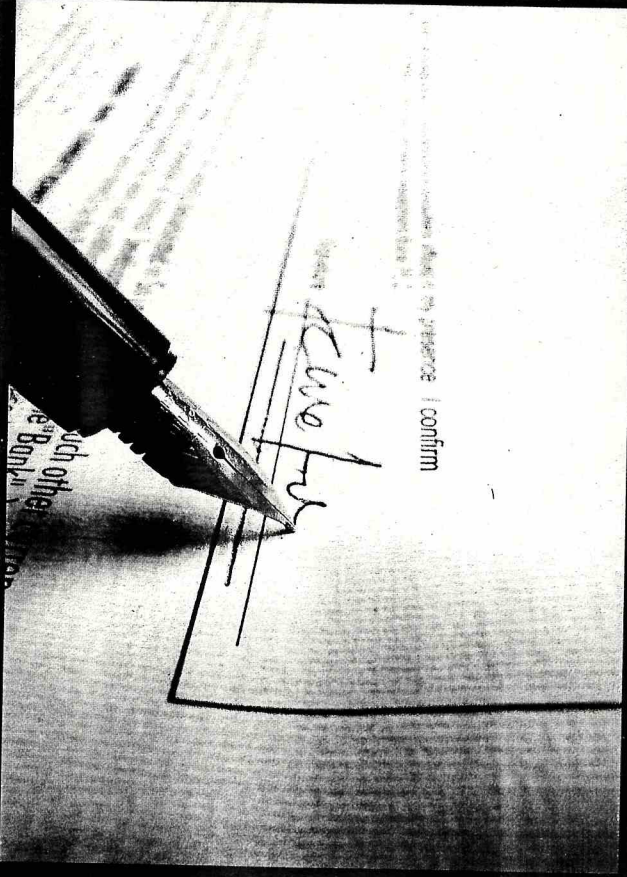


Alpay HEKİMLER (Ed.)

Karşılaştırmalı bir Perspektif ile  
**AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ ÜLKELERDE  
VE TÜRKİYE'DE  
TOPLU SÖZLEŞME SİSTEMLERİ**  
Mevzuat ve Uygulamalar



# AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU VE ULUSAL TOPLU SÖZLEŞME SİSTEMLERİ

*Prof. Dr. Wolfgang Däubler*

*Çev.: Alpay Hekimler\**

## I. Avrupa Topluluğun Hukuksal Düzenlemede Bulunma Konusundaki Çekincesi

Elinizdeki kitapta Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ve de Türkiye’de toplu sözleşme hukukunun nasıl geliştiği konusu ele alınmaktadır. Ortaya konduğu üzere ülkeler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bazı ülke uygulamalarında toplu sözleşmeler tüm işgörenlerin üye oldukları odalar aracılığıyla bağtlanmakta ve böylelikle neredeyse tüm iş ilişkilerin çerçevesi bu toplu sözleşmeler aracılığı ile tayin edilmektedir. Buna karşın bazı ülkelerde ise taraflar serbestlik esasına dayalı olarak üye oldukları örgütler aracılığı ile toplu sözleşmenin etkinliğinin belirlendiği ve bu etkinin düzeyinin de ulusal gelenekler ve sendikaların gücüne bağlı olarak şekillendiği ulusal hukuk normları karşımıza çıkmaktadır. Yine bazı ülkelerde ise sendika üyelerine yönelik imtiyazların tanındığı, diğerlerinde ise bu imtiyazların yasaklandığı ulusal hukuk düzenlemeleri karşımıza çıkmaktadır. Bunun ile birlikte bazı ülkelerde toplu sözleşme hukuk sisteminin kaynakları kanunlara dayalı iken, diğer ülkelerde toplu sözleşme hukuku yargı kararları ile şekillenmiştir. Bağlayıcı norm sözleşmeleri olarak tanımladığımız kıta modellinin varlığının yanında, gentlemen’s agreements olarak adlandırdığımız İngiliz modelli de yıllar içinde gelişme göstermiştir. Bu modelle de toplu sözleşmeler sadece iş sözleşmelerinin geçerliliği konusunda bir fonksiyon üstlenmekte olduklarından ötürü soft law olarak tanımlanmaktadır.

Tüm bu sistemlerin varlığının Avrupa Birliği çatısı altında sürdürülebilmesi mümkün müdür? Toplu sözleşme hukukuna yönelik, aday ülkeler içinde yol gösterici olabilecek nitelikte bir *acquis communautaire* bulunmakta mıdır? Üye ülkeler istedikleri gibi hareket etmekte tamamen özgür müdürler?

Kısa bir süre öncesine kadar bu sorulara rahatlıkla “evet” sözcüğü ile yanıtlamak mümkündü. Toplu sözleşme hukuku; aslında tüm iş hukuku başlangıçta, Avrupa entegrasyon süreci kapsamında doğrudan etkilenmeyen bir alanı oluşturmaktaydı<sup>1</sup>. Buna karşın örneğin rekabet hukukuna ilişkin tüm düzen-

\* Doç.Dr. Alpay Hekimler, Namık Kemal Üniversitesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Avrupa entegrasyonuna yönelik olarak işletmelerin ekonomik hareket sahaaları belirlendiğinden ötürü hiçbir zaman dolaylı bir etkilenmenin var olmadığını iddia edebilmek mümkün değildir.

lemeler ulusal seviyede belirlenmekteydi. Topluluk hukuku yoluyla konuya farklı yönlerden müdahale edildiği alanlar bulunmaktaydı ve böylelikle bir anlamda renkli bir tabloda yaratılmıştır. Ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik olarak oluşturulan hukuksal düzenlemelerin tabi ki Avrupa kökenleri bulunmaktadır. Bu tespit şüphesiz olarak iş güvenliği ve işletme devri halinde işçilerin haklarının korunmasına yönelik olarak getirilen sayısız düzenlemeler içinde geçerli olmaktadır. Bunun yanında kısmi süreli çalışma ve belirli süreli çalışmaya ilişkin olarak da direktifler kabul edilmiştir. Ancak bu direktifler belirtilen istihdam biçimleri ile birlikte ortaya çıkan problemlerin sadece sınırlı bir kısmına yanıt getirebilmektedirler. Bu durum kendisini özellikle belirgin bir biçimde toplu halde işçi çıkarımına yönelik olarak kabul edilen direktif kapsamında getirilen hükümler çerçevesinde göstermektedir: Direktif sadece sürece ilişkin düzenlemeler getirmiş olup esasen toplu halde işçi çıkarımını haklı kılabilecek koşullar üzerinde durmamaktadır. Toplu sözleşme hukuku alanına baktığımız zaman ise iş hukukunun diğer alanlarında aralara serpiştirilmiş olan renk damlacıklarının varlığı dahi karşımıza çıkmamaktadır.

Özetle, toplu sözleşme hukuku alanında ulusal yasa koyucu topluluk hukuku bulunmuyormuş gibi hareket edebilir mi? Avrupa Topluluğu Sözleşmesine bakılığın zaman bu alanda belirli hususlar karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin 135.maddesinin 5.fıkrası hükmü uyarınca “ücret, örgütlenme hakkı, grev hakkı ve lokavt” konularının topluluğun düzenleme alanının dışında açıkça tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle topluluk hukuku kapsamına, üye ülkelere sendikaların nasıl kurulacağını ve toplu sözleşme akdetmek için hangi koşulların oluşması gerektiğine yönelik olarak bir düzenlemenin getirilebilmesi mümkün değildir. Greve veya lokavta ne zaman gidilebileceği konusu da topluluğu ilgilendirmemesi gerekmektedir. Fıkra ifade edilmiş olan “ücret” konusu kapsamında ise topluluk düzeyinde bir asgari ücretin belirlenemeyeceği mi, yoksa salt ücret belirlemeye yönelik olarak toplu sözleşmelerin belirlenmesi alanında da müdahalede bulunamayacağı konusu tam olarak belirgin değildir. Ancak kanaatimize göre bu alanda düzenlemeye gidilmesi tamamen yasaklanmamıştır. Konumuz bağlamında doğrudan bağlantılı olan bir düzenleme Sözleşmenin 137.maddesinin 1.fıkrasında ifade bulmuştur. Bu hükme göre Bakanlar Konseyi “İşgörenlerin ve işverenlerin çıkarlarını korumak amacıyla temsilcilik ve kolektif biçimde hareket etmelerini sağlamaya yönelik olarak, yönetime katılım hakkı da dahil olmak üzere” kararlar alabilmesi mümkündür. Burada ancak açık bir biçimde 137.maddenin 5.fıkrasında ifade edilmiş olan alanlara müdahale edilemeyeceğinin altı çizilmektedir. Bu nedenle muhtemelen toplu pazarlık ve toplu sözleşmenin etkisi ile ilgili getirilen düzenlemelerin 137.maddenin 1/f fıkrası kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmektedir. Ancak 137.maddenin 2/2 fıkrası bu alanda Bakanlar Konseyinin oybirliği ile karar verebilmesini mümkün kılmaktadır. Ne var ki topluluk büyüme devam ettiği ölçüde bu alanda bir uzlaşmaya varılması da o oranda güç olmaktadır.

Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin bu düzenlemesinin ardında (daha doğrusu düzensizliğin), bir konseptin varlığı karşımıza çıkmaktadır. Kısa vadede emek ile sermaye arasındaki çatışmayı ortadan kaldıracak bir Avrupa Çalışma İlişkileri ortaya çıkmayacağından ötürü, Avrupa düzeyindeki rekabetin çalışanlar için beraberinde getirdiği sonuçların bertaraf edilmesi sosyal politikanın, dolayısıyla ulusal düzeydeki yasal düzenlemelerin ve sosyal partnerlerin konusunu oluşturmaya devam edecektir. Ekonomi ve sosyal politika alanları birbirleri ile iç içe geçmiş olmalarına karşın ortak pazar projesi henüz tamamlanamamıştır. Bu bakış açısıyla konuya yaklaşıldığı zaman, doğal olarak emek ve sermayenin uzlaşacakları formülleri de farklı olacağı ortadadır. Her ülkede uyum problemleri büyük ölçüde farklılık gösterebilir. Bunun yanında örneğin, hukuksal normların varlığına rağmen, ulusal geleneksel özellikler nedeniyle bu normların yeterince kullanılmaması sonucu da ortaya çıkabilmektedir (örneğin yatırım kararlarına ilişkin olarak toplu sözleşme hükümleri). Diğer bir konu ise çoğulculuk ilkesi olup, bu ilke doğrultusunda birbirleriyle rekabet eden sendikaların birlikte hareket etmelerini güçleştirmektedir. Birlikte hareket etmek yerine daha çalışanlar lehine daha az iyileştirmelere razı olmak yoluyla, diğer örgütlerin varlığının sona erdirilmesine çalışılmaktadır. Bundan ötürüdür ki, farklar sadece hukuksal düzeyde değil, onun ötesinde örgütlerin uygulamaları ile de ortaya çıkmaktadır.

## II. Rekabet Kurallarının Toplu Sözleşmelerde Uygulanması – Avrupa Adalet Divanının Albany Kararı

Avrupa Topluluğu Hukukunun gerçek anlamda toplu pazarlık ve toplu sözleşme hukukuna ilişkin etkisi konusundaki tartışmalar ilk defa Albany-Davasası ile gündeme gelmiştir. Dava konusu olayda Hollanda’da işkolu düzeyinde imzalanmış olan bir toplu sözleşme ile ek bir işyeri aylık sigortası uygulamasının getirilmesi kararlaştırılmış ve sözleşme de bu görevi üstlenecek olan sigorta şirketinin ismi de açıkça belirlenmişti. Çalışma Bakanlığının yayınlamış olduğu bir genelge uyarınca, toplu sözleşmenin kapsam alanına giren tüm işletmeler ve bir işveren örgütüne üye olmayan işverenler de bu sözleşmenin uygulama alanına dahil edilmişlerdir. Kapsama alınan işletmelerden biri, bu yolla getirilen zorunlu üyeliğin ve bu üyeliğinde belirli bir sigorta şirketine bağlanılmasının Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 81.maddesinde ifade bulmuş olan serbest rekabet ilkesinin ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir. İşletmenin davasını açtığı Hollanda Mahkemesi, davayı Avrupa Adalet Divanına taşımıştır. Nede olsa bağitlanan toplu sözleşme ve ardından Bakanlığın aldığı karar ile sigorta şirketi lehine bir Monopol oluşturulmuş ve bu yolla diğer sigorta şirketlerin bu alanda faaliyet göstermeleri engellenmiştir.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Dava konusu olay ve verilen kararın gerekçesi için Bkz.: EuGH, Urteil vom.21.9.1999, C-67/96, DB 2000, 826 - Albany

Avrupa Adalet Divanı vermiş olduğu kararı ile bir taraftan, Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin hükümlerinin topluluk pazarında rekabetin engellenmesi ve sınırlandırılmasına yönelik olarak getirilen veya amaçlanan tüm düzenlemeleri yasakladığına hükmetmiştir. Bu ilkenin çok açık bir biçimde Sözleşmenin 81.maddesinin 2.fikrasında vurgulandığına işaret edilmiştir.<sup>3</sup> Diğer taraftan, Topluluğun faaliyetleri aynı zamanda Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 3.maddesinin 1/g ve j fıkraları uyarınca “sosyal politika” alanının da kapsadığını ve bu konu bağlamında sayısız hükümlerde yönlendirmeler de bulunduğuna işaret etmiştir.<sup>4</sup> İşveren ve işgörenleri temsil eden organlar tarafından bağitlanan toplu sözleşme yoluyla ortaya çıkan sonuçun aslen rekabeti engelleyen bir etkinin yaratıldığı, ancak Sözleşmesinin 81.maddesinin 1.fikrasında ifade bulmuş olan “istihdam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik olarak sosyal partnerlerin ortak tedbirler almalarına” ilişkin hükmün uygulanmaması durumunda, sosyal politika hedeflerinin ciddi anlamda tehlikeye gireceği, Avrupa Adalet Divanı tarafından vurgulanmıştır.<sup>5</sup>

Bu doğrultuda Avrupa Adalet Divanı, Sözleşmenin hükümlerinin bir bütün olarak ele alındığında, sosyal partnerler arasında yürütülen toplu pazarlığın ve bunun sonucunda belirlenen hedefler doğrultusunda imzalanan toplu sözleşmenin, Avrupa Toplu Sözleşmesinin 81.maddesinin 1.fikrasının uygulama alanını kapsamına girmeyeceği yönünde hüküm vermiştir.

Böylelikle toplu sözleşmeler, rekabet hukukunun alanının dışına çıkarılmıştır. Burada Avrupa Adalet Divanının, Amerika Birleşik Devletleri hukuk düzeni içinde, işgücü piyasasında işletmelerin bağımlı hale getirilmesinin, tamamen açık bir biçimde Kartel hukukunun alanının dışında tutulduğu ve bu nedenle de halen genel toplu sözleşmelerinin var olmamasına neden oluşturan bu yönündeki örneğini izlemediğini görmekteyiz.<sup>6</sup> Avrupa’da bu alanda bir problem ortaya çıkmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, Avrupa Adalet Divanı tarafından getirilecek hukuksal normlara boğulmadan ilk etapta ulusal toplu sözleşme sistemlerde var olan farklılıklar varlığını koruyabilirler.

### III. Temel Özgürlükler ve Toplu Sözleşmeler – Viking ve Laval Kararları

#### A. Topluluk Hukukunun Temel Birleşeni Olarak Temel Özgürlükler

Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 43.maddesinin 1.fikrası doğrudan geçerli olan bir hüküm olup Birlik vatandaşlarına diğer bir üye ülkede yerleşme hakkını tanımaktadır. Bu konuda kısıtlayıcı düzenlemelerin Avrupa Topluluğu

<sup>3</sup> EuGH, aaO, Tz.33

<sup>4</sup> Kapsamlı bir biçimde kararın 55 - 58 arası bölümlerinde açıklanmıştır.

<sup>5</sup> Bkz.; kararının 59.bölümüne.

<sup>6</sup> Hay, US-amerikanisches Recht, 4. Aufl., München-Wien 2008, Rn 673; tarihsel gelişim süreci için, Gould, A Primer on American Labor Law, 3rd ed., 1993, S. 9 ff., 27 ff.

Sözleşmesinin sadece 45.maddesi ve devamı hükümleri uyarınca getirilebilmesi mümkündür.

Bu temel özgürlük esas itibarıyla başlangıçta ayrımcılığın önlenilmesine yönelik bir tedbir olarak getirilmiştir. Böylelikle bu hüküm Avrupa Birliği vatandaşlarının gidecekleri ülkelerde mesleki faaliyete bulunmak için, o ülke vatandaşlarından daha ağır koşullara bağlanılmaları engellenilmesi istenmiştir.<sup>7</sup> Yıllar içerisinde temel haklar “kısıtlamaların yasaklanması” yönünde bir gelişim seyri izlemiştir. Yerleşme hakkıyla ilgili olarak bu alandaki gelişmeler Avrupa Adalet Divanının “Gebhard Davası” ile ilgili vermiş olduğu kararlarla sağlanmıştır.<sup>8</sup> Bu karar doğrultusunda, gerek yerel, gerekse yabancı şirketler aynı oranda uygulamadan etkileniyor olsalar dahi, temel özgürlüklere müdahale edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle de, sadece yerleşmeyi imkansız hale getiren veya önemli ölçüde sınırlandırılmasına yönelik bir tedbirin getirilmesi değil, onun ötesinde “daha az cazip hale getirilmesine yönelik” bir uygulamanın da yasak olduğuna hükmedilmiştir.<sup>9</sup>

Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 49.maddesinin 1.fikrası iş görme özgürlüğünü doğrudan teminat altına almaktadır. Bu hükümde doğrudan uygulanması gereken bir düzenleme niteliğinde olup, Sözleşmenin 55.maddesi uyarınca yerleşme özgürlüğü bağlamında bu alanda bir ilişkilendirmenin yapılması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Burada da yine aynı şekilde ayrımcılığın yasaklanmasından, kısıtlamaların yasaklanmasına doğru seyreden bir gelişim kendisini göstermiştir.<sup>10</sup>

Avrupa Adalet Divanının içtihatına göre temel özgürlükler bu bakımdan “üçüncül bir etkisi” bulunmaktadır. Bu yöndeki görüş ancak “Bosman Davası” ile ilgili olarak ele alınan serbest dolaşım konusu kapsamındaki kararlar ortaya çıkmış olup<sup>11</sup>, ancak aynı zamanda da diğer özgürlükler içinde aynı oranda geçerlilik kazanmıştır. Bu nedenle Avrupa Adalet Divanı son zamanlarda verdiği kararlarında Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 39. 42. ve 49.maddelerinde ifade bulmuş olan hükümlerin sadece devlet makamları tarafından getirilen belgelerde değil, onun ötesindekiler içinde geçerli olacağına hükmetmiştir.<sup>12</sup> Üye ülkelerin bazılarında çalışma koşulları kısmen yasalar, kısmen toplu sözleşmeler veya özel kişiler tarafından getirilen diğer tedbirler kapsamında düzenleme bulduğundan ötürü, devlet tarafından bir düzenlemeye gidilmek istense de farklılıkların ortaya çıkmasına engel olunamaz.<sup>13</sup> Konuya Alman termi-

<sup>7</sup> Bkz.: EuGH 4.4.1974 – C-167/73, EuGHE 1974, 359 Rn. 44 f.

<sup>8</sup> EuGH 30.11.1995 – C-55/94 – EuGHE 1995, I-4165 = JZ 1996, 465 ff. mit Anm. Ehlers-Lackhoff

<sup>9</sup> EuGH, 3. 10. 2000 – C-58/98 – EuGHE 2000, I-7919 – Corsten Tz. 33

<sup>10</sup> Ayrıntılar için Bkz.: Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, Teil I C Rn 81 ff.

<sup>11</sup> EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, EuGHE 1995, I-4921 = AuR 1996, 196

<sup>12</sup> EuGH 11. 12, 2007, C-438/05, AuR 2008, 55 Tz. 33 - Viking

<sup>13</sup> EuGH, aaO, Tz. 34

nolojisi açısından yaklaşıldığında bunun anlamı, temel özgürlüklerin, özellikle yerleşme ve iş göreme özgürlüğün bu bakımdan kesin olarak üçüncül bir etkiye sahip olduğudur. Toplu sözleşmeler ve bu sözleşmeler kapsamında getirilen kolektif düzenlemeler prensip itibarıyla temel özgürlük alanlarına müdahale edemezler. Daha açık bir ifadeyle özgürlüklerin kullanılmasının imkansız hale gelmesinde veya daha az cazip hale gelmesi durumunda da aynı kural geçerli olmaktadır.<sup>14</sup>

Bu ilkenin ulusal toplu sözleşme sistemleri üzerinde çok önemli bir etkisi bulunmaktadır. Bu alandaki en önemli malzemeyi bize Avrupa Adalet Divanının “Viking Davası” ile vermiş olduğu kararı sunmaktadır.<sup>15</sup> Söz konusu davada, Finli bir Armatör kendisine kayıtlı olan bir vapuru işletmek ve bu vapurda daha düşük ücretle çalışan Estonya’lı denizcileri istihdam etmek üzere Estonya’da bağlı bir şirket kurmuştur. Şirketin bu yöndeki kararını protesto etmek amacıyla Finli Denizciler Sendikasına bağlı işçiler tarafından bu kararın uygulanmasını geçilmesini önlemek amacıyla grev kararı alınmıştır. Avrupa Adalet Divanı, bu yönde alınacak bir kararın işletmenin yerleşme özgürlüğün ihlalli anlamına geldiğine, aynı durumun Nokia firmasının Bochum’daki tesislerini Romanya’ya taşıdığına da geçerli olduğuna hükmetmiştir. İşletmenin planlamış olduğu bir uygulamaya karşısında greve gidilmesi ve bu yolla toplu sözleşme aracılığıyla işletmenin yerinin tespit edilmesi konusunda bir zorlama getirilmesinin Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 43.maddesi ve devamı hükümleri uyarınca ele alınması gerekliliği dile getirilmiştir. Avrupa Adalet Divanı, şirketin yeri konusu açık bir biçimde toplu sözleşmenin konusu değilse, ancak taşınma ile ilgili önemli mali sonuçlar ortaya çıkması durumunda da geçerli olduğuna hükmetmiştir. Dava konusu olayda olduğu gibi çalışan her kişiye iki aylık ücreti tutarında bir tazminatın ödenmesi söz konusu olacaksa bu durumda yerleşme özgürlüğünün kullanılması hakkı daha az cazip hale gelmektedir. Almanya açısından konuya yaklaşıldığında, işletmenin yerini örneğin Münih’ten Leipzig’ye taşıması halinde belirtilen ilkenin uygulanması mümkün olmazdı<sup>16</sup>, çünkü burada herhangi bir yurtdışı bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak günümüzde bu ve benzeri olaylar giderek daha fazla ortaya çıkmakta ve yurtdışı bağlantıları da artmaktadır. Bu nedenle taşınma Leipzig yerine örneğin Prag ya da Budapeşte’ye yönelik olsaydı farklı bir durum ortaya çıkacaktı.

Avrupa Adalet Divanının 18.12.2007 tarihinde “Laval Davası” ile ilgili olarak vermiş olduğu kararı<sup>17</sup>, Letonya’lı bir inşaat firmasının hizmetlerini İsveç’te sunmaya başlamasına ilişkindi. Dava konusu olayda İsveç sendikası, İsveç’te geçerli olan koşullar kapsamında bir toplu sözleşmesinin akdedilmesini talep etmiş, ancak bu talep yanıtızsız kalmıştır. Bu gelişme üzerine çıkan

<sup>14</sup> Bkz.: Dipn.9.

<sup>15</sup> Bkz.: Dipn. 12

<sup>16</sup> BAG 24.4.2007, DB 2007, 1924; BAG 6.12.2006, NZA 2007,821

<sup>17</sup> C-341/05, AuR 2008, 59

boykot ve grev eylemleri sonucunda Letonya’lı firma İsveç’teki faaliyetlerini durdurmuştur. Avrupa Adalet Divanı vermiş olduğu kararında bu olayın açık bir biçimde iş görme özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirmiştir.

### B. Müdahalenin Haklılığı

Bir toplu sözleşmenin yerleşme veya iş görme özgürlüğünü kısıtlaması veya daha “az cazip hale getirmesi” olgusu, otomatik olarak toplu sözleşmenin hukuka aykırılık oluşturduğu anlamına gelmemektedir. Avrupa Adalet Divanı bu alanda iki yönlü hareket etmektedir. Bir taraftan, Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 46.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, bir kısıtlamanın getirilmesi kamu yararına yönelik olsa dahi, çalışanların çıkarlarının korunacağına işaret etmektedir. Diğer taraftan ise topluluk hukukunun (yazılı olmayan) temel haklarına atıfta bulunmaktadır. Bu yolla örneğin Viking kararında, grev hakkının temel bir hak olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu hakkın Topluluk Hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu vurgulanmaktadır.<sup>18</sup> Belirlenen bu iki noktanın birbiriyle nasıl bağdaştırılacağı konusu ise henüz çözüme kavuşturulamamıştır. Örneğin Viking davası olayında, kolektif sözleşme özgürlüğü temel hakkı ile grev ve yerleşme özgürlüğü arasında bir karşılaştırma yapılmamaktadır, burada daha çok belirlenen hedeflerin (Finlandiya’da geçerli olan çalışma koşullarının korunması) başka bir yolla gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığının tespiti üzerinde durulmaktadır.<sup>19</sup> Bu durum, önemli bir boyuta hukuksal anlamda belirsizlik yaratmaktadır. Bu nedenle de Avrupa Adalet Divanının kararları ve oluşan içtihat, Avrupa Birliğinin eski üyeleri olarak tanımladığımız ülkeler arasında alışılmışın dışında önemli bir tartışma sürecini başlatmıştır.

### C. Hizmetlerin Sunulması Çerçevesinde İşçilerin Gönderilmesine İlişkin Direktifindeki Müstesna Olay

Hizmetlerin Sunulması Çerçevesinde İşçilerin Gönderilmesine İlişkin Direktifin<sup>20</sup> hükümleri kapsamında işgörenler lehine bir koruma getirildiğinden ötürü, iş görme özgürlüğü alanında Avrupa Topluluk Hukuku ile bir sınırlandırılmanın getirilmiş olması konuya ilişkin münhasır soruların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda, işveren tarafından merkezinin bulunduğu A ülkesinde istihdam ettiği işçiyi geçici olarak B ülkesine göndermesi halinde birçok zorunlu hüküm gönderildiği ülkede de uygulanması gerekmektedir. Direktifin 3.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca (direktifin ekinde bu konu kapsamlı olarak düzenlenmiştir) inşaat sanayinde işçinin gönderildiği yerde geçerli olan temel toplu sözleşme hükümlerinin, toplu sözleşme teşmil edil-

<sup>18</sup> EuGH (Bkz.: Dipn. 12) AuR 2008, 57 = NZA 2008, 124, 127 Tz. 44

<sup>19</sup> aaO Tz 72 ff.

<sup>20</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABIEG 1997 L 18/1 ff.; ayrıntılar için Bkz.: *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, München 2008, § 9 Rn 14 ff.; *Däubler*, EuZW 1997, 613 ff.

mişse o yere gönderilen işgörenler içinde uygulanılmasını gerekli kılmaktadır. Direktifin 3.maddesinin 10.fıkrası uyarınca üye ülkeler bu konudaki düzenlemeyi diğer işkollarında uygulama olanağına sahiptirler. Azami çalışma süresinin sınırı ve yıllık ücretli izin sürelerinin yanında, direktif ile asgari ücret ve fazla mesai ücretleri de düzenlenmiş olup, burada toplu sözleşme ile azami değil, asgari bir sınır getirilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak bu konudaki düzenlemeler de doğal olarak gösterilecek faaliyet alanına göre farklılaşması mümkündür.

Almanya'da bazı eyaletlerde kamu ihalelerinde özel yasalar uyarınca toplu sözleşme bağlılık koşulu (Tariftreueklausel) olarak tanımlayabileceğimiz bir uygulama getirilmiştir. Bu uygulama ile işi alanlar, toplu sözleşmeler yolu ile getirilmiş olan çalışma koşullarına uymalarını, yani gönderilen işçilere de Almanya'da geçerli olan ücretleri ödemelerini (sadece asgari ücreti de değil) ön görmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi bu yönde bir düzenlemenin negatif koalisyon özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğini, açıkça Anayasa'ya uygun olduğu yönünde görüş bildirmiştir.<sup>21</sup> Avrupa Adalet Divanı ise bu konuyu iş göreme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiş ve gerekçesini de Direktifin bu konuyu düzenlemediğini ve işçilere daha düşük ücretin ödendiği ülkelerin bu yolla önemli bir maliyet avantajını kaybedeceklerine dayandırmıştır.<sup>22</sup> Avrupa Komisyonun, Lüksemburg aleyhine açmış olduğu davada da<sup>23</sup> direktif dar bir bakış açısıyla yorumlanmıştır. Bu davada ise, işin gerçekleştirildiği ülke tarafından, o ülkeye gönderilen işçi ile ilgili olarak kısmi süreli çalışma ve belirli süreli çalışmaya ilişkin direktiflerin hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığının kontrol edilemeyeceği, bu konudaki denetim yetkisinin işçinin geldiği ülkeye ait olduğuna karar verilmiştir. Aksi halde çift taraflı bir denetimin kışının zararına yol açacağı vurgulanmıştır. Böylelikle direktif, başka bir yere gönderilen işgörenler için toplu sözleşmeler ile getirilen hükümlerin uygulanılmasını sağlamaktadır. Oysa 3.maddenin 7.fıkrası açık bir biçimde işgören lehine olan istihdam ve çalışma koşullarının uygulanılmasını ön görmektedir. Bunun ile birlikte Avrupa Adalet Divanı birçok üye ülke tarafından onaylanmış olan ILO'nun 94 sayılı sözleşmesinde yer verilen hükümlerini dikkate almamıştır.

#### IV. Perspektifler

Toplu sözleşme hukuku ve toplu pazarlığa ilişkin ulusal özerkliğin günlerinin sayılı olduğu görülmektedir. Avrupa Adalet Divanını kararları göz önüne alındığı zaman birçok toplu sözleşme ve iş mücadelesi araçlarının temel özgürlükler bağlamında düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda tam olarak ne zaman yasal, ne zaman yasa dışı bir müdahalenin olduğu konusu tam olarak

açık değildir. Ancak önümüzdeki dönem içerisinde Avrupa Adalet Divanı içtihatın değişeceği ortadadır. Avrupa Birliğinin eski üye ülkelerinin bazılarında toplu sözleşmelerde bağlılık koşulunu getiren Rüffert Kararını veren Avrupa Adalet Divanının ilgili dairesinin yargıçlarının beşte üçünün sonradan birliğe katılan ülkelere gelen yargıçların olduğunu ve bu nedenle de bu kararın kendi ülkelerini derinden etkilediği yönünden eleştirmektedirler. Bu konunun tartışılıyor olması dahi bize Adalet Divanının ehliyetinin sınırsız olmadığı yönünde bir gösterge oluşturmaktadır. Bu nedenle Almanya'da tanınmış bir siyaset bilimcisi buna benzer bir olayda Avrupa Adalet Divanı ile ilgili bağlantının kopartılması ve Avrupa Adalet Divanı kararlarında Bakanlar Konseyi onayına tabi tutulması görüşünü ortaya atmıştır.<sup>24</sup> Bu görüşün ardında Adalet Divanının kararlarında kurucu anlaşmalarda yer alan "sonsuzca kadar hukuk" ilkesinden hareket ettiği konusu yatmaktadır. Avrupa Adalet Divanı vermiş olduğu kararlarını sadece kurucu anlaşmalarda gidilecek bir değişiklik sonrasında yenileyebilmesi mümkün olacaktır. Ancak bu alanda da tüm üyelerin birlikte hareket edip oybirliği ile bir karar almalarını zorunlu bırakmaktadır. Muhtemelen, gerçek anlamda yürürlüğe girmesi koşuluyla Lizbon Reform Anlaşması<sup>25</sup>, Avrupa Adalet Divanı için bu konuda yeni bir rotanın belirlenmesi için yolu gösterici olacaktır. Avrupa Anayasa'sına yönelik olarak Fransa ve Hollanda'da gerçekleştirilen halk oylamasının sonuçları ve yine Lizbon Anlaşmasına ilişkin İrlanda tarafından alınan karar, bize açıkça topluluğun bir kriz içinde olduğunu ortaya koymuştur. Adalet Divanı geliştirmekte olan ülkelerdeki işgörenleri ve sendikaları da karşısına alacak ve yeni düşmanlar elde edecek nitelikte yeni bir cephe açmaması kendi menfaati yönüne olacaktır. Bu görüşe katılanlarında sadece Almanya ile sınırlı kalmadığını vurgulamak gerekir. Böylelikle çalışma ilişkileri ve dolayısıyla toplu sözleşme sistemleri kendi ulusal yollarında ilerlemeye devam edebileceklerdir. Unutulmamalıdır ki, çeşitliliğin olduğu yerde güç doğar.

<sup>21</sup> BVerfG NZA 2007, 42

<sup>22</sup> EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06, EuZW 2008, 306 - Rüffert

<sup>23</sup> EuGH 19. 6.2008 – C-319/06

<sup>24</sup> Scharpf im Interview mit „Mitbestimmung“ Heft 7 und 8/2008, S. 18 ff.

<sup>25</sup> Bu konudaki ayrıntılar için *Bkz.: Fischer*, Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, Baden-Baden 2008.