanmaktadır. Toplumda sosyal hakların varlığını kabul etmekten çok, mesleki bir topluluk içinde, **işçinin kişilik haklarının** tanınması daha gerçekçi bir çözümdür³².

24. Aynı doğrultuda, İş Hukuku, nafaka borcuna, medeni hukuktakinden ayrımlı ve yeni bir anlam vermeye olanak tanımalıdır. Bu borç, parasal nitelikte olacaktır ama, kişiye ve onun gereksinmelerine bağlı bir borç olacaktır. Ücretin işçi için "yaşamsal" bir nitelik taşıdığını ve bu nedenle haczi konusunda ayrımlı bir zamanlaşımının kabul edildiğini, takas ve imtiyaz açısından ayrı yasal düzenlemelerin getirildiğini söylemek, hukuksal bir analizden çok, bir tür hokkabazlıktır. Ücret borcuna (belki geniş anlamda sosyal ücret borçlarına bile) hukuksal özgünlüğünü vermek ve Borçlar Hukuku kuramının ücret konusunda yeterli olmadığını kabul etmek, ücret borcunu Medeni Hukuktaki nafaka borcu ile bir tutmamak için köklü bir araştırma gereklidir³³. İşverenin iflâsı halinde, ücretin ödenmeme tehlikesi, günümüzde bir sigorta mekanizmasının konusu olmadı mı?³⁴.

B

25. Devletin **yargısal** müdahalesi de tartışmaları üzerinde toplayacak bir konudur. Özellikle Adli ve İdari Yargı dışında, bağımsız **Sosyal bir Yargının** kurulması konusunda birçok öneri yapıldı. İş ilişkilerinde, taraflardan biri olan işve-

ha önce belirtilen İngiliz Yasası, Çağdaş İş Hukuku açısından önemli hükümler içermektedirler.

32) Despax, *La vie extra - professionnelle du salarié*, J.C.P., 1963. 1.1776.

33) G. Lyon - Caen, *Le salaire, Traité de Droit du Travail*, t. II.

34) "Lip Olayını" izleyen 27 Aralık 1973 tarihli yasa.

renin, "ön ayrıcalık"³⁵ olarak adlandırılan bir ayrıcalığa sahip olduğu vurgulanması gereken bir olgudur. Şu halde, bir başvuru hakkı tanınmalıdır. Fakat, bu kimin lehine ve hangi kurum önünde tanınmalıdır? Medeni Yargılama Hukukunun bazı kavramlarının (Davacı, dava, duruşma, karar, tazminata mahkûm etme gibi) mekanik bir biçimde, İş Hukukuna aktarılması, diğer alanlardakinden daha da belirgin olarak, İş Hukuku alanında yetersiz kalmaktadır. İş ilişkilerinde, "yargı"nın ikinci derecede kalan bir işlevi bulunduğundan; bu konuda önemli değişiklikler yapmak, bazı kavramları yeniden gözden geçirmek zorunlu ve yararlı olacaktır.

Fransız Hukukunun süreklilik gösteren eğilimi; hukuksal çözümlere birinci derecede önem vermek, uyumsuzlukları bireysel uyumsuzluklara dönüştürerek, mevzuat hükümlerini yorumlamak, işçi ve işverenlerin dışında bağımsız olarak hakem görevi yapan yargıca uyumsuzluğu havale etmek yönündedir. Oysa, **Usul Hukukunun kavramları ve Klasik prosedür mekanizmaları**, özellikle iş ilişkilerine uygun düşmemektedir. Yararları çatışan iki kişinin, yargıçtan, aralarındaki uyumsuzluğa bir çözüm getirme yolunda talepte bulunmaları; kamu otoritesi aracılığıyla, yargı kararlarının icra edilmesi gibi düşünceler, sosyal uyumsuzluklara tamamen yabancı düşmektedir. Örneğin bu yöntem, yasal olan ve olmayan grevleri birbirinden ayırarak, grev hakkının içtihatlarla oluşması sonucunu doğurdu. Ne var ki, grev konusundaki içtihatlar o denli karışıktır ki, greve katılan bir işçinin, yasal grev hakkını kullanıp kullanmadığı ya da kusurlu bir davranışta bulunup bulunmadığı konusunda önceden herhangi bir bilgiye sahip olması olanaklı olmadığı gibi, tam olarak gerçeği öğrenmesi de olanaksızdır.

Sırası gelmişken belirtmeliyiz ki, kolektif ve bireysel; hukuksal ve ekonomik biçimde yapılan uyumsuzlukların **skolastik ayırımı** unutulmalıdır. Her uyumsuzluk, birbiriyle dayanışmalı olan bireysel ve kolektif yararları ortaya koymak-

35) Ollier, Le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports du travail, **Dr. Soc.**

tadır. Aynı şekilde, her uyuşmazlık, pozitif hukuku dayanak almakta ve bu hukukun gelişmesini, ilerlemesini amaçlamaktadır.

Cezai yaptırımlara gelince, bunlar; İş Hukukunun uygulanmasını etkin bir hale getirmek yolunda yargıçların istek ve iyiniyetlerini yansıtmaktadırlar. Fakat, salt parasal nitelikte olan yaptırımların caydırıcı değeri ortadan kalktığından, bu yöntem de uzun süre başarılı olamadı.

26. Fransız Pozitif Hukuku, işçinin bir mahkeme önünde (Conceil de Prud'hommes) kişisel dava açmasına seçkin bir yer ayırıyorsa da, biricik yöntem bu değildir.

Sendikal dava, daha etkin görüldüğünden, sendikanın işçinin nam ve hesabına dava açmasına ilişkin engeller (çok eski dönemlerden beri ortaya konulan engeller) en aza indirilmelidir. Kollektif yararların söz konusu olmadığı durumlarda büe, işçi sendikası dava açabilmelidir.

Conseil de Prud'hommes'un seçim ve eşit yanlı (işçi ve işveren temsilcileri) üyelik esasına dayanan niteliği, Adli yargı prosedürünün sakıncalarını azaltmaktadır; fakat, çalışma yaşamına yabancı olan yargıçlardan oluşan ikinci derecedeki İstinaf Mahkemeleri düzeyinde bu sakıncalar tekrar ortaya çıkmaktadır. Açıkça söylemek gerekirse, buraya kadar işaret olunan mekanizmalar tam bir uyum sağlayamamıştır. Bu konudaki değişiklikleri yönlendirebilecek temel fikirler şu şekilde sıralanabilir:

— İş ilişkilerinde kişisel davaya çok önemli bir işlev tanınmamalı; işletme içinde ya da eşit yanlı komisyonlar aracılığıyla uyuşmazlıkların kollektif, barışçı, mesleki yollardan çözümlenmeleri için gerekli kolaylıklar tanınmalıdır³⁶.

— Bununla birlikte, Conseil de Prud'hommes önünde kişisel dava açma hakkını, bireysel bir özgürlük olarak korumalı ve bu yargı organının yetki alanını (şu andaki durum

36) Delamotte, Le recours ouvrier, dans une entreprise americaine, A. Colin.

fazla takdire dayanmaktadır) ve görevlerini genişletmeli; aynı nitelikli mahkemelerin istinaf düzeyinde de kurulmasına çaba gösterilmelidir.

— İş sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre içinde işçi, işveren aleyhine dava açamamaktadır. Bu halde bile sendikanın işçi adına dava açması sağlanmalıdır³⁷.

27. Zaten, yargı kararlarının icrasındaki güçlükler, bu organlar önünde açılacak bir davanın, İş Hukukundaki sınırlılığını göstermeye yetmektedir. Hükümlerin cebri icra yoluyla yerine getirilmeleri, özellikle İş Hukukunda çok güçtür. Yargı hükmü, taraflar arasındaki bir anlaşma temeline oturtulduğu ölçüde uygulanabilme şansına sahip bulunmaktadır. Hükmün kamu otoritesi aracılığıyla yerine getirilmesi, sona erdirdiği karışık durumlardan çok daha fazla yeni karışıklıklar ortaya çıkaracaktır. Bu söylenenler, İş Yargısının, Medeni ya da Ticari Yargı içinde eritilmesinin olanaksızlığını ortaya koymaktadır. İş Yargısı konusundaki seçenek, Eski Roma Hukukunda yargıçların yaptığı gibi, "condemna" ve "absolve" biçiminde değildir. Bu tür bir yöntemin İş Hukukunda yeri yoktur. İş Yargısı, davayı kazananın kaybeden üzerindeki mutlak zaferi ve kamu otoritesinin kazananın hizmetine sokulması sonucunu doğurmamalıdır. Aksine, bu yargı, ikna etme çabası ve taraflarca kabul edilebilir bir uzlaşma zemininin araştırılması esasına yönelmelidir.

İş Yargısının sağlamlaştırmakla görevli olduğu düzen, Devlet tarafından sağlanan düzenden bağımsız ve yargıç tarafından da iyi bilinmeyen bir düzendir. Bu durumun bilincinde olan bazı yargıçlar, herhangi bir dava dolayısıyla önlerine gelen bir uyuşmazlığı hemen bir sonuca bağlamak yerine, bir tartışma ortamı yaratmak ve "tarafları" iknaya çalışmak yöntemini seçmektedirler. Bu şekildeki bir uzlaşmanın, bir yargı kararından daha etkili olduğunu çok iyi bilmektedirler. Böylece, İş Yargısı Prosedürü, adli sözleşmeyi yeniden canlandırmak zorunda olmalıdır.

37) La Jurisdiction du travail en France, no. spécial de **Droit Social**, Şubat 1974.

Böylelikle, İş Hukukunda **cebri icra yolları** sorunu ortaya atılmış olmaktadır³⁸. Bu sorun, şimdiye kadar kimin merakım cekti? Hukukçunun önünde iki güçlük pusu kurmuştur:

— Bir yandan, işçi tarafının kelimenin tam anlamıyla ‘haczedilmezlik’ durumu vardır. Bunun somut örneği, işgal edilen bir fabrikanın boşaltılması kararının tebliği söz konusu olduğunda ortaya çıktı: Kime tebligat yapmak gerekiyor³⁹? Parasal mahkûmiyetlerin sonuçlarından kaçınmak için, işçi sendikalarına ait malların başka tüzel kişiler adına kayıtlı olması ve sendikaların malvarlığından istenerek yoksun bırakılmaları ise herkesçe bilinen bir olgudur⁴⁰.

— İşletme şefinin ‘egemenliği’ karşısında, yargı kararlarının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi sorun haline gelmektedir⁴¹. Yargıçların işe iade kararları vermekten kaçınmalarının nedenlerini buradan aramak gerekir. Buna karşılık, işletme şefi, kendi kendine adaleti yerine getirmek için, her tür serbestiye sahip bulunmaktadır. **Geçici olarak işçinin işine son verme tekniği**, XIX. yy’dan kalan ve kaybolduğu düşünülen özel bir icra yoludur⁴².

Bununla birlikte, **müessir fiil**⁴³ kavramının keşfedilmesiy-

38) Hiç işlenmemiş bir konu.

39) Pau, 30 Haziran 1970, D. 1970. 55, Conc. Descomps; Soc., 8 Şubat 1972, D. 1972, 256 note J. Savatier; Rennes, 5 Haziran 1972, J.C.P., 1973, H, 17327, note Groutel.

40) Durand, Dr. Soc., 1955, s. 219.

41) Kararlarda sık sık işveren şu ya da bu biçimde ‘tek yargıç...’ durumunda olduğu belirtiliyor. Buradan, sosyal yargıcın, hukuku söylemeyen, fakat idare ile aralarındaki ilişkilerde bir ‘içtihat politikası’ oluşturan idarî yargıcın durumuna benzer bir durum içinde bulunduğu sonucu ortaya çıkmıyor mu?

42) Sözleşmelere ilişkin genel kuramı uygularsak, geçici olarak işten uzaklaştırma tekniğini anlamak çok güçtür.

43) Bu kavram; Ch. Mixte tarafından 25 Ekim 1968 tarihinde (J.C.P. 1969.11.15716; D. 1966, 706). Detoeuf dosyası nedeniyle verilen karardan bu yana kullanılmaktadır. Bu kavram, bazı hallerde, mahkeme başkanlarının (Juge des référés) yalnız başına geçici bir karar verebilmelerini haklı göstermeye dayanak oluşturmaktadır. Detoeuf kararı, muhtemelen 60’ların en önemli içtihadı

le, eğer akıllıca kullanılabilirse, bu alanda yeni ufuklara yol açabilir. Aksi halde, yasaya açıkça aykırı olan davranışların tek yaptırımı, her zamanki gibi, bir miktar tazminatın ödetirilmesi biçiminde olacaktır. Bu ise, gerçek zararın giderilmesinde yetersiz kalmaktadır.

28. Yargı organları önünde açılan bir "hukuk davası" niteliğinde olmayan -herhangi bir prosedüre bağlı olmaksızın - yargı hiyerarşisi içinde yer alması zorunlu olmayan eşit yanlı bir organ önünde şikayetlerin ya da isteklerin dile getirilmesini sağlayan bir "yasa" davası; karşılıklı ödümler elde etmek için bir araştırmaya, karşılıklı ödümlere dayalı uzlaşma temeline oturtulmuş, yargılanan şeyin ya da hükmün kesinliği niteliğinden yoksun, fakat tarafların onamından kaynaklanan zengin verilerle dolu olarak elde edilen uzlaşmalar; esnek bir mekanizma içinde yer alan ve zorlayıcı yetkilerle donatılmamış işçi delegeleri, Consiels de Prud'hommes'ları (görev alanı ve yetkileri çoğaltılmış olarak), uzlaştırma komisyonları, acele durumlarda tek başına geçici olarak karar verebilecek mahkeme başkanları ve iş müfettişlerinden oluşan bir mekanizmalar bütünü... İş Hukukunun yeni eğilimleri ve kurumlarıdır. Kuşkusuz, bu eğilim hukukçu için şaşırtıcı olacaktır. Fakat, "yargı"dan çok, uzlaşma, tartışma temeline dayanan yeni bir kolektif hukukun oluşmasına şans tanıyacak bir eğilimdir bu.

Bu gözlemler, bizi, hareket noktamıza götürüyor. Medeni Hukuk ve son olarak ele aldığımız konular açısından Usul Hukuku ilkelerinden ayrı olarak, İş Hukuku temel ilkelerinin ivedilikle oluşturulması zorunludur. Son bir örnek: **Yargı organı tarafından verilen hükmün kesinliği yerine, niçin iki yanlı anlaşmaya ya da karşılıklı düşünce alışverişine dayanan uzlaşmanın kesin hüküm niteliği kabul edilmesin?**

olarak kabul edilecektir. Bu kararın etkileri henüz iyi bir biçimde ölçülemedi.