

ÖZEL HUKUK

BORÇLAR KANUNU'NUN 316 VE 317'İNCİ MADDELERİNDE DÜZENLENMİŞ OLAN UMUMİ MUKAVELENİN YÜRÜRLÜK SORUNU

Yrd.Doç.Dr. Mustafa Aksu*

I. Giriş

Borçlar Kanunu'nun 316 ve 317'inci maddelerinde düzenlenmiş bulunan "umumi mukavele"nin yürürlük sorunu öğretilerde tartışmalıdır¹ ve bunun henüz ikna edici bir biçimde ayrıntılı ve bütünsel bir çözüme kavuşturulmuş olduğu söylenemez. Bu sorun, umumi mukavelenin uygulamada görünüşe göre pek bir öneme sahip olmaması² nedeniyle önemsizmiş gi-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Umumi mukavelenin yürürlükte olmadığı görüşü için bak., Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 364; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 1999, s. 322; M. Polat Soyer, Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s. 17, dipnotu 10; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s. 27-29. Ters görüş için bak. sadece, Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 15. bası, İstanbul 2000, s. 445-446; Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 108, dipnotu 1; Algin Çifter, Umumi Mukavele, Çimento İşveren, cilt 11, sayı 4, Temmuz 1997, s. 3, 5; A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 161-162; E. Murat Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999, s. 83-84.

2 Bu konuda bak. Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 367; Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, s. 364; Nuri Çelik, Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sonu Ermesi, İstanbul 1966, s. 40 vd.; Halid Kemal Elbir, İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 185; Çifter, agm., s. 3, 4; ayrıca bak., Adnan Tuğ, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 4; Nizamettin Aktay, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 8; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 1997, s. 238.

bi gözüküyorsa da yakından bakınca, bunun hukuk teorisi ve metodolojisinin, iş ve anayasa hukukunun kesiştiği bir noktada durduğu ve özellikle toplu iş hukukunun temel ilkeleri ve sorunları ile birçok noktada çakıştığı ve bu anlamda kendine özgü bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Mesela aynı kurumu düzenleyen kanunların birbiri ile ilişkisi ve ne zaman bir özellik-genellik ilişkisinin bulunduğu; zımnen mülganın gerçekleşme koşulları; umumi mukavelenin hukuksal niteliği ve özellikle TİS olup olmadığı; bir işyerinde aynı dönem için birden fazla TİS yapılamayacağı ve uygulanamayacağı anayasa hükmü karşısındaki durumu; umumi mukavelenin yapılmasının grev ile zorlanabilirliği gibi sorunlar ilk akla gelenlerdir.

Umumi mukaveleye ilişkin bütün sorunların, *sadece* umumi mukavelenin yürürlüğü sorununa atfedilmiş bir çalışmada tamamıyla tartışılmasının ve bütününe yönelik ayrıntılı bir çözümün önerilmesinin mümkün olmadığı aşikardır. Bu sorunların birçoğu birbiriyle dolaylı, dolaysız ilgili olsa da ve bu anlamda en azından kısmen birlikte tartışılmaları gerekiyor ise de, bunların hepsi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Mesela umumi mukavelenin toplu iş mücadelesi araçları karşısındaki konumu sorununun, mutlaka onun yürürlük sorunu ile birlikte ve bunun bir parçası olarak tartışılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, ilk anılan sorun gerçekte bir sonuç sorun niteliğindedir. Mesela umumi mukavelenin grevsiz yapılması gerektiği saptaması onun yürürlükte olmasına karşı *kendiliğinden ve doğrudan* bir argüman oluşturmaz. Ancak toplu mücadele araçlarına ve toplu iş hukukuna ilişkin temel ilkelere, toplu iş sözleşmelerinin yapılmasının mutlaka toplu mücadele araçları ile desteklenmesini öngörmesi halinde³, ve söz konusu saptamaya uygun olarak umumi mukavele toplu mücadele araçlarının desteğinde yapılabilen bir TİS olmayacağından, bu durum umumi mukavelenin yürürlükte olamayacağı tezini destekler bir yan gerekçe olarak ileri sürülebilirdi. Bu da ancak, böylesine bir temel toplu mücadele hukuku ilkesinin

³ 2822 sayılı Kanun açısından bak. Münir *Ekonomi*, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Ehliyet ve Yetki, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara 1990, s. 1, 7.

bulunması ve bundan çıkarılan böylesine bir sonucun, toplu mücadele hukukunun bir parçasını oluşturduğu toplu iş hukukunun ya da iş hukukunun daha temel, içeriksel ve özsel olarak daha üstte duran ilkelerine ters düşmemesi durumunda söz konusu olabilirdi. Gerçi umumi mukavelenin toplu mücadele araçlarından yoksun bir seçenek olduğu görüşü, görüşe göre öğretilde tek görüş konumundadır⁴. Yine de bu konunun Anayasadaki düzenlemeler, toplu iş ve mücadele hukukunun anayasal ve yasal ilke ve esasları göz önünde bulundurularak ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu konu, hem bu nedenle, hem de yürürlük sorununu tartışma bağlamında ikincil bir öneme sahip olduğundan ve böylece incelemenin temel konusunun dışına taşığından burada açık bırakılacaktır.

II. Tarihi gelişim ve yürürlük sorununa dair görüşlere kısa bir bakış

1. 275 sayılı Kanun dönemi

275 sayılı TSGLK ile toplu iş sözleşmeleri hukukumuzda özel bir kanun ile düzenlenmiş ve bu Kanun anlamında TİS ile umumi mukavelenin çatışması sorunu da açıkça düzenlenmiştir. Aslında BK'nun umumi mukaveleyi düzenleyen hükümlerinin yürürlükten kaldırılması planlanmış iken, 1961 Anayasası'nın TİS hakkını işçilere tanımış olmasından hareketle ve böylece yeni yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığını engellemek için, Geçici Komisyon 275 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi halinde yürürlükten kaldırılacak hükümler arasından BK'nun 316 ve 317'inci maddelerini çıkarmıştır⁵. Anayasaya

⁴ Karş. sadece Turhan Esener, *İş Hukuku*, Ankara 1978, s. 389; Çelik, *Toplu İş Sözleşmesi*, s. 42; Tuğ, *age.*, s. 4; Çifter, *agm.*, s. 3, 5.

⁵ Bu konuda ve Anayasaya aykırılığın gerçekten giderilip giderilmediği tartışmaları konusunda bak., Esener, *age.*, s. 389, 428; Kemal S. Mimaroglu, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi*, Ankara 1964, s. 73 vd.; Seza, Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri*, Ankara 1967, s. 32-34; aynı yazar, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Ankara 1975, s. 16-18; Coşkun Kırca, *TİSGLK'na Vücut Veren Temel Fikirler*, Ankara 1964, s. 4, yazar Ana-

aykırılığın giderilip giderilmediği, buna rağmen tartışmalı bir konu olarak kalmıştır. Tartışmaların özü, işçilere Anayasada tanınan toplu sözleşme hakkının 275 sayılı Kanunla bazı mesleki teşekküllere tanınmasının ve fiili işçi topluluklarının ise grev hakkıyla donatılmamış olan umumi mukavele yapabilmelerinin Anayasaya uygun olup olmadığı idi. Anayasa Mahkemesi, 275 sayılı Kanun anlamında toplu iş sözleşmesi hakkının işçilere tanınmamasını Anayasaya aykırı bulmamıştır⁶. Böylece, 275 sayılı Kanun dönemi açısından umumi mukavelenin yürürlükte olmama sorunu bulunmamaktaydı⁷. Bu Kanunun üçüncü maddesinin ikinci bendinde, umumi mukavele ile TİS hükümlerinin çatışması durumunda TİS hükümlerinin önceliğe sahip olduğu, işçi yararına umumi mukavele hükümlerinin bundan müstesna olduğu belirtilmiştir.

2. 2822 sayılı Kanun dönemi ve umumi mukavelenin yürürlükten kalktığı görüşünün dayanakları

275 sayılı Kanundaki gibi bir düzenleme ne 2822 sayılı Kanunda ne de başka kanunlarda yer almaktadır. Ayrıca 275 sayılı Kanunda TİS tanımına ilişkin birinci madde "bu kanun anlamında TİS" diye başlarken, 2822 sayılı Kanun sadece "TİS'nden" bahsetmektedir (m. 2, I). İşte öğretilde bir görüş, umumi mukavelenin TİS olduğundan ve bunun da özel bir ka-

yasaya aykırılığı giderme yanında, bazı zaruretler dolayısıyla henüz sendikalaşmamış işyerleri için bu mefhumun muhafaza edildiğini belirtiyor; Çelik, Toplu İş Sözleşmesi, s. 31 vd., 39 vd.; Çifter, agm., s. 3, 4 vd.; Ekmekçi, age., s. 27; bak ayrıca MMTD, Dönem 1, Toplantı 2, 19.4.1963, C 16, 429-430.

⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, AMKD, 6, s. 47 vd., K.T.: 19-20. 10.1967, E. 1963/337, K. 1967/31 = RG., 2.5.1969, S. 13188. Bu konuda geniş bilgi için bak., Kemal Oğuzman, 275 Sayılı Kanun Hakkında Anayasa Mahkemesinin Görüşü, Ankara 1977, s. 429-433; Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s. 300-301; Devrim Ulucan, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981 s. 93-94.

⁷ Karş., Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, s. 364 „275 ve 2822 sayılı yasalar, BK 'nın 316/317. maddelerini açıkça yürürlükten kaldırmamışlardır. Buna rağmen BK. 316/317. maddelerinin 275 ve 2822 sayılı yasalar karşısında zımnen mülga olduğunu kabul etmek yanlış olmaz görüşümdedir“.

nun ile düzenlenmiş olmasından ve 275 sayılı Kanunun aksi-ne 2822 sayılı Kanunda umumi mukaveleye ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesinden hareketle, BK'nun 316 ve 317'inci maddelerinin zımnen mülga oldukları sonucuna varmaktadır⁸.

Bunun yanında İsviçre Borçlar Kanunu'nun izlediği gelişimin de bu sonucu desteklediği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, *Ekmekçi'ye* göre İsviçre Borçlar Kanunu'nda toplu sözleşmeyi düzenleyen 322 ve 323'üncü maddeleri 1957 değişikliği ile bu kez yedi madde halinde düzenlenmiş iken, bu değişiklik o dönemde gereksinim de bulunmadığı için Türk Borçlar Kanunu'na alınmamıştır. Ayrıca, umumi mukavele ile TİS arasındaki ilişkinin yararlılık ilkesi doğrultusunda düzenlenmesi de yerinde olmamıştır. Çünkü, umumi mukavele TİS kurumunun Türk Hukuku'na İsviçre Borçlar Kanunu'ndan aktarılan ilk şeklinden başka bir sözleşme türü olmayıp, ikisi arasında alt-üst ilişkisi kurulması da söz konusu değildir. Bunun dışında Anayasanın toplu iş hukukuna dair sisteminin genel yapısına atıfta bulunularak; toplu iş sözleşmelerinin, kurulması ve işleyişinde demokratik esaslara uygun ve devlet, işveren karşısında bağımsız nitelikteki işçi kuruluşları tarafından yapılmasının ve böylece işçilerin daha iyi korunmalarının sağlanmak istendiği vurgulanmıştır. Bu durumda yürürlükteki TİS düzeninde hala umumi mukavele yapılabilmesi, gerçekte sendika tüzel kişiliği dışındaki oluşumlara TİS yapma hakkının tanınması anlamına geleceğinden, bu sonucun Anayasanın sistemi ve yasal düzenlemeyle bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir⁹.

3. Umumi mukavelenin yürürlükte olduğu görüşü ve dayanakları

Umumi mukavelenin yürürlükte olduğu görüşü, öğretilde

⁸ Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, s. 364; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 322; Soyer, age., s. 17 dipnotu 10; Ekmekçi, age., s. 28.

⁹ Ekmekçi, age., s. 29.

baskın durumdadır¹⁰. Görünüşe göre, 2822 sayılı Kanun ile BK'ndaki düzenlemeye dokunulmamış olması, bu görüşün hemen hemen temel dayanağını oluşturmaktadır. Ancak, *Engin* ayrıca umumi mukaveleye ilişkin BK hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve toplu iş sözleşmesinin değişik düzenleme şekillerinin Anayasa karşısında mümkün olduğuna vurgu yaparak, BK 316 hükmünün gösterdiği gibi toplu iş sözleşmesi hakkının asıl olarak işçilere ait olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda, fiili işçi topluluklarının umumi mukavele yapma olanağının halen bulunduğu kabul edilmelidir¹¹.

Umumi mukavelenin yürürlükte olduğu savunulmakla beraber, işçilerin daha iyi korunması ve anayasal toplu iş sisteminin özüne uygunluğunun sağlanması anlamında, TİS'ne göre daha dar bir yapıda olan umumi mukavelenin yasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmasının ve böylece BK'ndaki hükümlerin varlığından kaynaklanan ikilemin kaldırılmasının isabetli olacağı dile getirilmiştir¹². Bu bağlamda, umumi mukavelenin yapılmasının grev ile desteklenmesinin mümkün olmamasına ve böylece teorik kalacağından hiçbir pratik değerinin olmayacağına vurgu yapılarak, pratik değeri olmayan bu düzenlemenin 2822 sayılı Kanunla ortadan kaldırılmasının doğru olacağı da dile getirilmiştir¹³. Öğretide umumi mukavele sorunu genellikle TİS ile umumi mukavelenin ilişkisi bağlamında tartışılmaktadır. Bu çerçevede 2822 sayılı Kanunun özel hükümler taşıdığından hareketle bu Kanun dönemi için de 275 sayılı Kanun dönemindeki esaslara göre bir sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır¹⁴.

¹⁰ Bak sadece, *Elbir*, age., s. 184-185; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, s. 445.446; *Çifter*, agm., s. 3, 5; *Şahlanan*, Toplu İş Sözleşmesi, s. 108 dipnotu 1; *Engin*, age., 84; *Tuğ*, age., s. 4; *Tuncay*, age., s. 161-162; karşı., *Aktay*, age., s. 8.

¹¹ *Engin*, age., s. 84; bak. ayrıca *Tuncay*, age., s. 161-162.

¹² *Çifter*, agm., s. 3, 5.

¹³ *Tuğ*, age., s. 4; 275 sayılı Kanun dönemi için, *Esener*, İş Hukuku, s. 389 ve *Çelik*, Toplu İş Sözleşmesi, s. 42.

¹⁴ *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, s. 446; *Şahlanan*, Toplu İş Sözleşmesi, s. 108, dipnotu 1.

III. Görüşlerin Eleştirisi

Umumi mukavelenin yürürlük sorununun birçok açıdan tartışılması gerekir: Sadece toplu iş sözleşmesini düzenleyen kanunlardaki düzenlemelerin birbirine karşı durumu; önceki ve yeni durumun karşılaştırılması ve buradan hareketle bir çözüm oluşturulması soruna yetersiz bir bakış açısı anlamına gelecektir. Bunun yanında toplu iş sözleşmesi kurumunun özü ve anlamı üzerinde durmak, özellikle anayasal anlamda bütünlüklü bir sistem oluşturulup oluşturulmadığına bakmak, ve eğer böylesine bütünlüklü anayasal bir sistem var ise, bu sistemin ya da temel ilkelerin BK'nda düzenlenmiş olan umumi mukavelenin yürürlükte kalmasını kesinlikle engelleyecek bir içeriğe sahip olup olmadığını da incelemek gerekecektir.

Bu bağlamda aşağıda, öğretilde öne sürülen ve yukarıda kısaca saptanan argümanların sırasıyla bir tartışması ve eleştirisi yapılarak aynı zamanda kendi görüşümün dayanakları ve çerçevesi gösterilmiş olacaktır.

1. Umumi mukaveleye ilişkin BK hükümlerinin zımnen mülga olduğu görüşünün eleştirisi

1.1. Umumi mukavelenin toplu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin önemi ya da önemsizliği

Umumi mukavelenin bir toplu sözleşme ya da bir toplu iş hukuku sözleşmesi (yani iş akdinin içeriğinin ya da genel olarak iş koşullarının toplu bir düzeyde düzenlenmesine yönelik bir sözleşme) olduğu, aslında tartışma götürmeyecek kadar açıktır¹⁵. Bir kurumun hukuki niteliğini belirlerken onun na-

¹⁵ Bu konuda bak. *Reisoğlu*, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 31: „... iki çeşit toplu iş sözleşmesi aynı anda yürürlükte bulunmaktadır“; aynı yazar, „Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar“, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, 16-19 Mayıs 1991, Ankara 1991, s. 17: „Toplu İş Sözleşmeleri ilk olarak BK'nda umumi mukavele adı altında yer almışsa da, grevin kanunla yasak olması nedeni ile gelişer...“; *Mimaroğlu*, age., s. 73: „Toplu iş sözleşmesi, Türk pozitif hukukunda iki kanunda düzenlenmiştir“, bak ayrıca s. 78-79; *Esener*, age., s. 399, yazar, önce tarihi gelişimi an-

sıl adlandırıldığından çok, yapısına, içeriğine ve hukuki etkisine ağırlık vermek gerekir. İş akdinin içeriğinin, hükümlerinin ve diğer iş koşullarının toplu bir düzeyde düzenlenmesi toplu iş hukuku sözleşmelerinin nasıl adlandırılırlarsa adlandırılınsınlar özünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, umumi mukaveleye ilişkin olarak BK'ndaki, „iş sahibi kimselerin veya cemiyetlerinin, işçilerle veya cemiyetlerle yaptıkları mukavelede hizmete müteallik hükümler vazolunabilir“ ifadesinin, bir ihtiyarılığı dile getiriyor olmasının özel bir anlamı yoktur¹⁶. Zaten BK'ndaki umumi mukaveleye ilişkin hükümlerde, umumi mukavelenin işe ilişkin hükümler dışında başka hükümler de içerebileceğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca umumi mukavele de taraf iradelerinin ürünü olup, toplu iş sözleşmesi açısından genellikle „normatif hüküm“ olarak nitelendirilen hükümler içermekte¹⁷ ve kural olarak taraflar dışında üçüncü kişileri de bağlamaktadır¹⁸. Bu nedenle, umumi mukavelenin toplu iş

latırken, *toplu iş sözleşmesinin* BK'nda umumi mukavele başlığı altında düzenlendiğini saptamasını yaptıktan sonra, hukukumuzda *toplu sözleşmelerin* bir taraftan 275 sayılı Kanunla diğer taraftan BK ile düzenlendiğini belirtmektedir; Erol Akı, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma*, İzmir 1975, s. 7; Tunçomağ, *İş Hukukunun Esasları*, s. 363-364; Cevdet İlhan Günay, *Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, Ankara 1991, s. 30 vd.; Soyer, age., s. 17, dipnotu 10: „... umumi mukavele aslında toplu iş sözleşmesinden başka bir şey değildir“; Melda Sur, *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil*, Ankara 1991, s. 4-5; Engin, age., s. 83. Karş., Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, C. 1, 4. Bası, İstanbul (tarihsiz), s. 18, dipnotu 19: „Ehliyetsizlik sebebiyle TİS olarak hükümsüz sayılan sözleşme, başka bir hukuki muamele, ezcümle BK'nun 316. maddesinde düzenlenen umumi mukavele şartları varsa o açıdan hüküm ifade edebilir“, bak. ayrıca s. 19 ve 22; karş., ayrıca Elbir, age., s. 184 -185 :“B.K. m. 316-317 de tanzim edilen umumi mukavele tipi toplu iş sözleşmesinden farklı olup, bu sözleşme ile çelişki halinde değildir“; Abdullah Berksun/İbrahim Eşmelioğlu, *Açıklamalı Gerekçeli – İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu*, Ankara 1989, s. 295; Tuncay, age., s. 161-162.

16 Karş., Tuncay, age., s. 161.

17 Bu konuda bak., Tuncay, age., s. 161.

18 Her ne kadar işçi tarafının bir fiili işçi topluluğu olması durumunda, fiili işçi topluluğunu oluşturan bütün işçilerin birlikte taraf olması ihtimali bulunduğundan, burada doğrudan üçüncü kişileri bağlamak söz konusu olmayacaktır. Ama burada bile işçilerin sözleşme yapılması

sözleşmesi dışında bir isimle adlandırılmasının ya da toplu iş hukuku sözleşmelerinin Türk hukukunda alışlageldiği gibi toplu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelerinin özsel bir anlamı yoktur. Kısaca, umumi mukavele bir toplu iş sözleşmesidir. Böylece umumi mukavelenin TİS olması, zımnen mülga görüşünü savunmak için bir temel hazırlamakla birlikte, zımnen mülga görüşünü olumlayan bir söyleme bizatihi sahip değildir: Aynı kurumun aynı zamanda birden fazla kanunda düzenlenmesi hukuksal açıdan gerçekte olağandışı bir durum değildir.

Umumi mukavelenin TİS değil de başka bir kurum olarak nitelendirilmesi durumunda ise, zımnen mülga görüşüne evleviyetle varılamayacağını burada kısaca anmak yeterlidir¹⁹.

Bu arada, her ne kadar umumi mukavele ile 2822 sayılı Kanun anlamında TİS özsel ve işlevsel olarak bir çok açıdan örtüşüyor ise de, 2822 sayılı Kanunda umumi mukaveleye hiç değinilmemiş olduğundan ve „2822 sayılı Kanun anlamında TİS'nin“ ve umumi mukavelenin toplu iş sözleşmesinin görünüş biçimleri olarak farklılıklar arz etmelerinden hareketle, umumi mukavelenin „2822 sayılı kanun anlamında TİS“ olmadığını açıkça belirtmek gerekir²⁰.

1.2. Zımnen mülganın gerçekleşme koşulları ve bunların umumi mukaveleye uygulanması

1.2.1. Zımnen mülganın unsurları ve bazı olasılıklar

Şu halde umumi mukaveleyi ve 2822 sayılı Kanun anlamındaki TİS'ni iş sözleşmesinin içeriğinin ve iş koşullarının

aşamasında ya da daha öncesinde varmış oldukları iç anlaşmaya uygun olarak, çoğunluk kararına göre bir düzenlemeye gidilmesi durumunda, ya da genel olarak tek tek işçilerin o anki irade açıklamaları (bu yöndeki iradeleri imzalanma tarihinden sonra farklı olsa bile) ile belirli bir süre bağlı kalmak zorunda olmaları mümkün olduğundan, en azından kısmi bir üçüncü kişiyi bağlayıcılık özelliğinden burada da sözedilebilir.

¹⁹ Bu görüş ve sonuç için bak., *Tuncay*, age., s. 160 vd.

²⁰ Bu konuda *Berksun/Eşmelioğlu*, age., s. 295.

toplu düzeyde düzenlenmesine yönelik toplu sözleşme olarak (kavram) toplu iş sözleşmesi adı altında (terim) toplarsak, hukukumuzda toplu iş sözleşmesi iki ayrı kanunda düzenlenmiş olacaktır²¹. Ve her iki kanunda birden düzenlenen hukuki konunun örtüşmesi bağlamında akla gelecek en önemli olasılıklar şunlardır:

1. BK'ndaki umumi mukaveleye ilişkin hükümlerin düzenlediği hukuki konu bütünüyle aynı zamanda 2822 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olabilir ve bu iki düzenlemenin öngördüğü hukuki sonuçlar çakışabilir. Bu durumda tam bir örtüşmeden söz edilebilir ve 2822 sayılı Kanunun ayrıca bunun dışındaki başka hukuki konuları düzenlemiş olması bir sorun yaratmaz. Böylesine bir çakışma zımnen mülga için uygun bir temel teşkil edebilir. Ama bu durumda da zımnen mülga sonucuna *hemen* varılamaz: Çünkü ancak, varolan durumun değerlendirilmesi ve yasakoyucunun aynı konuyu ikinci ve daha yeni bir kanunla düzenlemek yoluyla ilk düzenlemeyi tamamen ortadan kaldırmayı amaçladığının yorum yoluyla saptanması halinde, zımnen mülgadan söz edilebilir. Her iki kanundaki düzenlemelerin, aynı hukuki konuyu düzenlemek anlamında çakışmaları ve bu hukuki düzenlemelerin gerektirdiği hukuki sonuçların (yargıların) birbirini mutlak bir biçimde dışalamaları gerekir ki, bu yargılardan sadece birisi geçerli olmak zorunda olsun. Çünkü, hukuk sisteminin aynı durumda hem „A“yı hem de „A'nın tam tersini“ emretmesi anlamsız olurdu²². Bu bağlamda bu iki yasadaki toplu iş sözleşmesi kurumundan sadece 2822 sayılı Kanun anlamındaki yürürlükte olabilmesi için söz konusu kurumların hem özsel olarak hem de görünüş biçimleri açısından örtüşmeleri gerekecektir. Her iki düzenlemede öngörülen hukuki sonuçların da aynı olması gerekecektir. Ve böylece, daha sonra gelen yasanın aynı konuyu düzen-

²¹ Bu konuda bak. ve karşı., *Esener*, age., s. 399.

²² Karl Larenz/Claus Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, dritte, neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg vd. 1995 s. 87: „Schliessen sich die Rechtsfolgen gegenseitig aus, so kann nur einer der beiden Rechtsätze zur Anwendung gelangen. Denn es wäre unsinnig, wollte die Rechtsordnung zugleich A und Non-A gebieten“.

leyen önceki yasayı yürürlükten kaldıracak kuralına (*lex posterior derogat legi priori*) uygun olarak, yani daha yeni, modern olan hukukun daha doğru olacağına, herhalükarda ama söz konusu bu yeni kuralların uygulanma anındaki değer yargılarına ve kanun koyucunun düzenleme amaçlarına daha uygun olacaklarına binaen²³, umumi mukaveleyi düzenleyen BK hükümlerinin, daha sonraki 2822 sayılı kanun ile zımnen mülga olduğu sonucuna varılabilecektir.

2. BK'ndaki umumi mukaveleyi düzenleyen hükümler ile, 2822 sayılı Kanunda da düzenlenmiş bir hukuki konu yanında başka hukuki konular da düzenlenmiş olabilir. Bu durumda bu iki kanunun ancak kısmen örtüşmesinden bahsedilebilir. Böylece umumi mukavelenin *her durumda* zımnen mülga olduğu sonucuna varmak daha başlangıçta imkansız ve yanlış olacaktır. Burada, sadece umumi mukaveleyi düzenleyen hükümlerin 2822 sayılı Kanun ile örtüştükleri oranda ve bu iki düzenlemenin öngördüğü hukuksal sonuçların (yargıların) birbirini kesin dışlamaları durumunda kısmi bir zımnen mülga görüşüne varılabilir. Ama yukarıda saptandığı üzere, öğretide umumi mukavelenin zımnen mülga olduğunu savunan görüşler böylesine bir *kısmen zımnen mülgadan* değil *umumi mukavelenin zımnen mülga olduğundan* söz etmektedir.

3. Umumi mukavele ve 2822 sayılı Kanun anlamında TİS aynı kurum olmakla birlikte her iki kanunda bu kurumun değişik görünüş ve uygulanış biçimleri düzenlenmiş olabilir. Bu olasılıkta zımnen mülga görüşüne varılamayacağı açıktır, çünkü açık bir örtüşme -aynı kurumu düzenlemek dışında- söz konusu değildir. Burada olsa olsa ancak, Anayasadan ve yeni tarihli kanundan hareketle saptanabilecek ve toplu iş sözleşmesi hukukuna ilişkin genel ilkelerin, sonuçta umumi mukaveleyi düzenleyen BK hükümlerinin uygulanmasını -bunlar daha eski hukuk olduğundan- sınırlandırıcı bir etkisi söz konusu olabilir ki, bunun da zımnen mülga ile ilgisi yoktur.

²³ Bernd Rüthers, *Rechtstheorie - Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts-*, München 1999, s. 429, kenar numarası 772; bu konuda bak. ayrıca, *Larenz/Canaris*, age., s. 87-88.

1.2.2. Yukarıdaki ilkelerin somut meseleye uygulanmasının sonuçları

Birinci olasılık çerçevesinde zımnen mülga sonucuna öğretide savunulananın aksine varılamayacağı aşikardır: Bu, umumi mukavelenin unsurları ve uygulanma alanı ile 2822 sayılı Kanun anlamında TİS'nin unsurlarının ve uygulanma alanının karşılaştırılması halinde, kendiliğinden açığa çıkan bir sonuçtur: Şöyle ki, umumi mukavele fiili işçi toplulukları tarafından yapılabildiği gibi, sendikalar ve diğer işçi teşekküllerince de yapılabilir. BK'ndaki „cemiyet“ kavramını, sendikalar yanında diğer işçi örgütlerini, işveren tarafı açısından da işveren sendikaları yanında diğer işveren örgütlerini içerir biçimde anlamak mümkün ve doğrudur²⁴. Ayrıca bir umumi mukavelenin yapılabilmesi için söz konusu işçi teşekkülünün belli özelliklere sahip olması gerektiği, BK'ndaki hükümlerden çıkan bir sonuç değildir. Böylece, umumi mukaveleye ilişkin hükümler, geniş çerçeveleri ve uygulama alanları ve daha serbest bir toplu iş sözleşmesi düzenine ait yapılarıyla, gerçekte 2822 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan hukuki konuyu da öz olarak düzenlemektedirler. Çünkü, örgütlü olduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu ve somut işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını örgütlemiş olan işçi örgütü, 2822 sayılı Kanundaki düzenleme olmadan da böylesine bir TİS'ni BK'nun 316 ve 317. maddeleri çerçevesinde yapabilirdi²⁵. Benzer bir durum, işveren tarafı açısından da söz konusudur. Sendikalar dışındaki işveren örgütleri de umumi mukavele yapabilirler ve bunu ille de belirli güçteki bir işçi örgütü ile yapmak zorunda değildir. Bunlardan anlaşılıyor ki, umumi mukavelenin 2822 sayılı Kanun anlamındaki TİS'den daha dar bir yapıda olduğu görüşü²⁶ isabetsizdir.

Bunun dışında 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapabilme yetkisinin ancak belirli koşulları tamamlayan sendikalara verildiğinin dikkate alınması gerekir. Bunlar dışındaki sendikalar bu özelliklerini korudukları sürece, yani yasada konul-

²⁴ Bak., Tuncay, age., s. 161.

²⁵ Bak., Tuncay, age., s. 161-162.

muş olan barajları aşamadıkları sürece, bu Kanun anlamında TİS yapamayacaklardır. Bu nedenle sendikal örgütlenme düzeyinin yüksek olmadığı birçok işyerinde 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılamaması hiç de olağandışı bir durum oluşturmaz. Bu bağlamda Türkiye’de işçilerin sendikalaşma oranlarının düşüklüğü, TİSGLK çerçevesinde işçi sendikaları açısından toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisinin kural olarak belirli bir güçlülük düzeyine bağlanmış olduğu (TİSGLK md. 12) ve bu çerçevede toplu iş sözleşmesi yapılabilmesinin oldukça esnek olmayan bir biçimde düzenlenmiş olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu zımnen mülga çıkarımının hiç de zorunlu olmadığı daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan, 2822 sayılı Kanunun düzenlediği hukuki konu ve gerektirdiği hukuki yargılar, umumi mukaveleyi düzenleyen BK hükümlerindeki hukuki konudan ve yargılardan farklıdır ve böylece sözkonusu Kanun bu açıdan daha geniş bir uygulama çerçevesine sahiptir. Örnek olarak 2822 sayılı Kanunda farklı TİS türleri ve toplu sözleşme süreci ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bunun gibi, TİS yapılması sırasındaki uygulanabilecek toplu mücadele araçları ve toplu mücadele prosedürü de ayrıntılı hükümlerin konusudur. BK’nun umumi mukaveleye ilişkin hükümlerinde ise, bu konulara ilişkin bir düzenleme yoktur.

Böylece bu iki düzenleme arasında *tamamen ve kelimenin tam anlamıyla* bir genellik-özellik-ilişkisi söz konusu değildir²⁷. BK’nun umumi mukaveleye ilişkin hükümleri bir yandan 2822 sayılı Kanundan daha geniş bir uygulama alanına sahipken, diğer yandan 2822 sayılı Kanun birçok farklı hukuki konuyu da düzenlemektedir. Gerçi her iki kanunda düzenlenen hukuki konu kısmen örtüşmektedir. Ama bu çakışma ala-

²⁶ Çifter, agm., s. 3, 5.

²⁷ Elbette ki BK, mesela borç ilişkilerini düzenleme anlamında birçok kanunla olan ilişkisinde kural olarak genel kanun niteliğindedir. Ama bu durumun onun hükümlerinin her durumda genel kanun olarak nitelenmesini gerektirmeyeceği açıktır.

nı için de *doğrudan* bir zımnen mülga sonucuna varılamaz²⁸, çünkü yeni düzenleme ile, çakışma durumu için, eski düzenlemenin kesinlikle yürürlükten kaldırılmak istendiğinin sonuçta yorum ile saptanması gerekir. 2822 sayılı Kanun ile belirli koşullarda TİS yapılması özel olarak düzenlenmiş olduğundan ve bu çerçevede sadece bu Kanunun uygulanmasının gerektiği açık olduğundan, 2822 sayılı Kanunun kendi uygulama alanı çerçevesinde bir kısmi zımni mülgadan ya da 2822 sayılı Kanunun özel kanun olarak öncelikle uygulanmasından söz edilebilir. Bu anlamda 2822 sayılı Kanun BK'ndaki umumi mukaveleye ilişkin hükümlerin uygulama alanını kısmen daraltmıştır.

1.2.3. Umumi mukavele 2822 sayılı Kanun ile özsel olarak yürürlükten kaldırılmış olabilir mi?

Her ne kadar umumi mukavele ve 2822 sayılı Kanun anlamındaki TİS, toplu iş sözleşmesinin görünüş biçimleri olarak yasal düzenleme bazında tamamen örtüşmüyor iseler de, 2822 sayılı Kanunun TİS kurumunu *öz itibarıyla* tüketici bir biçimde düzenlediği ve böylece maddi anlamda umumi mukavelenin yürürlüğünün kalmadığı seçeneği akla gelebilir. Bu bağlamda 2822 sayılı Kanunun hükümlerinin ve orada öngörülmüş olan TİS sisteminin tümünden hareket etmek gerekecektir. Burada da zımnen mülga sonucu, ancak yasakoyucunun bu yönde bir iradesinin saptanması ihtimalinde doğru olabilir.

Ama 2822 sayılı Kanundan böylesine bir yasakoyucu iradesinin saptanması mümkün değildir. Çünkü, bu kanunda umumi mukaveleye uzaktan yakından hiç değinilmediği gibi, TİS'nin başka görünüş biçimlerinin yürürlükten kaldırıldığına

²⁸ Bu konuda genel bir bağlamda karşı. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, üçüncü bası, İstanbul 1996, s. 54: „Önceki kanun genel, sonraki kanun özel ise, özel kanunun düzenlediği konularda genel kanun hükümleri ilga edilmiş sayılır“, 81; karşı. ayrıca Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1965/40, K. 1966/15, K.T. 15.3.1966, AMKD 4, s. 87, 90 : “Özel kanunlardan yürürlük tarihine göre önceki ve sonraki kanunların hükümleri arasında çelişme bulunuyorsa veya öncekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır”.

dair bir iz de bulunmamaktadır. Tam tersine 2822 sayılı Kanun sadece belirli bir TİS sistemini ve bir TİS görünüş biçimini ayrıntıları ile düzenlemekte, buna karşılık diğer türdeki düzenlemeleri engeller bir içeriğe sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle bu ihtimal çerçevesinde *tam tersine*, „neden 2822 sayılı Kanunun kendisinden daha geniş bir uygulama alanına sahip olan umumi mukaveleye ilişkin BK hükümlerini yürürlükten kaldırmasının gerektiği“ sorulmalıdır. Çünkü umumi mukaveleye ilişkin yasal düzenlemeyi 2822 sayılı Kanunun uygulanmasını sınırlandırıcı bir içeriğe sahip olmayacak bir biçimde anlamak mümkündür ve gerçekte varolan durum da budur. Önemli olan her iki düzenlemenin uygulanabilecekleri farklı alanları saptamaktır.

Bu bağlamda şu noktayı da tartışmak gerekmektedir: BK'ndaki hükümler öngörülürken işçilerin sendikalar aracılığıyla örgütlenmelerinin henüz istisnai bir durum olduğu ve diğer işçi cemiyetlerinin daha yaygın olduğu düşünülebilir. Ayrıca bir cemiyet ya da sendika altında örgütlenmenin yaygın olmadığı koşullarda, işçilerin hiç olmazsa fiili birlikler oluşturarak toplu iş sözleşmesi yapma olanağına sahip olmaları amaçlanmış olabilir. Bugün ise işçilerin sendikalar aracılığı ile örgütlenmeleri alışılmış ve yerleşik bir durumdur. Bu nedenle artık fiili birlikler ya da sendika dışı cemiyetler aracılığıyla toplu iş sözleşmesi yapılmasının önemli bir anlamı kalmamış olabilir.

Bu noktalar esasen büyük ölçüde onaylanabilir. Ancak, bugün bile işçiler açısından, ya doğrudan fiili birlikler ya da, henüz sendikalar altında örgütlenmenin gerçekleşmediği koşullarda, diğer işçi cemiyetleri aracılığıyla umumi mukavele yaparak iş koşullarını toplu düzeyde belirleyebilmek anlamlı bir seçenek olabilir. Aynı şey işveren tarafı açısından da geçerlidir. Bir hukuki kurumun yürürlükte olmasının onun uygulamasının bulunmasına *doğrudan* bağlı olmadığı gerçeği bir yana, bu hukuksal kurumun tek bir teorik uygulamasının bulunması ona yeterli bir anlam vermektedir. Umumi mukavelenin zaten yeterince bir pratik uygulama alanı da bulunmaktadır: Onun sendikalar tarafından yapılması bir yana, diğer cemiyetler ta-

rafından ya da fiili işçi topluluklarınca yapılabilmesi bazı istisnai koşullarda *halen* anlamlı bir seçenek gibi gözükmemektedir.

Bu bağlamda işçilerin 2822 sayılı Kanun ile öngörülen TİS sistemi çerçevesinde ve güçlü sendikalar biçiminde örgütlenmiş temsilciler aracılığı ile daha iyi korunacakları ve böylece umumi mukavele yapacak güçsüz örgütlenmeler aracılığı ile pek de korunamayacakları vb. gibi düşüncelerin²⁹ de karar verici bir anlamının olmadığını vurgulamak gerekir. Bir kere gerçekten de işçilerin sadece güçlü sendikalar aracılığı ile daha iyi korunabileceklerinden hareket edilse dahi, bu, sadece 2822 sayılı Kanunun uygulama alanının daraltılmaması, yani güçlü sendikalar aracılığıyla 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılmasının engellenmemesi için bir gerekçe olarak ileri sürülebilir. Biraz önce de belirtildiği gibi bu durum, umumi mukavelelerin yürürlüğüyle gerçekte tehlikeye düşürülmüş değildir. Yani bu gerekçe böylece zaten boşa çıkmaktadır.

Diğer yandan işçilerin sadece güçlü sendikalar ile korunabileceği esasen genel ve ampirik bir '*kanı*'dan ibarettir³⁰ ve bu nedenle herhalükarda doğruluğu kesin olan bir bilimsel sapta- ma değildir. Mesela neredeyse rekabetin olmadığı, bürokratik bir yapı çerçevesinde katılaşmış büyük bir örgütlülük içerisinde, genelleştirilmiş yani somut bir işçinin çıkarından soyutlaştırılmış bir işçi çıkarının bile, bu örgütlülükteki olası birçok çıkar yanında hak ettiği yeri alamayabileceği, pek de yabana atılabilecek bir olasılık değildir. Ayrıca somut işçi çıkarının, genelleştirilmiş bir işçi çıkarı ile her zaman ve her yerde örtüşmeyeceği de açık bir gerçektir. Bu nedenlerle sonuç olarak burada işçi çıkarı ve işçiyi daha iyi koruma gerekçesi neredeyse iki tarafı keskin bir bıçak olduğunu söylemek bir abartı olmayacaktır. Bu bağlamda mesela tam tersine, „sendikaların olmadığı bir yerde, ya da çok zayıf olduğu ve böylece 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılmasının somut olarak olanaksız olduğu bir

²⁹ Karş. Ekmekçi, age., s. 29; Çifter, agm., s. 3, 5.

³⁰ Bu konuda karş., AMK, E. 1963/337, K. 1967/31, KT. 19-20.10.1967, AMKD, 6, s. 47. 57, orada iş hayatındaki, işçilerin ancak güçlü sendikalar biçiminde örgütlendiklerinde başarılı oldukları yönündeki uygulamalara vurgu yapılmaktadır.

durumda, işçiler ya da onların cemiyetlerinin umumi mukavele yapması ihtimalinde, işçiler tersi duruma göre neden daha az korunuyor olabilirler ki“, diye de sorulabilir. 2822 sayılı Kanun anlamında bir TİS yapıncaya kadar, fiili işçi toplulukları ya da genel olarak işçi cemiyetleri tarafından umumi mukavele yapılarak hizmet akdinin hükümlerinin toplu düzeyde düzenlenmesi, işçiler açısından, sonucu ne olursa olsun, gerçekte ek bir hukuki *imkân* oluşturmaktadır.

1.3. 2822 sayılı Kanunda umumi mukavele-TİS ilişkisine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olmasının önemi

Yukarıda anıldığı gibi 275 sayılı Kanunda TİS-umumi mukavele ilişkisine dair bir hüküm varken, 2822 sayılı Kanunda bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Eski Kanun dönemindeki esasların şimdi de uygulanması gerektiği öğretilde savunulmaktadır³¹. Umumi mukavele ile 275 ve 2822 sayılı kanunlar anlamında TİS'nin öz olarak aynı kurum olduklarından hareketle, bunların çakışması hallerinde yararlılık ilkesinin uygulanmasının yerinde olup olmadığı tartışılabilir³². Ancak, burada ele alınan konu açısından önemli olan sa-

³¹ Bak sadece Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 446, yazar, 2822 sayılı Kanunda 275 sayılı Kanun anlamında bir hükme yer verilmemesi bağlamında, „umumi mukavele yapmak olanağının sürdüğünü kabul etmek, ancak 2822 sayılı Kanundaki düzenlemelerin özel hükümler olduğu göz önünde tutularak uygulamada bir sorunun ortaya çıkması halinde eski düzenlemedeki esaslara uygun sonuca varmak“ gerektiğini belirtiyor. Her ne kadar burada TİS-umumi mukavele ilişkisine yararlılık ilkesinin uygulanacağı açık bir biçimde belirtilmemişse de, „eski düzenlemedeki esaslar“ ifadesini yararlılık ilkesini de içerir biçimde anlamak mümkündür; aynı biçimde, Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 108, dipnotu 1; Çifter, agm., s. 3, 5. Tuncay, yararlılık ilkesinin uygulanması gerektiğini açıkça belirtiyor, age., s. 162.

³² Bak., hemen yukarıdaki dipnotunda anılan yazarlar; Ekmekçi, age., s. 28-29: „Bu iki sözleşme türü arasındaki ilişki, sanki farklı düzeyde iki hukuk kaynağı söz konusuymuş gibi yararlılık ilkesi doğrultusunda düzenlenmiştir. Aslında umumi mukavele, toplu iş sözleşmesi kurumunun Türk Hukukuna İsviçre Borçlar Kanunundan aktarılan ilk şekilden başka bir sözleşme türü olmayıp, ikisi arasında alt-üst ilişkisi söz konusu değildir“.

dece, 2822 sayılı Kanunda 275 sayılı Kanun anlamında bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının, umumi mukavelenin yürürlüğüne engel bir anlamının olup olmadığıdır.

Bir kere aynı ya da farklı düzeydeki hukuk kaynaklarının çakışmaları halinde, bunların birbirleriyle olan ilişkilerine uygulanacak bir kuralın doğrudan taraflarca ya da yasakoyucu tarafından öngörülmemiş olmasının bizatihi bir anlamı yoktur. Yani, bundan bu kaynaklardan birinin ya da diğerinin yürürlükte olmaması anlamında doğrudan bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Çünkü, hukuk kaynaklarının birbiriyle çakışması halinde ne olması gerektiğine, hukuku uygulayanlar genel ilkelerden hareketle, yani bunu düzenleyen açık bir kural olmadan da, doğrudan karar verebilirler³³.

Bu genel açıklamaya bir anlam yüklenmese bile, 2822 sayılı Kanunda bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olması, gerçekte Anayasada öngörülmüş olan TİS sistemi ile uyusmaktadır. Bu durum 1982 Anayasası ile birlikte toplu iş hukukunda geçerli olan, „bir işyerinde bir dönem için bir toplu iş sözleşmesi kuralı“ çerçevesinde akla yatkın bir anlam kazanmaktadır. Şöyle ki, bu kural katı bir biçimde uygulanarak, umumi mukavelenin Anayasadaki sözkonusu ilke kapsamında bir TİS olduğu kabul edildiğinde, toplu iş sözleşmesiyle umumi mukavelenin çakışması söz konusu olmayacağı gibi, bu çakışmanın yararlılık ilkesi anlamında çözüme kavuşturulması için bir maddi temel de bulunmamaktadır.

Gerçi sözkonusu ilke TİS türüne ve düzeyine ilişkin bir içeriğe sahip değildir³⁴. Buna göre, yasakoyucu mesela hem işko-

³³ Mesela aynı düzeydeki düzenleme araçlarından daha sonra gelenin öncekini bertaraf edeceği kuralı (lex posterior derogat legi priori) burada iş hukuku çerçevesinde akla gelebilecek seçeneklerden birisidir. Bu ilke konusunda bak., Reinhard Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7., völlig neubearbeitete Auflage des von Rolf Dietz begründeten Kommentars, München 1998, § 77 kenar numarası 159. Aynı biçimde daha özel olan TİS'nin uygulanması diğer bir seçeneği oluşturabilir.

³⁴ Bu konuda bak. Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 457; Münir Ekonomi, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Ka-

lu hem de işyeri / işyerleri düzeyinde TİS yapılmasını kabul edebilir. Ama burada bile bu ilke katı bir biçimde uygulanacak olursa aynı işyerinde farklı düzeylerde de olsa birden fazla TİS yapılamayacak ve uygulanamayacaktır. Yasakoyucunun birden fazla düzeyde TİS yapılmasını öngörmesi ihtimalinde, söz konusu anayasal yasağın bir işyerinin mesela hem işkolu hem de işkolu düzeyindeki TİS kapsamına *aynı anda* girmesine engel olmadığından hareket edilse bile, burada yararlılık ilkesine göre değil, sadece öncelikle geçerli olma gereğine uygun bir çözüm ya da ölçüt bulmak gerekecektir³⁵. Bu anlamda mesela akla yatkın seçeneklerden birisi, yapılan işkolu TİS'nin daha önce işyer(ler)i TİS yapılmış işyer(ler)ini de kapsayabilmesi ihtimalinde, bu iki farklı düzeydeki TİS'nden daha özel olanının uygulanması olurdu.

Buna karşılık, burada yararlılık ilkesinin çözüm ölçütü olarak alınmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Zaten buradaki tez, yararlılık ilkesinin düzenleme araçlarının hü-

mu-İş, c. 1, sayı 1, Temmuz 1987, s. 6; Günay, age., s. 67; Devrim Uluçan, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki ve Uygulamaya İlişkin Güncel Sorunları, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul 1987, s. 171, 181.

- 35 Daha özel olan TİS'nin uygulanması burada bir seçenek oluşturabilir. Türk İş Hukuku'ndan farklı olarak Alman İş Hukuku'nda, bir işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık aynı işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesinin aynı anda *uygulanabilmesi* Federal İş Mahkemesi (BAG) tarafından, işyerinde işyeri koşullarının tekdüzeliğini sağlamak düşüncesiyle, yerleşik bir biçimde kabul edilmemektedir, bak. BAG (29.3.1957), AP Nr. 4 § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG (14.6.1989), AP Nr. 16 § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG (20.3.1991) AP Nr. 20 § 4 TVG Tarifkonkurrenz; ayrıca bak. BAG (26. 1. 1994), AP Nr. 22 § TVG Tarifkonkurrenz. Bu durumda *sadece* daha özel olan toplu iş sözleşmesinin uygulanması kuralı benimsenmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin (BAG) bu yerleşik içtihadı, öğretide giderek artan bir biçimde eleştirilmekte ve bu durumun Alman Anayasası'nın 9 maddesinde güvence altına alınmış olan koalisyon (işe ve ekonomiye ilişkin koşulların korunması ve geliştirilmesine ilişkin örgütlenme) özgürlüğü ile bağdaşmadığı ve böylece anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir, bak. *sadece* Volker Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb - Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht-, Berlin, Heidelberg 1996, kenar numarası 1975 vd. ve orada s. 543, dipnotu 25 de anılan yazarlar.

kümlelerinin bir bütün olarak karşılaştırılması yoluyla değil, ancak bunların birbiriyle ilişkilendirilebilecek olanlarının karşılaştırılması yoluyla uygulanmasından hareket etmektedir³⁶. Burada karşılaştırma kural olarak *tek tek işçiden* hareket edilerek yapılmaktadır. Böylece, işçilerin bir bütün olarak (mesele işyerindeki işçilerin tamamı), karşılaştırmanın kendisinden hareket edilen öznesi olarak kabul edilmeleri kural olarak söz konusu değildir³⁷. Buna göre, yararlılık ilkesi zaten, bir işyerindeki birden fazla TİS'nden hangisinin *tek ve bütün olarak* öncelikle uygulanması gerektiğini saptamaya yarayan bir ölçüt değildir. Şu halde bir iş sözleşmesine aynı anda birden fazla (farklı) düzeylerdeki TİS uygulanabileceği, yani kısmen birinin, kısmen diğerinin işçinin yararına olan hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilirse, bu durum Anayasada öngörülen ilkeyle zaten çakışacaktır. Ancak yerinde olarak bir iş ilişkisine sadece bir TİS'nin uygulanabileceğinden hareket edilirse, bu durumda, yararlılık ilkesinin uygulanması sonucunda bir işçiye bir TİS uygulanırken, belki diğer bir işçiye başka bir TİS uygulanabilecektir ki, bu da adı geçen anayasal ilkeyle yine uyuşmayacaktır. Şu halde geriye tek bir seçenek kalmaktadır. Bu da, burada savunulanan aksine, bütün işçileri baz alarak ve yararlılık ilkesini böylece uygulayarak bir TİS belirlemektir ki, bu gerçekte bütün işçilerin bu iki TİS'ni yapan sendikalara üye olmalarını gerektirirdi. Bu koşulun gerçekleşmesindeki zorluklar bir yana, bu iki TİS'nin en azından büyük ölçüde aynı konuları düzenlemiş olmaları gerekirdi ki, yararlılık karşılaştırmasının akla yatkın bir anlamı olsun.

³⁶ Bu konuda bak., Mustafa Aksu, Die Regelunsbefugnis der Betriebsparteien durch Betriebsvereinbarungen - Rechtliche Grundlagen und Reichweite-, Baden-Baden 2000, s. 23-25 ve orada anılan yazarlar; Soyer, age., s. 67 vd.

³⁷ Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesi Genel Kurulu 16.9.1986 tarihli kararında (DB 1987, s. 383 vd. = NZA 1987, s. 168 vd.), genel iş koşulları yoluyla düzenlenmiş sosyal edimlerin işyeri sözleşmesi ile yeniden düzenlenmesine ilişkin olarak, genel iş koşullarının işyeri sözleşmesiyle olan ilişkisine yararlılık ilkesini uygulamıştır. Ancak burada işçiler bir bütün olarak esas alınmış ve toplu bir yararlılık karşılaştırmasına gidilmiştir; bu konuda bak. Aksu, age., s. 24-25; Soyer, age., s. 63, 69 vd.; Wolfgang Blomeyer, NZA 1996, s. 337, 345.

Ancak, burada savunulanan aksine, yararlık ilkesinin uygulanması yoluyla öncelikle geçerli olma sorununun çözülebileceği kabul edilse bile, yararlık ilkesi diğer esaslar gibi iş hukukunun öteden beri bilinen esaslarındandır. Ve böylece hukuku uygulayanlarca uygun bir uygulama imkânı doğduğunda ve onun uygulanması savunulabilir temellere dayandığında zaten uygulanabilecektir. Bu da, bu iki TİS türünün (yani, umumi mukavele ve 2822 sayılı Kanun anlamında TİS) ilişkisinin doğrudan yasa tarafından düzenlenmemiş olmasının umumi mukavelenin yürürlüğü sorunu açısından özel bir anlamının olmadığı yönündeki tezi desteklemektedir.

1.4. Arasonuç

Umumi mukavele, bir TİS olmakla beraber, 2822 sayılı Kanun anlamında TİS değildir. Umumi mukavele iş koşullarını normatif bir biçimde düzenlemekte ve işçileri hukuk tekniği ve dogmatik açısından kural olarak üçüncü kişi olarak bağlamaktadır. Böylece umumi mukavelenin TİS olarak nitelendirilmesi, zımnen mülga görüşü için uygun bir maddi temel hazırlamakla birlikte, zımnen mülganın koşulları burada gerçekleşmiş olmadığından, zımnen mülga sonucuna bütünüyle varılamaz. Bu, umumi mukavelenin unsurları ve uygulanma alanı ile 2822 sayılı Kanun anlamında TİS'nin unsurlarının ve uygulanma alanının karşılaştırılması halinde, kendiliğinden açığa çıkan bir sonuçtur. Umumi mukavele, fiili işçi toplulukları tarafından yapılabildiği gibi, sendikalar ve diğer işçi ve işveren cemiyetleri tarafından da yapılabilir.

Yasakoyucu, 2822 sayılı Kanunla bu kanun anlamında TİS'ni ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş ve kendi içinde bütünlüklü bir TİS sistemi öngörmüştür. Diğer taraftan, umumi mukaveleyi düzenleyen BK hükümleri, gerçekte 2822 sayılı Kanun ile düzenlenmiş hukuki materyali de düzenlenmektedir. Böylece, 2822 sayılı Kanun özel ve daha yeni bir yasa olarak BK'ndaki umumi mukaveleye ilişkin hükümlerin uygulama alanını kısmen daraltmıştır.

2822 sayılı Kanun, umumi mukaveleyi öz itibariyle de yü-

rürlükten kaldırmış değildir. 2822 sayılı Kanunun düzenlediği hukuki konu ve öz olarak ulaşmak istediği sonuçlar, umumi mukavele ile tehlikeye düşürülmüş değildir. Umumi mukavele, özellikle işçiler açısından, hala anlamlı bir hukuki imkan teşkil etmektedir. Bu bağlamda işçilerin daha iyi korunmaları vb. düşünceler, daha çok umumi mukavelenin yürürlüğünü destekler bir konumdadır.

2822 sayılı Kanunda, 275 sayılı Kanunun aksine TİS-umumi mukavele ilişkisine dair bir hükme yer verilmemiş olmasının, umumi mukavelenin yürürlüğü açısından özel bir önemi yoktur. Bu durum tam tersine Anayasada öngörülmüş olan, bir dönem için bir işyerinde birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralının tamamen mantıki bir sonucudur. Anayasa bir TİS görünüş biçiminin diğerine üstünlüğüne ilişkin doğrudan bir hüküm içermediğine göre, bu konuda kanun koyucuya bir düzenleme alanı bırakılmış demektir. Yasakoyucu TİS-umumi mukavele ilişkisini açıkça düzenlememekle beraber, 2822 sayılı Kanunla ayrıntılı bir TİS sistemi öngörmüştür. TİS'nin bu görünüş biçiminin, bu Yasanın, BK'nun umumi mukaveleyi düzenleyen hükümlerine göre kural olarak özel bir nitelikte ve daha yeni bir yasa olmasından hareketle, umumi mukaveleye göre önceliğinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Buna göre bir işyerinde 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılmış ise orada umumi mukavele yapılamaz. Umumi mukavele yapılmış bir işyerinde ise 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılabilir ve burada artık umumi mukavele yapılamaz ve yeni TİS, daha önceden yapılmış olan umumi mukaveleye göre öncelikle uygulanır: Öyle ki yararlılık ilkesinin uygulanması için artık maddi bir temel yoktur. 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılamayan yerlerde ise umumi mukavele yapılabilir.

2. Umumi mukavelenin yürürlükte olmadığı ya da zımmen mülga olduğu görüşü Anayasadan hareketle kurulabilir mi?

2.1. Genel olarak

Umumi mukavelenin yürürlükte olmadığı sonucu, doğrudan anayasaya dayanılarak daha üst bir düzeyden temellendirilebilir: Norm hiyerarşisine³⁸ uygun olarak daha üst düzeydeki norm, kendisine aykırı alt hiyerarşideki normun uygulanmasını engeller (*lex superior derogat legi inferiori*) ve bu kural anayasa normları ile anayasa altındaki yasal düzenlemenin ilişkisinde de geçerlidir³⁹.

Bu durumda, ya anayasanın bu konuya ilişkin doğrudan, umumi mukavelenin yürürlükte olmasını engelleyen bir düzenlemesinin bulunması, ya da anayasanın öngördüğü sistemin umumi mukaveleyi yürürlük dışına iten bir anlam ve içeriğe sahip olması gerekecektir. Birinci seçeneğin olumlanması söz konusu olamaz. Çünkü Anayasada bu konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Tam tersine bu bağlamda örgütlenme, sözleşme ve TİS özgürlüğünün, birçok sınırlama öngörülmüş olsa da, hukuk sistemimizde temel bir yere sahip olduğuna vurgu yapmak yerinde olur.

Şu halde geriye şu seçenek kalmaktadır: Buna göre, umumi mukavelenin yürürlükte olmadığı sonucuna, ya anayasal anlamdaki TİS'nin, *sadece* 2822 sayılı Kanun anlamındaki ile tamamen örtüşmesi ve anayasal hükümlerin *sadece* bu TİS görünüş biçimine izin veriyor olması durumunda varılabilecektir. Ya da Anayasanın öngördüğü sistemin *sadece* 2822 sayılı Kanunla örtüşmesi söz konusu olmamakla birlikte, bu sistemin umumi mukaveleye izin vermeyecek bir içeriğe sahip olması gerekecektir.

³⁸ Bu konuda bak. Teziç, age., s. 77 vd.

³⁹ Bu konuda bak., Rüthers, age., s. 425, kenar numarası 762-763; karşı., Sarper Süzek, İş Hukukunun Esasları, Ankara 1998, s. 31; Teziç, age., s. 77 vd.; Savaş Taşkent, Bireysel İş Hukuku Açısından İşçi Haklarına Yönelik Sorunlar, İş Güvencesi, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul 1987, s. 59, 62.

Bu bağlamda özellikle TİS'nin sendikalar aracılığı ile yapılmasının anayasal bir gerek olup olmadığı; „bir işyerinde bir dönem için birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz“ kuralının anlamı ve bunun umumi mukaveleyi dışlar bir içeriğe sahip olup olmadığı gibi noktaları tartışmak gerekecektir.

2.2. Toplu iş sözleşmesinin birden fazla yasada düzenlenebilmesi olanağı

Anayasada TİS düzeyine ve tipine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasada öngörülen ve bundan açıkça anlaşılan, işçilerin ve işverenlerin toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları, TİS'nin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği ve aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağı kuralıdır (1982 Anayasası, madde 53, I, II, IV).

Buradan söz konusu yasanın sadece 2822 sayılı Kanun olduğu sonucunun çıkmayacağı aşikardır: Yasakoyucu bu gereği birçok yasayla yerine getirebileceği gibi yürürlükte olan düzenlemeleri koruyarak da yerine getirebilir. Ona özellikle „aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralı“ ile önemli bir sınırlama konulmuştur. Ama bu kural TİS'nin birden fazla yasada düzenlenmesini engeller bir içeriğe sahip değildir.

Şu halde, TİS'lerin tek bir yasada düzenlenmiş olması gerektiği, tek tip bir TİS kurumunun kabul edildiği, hele de sadece 2822 sayılı Kanun anlamında TİS'nin Anayasada öngörülen TİS olduğu sonucu çıkarmak, ancak Anayasanın metnini ve özünü aşan bir yorum ile mümkün olacaktır. Anayasal düzenlemeden umumi mukavelenin yürürlükte olmaması gerektiği yönünde *doğrudan* bir anlam çıkmamaktadır.

2.3. Anayasa özü itibariyle sadece 2822 sayılı Kanun anlamında bir TİS sistemi mi öngörüyor?

Şu halde umumi mukavelenin yürürlükte olmadığı sonucu, ancak Anayasanın öngördüğü TİS sisteminin özü itibariyle

umumi mukaveleyi kesin engeller bir anlamının olması halinde kurulabilir. Bu bağlamda, Anayasanın toplu iş hukukuna ilişkin sisteminin genel yapısı gözönünde bulundurularak, toplu iş sözleşmelerinin, kurulması ve işleyişinde demokratik esaslara uygun, devlet ve işveren karşısında bağımsız nitelikteki işçi kuruluşları tarafından yapılmasının ve böylece işçilerin daha iyi korunmalarının sağlanmak istendiğine vurgu yapılmış; yürürlükteki TİS düzeninde hala umumi mukavele yapılabilmesi, gerçekte sendika tüzel kişiliği dışındaki oluşumlara TİS yapma hakkının tanınması anlamına geleceğinden, bu sonucun Anayasanın sistemi ve yasal düzenlemeyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür⁴⁰.

Buna göre şu soruyu yanıtlamak gerekecektir: Anayasa sadece sendikaların, ve onların da ancak 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapmalarını öngörmekte midir? Bu soru ister istemez su soruyu beraberinde getirmektedir: TİS hakkının özü nedir ve kimlere tanınmıştır?

Bu noktaları tartışmadan önce, yukarıda belirtilen görüşün dayanağının, vardığı sonucu kurmaya tam anlamıyla yetmeyeceğini hemen saptamak gerekir: Anayasanın toplu iş sözleşmelerinin, kurulması ve işleyişinde demokratik esaslara uygun, devlet ve işveren karşısında bağımsız nitelikteki işçi kuruluşları tarafından yapılmasını ve böylece işçilerin daha iyi korunmalarını sağlamak istediğini kabul etsek bile, bu durum umumi mukavelenin Anayasayla bağdaşmayacağı ve böylece zımnen mülga sayılması gerektiği sonucunu kurmaya yetmez. Çünkü buradan sadece, sendika dışı işçi kuruluşlarının umumi mukavele yapmalarının uygun olmayacağı sonucu temellendirilebilir. Böylece, 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapılamayan işyerlerinde *sendikaların umumi mukavele yapmaları* açık bir seçenek olarak ortada durmaktadır.

Yukarıda anıldığı gibi, Anayasa TİS hakkını sendikalara değil, işçi ve işverenlere tanımıştır⁴¹. Elbette bu hüküm, TİS

⁴⁰ Ekmekçi, age., s. 29; karşı., ayrıca AMK. E. 1963/337, K. 1967/31, KT. 19-20/10/1967 AYMKD, 6, s. 47, 57 vd.

⁴¹ Bu konuda bak. Engin, age., s. 84; karşı., Çifter, agm., s. 3, 5.

hakkının işçiler açısından topluluk halinde ve kural olarak örgütlenmeler (sendikalar) aracılığı ile kullanılacağını içermektedir. Ancak bu hakkın gerçekte kime tanındığının ve sendikalara bu hakkın ancak üyeleri aracılığı ve yüzünden tanındığının vurgulanması gerekir. Böylece, işçiler ve işverenler örgütlenmeleri aracılığı ile iş ve işe ilişkin koşulları toplu düzeyde belirleyebileceklerdir. Bu hakkın asıl öznesinin işçiler olduğu, ve örgütlerinin ancak onlar yüzünden ve aracılığıyla bu hakkı kullanmaya izinli oldukları, şuradan da anlaşılmaktadır: Düşünelim ki, Anayasa bu konuya ilişkin doğrudan ne olumlu ne de olumsuz bir düzenleme içeriyor ve aynı biçimde sendika özgürlüğünü ne izin verir ne de yasaklar biçimde doğrudan düzenliyor olsun. Bu durumda da işçiler ve işverenler örgütlenmeleri aracılığı ile toplu sözleşmeler yapabilecek ve bunu kural olarak genel örgütlenme özgürlüğü ve sözleşme serbestisi ile temellendirebileceklerdi. Bu durumda, işçilerin ve işverenlerin TİS yapamayacakları, bunlara bu hakkın açıkça tanınmadığına dayandırılarak ikna edici bir biçimde ileri sürülemeyecekti: Çünkü, bireysel özgürlüklerin ve bu bağlamda mesela sözleşme ve genel örgütlenebilme özgürlüğünün temel özgürlüklerden olduğu bir hukuk sisteminde, tek tek bireylerin bireysel düzlemde belki ulaşamayacakları sonuçlara gerektiğinde elbirliği ile ulaşmayı deneyebilmeleri ve sözleşme özgürlüğünü -tabi ki belirli sınırlar çerçevesinde- kullanabilmeleri sisteme içkindir ve bunun işin doğası gereği olduğunu söylemek de mümkündür. Böylece mesela işçilerin birleşerek, iş koşullarının bireysel düzeyde düzenlenmesine oranla daha iyi iş koşullarına toplu düzeyde ulaşmaya çabalamaları hukuk sistemimizin bir gereğidir. Bu bağlamda, iş hukukuna özgü olarak işçi ile işveren arasındaki sözleşme özgürlüğüne dair denksizliğin⁴² günümüzde de

⁴² Bu konudaki tartışma için bak. Reinhard Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, s. 93 vd., 116 vd.; Franz Jürgen Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtskontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, s. 19-20, 32, 211; Wolfgang Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, Frankfurt am Main 1973, s. 1 vd.; Günther Hönn, Kompensation gestörter Vertragparität -Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982, s. 194 vd., 207 vd.; Wolfgang Gast, Das Arbe-

bu hukuk alanının özel bir hukuk alanı olarak esaslı noktasını ya da belkemiğini oluşturduğunu⁴³ belirtmek gerekir. Zaten toplu iş sözleşmelerini toplu iş hukukunun görünüş biçimleri olarak, ancak bu tarihsel gerçeklikten hareketle ve işçi ile işveren arasındaki denksizliğin bir ürünü olarak anlamak mümkündür⁴⁴. Elbetteki iş koşullarının bireysel düzeyde düzenlenmesi ile toplu düzeyde düzenlenmesi arasında birçok fark vardır: Mesela iş koşullarının toplu düzeyde düzenlenmesi toplumu ve iş yaşamını genel olarak doğrudan ve geniş bir boyutta ilgilendirmektedir. Zaten bu sebeple de toplu iş hukukuna dair özgürlükler kural olarak özel bir düzenlemeye konu olmuşlardır ve olmaktadır. Ama bu, bu alana ilişkin hakların ger-

itsrecht als Vertragsrecht, Heidelberg 1984, s. 55 vd., 62 vd.; Eduard Picker, Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ - Vertragsprinzip oder Kampfprinzip? ZfA 1986, 199, 251 vd.; aynı yazar, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Tarifautonomie - Informationsgesellschaft - globale Wirtschaft. Neue Fragen und Herausforderungen, Köln 1997, s. 113, 120 vd., 138, 161 dipnot 113; Dieter Reuter, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 195; Wolfgang Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (1976), 221, 230 vd., 237; Abbo Junker, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305, 1307 vd.; Rieble, age., kenar numarası 90 vd.; Hans Hanau, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, s. 85 vd.; Barbara Veit, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, München 1998, s. 42 vd.; Michael Hammer, Die betriebsverfassungrechtliche Schutzpflicht für die Selbstbestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers - Bedeutung des § 75 Abs. 2 BetrVG für Grund und Grenzen betrieblicher Regelungsgewalt, Heidelberg 1998, s. 29 vd.; Aksu, age, s. 137 vd.

43 Bak. sadece Picker, in: Tarifautonomie, s. 113, 161, dipnotu 113.

44 Bak. sadece, Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille, s. 109 vd.; aynı yazar, Betriebsverfassung und Privatautonomie, Berlin, New York 1973, s. 12; Hönn, age., s. 192 vd., 207 vd.; Picker, ZfA 1986, 199, 251 vd.; aynı yazar, Tarifautonomie, s. 113, 120 vd.; aynı yazar, „Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens - Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto von Gierke“, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, s. 879, 883 vd.; Uluçan, Güncel Sorunlar, s. 171, 172 vd.; Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, s. 11, 30; Aksu, age., s. 135 vd.

çek öznesinin sonuçta işçiler ve işverenler olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Kısaca, TİS hakkına ilişkin bu temel saptama, bu alana ilişkin değerlendirmelerin ve hukuksal yorumların çıkış noktasının temelini oluşturmak zorundadır.

Anayasa bu hakkı işçilere ve işverenlere tanıdığı gibi, bu hakkın *sadece* sendikalar aracılığıyla kullanılması gerektiği, yani TİS tarafının *sadece* sendikalar olması gerektiği yönünde bir düzenleme içermemektedir⁴⁵. Burada yasakoyucunun kendisine bu alanda bırakılmış düzenleme olanağını, sadece sendikaların TİS yapabilmesi yönünde kullanıp kullanamayacağını ayrıca tartışmaya gerek yoktur. İncelemenin konusunu oluşturan sorun açısından önemli olan, Anayasanın sendikaların TİS tarafı olması zorunluluğunu ve sendikalar dışında bir örgütlenme ile TİS yapılmasını içeren bir yasak öngörmemesidir.

Buna göre, işçilere toplu sözleşme hakkını oldukça geniş bir çerçevede kullanma olanağını açan bir yasal düzenlemenin, bunu oldukça daraltana oranla, biraz önce saptanan TİS hakkının özü ve böylece Anayasayla daha iyi bağdaşacağı açıktır⁴⁶. Bilindiği üzere, 2822 sayılı Kanun çerçevesinde işçiler, TİS hakkından, kural olarak ancak sendikaların Türkiye genelinde (işkolu bazında) belirli bir güçlülüğe sahip olmaları ve ayrıca bu koşulu yerine getirebilenlerin de işyerindeki işçilerin yarısından fazlasını kendi çatıları altında örgütlemeleri durumunda, yararlanabilir⁴⁷. Bu koşullar gerçekleşmediğinde ise işyerinde bir TİS yapılması deyim yerindeyse başka bir bahara kalmak zorundadır. BK hükümlerine göre ise, en azından umumi mukavele yapılabilmesi olanağı bulunmaktadır ve işçiler bunu sendikalar aracılığı ile de gerçekleştirebilir.

Şu halde, eğer önümüzde iki seçenek var ise bunlardan

⁴⁵ Bu konuda bak sadece, *Engin*, age., s. 84.

⁴⁶ Buradan da anlaşılıyor ki, sadece sendikalara TİS hakkının verilmesinin Anayasanın özüne uygun olduğu, aynı şeyin umumi mukavele yapılabilmesi olanağı için ise söylenemeyeceği yönündeki görüşler (karş. mesela *Çifter*, agm., s. 3, 5) yerinde değildir.

⁴⁷ Bak. *Berksun/Eşmelioğlu*, age., s. 293 vd.

Anayasa ve temel hakkın özü ile daha iyi uyuşanı ve TİS'nin arkasında yatan tarihsel ve güncel gerçekliği göz önünde bulundurarak işçiler açısından daha özgürlükçü ve geniş olanı seçmek gerekecektir: "Anayasaya uygun yorum ilkesi"⁴⁸ mümkün olan iki yorumdan Anayasa, özellikle de temel hak ve özgürlükler ile daha bağdaşanının seçimini öngördüğü gibi⁴⁹, anayasa hukukunda genellikle kabul edilen "şüphe halinde özgürlükler lehine yorum" (in dubio pro liberta)⁵⁰ ya da "mümkün olan en fazla etki"⁵¹ ilkesi de bunu gerektirmektedir. Bu seçeneklerden birisi, 2822 sayılı Kanun anlamında TİS ve umumi mukavelelerin birlikte yürürlükte olması, diğeri ise işçilerin sadece 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapabilmesidir. Bu bağlamda burada varılan sonucu, aslında iş hukukunda özel bir anlamı olan "işçi yararına yorum ilkesinin"⁵² de desteklediğini vurgulamak gerekir.

Burada elbette ampiriye dayanan, güçlü işçi sendikalarınca işçi çıkarlarının daha iyi korunabileceği genel saptaması⁵³ yadsınmamaktadır. Aynı biçimde umumi mukavele olanağının, hele de bunun toplu mücadele araçlarından yoksun bir seçenek olduğunun kabul edilmesi durumunda⁵⁴, işçilere sadece pek güçlü olmayan bir koruma sağlayabileceği ve bu durumun işverenlerce kötüye kullanılmasının⁵⁵ mümkün olduğu da yadsınmamaktadır.

48 Bu konuda bak, Süzek, age., s. 30 vd., özellikle s. 32; Zafer Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1999, 2. Baskı, s. 7; Rüthers, age., kenar numarası 763 vd.; Tanör, age., s. 244-245.

49 Bak. Rüthers, age., kenar numarası 763; Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1999, kenar numarası 77 vd.

50 Sağlam, age., s. 11, 18.

51 Gören, age., s. 7.

52 Bu konuda Süzek, age., s. 26 vd.

53 Bu konuda bak., Ekonomi, Toplu İş Sözleşmesi Türleri Ehliyet ve Yetki, s. 1, 32-33.

54 Bak. Esener, age., s. 389; Çelik, Toplu İş Sözleşmesi, s. 42; Tuğ, age., s. 4; Çifter, agm., s. 3, 5.

55 Bu konuda Çelik, Toplu İş Sözleşmesi, s. 40 vd.

Ancak bu gerekçeler *doğrudan* hukuksal değerlendirme noktaları olmadıkları gibi, tersine de çevrilebilirler. Yukarıda da belirtildiği gibi⁵⁶, işçilerin sadece güçlü sendikalarla korunabilecekleri her zaman ve her durumda geçerli olan bir bilimsel saptama değildir ve daha çok ampiriye dayanan genel bir "kanı"dır. Neredeyse rekabetten yoksun, ve örgüt içi özgürlüğün, örgütün büyümesi ile orantılı olarak azalma eğiliminde olduğu örgütlenmeler içinde, işçi çıkarları sanıldığından daha az korunuyor olabilir⁵⁷.

İşverenlerce umumi mukavele imkânının kötüye kullanılması gerekçesine gelince, işçilere umumi mukavele yapma olanağının tanınması ile işverenlerin işçilerin durumunu kötüye kullanma olasılığında bir artma olduğunu söylemek doğru olmaz. Daha önce de değinildiği gibi varolan sistemi, 2822 sayılı Kanun anlamındaki TİS'nin önceliğini kabul eder bir biçimde anlamak mümkün ve esasen zorunludur. Böylece, umumi mukavele nedeniyle işçilerin güçlü sendikalar aracılığıyla TİS yapmaları zaten engellenmemektedir. İşçilerin sadece hizmet akdi ile çalışma koşullarını düzenleyebildikleri bir durumda ise, onlara umumi mukavele yolu ile TİS yapma imkânının açılmış olmasında, işçilerin durumu -bu imkânın işverenlerce kötüye kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etsek bile-, önceki ne oranla daha kötü olmayacaktır. Çünkü ek bir -toplu- düzenleme aracına kavuşmuş olacaklardır. Böylece, umumi mukavele yapılmasında toplu mücadele araçlarının kullanılmasının mümkün olmadığını kabul etsek bile, bu işçiler açısından gerçekte daha olumlu olan bir *hukuksal* durumun söz konusu olmasını engellemez.

Hukuk politikası açısından da gerçekte bir sorun bulun-

⁵⁶ Bak yukarıda III., 1.2.3. altında.

⁵⁷ *Hemen hemen* benzer bir bağlamda bak. ve karşı., Fevzi Şahlanan, Sendikaların İşleyişinin Demokratik Esaslara Uygunluğu, İstanbul 1980, s. 10-11.; aynı yazar, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 26-27; Öner Eyrenci, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 57; aynı yazar, Sendikalar Hukukunun Güncel Sorunları, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul 1987, s. 125, 127; Engin, age., s. 122 vd.; karşı. ayrıca Aksu, age. S. 17, 139.

mamaktadır. Çünkü, umumi mukavele imkanı gerçekte, işçilerin daha güçlü örgütlenmeler aracılığı ile iş koşullarını 2822 sayılı Kanun anlamında TİS'yle düzenlemelerinin önünde bir engel oluşturmamaktadır. Tam tersine onlar açısından bir ek imkân teşkil etmektedir. Ayrıca fiili işçi gruplarına ve güçsüz sendikal örgütlenmelere bu çerçevede TİS yapma imkânının tanınması, işçilerin, doğrudan ve her halükarda öne çıkarılmaları anlamına geleceğinden, bu, Anayasada TİS hakkının işçilere tanınmasıyla hukuk politikası açısından tersi duruma göre daha uyusmaktadır. Bunun dışında, umumi mukavele imkânının varlığının kabul edilmesiyle işçilerin, fiili işçi gruplarından küçük örgütlenmelere, oradan da daha güçlü sendikalar biçiminde örgütlenebilmenin ve böylece iş koşullarını toplu düzeyde düzenleyebilmenin bir nevi *alıştırmasını* yapabilmelerine olanak sağlanmış olacaktır. Bu da iş hukuku politikası açısından diğer bir „artı“ teşkil etmektedir. İş hukuku politikası açısından kanımca, öğretilde genellikle savunulmasının⁵⁸ aksine, umumi mukavelenin varlığının korunmasıyla bir yanlış yapılmamakta, tam tersine işçiler ön planda tutularak, Anayasanın ve iş hukukunun neredeyse özünü oluşturan işçiyi koruma düşüncesinin⁵⁹ de gerekleri yerine getirilmektedir.

2.4. Bir işyerinde bir dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaması ve uygulanamaması anayasal kuralı ve umumi mukavele

Sorunun anayasal düzlemde tartışılmasının en ilginç noktalarından birini bu anayasal kural ile umumi mukavelenin ilişkisinin oluşturduğunu söylemek bir abartı olmaz. Bu anlamda önce bu anayasal ilkenin amacı ve nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durmak, böylece bunun umumi mukavelenin yürürlüğüne engel bir içeriğe sahip olup olmadığını, umumi mukaveleye bir sınırlama getirip getirmediğini ya da ne tür bir sınırlama getirdiğini tartışmak gerekecektir.

⁵⁸ Bak, *Esener*, age., s. 389; *Çifter*, agm., s. 3, 5; *Ekmekçi*, age., 28-29; *Tuğ*, age., s. 4.

⁵⁹ Bu konuda, *Aksu*, age., s. 135 vd., ve özellikle orada dipnotu 261 ve 264 de anılan kaynaklar.

2.4.1. Sözkonusu anayasal kuralın amacı ve nasıl anlaşılması gerektiği

Bu ilkeyle gerçekte, 275 sayılı Kanun döneminde mümkün olan, bir işyerinde aynı dönemde birden fazla TİS yapılması engellenerek, böylece görünüşüne göre karmaşık olan ve birçok uygulama sorununu beraberinde getiren o zamanki sistemin tekrarının önüne, radikal ve deyim yerindeyse işin kolayına kaçır biçimde bir set çekilmek istenmiştir. Anayasanın 53'üncü maddesinin gerekçesine göre bu kural, iş barışının sağlanmasına ve bu yoldan üretimin arttırılmasına yöneliktir⁶⁰.

Bu anayasal ilke, 53'üncü maddenin gerekçesinde "hangi seviyede olursa olsun" ifadesi ile de belirtildiği üzere, ne tek bir TİS tür ya da düzeyini ne de TİS'nin tek bir kanunda düzenlenmesini tercih eder bir içeriğe sahiptir⁶¹. Önemli olan, bir işyerinde bir dönem için bir toplu iş sözleşmesi yapılması ve uygulanmasıdır. Bu TİS, umumi mukavele, bir işyeri, işletme ya da grup TİS ve hatta işkolu TİS olabilir.

Ancak, Anayasadaki bu ilke, lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak anlaşılacak olursa, bir işyerinde yapılabilecek herhangi bir TİS'nin başka bir TİS'nin yapılmasını ve uygulanmasını engellemesi gerekecektir. Diyelim ki, yasakoyucu TİS'nin düzenlenmesinde BK ile yetinmiş olsun. Buna göre mesela işyerinde oldukça az oranda örgütlü küçük bir sendikanın TİS yapması durumunda, bu TİS'nin süresi doluncaya kadar o işyerinde yeni bir TİS yapılamayacak ve uygulanamayacaktır. Bu durum ise söz konusu anayasal ilkenin lafzıyla tamamen uyuyacaktır. Böylesine bir sonucun hem bu anayasal ilkenin amacıyla, hem de genel olarak TİS hakkının tanınmasındaki amaçla, kısaca bu hakkın özü ile uyuyamayacağı aşikardır. Şu halde Anayasadaki bu açık ifadenin, yani bu ilkenin hem amacının, özünün saptanması hem de sistematik yoruma tabi tutularak TİS hakkı çerçevesinde anlamlı bir yere oturtulması gerekecektir. Bu

⁶⁰ Gerekçe için bak. Mehmet Akad / Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1998, s. 263.

⁶¹ Daha genel bir bağlamda bak., Ulucan, Güncel Sorunlar, s. 171, 181; Engin, age., s. 84.

da gösteriyor ki, son derece açık olan yasa hükmünün yorumlanmasına gerek olmadığı düşüncesi („Eindeutigkeitsregel“, „Sens-Clair-Doktrin“ ya da „Plain-Meaning-Rule“)⁶² bu bağlamda yerinde değildir. Tam tersine, açık olan bir kural ve düzenlenmenin bile gerektiğinde yorumlanması hukukun uygulanması çerçevesinde zorunludur⁶³.

Şu halde bu ilkenin özellikle amacından hareket edilerek de anlaşılması gerekecektir. Bu ilkeyle amaçlanan, TİS çokluğu yerine ve bunun getirdiği uygulama sakıncalarını engellemek üzere bir işyerinde sadece bir TİS yapılmasını ve uygulanmasını öngörerek iş barışını sağlamaya katkıda bulunmaktır. Bir işyerinde işçilerin çoğunu kendi bünyesinde örgütlemeyen bir işçi sendikasının, işyerinde kendisinden daha güçlü sendikalarından daha hızlı davranarak bir TİS yapabilmesine olanak tanınsaydı ve bu durum bu TİS dönemi için diğerlerinin TİS yapmasını engelleseydi, böylece gerçekte iş barışına hizmet edilmiş olmazdı. Ayrıca bu durum, işverenlerin kendilerine yakın hissettikleri sendikaları tercih ederek, kendileri açısından daha uygun çalışma koşullarını yaratmalarına ve diğer sendikaların başarılarında, böylece örgütlenmelerinde dolaylı söz sahibi olmalarına olanak sağlardı ki, bunun ne iş barışını güçlendirme amacıyla, ne de TİS hakkının özü ile uyuşmayacağı aşikardır. TİS hakkını kullanmak üzere daha sıkı örgütlenmiş ve çabalamış işçilerin (yani çoğunluğu oluşturan sendika üyelerinin) TİS hakkı, en azından bu dönem için boşa çıkmış olurdu ve gelecek dönemlerde de hak ettiği yeri bulabilmesi neredeyse işveren tarafının tercihinine bağlı olurdu.

Böylece Anayasanın TİS hakkına yönelik bu sınırlamayla getirdiği tercih, işçilerin *ancak* bir işyerinde çoğunluk olarak örgütlenebilmeleri halinde TİS yaparak, TİS hakkını somut olarak kullanabilmeleridir. Kısaca, görünüşe göre işyerinde düzen ve iş barışının korunması işçilerin *her durumda TİS hakkından asgari bir biçimde yararlanmalarına* tercih edilmiş gibidir. Sadece tek bir TİS ile işyerinde iş barışının sağlanması amaçlan-

⁶² Bu konudaki görüş için bak. Rüthers, age., kenar numarası 732; karşı., Süzek, age., s. 26-27.

⁶³ Bak. Rüthers, age., kenar numarası 731 vd.

dığına göre, bu, hem henüz azınlıkta kalan işçilerin TİS yapmaya çalışmalarının, hem de işyerinde çoğunluğu oluşturan sendikanın TİS yapmış olması durumunda, azınlıkta kalan işçilerin yeni bir TİS yapabilmelerinin ve böylece iş barışının tehlikeye sokulmasının, önlenmek istendiği anlamına gelmektedir. Böylece henüz azınlık halinde örgütlenmiş olan işçilerin TİS yapmalarına olanak verilmeyerek, TİS yapılması sürecince toplu mücadele çerçevesinde işyerinde iş barışının bozulması riskosunun önüne radikal bir biçimde geçilmiştir. Onların yapabileceği şey, biran önce çoğunluk olma yönünde örgütlenmeyi güçlendirmek, ya da varsa örgütlenmiş çoğunluğa katılmaktır. Böylece çoğunluğun TİS hakkı, işyerinde düzeni korumak ve iş barışını geliştirmek gerekçesine de dayanarak, azınlığın TİS hakkına *somut durumda* tercih edilmiştir. Böylesine bir tercih, işyerinde iş barışını „ille de tek bir TİS yapılması ve uygulanmasıyla” sağlamak amacının, TİS hakkı ile *böylece uyuşturulması ikileminin tamamen zorunlu bir sonucudur*. Çünkü, işçilerin azınlık halindeyken bile TİS yapabilmeleri durumunda, hem işyerinde düzenin ve iş barışının sağlanması amaçlarının gerçekleşmesi daha az mümkün olacak, hem de azınlığın TİS hakkı çoğunluğa tercih edilmiş olacaktır. Bu ise TİS hakkına ilişkin bu sınırlamanın temel ilkeye her durumda üstünlüğünü kabul etmek demektir ki, bu, hem TİS hakkının özü ile uyuşmaz, hem de bu anayasal sınırlamanın, TİS hakkına ilişkin hükümdeki sistematik yerine uygun anlam ve önemi ile bağdaşmaz. Sistematik açıdan sözkonusu anayasal ilke, TİS hakkını tanıyan temel ilkenin bir *sınırlaması* niteliğindedir. Böylece yorum gerektiren bir durum sözkonusu olduğunda, bu ilkenin TİS hakkı içindeki sistematik yeri göz önünde bulundurularak TİS hakkının özüyle uyuşturulması gerekecektir, yoksa TİS hakkının her durumda bu ilkeye uydurulması değil.

Sonuç olarak, bir işyerindeki işçilerin ancak çoğunluk olarak örgütlenmeleri halinde TİS yapabilmeleri ve işçilerin çoğunluğunu kendi bünyesinde örgütlemiş bir sendikasının varlığı ihtimalinde, kural olarak⁶⁴ bu sendikanın TİS yapması ge-

⁶⁴ Böylesine bir sınırlama yasa koyucuya TİS düzeyini ve türünü belirlemek konusunda tanınmış olan düzenleme alanı serbestisinden ve bu bağlamda doğabilecek birçok seçenekten dolayı gerekli gözükmemektedir.

rektiği bu ilkeye bağlı olup, ona içkindir. İşte 2822 sayılı Kanunda tam da buna uygun bir TİS sistemi öngörülmüştür.

2.4.2. Söz konusu anayasal kuralın bu anlaşılış biçimiyle umumi mukaveleye engel olmayışı

Şu halde bu ilkenin bu anlaşılış biçimiyle umumi mukavelenin yürürlükte olmasına engel olup olmadığı sorusuna açık bir yanıt verilebilir: Hernekadar bu ilke, işyerindeki çoğunluğun bir dönem için uygulanacak TİS yapmasını kapalı bir biçimde öngörmekte ve böylece umumi mukavele yapılmasının birçok seçeneğine engel olmakta ise de, umumi mukavelenin yürürlüğüne bir engel teşkil etmemektedir. Çünkü, bir işyerinde sadece çoğunluğun birlikte örgütlenmiş olması halinde TİS yapılabileceğinden hareket edersek, umumi mukavele bu çoğunluğun yapacağı TİS olabilir. Bilindiği üzere, 2822 sayılı Kanuna göre, ancak diğer ehliyet ve yetki koşulları yanında bir işyerinde salt çoğunluğu kendi bünyesinde örgütlemiş olan sendika TİS yapabilecektir. Ama bu sendika işkolunda yüzde on barajını aşamamışsa 2822 sayılı Kanuna göre TİS yapamayacaktır⁶⁵. İşkolu barajını aşmış olan, ama işyerinde çoğunluğu sağlayamayan sendikalar da 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yapamayacaktır. Buna karşın işyerinde çoğunluğu sağlayan sendika, BK'na göre herhalükarda umumi mukavele yapabilir. Kısacası, ne Anayasadaki bu ilke, umumi mukaveleyi engeller bir içeriğe sahiptir ne de 2822 sayılı Kanun bu ilkenin öngördüğü bütün seçenekleri tüketici bir biçimde düzenlemiştir. Umumi mukavelenin uygulanması için, çok dar olsa da, akla yatkın bir alan kalmaktadır.

2.4.3. Umumi mukavelenin farklı bir anayasal temele dayandırılması ve böylece söz konusu anayasal ilke karşısında durumu

Umumi mukavelenin, Anayasada TİS hakkını düzenleyen hükümden ayrı bir anayasal temele dayandırılması ihtimali

⁶⁵ Bu konuda bak., Berksun/Eşmelioğlu, age., s. 296.

üzerinde de durmak gerekiyor. Buna göre, mesela umumi mukaveleyi sözleşme özgürlüğüne ve örgütlenme özgürlüğüne birlikte dayandırmak yoluna gidilebilirdi. Ve böylece umumi mukavelenin neredeyse ayrı bir TİS olduğu benimsenebilirdi. Bu çerçevede umumi mukavelenin „bir işyerinde bir dönem için birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralı“nın uygulama alanına girmeyeceği söylenebilirdi ki⁶⁶, bunun anlamı, var olan sistemde, 2822 sayılı Kanun anlamında TİS yanında umumi mukavele de yapılabilmesi olurdu.

Böylesine bir görüşün yerinde olup olmadığı bir yana, bunun, umumi mukavelenin yürürlükte olmadığını temellendirmeye değil, tam tersi bir sonuca götüreceği aşikardır⁶⁷: Böylece, umumi mukavele ayrı bir *anayasal* dayanağa sahip olacağı için zımnen mülgadan söz edebilmek daha da imkânsız olacaktır. Ancak umumi mukavele ister Anayasadaki temel haklara ilişkin genel hükümlere dayandırılınsın, isterse doğrudan 53'üncü maddenin kapsamında görülsün, kanımca, bir dönem için bir işyerinde birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz ilkesi karşısında, sonuçta bir değişiklik olmayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, umumi mukavele özü itibarıyla bir TİS'nden başka bir şey değildir. Her iki ihtimalde de Anayasadaki TİS hakkına ilişkin (genel ve özel) hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu her şeyden önce anayasaların bilindiği üzere bir bütünlüklü sistem öngörüyor olmalarının⁶⁸ ve kendi içerisinde tutarlı bir hukuki yapıya sahip olmalarının bir sonucudur. Böylece, umumi mukavele genel hükümlere dayandırılrsa bile, Anayasada özel olarak TİS hakkının düzenlenmesinin ve sınırlandırılmasının özel bir anlamı olacaktır. Kısaca buradaki sınırlamalar umumi mukavele için de aynen geçerli olacaktır ki, bu da yukarıda varılan sonuçlardan farklı bir sonuca varılamayacağı anlamına gelecektir⁶⁹.

66 Hemen hemen böyle *Tuncay*, age., S. 162.

67 Karş. bu konuda *Tuncay*, age., 161-162.

68 Bu konuda bak. sadece *Gören*, age., s. 7.

69 Karş. *Tuncay*, age., s. 162.

2.4.4. Bu anayasal kurala rağmen işyerinde azınlık halinde örgütlenmiş işçi cemiyetlerinin ve fiili işçi gruplarının umumi mukavele yapabilme imkanı

Yukarıdaki tartışma gösteriyor ki, anayasal düzeyde getirilmiş olan, bir işyerinde bir dönem için birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralı, BK'nda düzenlenen umumi mukavelenin uygulanma alanına önemli bir sınırlama getirmektedir. Söz konusu ilkenin bu şekliyle anlaşılması halinde, bir işyerinde azınlıkta olan fiili bir işçi topluluğunun umumi mukavele yapması mümkün olmadığı gibi, bu durum işçi cemiyetleri, özellikle sendikalar için de geçerlidir. Buna göre, umumi mukavelenin yürürlük sorununu tartışmayı bu aşamada bitirmek mümkündür.

Ancak bir işyerinde sadece işçilerin salt çoğunluk olarak bir örgütlenme altında toplanmaları halinde TİS yapılabilmesi, kendine özgü ve temsil edilebilir gerekçelere dayanan bir anayasal tercih de olsa, esas olarak özgürlükçü olan, özel olarak sözleşme özgürlüğü temelinde iş koşullarının serbestçe düzenlenmesini esas alan ve aynı biçimde bireysel düzeyde ulaşılmayan sonuçların örgütlenme temelinde ulaşılmasını denemeye temel hak düzeyinde olanak tanıyan bir hukuk sistemi içerisinde, sistem ile gerçekte tam anlamıyla uyuşmayan bir durum oluşturmaktadır. Çünkü, bu yolla işçilerin mutlaka bir çoğunluk örgütlülüğü düzeyine ulaşmaları gerekecektir ve bunun sağlanamadığı koşullarda, işçilere TİS hakkının tanınmasının gerçekte somut bir anlamı olmayacaktır. Bir temel hakkın, bu ancak toplu olarak kullanılabilir de olsa, bu kadar zor uygulanma koşullarına bağlanması, esas olarak özgürlükçü olan bir sistem içerisinde şaşırtıcıdır. İşçilerin yoğun olarak örgütlenmiş olduğu bir işyerinde bile, eğer bu örgütlenmelerin hiçbirisi işyerindeki işçilerin salt çoğunluğunu kendinde toplayamamışsa işçilerin TİS hakkının pratik bir anlamı olmayacaktır. Buna göre mesela işçilerin farklı örgütlerde olsa bile yüzde seksen oranında örgütlendiği bir işyerinde TİS yapılamaması hiç de yabana atılacak bir ihtimal değildir.

Şimdi BK ile umumi mukavele yapabilme imkânı yasal düzeyde öngörülmüş olduğuna göre, şunu tartışmak gerekmektedir-

dir: BK' da öngörölmüş bu özel bir sınırlamaya tabi olmayan umumi mukavele yapabilme imkânı, Anayasadaki bu kurala rağmen yukarıda saptanandan daha geniş bir uygulama imkânına sahip olabilir mi? Kısaca bu yasal düzenlemenin Anayasadaki bu düzenleme karşısında bütünüyle yürürlükte kalması, bir nevi anayasaya aykırılıktan kurtarılması mümkün müdür?

Bu konuda, yukarıda sözkonusu anayasal ilkeye yöneltilen eleştiriler yanında, özellikle bu ilkenin getiriliş amacıyla vardığı pratik sonuçların birbiriyle ilişkisini ve tutarlığını çıkış noktası olarak almak gerekmektedir. Bu anayasal ilke, gerekçesi itibariyle iş barışının sağlanmasına dayandırılmıştır. Ancak getirilen bu ilke ile, hem yasakoyucunun değişik seçenekleri benimseyerek, iş koşullarının günün gereklerine uydurulmasını sağlamak imkânına, hem de TİS taraflarının daha esnek bir biçimde iş koşullarını belirlemelerine, bunları günün gereklerine uydurmalarına engel olunmuş gibidir⁷⁰. Böylece "söz konusu hüküm, iş barışını sağlamaktan söz ederken, daha uyumlu bir çalışma düzenini getirme imkânını bertaraf etmektedir"⁷¹, yani bazı durumlarda amacının tersi sonuçlar doğurmaktadır. Aynı şey işçilerin sadece salt çoğunluk olarak örgütlenmeleri durumunda TİS yapabilmelerinin öngörülmesi için de geçerlidir. Çünkü, bu haliyle sözkonusu ilke, işçilerin çoğunluğunun hatta tamamına yakının farklı sendikalarda örgütlenmiş olmaları, ama bu örgütlenmelerden hiçbirinin işçilerin yarısından fazlasını kendi bünyesinde örgütleyememeleri durumunda bile bir TİS yapılmasını engellemektedir. Ama bu durumda iş barışının sağlanmasından değil, uzun vadede tam tersine iş barışının hem de tam bu anayasal ilke nedeniyle bozulmasından söz etmek daha doğru gibidir. İşçilerin, bireysel düzlemde iş sözleşmesinin genelde zayıf tarafı olarak, TİS hakkından yararlanmasının bu kadar zor koşullara bağlanmış olmasının birçok işyerinde bir işçinin bütün çalışma hayatı süresince tek bir TİS'nin kapsamında olmadan çalışması gibi bir sonucu doğurabileceği ve bunun da gerçek bir iş barışını sağlamakla bir ilgisinin olmayacağı aşîkardır.

⁷⁰ Bak. Sağlam, age., s. 11, 43.

⁷¹ Sağlam, age., s. 11, 43.

Bu hüküm, işçilerin işyerinde çoğunluk halinde örgütlenmiş olmaları halinde anlamlı ve büyük ölçüde amacı ile uyulaşabilen bir çözüm içeriyor olmasına rağmen, bunun, işçilerin henüz çoğunluk olarak örgütlenemedikleri durum için öngördüğü çözüm, tam tersine, amacına zıt sonuçları doğurmaya yönelik gibidir. Kısaca, bütün bu farklı sosyal olgular için tek ve radikal bir çözüm önerilmiş olması, bu hükmün varmak istediği sonucu doğurmasına yetmemekte, hatta engel olmaktadır. İşte tam da bu bağlamda, anılan hükmün, gerçekte farklı sosyal gerçekliklere ya da iş koşullarının toplu düzeyde düzenlenebilmesine ilişkin bir istisna hükmü içermesi gerekirken, bunu içermemesinin sözkonusu olup olmadığı akla gelmektedir. Hukuk tekniği ve dogmatikliği açısından ifade etmek gerekirse, burada "örtülü bir boşluk"tan söz edilip edilemeyeceğini tartışmak gerekmektedir. Eğer burada örtülü bir boşluktan söz edilebilirse bunun ardından söz konusu anayasal ilkenin bir "amaçsal indirgeme" ("teleologische Reduktion") ya da "sınırlama"ya ("Restriktion") tabi tutulmasının, kısaca amacına uygun bir istisna hükmü ile tamamlanmasının mümkün olup olmadığını tartışmak gerekmektedir. Bu nedenle aşağıda önce bu kavramlara ve bunların gerçekleşme koşullarına kısaca değinilecek ve daha sonra bunların somut soruna uygulanması tartışılacaktır.

2.4.4.1. Örtülü boşluk ve amaçsal indirgeme kavramları

Yasakoyucunun kanun hükmünü formüle ederken, kanun ile ulaşılmak istenen amaca göre aslında bir istisna hükmü ile düzenlenmesi gereken bazı hukuksal konuları ve keyfiyeti ayrıca ya da istisnai bir hükümle düzenlemek yerine, getirilen kural kapsamında düzenlemesi halinde örtülü, istisnai ya da amaçsal boşluklardan söz edilmektedir⁷². Böylece getirilmiş ve sorunlu denebilecek norm bir yandan lafzıyla bazı hukuksal konuları ya da keyfiyeti de açıkça düzenlemekte, diğer taraftan

⁷² Rüthers, age., kenar numarası, 848, 902- 903; bak. ayrıca Larenz/Cannaris, age., s. 210 -211; takip eden cümleler için bak. aynı kaynaklar, aynı yerler.

ama yine açık olan norm amacına göre bunları bu biçimde düzenlememesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözkonusu yasa hükmü içsel amacına uygun olarak bulunması gereken bir sınırlamayı içermemektedir. Böylece, yasanın lafzıyla bu biçimde düzenlediği konulara uygulanması, yasanın bu düzenlemeyle varmak istediği amacın tersine sonuçları doğuracaktır⁷³. Böylece oluşan boşluğun doldurulması, yasa metninin, yasanın amacına göre, yani yasa amacının gerektirdiği biçimde kısıtlanmasıyla gerçekleşmektedir. İşte böylece yasanın gereğinden fazlasını içerir biçimde formüle edilmiş lafzı, yasanın düzenleme amacına göre anlaşılabilir, yasanın uygulama alanı bu anlama uygun bir kapsama çekildiğinden, burada amaçsal indirgemedi bahsedilmektedir⁷⁴. Açık bir yasa boşluğunu kıyas yoluyla doldurmanın haklılığı, adaletin eşit ya da birbirine benzer hal ve keyfiyete aynı değerlendirme bakış açısına ve ölçütüne göre davranma gereğinde yatarken, amaçsal indirgeme yoluyla örtülü boşluğun doldurulması kendi haklılığını, yine adaletin bir gereğinde, farklı hal ve keyfiyete farklı davranmada, yani değer ve esas açısından zorunlu olan farklılıkları kabullenmede bulmaktadır⁷⁵. Böylece, yapılması gereken sınırlamalar ya doğrudan sınırlanması gereken, yani sorunlu normun anlam ve amacından ya da amaç bağlamında daha üstün ve önceliği olan ve bu amacının gerçekleşmesi söz konusu sorunlu norm nedeniyle engellenebilen bir başka normdan kaynaklanabilirler.

2.4.4.2. Sözkonusu anayasal ilke kapsamındaki örtülü boşluk

Anayasanın sözkonusu hükmü, bütün ihtimaller için, iş barışının korunmasını amaçlayarak tek bir çözüm getirmiştir. Buna göre işçiler bir işyerinde ancak, yarıdan fazla çoğunluğu sağlar bir biçimde örgütlenmiş iseler somut olarak TİS hakkını

⁷³ Rüthers, age., kenar numarası, 902.

⁷⁴ Larenz/Canaris, age., s. 210 - 211; Rüthers, age., kenar numarası, 903.

⁷⁵ Larenz/Canaris, age., s. 211; takip eden cümle için de bak., aynı yer.

kullanabileceklerdir. İşçilerin böylesine bir örgütlülüğünün olmadığı koşullarda getirilen çözüm ise, TİS hakkının kullanılmamasıdır. Böylece mesela işçilerin büyük ölçüde örgütlü olmalarına rağmen, çoğunluk örgütlenmesine ulaşamadıkları koşullarda nasıl bir çözüme gidileceği düzenlenmiş gibi gözüküyorsa da, bu, gerçekte hükmün amacından ve vardığı somut sonuçlardan hareket edilince düzenlenmemiştir. Ya da işçilerin henüz azınlık olarak örgütlendikleri bir durumda TİS hakkının somut olarak kullanılmasının (gerçekte kullanılmamasının) koşulları düzenlenmiş gibi gözüküyorsa da, yine aynı biçimde gerçekte düzenlenmemiştir. Aynı biçimde birden fazla işçi örgütlülüğünün geçici olarak bir araya gelerek çoğunluk oluşturup bir TİS yapmalarının mümkün olup olmadığı ya da yapılmış bir TİS'ne sonradan günün gereklerine göre eklemeler yapılmasının bu ilke karşısındaki durumu gerçekte çözüme kavuşturulmamıştır. Bütün bu farklı sosyal ve hukuki olguların tek bir ilke ile çözülmesi durumunda hüküm ile ulaşmak istenen amaca ulaşamayacağı aşikardır.

Elbette iş barışının, işyerindeki birden çok işçi örgütlenmesinin TİS yapmak bağlamında yoğun yarışmaları durumunda ya da birden fazla TİS'nin uygulanması çerçevesinde tehlikeye girebileceği yadsınmamaktadır. Ancak bu ve benzeri sorunları çözmenin yasakoyucuya bırakılması akla daha yatkın bir seçenek⁷⁶ olduğu gibi, Anayasanın öngördüğü çözümün, duruma göre amacını aşan hatta amacının tersini beraberinde getiren bir çözüm olduğu da açıktır. Araç ile amaç ilişkisi burada tam anlamıyla dengede değildir. Burada belirtilmek istenen, sözkonusu anayasal ilkenin, gerçekte maddi anlamda anayasal değil de daha çok normal bir yasal düzenlemede bulunabilecek bir ilke olarak⁷⁷, sosyal gerçekliğin bütün seçeneklerini *gerçek anlamda* örtebilecek bir kapsama sahip olmadığıdır. "Sürekli değişen canlı ve dinamik bir konuyu Anayasa hükümleriyle donuklaştırmanın sakıncasını bundan daha güzel örnekleyen bir başka hüküm göstermek güçtür"⁷⁸. Bu hüküm

⁷⁶ Ulucan, Güncel Sorunlar, s. 171, 180.

⁷⁷ Ulucan, Güncel Sorunlar, s. 171, 180.

⁷⁸ Sağlam, age., s. 11, 43.

işçilerin işyerinde çoğunluk halinde örgütlenmiş olmaları halinde anlamlı ve büyük ölçüde amacıyla uyuşabilen bir çözüm içeriyor olmasına rağmen, bunun, işçilerin henüz çoğunluk olarak örgütlenemedikleri durum için öngördüğü çözüm, tam tersine, amacına zıt sonuçları doğurmaya yönelik gibidir. Kısaca bütün bu farklı sosyal gerçeklik için tek ve radikal bir çözüm önerilmiş olması, bu hükmün varmak istediği sonucu doğurmasına yetmemekte, hatta engel olmaktadır.

Bu bağlamda şu noktaları da göz önünde bulundurmak gerekmektedir: İşçilerin özel özerkliğin bir görünüş biçimi olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, işverenle iş koşullarını serbestçe belirleyebilme olanağına sahip oldukları açıktır. Ama *öz itibariyle*, iş koşullarının bireysel düzeyde belirlenmesi ile, bunların işçilerce kendilerine tanınmış özerklik çerçevesinde yetkilendirilmiş sendikalarca toplu düzeyde TİS yolu ile belirlenmesi arasında bir *hukuksal nitelik* farkı bulunmamaktadır. İkisi de sonuçta özel özerkliğin bir görünüş biçimini oluşturmaktadırlar. TİS ile iş koşullarının toplu düzeyde belirlenmesinin arkasında gerçekte sendikalarda serbest biçimde örgütlenmiş olanların demetleniş özel özerkliğinden başka bir şey bulunmamaktadır⁷⁹. Bu bağlamda, iş koşullarının toplu düzeyde yapılmasının arkasında tarihsel ve esas olarak işçi ile işverenin bireysel sözleşme düzeyindeki denksizliğinin yattığını tekrar hatırlamak gerekiyor. Bu nedenden dolayı da işçilerin TİS hakkının olabildiğince geniş bir çerçevede kullanılabilmesi gerçekte sistemin bir gereğini teşkil etmekte ve bu iş barışının tam anlamıyla gerçekleşmesinin neredeyse ön koşulunu oluşturmaktadır.

⁷⁹ Bu konuda ve ayrıntılar için bak. Eduard Picker, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierke, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, s. 879, özellikle 880 vd., 889 vd., 895 vd.; aynı yazar, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, s. 113, 118 vd., 140 vd.; aynı yazar, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, Höchstsarbeitszeitregeln als Prüfstein für das Verstaendnis von Koalitionsfunktion und Tarifautonomie, ZfA 1998, s. 573 vd., özellikle 589 vd., 599 vd., 680 vd., 703 vd.; aynı yazar, Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft 4, s. 258, 283; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille, s. 127 vd., 164-165; Rieble, age., kenar numarası, 1102 vd., 1151; Junker, NZA 1997, 1305, 1307; Aksu, age., s. 141.

Ayrıca Türkiye’de işçilerin sendikalaşma oranı oldukça düşüktür ve işçilerin sendikalaşması önünde özellikle gerçek anlamda iş güvencesinin olmaması nedeniyle bazı fiili engeller bulunmaktadır⁸⁰. Böylece TİS hakkının pratik olarak uygulama alanı zaten dardır. Bu dar olan alanı, işçilerin TİS hakkından yararlanma koşullarını iyice zorlaştırarak daraltmanın, üstelik de bunu iş barışını sağlama amacına dayandırmanın gerçekte tam anlamıyla bir iş barışına götürmeyeceği aşıkardır.

Bütün bu nedenlerden dolayı, burada bir *örtülü boşluktan* söz etmek mümkündür. Söz konusu anayasa hükmü işçilerin çoğunluk halinde örgütlenemedikleri koşullarda nasıl bir çözüme gidilmesi gerektiği konusunda gerçekte bir çözüm getirmemiştir. Bu örtülü boşluğun sözkonusu hükmün amacından ve TİS hakkını tanıyan Anayasa hükmünün tümünden ve özünden hareketle doldurulması gerekmektedir.

2.4.4.3. Sözkonusu Anayasa hükmünün amaçsal indirgemeye tabi tutulması ve umumi mukavele

Burada tartışılan konu açısından sözkonusu boşluğun doldurulmasında hangi seçeneklerin mümkün olacağını bütünüyle ve her yönüyle tartışmaya gerek yoktur. Çünkü burada tartışılan asıl sorun açısından önemli olan, BK 316 ve 317. maddeleri çerçevesinde yasakoyucunun benimsediği çözümün bu kapsamda bir çözüm olup olmadığıdır. Böylece burada tartışılması gereken iki temel seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki işyerindeki işçi örgütlenmelerinin hiçbirinin yarından fazla çoğunluğu sağlayamadığı koşullarda, en azından en çok işçiyi kendi çatısı altında toplamış örgütlenmenin umumi mukavele yapmasının mümkün olup olmadığıdır. Aynı seçenek çerçevesinde, birden fazla işçi örgütlenmesinin birleşerek tek bir umumi mukavele yapmalarının mümkün olup olmadığı da tartışılabilir. İkincisi ise, birinci seçeneği de aşar bir biçimde birden fazla işçi örgütlenmesinin (ya da fiili işçi gruplarının) aynı dö-

⁸⁰ Bu son nokta konusunda bak., Öner Eyrenci, Sendikalar Hukukunun Güncel Sorunları, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul 1987, s. 125, 142 vd.; Taşkent, age., s. 59, 65-66.

nem için birden fazla umumi mukavele yapmasının mümkün olup olmadığıdır.

Birinci seçeneğin olumlu bir biçimde yanıtlanması gerekir. Hiç olmazsa işyerinde en çok işçiyi örgütlemiş olan işçi örgütünün, biraraya gelerek böylesine bir çoğunluk oluşturmuş işçi örgütlenmelerinin ya da fiili işçi topluluğunun TİS yapması, hem TİS hakkı ile hem de işyerinde iş barışının sağlanması ile tersi duruma göre daha uyusmaktadır. Gerçi işçilerin çoğunluğu TİS yapmak isteyen örgütlülüğün dışında kaldığından iş barışının, azınlığın TİS yapma çabası çerçevesinde bozulmasının mümkün olduğu aşıkardır. Ancak, bu durumda iş barışının bozulabilmesi, tersi durumdakinden, yani hiçbir örgütlenmenin TİS yapmasının mümkün olmadığı durumda iş barışının bozulabilmesinden daha az mümkün gözükmetedir ve bu bağlamda sineye çekilebilir bir durum teşkil etmektedir. Ayrıca iş barışının bu çerçevede geçici olarak bozulabilmesi, bütün TİS yapma çabaları için geçerli bir durumdur ve böylece, özellikle işçilerin TİS hakkı uğruna, zaten kabul edilmek zorundadır. Bunun dışında birçok hukuk sisteminde azınlık halinde örgütlenmiş sendikaların TİS yapmasının mümkün olduğuna ve böylece buralarda iş barışının kural olarak iş yaşamını tehdit eder bir biçimde bozulmadığına bir yan dayanak olarak değinilebilir. Mesela Alman hukukunda, işyerinde gerçekte sadece azınlık sayıda işçiyi örgütlemiş olmasına rağmen, bir sendikanın TİS yapması mümkündür ve bu çerçevede iş barışının iş hayatını tehdit eder bir biçimde gerçekten bozulduğundan kural olarak sözedilemez. Bütün bunlar bir yana Türk hukukunda umumi mukavelenin zaten toplu mücadele araçlarından yoksun bir TİS seçeneği olduğu görüşü, görünüşe göre öğretide tamamen egemen durumdadır⁸¹. Bu kabul edilirse iş barışının iş mücadelesi yolu ile bozulması zaten büyük ölçüde mümkün olamayacaktır.

Kısacası Anayasadaki bir dönem için birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralı, işçilerin çoğunluk olarak ör-

⁸¹ Bak. sadece *Esener*, age., s. 389; *Çelik*, *Toplu İş Sözleşmesi*, s. 42; *Tuğ*, age., s. 4; *Çifter*, agm., s. 3, 5.

gütlenemedikleri durum için bir örtülü boşluk içermektedir. Bu boşluk sözkonusu hükmün amacından hareket edilerek, işyerinde en çok işçiyi bünyesinde toplamış örgütlenmenin ya da böylece bir araya birden fazla örgütlenmeden oluşan birliğin işverenle ya da işveren örgütü ile TİS yapmasının mümkün olduğu biçiminde doldurulabilir. BK'ndaki umumi mukavele seçeneği böylesine bir imkanı düzenlemektedir. Bu nedenle işçi teşekküllerinin ve fiili işçi gruplarının bu çerçevede tek bir umumi mukavele yapması Anayasa ile uyuşan bir durum teşkil etmektedir. Ebetteki işçilerin daha iyi korunması ve iş barışının sağlanması anlamında sözkonusu işçi örgütlenmesinin hiç olmazsa belirli bir oranda işçiyi örgütlemiş olması gerektiği yönünde bir düzenlemeye gidilebilir. Ancak bunu ve benzeri seçenekleri burada irdelemeye gerek yoktur. Burada tartışılan asıl sorun, açısından önemli olan işçilerin azınlık halindeyken bile umumi mukavele yapabileceklerini saptamaktır.

BK'ndaki düzenleme herhangi bir sınırlama içermediğine göre, birden fazla umumi mukavelenin aynı zamanda yapılmasının önünde *yasal düzlemde* bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu anayasal ilke çerçevesinde birden fazla umumi mukavele aynı zamanda ve aynı dönem için yapılabilir mi? Bence bu seçenek de işyerinde iş barışını zedelememek amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla Anayasayla bağdaşır gözükmektedir. Önemli olan hukuk sisteminin bu yolla iş barışının bozulmaması için gerekli önlemleri almış olması ve böylece sözkonusu anayasal hükmün amacının gerçekleşmesinin tehlikeye düşmemesidir. Yukarıdaki ilk seçenek çerçevesinde, iş barışının en çok işçiyi örgütlemiş cemiyetin ya da fiili işçi topluluğunun umumi mukavele yapması halinde kural olarak bozulmayacağına dair gerekçeler, burası için de aynen geçerlidir. Hatta bu seçeneğin, en az, işçilerin azınlık olarak örgütlenmeleri durumunda sadece en güçlü olanına TİS yapma yetkisinin tanınması seçeneği kadar işyerinde iş barışını sağlamaya yatkın olduğu söylenebilir. Çünkü, ilk seçenekte sadece işçilerin azınlıkta olan bir kısmı umumi mukavele yapabilecekken diğerleri (çoğunlukta olanlar) beklemek zorunda kalacaklardır. İkinci seçenekte ise, işçilerin yarıdan fazlasının bile birden fazla umumi mukavele kapsamında bulunarak TİS hakkından

pratik olarak da yararlanmaları mümkündür. Bu nedenle, birden fazla umumi mukavele yapılabilmesine yönelik bir yasal düzenleme de, Anayasa ile uyulan bir seçenek teşkil etmektedir.

Ancak, söz konusu anayasal ilkenin gereklerini yerine getirmek ve böylece iş barışını tehlikeye düşürmemek için, bu umumi mukavele çokluğu durumunda da bir iş sözleşmesine sadece bir umumi mukavelenin uygulanması gerekecektir. Aynı biçimde işyerinin düzenine ve işçilerin dayanışma ilişkilerine ilişkin hükümler açısından sadece bir umumi mukavelenin uygulanması gerekecektir. Bilindiği üzere bu hükümler, neredeyse zorunlu olarak ve işin doğası gereği, ya bütün işyeri veya bir işyeri bölümünü ya da kural olarak bütün işçileri veya bir işyeri bölümündeki işçileri esas alan ve bunların tümü için bir düzenleme getiren hükümlerdir⁸². İşte burada bu hükümlerin niteliğine ve bütün işçileri temsil edebilen bir örgütlenme⁸³ bulunmamasına binaen, kendi çatısı altında en çok işçiyi barındıran örgütlülüğün umumi mukavelesine öncelik tanımak gerekecektir. Çünkü, işçileri bir bütün olarak ilgilendiren bu konularda çoğunluğun (bu çoğunluk mutlak çoğunluk olmasa da, demokratik bir çoğunluk sayılabileceğinden) görüşüne, çözümüne öncelik vermek, iş barışını sağlamaya ve TİS hakkını uyuşturmaya yönelik en uygun çözüm niteliğinde görülmektedir.

2.4.4.4. Anayasa yorumunun özgünlüğü ve bunun yukarıda varılan sonuçlara karşı olmaması

Özellikle burada benimsenen örtülü boşluk ve bu boşluğun amaçsal indirgeme yoluyla doldurulmasına ve böylece BK'nun 316 ve 317'inci maddelerinde öngörülmüş olan umumi mukavelenin bütünüyle anayasaya uygun bir biçimde anlaşıl-

⁸² Bak., Aksu, age., s. 159 vd., 169 - 170, 185-186 ve özellikle sayfa 161'de dipnot 451 ve 453'te anılan kaynaklar.

⁸³ Bu anlamda Alman hukukundaki, işyerindeki ya da işletmedeki seçmeye ehil olan işçilerce seçilen ve bütün işçileri bu anlamda temsil eden işyeri ya da işletme temsilciliklerine (ya da komitelerine) değinilebilir.

masına, anayasa hükümlerinin kendine özgü oluşundan ve bunun sonucu olarak anayasanın yorumunun ve uygulanmasının farklılığından hareketle karşı çıkılabilir. Elbette, anayasa, normal yasalardan farklı bir hukuk kaynağıdır. Bu nedenle, anayasa yorumunun ve uygulanmasının kendine özgü özellikleri söz konusu olabilir ve bu, genel yorum ve uygulama ilke ve tekniklerinin belki ek bir özenle uygulanmasını ve duruma göre, sadece anayasaya özgü ilke ve tekniklerin geliştirilmesini gerektirebilir⁸⁴. Ama bu, genel yorum ilkelerinin ve tekniklerinin anayasa alanında hiç uygulanmayacakları anlamına gelmez⁸⁵. Böylece, dilbilgisel, mantıki, tarihi ve sistematik yorum yanında özellikle bir hükmün amacının göz önünde bulundurulması anayasa hükümleri için de aynen geçerlidir⁸⁶. Sistematik yorum yoluyla Anayasanın tek tek kurallarının birbiriyle olan bağlantısından sonuçlar çıkarılır ve böylece çelişkiler giderilmeye çalışılır⁸⁷. Özellikle bu iki yorumun burada tartışılan sorun açısından özel bir önemi bulunmaktadır: Yukarıda bir çok kez anıldığı üzere, söz konusu anayasal hükmün amacı iş barışını sağlamaktır. İşte tam da bu amacın gerçekleştirilmesi, söz konusu hükmün amaçsal indirgemeye tabi tutulmasını ve böylece BK' da öngörülmüş olan yasal düzenlemenin ayakta tutulmasını gerektirmektedir. Yine sistematik ve amaçsal bir bakış açısıyla bu sonuç, Anayasanın TİS hakkına ilişkin hükmünün bir bütün oluşundan, bu bütünlükte ise temel hakkın asıl olmasından ve temel hakkın sınırlanmasının kural olarak *temel hakkın asıl oluşuna tabiliğinden* de bir destek bulmaktadır. Böylece sistematik ve amaçsal yorumun, bütünlüklü ve uyumlu uygulanması söz konusudur. Gerçekten de asıl olan işçilere ve işverenlere TİS hakkının tanınmış olmasıdır. Söz konusu anayasa hükmünün özü budur. Ve bunu sı-

84 Bu konuda bak., Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, s. 2089 vd.; Gören, age., s. 5 - 6; karşı. ayrıca, Sağlam, age., s. 11, 18, 49 - 50.

85 Gören, age., s. 5.

86 Bak., YİBK, 9.3.1955-22/2, RG., tarih: 27 Haziran 1955, sayı: 9039, s. 12218: „Her hükmün lafzı ruhu ile kontrol edilmek gerekir“.

87 Gören, age., s. 5.

nırlayan hükmün anlaşılması ve yorumu söz konusu ise, bütün hükmün özünü oluşturan esasın çıkış noktası olarak alınması gerektiği gibi, bir belirsizlik durumunda asıl ilkenin gerçekleşmesine öncelik vermek gerekecektir.

Gerçekte anayasanın uygulanmasının ve yorumunun kendine özgülüğü, burada, daha çok yukarıda varılan sonuçları destekler niteliktedir. Çünkü „anayasa kuralları, bir yandan Devlet ve toplum için temel önem taşırlar ve değiştirilmeleri zor koşullara bağlanmıştır. Diğer yandan, siyasal yaşamın çok yönlülüğü ve dinamizmi, sürekli bir uyum ve özeni olanaklı kılan esnek kurallar gerektirmektedirler“⁸⁸. Bu nedenle, anayasa mesela medeni hukuktan kural olarak daha fazla ve daha güçlü bir biçimde toplumsal değişikliklere ayak uydurmak zorundadır (law in action). Böylece anayasa yorumcusu, anayasanın esnekliği ve boşlukları nedeniyle, büyük ama ilkeleri belli ve denetlenebilir bir süreç ve açıklık çerçevesinde bir hareket (yorum) serbestisine sahip olabilir. Bu çerçevede özellikle toplu iş hukukuna konu olan durum ve ilkelerin, işçi ve işveren ilişkilerinin dinamizminden kaynaklanan göreceli esnekliğini ve sürekli yoğun değişkenliğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu bağlamda, ayrıca 1982 Anayasasının bir tepki anayasası olmasına⁸⁹ dikkat çekmek gerekiyor. Bu ister istemez Anayasanın temel hak ve özgürlükler konusunda göreceli bir çekinceliliğini beraberinde getirmiştir. TİS hakkına ilişkin sözkonusu sınırlamanın bu tepkisel tavrın bir sonucu olduğu söylenebilir. Ancak Anayasanın kural olarak liberal bir yapıda olduğu ve bireysel özgürlükleri esas aldığı aşikardır. Bu bağlamda ve bunun dışında, “anayasa kuralları, - anayasa olma iddiasında ise - her şeye rağmen yine de anayasa kavramının tarihsel gelişme içerisinde kazandığı temel işlev ve *anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri* göz önünde tutularak, objektif anlamlarıyla yorumlanmak zorundadırlar. Bu anlamda anayasalarda asıl olan hakların güvencesidir. Yasak ya da sınırlamalar, istisna olarak değerlendirilmelidir”⁹⁰. İşte bu bağlamda

88 Gören, age., s. 6; takip eden cümleler için de aynı yer.

89 Bu konuda bak. sadece, Sağlam, age., s. 11, 17-18, 31.

90 Sağlam, age., s. 11, 18.

da TİS hakkının özüne ve arkasında yatan tarihi ve güncel nedenlere dayanarak, özellikle işçiler açısından daha özgürlükçü olan yorumsal sonuca, yani BK'da düzenlenmiş olan umumi mukavelenin bütünüyle yürürlükte olduğu sonucuna varmak için yeterince ikna edici neden bulunmaktadır. Kısacası, bu konuya ilişkin Anayasa hükmünün, hükmün bütünüünün özüne uygun olarak daha özgürlükçü ve esnek bir yapıda anlaşılması gerekir.

2.5. Sonuç

Umumi mukavelenin zımnen mülga olduğu görüşü Anayasadan hareketle de kurulamaz. Bu, Anayasada öngörölmüş TİS sisteminden, TİS hakkının özünden ve arkasında yatan tarihsel gerçekliklerden çıkmaktadır. Bu çerçevede Anayasanın sadece 2822 sayılı Kanun anlamında bir TİS sistemi öngördüğü söylenemez. Böylece anayasaya uygun yorum ilkesine, şüphe halinde özgürlükler yararına yorum ya da mümkün olan en fazla etki ilkesine uygun olarak, 2822 sayılı Kanun anlamında TİS ile umumi mukavelenin birlikte yürürlükte olmasını benimsemek gerekmektedir. Ancak anayasada yeralan bir işyerinde birden fazla TİS yapılamaz ve uygulanamaz kuralı, umumi mukavelenin uygulama alanına önemli bir sınırlama getirmiştir; çünkü, bu kural, işçilerin TİS hakkından, bir işyerinde ancak salt çoğunluk olarak bir örgütlülükte toplanmış olmaları halinde yararlanmalarını öngörmektedir. Bu ilke, bu anlaşılış biçimiyle umumi mukavelenin yürürlüğüne engel değildir: İşkolu barajına takılan ama söz konusu işyerinde salt çoğunluğu örgütlemiş olan bir sendika umumi mukavele yapabilir.

Ancak, bir işyerinde bir dönem için birden fazla TİS yapılamayacağı ve uygulanamayacağı kuralı, varolan TİS sisteminin özü ile tam anlamıyla uyummadığı gibi, bunun işçilerin henüz salt çoğunluk olarak tek bir örgütte toplanamadıkları durum için öngördüğü çözüm, gerçekte hükmün varmak istediği amacı, yani işyerinde iş barışını sağlama amacını, tersine götürmektedir. Kısaca, birbirinden farklı sosyal ve hukuki olgular için tek ve radikal bir çözümün öngörölmüş olması, bu hükmün varmak istediği sonucu doğurmasına yetmemekte

hatta engel olmaktadır. Amaç ile araç ilişkisi bu ilkede tam anlamıyla dengede değil gibidir. Çalışma koşullarının bireysel düzeyde iş akdi ile belirlenmesiyle TİS ile toplu düzeyde belirlenmesi arasında gerçekte bir hukuki nitelik farkının bulunmadığı ve TİS hakkının arkasında yatan tarihsel ve güncel nedenler gözönünde tutulunca; gerçek anlamda iş barışının sağlanmasının, işçilerin TİS hakkından geniş bir çerçevede yararlanmalarını gerektirdiği daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak sözkonusu anayasal ilkenin bir örtülü boşluk içerdiğini kabul etmek ve bu boşluğu bu hükmü amaçsal indirgemeye tabii tutarak doldurmak gerekmektedir.

Bu çerçevede bir işyerinde en çok işçiyi örgütlemiş olan cemiyetin ya da fiili işçi topluluğunun umumi mukavele yapması mümkün olduğu gibi, birden fazla umumi mukavelenin yapılması da Anayasa ile uyuşturulabilir bir seçenek oluşturmaktadır. Özellikle bu son durum açısından işyerinde iş barışının tehlikeye sokulmasını engelleyecek hukuki önlemleri birlikte benimsemek zorunludur.