

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Law Applicable to Individual Employment Contracts

Zeynep Derya Tarman*

ÖZET

27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 2675 sayılı MÖHUK yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, 2675 sayılı MÖHUK'ta tek ve genel bir madde ile düzenlenmiş (m.24) olup özel kurallara yer verilmemişti. Buna karşılık 5718 sayılı MÖHUK, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel bir bağlama kuralının (m.24) yanı sıra taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (m.25), tüketici sözleşmeleri (m.26), iş sözleşmeleri (m.27), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m.28), eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (m.29) bakımından özel bağlama kuralları kabul etmiştir. Bunun gerekçesi, sözleşmeye

* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (ztarman@ku.edu.tr)

uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralın tüm akit tipleri açısından tatmin edici olmaması olarak açıklanmıştır. Bu çalışma, MÖHUK'un iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk (*iş akdi statüsü*) hakkındaki hükmünü tanıtmak amacını taşımaktadır. Bu kapsamda "İş Sözleşmeleri" başlıklı m.27 incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: İş sözleşmeleri; Devletler özel hukuku; Kanunlar ihtilafı kuralları; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), Mutad işyeri

ABSTRACT

Law 5718 concerning Private International Law and International Civil Procedure (the PIL Code) was enacted in 2007, replacing the previous PIL Code, Law 2675. Article 24 of Law 5718 deals with contracts in general, whereas specific types of contracts are regulated in specific articles, such as: contracts regarding real property (art. 25), consumer contracts (art. 26), contracts of employment (art. 27), intellectual property contracts (art. 28) and carriage contracts (art. 29). Employees are regarded as the weaker party in a relationship and therefore their position in an individual employment contract is safeguarded by a special rule. This paper will examine the applicable law to individual employment contracts under the new PIL Code. In this regard Article 27 will be analyzed in detail.

Keywords: Employment contracts, Private international law; Conflict of laws; Turkish Code of Private International Law, Country in which the employee habitually carries out work

I. Giriş

20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), yirmi yılı aşkın uygulamasında bazı hukuki gereksinimleri karşılamakta yetersiz kalmıştır. Milletlerarası

özel hukuk alanındaki AB mevzuatını¹ da dikkate alarak gerekli değişiklikleri yapmak ve kanunun 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla getirilen yeni hükümlere uygunluğunu sağlamak amacıyla 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı yeni bir MÖHUK hazırlanmış ve bu kanun 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.² 2675 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmeyen birçok konuya 5718 sayılı MÖHUK'ta yer verilmiştir. Yeni düzenlemeler genellikle akitler ve akit dışı borç ilişkileri alanında olmuştur. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, 2675 sayılı MÖHUK'ta tek ve genel bir madde ile düzenlenmiş (m.24) olup özel kurallara yer verilmemişti. Buna karşılık 5718 sayılı MÖHUK, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel bir bağlama kuralı (m.24) ve taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (m.25), tüketici sözleşmeleri (m.26), iş sözleşmeleri (m.27), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m.28), eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (m.29) bakımından özel bağlama kuralları kabul etmiştir. Bunun nedeni, sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralın tüm akit tipleri açısından tatmin edici olmamasıdır. Bazı akit tipleri için özel bağlama kurallarının kabul edilmesi, birçok Avrupa devletinin milli devletler özel hukuku kanunlarının ve Roma I Tüzüğü'nün izlemiş olduğu bir yöntemdir.³ MÖHUK'un özel akit tipleri için getirdiği kurallar, Roma I düzenlemesi ile aynı olmamakla birlikte benzer yaklaşımları ve kriterleri kabul etmiştir.

¹ Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 1980 tarihli Konvansiyon'u (AET-Roma Sözleşmesi) bir tüzüğe (Roma I) dönüştürme çalışmaları tamamlanmıştır. Akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü (Roma I), 592/2008 EC numarasını alarak 4.7.2008 (L.177, s.6) tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tüzük 17.12.2009 tarihinden sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacaktır (m.28). Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü (Roma II), 864/2007 EC numarasını alarak 31.7.2007 (L199, s. 40) tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tüzüğü esasa ilişkin hükümleri 11.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.32).

² 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5718 sayılı MÖHUK'un 64. maddesinin (1). fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Bkz. İsviçre Devletler Özel Kanunu (IPRG) m.118-122; Almanya Devletler Özel Kanunu (EGBGB) m. 28/f.3-4, 29-30; Roma I Tüzüğü, m.5-8.

Günümüzde ülkeler arasındaki ekonomik, ticari, siyasi ve kültürel ilişkiler sıklaştıkça bir ülkeden diğer bir ülkeye çalışmak üzere gidenlerin sayısı da artmaktadır. Buna bağlı olarak, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yabancılık unsuru ihtiva eden iş hukuku ilişkileri ülkemiz bakımından ayrı bir öneme sahiptir, çünkü Türkiye işçi gönderen ülkelerin başında gelmektedir.⁴ Çok sayıda Türk firması yabancı ülkelerde iş yapmakta ve yabancı ülkelerdeki işlerinde genellikle Türk işçilerden yararlanmaktadır. İş sözleşmelerinde diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak sözleşme tarafları arasında sosyal ve ekonomik bakımdan bir eşitlik bulunmamaktadır. İş sözleşmelerinde sözleşme taraflarından birisi kural olarak emeğini, sözleşmenin diğer tarafı ise sermaye ve organizasyonunu ortaya koymaktadır. Bu tür ilişkilerde emeğini ortaya koyan taraf kural olarak zayıf durumdadır ve pazarlık imkanı istisnai durumlar dışında bulunmamaktadır. Bundan dolayı, iş sözleşmelerinin klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılması gerektiği kabul edilmektedir.⁵ İç hukukumuzda iş sözleşmelerinde taraflar arasındaki dengesizliği dikkate alan kanun koyucu, iş hukuku ile ilgili mevzuatta ağırlıklı olarak emredici hükümlere yer vermiştir. Ancak, kanun koyucu iç hukukta gösterdiği bu hassasiyeti 2675 sayılı MÖHUK'ta göstermeyip konu ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yabancılık unsuru ihtiva eden sözleşme taraflarından birisinin sosyal ve ekonomik bakımdan korunmaya muhtaç olduğu düşüncesi, batılı ülkelerin kanuni düzenlemelerine konu olmuştur. AET alanında 19.6.1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü, milletlerarası iş sözleşmeleri bakımından özel düzenlemelere yer vermiştir.⁶ 5718 sayılı MÖHUK, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen bir maddeye yer vererek bu gelişimin gerisinde kalmamıştır. Bu çalışma,

⁴ Türkiye ile çeşitli Avrupa ülkeleri arasındaki hizmet ilişkisine uygulanacak kanunu da tespit eden ikili sözleşmeler için bkz. Tuncay, s. 895.

⁵ Tunçomağ/Centel, s. 10-11; Nomer/Şanlı, s. 330; Tekinalp, s. 309; Tekinalp 2006, s. 319; Doğan, s. 10; Öztürk, s. 806.

⁶ Bkz. Roma Sözleşmesi m.6, Roma I Tüzüğü m.8.

MÖHUK'un iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk (*iş akdi statüsü*) hakkındaki hükmünü tanıtmak amacını taşımaktadır. Bu kapsamda “İş Sözleşmeleri” başlıklı m.27 incelenecektir.

m.27(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. (4) Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

II. Genel Olarak m.27

1. Kavram Olarak İş Sözleşmeleri

MÖHUK m.27, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG) m.121'e uygun olarak, *iş sözleşmeleri* başlığını taşımaktadır. Buna karşılık, Alman Devletler Özel Hukuku Kanunu (EGBGB) m.30, *bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri* başlığını taşımaktadır. Bu itibarla, m.30 sadece geçerli iş sözleşmelerini değil, hükümsüz olmasına rağmen ifa edilmeye başlanan iş sözleşmelerini ve iş ilişkilerini de kapsamaktadır.⁷ EGBGB m.30 başlığı ile MÖHUK m.27 başlığı karşılaştırıldığında bizim kanunumuzun ilk bakışta bireysel iş ilişkilerini kapsamadığı sonucu çıkarılabilir. Ancak kanun koyucu bilinçli olarak iş ilişkilerini bu madde kapsamı dışında bırakma amacı taşımamıştır. Zira iç hukukumuzda da iş ilişkileri iş hukukunun korumasından yararlanmaktadır.⁸ Bunun yanı sıra, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m.44, *iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları* başlığını taşımaktadır. Bu madde

⁷ Rauscher, s. 259; Kegel/Schurig, s. 684; Reithmann/ Martiny, N. 1938; v. Hoffmann/Thorn, s. 459.

⁸ Tunçomağ/Centel, s. 49.

başlığının m.27 ile uyumlu olmaması eleştirilebilecek bir husus olmakla beraber m.27'nin kapsamına iş ilişkilerinin de girdiği sonucunun çıkarılmasına yardımcı olacak niteliktedir.

İş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu, bir vasıflandırma meselesidir ve *lex foriye* göre tesbit edilir. Özel hukuka ait iş sözleşmesi, taraflardan birinin (işçi), diğer tarafa (işveren), şahsi bağlılık içerisinde ücret karşılığı şahsen bir hizmet ifa etmesidir.⁹ Şahsi bağlılık, işçinin işverenin talimatı ve kontrolü altında çalışmasını ifade eder. İş sözleşmelerinin karakteristik özellikleri, işçinin bir hizmet ifa etmesi, işçinin şahsi bağlılığı ve işçiye ücret ödenmesidir.¹⁰ İşverenin talimatı doğrultusunda değil de bağımsız olarak çalışanlara ilişkin hizmet sözleşmeleri MÖHUK m.24 uyarınca tespit edilecek olan hukuka tabidir.

2. Uygulama Alanı

Uygulanacak hukukun MÖHUK hükümlerine göre tespiti için iş sözleşmesinin yabancılık unsuru ihtiva etmesi gerekmektedir. İş hukukunda yabancılık unsuru ile kastedilen, işçinin veya işverenin¹¹ yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunuyor olması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılıyor olmasıdır.¹² Sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile sözleşmeyi milletlerarası

⁹ Tunçomağ/Centel, s. 48; Nomer/Şanlı, s. 330; Tekinalp, s. 399; Çelikel/ Erdem, s. 359.

¹⁰ Tunçomağ/Centel, s. 93; Reithmann/Martiny, N. 1872; Hoffmann/Thorn, s. 459.

¹¹ 5.6.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde Türkiye'de Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan yabancı sermayeli şirketler Türk Şirketidir. Dolayısıyla yabancı sermaye ile kurulan ortaklıklar yabancı işveren statüsünde değildir.

¹² Yargıtay'a göre, "... İş akti, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir". Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316; K. 1989/411 (YKD 1990, s. 176-180); Bir hizmet akdinin ne zaman yabancılık unsuru taşıdığı hakkında bkz. Tuncay, s. 899.

karakterli hale getirip getiremeyecekleri tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹³, tarafların akdi ilişkilerine yabancı bir hukuku seçebilmeleri için bu akdi ilişkinin mutlaka bir yabancılık unsuru ihtiva etmesi gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre¹⁴ ise, taraflar yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmak suretiyle aralarındaki akdi yabancılık unsuru taşıyan bir akit haline getirebilirler.

MÖHUK m.27 uyarınca uygulanacak olan iş akdi statüsü, ücret ödenmesi, izin süreleri, tazminat, işverenin değişmesi durumunda iş sözleşmelerinin devri, akdin feshi, rekabet yasağı, işçi buluşları¹⁵, kurum içi emeklilik dahil olmak üzere kural olarak iş sözleşmesinin içeriğine, hükümlerine (tarafların hak ve borçlarına ve bunların ihlali halinde doğacak sonuçlara), ifa edilmesine ve sona erdirilmesine ilişkin konulara hakimdir.¹⁶ İş akdi statüsü, iş hukukunun sadece sözleşmesel olarak vasıflandırılan konularında değil, işçinin talebinin haksız fiile dayanması durumunda işverenin sorumluluğu hakkında da uygulama alanı bulacaktır.¹⁷ Zira taraflar arasında mevcut bir ilişki varsa o ilişkiye uygulanan hukukun haksız fiillere de uygulanması uygun bulunmaktadır. Bu durum haksız fiilin fer'i bağlanması olarak nitelendirilmektedir.¹⁸

III. Hukuk Seçimi

İş sözleşmelerine uygulanacak olan hukukun taraflarca belirlenip belirlenemeyeceği hususu, milletlerarası özel hukuk alanında gösterdiği gelişim açısından ilgi çekicidir. Önceleri iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin bulunması nedeniyle iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin söz konusu olamayacağı düşüncesi ağır basmaktaydı. Zamanla

¹³ Çelikel/Erdem, s. 318; Tekinalp, s. 336; Tuncay, s. 899; Reithmann/Martiny, N. 1880.

¹⁴ Nomer/Şanlı, s. 311.

¹⁵ MÖHUK m.28/f.3, işçinin işinin kapsamında ve işin ifası sırasında yarattığı fikri ürünler üzerindeki fikri mülkiyet haklarıyla ilgili işçi-işveren arasında gerçekleşecek sözleşmelerin, MÖHUK'un bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tayin eden 27. maddedeki özel bağlama kuralının kapsamına dahil olduğunu gösteren bir atıf içermektedir.

¹⁶ Nomer/Şanlı, s. 331; Reithmann/Martiny, N. 1911 vd.

¹⁷ Rauscher, s. 259.

¹⁸ Nomer/Şanlı, s. 348.

iş sözleşmelerinin özel hukuka ilişkin hükümlerinde hukuk seçimi yapılabileceği düşüncesi ağırlık kazandı. Günümüzde ise sözleşmeler alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, iş sözleşmelerinin de bir bütün olarak hukuk seçimine konu olabileceği kabul edilmiş ve iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralları düzenlenirken taraf iradesine ilk sırada yer verilmiştir.¹⁹ Hiç kuşkusuz, iş sözleşmeleri alanında emredici hükümlerin önemi yadsınmaz. Ancak buna rağmen tarafların iradesine bırakılmış ve hukuk seçimine imkan tanıyan alanların mevcudiyeti fazladır. Milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmelere uygun olarak, MÖHUK m.27'ye göre taraflar iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku kural olarak seçebilirler. Tarafların uygulanacak hukuku tespit ettikleri durumlarda, m.2/f.4'e uygun olarak seçilen bu hukukun yalnızca maddi normlarının nazara alınması, kanunlar ihtilafı normlarının nazara alınmaması irade muhtariyeti prensibinin ruhuna uygun olacaktır.²⁰

1. Seçimin Yapılış Şekli

Tarafların irade beyanlarının şekline ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması, sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kuralın (m.24) iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla sadece açık²¹ değil, zımni irade beyanı ile de iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin yapılması mümkün olabilecektir. İş sözleşmeleri alanında zayıf durumda bulunan işçinin menfaatlerini korumak amacıyla borç akitlerinde genel olarak izlenen esastan ayrılmak suretiyle yalnızca açık hukuk seçiminin kabul edilmesi ve zımni iradenin reddedilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.²² Ancak, günümüz Alman ve

¹⁹ Reithmann/Martiny, N. 1875.

²⁰ Nomer/Şanlı, s. 315; Tekinalp, s. 339; Reithmann/Martiny, N. 1886.

²¹ 2675 sayılı MÖHUK m.24'te, *sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir* ifadesinde yer alan "açık" kelimesine rağmen doktrinde bir kısım yazarlar, zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin reddedilmediğini, sözleşme taraflarının hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğunun açıkça tespit edilebilmesi durumunda kanunun aradığı manada açık bir hukuk seçiminin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. 2675 sayılı MÖHUK m.24'e göre, zımni hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği hakkındaki görüşler için bkz. Tekinalp 2006, s. 291; Doğan, s. 20. Karşı görüş için bkz. Ekşi, s. 122.

²² Nomer/Şanlı, s. 333.

İsviçre hukuklarında, iş hukuku alanında hukuk seçiminin şekli ile ilgili olarak genel borç akitleri için kabul edilen esaslardan ayrılma gereği duyulmamıştır. Kanaatimce de iş sözleşmelerinde taraflar açık veya zımni iradeleriyle hukuk seçimi yoluna gidebilmelidirler. Uygulanacak hukuk konusunda açık bir irade beyanı bulunmamasına karşın, birtakım kriterlerden hareketle, tarafların belli bir hukuk düzeninin sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri sonucuna varılabiliyorsa hukuk seçiminin zımni olarak yapıldığı kabul edilir.²³ İş sözleşmeleri bakımından zımni iradenin belirlenmesinde, işçinin ücretinin belirli bir devlet para biriminden kararlaştırılması, tarafların sözleşmelerinde belirli bir hukuka özgü terim ve kavramları kullanmaları, belirli bir dili kullanmaları, sözleşmenin belirli bir hukuka tabi bir başka sözleşme ile irtibatlı olması gibi kriterler dikkate alınır.²⁴

Hukuk seçiminin toplu iş sözleşmeleri yoluyla yapılıp yapılamayacağı hususu Türk doktrininde tartışmalıdır.²⁵ Hukuk seçiminin toplu iş sözleşmesi yoluyla yapılamayacağı görüşünde olanlar, hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmanın kanunlar ihtilafı açısından sonuç doğurması için belirli bir iş sözleşmesi hakkında yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bunun yanı sıra, MÖHUK m.27'de olduğu gibi IPRG m.121'de de toplu iş sözleşmelerine yer verilmediği ve dolayısıyla maddenin sadece bireysel iş hukukunu kapsadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda TİSGLK (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu) m.6/f.1²⁶ hükmüne dayanarak toplu iş sözleşmeleri yoluyla hukuk seçimini kabul etmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²⁷ Buna karşılık, toplu iş sözleşmeleri yolu ile taraflara akdi ilişkiye uygulanacak hukuku tespit edebilme imkanının tanınmasının uygun olacağı özellikle

²³ Çelikel/Erdem, s. 364; Nomer/Şanlı, s. 314-315; Tekinalp, s. 341.

²⁴ Öztürk, s. 816-817.

²⁵ Öztürk, s. 810 vd.

²⁶ Bkz. TİSGLK m.6/1 uyarınca, *toplular iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplular iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplular iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplular iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akidinde düzenlenmeyen hususlarda toplular iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır.*

²⁷ Öztürk, s. 811. Aynı görüş için bkz. Ekşi, s. 123-124.

Alman doktrininde ileri sürülmüştür.²⁸ Toplu iş sözleşmeleri yoluyla hukuk seçiminin kabul edilmesi durumunda, farklı maddi iş hukuku hükümlerinin uygulanması sonucu işçiler arasında ortaya çıkması muhtemel farklılık önlenmiş olacağı gibi, akdi ilişkide zayıf durumda olan işçinin hukuk seçimi yoluyla zarar görme durumu da ortadan kalkacaktır. Zira toplu iş sözleşmelerinde taraflardan birisinin zayıf durumda olması söz konusu değildir. Alman doktrinindeki görüşler dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesi yoluyla hukuk seçimine izin vermenin işçi açısından bir sakınca doğurmayacağı ve dolayısıyla bu yol ile yapılacak bir hukuk seçiminin dikkate alınabileceği kanaatindeyim.

2. Sınırlar

İş sözleşmelerinde taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal eşitsizlikten dolayı, irade muhtariyeti prensibine akdin zayıf tarafını korumak amacıyla bazı sınırlamalar getirilmiştir.²⁹ Amaç, işverenin ekonomik gücünü kullanarak kendisi açısından elverişli kanun seçimi konusunda işçiyi anlaşma yapmaya zorlamasını engellemektir.³⁰ İş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin getirilen sınırlamalar her devlet hukukunda farklı olmuştur. İsviçre’de milletlerarası özel hukuk alanında kanun koyucu iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi serbestisini belirli hukuk düzenleriyle sınırlamıştır. Buna göre, taraflar işçinin mutad meskeni, işverenin işletmesinin bulunduğu yer, işverenin ikametgahı veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuklarından birini seçebilirler (IPRG m.121/f.3). Bu sınırlama esasına göre, akdi ilişki önceden belirlenmiş olan hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeni ile daha sıkı ilişki içinde bulunsa ve hatta bu hukuk düzeninde işçiyi koruyucu daha elverişli hükümler yer alsa dahi, taraflar önceden tespit edilmiş olan hukuk düzenlerinden başkasını akitlerine uygulanmak üzere seçme imkanına sahip değildirler. Buna karşılık, Alman hukukunda taraflarca seçilen

²⁸ Alman hukukundaki görüşler için bkz. Hoffmann/Thorn, s. 459. Toplu iş sözleşmesinin Alman hukukuna tabi olması durumunda hukuk seçimi geçerli olacaktır (Bkz. Alman Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu m.1). Reithmann/Martiny, N. 1876.; Doğan, s. 53 vd.

²⁹ Çelikel/Erdem, s. 361; Nomer/Şanlı, s. 333; Tekinalp, s. 400; Doğan, s. 58.

³⁰ Doğan, MHB, s. 24.

hukuk ile objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin karşılaştırılması ve işçi lehine olan hükümlerin kabul edilmesi yoluyla hukuk seçiminin sınırlanması söz konusudur (EGBGB m.30/f.1)³¹. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü m.8³², objektif akit statüsünün işçiye getirdiği asgari koruma dışında kalan konularla sınırlı bir irade muhtariyeti ilkesini benimsemiştir.³³ “*Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama*” olarak adlandırılan bu çözüm şekli, MÖHUK m.27’de de kabul edilmiştir.

Yararlılık ilkesi, Türk hukukuna yabancı olmayıp maddi iş hukuku alanında zayıf durumda olan işçiyi sosyal bakımdan koruma düşüncesinin gerçekleşmesine hizmet eden bir ilkedir.³⁴ Bu ilke hukuki temelini kollektif iş hukukunda bulmaktadır.³⁵ İç hukukta toplu iş akitleri ile bireysel akitlerin karşılaştırılması yapılırken, milletlerarası iş sözleşmelerinde iki farklı hukuk düzeni – objektif ve subjektif akit statüsü – arasında bir karşılaştırma yapılmakta ve işçi için elverişli hükümler tespit edilmektedir. Milletlerarası iş hukuku alanında temel problem elverişli hukuk araştırılırken hangi karşılaştırma yönteminin esas

³¹ EGBGB m.30/f.1: “*İş akitlerinde ve iş ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi, işçiye 2. fıkraya göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı onun elinden alacak şekilde yapılamaz.*”

³² Roma I Tüzüğü m.8/f.1: “*İş sözleşmelerine 3. madde uyarınca tarafların seçtikleri hukuk uygulanır. Ancak bu hukuk seçimi, işçiye 2.,3. ve 4. fıkralara göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak şekilde yapılamaz.*”

³³ İş hukuku alanında 96/71 sayılı ve 16.12.1996 tarihli hizmet sunumu çerçevesinde başka bir üye devlete işçi gönderilmesine ilişkin Direktif, Roma Konvansiyonu m. 6 (veya Roma I Tüzüğü m. 8) öncelikli olarak uygulanacaktır (Direktif m.20). Buna göre, üye ülkeler başka bir üye ülkeye işçi gönderilmesi durumunda gönderilen üye ülkede geçerli olan iş hukuku hükümlerini hukuk seçiminden bağımsız olarak uygulamayı sağlamakla yükümlüdürler. Bu direktif, işçiyi korumaktan ziyade rekabetin korunması amacıyla hizmet etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hoffmann/Thorn, s. 462 vd; Reithmann/Martiny, N. 1865 vd.

³⁴ İşçiye yararlılık esası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ/Centel, s. 399 vd.

³⁵ Yararlılık ilkesi, iş hukuku alanında bireysel iş akitlerinde toplu sözleşmelere aykırı hükümlerin bulunması durumunda nazara alınmaktadır. Bu esas Türk hukukunda şu şekilde ifade edilmektedir: “*Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akitinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir (TİSGLK m.6 II).*”

alınacağıdır.³⁶ Pozitif düzenlemelerde konu ile ilgili bir açıklık yoktur. Tekli karşılaştırma, diğer bir ifadeyle hükümlerin tek tek karşılaştırılması suretiyle işçi için elverişli hükümlerin bulunması ve uygulanması işçi aleyhine olan hükümlerin dışlanması yöntemi kabul edilecek olursa, yeni ve hiçbir ülkede uygulanma kabiliyeti olmayan bir hukuk düzeni yaratılmış olacaktır ki bu durum, kanunlar ihtilafı kurallarının amacını aşacaktır. Kanun hükümlerinin tek tek değil, birbirleriyle bağlantılı hükümlerin (örn. Yıllık izin süresi, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli olan çalışma süresi ve yıllık izin ücretinin yüksekliği) grup bazında karşılaştırılması daha sağlıklı bir sonuç verecektir.³⁷ Bu yöntemde birbiriyle bağlantılı hükümler birlikte nazara alınıp karşılaştırma yapılmakta ve dolayısıyla menfaatlerin işçi lehine toplanmasının ve bu yolla yeni bir hukuk düzeni yaratılmasının önüne geçilmektedir.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.27 uyarınca iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla ancak işçi lehine olmak kaydıyla sınırlı olarak tanınmıştır.³⁸ Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama yöntemine göre, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirilmemektedir. Sözleşme tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilme imkanına sahiptirler. Ancak, tarafların seçmiş oldukları bu hukuk düzeni işçiye, kanunlarda tespit edilmiş objektif iş akdi statüsünün emredici hükümlerince sağlanmış olan korumadan daha az bir koruma

³⁶ Yararlılık değerlendirmesinin nasıl yapılacağı konusunda tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, MHB, s. 29; Doğan, Konferans Yayınları Serisi, s. 114-117.

³⁷ Reithmann/Martiny, N. 1883; Doğan, Konferans Yayınları Serisi, s. 117. Buna karşılık, Nomer uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan kanun hükümlerinin münferit olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Nomer/Şanlı, s. 333.

³⁸ Nomer/Şanlı, s. 333; Hoffmann/Thorn, s. 458.

sağlayamaz.³⁹ Seçilen hukuk, m.27/f.2 uyarınca uygulanacak olan hukukun sağladığı korumadan daha geride kalıyor ise, tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, objektif iş akdi statüsünün işçiyi koruyucu hükümleri uygulanacaktır. Hakim, değerlendirmeyi yaparken makul bir kişi aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih ederdi ise bunu nazara alacaktır.⁴⁰ Örneğin işveren D, Saarbrücken’de (Almanya) bir araba tamirhanesi işletmektedir. Tamirhanede Fransız vatandaşı mekanikçi F çalışmaktadır. İş sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak Fransız Hukuku kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin akdedilmesinden kısa bir süre sonra, D F’nin işe birkaç kez geç gelmesinden dolayı iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Fransız iş hukuku, sözleşmenin hukuka aykırı olarak sona erdirilmesi halinde tazminat öngörmektedir. Buna karşılık, Alman hukuku haksız fesih durumunda iş sözleşmesinin devam ettiğini kabul etmektedir. F, geçerli bir hukuk seçimine rağmen kendi lehine olan mutad işyeri hukukuna dayanabilecektir. Dolayısıyla objektif bağlama kuralı uyarınca yetkili olan hukukun – Alman hukuku – işçiyi koruyan emredici hükümleri taraflar bir hukuk seçimi yapmış olsalar dahi saklı kalacaktır. Aynı şekilde, mutad işyeri hukukunda kıdem tazminatı seçilen hukukta öngörülenden daha yüksekse, kıdem tazminatını hukuk seçimine rağmen mutad işyeri hukukuna göre belirlemek gerekecektir. Bu durumda tarafların hukuk seçimi tamamen geçersiz olmayacak, yalnızca ilgili hüküm grupları bakımından – kıdem tazminatı – seçilen hukukun yerine objektif akit statüsünün hükümleri uygulanacaktır.⁴¹ Dolayısıyla bir iş sözleşmesine uygulanacak olan hukuk, kural olarak seçilen hukuktur. Ancak emredici hükümler bakımından objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanması gereken ülke hukukunun hükümlerinin – işçinin daha lehine ise – uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir.⁴²

³⁹ Reithmann/Martiny, N.1883.

⁴⁰ Yararlılık değerlendirmesi ile ilgili olarak objektif değerlendirme ölçüsü ve subjektif değerlendirme ölçüsü olmak üzere iki öneri bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, MHB, s. 28-29; Doğan, Konferans Yayınları Serisi, s. 117-118.

⁴¹ Doğan, s. 73.

⁴² Rauscher, s. 260.

IV. Objektif Bağlanma Noktası

MÖHUK m.27/f.2, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda iş sözleşmesine uygulanacak olan hukuku düzenlemektedir. Tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda dahi m.27/f.2 uyarınca uygulanacak olan hukukun tespiti zorunludur, zira hukuk seçiminin sınırlarını objektif bağlanma noktasıyla tespit edilecek olan hukuk çizmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, taraflarca bir hukuk seçimi yapılırsa dahi, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun işçiyi koruyan emredici hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir.⁴³

1. Mutad İş Yeri

MÖHUK m.27/f.2 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları veya hukuk seçiminin m.32 uyarınca geçerli olmaması durumunda iş sözleşmesine işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku (*lex loci laboris*) uygulanır.⁴⁴ İşin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği yer mutad işyeri hukuku olarak tanımlanır. (A) ülkesindeki bir işletmenin, (B) ülkesinde çalıştırmak üzere aldığı işçi sadece (B) ülkesinde çalışacak ise kural olarak işçinin işini ifa ettiği (B) ülke hukuku geçerli olacaktır. Mutad işyerinin değişmesi durumunda iş sözleşmesinin tabi olacağı hukuk (*iş akdi statüsü*) da buna bağlı olarak değişecektir. Dolayısıyla iş akdi statüsünün değişkenliği söz konusudur.⁴⁵

İş sözleşmeleri hakkında özel kanuni bir düzenleme bulunmadığı dönemde, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk gerek mahkeme⁴⁶ gerekse

⁴³ Nomer/Şanlı, s. 333.

⁴⁴ Karşılaştırmalı hukukta da objektif bağlama kuralı olarak ilk aşamada iş yeri hukuku nazara alınmıştır. Bkz. EGBGB m.30/f.2; IPRG m.121/f.1; Roma I Tüzüğü m.8/f.2.

⁴⁵ Reithmann/Martiny, N. 1184.

⁴⁶ İş sözleşmeleri hakkında özel bir hükmün bulunmadığı önceki kanun döneminde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak genel kural niteliğindeki m.24/f.2 uyarınca iş sözleşmeleri açısından

doktrin tarafından MÖHUK m.24 aracılığıyla tespit ediliyordu. 2675 sayılı MÖHUK m.24 uyarınca, *tarafaların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku...* uygulanmaktaydı. MÖHUK m.24/f.2'den hareketle *karakteristik edim borçlusunun ifa yeri hukukunun*, iş sözleşmeleri bakımından işverenin işyeri hukuku olduğu sonucuna varılıyordu.⁴⁷ Buna karşılık, 5718 sayılı MÖHUK m.24/f.4 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, objektif bağlanma noktası olarak o sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirler. Sözleşmeler için genel bağlanma kuralı olarak kabul edilen en sıkı ilişki m.24/f.4'te *karakteristik edim* kavramıyla somutlaşmıştır. Buna göre, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur. İş sözleşmeleri bakımından karakteristik edim borçlusu olan işçinin mutad meskeni hukuku iş sözleşmelerinin sosyal içeriğini dikkate almadığı gerekçesiyle kabul edilmemiştir. İş sözleşmeleri bakımından özel bir kural niteliğini taşıyan MÖHUK m.27, iş sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edimin ifa yeri hukuku olan mutad işyeri hukukunu belirlemiştir. İşçinin işinin tamamını veya bir kısmını müşterileri veya işvereni ile internet üzerinden temasa geçmek suretiyle evinde ifa etmesi durumunda mutad işyeri işçinin evidir.⁴⁸

Objektif bağlama kuralı olarak kabul edilen mutad işyerinin uzun bir süre için dahi olsa geçici olarak değişmesi, bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğurmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması örneğin, montaj için yurtdışında görevlendirilmesi durumunda bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır.

borcun ifa yeri hukukunu şu şekilde tespit etmiştir: "...iş akitlerinde ifa yeri, işçinin hizmet edimini ifa edeceği yer olup, davacı işçi edimini Mekke Şehri orta okul inşaatı işyerinde ifa edeceğinden dolayı, ifa yerinin Suudi Arabistan olduğu ve bu devlet hukukunun uygulanması gerekeceği açık ve seçiktir." Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316; K. 1989/411 (YKD 1990, s. 176-180).

⁴⁷ Tekinalp 2006, s. 317; Ekşi, s. 126-127.

⁴⁸ Rauscher, s. 263.

Geçici görevlendirmeler mutad işyerinin *yayılmaması* olarak nitelendirilir.⁴⁹ MÖHUK m.27/f.2, bu hususu ayrıca düzenleyerek bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütleri önlemiştir. Ancak ifanın gerçekleştirildiği yerde iş güvenliği, çalışma saatleri, tatil günleri vb. konulardaki hükümler m.33 uyarınca dikkate alınacaktır. “*İfanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirler*” başlığını taşıyan ve satım sözleşmeleri düşünülerek kabul edilmiş olan m.33’ün, iş sözleşmelerinde nasıl uygulanacağı konusu henüz açıklığa kavuşmamıştır.⁵⁰ Bu maddede ifanın fiilen gerçekleştirildiği ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk yanında dikkate alınması gerekliliği düzenlenmiştir. İfanın fiilen gerçekleştirildiği ülke hukukunun sözleşme statüsünü bertaraf etmesi söz konusu değildir.

Hangi durumlarda mutad işyerinin geçici olarak değiştiği hususunda değişik görüşler bulunmaktadır.⁵¹ Alman doktrinindeki bir görüşe göre, baştan itibaren geri dönülecek tarihin belli olması ve geçici görevlendirmenin on iki istisnai olarak yirmi dört ayı geçmemesi durumunda geçici görevlendirmeden söz edilir.⁵² Örneğin, Portekizli bir işverenin, işçilerini dokuz ay süreyle Berlin’deki bir şantiyede görevlendirmesi durumunda iş sözleşmeleri işçilerin Almanya’da buldukları süre zarfında da kural olarak Portekiz hukukuna tabidir. Geçici olarak görevlendirmenin belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmasını doğru bulmayanlar,⁵³ görevlendirmenin geçici olup olmadığına görevlendirmenin amacına bakılarak karar verilmesi gerektiğini ifade ederler. Bu gönderme ile tarafların neyi istediklerinin – özellikle süre ve aktarılan işlerin niteliği dikkate alınarak – objektif kıstaslara göre kesin olarak belirlenmesi gerekir. İşçinin bir başka ülkede çalışmak üzere uzun süreli gönderilmesi halinde mutad işyerinin varlığını değişmeden sürdürebilmesi için işçi ile işverenin iradelerinin bu doğrultuda olması gerekir. Örneğin, Almanya’da çalışan demir işçilerinin bir montaj görevi ile üç senelik bir zaman dilimi için Suudi Arabistan’a

⁴⁹ Çelikel/Erdem, s. 362; Tekinalp, s. 403; Tuncay, s. 909.

⁵⁰ Reithmann/Martiny, N. 1904.

⁵¹ Doğan, Konferans Yayınları Serisi, s. 120.

⁵² Hoffmann/Thom, s. 461.

⁵³ Rauscher, s. 261; Reithmann/Martiny, N. 1888.

gönderilmeleri geçici olarak kabul edilmelidir. Ancak uygulamada iş akdi statüsünün Alman hukuku olarak devam edeceğinin açıkça belirtilmesi tavsiye edilmektedir. Buna karşılık, işçi sadece yabancı ülkede çalışmak için işe alınmış ise ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, yabancı ülkede çalışmak üzere gönderilen işçinin fiilen çalıştığı yer, mutad işyeri haline gelir⁵⁴. Sonuç olarak, geçici çalışmanın ne kadar süreceği kanımca da her olayın özelliğine göre hakim tarafından tayin olunmalıdır.

2. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke

Günümüz ekonomisinde işçinin işini aynı yoğunlukta ve devamlı olarak farklı ülkelerde ifa etmesi sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur. İşçinin işini mutad bir meskende ifa etmemesi durumunda (örneğin, uluslararası nakliye araçlarında, açık denizlerde, uluslararası montaj işlerinde çalışan personel, dans ve sirk toplulukları gibi turne toplulukları v.b.) mutad işyeri bağlantısı ağırlığını kaybedeceğinden uygun bir bağlanma noktası olmayacaktır. İşin hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan yerlerde, örneğin açık denizlerde ifa edilmesi durumunda da mutad işyeri bağlanma noktası olarak bir sorun teşkil etmektedir. Bu gibi durumlarda mutad işyerinin neresi olduğu, hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususu, tarafları belirsizliklerden ve zorluklardan korumak amacıyla ayrıca düzenlenmiştir. MÖHUK m.27/f.3 uyarınca, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Esas işyeri ile kastedilen işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir. Bu kural, havayolu şirketlerinin uçuşta görevli personeli ve açık denizlerde görev alan gemi mürettebatı bakımından önem taşımaktadır⁵⁵. Uçaklarda ve gemilerde çalışan işçilere uygulanacak hukuk bakımından işverenin esas işyeri hukuku yerine

⁵⁴ Tekinalp, s. 404.

⁵⁵ Çelikel/Erdem, s. 364.

bayrak ülkesi hukukunun veya sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulama alanı bulması gerektiğini ileri sürenler de vardır.⁵⁶

Alman ve İsviçre hukukları, işverenin birden fazla işyerinin bulunması veya işyerinin bulunmaması durumunda uygulanacak ülke hukukunu belirlemek amacıyla ek düzenlemelere yer vermişlerdir. Zira işçiyi işe alan işyeri, işverenin merkez işyeri olabileceği gibi ikinci işyeri veya bağımsız bir yavru şirketin de işyeri olabilir.⁵⁷ Alman hukukunda, işverenin birden fazla işyerinin bulunması durumunda işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku esas alınacaktır (EGBGB m.30/f.2 Nr. 2). İsviçre hukukunda işverenin esas işyerinin bulunmaması durumunda ise işverenin mutad meskeni hukuku (IPRG m.121/f.2) uygulanacaktır. İşverenin birden fazla işletme merkezi bulunması veya işletme merkezinin bulunmaması durumunda hangi ülke hukukunun dikkate alınacağı hususu ne yazık ki m.27/f.3'te belirtilmemiştir.

3. İstisna Hükümü

Taraflar aralarındaki iş sözleşmesine uygulanacak hukuku açık veya zımni iradeleri ile seçmemişlerse veya hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen seçim sözleşmesi herhangi bir nedenden dolayı geçersiz ise, bu durumda akdi ilişki kural olarak objektif olarak tespit edilmiş bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk düzenine tabi tutulmaktadır. Sıkı ilişki esasından hareket edilerek tespit edilmiş olan objektif bağlama kuralları birer karineden başka bir niteliğe sahip değildirler. Ne mutad işyeri hukuku (m.27/f.2) ne işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku (m.27/f.3) her durumda uygulanması zorunlu bağlama kuralları değildirler.⁵⁸ MÖHUK m.27/f.4 uyarınca, *halin bütün şartlarına göre iş*

⁵⁶ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Reithmann/Martiny, N. 1898; Hoffmann/Thorn, s. 463-464; Kegel/Schurig, s. 685.

⁵⁷ Hoffmann/Thorn, s. 461.

⁵⁸ 2675 sayılı MÖHUK m. 24 uyarınca, taraflar yetkili hukuku aralarında tespit etmemişler ise iş akdi başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde bulunsa dahi, ağırlıklı edimin ifa yeri tespit edilebiliyorsa bunun uygulanması zorunlu idi. Kanunda kabul edilmiş basamaklı bağlama kuralı nedeniyle daha sıkı ilişkili bir ülke bulunmasına rağmen ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku nazara alınacaktı. Bu durum, milletlerarası özel hukukta kabul edilmekte olan esaslara ve taraf menfaatlerine uygun gözükmediği

sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Somut olayda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde hakimin bu hukuku uygulaması imkanı, zorunlu olmamak şartı ile vardır. Hangi durumlarda sıkı ilişkili bir hukukun varlığının söz konusu olacağı kanunda belirtilmemiştir. Mutad işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilse dahi mutad işyeri hukukunun hükümlerinin daha sıkı ilişkili olarak tespit edilen hukukun hükümlerinden daha fazla işçiyi koruması halinde hakim daha sıkı ilişkili hukuku uygulayıp uygulamamakta takdir hakkına sahip olmalıdır.⁵⁹ MÖHUK m.27'deki istisna kuralının m.24/f.4'teki istisna kuralından farklı olarak hakime takdir hakkı tanınmasının nedeni, iş sözleşmelerinde işçinin korunması düşüncesidir.

MÖHUK m.27, belirli hukuk düzenleri arasında sınırlı bir seçim imkanı tanıyan IPRG m. 121/f.3'ün aksine tarafların iradelerine herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu nedenle tarafların sözleşme ilişkilerine uygulanmak üzere diledikleri bir hukuku herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan seçebilmeleri gerekir. Taraflar kendi menfaatlerini en iyi şekilde kendileri değerlendirebileceklerinden tanınmaya değer bir menfaat ilişkisinin aranmasına da gerek yoktur. Sözleşme tarafları, akdi ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışlar ise sözleşme başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibat halinde bulunsu dahi bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması mümkün değildir.⁶⁰

gereğesiyle eleştiriliyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 362; Tekinalp 2006, s. 298; Doğan, s. 88.

⁵⁹ Çelikel/Erdem, s. 365. Sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi aşamasında işçi için hangi hukukun daha yararlı olduğu noktasından hareket edilmeyeceği, önemli olanın kanunlar ihtilafı hukuku açısından başka bir ülke ile sıkı irtibatın bulunup bulunmadığı hakkında bkz. Reithmann/Martiny, N. 1892.

⁶⁰ IPRG m.15/f.2 uyarınca da taraflar hukuk seçiminde bulunmuşlarsa istisna kuralı uygulanmayacaktır. İş sözleşmesine uygulanacak hukukun tarafların seçimiyle belirlenmiş olması durumunda dahi daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği hakkında bkz. Nomer/Şanlı, s. 336.

V. Yetkili Yabancı Hukukun Uygulanmasını Engelleyen Durumlar

1. Doğrudan Uygulanan Kurallar (Müdahaleci Kurallar)

Her devletin kendi ekonomik, sosyal ve toplumsal yapısının gereği olarak bazı konularda kabul ettiği kurallar, vatandaş yabancı ayrımı gözetilmeden o ülkede doğrudan doğruya uygulanır. Hakimin hukukunda yer alan bu nitelikteki kuralların, sözleşme statüsüne rağmen uygulanacağı kabul edilir (m.6).⁶¹ Örneğin, Türk vatandaşı bir işveren yabancı uyruklu bir kişi ile Türkiye’de Türk vatandaşlarına tahsis edilen bir meslek konusunda iş sözleşmesi yapar ve taraflar bu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak da yabancı bir hukuku seçerler. Bu durumda hakim olayın yabancı unsurlu olduğuna ve tarafların aralarında yaptıkları hukuk seçimi sözleşmesi ile yabancı bir hukuku yetkili kıldıklarını dikkate almaksızın uyuşmazlığı doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde çözecektir.⁶² Ülke güvenliği ve vatandaşların ekonomik yararlarının korunması amacıyla avukatlık gibi bazı mesleklerin yalnız Türk vatandaşlarına hasredilmesini uygun görülmüştür.⁶³ Dolayısıyla kanunda yabancılara yasaklanmış herhangi bir mesleğin bir yabancı tarafından ifası amacıyla akdedilmiş bir hizmet akdi esasen geçersiz sayılacağından bu hizmet akdinde yabancı bir hukukun uygulanmasının kararlaştırılmasının önemi yoktur. Aynı şekilde hakim hukuk düzeninde bulunan ithalat ve ihracat yasakları, kotalar, döviz kontrol kuralları, kambiyo mevzuatına ilişkin hükümler⁶⁴, rekabet kuralları bu niteliktedir.

⁶¹ Nomer/Şanlı, s. 187; Tekinalp, s. 55.

⁶² Yargıtay içtihatları da Türkiye’de Türk vatandaşlarına tahsis edilen işlerde çalışan yabancıların kıdem tazminatı isteği ile işveren aleyhine açtıkları davaların geçerli bir hizmet akdi bulunmadığı gerekçesiyle reddine ilişkindir. Bkz. 4.HD., 2.9.1957, E.8477, K.5478; 4.HD., 11.8.1958, E. 7336, K.5560 (Tuncay, s. 897).

⁶³ Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 3.

⁶⁴ 1962 yılında yürürlüğe giren ve 1983 yılına kadar uygulanan Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 sayılı Karar döneminde iş sözleşmelerine konulan döviz olarak ödemeye ilişkin kayıtlar geçerli değildi. İş sözleşmesi yabancılık unsuru taşısa dahi döviz olarak ödeme yapılamıyordu. İş Kanunumuzun *işçi ücreti Türk parası ile ödenir* hükmü doğrudan uygulanan kurallar arasında yer alıyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, s. 142-145.

İç hukuktaki emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kurallar arasında bir fark gözetmek gerekir. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak uygulanması gereken bir emredicilik niteliğine sahiptir. Sözleşme statüsünden bağımsız olarak yabancılik unsuru taşısın taşımamasın, hukuk seçimi yapılmış olsun olmasın ilgili olay ve hukuki ilişkide mutlaka uygulanması gereken kurallardır. Bu kurallar, sadece tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmayıp bir kamu menfaatine hizmet maksadı da taşırlar.⁶⁵ Buna karşılık MÖHUK m.27/f.1'de yer alan emredici hükümler, sözleşme ile aksi kararlaştırılması mümkün olmayan iş hukukuna ilişkin hükümlerdir. Kanun koyucu, hangi hükümlerin m.27 çerçevesinde emredici hüküm olarak değerlendirileceği konusuna bir açıklık getirmemektedir. Emredici hükümler, zayıf akit tarafı olan işçinin hukuki durumunu işveren karşısında korumak amacıyla kabul edilmiş ve iç hukuka göre aksi kararlaştırılmayacak olan hükümlerdir.⁶⁶ İşçiyi koruyan emredici hükümler, kısmen Borçlar Kanunu'nda olmak üzere, genellikle iş hukukuna ilişkin kanunlarda dağınık olarak yer alırlar.⁶⁷ Bu hükümlerin özel hukuka veya kamu hukukuna ait olması, şekli anlamda kanunlarda veya yönetmeliklerde yer alması veya mahkeme kararlarıyla kabul edilmiş olması arasında bir fark gözetilmemektedir.⁶⁸ Örneğin, asgari ücreti, kıdem tazminatını, analık iznine ilişkin süreleri ve çalışma sürelerini düzenleyen hükümler; işçilerin hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil, yıllık ücretli izin usulüne ilişkin hükümler.⁶⁹ Kamu menfaatini ilgilendirmeyen ancak işçinin korunmasına yönelik bireysel talep hakkı veren bu hükümler, m.27/f.1 çerçevesinde ancak yararlılık kararlaştırılması yapıldıktan sonra uygulanabilirler. Buna karşılık, bazı iç hukuk kuralları hem emredici olup hem de doğrudan uygulanan bir kural

⁶⁵ Reithmann/Martiny, N. 1882.

⁶⁶ Doğan, s. 66.

⁶⁷ İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasabetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'un ekonomik yönden zayıf olan işçiyi korumak amacıyla devletin ceza tehdidi altında iş hayatına müdahalesi sonucu ortaya çıkan kanunlar olduğu hakkında bkz. Tunçomağ/Centel, s. 22 vd.; Tuncay, s. 900.

⁶⁸ Reithmann/Martiny, N. 1882.

⁶⁹ Tunçomağ/Centel, s. 146 vd.

niteliğine sahip olabilirler. İşçinin menfaati yanında kamu menfaatine de hizmet etme amacı taşıyan emredici hükümler, doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilip kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmadan uygulanırlar.⁷⁰ Örneğin, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler, yasal greve ilişkin hükümler.⁷¹ Emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır.⁷² Doktrinde, hükümlerin amaç ve içeriği göz önünde tutularak bir sınır çizilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷³

Doğrudan uygulanan kurallar, iş sözleşmesine uygulanacak hukukta, hakim hukukunda (*lex fori*) ya da üçüncü bir devletin (forum ve akit statüsü dışında) hukukunda yer alabilirler.⁷⁴

a. İş Akdi Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları

İş sözleşmesinin tarafları, aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere bir hukuk seçmişler ise kural olarak seçilen bu hukukun taraflar arasındaki iş ilişkisine bütün emredici ve düzenleyici hükümleriyle birlikte uygulanması gerekir.⁷⁵ Ülkesellik prensibinin geçerli olduğu hükümler bakımından, tarafların seçmiş oldukları hukuk düzeninin yer yönünden uygulama alanı önem taşımaktadır. Akit statüsünün yer yönünden uygulama alanı dışında kalan hükümleri akit statüsünün uygulama alanının da dışında kalacaklardır.⁷⁶

b. For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kuralları

For devletinin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m.6'da “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*” şeklinde

⁷⁰ Reithmann/Martiny, N. 1905.

⁷¹ Tunçomağ/Centel, s. 130; s. 175-181; s. 467 vd.

⁷² Reithmann/Martiny, N. 1905.

⁷³ Reithmann/Martiny, N. 1905.

⁷⁴ Bu ayrım için bkz. Tekinalp, s. 404.

⁷⁵ Tekinalp, s. 405.

⁷⁶ Doğan, s. 116.

ifadesini bulmuştur. Bu hüküm, diğer borç akitlerinde geçerli olduğu gibi iş akitleri için de geçerlidir. Bu hükme göre, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının ön şartı işçinin lehine olması değildir. Bir hükmün işçi lehine olup olmadığının yararlılık ilkesi uyarınca belirlenmesi, MÖHUK m.27/f.1 kapsamında önem taşımaktadır. Buna karşılık, m.6 kapsamında seçilen hukukun veya objektif olarak tespit edilen hukukun hükümlerinin, for devletinin doğrudan uygulanan kurallarına nazaran daha elverişli olmasının bir önemi yoktur. Zira ülkeler, bazı konularda başka bir ülke hukukunun işçi için elverişli olup olmadığına bakmaksızın kendi kanununu uygulamaktadırlar. Yararlılık ilkesinin rol oynamadığı bu tür kurallara örnek olarak, ücret eşitliğine, ulusal bayram ve genel tatil günlerine, yabancıların çalışma iznine, işçinin sağlığını ve güvenliğini temin etmeye ve belirli yaş ve gruptaki işçilerin korunmasına ilişkin hükümler gösterilebilir.⁷⁷

c. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kuralların üçüncü bir devletin hukuk düzeninde yer alması halinde uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde ve uygulamada çok tartışılmış⁷⁸ ve sonuç itibarıyla bu nitelikteki kuralların belirli şartlar altında uygulanabileceği kabul edilmiştir. Yeni anlayışlara uygun olarak hazırlanan MÖHUK m.31 bu konuda bazı esaslar getirmiştir.⁷⁹ Bu hükme göre, “Sözleşmeden doğan ilişkinin tabii olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır”. MÖHUK m.31, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamakla birlikte uygulanmamaları halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan, dikkate alınması gerekli bir imkan getirmektedir. Bu durum özellikle

⁷⁷ Doğan, s. 120; Ekşi, s. 138 vd.

⁷⁸ Öztürk, s. 829.

⁷⁹ Nomer /Şanlı, s. 328. Benzer düzenlemeler için bkz. IPRG m.19, EGBGB m. 34, Roma I Tüzüğü m.9/f.3.

işçinin işini fiilen (geçici göndermelerde olduğu gibi) başka bir ülkede yapıyor olması halinde sözkonusu olacaktır. İşin fiilen yapıldığı yer, bağlama kurallarının tespiti bakımından nazara alınmıyor ise de hukuki olarak dışlanamaz. Çalışma süreleri ve güvenlik önlemleri bakımından bu ülkenin hukukunun dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁰ İş hukuku alanında, fiili iş yerinin emredici nitelikteki iş güvenliği hukuku, akit statüsünden bağımsız olarak uygulanmak zorundadır. İş güvenliği başlığı altında, tıbbi ve teknik bütün iş güvenliği hükümleri ve çalışma sürelerine ilişkin kamu hukuku niteliğindeki hükümler yer almaktadır.⁸¹

2. Kamu Düzeni

Türk hukukunda MÖHUK m.5'te “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*” hükmü getirilerek kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına müdahalesi istisnai olarak düzenlenmiştir.⁸²

Milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri bakımından kamu düzeni müdahalesi, diğer akdi borç ilişkilerine göre daha az olacaktır. Çünkü milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri alanında emredici ve doğrudan uygulanan kuralların sayısı oldukça fazladır.⁸³ Doğrudan uygulanan kuralların söz konusu olduğu durumlarda kamu düzeninin müdahalesine gerek olmadan bu hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olması ile kamu düzeninin müdahalesi sonucu yetkili yabancı hukukun uygulanmayıp hakimin hukukunun uygulanması birbirinden farklıdır. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yabancı hukukun olaya uygulanması neticesinde verilecek kararın Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırı olması gerekmektedir. Buna karşılık, doğrudan uygulanan kurallar kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeden uyumsuzluğa doğrudan doğruya uygulanmaktadırlar.

⁸⁰ Nomer/Şanlı, s. 332.

⁸¹ Reithmann/Martiny, N. 1907; Doğan, s. 117-118.

⁸² Nomer/Şanlı, s. 163; Tekinalp, s. 49.

⁸³ Doğan, s. 132.

İş hukukunda kamu düzeninin müdahalesi esas olarak, iş sözleşmesi statüsünün, işçiye hiçbir koruma getirmemesi halinde söz konusu olabilir.⁸⁴ Örneğin, işçiye akdi feshetme hakkının verilmemesi, tehdit altında yapılan iş sözleşmelerine geçerlilik tanınması veya iş kazası sonucunda işçiye hiçbir koruma getirilmemesi Türk hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Bunun yanı sıra, işçiler arasında ırk, cins, dil, din, politik görüş gibi sebeplerden dolayı bir ayırım yapılması⁸⁵, hayat boyu süreli iş sözleşmelerine izin veren hükümler, fahiş cezai şartta, kocanın kadının yapacağı iş sözleşmesine aşırı müdahalesine ilişkin hükümler kamu düzeninin uygulanmasına neden olabilir.⁸⁶ İş sözleşmesi statüsünün işçiye bizim hukukumuzdan daha az koruma getirmesi durumunda dikkat edilmesi gereken, yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olmasının kamu düzeni müdahalesi için asla yeterli bir sebep olmadığıdır. İş sözleşmeleri hakkında özel bir hükmün bulunmadığı önceki kanun döneminde, Yargıtay, Libya Kanunlarının uygulandığı bir iş hukuku sözleşmesinde kıdem tazminatının Türk kamu düzeni ile ilgili olduğu ve bu itibarla tarafların aralarındaki uyuşmazlığın Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁷ Yargıtay'ın kararına konu olan olayda kabul edilen akit statüsü hukukunda, Libya hukuku, kıdem tazminatı kabul edilmekte ve fakat işçiye Türk hukukuna nazaran daha az bir kıdem tazminatı verilmektedir. Türk hukukundan daha düşük kıdem tazminatı ödenmesini kabul eden yabancı hukuk kamu düzeni gerekçesiyle bertaraf edilemez. Somut olayda yabancı hukuk, Türk hukukundan daha düşük olmakla birlikte kıdem tazminatı ödenmesini öngörmektedir. Bu nedenle Türk kamu düzeninin açıkça ihlali söz konusu değildir. Bu sebepten dolayı Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın yerinde olmadığı

⁸⁴ Reithmann/Martiny, N. 1909.

⁸⁵ İşverenin eşit davranma borcu hakkında bkz. Tunçomağ/Centel, s. 137 vd.

⁸⁶ Ekşi, s. 134.

⁸⁷ Bkz. Yargıtay 9. HD., 6.7.1992 tarih E. 1992/1624; K. 1992/7890 (YKD 1993, s. 208-209).

kanaatindeyim.⁸⁸ Kamu düzeni kuralı, yabancı unsurlu bir akdi ilişkide zayıf tarafın korunması bakımından koruma sağlayacak bir kural olarak düşünülmemelidir.⁸⁹ Kamu düzeninin müdahalesi sınırlı ve istisnai niteliktedir, buna uygun olarak da uygulanmasında çekimserlik gösterilmesi gerekir. Şayet akit statüsü olarak kabul edilen hukuk sisteminde, kıdem tazminatı hiç düzenlenmemiş olsa idi, bu durumda Türk hukuku bakımından kamu düzeni uygulamasının kabul edilmesi uygun olabilirdi. Önemli olan hakimın kamu düzenini vesile ederek kendi hukukunu tatbik kolaylığından yararlanmak maksadıyla her türlü sistem farklılığında yabancı hukukun uygulanmasını önlememesidir. Bu yaklaşıma uygun olarak, işçiye iş kazası sonucunda çok az koruma getiren sözleşme statüsünün hükümleri ancak adalet duygumuzu zedeleyecek oranda az ise veya işverene iş kazasından doğan sorumluluğundan kolayca kaçınabilme imkanı tanıyor ise Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilir.

VI. Yetkili Mahkeme

İş sözleşmelerinin zayıf tarafı olan işçinin sadece kanunlar ihtilafı alanında değil milletlerarası yetki alanında da korunması gerektiği noktasından hareket eden MÖHUK, işçinin açtığı veya işçiye karşı açılan davalarda en uygun mahkemenin yetkilendirmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁹⁰

İş sözleşmesinden ve iş ilişkisinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m.44 uyarınca, bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir. Yabancı

⁸⁸ Kıdem tazminatı hakkının asgari norm olmasının işçiler için vazgeçilmez nitelikte olduğu ve bu sebeple İş Kanunumuzun 14. maddesinin içerdiği asgari güvence bakımından kamu düzenine yönelik bir hüküm olduğu konusunda bkz. Ekşi, s. 136.

⁸⁹ Doğan, MHB, s. 35.

⁹⁰ Nomer/Şanlı, s. 452; Çelikel/Erdem, s. 529.

mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasını ve sınırlarını düzenleyen MÖHUK m.47/f.2 uyarınca, iş sözleşmesinden ve iş ilişkisinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen m.44'te öngörülen mahkemelerin yetkisi, tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez. Diğer bir ifadeyle, yapılan yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemenin, 44. maddede yetkilendirilen Türk mahkemeleriyle birlikte yetkili olması söz konusudur.

VII. Sonuç

MÖHUK m.27, doktrinin mülga kanununun 24. maddesinin iş sözleşmelerindeki yetersizliğine ilişkin yaptığı eleştirileri karşılayan ve bu konudaki Yargıtay kararları ile uyumlu bir düzenlemedir. Milletlerarası özel hukuk ilişkileri açısından duyulan ihtiyaçlar ve Avrupa'daki gelişmelerle uyumlu olarak iş sözleşmelerine uygulanacak olan hukuku düzenleyen bir kurala MÖHUK'ta ayrıca yer verilmesi olumlu olmuştur. İş akdi statüsü, iş sözleşmesinin doğumuna, bir süreye bağlı olup olmamasına, içeriğine, tarafların hak ve borçlarına, ifa edilmesine ve sona erdirilmesine ilişkin konulara hakim olacaktır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda tarafların hukuk seçimine ilk sırada izin verilmiştir. Taraflar açık veya zımni iradeleri ile iş akdi statüsünü tespit etmişler ise, kural olarak sözleşme taraflarının tespit etmiş oldukları bu iş akdi statüsü sözleşmeye uygulanacaktır. Ancak sübjektif iş akdi statüsünün sözleşmeye uygulanabilmesi, işçiyi koruyucu hükümler bakımından objektif iş akdi statüsünden daha az bir koruma ihtiva etmemesi şartına bağlıdır. Objektif bağlama kuralı uyarınca geçerli olan emredici hükümler işçiye asgari bir koruma sağlamaktadır. Objektif bağlama kuralı olarak işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku esas alınmıştır (m.27/f.2). İşçinin işini belirli bir ülke yerine devamlı olarak birden fazla ülkede yapması durumunda ise işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulama alanı bulacağı (m.27/f.3) belirtilmiştir. Objektif bağlama kuralı olan mutad işyeri ve işverenin esas işyeri hukukunun somut olay adaletini karşılamaması halinde uygulanmak üzere sıkı ilişkili hukuk diye

isimlendirilen bir istisna kuralına yer verilmiştir (m.27/f.4). Hakime tanınan bu istisna kuralı ile kimi zaman somut olayda objektif bağlama kuralı ile sağlanamayan devletler özel hukuku hakkaniyeti sağlanmış olacaktır. Milletlerarası özel hukukta kabul edilmiş olan prensiplere uygun olarak, sıkı ilişkili yer hukukuna bağlamanın, aşamalı olarak - objektif bağlama kurallarından sonra - değil, ayrı ve özel bir bağlama kuralı olarak yeniden düzenlenmesi olumlu olmuştur.

Devletler özel hukuku alanında işçinin üç aşamalı olarak korunduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle seçilen hukuk, işçiyi koruyan emredici hükümleriyle birlikte bir bütün olarak uygulanacaktır. MÖHUK m.27/f.1 uyarınca, yararlılık ilkesinin uygulanması ile zayıf durumda olan işçiyi koruma bakımından yeni bir imkan sağlanmaktadır. Objektif akit statüsü uyarınca uygulanması gereken ülke hukukunun somut olayda işçi açısından daha yüksek bir koruma normu taşıması durumunda bu hükümler seçilen hukukun önüne geçecektir. Son olarak, yetkili yabancı hukukun uygulama alanını sınırlayan doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar, iş sözleşmesine uygulanacak hukukta yer alabileceği gibi, hakimin hukukunda (*lex fori*) ya da üçüncü bir devletin hukukunda da bulunabilirler.

Yabancılık unsuru içeren bir iş sözleşmesinde kural, yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasıdır. Ancak yetkili hukukun uygulanması, hakimin kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğuruyorsa onun uygulanmasından vazgeçilir. Kamu düzeni müdahalesinin istisnai nitelikte olduğu her zaman göz önünde tutulmalıdır. Hakim, kendi hukukunu uygulama kolaylığından yararlanmak için kamu düzenini bahane ederek yabancı hukukun uygulanmasına engel olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır. (2010). *Milletlerarası Özel Hukuk* (10.bs.). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- Doğan Vahit. (1996). *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilaftı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tesbiti* (1.bs.). Ankara: Yetkin.
- Doğan, Vahit. (1995). Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 1-2, 21-42 (Doğan, MHB).
- Doğan, Vahit. (2010). 5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2*, İstanbul, 105-123 (Doğan, Konferans Yayınları Serisi).
- Ekşi, Nuray. (1997). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *Tunçomağ'a Armağan*, 116-149.
- Jame, Erik/Hausmann, Rainer. (2004). *Internationales Privat- und Verfahrensrecht* (12.bs.). Münih: C.H. Beck.
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus. (2004). *Internationales Privatrecht* (9.bs.). Münih: C.H. Beck.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal. (2009). *Devletler Hususi Hukuku* (17.bs.). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- Öztürk, Pınar. (1999-2000). Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası, *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 1-2, 793-836.
- Rauscher, Thomas. (2002). *Internationales Privatrecht* (2.bs.). Heidelberg: CF Müller Verlag.
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter. (2004). *Internationales Vertragsrecht* (6.bs.). Köln: O. Schmidt

- Tekinalp, Gülören. (2009). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (10.bs.). İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Tekinalp, Gülören. (2006). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (9.bs.). İstanbul: Vedat Kitapçılık (Tekinalp 2006).
- Tuncay, Can. (1977). Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun. *Onar Armağanı*, İstanbul, 883-913.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut. (2008). *İş Hukukunun Esasları* (5.bs.). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- v. Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten. (2007). *Internationales Privatrecht* (9.bs.). Münih: C.H. Beck.