

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ULUSLARARASI İŞ AKİTLERİNDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK
MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI
YETKİSİ VE ESASA UYGULANACAK HUKUK

CANSU İSTE
2502120249

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. NACİYE GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL

İSTANBUL - 2020

ÖZ

ULUSLARARASI İŞ AKİTLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ VE ESASA UYGULANACAK HUKUK

CANSU İSTE

Bu çalışmada ‘Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk’ incelenmiştir. Çalışma kapsamında öncelikle iş sözleşmelerinin ve zayıf tarafı koruma ilkesi, akabinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda esasa uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları incelenmiştir. Devam eden bölümlerde kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecek kurallara yer verilmiş ve son bölümde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi açıklanmıştır. Çalışmada kullanılan yöntem hem yerel hem yabancı kaynak tarama ve yorumlama yöntemidir. Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle davacının taleplerinin niteliğinin tespit edilerek; doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümler ile düzenlenmiş bir alacak kalemi bakımından ilgili hükmün doğrudan uygulanması, nispi emredici hükümler ile düzenlenmiş hükümler ile düzenlenmiş alacak kalemleri bakımından ise Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md.27 çerçevesinde çözüme ulaşılması ulaşılan çözümlerdir. Bu şekilde uygulanacak yabancı hukukun doğurduğu sonuçların Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemez sonuçlar ortaya çıkarması halinde ise, Türk hukukunun uygulama alanı bulacaktır. Bu tür bir uyuşmazlıkta davacının taleplerinin hukuki niteliği ve Türk hukuk sistemi içerisinde düzenlendiği yerin doğru bir şekilde tespiti en önemli hususlardan biridir. Yine yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 44.maddesine göre belirlenecektir.

ABSTRACT

APPLICABLE LAW AND JURISDICTION OF TURKISH COURTS IN DISPUTES ARISEN FROM EMPLOYMENT AGREEMENTS, CONTAINING FOREIGN ELEMENT

CANSU İSTE

In this study, "Applicable Law and Jurisdiction of Turkish Courts in Disputes Arisen From Employment Agreements, Containing Foreign Element" was examined. Within the scope of the study, firstly, the historical developments of the employment contracts and the principle of protecting the weak side were discussed, and then the disputes arising from the foreign business contracts were examined within the scope of the conflict of laws rules to be applied to the merits. In the following sections, the rules that shall prevent the implementation of the conflict of laws rules are included and in the last section, the international authority of Turkish courts in disputes arising from employment contracts with foreign elements is explained. The method used in the study is both local and foreign source scanning and interpretation method. The conclusions reached at the end of the study; First of all, in disputes arising from foreign employment agreements before Turkish courts, the nature of the plaintiff's demands should be examined and determined whether the relevant demand is regulated with directly applied rules in Turkish law. If the relevant demand is regulated as relative imperative provisions, Turkish court shall reach a solution within the framework of Article 27 of the Code of International Private Law Act. The consequences of foreign law to be applied in this way, causes intolerable results in terms of Turkish public order, Turkish court shall be applied to the dispute. In such a dispute, the legal nature of the claims of the plaintiff in the Turkish legal system is one of the most important issues. In addition to these, in disputes arising from employment contracts with foreign elements, the international jurisdiction of Turkish courts shall be determined according to the article 44 of the Code of International Private Law Act.

ÖNSÖZ

Uluslararası yatırımların hızlı bir şekilde sınırlar ötesine yayılması nedeni ile, iş gücü de sınır ötesine yayılmaya başlamıştır. Sınır ötesine yayılan iş gücünden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi hukuka göre çözümlenmesi gerektiği hususu ise halen ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Bir tarafta bu kapsamda yapılan kanun değişiklikleri, diğer tarafta Mahkemelerin zayıf tarafın korunması ilkesini yoruma açmadan sıkı sıkıya uygulama yönündeki tutumları konuyu bir sarmala sokmuş gözükmemektedir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların birden fazla hukuk dalının prensipleri ile birlikte çözümlenmesi zaruridir. Bu nedenle de bu doktora tezinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile birlikte başta İş Kanunumuz olmak üzere tüm Türk iş mevzuatı, Türk Borçlar Kanunu ve yine Türkiye İş Kurumu'nun düzenlemeleri bir bütün halinde ele alınmış, zayıf tarafın korunması ilkesi ile birlikte harmanlanmaya çalışılmıştır. Yine konuya ışık tutması açısından hem Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları hem de konu ile bağlantılı Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına da çalışmada yer verilmiştir.

Bu çalışmanın her aşamasında yardım eden ve yol gösteren tez danışmanım ve değerli hocam Prof. Günseli Öztekin Gelgel'e yürekten teşekkürlerimi sunuyorum. Yine doktora tez komitemde yer alarak tez çalışması sürecimde yoluma ışık tutan Prof. Dr. Yusuf Çalışkan ve Prof. Dr. Faruk Kerem Giray'a, doktora tezimin isim babası olan ve karşılaştığım zorluklarda her zaman yanımda olan Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya, bu süreçte manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili eşim Çağdaş Arlandoğlu, annem Nesime İste, babam Şerafettin İste, ağabeyim Onur İste ve dostum Filiz Azman İste'ye de teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Son olarak bu tez çalışmasının yazım sürecinde henüz üç yaşında olan kalbimin minik kelebeği oğlum Deniz Arlandoğlu ile geçiremediğim zamanlar için de bu çalışmayı Deniz'ime armağan ettiğimin bilinmesini isterim.

İstanbul, 2020

Cansu İSTE

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNİN TARİHİ VE TÜRK HUKUKUNDA KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. İş sözleşmesinin tarihçesi.....	5
B. İş sözleşmesinin Türk hukukundaki yeri.....	11
C. İş hukukunun hukuki niteliği.....	16
D. İş sözleşmesinin tanımı ve türleri.....	17
E. İş sözleşmesinin unsurları.....	21
F. İş hukuku ile Sosyal Sigortalar Hukuku arasındaki temel farklar	26

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILIK UNSURU İÇEREN BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİ

A. Yabancı unsur içeren bireysel iş sözleşmelerinde yabancılık unsuru ve vasıflandırma.....	29
1. Bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkisi	33
2. De facto kurulan bireysel iş ilişkileri.....	33
3. Vasıflandırma sürecine ilişkin değerlendirme	34
B. Bireysel iş sözleşmelerinde mutad işyeri, yerleşim yeri ve esas işyeri kavramları.....	36
1. Mutad İş Yeri	36
2. Yerleşim Yeri.....	37
3. Esas iş yeri	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL, EHLİYET, SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İLİŞKİNİN MADDİ VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ, ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE BAKIMINDAN UYGULANACAK HUKUK

A. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuk.....	39
B. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk.....	44
C. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği.....	47
D. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde zamanaşımı ve hak düşürücü süre	49

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

A. Tarafların seçtikleri hukuk-hukuk seçimi / Sübjektif bağlama kuralı	58
1. Hukuk seçimi yöntemleri	60
a. Açık irade beyanı ile hukuk seçimi	60
b. Zimni (örtülü) irade beyanı ile hukuk seçimi	61
c. Farazi irade beyanı ile hukuk seçimi	67
2. Kısmi hukuk seçimi	68
3. Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği	70
4. Seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler	71
5. Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmelerinde hukuk seçiminin geçerliliği	73
6. Hukuk seçimi ile ilgili maddi sınırlamalar	79
a. Yabancılaşma unsuru	79
b. Seçilebilecek hukuk bakımından	84
(1) Tatbik edilecek hukuk seçiminde serbesti	84
(2) Milli karaktere sahip olmayan bir hukukun seçimi	85
7. Hukuk seçiminin mutad işyerinin emredici hükümleri çerçevesinde sınırlandırılması ..	86
a. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri çerçevesinde emredici hükümler	87
b. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri çerçevesinde yararlılık ilkesi	91
B. İşçinin işini mutad olarak yaptığı iş yeri hukukunun uygulanması (Objektif bağlama kuralı)	96
1. Mutad işyeri kavramı, tespiti ve uygulama alanı	97
2. İşin yapıldığı ülkenin belirlenmesi	101
3. MÖHUK md.27/2' de kullanılan geçici kavramı ile İş Kanunu md.7'de yer alan geçici iş ilişkisi kavramlarının değerlendirilmesi	104
C. İşverenin esas iş yeri hukukunun uygulanması	109

D. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması.....	114
--	-----

BEŞİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR

A. Yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların etkisi.....	117
1. Doğrudan uygulanan kuralların tanımı ve MÖHUK içerisindeki yeri	117
2. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların görünüşleri	122
a. Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları	123
b. Lex causae'nin doğrudan uygulanan kuralları	124
c. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları	125
d. İş hukuku çerçevesinde idari makamlara denetim yetkisi veren kamu hukuku nitelikli kuralların, MÖHUK md.27/1 ve MÖHUK md.31 çerçevesinde doğrudan uygulanan kurallar kapsamında uygulanabilirliği	131
3. İşçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari koruması (MÖHUK md.27/1) ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişki	134
4. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların bireysel iş sözleşmelerine yansımaları	137
a. Mutlak emredici kurallar	139
(1) Tarafların niteliğinden kaynaklanan emredici kurallar	142
(2) İş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin düzenlemeler ile sözleşme yapma zorunluluğu.....	143
(3) Ayrımcılık yasağı	145
(4) Türkiye'de çalışan yabancıların durumu	146
(5) İş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti	148
(6) Kıdem tazminatı tavanı	150
(7) Sosyal Güvenlik Hukukundan kaynaklanan haklar	153
(8) İş sağlığı ve güvenliği	156
(9) Haftalık çalışma süresi ölçütü ve fazla mesai ücretinin hesaplanması	158
b. Asgari koruma sınırını oluşturan kurallar (nispi emredici kurallar)	160
(1) İş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim süreleri/ ihbar önelleri ve ihbar tazminatı	161
(2) Haklı nedenle derhal fesih bildirimi.....	163
(3) İş güvencesine ilişkin hükümler	163
(4) Kıdem tazminatı.....	165
(5) Yıllık ücretli izin.....	168
(6) Tatiller	169
(7) Fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesi ve çalışma şartları	170
(8) Analık halinde çalışma ve süt izni	172
(9) Asgari ücret ve ücret güvencesi	173
B. Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda kamu düzeni.....	176
1. Kamu düzeni tanımı ve Milletlerarası Özel Hukukta zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde uygulanma şekli.....	179
2. Kamu düzeninin iki etkisi: olumlu etki ve olumsuz etki	187

3. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Kamu Düzeni Arasında Fark Olup Olmadığına Dair İncelemeler	189
4. MÖHUK md.27 çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin aralanması ile organik bağ kavramının kamu düzeni perspektifinden incelenmesi	192
a. Husumet	204
b. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda uygulanacak hukuk.....	208

ALTINCI BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. Türk mahkemelerinin yetkisinin MÖHUK'un 44.maddesi kapsamında incelenmesi.....	212
1. Milletlerarası yetki ve münhasır yetki kavramlarının tanımı ve çerçevesi.....	212
a. Milletlerarası yetki kavramının tanımı ve çerçevesi	212
b. MÖHUK md.44 çerçevesinde münhasır yetki kuralı kavramı	225
2. MÖHUK md.44 çerçevesinde iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında düzenlenen özel yetki kuralı	229
a. İşçinin işini mutaden yaptığı iş yerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi.....	231
b. İşverenin ve işçinin yerleşim yerinin bulunduğu Türk mahkemesinin yetkisi	234
c. İşçinin mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemesinin yetkisi	237
3. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yetki anlaşması	241
SONUÇ	251
KAYNAKÇA	270
ÖZGEÇMİŞ	295

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
Çev	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
FÇY	: Fazla Çalışma Yönetmeliği
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İşMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
Md	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Günümüzde globalleşme ile birlikte iş olanakları da ülke sınırlarını aşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın resmî açıklamasına göre yurt dışında 6,5 milyonu aşkın Türk vatandaşı yaşamakta olup, yaklaşık 5,5 milyonu Batı Avrupa ülkelerinde, geri kalanı ise Kuzey Amerika, Asya, Ortadoğu ve Avustralya'da yerleşiktir.¹ Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ülke sınırları dışına çıkarak çalışmaya ekseriyetle 1960'lı yıllarda başlamışlardır. Ancak Türk vatandaşları yurt dışında çalışmaya giderken, her zaman yurt dışına yerleşim amacı ile gitmemektedir. Pek çok Türk vatandaşı, Türkiye ile bağı olan şirketlerin yurt dışındaki projelerinde kimi zaman dönemsel, kimi zaman uzun süreli olmak üzere çalışmak amacıyla gitmekte ve bu döngü uzun yıllar devam edebilmektedir.

Ülkemiz yurt dışında çalışan Türk işçilerini koruma maksadıyla Almanya ile 1961'de², Avusturya³, Belçika⁴ ve Hollanda⁵ ile 1964'te, Fransa⁶ ile 1965'te, Avustralya⁷ ile 1967'de, Endonezya⁸ ile 2010'da, İsveç⁹ ile 1967'de, Katar ile 1986'da, Kuzey Kıbrıs ile 1987'de, Kuveyt¹⁰ ile 2008'de, Libya¹¹ ile 1985'te, Ürdün¹² ile 1982'de iş gücü anlaşmaları imzalamıştır. Rusya Federasyonu¹³, Azerbaycan ve Bosna-Hersek ile İşgücü Anlaşmaları için görüşmeler sürerken, Libya ile yeni bir anlaşma veya sözleşme tadili hususunda çalışmalar yapılmaktadır. İşgücü

¹ http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_.tr.mfa, (Çevrimiçi) (Erişim tarihi:17.06.2017)

² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türk İşçilerinin Almanya'da İşe Yerleştirilmelerine Dair Anlaşma.

³ Avusturya'ya Türk İşgücü Celbi ve Türk İşçilerinin Avusturya'da İstihdamına Dair Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasındaki Anlaşma.

⁴ Türk işçilerinin Belçika'da İstihdamına Dair Anlaşma ile Protokol ve Ekleri.

⁵ Türkiye – Hollanda İşgücü Anlaşması.

⁶ Türkiye – Fransa İşgücü Anlaşması.

⁷ Türklerin Avustralya'da İkamet ve Çalışmaları Hakkında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Avustralya Milletler Topluluğu Hükümeti Arasında Anlaşma.

⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Endonezya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İşgücünün Geliştirilmesi Hakkında Mutabakat Zaptı.

⁹ Türk İşçilerinin İsveç'te İstihdamı Hakkında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İsveç Krallığı Hükümeti Arasında Anlaşma.

¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında İşgücü Değişimi Hakkında Anlaşma.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Cumhuriyeti arasında İşgücü Anlaşması.

¹² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Haşimi Ürdün Krallığı Hükümeti arasında İşgücü Anlaşması.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Vatandaşların Diğer Ülkede Geçici Olarak Çalışmalarına Dair Anlaşma.

Anlaşmalarının yanı sıra Türk işçilerin bulundukları ülkelerdeki sosyal güvenlik haklarının teminat altına alınması amacıyla 31 ülke ile ikili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri imzalanmıştır. Sosyal Güvenlik Anlaşmaları ile Türk işçilerin ilgili ülke makamları nezdinde, sosyal güvenlik hakları ve yükümlülükleri yönünden eşit işlem görmelerinin sağlanması ve her iki ülkede geçen sigortalı hizmet sürelerinin birleştirilmesi amaçlanmıştır.

Türk işçiler 1974 yılına kadar Batı Avrupa’ da iş arayışına çok aktif bir şekilde devam etmiştir. Ancak sonraları işgücü Kuzey Afrika, Orta Doğu ve Körfez ülkelerine, Sovyetler Birliği’nin dağılmasının ardından ise Rusya Federasyonu ve Orta Asya ülkelerine yönelmiştir. Türk işçilerin yoğun olarak ülke dışına çalışmaya gitmeleri nedeni ile Türkiye İş Kurumu¹⁴ tarafından tip/format sözleşmeler hazırlanmaya başlanmıştır. Türkiye İş Kurumu Kanunu’nun 17.maddesinde özel istihdam bürolarının aracılık faaliyeti ya da geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle, yurtdışına işçi gönderilmesi halinde, işçilerin yurtdışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğu getirilmiştir. O halde devletin yurtdışında çalışacak olan Türk işçilerinin iş sözleşmelerine müdahale ettiğini söyleyebiliriz.

Türk işçilerin ülke dışı çalışmaya gitmeleri beraberinde pek çok hukuki sorunu da gündeme getirmektedir. Bunun sebebi Türk işçilerinin yurt dışında çalışmak amacıyla akdettikleri iş sözleşmesinin yabancılık unsuru ihtiva etmesidir. Bir hukuki işlemin taraflarının yabancı olması, yabancı bir sistemle temas ediyor olması veya farklı coğrafi alanlara temas ediyor olması halinde yabancılık unsurunun varlığından söz edebiliriz. Böyle bir durumda yabancı unsurlu iş sözleşmeleri ile ilgili bir hukuki ihtilaf çıktığında öncelikli olarak söz konusu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan mahkemelerin, akabinde de uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir.

Uygulamada yurt dışında çalışmaya giden Türk işçilerinin, Türk mahkemeleri nezdinde görülen davalarında, yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanması gereken 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHUK)¹⁵ md.27’nin dikkate

¹⁴ 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ile kurulmuştur. (R.G. Sayısı:25159, R.G. Tarihi:05.07.2003.)

¹⁵ R.G. Sayısı:26728, R.G. Tarihi:12.12.2007.

alınmadığı, yabancılık unsurunun irdelenmediği, yabancılık unsurunun varlığının kabul edildiği kararlarda ise MÖHUK md.27'nin uygulanmasını engelleyici doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalelerinin toptancı bir yaklaşım ile uygulandığı görülmektedir. Yine mahkeme kararlarında zayıf tarafı koruma ilkesi kapsamında değerlendirme yapılırken, emredici hükümler arasında mutlak ve nispi ayırımına gidilmediği, MÖHUK md.27 çerçevesinde düzenlenmiş olan asgari koruma kuralının ve bu kuralın uygulanması sırasında dikkate alınması gereken yararlılık ilkesinin devre dışı bırakıldığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte Türkiye İş Kurumu Kanunu ile Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği¹⁶ kapsamında devletin yurtdışında çalışacak Türk işçileri için hazırlanan format iş sözleşmelerinde yer alan maddelerin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.19 vd.'nda yer alan genel işlem şartlarına sokularak bertaraf edildiği, bu bertaraf edilme sürecinde TBK md.19 vd. maddelerinde yer alan genel işlem şartı kavramının irdelenmediği, Kurum'un hazırladığı ve sözleşmenin her iki tarafının da iradesi dışında oluşturulmuş olan format iş sözleşmesine ilişkin maddelerin niteliğinin gözden kaçırıldığı tespit ettiğimiz başkaca bir problemdir. Yine yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin Türkiye'de bulunan şirket ile yurtdışında bulunan şirket arasında çapraz şekilde kaldırıldığı, ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sürecinde yeterli delil araştırması yapılmadığı, bu hususta da zayıf tarafı koruma ilkesinin olması gerekenden çok daha geniş yorumlanarak, delil toplama ve delil değerlendirilmesi araştırmalarının yapılmadan kararların tesis edildiği görülmüştür.

Bu çalışmada yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda esasa uygulanacak hukuk ve Türk mahkemelerinin yetkisi altı bölümde incelenecektir. Birinci bölümde bireysel iş sözleşmesinin tarihçesi ve unsurlarına, zayıf tarafı koruma ilkesinin doğuş sürecini daha iyi anlayabilmek adına değinilecektir. İkinci bölümde yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerine yer verilerek, kavramlar açıklanacaktır. Üçüncü bölümde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde şekil, ehliyet ve zamanaşımı bakımından uygulanacak hukuk

¹⁶ R.G. Sayısı:29292, R.G. Tarihi: 11.03.2015.

incelenecektir. Dördüncü bölümde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk, MÖHUK md.27 kapsamında irdelenecektir. Beşinci bölümde yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen kurallar, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kavramları çerçevesinde incelenecek, bu çerçevede tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ve bu teorinin konu kapsamında kalacak şekilde uygulama sürecine yer verilecektir. Altıncı bölümde ise yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi irdelenmiştir. Her bölümde çalışmanın konu kapsamında kalacak şekilde Türk mahkemelerinde karşılaşılan sorunlar açıklanarak ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır. Çalışmada toplu iş sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmış olup; sadece bireysel iş sözleşmeleri incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNİN TARİHİ VE TÜRK HUKUKUNDA KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. İş sözleşmesinin tarihçesi

Toplumlarda insan emeği olarak iş gücü, her dönem farklı nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmeleri, toplumun o dönemdeki inanışları, kabulleri, dini ve ahlaki kuralları, hukuki düzenlemeleri, politik görüşleri yönlendirmiştir. Bu çerçevede de işçi sınıfının ortaya çıkması ve akabinde işçi sınıfının da hak ve özgürlüklerinin oluşması çok yenidir. İşçi sınıfının ortaya çıktığı Sanayi Devrimi'nden önce iş gücü ve çalışma düzeni toplumlarda değişik şekillerde yorumlanmıştır.

Tarım devrimi olarak bilinen Neolitik Devrim¹⁷ insanlık tarihinde çalışma hayatının dönemeci olarak nitelendirilebilir. Neolitik Devrim ile birlikte insanoğlu yerleşik hayata geçmiş, düzenli bir çalışma temposu başlamıştır. Çalışma hayatının toplumların günlük yaşamına bu derece yoğun girişi ile birlikte de çalışanların güvenliği, sağlık sorunları gibi hususlar artık toplumlarda düşünölmeye başlanmıştır.

Babil döneminde (Kuruluş: M.Ö.1894) insan gücü yani insanın emeği, insan kirası olarak adlandırılabilir bir taahhüt konusu olarak kabul edildiği bilinmektedir.¹⁸ M.Ö.5.yüzyılda yaşamış olan ve tarihin babası olarak adlandırılan Herodot (M.Ö.484-M.Ö.425), ilk kez çalışanların performansının arttırılması amacıyla yüksek enerji içeren gıdalarla desteklenmeleri gerektiğini yazıya

¹⁷ Bu kavram ilk kez 1930'lu yıllarda Avustralyalı arkeolog Gordon Childe tarafından kullanılmıştır. Bkz. Trevor Watkins, "New Light on Neolithic Revolution in South West Asia", **Cambridge University Press**, *Antiquity*, 84 (325), 2010, s.621., Maxime N. Bami, "The Invention of Prehistory and the Rediscovery of Europe: Exploring the Intellectual Roots of Gordon Childe's 'Neolithic Revolution' (1936)", **Journal of World Prehistory** 32, 2019, s.311.

¹⁸ Adil İzveren, **İş Hukuku (I, II, III)**, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974, s.7.

dökmüş, çalışanların yaptıkları işlerden zarar görebileceklerine dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Yine çalışanların iş güvenliği ile ilgili sorunlara Hipokrat (M.Ö.460-M.Ö.370) değinmiştir. Juvenal (M.S.1.yy-2.yy) çalışanların ayaklarında oluşan varis hastalığı ile demirci işçilerinin karşılaştığı göz hastalıkları ile ilgili olarak tespitlerde bulunmuştur.¹⁹ Ancak görüleceği üzere bu tespitler ya da değerlendirmeler bir işçi sınıfının kabulüne yönelik veyahut çalışan haklarına yönelik şeyler olmayıp, sadece somut durum tespiti niteliğinde görüşlerden öteye geçememiştir.

Eski Romalılara göre para karşılığı iş görmek aşağılık ve bayağı kabul edildiği için sadece esirlerin gördüğü bazı işlerin hizmet kirası sözleşmesi çerçevesinde bir miktar ücret karşılığı yapılabilmesi kabul edilmiştir. Avukatlık, doktorluk gibi yüce olarak nitelendirilen işlerin karşılığında ise herhangi bir ücret alınamayacağı kabul edilmiş, ancak sonraki dönemlerde bu işler karşılığında şeref payı alınabileceği düzenlenmiştir. Pek çok kadim halkın ataları olarak kabul edebileceğimiz Cermenlere baktığımızda da iş gören kimsenin, iş gördüğü kişiye karşı mutlak bağlılığının esaslı unsur olduğunu söyleyebiliriz. Orta çağın başlarında sadece bakım ve yemek karşılığı çalışma yapılırken, ev sahibi olan aile reisinin de hakimiyetine girilmiştir.²⁰ O halde bu çok eski dönemler bakımından anlattığımız çalışma hayatı düzeninde esasen bir işçi sınıfı olmadığını; hizmet gören kişilere bakış açısının toplum nezdindeki yaşam kuralları, ahlak ve din anlayışına göre değiştiğini, ama çalıştıran kişinin çalışan üzerinde mutlak bir ağırlığı ve hakimiyetinin olduğunu söyleyebiliriz.

18. ve 19. yüzyıllarda irade özerkliği ve onun bir uzantısı olan sözleşme özgürlüğü ilkesi sıkı sıkıya uygulanmıştır. İrade özerkliği ilkesi, verilen söze sadık kalınması anlamında kullanılan sözleşmeye bağlılık ilkesinin (*ein Mann, ein Wort*)

¹⁹ Özal Çiçek, Mehmet Özal, “Dünyada ve Türkiye’ de İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ nin Tarihsel Gelişimi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt:5, Yıl:5, Sayı:11 (2016/1), ISSN:2147-3668, s.111.

²⁰ İzveren, a.g.e., s.8.

bir görünümüdür.²¹ İrade özerkliği ilkesine göre, özgür irade ile akdedilmiş her sözleşme geçerlidir ve adildir. Bu ilkede sözleşmenin özgür irade ile kurulmuş olması dışında herhangi bir kıstas dikkate alınmamaktadır, çünkü tarafların özgür iradeleri ile kurulmuş olan bir sözleşmeye mahkemenin veyahut kanun koyucunun tek taraflı müdahalesi kabul görmemiştir.²² Sözleşmeye adeta Anayasa gücü verildiği ve özgür iradeye halel gelmediği sürece edimler arasındaki dengesizliğe bir önem atfedilmediği görülmektedir.

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin alt yapısında ahlaki bir anlayış yatmaktadır. Doğal hukuk anlayışı ile bu ilke gelişmeye başlamıştır. Hukuk kurallarının temelinden dinsel öğelerin çıkarılması sürecinde de bireyi esas alan irade özerkliğine dönüşmüştür. İrade özerkliği kavramı ile birlikte sözleşme kavramı yüceltilmeye başlanmış ve bu ilkenin merkezine ahdine vefa ile tutunması gereken insan konumlandırılmıştır.²³ 19. yüzyılın sonları ile birlikte irade özerkliği temelinde sözleşmeye bağlılık ilkesi çok sıkı uygulanmaya başlanmıştır. Öyle ki bu ilkeden verilecek bir tavizin, söze sadakatsizlik, borçluların bahane ve aciz halleri ileri sürmesi sonucunu doğuracağı savunulmuştur. Bu çerçevede kimsenin iradesi dışında borç altına sokulamaması ile özgür irade sonucu akdedilen her anlaşmanın adil olması, irade özerkliği ilkesinin iki temel sonucudur.²⁴ Sözleşmeye bağlılık ilkesi tam anlamı ile uygulandığı takdirde, zaman içerisinde değişen koşulların, sözleşme konusu edimin taraflardan biri için içinden çıkılması güç durumların meydana gelmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bu şekildeki sert bir uygulamanın her zaman adaletli sonuç doğurmayacağı savunulmaya başlanmıştır. Nitekim dünyadaki teknolojik gelişmeler, ilerleyen tekniğe bağlı olarak kapitalizmin gelişmesi²⁵, ekonomik sınıflar arasındaki güç

²¹ Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.7.

²² Başak Baysal, **Tüketici Kredisi: TKHK m.22-31**, On İki Levha Yayıncılık Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul, 2015, s.277.

²³ Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü**, s.9.

²⁴ Baysal, **a.e.**, s.9.

²⁵ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.4.

dengeini ciddi anlamda değiştirmiş ve bu çerçevede sözleşme özgürlüğü kavramına yeni bir soluk getirilmesi ihtiyacı da açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.

18. ve 19. yüzyıllarda Sanayi Devrimi ilk olarak Birleşik Krallık'ta²⁶ doğmuş, sırasıyla Batı Avrupa, Kuzey Amerika ve Japonya'dan sonra tüm dünyaya yayılmaya başlamıştır. Sanayi Devrimi ile birlikte üretim artmış, buhar gücüyle çalışan makinelerin makineleşmiş endüstriyi doğurması, tarımdaki gelişmelerin köyden şehre göçü arttırması ile birlikte bağımsız olmayan ücretli işçi sınıfı da artık ortaya çıkmıştır.²⁷ Şehirlere göç artmış ve bununla birlikte işçi sayısı, talepten fazla hale gelmiştir. Makinelerin işleyiş ve mekanik özellikleri nedeniyle tek düze bir kullanıma sahip olması, işçi sınıfındaki kalifiye eleman olgusunu ciddi anlamda etkilemiş ve işçi sınıfı tek tip ücretle çalıştırılmaya başlanmıştır. Çalışma ve yaşam şartları insanın doğasına ağır gelen bir kisveye bürünmüştür. Bu dönemde iş ilişkilerinde sözleşme serbestisi prensibi esas alınmıştır.²⁸ Çocuk işçiler sömürülmeye başlanmıştır. Fabrikalarda çalışan işçiler zararlı gazlara, zehirli dumanlara, yüksek titreşimlere ve sıcaklıklara uzun saatler maruz kalmışlar, bedensel olarak da ciddi anlamda sınırları zorlanmıştır. Bu ağır çalışma şartları meslek hastalıklarını da doğurmaya başlamıştır. Örneğin Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan baca temizleme mesleğini yapanlar arasında çok yaygın olarak testis kanseri tespit edilmiştir. Yine fabrikalarda çalıştırılan çocukların ortalama ömürlerinin 22 yıl, refahı daha yüksek olanların ise 44 yıl olduğu yönünde çalışmalar yapılmıştır. İngiltere'de fabrika çalışanlarının çalışma şartları ile ilgili yapılan araştırmalar sonucu ilk etkili kanun olarak kabul edilen "*Factory Act 1833*" de bu şekilde ortaya çıkmıştır. Ancak bahsi geçen kanun esas olarak işçilerin zararını tazmin etmeye yönelik düzenlemeler getirdiği için, işçilerin çalışma hakları ile ilgili olarak

²⁶ İngiltere'de iş ilişkilerinin tarihi gelişimi için detaylı bilgi için bkz: Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku: Yeni İş Yasaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.76.

²⁷ İzveren, **a.g.e.**, s.7., Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.3., Kenan Tunçomağ, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1971, s.13.

²⁸ İzveren, **a.g.e.**, s.4., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.4., Tunçomağ, **a.g.e.**, s.13.

sadece bir başlangıç kabulünden öteye geçmemiştir.²⁹ Karl Marx'ın sınıf mücadelesine ilişkin prensipleri bu dönemin etkileri ile şekillenmiştir.³⁰

Yaklaşık iki yüzyıl işçilerin yaşam hakları hiçe sayılarak geçirildikten sonra, 20. yüzyıl ile birlikte sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi öne çıkmaya başlamış olup³¹, zayıf taraf olarak ilk sırada işçiler sayılmıştır.³² Bu ilkeye göre belirli tiplerdeki sözleşme ilişkisi içerisine giren taraflardan biri her zaman daha bilgisiz, daha deneyimsiz, pazarlık gücü olmayan taraf olmakta ve hatta daha ilgisiz taraf olarak da ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kamu menfaati gereğince belirli tiplerdeki sözleşmelerde, zayıf tarafın her zaman daha fazla korunması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır.³³

Bir tarafın işçi olduğu sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün tam olarak uygulanması biçimsel bir eşitlik getirmekle birlikte, gerçek anlamda bir eşitlik teoride kalmaktadır. Bu nedenle de işçi ve işveren arasındaki bozulan bu dengeye Devlet müdahale etmek zorunda kalmış,³⁴ işçi ve işverenlerin kendi uğraşları ile de sendikalar ve meslek örgütleri doğmuştur.³⁵ Bağımlı çalışan işçilerin, tabi oldukları işverenleri ile hukuki durumlarını düzenlemek üzere iş hukuku dalı da böylece ortaya çıkmış bulunmaktadır. O halde iş hukuku dediğimizde, aslında bir iş sözleşmesine -yazılı olsun veya olmasın- bağlı olarak çalışan işçileri temel alan düzenlemelerden bahsetmekteyiz. İş hukuku o denli işçiyi esas almaktadır ki, İş Hukuku kavramının 'İşçilerin Özel Hukuku' anlamında kullandığı dahi ileri sürülmüştür.³⁶ Bu yeni anlayış ile birlikte işçi merkeze oturtulmuş ve işçiye

²⁹ Bülent Ferat İşçi, **Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.27-28.

³⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.5.

³¹ Hondius E.; **The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis**, Journal of Consumer Policy, 2004, Vol.27, s.245.

³² İşçilerin yanısıra kiracılar, tüketiciler, hastalar, sigortalılar, tüketiciler de zayıf taraf olarak kabul edilmektedir.

³³ Sema Çörtoğlu Koca, **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.29.

³⁴ Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku:Ferdi İlişkileri I**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.6.

³⁵ Günay, **a.g.e.**, 2013, s.73.; Çelik, **a.g.e.**, 2005, s.5.; Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.7., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.5., Tunçomağ, **a.g.e.**, s.17.

³⁶ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.4.

yepyeni haklar tanınmaya başlanmıştır. İşçilere haklarını daha iyi koruyabilmeleri ve örgütlenebilmeleri amacıyla mesleki teşekküller kurma imkânı ve hatta grev yapma, toplu iş sözleşmesi akdetme gibi imkanlar da tanınmıştır. Yeni gelişen anlayış doğrultusunda iş hukuku dünyasına kamu düzeni kavramı girmiş ve pek çok kavram ile akdi ilişkilerde düzenlenen kurallar kamu düzeni kavramı çerçevesinde yorumlanmaya başlamıştır.

İş sözleşmeleri çerçevesinde iş hukukunun tarihsel gelişimine baktığımızda işçi sınıfının ilk oluşmaya başladığı dönemde, iş sözleşmesinin klasik bir sözleşme olarak nitelendirildiği ancak yüzyıllar içerisinde bu şekilde bir kabulün işçi sınıfı açısından çok ağır sonuçlara yol açtığı görüldüğünden, günümüzde iş sözleşmesi İş Hukuku adında özel bir alanda ayrı bir konuma yerleştirilmiştir.³⁷

90'lı yıllar ile birlikte ekonomik piyasada ihtiyaç duyulan iş gücü türü de değişmeye başlamıştır. Bu döneme kadar bedeni çalışmalar ön plandayken, 21.yy ile birlikte fikri iş gücü de öne çıkmış ve hatta daha önemli hale gelmiştir.³⁸ Bu durumda yeni dünya düzeninde özellikle beyaz yaka çalışanlar açısından 'zayıf tarafın korunması' ilkesinin de sorgulanmaya başlanması olağandır. Üstün nitelikli iş gücü olarak nitelendireceğimiz fikri çalışmanın öne çıktığı iş sözleşmelerinde kimi zaman çalışanın, işverenden daha güçlü olabildiği durumlar dahi karşımıza çıkabilmektedir. Bu sebeplerle önümüzdeki dönemde iş hukukuna yeni bir soluk geleceğinde şüphe yoktur.

³⁷ Narmanlıoğlu, **a.e.**, s.7.

³⁸ Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.16-17.

B. İş sözleşmesinin Türk hukukundaki yeri

Batı Avrupa ülkelerinde, Sanayi Devrimi sonrası 19. yy'da işçi sınıfı oluşmaya başlamış olmasına rağmen, ülkemizde sanayileşme süreci geciktiğinden işçi sınıfının oluşması, işçi sınıfının haklarının konuşulmaya başlanması çok daha sonra olmuştur. Ülkenin ekonomisinin tarımsal faaliyete dayanması, ancak tarımsal faaliyetlerin de ilkel şekilde yürütülüyor olması, yine çalışma hayatında sanayileşme alanında el ve tezgâh işlerinden öteye gidememe³⁹ ülkedeki sanayi faaliyetlerinin gecikmesine neden olmuştur. Osmanlı dönemindeki sanayileşmenin gecikmesinin lonca teşkilatları ile ilgili olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre hem Batı'da hem Osmanlı'da lonca teşkilatları ekonomik hayatta önemli bir gücü elinde bulunduruyordu. Bu lonca teşkilatları ilk başta dini kuralları esas alıyor olsalar da zaman içerisinde Batı'da bu teşkilatlar liberalizmin gelmesi ile ortadan kalkmış, ancak Osmanlı idaresinde dini esaslar Osmanlı'nın son dönemine kadar etkisini sürdürmüştür.⁴⁰ Bu çerçevede Türk tarihine baktığımızda işçi sınıfına tanınan hakların esasında işçi sınıfına bahsedildiğini, işçi sınıfının bu hakları kendi direnişi ile elde etmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

Türk hukukuna baktığımızda kanunlaşma çabaları esas olarak Tanzimat döneminde başlamıştır. İslam hukuku açısından ilk kanunlaştırma hareketi olarak

³⁹ Günay, **a.g.e.**, s.81., Çelik, **a.g.e.**, s.5., Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.17., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.6.

⁴⁰ "İlk zamanlarda bir meslek veya san'atın icrası, İslam usul ve adetlerine göre muayyen bazı şartların yerine getirilmesine bağlı idi. "Fütüvvetname" denen ve mesleğe giriş şartları ile çalışma usul ve teamülünü, öğrenme ve gelişme yollarını tayin eden bu kaidelerle; bir nevi meslek (çalışma) statüsü meydana getirilmişti. Bu şartlarla "fütüvvet" denen tarikate, yani meslek teşekkülüne alınan genç, bir ustanın yanına çırak olarak verilmekle; onun manevi evladı sayılır ve ev (aile-işyeri) birliğine girerdi. Bu yolda çırakla usta arasında doğan hukuki ve sosyal bağ ile uzun bir öğrenim devresi geçiren çırak, ulular (ustalar) huzurunda geçirilen sınav sonunda başarı kazandığı takdirde kalfa sayılarak tarikate dahil olurdu. Bunun yanında Batı korporasyonlarının da etkisi altında her meslek ve san'at kolu için ayrı ayrı kurulan loncalar, zamanın kadılarının kontrolü altında ve ustalar tarafından idare edilen korporatif (muhtar ve tüzel kişilik niteliğinde) meslek teşekkülleri idiler. Reisleri; san'at hayatında oldukça eski, dürüstlükleri ile tanınan ve en az üç usta yetiştirmiş yaşlı ustalar arasından bütün meslek mensuplarının gizli oylarıyla seçilirlerdi. Loncaların teşkilatı bir hiyerarşi sistemine tabi idi. Eski devirlerin iş ve ekonomi hayatının ihtiyaçlarından doğan meslek teşekkülleri olarak loncalar, bu devirlerin sinai üretim tarzına (yani küçük el ve atölye sanatına) ve çeşitli mesleklerin bünyelerine de en uygun meslek birlikleri idiler. Bu çalışma düzeni Osmanlı İmparatorluğu ülkesinde genellikle Tanzimat devri (1839) ne ve hatta 19.uncu yüzyılın sonlarına ve bazı bölgelerde Cumhuriyet devrine kadar süregeldi" İzveren, **a.g.e.**, s.15.

bilinen ve kısaca Mecelle olarak adlandıracağımız Mecelle-i Ahkam-ı Adliye özel hukuk kurallarını içeren İslam hukuku kurallar bütünü olup, 1868-1876 yılları arasında derlenmiştir. Mecelle'nin ikinci kitabında “*İcare Akdi*” başlığı altında iş ilişkileri düzenlenmiştir. Ancak diğer bölümlerde de kısa kısa iş akdine ilişkin çeşitli hükümler mevcuttur. Türk hukukunda iş hukukuna ilişkin ilk düzenleme Mecelle’de yer almış olup, işçi “*nefsini kiraya veren*” kişi olarak tanımlanmıştır.⁴¹ Mecelle’de iş hukukuna dair önemli düzenlemeler olarak ücretin aynı ödenmesinin yasaklanması ve nakdi ödenmesi zorunluluğu, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işverenin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından sorumlu olması örnek olarak gösterilebilir.

İş hukukuna ilişkin bir diğer önemli düzenleme, il sistemine geçişi düzenleyen 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi’nin 3. maddesidir. Bu maddeye göre sanayi odaları üyeliklerine işçilerin de seçilmeleri kabul edilmiştir. Yine 1865 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi ile Ereğli Kömür Havzası işçileri ile ilgili olarak zorunlu çalışma, senede altı ay olarak belirlenmiş; işçiye yiyecek verilmesi ve yatacak yer temin edilmesi, işçiye ait çalışma saatlerin düzenlenmesi, iş yerinde doktor bulundurulması yükümlülüğü, işine son verilecek işçiye önceden haber verilmesi gibi düzenlemeler ve yükümlülükler getirilmiştir. 1869 tarihli (1285) Maden Nizamnamesi ile madenlerde zorla çalışma kaldırılmış⁴², iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önemli düzenlemelere yer verilmiş, Dilaver Paşa Nizamnamesi’nin eksiklikleri tamamlanmaya çalışılmıştır. 1909 tarihli İstanbul Hamallarına Ait Talimatname’nin 3. maddesi ile de hamalların alacakları ücret tarifeyle bağlanmıştır. Aynı yıl ağır çalışma koşulları nedeniyle otuza yakın grev yapılmış Tatil-i Eşgal Kanunu çıkarılmış, bu kanun ile hükümetten imtiyaz ve ruhsat alan ve genel hizmetler ile ilgili faaliyetlerde bulunan kurumlarda sendika kurmak yasaklanmış, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar için uzlaştırma esasları kabul edilmiştir.⁴³

⁴¹ Çelik, **a.g.e.**, s.6., Mehmet Aykanat, **Mecelle’de İş Akdi**, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s.9., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.8.

⁴² “Ereğli sancağındaki 14 kazadan toplanan 13 yaşından 50 yaşına kadar erkekler, tarım işlerinin geri kalmaması için onikişer gün münavebe ile ocaklarda çalışmak zorundaydı.” Bkz. Çelik, **a.g.e.**, s.7.

⁴³ Çelik, **a.e.**, s.7.

Cumhuriyet Dönemine geldiğimizde ise iş hukuku ile ilgili ilk düzenleme olarak Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Kuruluşu Yasası, 1921 tarih ve 114 sayılı Kömür Tozları Kanunu ile 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun gösterilebilir. Bu düzenlemeler ile madenlerde 18 yaşından küçük olanların çalıştırılması yasaklanmış, günlük çalışma süresi 8 saat ile sınırlandırılmış, 8 saatten fazla çalışılması halinde iki kat fazla ücret ödenmesi ve bu çalışmanın tarafların rızasıyla yapılması düzenlenmiştir.

1924 yılında 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu⁴⁴ çıkarılmış, 1926 yılında ise 818 sayılı Borçlar Kanunu⁴⁵ yürürlüğe konulmuştur. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çalışma hayatına ilişkin hükümleri akit serbestisine dayandığı ve liberal nitelikleri ağır bastığı için işçi işveren uyumsuzluklarını düzenlemede yetersiz kalmıştır.⁴⁶ 1930 yılında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁴⁷ ile düzenlemelere devam edilmiş, 12 yaşından küçük çocukların her türlü işte çalıştırılmaları yasaklanmış, gece ve yer altında yapılacak çalışmaların günde sekiz saati aşmaması, gebe kadınların doğumdan önceki üç ay içinde çocuğunun ve kendisinin sağlığını olumsuz etkileyecek işlerde çalıştırılmaması, doğum akabinde üç ay boyunca dinlenmesi gibi düzenlemeler getirilmiştir.

15.06.1937 tarihinde, 3008 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu dönem devletçilik ilkelerinin ağır bastığı bir dönem olduğu için⁴⁸ günümüzün İş Kanunu felsefesinden farklı bir ruha sahiptir. 1929 dünya buhranı, devletçi ekonomik politika izlenmesinin etkenlerinden biridir. Devletçilik ilkesinin temel alınmasıyla, çalışma hayatında bireyi esas alan anlayıştan uzaklaşmıştır. Örneğin bu kanunda kalkınmayı önleyecek bir sınıf kavgası çıkmaması⁴⁹ için grev lokavt

⁴⁴ R.G. Tarihi:21.01.1924, R.G. Sayısı: 394.

⁴⁵ R.G. Tarihi:29.04.1926, R.G. Sayısı: 359.

⁴⁶ Çelik, **a.e.**, s.9.

⁴⁷ R.G. Tarihi:06.05.1930, R.G. Sayısı: 1489.

⁴⁸ Günay, **a.g.e.**, s.81,

⁴⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.11.

yasağı getirilmiş, fikri çalışması bedenen çalışmalarından az olanlar kanun kapsamı dışında bırakılmıştır.⁵⁰

1945 yılında 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanun⁵¹ ile modern sosyal sigortalar düzenlendi. Yine aynı sene İşçi Sigortaları Kurumu ihdas edildi. 1946 yılında 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu'nun 9. maddesi ile sınıf esasına dayalı cemiyet kurma yasağı kaldırıldı. Böylece 1925'teki Takrir'i Sükûn kanunuyla fiilen kesilen sendikal örgütlenmenin önü açılmıştır. 1947 tarihli 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun⁵² çıkarılmış, bu kanunun 5. maddesi ile sendikaların siyasetle iştigal etmeyecekleri düzenlenmiştir. Bu yasa geçiş yasası niteliğinde değerlendirilmiştir.⁵³ 1950 tarihinde İş Mahkemeleri Kanunu⁵⁴ ile işçilik alacaklarına özel ihtisas mahkemeleri kurulmuştur. 1952 yılında Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun⁵⁵ çıkarılarak, bu kanun ile fikir ve sanat işlerinde çalışan kişiler de işçi kavramı içerisine alınmıştır. 1954 yılında ise 6379 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir.

1961 Anayasası sonrası iki önemli kanun ile 3008 sayılı İş Kanunu'nun ve 5018 sayılı Sendikalar Kanunu'nun önemli birçok maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu iki önemli kanun: 274 sayılı Sendikalar Kanunu⁵⁶ ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu⁵⁷'dur. Akabinde 1966 yılında 854 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdi ve 1967'de yeni Anayasa'nın rüzgârı ile 931 sayılı İş Kanunu çıkarıldı. 1961 Anayasası ile sosyal hukuk devleti ilkesi, sosyal politika ve iş hukuku yeniden ele alınarak, sendika kurma, toplu iş

⁵⁰ Günay, a.g.e., s.82., Çelik, a.g.e., s.9.

⁵¹ R.G. Tarihi:07.07.1945, R.G. Sayısı: 6051.

⁵² R.G. Tarihi:26.02.1947, R.G. Sayısı: 6542.

⁵³ Adnan Mahiroğulları, "5018 sayılı Kanun' un Temel Felsefesiyle Çelişki: Gayr-ı Siyasi Sendikacılıktan Partili Sendikacılığa Yöneliş (1947-1960)", **Sosyal Siyaset Konferansları**, Sayı:68-2015/1, s.67.

⁵⁴ R.G. Tarihi:04.02.1950, R.G. Sayısı: 5521.

⁵⁵ R.G. Tarihi:20.06.1952, R.G. Sayısı: 8140.

⁵⁶ R.G. Tarihi:24.07.1963, R.G. Sayısı: 11462.

⁵⁷ R.G. Tarihi:24.07.1963, R.G. Sayısı: 11462

sözleşmesi akdetme, grev hakları, sosyal güvenlik hakları temel haklardan kabul edilmiştir.

1970 yılında 931 sayılı İş Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi⁵⁸ tarafından şekil yönünden iptal edilmesi üzerine, 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1982 tarihli yeni Anayasa ile birlikte “*çalışma hakkı ve ödevi*”, “*çalışma şartları ve dinlenme hakkı*”, “*sendika kurma hakkı*”, “*toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt*”, “*ücrette adalet sağlanması*” maddeleri ile İş Hukuku ile ilgili düzenlemelerin bir kısmı doğrudan Anayasa'nın içerisinde de temel haklar olarak yer almıştır.

Günümüzde güncel iş kanunumuz 4857 sayılı İş Kanunu⁵⁹ olup, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu güncel İş Kanunu ile ülkemizde iş mevzuatı açısından Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO-International Labour Organization) normlarına uyum sağlanmış bulunmaktadır. 2010 yılında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁶⁰, 2012 yılında da Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Kanunu birleştirilerek 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁶¹ yürürlüğe girmiştir. Yine 2012 yılında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çıkarılmıştır. 1938 yılından başlayarak günümüze kadar olan dönemde de Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün⁶² (International Labour Organization-ILO)⁶³ toplam 59 sözleşmesini onaylamıştır, bu sözleşmelerin 55'i yürürlükte, üç sözleşmeye karşı çıkmıştır. Onaylanan 59 sözleşmenin 8'i temel sözleşmelerdir -ki temel sözleşmelerin hepsi onaylanmış

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 14.05.1970 tarihli, 1967/40E., 1970/26K. Sayılı kararı (R.G.Sayı:13833, R.G.Tarihi:11.05.1971)

⁵⁹ R.G. Tarihi:10.06.2003, R.G. Sayısı: 25134.

⁶⁰ R.G. Tarihi:16.06.2006, R.G. Sayısı: 26200.

⁶¹ R.G. Tarihi:07.11.2012, R.G. Sayısı: 28460.

⁶² “ILO Sözleşmesi ve Tavsiye Kararları, 1919'dan bu yana, çalışma dünyası ile ilgili hemen her konuyu kapsamıştır. Bunlar arasında, bazı temel insan hakları (özellikle dernek kurma, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı, zorla çalıştırma ve çocuk emeğinin yasaklanması, çalışma hayatında ayrımcılığın yok edilmesi), çalışma yönetimi, endüstriyel ilişkiler, istihdam politikası, çalışma koşulları, sosyal güvenlik, iş güvenliği ve sağlığı, kadınların istihdamı ile göçmen işçiler ve denizciler gibi bazı özel kategorilerin istihdamı yer almaktadır. Her üye ülke, karar alma konumunda olan ulusal yetkililerin de yer aldıkları Konferans tarafından belirlenen Sözleşme ve Tavsiye Kararlarına uymakla yükümlüdür.” (Çevrimiçi) https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372879/lang--tr/index.htm (22.02.2020).

⁶³ Türkiye 1932 yılında Milletler Cemiyeti'ne üye olarak ILO'ya da üye olmuş bulunmaktadır.

bulunmaktadır.- dört yönetim sözleşmesinin üçü onaylanmış, 177 teknik sözleşmenin ise 48'i onaylanmıştır.⁶⁴

C. İş hukukunun hukuki niteliği

Bu çalışmanın “İş Sözleşmesinin Tarihçesi” başlıklı bölümünde iş sözleşmelerinin esas itibarıyla işçi sınıfının doğuş dönemi olan Sanayi Devrimi ile birlikte ortaya çıktığını, bu dönemde sözleşme serbestisi prensibinin esas alındığını, ancak 20. yy. ile birlikte zayıf tarafın korunması ilkesinin savunulmaya başlandığını ve işçi-işveren ilişkisindeki kuralların kamu düzeni kavramı ile birlikte yorumlanmaya başlandığını belirtmiştik.

Devletlerin sosyal mevzuatları geliştirmeye başlaması, sosyal himaye amacının ortaya çıkması ile birlikte Devletin iş sözleşmesine ilişkin kurallara müdahale etme mecburiyetinde kalarak getirdiği kuralların kamu hukuku niteliği, iş hukukunun, dolayısıyla iş sözleşmesinin hukuki niteliğinin kamu hukuku disiplini içerisinde görülebileceği yönünde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu nedenledir ki; İş Hukukunun sadece özel hukuk veyahut da sadece kamu hukuku alanına dahil olduğunu söylemek mümkün değildir. O halde İş hukuku kurallarının hem özel hukuk hem de kamu hukuku niteliğinde kuralları ihtiva etmesi nedeniyle “*karma nitelikli*”⁶⁵ veya “*sui generis*”⁶⁶ yani kendine özgü bir hukuki niteliği haiz olduğu kabul edilmektedir.

⁶⁴ Her ne kadar Ünal Narmanlıoğlu “bir ILO sözleşmesinin ülkemiz tarafından usulünce onaylanmış olması, onun her halükârda uygulanmasını gerektirmez. Kaynaklar hiyerarşisindeki yeri doktrinde tartışmalı olmakla beraber, uluslararası nitelikte olsa ve Anayasa’ya aykırılığı öne sürülemese bile, bir sözleşmenin somut hukuki ilişkilere uygulanabilmesi, o konuda kanun koyucu tarafından bir düzenleme yapılmış olmasına bağlıdır.” (Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku:Ferdi İlişkileri I**, İstanbul, 2014, s.44.) şeklinde görüş bildirmiş olsa da kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Şöyle ki Anayasa’nın 90.maddesinin son fıkrası açıktır: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” O halde ILO sözleşmesinin bir uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, her halükârda uygulanması gerektiği açıktır. Aksi bir kabul, keyfiliği doğuracaktır.

⁶⁵ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.11., Günay, **a.g.e.**, s.72.; Çelik, **a.g.e.**, s.3., Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.7.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.3.

⁶⁶ İzveren, **a.g.e.**, s.5.

D. İş sözleşmesinin tanımı ve türleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun⁶⁷ (İŞK) 8.maddesinde iş sözleşmesi tanımı yapılmış ve türleri de devamı maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre iş sözleşmesi; *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”*. Bu çerçevede işçi kavramının en önemli unsuru iş sözleşmesi gibi gözüke de her zaman bir iş sözleşmesi olmayabileceği veyahut yapılmış bir sözleşmenin geçersiz olma ihtimalleri göz önüne alındığında iş ilişkisinin varlığının olup olmadığının tespiti en önemli unsur olarak kabul edilmelidir.⁶⁸ Bu durumda taraflar arasında bir iş sözleşmesi olmasa dahi, eğer iş ilişkisi var ise, yani işverenin bilgisi dahilinde işyerinde yapılan çalışmaya katılım halinde kişi işçi sıfatını kazanacaktır.

İŞK md.8'e göre; *“kanunda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir”*. İŞK md.8/2'de *“süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu”* getirilmiştir. İŞK md.8/3'e göre de *“Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunlu kılınmıştır.”*

Taraflar arasındaki bir işçilik alacağı talebine ilişkin uyuşmazlıkta ilk belirlenmesi gereken husus, taraflar arasındaki sözleşmenin bir iş sözleşmesi olup olmadığının tespitidir. Taraflardan birinin ne tür bir sözleşmeye tabi olarak

⁶⁷ Bu çalışmada İş Kanunu, 4857 sayılı Kanunu ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

⁶⁸ Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.46.

Çalışma yaptığının tespiti, uyuşmazlığa uygulanacak mevzuatı değiştireceği gibi, uyuşmazlığın çözümünde esas alınarak prensip ve ilkeleri de değiştirecektir.

İş sözleşmelerinin türlerine baktığımızda numerus clausus ilkesinin olmadığını söyleyebiliriz. İşK md.9'da *“ tarafların iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde ”* düzenleyebilecekleri açıkça ifade edilmiştir. İşK md.9/2'de de iş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli yapılabileceği gibi, bu sözleşmelerin çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde de oluşturulabileceği düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nda sınırlı sayıda olmamakla birlikte sayılan bazı iş sözleşmesi türleri şu şekildedir:

İşK md.11'e göre; *“ iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. ”* İşK md.11/2'ye göre; *“ belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar. ”* İşK md.12 gereğince; *“ Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden*

olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi⁶⁹ hakkında esas alınan kıdem uygulanır.”

İşK md.13 gereğince; “işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.”⁷⁰ Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.”

İşK md.14/1 gereğince; “Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi de çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.” İşK md.14/2’ye göre “Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır”. İşK md.14/3 gereğince; “işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi

⁶⁹ İşK md.12 gereğince emsal işçi: “iş yerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İş yerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun bir iş yerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

⁷⁰ İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmi süreli tam süreliye veya tam süreli kısmi süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur. İşK md.13/5 uyarınca İşK md.74’te öngörülen izinlerin bitiminden sonra “mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.”

kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat st üste çalıştırmak zorundadır.”

“Uzaktan alışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.” (İş Kanunu md.14/4) Buna göre yapılacak iş sözleşmesinde; “işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler” yer almalıdır. İşK md.14/6’ya göre ise; “Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.”

İşK md.16’da takım sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre takım sözleşmesi; “birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşme”dir. İşK md.16’ya göre; “Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilmelidir. Takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile iş veren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır.”⁷¹

⁷¹ Ancak, takım sözleşmesi hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 110 uncu maddesi hükmü de uygulanır. TBK’nın 110.maddesi şu şekildedir: “Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrdiine ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir.”

E. İş sözleşmesinin unsurları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8.maddesinde *“iş sözleşmesinin bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme”* olarak tanımlandığını belirtmiştik. Her ne kadar İşK m.2'de işçi olarak kabul edilecek kişinin bir ücret karşılığı ile çalışması gerektiği düzenlenmemişse de İşK md.2 ve İşK md.8 birlikte okunarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede bir iş sözleşmesinin en önemli unsurları; iş görme (çalışma), ücret ve bağımlılıktır. Bu unsurların eksikliği halinde bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.

İş görme unsuru, herhangi bir işte çalışma olarak tanımlanabilir. İş kavramının ekonomik olarak temellendirilmesi, yani işveren tarafının maddi veya düşünsel bir ihtiyacının karşılanmasına yarayan bir faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Yine iş gören kişi, gerçek kişi olmalıdır.⁷² Başka birinin emeğinin taahhüt edildiği durumlarda da bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.⁷³ Bir iş sözleşmesi kurulduğu halde, çalışmanın hiç başlamamış olması durumunda, iş ilişkisinin kurulmadığı kabul edilecektir.⁷⁴ Başka bir deyişle, işe başlama ile iş sözleşmesi kurulmuş olacak, fiili / gerçek çalışma olgusunun varlığı aranacaktır.⁷⁵ Yine bu gerçek çalışma olgusu da tarafların özgür iradeleriyle anlaşmaları ile gerçekleşmelidir. Kanuni bir zorunluluktan kaynaklanan iş görme durumunda bir iş sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilemeyecektir.⁷⁶ İş görme edimi, bedensel olabileceği gibi düşünsel, bilimsel veya artistik bir nitelikte de tezahür edebilir. Bu noktada önemli olan faaliyetin türünden çok, edimin hukuki bir değer taşıması ve yabancı bir gereksinimin giderilmesinin amaçlanmasıdır.⁷⁷

⁷² Tunçomağ, Centel, **a.g.e.** s.49.

⁷³ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.167.

⁷⁴ Narmanlıoğlu, **a.e.**, s.166.

⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 12.11.2019 tarihli, 2015/10-2868E., 2019/1159K. tarihli kararı.

⁷⁶ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.166.

⁷⁷ Narmanlıoğlu, **a.e.**, s.167.

İş sözleşmesinin diğer bir unsuru ücrettir. İşK md.32’ de ücret; “*Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu açık hüküm karşısında ücretin sadece para karşılığı ödenebileceği açıktır.⁷⁸ Aile içi yardımlaşma veyahut mesleki bir dayanışmanın ise iş sözleşmesi dışında kalacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Bir iş sözleşmesinde ücret belirlenmemiş olması durumunda, doğrudan iş sözleşmesinin kurulmamış olduğunu söylememiz mümkün değildir.⁷⁹ Bir iş görme ediminde çalışanın ücret karşılığı çalışacağı genel olarak kabul edilen bir durumdur. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun⁸⁰ (TBK) 401. maddesinde “*işverenin işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlü olacağı*” düzenlenmiştir. Öte yandan bir iş görme ediminin karşılığında ücret ödeneceği hususu bir kural olmakla birlikte, her iş ilişkisi, işin niteliği ve tarafları kendi içerisinde değerlendirilerek, yapılan işin karşılığında ücret alınıp alınmama hali ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Bağımlılık (tabiiyet) unsuru, İşK md.2’de yer almamakla birlikte, bu madde İşK md.8 ile birlikte değerlendirilmelidir. Yine iş hukukunun esasında bağımlı çalışan kişilerin hukuku olduğu gözetildiğinde, çalışanın bağımlı olarak iş görmesinin iş sözleşmesinin diğer esaslı bir unsurudur. Bağlı iş görme unsuru araştırılırken, “*kişisel bağıllığının derecesi*”⁸¹ dikkate alınmaktadır. Bağlı iş görme unsuru, Yargıtay kararlarında “*işverenin denetimi ve gözetimi altında iş görme*” olarak nitelendirilmektedir.⁸²

⁷⁸ Tunçomağ, Centel, ücretin para karşılığı olabileceği gibi eşya olarak da ödenebileceğini belirtmiş ve çalışanın yaptığı iş karşılığında yatacağı yerin sağlanması, yeme-içme masraflarının karşılanması eşya olarak ücretin verilmesine örnek olarak göstermiştir. Ancak kanımca İşK md.32’deki açık hüküm karşısında ücretin para dışında başka bir karşılık ile ödenmesi mümkün değildir. Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.50.

⁷⁹ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.173.

⁸⁰ R.G. Sayısı:27835, R.G. Tarihi: 11.01.2011.

⁸¹ Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.51., Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.168.

⁸² İşverenin denetimi ve gözetimi altında iş görme ile oluşan kişisel bağıllık unsuru, günlük belirli bir bedel karşılığında taksiyi kullanan taksi şoförü ve taksi sahibi arasındaki ilişkide uzun yıllar problemli bir durum yaratmıştır. Yargıtay, uzun yıllar taksi şoförünü işçi statüsünde değerlendirmekle birlikte,

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin 23.05.2019 tarihli, 2018/3462E., 2019/4107K. sayılı kararı şu şekildedir:

“...Sigortalılığın oluşması yönünden ilk koşul, taraflar arasında hizmet akdinin varlığına ilişkindir. Hizmet akdi Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde belirlendiği üzere iş sahibi ile işçi arasında yapılan belli veya belli olmayan bir süre için görülen iş karşılığı ücret ödenmesini gerektiren bir sözleşmedir. Bu sözleşmede ana unsur iş ve ücrettir. 506 Sayılı Kanun açısından hizmet akdini sadece bu unsurlara bağlı olarak kabul etmek mümkün değildir. Zaman ve bağımlılık unsurları hizmet akdinin ana koşulları olmak üzere 506 Sayılı Kanun'un öngördüğü hizmet sözleşmesi bir veya birden fazla işveren ile çalıştırılan arasında oluşturulan, süreli veya süresiz belli bir zaman dilimi içerisinde, işveren emir ve gözetimi altında, iş görmeyi hüküm altına alan

son yıllarda bu görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay 9.HD.'nin 22.06.2020T., 2016/17641E., 2020/6092K. sayılı kararında kişisel bağımlılık unsuru şu şekilde irdelenmiştir: “...Ticari taksi işletilmesinde aracı kullanan şoför üzerinde eğer taksi sahibinin gözetim ve denetimi varsa bu takdirde taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Ancak, araç sahibi aracı taksi şoförüne günlük belirli bir bedel karşılığında kullandırmakta, hasılar ne kadar olursa olsun kendisi sabit bir ücret talep etmekte ve araç sahibi günlük bu bedel dışında taksinin işletimiyle ilgili herhangi bir şeye karışmıyorsa bu takdirde de araç sahibi ile taksi şoförü arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi güçtür. Taksi sahibi taksi şoförüne günün belirli bir saat diliminde tahsis ediyor ve bu tahsis dönemi içinde işçinin iş görme edimini ne şekilde ifa ettiğine, hatta taksiiyi kullanıp kullanmadığına dahi karışmıyorsa, taksi şoförü taksi sahibinden işin yürütümüne ilişkin hiçbir emir ve talimat almıyorsa, çalışma zamanını serbestçe organize edebiliyorsa kişisel bağımlılığın bulunmadığı kabul edilmelidir...” Kararda devam iş sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birinin ekonomik riskin, yani kar ve zararın işverene ait olduğu vurgulanmış ve devamla hükümde şu hususlar belirtilmiştir: “...Ayrıca, iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kar ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılıklardan birisi de budur... İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz. Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, bu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir. Elbette burada ekonomik risk yüklenmiş ve aracı kiralayan işleten olarak çalışmış ise bağımsız çalışan olacaktır. Bu durumda oda kaydı da önemlidir. Genel olarak taksi şoförünün araç sahibine her gün düzenli olarak yaptığı ödemedan geride kalanın kazanç olduğu bir ilişkide ekonomik riski taşıyanın şoför olacağı açıktır. İş sözleşmesi kazanç-ekonomik bağımlılık temeline değil, otorite-bağımlılık ilişkisine dayanır. İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisi, işçinin de bu emir ve talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa yükümlülüğü vardır...”

hukuksal ilişkidir. Sigortalılığın oluşumu yönünden ilk unsur işgörececek kişinin belli bir zaman dilimi içerisinde, hizmetini işverenin emrine hasretmesidir. Bu zaman dilimi günün tüm süresini kapsayabileceği gibi, günün veya haftanın belli saatlerine de hasredilebilir. Haftanın veya ayın belli gün ve saatlerinde dahi çalışma söz konusu olabilir.

Önemli olan düzenli bir çalışma ilişkisinin varlığıdır. Düzenli çalışma ilişkisinin varlığı iş akdinin zaman unsurunu ortaya koyar. Çalışanın, hizmetini belli zaman dilimi içerisinde, işveren emrinde ve onun vereceği direktif doğrultusunda gerçekleştirilmesi, hizmet akdinin ikinci unsuru olan bağımlılık unsurunu oluşturur. Hizmetin fiilen verilmesi her durumda zorunlu değildir. İşverenin emir ve gözetim altında hazır beklemek durumunda dahi bağımlılık unsuru gerçekleşmiş sayılır. Öte yandan, işverence gösterilen işlerin, çalışan tarafından, işveren emir ve direktiflerine uygun olarak görülmesi gerekir. Belirtilen bu iki ana unsurun birlikte gerçekleşmesi durumunda 506 Sayılı Kanun açısından hizmet akdinin dolayısıyla sigortalılığın ilk koşulunun oluştuğu sonucuna varılır.

Sigortalılığın ikinci koşulu, 506 Sayılı Kanun'un 5. ve 8. maddelerinde öngörülen işin görüldüğü bir işyerinin bulunmasıdır. Bir işyerinin varlığının saptanamaması durumunda sigortalılığın gerçekleştiğinden söz edilemez.

Üçüncü koşul, eylemli çalışmanın varlığıdır. Yasal sigortalılıktan söz edebilmek için sigortalının işveren emir ve direktifleri altında, bilfiil, gösterilen işi yapması zorunludur. Çalışmanın, kimi durumlarda, görülen işin

nitelik ve kapsamına göre devamlı sürmesi mümkün olmayabilir. Sigortalının, işveren emir ve nezareti altında verilecek işi yapmaya hazır bir şekilde beklemesi dahi bu koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir...”

İşin icrası sırasında bahsi geçen bağımlılık, hukuki-kişisel bir bağımlılıktır. Yargıtay içtihatlarında “işçinin işin yürütümüne ve iş yerindeki talimatlara uyma yükümlülüğü” gerçek anlamda hukuki bağımlılık olarak tanımlamıştır.⁸³ Buna göre işçinin, edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmesi durumu, işçinin işverene karşı kişisel bağımlılığını ön plana çıkartmaktadır. Kararda iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesinin oluşturduğu, işin işverene ait iş yerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Kararda “bu belirtilerin hiçbirinin tek başına kesin ölçü teşkil etmeyeceği, işçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesinin de bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmayacağı” ayrıca belirtilmiştir. Yine işverene yarar sağlayan bir faaliyetin icrası sırasında ortaya çıkan sonucun bir önemi bulunmamaktadır. İşçinin ücrete hak kazanması, işverenin kar veya zarar etmesinden bağımsızdır.⁸⁴

⁸³ Yargıtay 22.HD., 26.11.2019T., 2017/24438E., 2019/21527K.

⁸⁴ Narmanlıoğlu, a.g.e., s.168.

F. İş hukuku ile Sosyal Sigortalar Hukuku arasındaki temel farklar

Bu çalışmanın konusu olan yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk incelenirken, bu tür sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların niteliğinin doğru tespit edilmesi de önem arz etmektedir. Şöyle ki; ortaya çıkan uyuşmazlık iş hukukunun kapsamı içerisindeyse farklı prensiplerle hareket edilmeli, sosyal güvenlik hukuku kapsamında ise farklı prensiplerle hareket edilmelidir. Bu nedenle öncelikle iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun arasındaki temel farklara kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

Sosyal güvenlik hukukunun ortaya çıkış sebebi olarak insanların geleceklerini güvenceye alma endişesi gösterilmektedir. İnsanlar hayatları süresince hastalık, kaza, evlenme, doğum, ölüm, sakat kalma gibi pek çok iyi veya kötü olayla karşılaşabilmektedirler. Dönüm noktası olarak nitelendirebileceğimiz bu olaylardan her biri, kişilerin yaşamlarını idame ettirebilmeleri için çalışma olanaklarının ellerinden gitmesi sonucunu daimî veyahut sürekli olarak doğurabilir. İşte bu nedenledir ki insanlar hayatlarını idame ettirebilir oldukları dönemlerde, bu ihtimalleri düşünerek geleceklerini teminat altına almak istemişlerdir. Bu endişe de sosyal güvenlik terimi ile kendisini ilk olarak 1935 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başkanı Franklin D. Roosevelt ile ortaya çıkmış ve bu dönemde Sosyal Güvenlik Kanunu (Social Security Act) yürürlüğe konulmuştur. 1929 Dünya Ekonomik Bunalımı olarak da bilinen Dünya Buhranı sonrası F.Roosevelt bu kapsamda “*New Deal*”⁸⁵ adında yeni ekonomik politikalar belirlemiştir.⁸⁶ Sosyal sigortalar alanında öncü ülkelerden birisi de Almanya’dır. Almanya’da kişinin zor bir duruma düşmesi halinde, yardım sürecinin kişinin kendi iradesine bırakılması halinde, yardım görememe ihtimali karşısında zorunlu sosyal sigorta fikri savunulmaya başlanmıştır.⁸⁷

⁸⁵ “*Yeni Anlaşma*” veyahut “*Yeni Düzen*” olarak Türkçe’ye çevrilebilir.

⁸⁶ Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.1.

⁸⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.15.

Sosyal güvenlik hukukunun tanımına ilişkin çok fazla görüş ileri sürülmüştür. Bu tanımları incelediğimizde belli başlı sosyal risklerin meydana gelmesi halinde oluşma ihtimali olan gelir kayıpları ile gider artışlarından bireyin etkilenmemesi noktasının ortak nokta olarak yer aldığını görebiliriz. Bu çerçevede sosyal güvenlik anlayışının aslında bir hukuk dalı değil, bir sosyal programlar bütünü olduğu ileri sürülmüştür. Bu anlayışa göre sosyal güvenlik hukuku, esasen bir sistemdir. Toplum içerisinde yaşayan kişiler arasındaki eşitsizliği, en azından herkesin başına gelmesi muhtemel ve hayatta dönüm noktası olarak nitelendirebileceğimiz riskler karşısında azaltmayı hedeflemektedir. Bu çerçevede de sosyal güvenlik hukukunun niteliğine baktığımızda, pek çok hukuk alanının birleşimi olması nedeniyle, karma bir hukuk dalı karşımıza çıkmaktadır.⁸⁸

İş hukuku ise bağımsız olmayan işçilerin hukuku, başka bir ifadeyle işçi hukuku şeklinde tanımlanabilir. Bu kapsamda iş hukukunun merkezinde işçi vardır. İşçiyle temas edildiği ölçüde işveren, iş hukuku kapsamına girmiş olur.⁸⁹ İş hukukunun temel anlamda işçinin iş koşullarını iyileştirme amacıyla doğduğunu söyleyebiliriz. İş hukuku, sosyal güvenlik hukukundan bağımsız bir hukuk dalıdır. Yine iş hukukunun niteliği itibarıyla karma, sui generis bir hukuk dalı olduğunu yukarıda belirtmiştik. İş hukuku karma niteliği itibarıyla kamu düzeninin önde olduğu prensipler ihtiva etmektedir. Devlet, işverenin işçiye karşı keyfi uygulamalarını engellemek amacıyla iş ilişkisine müdahale etme gereği duymuş⁹⁰ ve işçi lehine yorum ilkesi benimsenmiştir. Yine bu çerçevede iş hukuku mevzuatı içerisinde emredici kuralların, tamamlayıcı kurallardan daha fazla olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Ancak iş hukuku içerisindeki kamu düzeni kavramını, genel hukuk düzeni içerisindeki kamu düzeni kavramından ve yine yabancı unsurlu uyuşmazlıklardaki kamu düzeni kavramından ayrı bir yere sahiptir.

Sosyal güvenlik hukukunun doğuş fikri ve felsefesine baktığımızda, iş hukukunun uğraşı olan konulara değdiğini, ancak iş hukukunun uğraşından farklı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Sosyal güvenlik ihtiyacının geri kalmış ve

⁸⁸ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, s.3.

⁸⁹ Kenan Tunçomağ, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1971, s.2.

⁹⁰ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.12.

yoksul ÷lkelerde daha fazla olduğu gerçeğini dñşündüğümüzde ise, az gelişmiş ÷lkelerde mahkemeler iş hukuku alanında da yorum yaparken veyahut içtihat oluştururken sosyal güvenlik hukukunun prensiplerinin etkisinde daha çok kalabilmektedir. Bu durum, bu çalışmanın konusu olan yabancı unsurlu iş akitlerine uygulanacak hukukun tespiti sürecinde de mahkemelerin uygulanması gereken hukuku doğru tespit edebilmelerini engellemektedir. Bu nedenle bu iki ayrı hukuk dalının birbirine değdiği noktaları iyi anlamak, öte yandan bu iki ayrı hukuk dalının felsefesini ve prensiplerini de içselleştirmek, milletlerarası hukuk hakkaniyetini sağlamak açısından çok önemlidir.



İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILIK UNSURU İÇEREN BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİ

A. Yabancı unsur içeren bireysel iş sözleşmelerinde yabancılık unsuru ve vasıflandırma

Yabancılık unsuru, bir hukuki ihtilafın herhangi bir sebeple birden fazla devletin hukuk sistemi ile irtibatlı olması halinde oluşmaktadır. Hukuki ihtilafın taraflarından birinin (öznenin) başka bir ülke uyruğuna ait olması⁹¹, yurt dışı iş yerinde çalışma⁹² gibi hususlar yabancılık unsuruna örnek olarak sayılabilir. Bu çerçevede bireysel bir iş sözleşmesinin taraflarında, konusunda, iş yerinde veyahut herhangi bir sebeple yabancı bir hukuka temas eden bir hususun varlığı halinde, bu iş sözleşmesi yabancılık unsuru içeren bireysel bir iş sözleşmesi⁹³ olarak kabul edilecektir. İş sözleşmesinin taraflarından birinin yabancı olması, işin görüldüğü yerin yabancı bir ülke olması, işletme merkezinin yabancı bir ülkede olması, iş ilişkisi nedeniyle yabancı bir ülke ile sıkı irtibat bulunması gibi durumlar bir iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşımasına örnekler olarak sayılabilecektir. Yargıtay'ın bir kararında, yabancı uyruklu bir gemide birinci kaptan olarak çalışmış bir kişinin iş sözleşmesinin, davalı şirketçe çalışmış olduğu geminin Kıbrıs-Lübnan ve Suriye seferlerine başlaması akabinde, ehliyetinin

⁹¹ Yargıtay 11.HD. 29.04.2019T., 2019/1537E., 2019/3206K.: “*Toplanan delillerden, somut uyumsuzluğun, davalı şirketin KKTC uyruğu hasebiyle 5718 sayılı Yasa’ nın 1.maddesi anlamında yabancılık unsuru taşıdığı anlaşılmaktadır*”, Yargıtay 8.HD. 26.05.2011T., 2010/5330E., 2011/3103K.: “*O halde davada; hukuki ilişkinin tarafları (öznesi) yönünden, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda düzenlenmiştir*”, Yargıtay 2.HD., 29.09.2010T. 2010/13616E., 2010/15652K.: “*Dava, 26.12.2005 doğumlu küçük E. ’ nin evlat edinilmesi isteğine ilişkindir. Evlat edinme isteğinde bulunan davacıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda dava, kişi bakımından “yabancılık” unsuru içermektedir.*”

⁹² Yargıtay 7.HD., 24.10.2013T., 2013/10105E., 2013/17312K.: “*Somut bu delillere göre yurt dışı iş yerinde çalışma nedeni ile yabancılık unsuru içeren taraflar arasındaki uyumsuzlukta...*” denilerek, yurt dışı işyerinde çalışma halinde, yabancılık unsurunun mevcut olduğu kabul edilmiştir.

⁹³ Bu çalışmada sadece bireysel iş sözleşmeleri incelenmiş olup, toplu iş sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmıştır.

anılan seferler bakımından yetersiz olduğu gerekçesiyle feshedilmesinden doğan uyuşmazlıkta, bu iş sözleşmesi yabancı unsurlu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.⁹⁴

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmesi dediğimizde, sözleşme kavramının milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak tanımının yapılması önem arz etmektedir. Bu şekilde yapılacak bir tanımla Roma Konvansiyonunda⁹⁵ amaçlandığı gibi hukuki ihtilaflara tek tip bir uygulama sağlanabilecektir. Roma Konvansiyonu yerine yürürlüğe girmiş bulunan Roma I Tüzüğünde⁹⁶ sözleşme kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle sözleşme kavramının tanımı için Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) içtihatlarına bakmak gerekmektedir. ABAD'ın 17.06.1992 tarihli Handte⁹⁷ kararında sözleşme tanımına yer verildiği söylenebilir.⁹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki kararda sözleşme kavramı ile ilgili açık bir tanım yapılmamış, doğrudan üretici firmadan alınmamış bir malın sonradan

⁹⁴ Yargıtay 11.HD., 29.04.2019T. 2019/1537E., 2019/3206K.

⁹⁵ Kanunlar ihtilafı alanında Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 1980 tarihli Konvansiyon (Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)-Roma Sözleşmesi) imzalanmasından 11 yıl sonra, 01Nisan1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2000 yılından itibaren AET, konvansiyon şeklinde düzenleme yapma uygulamasına son vermiş ve milletlerarası özel hukuk alanındaki çalışmalar, tüzük şeklinde yapılmaya devam etmiştir. Bu çerçevede AET-Roma Sözleşmesi tüzüğe dönüştürülerek, adı Roma I Tüzüğü olarak uygulamaya girmiştir. Roma I Tüzüğü, toplam 29 maddeden oluşmaktadır. 17.12.2009 tarihi itibarıyla AT Anlaşması' nın m.249/f.2 uyarınca Danimarka dışında (*Danimarka açısından Roma Konvansiyonu geçerli olmaya devam edecektir.*) tüm üye ülkelerde doğrudan uygulanması kabul edilmiştir. Roma I Tüzüğü, Brüksel I Tüzüğü (*Hukuki ve ticari konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenler.*) ve Roma II Tüzüğü'nün tamamlayıcısıdır. Konvansiyonun tüzüğe dönüştürülmesi, Roma I Tüzüğü' ne doğrudan uygulanma kabiliyeti getirmiştir, çünkü tüzüklerin her üye ülkenin parlamentosundan onay sürecinden geçmesine gerek yoktur. Öte yandan ABAD' da topluluğun hukuki ihtilaflarını yorumlamak konusunda yetkili olduğundan, Roma I Tüzüğü doğrudan ABAD'ın yetkisine girmektedir. Bu şekilde üye ülke mahkemelerinin Konvansiyonu farklı yorumlamalarından kaynaklanan eksikliklerin önüne geçilmiş ve uyumlaştırma sağlanmıştır. Yine farklı ülke sınırları içerisinde faaliyet gösteren işletmeler de hukuki ihtilafın hangi üye mahkemesinde çözümlendiği fark etmeksizin, ilgili hukuki ihtilafa hangi hukukun uygulanacağını bileceklerinden, hukuki güven de sağlanmış olacaktır. Daha detaylı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, "Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları", **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed: Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Ankara, 2016, s.371-376.

⁹⁶ Roma I Tüzüğü, medeni ve ticari konularda yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemektedir. (Roma I Tüzüğü md.1/f1)

⁹⁷ ABAD'ın 17.06.1992 tarihli, C-26/91 numaralı Handte kararı için bkz. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97769&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3309785> (03.04.2020)

⁹⁸ Her ne kadar Zeynep Derya Tarman tarafından "...Handte davasında belirtildiği üzere, sözleşme, taraflardan birinin kendi özgür iradesiyle bir başkasına karşı borç altına girmesidir..." (Zeynep Derya Tarman, "Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları", s.377.) şeklinde bir ifade kullanılmış olsa da bu şekildeki bir ifadenin yazarın yorumundan ibaret olduğu kanaatindeyim.

ayıplı çıkması halinde hangi mahkemenin yetkili olduğu tartışılırken, “*sözleşmeye ilişkin bir hususta, bir diğerin diğer tarafa özgür iradesiyle yüklendiği yükümlülük olmayan bir hal anlaşılmalıdır*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bizim hukukumuzda da sözleşme tanımı açıkça yapılmamış olmakla birlikte, sözleşmenin kurulma şekli, TBK md.1’de düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme; tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmuş sayılacaktır.

Türk hukukunda iş sözleşmesini ifade etmek üzere, TBK’da “*genel hizmet sözleşmesi*”, 5953 sayılı Basın İş Kanunu’nda “*iş akdi*”, İş Kanunu’nda da “*iş sözleşmesi*” kavramı kullanılmıştır. Bu kavramlar, esasen bizim hukukumuzda aynı anlamı ifade etmektedir.⁹⁹ Öte yandan örneğin Alman hukukunda iş akdi ile hizmet akdinin anlamları farklı olup, işverene bağlılık derecesi önem arz etmektedir. Buna göre de iş akdi, hizmet akdinin alt sınıfı olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Görülmektedir ki; her hukuk sistemi kendi içerisinde kavramları farklı anlamlar ile vasıflandırmaktadır.

Hukuk sistemimizde iş sözleşmesini tanımlayacak olursak; İşK md.8’e göre; “*iş sözleşmesi, bir tarafın (işçinin) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverenin) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*”dir. Yine TBK md.393’de “*genel hizmet sözleşmesi*”; “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır.¹⁰¹ Bir iş sözleşmesinin tarafları, konusu, iş yeri vs. gibi herhangi bir sebeple farklı bir hukuk sistemine temas etmesi halinde de bahsi geçen iş sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesi olarak nitelendirilecek ve artık böyle bir sözleşmeden doğan

⁹⁹ Hukukumuzda iş akdi ve hizmet akdi kavramlarının ayrı anlamlara geldiği savunulmuşsa da 931 sayılı İş Kanunu ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun yapılması sürecindeki yasama belgelerinde böyle bir ayırım olmadığı ifade edilmiştir. Yine 01.12.1949 tarihli, 202/273 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında da hizmet akdi ile iş akdi arasında bir anlam farkı olmadığı, hizmetin Türkçe karşılığı olarak iş kelimesinin kullanıldığı belirtilmiştir. Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.164.

¹⁰⁰ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.163.

¹⁰¹ İş sözleşmesinin unsurlarına bu çalışmanın birinci bölümünün E başlığı altında yer verdiğimizden, tekrara düşmemek adına burada ilgili bölüme atıfla yetiniyoruz.

uyuşmazlıkta öncelikle kanunlar ihtilafı kurallarına gidilerek, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağı tespit edilecektir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun¹⁰² (MÖHUK) 27.maddesinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk için bağlama kuralları tespit edilmiştir. Buna göre;

“(1) iş 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.”

Uluslararası mevzuata baktığımızda ise Roma Konvansiyonu'nda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk 6.maddede düzenlenmişken, Konvansiyon'un yerini alan Roma I Tüzüğü'nde (*çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde yer yer Tüzük olarak da ifade edilebilir.*) iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka 8.maddede yer verilmiştir. Buna göre bireysel iş sözleşmesine öncelikle Tüzük md.3 uyarınca tarafların seçtikleri hukuk uygulanacak olmakla birlikte, seçilen bu hukuk işçiye Tüzük md.8'in 2, 3 ve 4.fıkralarında yer alan bağlama kuralları ile tespit edilecek hukuk düzenlerinden daha az koruma sağlayan bir hukuk

¹⁰² R.G. Sayısı:26728, R.G. Tarihi: 27.11.2007.

olmamalıdır. Tüzük md.8/2' de hukuk seçimi yapılmadığı hallerde işçinin işini mutad olarak yaptığı iş yeri hukuku bağlama noktası belirlenmiştir. Bu şekilde uygulanacak hukukun belirlenemediği hallerde, Tüzük md.8/3 uygulama alanı bulacak ve sözleşmeye iş yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak Tüzüğün 8/4 hükmü uyarınca halin icabından sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir ülke tespit edilirse, bu halde daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.

1. Bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkisi

İş Kanunumuzun 8.maddesine göre iş sözleşmesi *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme”*dir. İşK md.2'ye göre iş ilişkisi ise; *“işçi ile işveren arasında kurulan ilişki”* olarak tanımlanmıştır. İş ilişkisi kalıcı olabileceği gibi geçici de olabilir. Geçici iş ilişkisi¹⁰³, *“özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir iş yerinde görevlendirme yapmak suretiyle kurulabilir”* (İşK md.7/1). Geçici iş ilişkisi, iki işveren ve işçi arasında kurulan üçlü bir ilişki olup, belirli bir süreye bağlanması gereken bir süreçtir.

2. De facto kurulan bireysel iş ilişkileri

“De Facto” Latince bir kelime olup; ‘fiilen’, ‘gerçekte’, ‘uygulamada’ anlamında kullanılmaktadır. De Facto kelimesinin karşıt sözcüğü olarak “kanuna göre”, “hukuki olarak” anlamına gelen *“De Jure”* kelimesini gösterebiliriz. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, geçersiz ya da de facto iş ilişkilerine MÖHUK'ta yer alan bağlama kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı hususu, bir vasıflandırma sorunudur.

¹⁰³ Doktrinde geçici iş ilişkisi, ödünç iş ilişkisi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.258.

Roma Konvansiyonu’nun 6.maddesi ve Konvansiyonun yerini alan Roma I Tüzüğü’ nün 8.maddesinde “iş ilişkisi” yerine “bireysel iş sözleşmeleri” ifadesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. De facto iş ilişkilerine bağlama kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı hususu ile ilgili Mario Giuliano ve Paul Lagarde tarafından 31.10.1980’de yayınlanan raporda,¹⁰⁴ Konvansiyonun taslak aşamasında 6.maddenin başlığının “iş ilişkisi” olarak yer aldığı, ancak yürürlüğe giren şeklinde “iş sözleşmesi” ifadesinin kullanıldığı ifade edilmiş, buna rağmen geçersiz ve yine de facto iş ilişkilerinin de işçileri korumak adına 6.madde kapsamına gireceği kanaati bildirilmiştir. Bu yaklaşım uluslararası alanda da kabul görmüştür.¹⁰⁵ Yabancı unsurlu geçersiz iş sözleşmelerine veya de facto iş ilişkilerine de MÖHUK md.27’nin uygulanmasının milletlerarası hukuk hakkaniyetine uygun düştüğü kanaatindeyim.

3. Vasıflandırma sürecine ilişkin değerlendirme

Milletlerarası özel hukukta bağlama konusu olarak nitelendirilen “boşanma”, “nafaka”, “özel borç akitleri”, “iş sözleşmeleri”, “haksız fiiller” gibi hukuki ilişkilerde kullanılan kavramlar veya kurumlar, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk sistemlerinde her zaman aynı anlamı ifade etmeyebilir veyahut farklı hukuki dallarda sınıflandırılmış olabilir. Bu nedenle de vasıflandırmanın nasıl yapılacağına bağlı olarak, hukuki uyumsuzluğa uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktaları değişecektir. Örneğin Türk mahkemelerinde görülen bir nişanın bozulmasına ilişkin tazminat davasında, tarafların milli hukukunun Fransız hukuku olduğu bir durumda; nişanlanma kavramı Türk hukukuna göre vasıflandırılırsa (lex fori’ye göre vasıflandırma) aile hukuku içerisinde değerlendirilecek ve uyumsuzlukta MÖHUK md.12 (Nişanlılık) uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan nişanlanma kavramı Fransız hukukuna göre (lex causae’ya

¹⁰⁴ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C282, 31/10/1989 P.0001-0050. (Çevrimiçi)

[https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (10.04.2020)

¹⁰⁵ Doğa Elçin, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.18.

göre vasıflandırma) vasıflandırılırsa, Fransız hukukunda nişanlanma haksız fiil müessesesi içerisinde değerlendirildiğinden, Türk Mahkemesi önündeki uyuşmazlığa MÖHUK md.34'ü (Haksız Filler) uygulayacaktır. O halde görülmektedir ki; vasıflandırmanın şekline göre, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk ve dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde ulaşılan sonuç farklı olacaktır.¹⁰⁶

Vasıflandırmanın lex fori ya da lex causae'ya göre yapılıp yapılamayacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu farklı yöntemlerin amacı, uyuşmazlığa bakan mahkemenin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine ulaşabilmesini sağlamaktır.¹⁰⁷ Bu çerçevede Türk Mahkemesi'nin önündeki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümünde, vasıflandırmanın hangi yöneme göre yapılacağı mahkemenin takdirindedir. Örneğin bir uyuşmazlıkta iş sözleşmesi olduğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olup olmadığı vasıflandırma sorunu olarak karşımıza çıkacak olup, kolay ve basit çözüm olarak lex fori'ye göre vasıflandırmanın genellikle tercih edildiğini söyleyebiliriz.

Bu açıklamalar çerçevesinde Türk Mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, sözleşmesinin iş sözleşmesi olup olmadığı veyahut ilişkinin iş ilişkisi olup olmadığı vasıflandırma yöntemi ile belirlenecektir. İş sözleşmesi veyahut iş ilişkisi olarak nitelendirilmeyen hallerde MÖHUK md.24 ("*Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk*") veya özel sözleşme türleri ile ilgili bir madde kapsamına giriyor ise, ilgili madde uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.49-50.

¹⁰⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.49-52.

B. Bireysel iş sözleşmelerinde mutad işyeri, yerleşim yeri ve esas işyeri kavramları

1. Mutad İş Yeri

MÖHUK md.27/2’de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı iş yeri hukukunun (lex loci laboris) uygulanacağı, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu iş yerinin mutad iş yeri sayılmayacağı düzenlenmiştir. Yine MÖHUK md.44’te *“bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı iş yerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinin yetkili”* olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemenin detayına çalışmanın ileriki bölümlerinde yer verilecek olup, bu başlık altında sadece kavram açıklaması yapılmakla yetinilecektir.

“Mutad” kelimesi, Arapça kökenli olup, Türk Dil Kurumu sözlüğünde alışılmış, alışılan olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁸ Mutad iş yeri kavramında, işçinin işini fiilen yaptığı yer¹⁰⁹, işinin önemli bir kısmını geçirdiği yer anlaşılmalıdır.¹¹⁰ Bu nedenle de geçici görevlendirmeler halinde, geçici olarak işçinin işini yaptığı yer mutad iş yeri olarak kabul edilmemiştir. Geçici görevlendirmeler, doktrinde mutad iş yerinin yayılması olarak tanımlanmaktadır.¹¹¹ İşin belirli bir yerde yapılmayıp, sürekli olarak işin yapıldığı yerin değişmesi halinde de mutad iş yerinden bahsedilemeyecektir. Örneğin sürekli olarak değişik ülkelerde gösteri yapan müzik ve gösteri topluluklarında, uluslararası alanda faaliyet gösteren deniz, hava veya karayolu taşımacılığında uluslararası seyahat eden çalışanların da mutad iş yeri tespit edilememektedir.¹¹² Çalışmanın ileriki bölümlerinde bu konu derinlemesine

¹⁰⁸ Türk Dil Kurumu genel sözlüğünde “mutad” kelimesi, “mutat” olarak yer almaktadır. Ancak kanun yazılışında “mutad” olarak kullanım olduğu için biz de bu çalışma içerisinde “mutad” olarak kullanacağız. (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr> (13.04.2020)

¹⁰⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.305.

¹¹⁰ Gamzenur Zencir, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.125.

¹¹¹ Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AUHFD)**, 59 (3) 2010: 521-550, s.536.

¹¹² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.305.

incelendiğinden, bu başlık altında konuya giriş bağlamında bu kadar bilgi ile yetinmekteyiz.

2. Yerleşim Yeri

MÖHUK md.44'te işçinin işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri ve işçinin yerleşim yeri mahkemeleri de uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemeler arasında sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun¹¹³ (TMK) 19.maddesine göre yerleşim yeri; *“bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer”* olup, bir kimsenin birden çok yerleşim yeri olamaz. Merkezi Adres Kayıt Sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine ilişkin beyan, aksi sabit olununcaya kadar geçerli kabul edilmektedir.¹¹⁴ Ancak tabidir ki bu kural, ticari ve sınai kuruluşlar hakkında uygulanmayacaktır.

TMK md.51 gereğince tüzel kişilerin yerleşim yeri, *“kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer”* dir. İşK md.2'ye göre ise iş yeri; *“işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim”*dir. Yerleşim yeri hukukuna ilerleyen bölümlerde daha detaylı yer verileceğinden burada kısa değinmekle yetiniyoruz.

¹¹³ R.G. Sayısı:24607, R.G. Tarihi:22.11.2001.

¹¹⁴ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (R.G. Sayısı:26153, R.G. Tarihi:25.04.2006) md.50 ve Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği (R.G. Sayısı: 26377, R.G. Tarihi: 15.12.2006) md.13/1.

3. Esas iş yeri

MÖHUK md.27/3'e göre; *“işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna”* tabi olacaktır. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeyi düzenleyen MÖHUK md.44'te ise esas iş yeri mahkemesi yetkili mahkemeler arasında sayılmamıştır.

MÖHUK md.27/3'te yer bulan esas iş yeri kavramının ticaret hukuku terminolojisine ait olduğu doktrinde savunulmaktadır. Buna göre esas iş yeri kavramından işletme merkezinin anlaşıldığı, birden fazla işletme merkezinin olması halinde de *“işçinin işe alındığı işletme merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması”* görüşü dile getirilmiştir.¹¹⁵ Bir diğer görüşe göre ise MÖHUK md.27/3'te yer alan esas iş yeri kavramı, MÖHUK md.9'da yer alan *“idare merkezi hukuku”* olarak kullanılmıştır.¹¹⁶ Esas iş yeri hukukuna ilerleyen bölümlerde daha detaylı yer verileceğinden burada kısa değinmekle yetiniyoruz.

¹¹⁵ Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınları, 2015, s.392.

¹¹⁶ Elçin, **a.g.e.**, s.143.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL, EHLİYET, SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İLİŞKİNİN MADDİ VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ, ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE BAKIMINDAN UYGULANACAK HUKUK

A. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuk

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta ehliyeteye uygulanacak hukuk denildiğinde; iş sözleşmesinin taraflarının o iş sözleşmesini akdetme ehliyetlerinin olup olmadığı hususunun hangi hukuka göre çözümleneceği anlaşılmalıdır.

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta ehliyet hususu, uyuşmazlığın temelini ilgilendiren en esaslı konulardan biridir. Öyle ki taraflardan birinin ehliyetsizliği tespit edildiğinde, uyuşmazlık konusu sözleşme batıl hale gelebilecektir.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda ehliyeteye uygulanacak hukukun MÖHUK md.9'da düzenlendiğini görmekteyiz. MÖHUK md.9/1'de “*gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna*” tabi kılınmıştır. Hak ehliyeti, tarafların hak ve borçlara sahip olabilmesini; fiil ehliyeti de kişinin kendi fiilleri sonucu hak ve borç sahibi olabilmesini ifade etmektedir. Fiil ehliyeti ile ilgili olarak ise MÖHUK md.9/2'de hukuki işlemler ile ilgili ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin altında yatan prensip, işlem güvenliği prensibidir. MÖHUK md.9/2'ye göre “*milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlı*” kabul

edilecektir.¹¹⁷ Maddede işlemin yapıldığı yer hukuku alternatif olarak getirilmemiştir. İşlem güvenliği prensibi, madde metninde çok yanlı olarak düzenlendiğinden sadece Türkiye’ de yapılan hukuki işlemlere değil, işlemin yapıldığı ülke fark etmeksizin uygulanacak olup¹¹⁸, bu prensip işletilirken iyi niyet prensibi de dikkate alınacaktır.¹¹⁹ Yine madde kapsamına açık denizlerde gemilerde yapılan işlemler ile uçaklarda yapılan işlemler de dahildir. İşlemi yapanların, işlemin yapıldığı ülkede hazır bulunması, iradenin sıhhatli bir şekilde işleme yansması açısından gerekli kabul edilmektedir. Bu noktada işlemi yapan tarafların vatandaşlığı önem arz etmemektedir. Ekleme gerekir ki; işlem güvenliği prensibinin temel dayanağı tarafların menfaati olduğundan, bu prensip aile hukuku ve miras hukuku konularında uygulama alanı bulamayacaktır.¹²⁰ İş sözleşmelerinde ise dikkate almamız gereken bir prensiptir.

Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti hususunda, milli hukukları olmayanlar için de MÖHUK md.4’te yer alan düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Buna göre *“vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku”* uygulanacaktır.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ise MÖHUK md.9/4,5’te düzenlenmiştir. Buna göre: *“tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna”* tabidir. Madde metninde yer verilen statü kavramı; derneklerde tüzük, vakıflarda vakıf senedi, şirketler bakımından ana

¹¹⁷ İşlem güvenliği prensibinin temel dayanağı tarafların menfaati olduğundan, aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

¹¹⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.118.

¹¹⁹ “Bu konuda verilen örnekte, işlem İsviçre’ de iki Fransız arasında yapılmaktadır. Bunlardan biri diğerinin İsviçre hukukuna göre ehil olduğunu ve işlemin geçerli olduğunu ileri sürerse, bu kabul edilmemelidir. Çünkü, bir Fransız, Fransa’ daki ehliyet şartlarını bilir denilmektedir.” Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2011, s.84.

¹²⁰ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.83-84.

sözleşmedir.¹²¹ Tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde hâkim, Türk hukukunu da uygulayabilir.

TMK’nın 47 vd. maddelerine göre tüzel kişilik “*başı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanmamaktadır.*” TMK md.48 gereğince “*Tüzel kişiler; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.*” Yine TMK md.49’a göre; “*Tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyeti kazanırlar.*” TMK md.50’ye göre de tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanmakta olup; organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.

MÖHUK md.9/5 gereğince; “*Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, fiili idare merkezi hukukuna tabidir*”. Bir kısım ülke mevzuatlarında tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarına da hak ve fiil ehliyeti tanınmış olabilmektedir. Bu nedenle kişi veya mal topluluğunun taraf olduğu bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinde çözüme bağlanacak ise, o kişi veya mal topluluğunun taraf ehliyetine sahip olup olmadığı, fiili idare merkezi hukukuna göre belirlenecektir.¹²² Gerçek kişiler bakımından uygulanacak olan işlem güvenliği prensibinin, tüzel kişiler açısından

¹²¹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.119.

¹²² Yargıtay 3.HD., 18.03.2004T. 2004/1854E., 2004/2374K. sayılı kararı: “*Davacı vekili, Filles De ta Charite (Şefkat Rahibeleri) Hayır Kurumunun sözleşmenin yapıldığı tarihte yetkili temsilcisi olan "Rahibe Rigal" tarafından imzalandığını, 1990 yılında ise "Marie Lousie Le Maufun" yetkili temsilci olduğunu, yetkisine dayanarak kendisine verilen vekaletname ile bu davanın açıldığını bildirmiş, ancak bu hayır kurumunun tüzel kişiliğe sahip ve dava ehliyeti olduğunu kanıtlanamamıştır. Yabancı tüzel kişiler de Türk mahkemelerinde açacakları davalar ve kendilerine karşı açılacak davalarda taraf ehliyetine sahiptir. Bir yabancı kişinin, tüzel kişiliğe ve dolayısıyla taraf ehliyetine) sahip olup olmadığı, tabiiyetinde bulunduğu yabancı devletin hukukuna göre belirlenir (MÖHUK.m.8/IV).Somut olayda, davacı olan Şefkat Rahibeleri Hayır Kurumunun tüzel kişiliğe ve dava ehliyetine sahip olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır. O halde mahkemece bu hususun kanıtlanması için davacıya mehil verilmesi ve deliller celpedilmek suretiyle yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlışlıklarla değerlendirmeye sonucunda yazılı şekilde davanın reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir.*” şeklindedir.

da uygulanması gerektiği savunulmaktadır.¹²³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹²⁴ (TTK) md.195/5 gereğince “*şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde*” de TTK’daki hükümler uygulanacaktır. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın taraflarından biri, bu türden bir şirket ise, bu şirketin ehliyeti bakımından TTK’daki hükümler de dikkate alınacaktır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹²⁵ (HMK) md.51 gereğince “*dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre*” belirlendiğinden, dava ehliyetine de fiil ehliyetine uygulanacak hukuka tabidir. Hak ve fiil ehliyetinin başlangıcı, içeriği, sınırlandırılması ve sona ermesi de bu kapsamda değerlendirilecek olup, ilgilinin milli hukukunda yer alan düzenlemenin uygulanmasının Türk kamu düzeni açısından kabul edilemeyecek sonuçlar yaratması halinde ise Türk hukuku uygulama alanı bulabilecektir.¹²⁶ Kayyımlık ise MÖHUK md.10 uyarınca, doğrudan doğruya Türk hukukuna tabi kılınmıştır. Bir hukuki işlemde fiil ehliyetinin gerekli olup olmadığı hususu ise, *lex causae*’ya yani o hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.¹²⁷

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde ehliyeteye uygulanacak hukuk ile ilgili yukarıda yaptığımız açıklamaların istisnası doğrudan uygulanan kurallardır. İş Kanunumuzda ehliyeteye ilişkin olarak doğrudan uygulanan kural niteliğinde hükümler mevcuttur. İşK md.72’de yer alan “*Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı*” maddesini¹²⁸, İşKmd.72’de yer alan “*Yer ve Su Altında*

¹²³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.122.

¹²⁴ R.G. Sayısı:27846, R.G. Tarihi:14.02.2011.

¹²⁵ R.G. Sayısı:27836, R.G. Tarihi:12.01.2011.

¹²⁶ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.113-114.

¹²⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.** s.117.

¹²⁸ İşK md.72: “(1) On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler. (2) Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılacakları işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli

Çalıştırma Yasağı” başlıklı maddesini¹²⁹, İşKmd.73’te yer alan “*Gece Çalıştırma Yasağı*” maddesini¹³⁰ doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterebiliriz. Bu maddelere aykırılık halinde İşK md.104’te¹³¹ idari para cezası dahi düzenlenmiştir. O halde Türk hukukunda yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta ehliyet konusunda doğrudan uygulanan bir kuralın varlığı halinde MÖHUK kurallarına gidilmeden, doğrudan ilgili kural uygulanacaktır.

Roma I Tüzüğü m1/2 (a) – (f) gereğince sözleşme taraflarının ehliyetine ilişkin meseleler, Tüzüğün 13.maddesine halel getirmemek kaydıyla, Tüzük kapsamı dışında bırakılmıştır. Tüzüğün “*Ehliyetsizlik*” başlıklı 13.maddesinde; aynı

bir şekilde izlemesine zarar veremez. (3) Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. (4) Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir. Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden” çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri dördüncü fıkrafta öngörülen süreleri aşamaz. Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

¹²⁹ İşK md.72: “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.”

¹³⁰ İşK md.73: “(1) Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çok ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. (2) Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.”

¹³¹ İşK md.104: “(1) Bu Kanunun 63 üncü maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran veya 68 inci maddesindeki ara dinlenmelerini bu maddeye göre uygulamayan veya işçileri 69 uncu maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen, 71 inci maddesi hükmüne ve bu maddenin son fıkrasında anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden, 72 nci maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73 üncü maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden 74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, 75 inci maddesindeki işçi özlük dosyalarını düzenlemeyen, 76 ncı maddesinde belirtilen yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. (2) 64 üncü maddede öngörülen hükümlere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası idari para cezası” verilir.

ülkedeki kişiler arasında akdedilen bir sözleşmede, o ülke hukukuna göre ehliyetli olan bir gerçek kişi, başka bir ülke hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu, diğer tarafın sözleşme akdedildiği esnada ehliyetsizliği biliyor ya da ihmali sonucu bilmiyor ise ileri sürebilecektir.

Bu açıklamalar ışığında yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta ehliyetle uygulanacak hukuk araştırılırken; lex fori ya da lex causae kurallarından hangisine göre belirleme yapılması gerektiği hususunda bir düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Ancak ehliyetle uygulanacak hukukun belirlenmesinde lex fori kuralları çerçevesinde belirleme yapılmasının daha uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

B. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta şekle uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Şekil; “bir iradeyi dışa vurmak üzere kullanılan kalıp veya araç”¹³² ya da “irade beyanının biçimi, dış görünüşü”¹³³ şeklinde tanımlanabilir. İradenin dışarı vurulabilmesi için mutlaka bir araç gerekli olduğundan, her hukuki işlemin bir şekli olduğunu söyleyebiliriz. Şekil kavramı hukuk dünyasında “şekil serbestisi” ve “şekle bağlı işlemler” olarak iki ayrı şekilde nitelendirilmektedir. Mevzuatımızda da bazı işlemlerde şekil şartı öngörüldüğü gibi, bazı işlemlerde herhangi bir şekil şartı belirlenmemiş ve irade sahibine serbestlik tanınmıştır. Bu çerçevede bir hukuki işlemin şeklinin geçerli olup olmadığı, şekle uygulanacak hukuka göre değişkenlik arz edecektir. Yine bazı şekil şartları ispata yönelik getirildiği gibi, bazı şekil şartları hukuki işlemin geçerliliğini etkilemektedir. Mevzuatımızda MÖHUK’ta, TTK’da veyahut uluslararası sözleşmelerde bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen kanunlar ihtilafı kuralları, TBK md.12 uyarınca karine olarak hukuki işlemlerin geçerlik şekline ilişkindir.

¹³² Begüm Süzen, **Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s.4.

¹³³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.103.

“Hukuki İşlemlerde Şekil” başlıklı genel şekil kuralı olan MÖHUK m.7’de *“hukuki işlemlerin, yapıldıkları ülke hukukunun¹³⁴ veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak”* yapılabileceği düzenlenmiştir. Madde metninde alternatifli iki tane bağlama kuralı öngörülmüştür. Maddenin ruhuna baktığımızda, hukuki işlemin şekil bakımından geçerli olarak ayakta kalmasını amaçladığını söyleyebiliriz. Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, şekil kavramının kapsamına bir işlemin şekil şartına tabi olup olmadığı, şekil şartı var ise şekil şartları ve şekle aykırılığın hukuki sonuçları girmektedir. Bu noktada bir uyuşmazlığın şekle ilişkin uyuşmazlık olup olmadığı meselesi ise, vasıflandırma metodu kullanılarak lex fori kurallarına göre çözümlenmelidir.¹³⁵

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK’ta doğrudan bir düzenleme yoktur. İş Kanunu md.8’de iş sözleşmesinin *“Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi olmadığı”* ancak *“süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu”* düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu md.5 *“hizmet akdi işveren veya işveren vekiliyle gemi adamları arasında yazılı olarak iki nüsha yapılır ve taraflardan her birine birer nüsha verilir”* şeklindedir. Yine İşK md.7’de geçici iş sağlama sözleşmesinin, İK md.16’da takım sözleşmesinin, İK md71/1’de on dört yaşını doldurmamış çocuklar ile sanat, kültür ve reklam faaliyetleri sözleşmelerinin, Basın İş Kanunu md.4/1’de gazeteciler ile yapılacak bütün iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunlu tutulmuştur. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un¹³⁶ 17.maddesinde de özel istihdam bürolarının aracılık faaliyeti ya da geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi halinde, işçilerin yurt dışı hizmet sözleşmelerinin Kuruma onaylatılması zorunlu tutulmuş, ilgili kanun md.20/g’de de Kurumdan izin almadan kendi iş ve faaliyetlerinde çalıştıracakları işçileri yurt dışına götüren ve/veya Kuruma onaylatılmayan her bir yurt dışı hizmet akdi için gerçek ve tüzel kişilere idari para

¹³⁴ Locus Regit Actum.

¹³⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.104.

¹³⁶ R.G. Sayısı:25159, R.G. Tarihi:05.07.2003

cezası öngörölmüştür. 4904 sayılı Kanunun 17.maddesinin gerekçesinde “uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere paralel olarak sürekli ve hızla değişen işgücü piyasasındaki iş gücü taleplerinin süratle karşılanması ve işsizliğin azaltılması, uluslararası sözleşmelerin hayata geçirilmesi, Türkiye İş Kurumu’ nun iş ve işçi bulmadaki aracılık tekelini gereği gibi kullanmasına olanak bulamamasından doğan sakıncaların giderilmesinin amaçlandığı, Kurumun sınırlı da olsa rekabet içinde gelişmesine olanak sağlandığı” belirtilmiştir. O halde kanaatimce 4904 sayılı Kanunun 17.maddesinde yer alan yurt dışı hizmet sözleşmelerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğu ve bu madde ile bağlantılı Yönetmeliğin¹³⁷ 5.maddesi doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilerek ve MÖHUK kurallarına başvurulmadan doğrudan uygulama alanı bulmalıdır. Yine iş mevzuatı kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getiren düzenlemeler ile şekil şartı olarak yazılı sözleşme yapılmasına ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte kabul edilerek, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kural sıfatı ile uygulama alanı bulacaklardır. Doktrinde yazılı şekil şartının yaptırımını olarak maddi hukukta geçersizlik söz konusu değil iken, işlemi ayakta tutmayı amaçlayan bir kanunlar ihtilafı kuralını etkisiz hale getirecek şekilde, doğrudan uygulanan kural olduğu yönündeki kabulün mümkün olmadığı da ileri sürölmüştür.¹³⁸

Roma I Tüzüğü’ne baktığımızda; yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekline ilişkin olarak “Şekli Geçerlilik” başlıklı 11.maddesinde bir düzenlemeye yer verildiğini düzenlendiğini görmekteyiz. Bu maddenin ruhu da şekli bir noksanlık sebebiyle sözleşmenin geçersizliği sonucunu mümkün olduğunca bertaraf etme amacı taşımaktadır. Roma I Tüzüğü md.11/1’de aynı ülkede olan taraflar veyahut temsilciler arasında akdedilen bir sözleşme kurulduğu esnada, Tüzük kapsamında iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk uyarınca şeklen geçerli ise ya da akdedildiği ülke kurallarına göre geçerli ise, sözleşme şeklen geçerli kabul edilecektir. Tüzük md.11/2’de sözleşme akdi sırasında tarafların veya temsilcilerinin farklı ülkelerde bulunmaları halinde, sözleşmenin esasına

¹³⁷ Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği, R.G. Sayısı:26789, R.G. Tarihi: 16.02.2008.

¹³⁸ Süzen, a.g.e., s.270.

uygulanacak hukuka göre şeklen geçerliyse veya sözleşmenin kurulması esnasında sözleşme taraflarından ya da temsilcilerinden birinin hukukuna göre geçerliyse veya bu zaman diliminde taraflardan birinin mutad mesken hukukuna göre geçerliyse, o sözleşmenin şeklen geçerli olacağı kabul edilmiştir. Roma I Tüzüğü md.11/3'e göre; var olan ya da tasarlanan bir sözleşmeye tek taraflı hukuki işlem ile hukuki sonuç bağlanmak istendiğinde, bu tek taraflı hukuki işlem sözleşmenin esasına uygulanan ya da uygulanacak olan hukuka göre veya hukuki işlemin gerçekleştiği hukuka göre ya da hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin mutad mesken hukukuna göre işlemin gerçekleştiği zamanda geçerli ise, hukuki işlem şeklen geçerli kabul edilecektir.

C. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, sözleşme ilişkisinin varlığı ve maddi geçerliliği Roma I Tüzüğü md.10'da düzenlenmiştir. Buna göre (md.10/1) bir sözleşmenin varlığı ve geçerliği veya sözleşmenin bir maddesinin geçerliliği, Tüzük uyarınca sözleşmeyi koruyan hukuka göre belirlenecektir. Roma I Tüzüğü md.10/2'de, md.10/1'in istinası tanımlanmıştır. Buna göre taraflardan birinin davranışına md.10/1 uyarınca hüküm tanımak halin şartlarına göre makul olmayacaksa, rızası olmadığını iddia eden o taraf mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep edebilecektir. Bu düzenlemenin amacı; bir sözleşme ilişkisini başından sonuna kadar tek bir hukuk düzenine tabi tutarak, *“maddi hukuk ahengini sağlamak”* tır.¹³⁹

Türk hukukunda sözleşme ilişkisinin varlığı ve maddi geçerliliği ile ilgili olarak MÖHUK md.32'de düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *“sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli*

¹³⁹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.337.

olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir".¹⁴⁰ Başka bir deyişle, MÖHUK md.32/1'in uygulama alanı bulabilmesi için, ilgili sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğunun kabul edilmesi ve akabinde esasa uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Bu şekilde esasa uygulanacak hukukun tespiti akabinde, ilgili sözleşmenin o hukuka göre geçerli olup olmadığı irdelenecektir. MÖHUK md.32/2'ye göre; *"Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır"*. Madde metninde geçen "halin şartlarından" ifadesinden, bu yönde iddiası bulunan kişinin akit statüsünden bilgisinin bulunmadığının, sözleşmenin kuruluşu sürecinde sergilediği hareketlerin akit statüsünde ne anlama geldiğini bilmediğinin, başka bir deyişle iyi niyetli olmasının anlaşılması gerektiği ve iyi niyeti ispat külfetinin de iddia sahibinin omuzlarında olduğu belirtilmiştir.¹⁴¹

Bu açıklamalar ışığında yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinin varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin esasına ilişkin bir meseledir. Bu nedenle de MÖHUK md.27 çerçevesinde belirlenecek uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Doktrinde MÖHUK md.32/2'nin zayıf tarafı koruma ilkesinin hâkim olduğu yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulması gerektiği, sözleşmede zayıf tarafın bulunmadığı hallerde MÖHUK md.32/2'ye daha temkinli yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴²

¹⁴⁰ MÖHUK md.32/1'de yer alan genel kuralın, "varsayımdan yola çıkılarak" düzenlendiği belirtilmiştir. Bkz. Gizem Perçin, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında "Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği"", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:28, Sayı:1-2, Yıl:2008, s.58.

¹⁴¹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.313., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.337.

¹⁴² Perçin, **a.g.e.**, s.60.

D. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde zamanaşımı ve hak düşürücü süre

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde zaman faktörü, “zamanaşımı” ve “hak düşürücü süre” olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkabilir. Zamanaşımı, bir hakkın belirli bir müddet sonra varlığını korumasına rağmen diğer tarafın itirazı olduğu anda dava yolu ile talep edilememesi iken, hak düşürücü süre ise belirli bir süre sonunda hakkın ortadan kalkmasıdır. Bu nedendir ki hâkimin zamanaşımı süresini dikkate alabilmesi için bu konuda diğer tarafın itirazı olması gerekirken, hak düşürücü süreyi re’sen uygulaması gerekmektedir. Zamanaşımı süreleri aynı hukuk sistemi içerisinde konu bazında ayrı ayrı düzenlenmiş olabileceği gibi, farklı hukuk düzenlerinde farklı süreler öngörülmüş de olabilir. Örneğin Türk hukukunda genel zamanaşımı süresi TBK md.146 gereğince on yıl olarak belirlenmişken, Alman hukukunda bu süre sadece üç yıldır.¹⁴³

Zamanaşımı kavramının maddi hukuka ya da usul hukukuna dahil kabul edilmesi, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta dikkate alınacak zamanaşımı sürelerine uygulanacak hukuku değiştirecektir. Bu husus zamanaşımının vasıflandırılması ile ilgilidir. Zamanaşımı kavramının maddi hukuka ait bir kavram olması halinde lex causae hukuku, usul hukukuna ait bir kavram olması halinde hâkimin hukuku olan lex fori dikkate alınacaktır. Türk hukukunda ise zamanaşımı kavramı, maddi hukuka ilişkin kabul edilmiştir.¹⁴⁴ Nitekim MÖHUK md.8’de “*zamanaşımının hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabi olduğu*” düzenlenmiştir.¹⁴⁵ Madde kapsamına zamanaşımı süresi, zamanaşımının

¹⁴³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.106.

¹⁴⁴ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.106., Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.200., Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınları, 2015, s.272., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.215.

¹⁴⁵ Kara Avrupası ülkelerinde zamanaşımının maddi hukuka, Anglosakson ülkelerinde usul hukukuna ilişkin kabul edildiği söylenebilir, ancak İngiltere’ de 1Ekim1985 yılında yürürlüğe giren Milletlerarası Zamanaşımı Kanunu (Foreign Limitation Periods Acts 1984) zamanaşımına uygulanacak hukukun lex causae’ ya göre belirleneceğini düzenlemiştir. Bu nedenle İngiltere’ nin de Kara Avrupası sisteminden bir farkının kalmadığı söylenebilecektir. Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.272., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.200. Foreign Limitation Periods Act 1984, m1, (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/16>, (22.04.2020).

başlangıcı, kesilmesi, durması, sona ermesi ve hükümleri olmak üzere zamanaşımı ile ilgili bütün meseleler girmektedir. Zamanaşımının itiraz ya da def'i olarak ileri sürülmesi hususu ise lex foriye tabi olup, Türk hukukunda zamanaşımı def'inin ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekecektir.¹⁴⁶

Yabancı mahkemede dava açılmış olmasının, zamanaşımını kesip kesmeyeceği tartışmalı bir konu olmuştur. Yargıtay yabancı mahkemede açılan davanın, zamanaşımı süresini kesmeyeceği görüşündedir.¹⁴⁷ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise önemli olan unsur alacaklının dava açma iradesini ortaya koyması, hakkının korunmasının talep etmesi olduğundan, yabancı mahkemede açılan davanın zamanaşımı süresini kesmelidir.¹⁴⁸ Nasıl ki iç hukukta “*sonradan görevli mahkemede açılan dava, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğinde kabul edilerek, görevsiz mahkemede dava açılması ile kazanılmış haklar saklı tutulmuş olacağından, hak düşürücü süre de, hatalı yargı düzenine bağlı mahkemede davanın açıldığı tarihe göre*”¹⁴⁹ belirlenmekte ise, bu hatalı mahkemenin salt yurtdışında olması, ülke içinde kazanılmış hak olarak nitelendirilen bir durumun yok sayılması anlamına gelmemelidir. Aksi bir kabul hak ve nesafet kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Ancak yurtdışında açılan davanın zamanaşımını keseceğinin kabulü halinde de davanın kötü niyetle açılıp açılmadığının da irdelenmesi gerekir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.89.

¹⁴⁷ Yargıtay 11.HD'nin 27.10.2016 tarihli, 2015/11556E., 2016/8472 sayılı kararında aynen: “Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere, 5718 sayılı MÖHUK 8.maddesi hükmünce zamanaşımının hukuki işlem ve ilişkisinin esasına uygulanan hukuka tabi bulunmasına, bu bağlamda uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun da Türk hukuku olmasına, yabancı mahkemelerde açılan davalar sonucu verilen kararların hükümleri kapsamında tanınması veya tenfizine dair bir karar mevcut olmadığı sürece yabancı mahkemede dava açılmasının mülga BK 133 (TBK 154) maddesine göre zamanaşımını kesen sebep olarak nazara alınamayacak olmasına göre, davacı vekilinin HUMK 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.” şeklindedir. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (24.04.2020)

¹⁴⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.** s.108., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.274-275., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.200., Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, s.99.

¹⁴⁹ Yargıtay 10.HD. 09.05.2019T. 2016/17680E., 2019/4107K.

¹⁵⁰ Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, İstanbul, 2011, s.146.

Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması tenfizinde zamanaşımı süreleri, MÖHUK md.55/2’de düzenlenen kararın yerine getirilmesine engel bir sebeplerdendir. Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili zamanaşımı sürelerinin tespitinde ise MÖHUK md.8 uygulanmamaktadır. Yabancı bir mahkeme ilamının Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfizi için zamanaşımı süresinin bulunup bulunmadığı, kararın verildiği ülke hukukuna göre tespit edilmelidir. Öte yandan Türk mahkemesi tarafından tenfizine karar verilmiş bir yabancı mahkeme ilamı için, İcra İflas Kanunu md.39¹⁵¹ ve TBK md.156/2’de¹⁵² yer alan 10 yıllık ilam zamanaşımı süresi uygulanacaktır.¹⁵³

Zamanaşımı kavramı, doğrudan kamu düzenini ilgilendiren bir kavram olarak kabul edilmemektedir.¹⁵⁴ Bu nedenle her olay bazında zamanaşımına ilişkin düzenlemenin uygulanmasının kamu düzenine aykırı olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹⁵⁵ Örneğin yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, esasa uygulanan hukukta zamanaşımı süresinin hiç öngörülmemiş olması, zamanaşımı süresinin Türk hukukunda düzenlenme amacını bertaraf etmiş olacak, uyuşmazlığın yaşam süresi boyunca dava edilebilir olmasına neden olacaktır. Bu nedenle de esasa uygulanacak hukukta hiç zamanaşımı süresi düzenlenmemiş olması, Türk hukukunda kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.¹⁵⁶ Zamanaşımı süresinin ne kadar kısa ya da uzun olacağı ise kanun koyucuların teknik meselesidir. Dolayısıyla bir konuya ilişkin zamanaşımı süresi,

¹⁵¹2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m39 (Zamanaşımı): “İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar. Noter senedine müstenit takip, senedin mahiyetine göre borçlar veya ticaret kanunlarında muayyen olan zamanaşımına tabidir.”

¹⁵²6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m156/2: “Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır.”

¹⁵³ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.110.

¹⁵⁴ Zamanaşımının kendisinin kamu düzenini ilgilendirmediği yönünde karar için bkz. Yargıtay 11.HD., 05.04.1979T., 1979/1512E., 1979/1798K., Yargıtay 11.HD., 28.05.1998T., 1998/383E., 1998/3945K. Doktrinde aynı yönde görüş için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.200., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.108., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.215.

¹⁵⁵ Doktrinde yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilirken, ihtilaf konusu sözleşme tipine göre ayırım yapılması gerektiği bu çerçevede tacirler arasındaki sözleşmelerde zamanaşımı süresi yönünden kamu düzeni müdahalesinden uzak durulması, sözleşme taraflarından birinin zayıf taraf olarak kabul edilen kişilerden (işçi, tüketici. vb.) olması halinde ise kamu düzeni müdahalesine daha sık başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, s.160.

¹⁵⁶ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.275.

her ülkede farklılaşabilmektedir.¹⁵⁷ Ancak zamanaşımı süresinin aşırı kısa ya da aşırı uzun olması veyahut hiç düzenlenmemiş olması Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir.¹⁵⁸ Yargıtay 13.HD. 15.06.1993 tarihli, 1993/2112E., 1993/5075 sayılı kararında kural olarak zamanaşımının kendisinin kamu düzenini ilgilendiren nitelikte olmadığını, bunun yanında, bazen zamanaşımı niteliği ve hükümleri bakımından kamu düzeni ile bağlantılı görülmesinin de mümkün olduğunu belirtmiştir. Kararda bu konuda hassas ve dikkatli davranılması gerektiği, olayın özellikleri gerektirmedikçe kamu düzeninin müdahalesini haklı görmeye özen gösterilmesini belirtmiştir. Kararda devamla “*zamanaşımının, sadece borçlunun yararına hizmet eden bir müessese olmadığı, aynı zamanda hukuki güvenliği ve hukuki tatmini şart gördüğü toplumun huzuruna da hizmet ettiği dikkate alındığında, bir alacak hakkının çok uzun sürede zamanaşımına uğramasının kamu düzenini ihlal edici nitelikte kabul edilmesi gerektiği*” belirtilmiştir. Bu nedenle zamanaşımının maddi hukuk hükmü olarak uygulandığı Türk Mahkemesinde uyuşmazlığa tatbiki gerekli Alman Hukuku, Türk Hukukunda yer alana nispetle 30 yıl gibi çok uzun bir zamanaşımı süresi kabul ettiği için kamu düzenine aykırılık olduğu kabul edilmiştir. Kararda, artık böyle bir durumda yabancı bir hukuk normunun kamu düzenine dayanılarak bertaraf edilmesinin zorunlu olduğu, bu kabulün lex forinin yani kendisine başvuru mahkemenin tabi bulunduğu hukukun uygulanması sonucunu doğuracağı da belirtilmiştir.¹⁵⁹

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık Türk mahkemesi önünde incelenirken; tarafların zamanaşımı itirazları yönünden mahkemenin öncelikle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer alan zamanaşımı düzenlemesini araştırması gerekmektedir. Bu şekilde tespit edilecek zamanaşımı ile ilgili yabancı mevzuat, Türk kamu düzeni açısından tahammül edilemez sonuç

¹⁵⁷ “Zamanaşımı için ne kadarlık bir sürenin geçmesi gerektiği ise Latince söylemle “*interest rei publicae ut sit finis litium*” yani “*kamunun menfaatine hizmet etmeye yeter derecede uzun olan*” süre şeklinde ifade edilmiştir.” Detaylı bilgi için bkz. Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, s.23.

¹⁵⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.109., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.216., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.275.

¹⁵⁹ Yargıtay 13.HD. 15.06.1993T., 1993/2112E., 1993/5975K.

doğurduğu takdirde, Türk hukukunda yer alan zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmalıdır.

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta hak düşürücü sürenin belirlenmesinde hangi hukukun uygulanacağına dair mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hak düşürücü sürenin hakkın özüne ilişkin olması nedeniyle, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun da hak düşürücü süreye uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁶⁰ Türk iş hukukunda hak düşürücü sürelerle örnek olarak İşK md.26'da¹⁶¹ yer alan altı iş günlük ve bir yıllık süreler gösterilebilir. Bu iki süre de ayrı ayrı hak düşürücü niteliktedir.¹⁶² Başka bir deyişle; fesih hakkının öğrenmeden itibaren altı iş günü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır. Sürelerden birinin dahi geçmiş olması haklı fesih imkanını ortadan kaldırır. Hak düşürücü sürenin niteliğinden dolayı taraflar ileri sürmese dahi, hâkim resen dikkate almak zorundadır.

Roma I Tüzüğü md.12'de Tüzük kapsamında uygulanacak hukukun kapsamı düzenlenmiş olup, zamanaşımı ve hak düşürücü süre meselelerine uygulanacak hukuk da Tüzük md.12 gereğince sözleşmeye uygulanan hukuka göre belirlenecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilgili problemlerin, esasa uygulanacak hukuka uygun olarak tespit edileceğini, kamu düzeni müdahalesinin doğrudan uygulama alanı bulmayacağını, ancak herhangi bir zamanaşımı

¹⁶⁰ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.275., Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.141.

¹⁶¹ “Derhal fesih hakkını kullanma süresi” başlıklı İşK md.26: “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkra öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.”

¹⁶² Yargıtay 22.HD., 04.11.2014T., 2013/18874E., 2014/30267K.

süresinin öngörülmemesi veyahut sürelerin çok uzun düzenlenmiş olması halinde kamu düzeni müdahalesinin kabul edilebileceğini söyleyebiliriz.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 27.maddesinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak olan hukukun nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir. Bu madde mülga 2675 sayılı kanunda yer verilmeyen, yeni bir maddedir. Türk mahkemeleri önüne yabancı unsurlu bir uyuşmazlık geldiğinde, hâkim öncelikle uyuşmazlığa hangi hukuku uygulayacağını MÖHUK md.27 gereğince tespit etmelidir.

“İş Sözleşmeleri” başlıklı MÖHUK md.27 şu şekildedir:

“(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 iş yerinin 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.”

MÖHUK md.27'nin gerekçesinde milletlerarası özel hukuk alanında çıkan ihtilaflarda, iş sözleşmelerinin sosyal içeriğini dikkate almayan 2675 sayılı Kanunun 24. maddesinin uygulanmasının hep yetersiz kaldığı, bu nedenle de yeni bir düzenleme getirildiği belirtilmiştir. Gerekçenin devamı şu şekildedir:

“İş sözleşmelerinde, hem zayıf taraf olan işçinin korunması ihtiyacı hem de devletin ekonomik ve sosyal politikalarıyla ilgili olarak yaptığı ve bireysel iş sözleşmeleri dışında kalan diğer düzenlemeler göz önünde tutulmuştur. İş hukukunun, kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi, “işyerinin bulunduğu” ülke hukukunun bu ilişkide objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Bu gerekçelerle maddede, bireysel iş sözleşmelerinde, en sıkı ilişkili hukuk olarak mutad iş yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Borç sözleşmeleri alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, bireysel iş sözleşmeleri konusunda da hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır. Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü taraflarca hukuk seçimi yapılsa bile, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Tasarının 26 ıncı maddesinde, mutad iş yeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inmesi engellenmektedir. Objektif bağlama kriteri olarak kabul edilen mutad işyerinin geçici olarak değişmesinin, bağlama kuralının

değişmesi sonucunu doğurmayacağı da maddenin ikinci fıkrasında öngörülerek bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütler önlenmiştir. Buna karşılık, üçüncü fıkra işi mutaden farklı ülkelerde ifa ediyorsa, her iki tarafı da belirsizlikler ve zorluklardan korumak üzere işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülke anlamında esas işyeri hukukunun uygulanması kuralı kabul edilmiştir. Tasarının 26 ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında iş sözleşmelerinde de objektif bağlama kuralının uygulandığı hallerde, somut olayda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde uygulanması imkânı, zorunlu olmamak şartı ile kabul edilmiştir.”¹⁶³

Tezin bu bölümünde MÖHUK md.27’nin tüm unsurları incelenecektir. Madde metninde birbirine alternatifli şekilde getirilen objektif bağlama kuralları bulunmamaktadır. Daha sıkı ilişkili hukuk dışında biri olmadığı takdirde, sırayla diğer bağlama kurallarına başvurulacaktır. İş sözleşmesinin unsurlarına çalışmanın ilk bölümünde değindiğimiz için, tekrara girmemek adına burada sadece ilgili bölüme atıf ile yetinmeyi tercih ediyoruz.

¹⁶³MÖHUK md.27 gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (27.04.2020)

A. Tarafların seçtikleri hukuk-hukuk seçimi / Söbjektif bağlama kuralı

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi, ilk olarak Molinaeus (1500-1566) tarafından ileri sürölmüş, akabinde Savigny tarafından savunulmuştur.¹⁶⁴ Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK md. 27/1’de iş sözleşmeleri ile ilgili ilk getirilen söbjektif bağlama kuralı hukuk seçimidir. Buna göre “iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.”¹⁶⁵ Bu düzenleme ile sınırlı da olsa irade özerkliği ilkesi^{166 167} benimsenmiş ve taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Akdi borç ilişkilerinde tarafların yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını

¹⁶⁴ Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.350., Richard J.Bauerfeld, “Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination”, **Columbia Law Review**, Vol.82, No:8 (Dec.,1982), s.1662. (Çevrimiçi) https://www.jstor.org/stable/1122297?read-now=1&seq=3#metadata_info_tab_contents (17.11.2020)

¹⁶⁵ MÖHUK md.27/1’de yer alan bu düzenleme, Roma I Tüzüğü md.8/1 ile paraleldir. Taraflardan birinin zayıf olarak nitelendirildiği sözleşmelerde irade özerkliğinin üç farklı kapsamda sınırlandırıldığı görölmektedir. “...İrade muhtariyetinin tamamen yasaklanması, başka bir deyişle akdi ilişkisinin tabi olacağı hukukun objektif bağlama kurallarınca belirlenmesi. Bu yöntem İsviçre milletlerarası özel hukuku alanında tüketici akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG. m.120) —Belirli hukuk düzenleri ile sınırlı bir hukuk seçiminin tanınması. Bu çözüm şekline göre akit taraflar, kanun koyucunun akdi ilişki ile bağlantılı olduğunu önceden objektif olarak tespit ettiği bir kısım hukuk düzenlerini akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçilebilecektir. Bu yöntem İsviçre hukukunda iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG.m.121).—Zayıf tarafın lehine olmak şartı ile hukuk seçiminin kabul edilmesi. Bu çözüm şekli de Alman hukukunda (EGBG. m.30), ve akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma I Tüzüğünde iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (Tüzük I.m.8.)” Bkz. Vahit Doğan, “5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, Sa.1-2, Yıl:2007, s.147.

¹⁶⁶ “Milletlerarası Özel Hukukta akit tarafların aralarında yaptıkları akdi belirli bir hukuka tabi tutabilme yetkilerine ‘irade serbestisi’ ilkesi denir.” B. Bahadır Erdem, “Incoterm’ in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, **MHB**, Yıl 10, Sayı 1-2, 1990, s.66., Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.273., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.319., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.359.

¹⁶⁷ Doktrinde milletlerarası özel hukukta getirilmiş olan hukuk seçimi imkanının, iç hukuktaki irade özerkliği prensibinin bir görünümü olduğu yönündeki kabul eleştirilmiştir. Bu görüşe göre: “Bir hukuk düzeninin tarafların bir sözleşmeyi diledikleri şartlarda yapmalarına izin vermesi ile bu sözleşmede uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılabilmesi birbirinden farklı kurumlardır... Sözleşme serbestisi, tarafların bu serbestiyi tanıyan hukuk sistemi içinde sözleşmesel ilişkilerinde diledikleri düzeni kurabilme özgürlükleridir, bu açıdan sözleşme serbestisi bir iç hukuk ilkesidir...Oysa tarafların kurdukları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmesi, sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzenine tarafların karar vermesi anlamını taşımaktadır. Bir başka deyişle, hukuk seçimindeki taraf iradesi, sözleşmeye uygulanacak hükümleri değil, sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzenini belirler.” Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’ un 24.maddesi çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.24-25-26.

bilmeleri ve bu şekilde istikrarı ve güveni sağlamaları, yine tarafların bildikleri ve güvendikleri bir hukuku seçmelerinde menfaatlerinin olması irade özerkliği prensibinin benimsenmesinin sebepleri olarak gösterilebilir.¹⁶⁸

Milletlerarası hukukta irade özerkliği prensibi olarak nitelendirilen kavram, borçlar hukukunda kabul edilen sözleşme serbestisinin bir tezahürü olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁹ Ancak milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi yapıldığında, seçilen hukuk emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte bir bütün olarak hukuki ilişkiye uygulanırken, iç hukuktaki sözleşme serbestisi çerçevesinde getirilen hükümler, iç hukuktaki emredici hükümlere aykırı olamayacağı gibi, sözleşmede belirlenmeyen durumlarda da iç hukuktaki tamamlayıcı hukuk kuralları devreye girecektir.¹⁷⁰

Bu açıklamalar ışığında yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından da sınırlı da olsa hukuk seçimi yapılabileceği söylenebilecektir. Kural olarak iş sözleşmelerinde tarafların iradesi ön planda olup, kanundaki emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla ve yine sözleşmenin belirli, belirsiz, kısmi süreli vb. olup olmadığı fark etmeksizin tarafların serbestçe hükümlerini düzenleyebilecekleri kabul edilmektedir.

¹⁶⁸ Tarman, **Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları**, s.379.

¹⁶⁹ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.349.

¹⁷⁰ Erdem, **Incoterm' in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği**, s.66

1. Hukuk seçimi yöntemleri

Hukuk seçimi türleri ile ilgili olarak MÖHUK md.27’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk seçimi türleri ile ilgili olarak genel kural getiren MÖHUK md.24/1 ve md.24/2 geçerli olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki; MÖHUK md.24 kapsamında düzenlenen hukuk seçimi türleri, seçimin geçerliliği için bir şekil şartı olmayıp, seçimin geçerliliği için aranan taraf iradelerinin dış dünyaya nasıl yansması gerektiğini gösteren düzenlemelerdir.¹⁷¹

a. Açık irade beyanı ile hukuk seçimi

MÖHUK md.24/1’e göre; “sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir”. Hukuk seçiminin açık olması, tarafların iradelerinin rahatlıkla ve herhangi bir yoruma gerek kalmaksızın anlaşılabilmesini, tespit edilebilmesini ifade etmektedir.¹⁷² Oğuzman/Barlas da açık irade beyanını, “hukuki sonuç hakkındaki arzuyu tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya koyan irade beyanı” olarak tanımlamıştır.¹⁷³ Bu çerçevede yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde tarafların açık irade beyanı¹⁷⁴ ile hukuk seçimi yapabilecekleri hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

¹⁷¹ İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, Cilt:33, Sayı:2, 1-41, s.5

¹⁷² Vahit Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s.18.

¹⁷³ Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.188.

¹⁷⁴ İrade beyanının üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar işlem iradesi, fiil iradesi ve açıklama iradesidir. “İşlem iradesi (Geschäftswille): Beyan sahibinin, belirli bir hukuki sonuca yönelik arzunu ifade eder. Buna ‘sonuç iradesi’ (Erfolgswille) de denir. Fiil iradesi (Handlungswille): Beyan sahibinin, iradesini ortaya koya hareketi yapma isteğini ifade eder. Açıklama iradesi (Erklärungswille): Beyan sahibinin, yaptığı hareketle arzusunu dışa yansıtmaya, özellikle muhataba bildirme iradesini ifade eder. Buna ‘açıklama bilinci’ (Erklärungsbewusstsein) da denilmektedir. Ancak bu unsurları içeren bir fiil (söz, yazı, davranış) gerçek anlamı ile bir irade beyanıdır. Fakat dürüstlük kuralına dayanan ve bugün İsviçre ve Türk hukuklarında tamamen hâkim olan ‘güven teorisi’ veya ‘güven prensibi’ (Vertrauenslehre, Principe de la confiance) adı verilen görüş, irade beyanı için yukarıda belirtilen unsurlar bulunmasa dahi bir şahsın davranışlarının belirli prensipler çerçevesinde yorumlanması sonucunda sanki ortada irade beyanı varmış gibi sonuç doğurmasını kabul etmektedir.” Bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.185., Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.132.

Açık irade beyanı, iş sözleşmesinin içerisinde bir madde ile düzenlenmiş olabileceği gibi, iş sözleşmesi dışında başka bir sözleşme ile de yapılabilecek ve hatta uyuşmazlık çıktıktan sonra da taraflarca mahkeme önünde dahi beyan edilebilecek ve dahi seçilen hukuk sonradan tarafların anlaşması ile değiştirilebilecektir.¹⁷⁵ Sözleşmenin geçerli bir şekilde yapılması akabinde hukuk seçimi, üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmemek kaydıyla, geriye dönük olarak etki gösterecektir.¹⁷⁶ Bu ihtimallerin hangisi olursa olsun, açık irade beyanı ile yapılan hukuk seçimi, asıl sözleşmeden ayrı olarak kabul edilen bir sözleşmedir.¹⁷⁷ Açık hukuk seçimi çoğunlukla sözleşmenin içerisinde yer alan bir madde ile veya sözleşmeden ayrı bir düzenleme ile ya da atıf yolu ile kabul edilen genel şartlar arasında yer alan düzenleme ile yapılır.

b. Zımni (örtülü) irade beyanı ile hukuk seçimi

TBK md.2/1’de irade açıklamasının, açık veya örtülü olabileceği düzenlenmiştir. Oğuzman/Barlas zımni irade beyanını “*hukuki sonuç hakkındaki arzusunun, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak dolaylı biçimde anlaşılması*” olarak tanımlamıştır. Zımni irade beyanı ile irade karinesi ise birbirinden farklı kavramlardır. Zımni irade beyanında, irade sahibinin sonuca yönelik arzusu oluşmuş ancak farklı sebeplerle bu arzusunu açıklayamamıştır. İrade karinesinde (iradeyi ortaya koyan davranış) ise irade beyanı sahibinin hukuki sonuca yönelik açıklamak istediği bir arzusu yoktur, ancak hukuk düzeni içerisinde irade sahibinin fiiline sonuç bağlanmıştır.¹⁷⁸

Milletlerarası hukuk alanında zımni irade, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa uygulanmasını bilinçli bir şekilde istedikleri hukuk düzenini, açık kelimelerle ifade etmemiş veya edememiş oldukları halde gündeme gelmektedir.¹⁷⁹ Başka bir

¹⁷⁵ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.351.

¹⁷⁶ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.278.

¹⁷⁷ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.361., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.281.

¹⁷⁸ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.185., Eren, **a.g.e.**, s.140.

¹⁷⁹ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.19.

deyişle tarafların hukuk seçimi yapmış olup olmadıkları tespit edilirken, zımni hukuk seçiminde artık yorum da devreye girmektedir.

MÖHUK md.24/1’de “*sözleşme hükümlerinden veya halinde şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin de geçerli olduğu*” düzenlenmiştir. Bu düzenleme önceki kanun döneminde olmayıp, MÖHUK ile birlikte gelen yeniliklerden biridir. Madde metninde yer alan “*sözleşme hükümlerinden veya halinde şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi*” ifadesinin zımni (örtülü) hukuk seçimi anlamına gelip gelmediği tartışmaya açıktır.¹⁸⁰ Ancak madde gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun madde metnine eklenen ikinci cümle ile örtülü hukuk seçimini kastettiği görülebilmektedir.¹⁸¹ Bu nedenle MÖHUK md.24/1’in ikinci cümlesinin zımni hukuk seçimini düzenlediği kabulü ile açıklamalarımızı yapacağız.

İsviçre ve Alman hukuklarında tarafların zımni irade ile hukuk seçimi yaptıklarının kabul edilebilmesi için belli kriterler getirilmiştir. Taraflar arasında yetkili mahkemenin tespit edilmiş olması, sözleşmenin dili, belirli bir ülkenin genel işlem şartlarının kabulü, tarafların şahsi statüleri, ödemenin yapılacağı para biriminin ait olduğu ülke, uyuşmazlığa konu sözleşmenin hukuk seçimi yapılmış başka bir sözleşme ile bağlantılı olup olmadığı¹⁸², belirli bir ülkede tahkimi öngören kaydın varlığı, dilekçe teatisi aşamalarının belirli bir ülke hukukuna dayanarak yürütülmesi¹⁸³, taraflar arasındaki sözleşmede belirli bir ülkenin kanun maddelerine atıf yapılmış olması¹⁸⁴ bu kriterlerden sayılmıştır. Ancak bu kriterler, Türk hukukunda aynen uygulanmamaktadır. Örneğin bir sözleşmede yetkili mahkemenin belirlenmiş olmasının, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun zımni olarak seçilmiş olmayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Öte yandan yargılama sırasında tarafların belirli bir ülke hukukuna göre savunmalarını

¹⁸⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.276.

¹⁸¹ MÖHUK md.24 gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (04.05.2020)

¹⁸² Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.362.

¹⁸³ Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s.11.

¹⁸⁴ Guliano/Lagarde.

yapmalarının^{185 186}, sözleşmede özellikle belirli bir ülke hukukuna özgü dil¹⁸⁷ ve terminolojinin kullanılmasının¹⁸⁸, uyuşmazlık konusu sözleşme ile bağlantılı diğer sözleşmelerde açıkça hukuk seçimi yapılmış olması¹⁸⁹ zımni irade beyanı ile hukuk seçimi yapılmış olduğunu gösterdiği kabul edilmektedir.

MÖHUK md.2/1’de “*hâkimin, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku¹⁹⁰ re’sen uygulayacağı*” açıkça belirtilmiştir. Başka bir deyişle, Türk hâkimi önündeki uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını, tarafların talebi olmadan, re’sen tespit etmekle yükümlüdür. Öte yandan yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığa ilişkin bağlama noktalarına ilişkin ispat yükümlülüğü ise taraflara aittir.¹⁹¹ HMK md.25’te bu durum açıkça düzenlenmiş ve “*kanunda görülen istisnalar dışında hâkimin, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi*” bulanamayacağı belirtilmiştir. O halde taraflar zımni hukuk seçimi olduğunu iddia ve ispatla

¹⁸⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.276-277., Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, Cilt:9, Sayı:2, Ocak1989, 103-120, s.110.

¹⁸⁶ Yargıtay 11.HD. 07.10.2020T., 2019/83E., 2020/3914K. Sayılı kararında yerel mahkemenin “...davacının davasını açarken hukuki sebep olarak Türk kanun maddelerine dayandığı, davalının ise davaya karşı cevap verdiği cevap dilekçesinde 818 sayılı TBK’nın olaya uygulanmasını talep ve kabul ettiği göz önüne alındığında davanın her iki tarafının TBK’nın dolayısıyla Türk hukukunun uygulanmasında mutabık oldukları...” yönündeki kararını bozarak, “...dava konusu olayda, davacı şirketin Almanya’da kurulmuş olduğu, davalının da yurtdışında ikamet ettiği, sözleşmenin Köln/Almanya’da akdedildiği, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku’nun uygulanamayacağının 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku’nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

¹⁸⁷ Bu noktada örtülü hukuk seçimi ile incorporation birbirine karıştırılmamalıdır. “*Incorporation, herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilme metodudur. Böylece taraflar, yollamada bulundukları metnin (incorporation by reference) kendilerinin düzenledikleri metin gibi dikkate alınacağı ve uygulanacağını beyan etmiş olmaktadır. Metnin tamamının sözleşmenin eki veya parçası haline getirilmesine ‘actual incorporation’ adı verilmektedir.*” Nuray Ekşi, “Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation””, **MHB**, Cilt:1-2, 1999, s.263.

¹⁸⁸ Guliano/Lagarde raporunda bu duruma örnek olarak İngiliz hukukunda deniz sigorta hukukunda kullanılan standart sözleşmeler gösterilmiştir.)

¹⁸⁹ Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s.12.

¹⁹⁰ Yabancı hukuk kavramı, yabancı bir devletin hukuku anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VIII/2-IX/1, Özel Sayı: Prof.Dr. Erhan Adal’ a Armağan, 2011, s.557.

¹⁹¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.65.

yükümlü olup, hâkimin re'sen zımni hukuk seçimi olup olmadığını araştırması mümkün olmayacaktır.

MÖHUK md.24/1 kapsamında zımni hukuk seçimi bakımından üç unsur olduğunu söyleyebiliriz.¹⁹² Buna göre zımni hukuk seçiminin birinci unsuru “sözleşme hükümlerinden” veya “halin şartlarından” anlaşılma olup, ikinci unsur da anlaşılmanın tereddüde yer vermeyecek şekilde olmasıdır. Madde metninin lafzında olmasa da üçüncü unsur olarak tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerini gösterebiliriz. Zira bu yöndeki irade eksikliği, diğer iki unsurun temel şartı olup, bu unsurun eksikliği halinde başkaca bir şeye bakılmaksızın zımni hukuk seçiminin olmadığı sonucuna varılacaktır.

Zımni hukuk seçiminin ilk unsuru olarak “sözleşme hükümlerinden” veya “halin şartlarından” anlaşılmayı göstermiştik. Madde metninde kullanılan “veya” ifadesinin aslında “ve” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁹³ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Madde gerekçesine baktığımızda da zımni hukuk seçimi düzenlemesine ilişkin olarak “*Tasarıda maddenin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümle ile ‘örtülü hukuk seçimi’ de kabul edilmiştir. Örtülü hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek bir iradeleri mevcuttur. Ancak bu irade açık olmayıp, olayın özelliklerinden veya hal ve şartlardan ‘tereddüde yer vermeyecek şekilde’ anlaşılmaktadır.*”¹⁹⁴ ifadeleri kullanılmıştır. Kanun koyucu abesle iştigal etmeyeceğinden, madde metninde kullanılan ‘veya’ kelimesini yadsıyıp, bu ifadenin “ve” olarak anlaşılması gerektiği yönünde yorum yapılamayacağı kanaatindeyiz. Sözleşme hükümleri veya halin şartlarının ne olduğu çok çeşitlilik gösterebilecek kavramlar olup, davadan davaya her seferinde teker teker incelenmesi gereken hususlardır. Giuliano/Lagarde raporunda tahkim yeri veya Mahkemenin yetkisi için belirli bir ülkenin seçilmiş olması, sözleşme

¹⁹² Doktrinde zımni hukuk seçiminin aslında “*tarafların hukuk seçimine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri*” ve “*tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılması*” olmak üzere iki unsurdan oluştuğu, sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından anlaşılma hususlarının taraf iradelerinin anlaşılması unsuru altında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur. Bkz. Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s.18-19.

¹⁹³ Demirkol, **a.g.e.**, s.21.

¹⁹⁴ MÖHUK m24 gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (04.05.2020)

hükümlerinden anlaşılma örnek olarak gösterilmiştir.¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ Yine tarafların sözleşmelerinde belirli bir devletin kanun maddelerine atıf yapmaları, hep aynı hukuktaki örf ve adetlerin esas alınması¹⁹⁸, belirli bir hukuk sistemindeki standart sözleşmelerin kullanılmış olması gibi durumlar sözleşme hükümlerinden anlaşılabilen hukuk seçimi olarak nitelendirilmiştir. Tarafların daha önceden aralarında yapmış oldukları başka sözleşmelerde hukuk seçimi yapmış olmaları da halin şartlarından anlaşılabilen hukuk seçimi olarak örneklendirilmiştir.¹⁹⁹ Ancak bu tür kabuller, ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Örneğin Türk doktrininde tahkim yeri veya yetkili mahkeme için seçilen ülke hukukunun, zımni hukuk seçimine işaret ettiği kabul edilmemektedir.²⁰⁰ Bu örnekler sınırlandırılmayacağı gibi, her olayda ve her ülke hukukunda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Tarafların sözleşme sonrası davranışlarının zımni hukuk seçimi iradelerinin varlığını göstermesi halinde, bu durumun halin şartlarından sayılacağı görüşündeyiz. Örneğin tarafların belli bir hukukun hükümlerine göre davranması, dilekçelerini sunması buna örnek olarak gösterilebilecektir.

Zımni hukuk seçiminin ikinci unsuru “*tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma*” dır. Bu ifade ile zımni hukuk seçimi ve farazi hukuk seçimi arasındaki ayrım belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre “*taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunu düşünseydi seçecekleri hukuk*” veya “*tarafların uygulanmasını bekledikleri hukuk*” gibi ifadelerin gündeme girdiği hallerde, artık zımni hukuk seçiminden bahsedilemeyecek²⁰¹ ve bu ifadeler farazi hukuk seçimi alanına girecektir. Yine taraflar sözleşme mutabakatı süresince hukuk seçimi hususunda görüşmeler yapmış ancak bir sonuca varamamışlarsa, bu aşamada da

¹⁹⁵ Guliano/Lagarde.

¹⁹⁶ Roma I Tüzüğü’ nün önsözünün 12.maddesinde; tarafların arasında akdedilmiş olan mahkemenin veyahut tahkim yerinin yetkisine ilişkin yetki anlaşmalarının, tarafların açıkça ispat edilebilen hukuk seçimi yapıp yapmadıklarına karar verilirken dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

¹⁹⁷ İngiltere’ deki hâkim görüş de İngiliz mahkemeleri lehine yapılan bir yetki anlaşmasının, İngiliz hukukunun seçildiğine dair zımni hukuk seçiminin varlığını gösterdiğini kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise son dönemdeki içtihatlarında milletlerarası yetki sözleşmelerinin tek başına zımni hukuk seçimi olduğunu ispat etmeye yeterli olmadığını belirtmiştir. Demirkol, **a.g.e.**, s.185.

¹⁹⁸ Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m.24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, Cilt:5, Sayı:1, 1985, s.29.

¹⁹⁹ Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s.20.

²⁰⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.** s.276-277.

²⁰¹ Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s.18.

artık zımni hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığı araştırılmayacaktır.²⁰² Zımni hukuk seçimi unsurlarından olan tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma, bir kesinlik şartı olarak da nitelendirilebilir. Yani hâkim, önündeki uyuşmazlıkta tarafların zımni hukuk seçimi varlığını iddia etmeleri halinde bu iddiayı değerlendirirken, sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından kesin bir şekilde zımni hukuk seçimi yapıldığından emin olmalıdır. Madde metninde bu kesinlik arayışına yer verilmesinin sebebi, zımni hukuk seçimi ile farazi hukuk seçimi arasındaki çizgiyi belirginleştirmek olarak açıklanabilir.²⁰³ Roma I Tüzüğü'nde de iş akitlerine uygulanacak hukuku düzenleyen md.8/1'in Tüzüğün 3.maddesine yaptığı atıf ile de zımni hukuk seçimi kabul edilmiş ve zımni hukuk seçiminin varlığı için sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından açıkça anlaşılma kıstasları getirilmiştir.²⁰⁴

Türk mahkemeleri önünde çözümlenecek olan yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, zımni hukuk seçiminin önünde bir engel kural olarak bulunmamaktadır. Zımni hukuk seçiminde aranan, şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılma kıstası, zayıf tarafı koruma ilkesi ile bağdaşmakta olup, işçinin kendisi açısından daha çok fayda getirecek bir zımni hukuk seçimi, geçerli kabul edilebilecektir.

²⁰² Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.362.

²⁰³ Zımni hukuk seçimi ile farazi hukuk seçimi arasındaki çizginin belirginleştirilmesi önem arz etmektedir. 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ile ilgili hazırlanan Yeşil Kitap' ta, Konvansiyon' da düzenlenen zımni hukuk seçimi düzenlemesinin, hukuk seçiminin zımni olsa bile bir kesinlik şartına bağlandığı yorumu yapılmıştır. Bkz. Commission of the European Communities, Brussels, 14.1.2003 COM (2002) 654 Final, **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation**, s.23. (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=EN> (07.05.2020)

²⁰⁴ Roma I Tüzüğü'nden önce yürürlükte olan (ve şu an sadece Danimarka için yürürlükte olan) Roma Konvansiyonunda bu madde 7 üye devletin dilinde 7 farklı şekilde tercüme edilmiştir. Bu durum Max Planck raporunda zımni hukuk seçimini, farazi hukuk seçimine doğru kaydırıldığı şeklinde eleştirilere maruz bırakmıştır. Roma I Tüzüğü'nde ise bu tercüme farklılıkları büyük ölçüde giderilmiştir. Şu anki MÖHUK mevzuatımız da Roma I Tüzüğü ile uyumludur. Bkz. Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law- **Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization**, s.39. (Çevrimiçi) https://www.jstor.org/stable/27878426?read-now=1&refreqid=excelsior%3Afb11f0f97fc4d3723667f20ce4c2892d&seq=1#page_scan_tab_contents (07.05.2020)

c. Farazi irade beyanı ile hukuk seçimi

Farazi irade beyanı hem ulusal hem uluslararası mevzuatta geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Farazi irade beyanında, tarafların hangi hukuku seçmiş olabilecekleri tahayyül edilmekte, adeta hâkim tarafların yerine geçerek bir hukuk seçimi yapmaktadır. Başka bir deyişle farazi hukuk seçiminde, artık tarafların iradesi değil, hâkimin iradesi öne çıkmaktadır.²⁰⁵ Oysaki MÖHUK'ta, Roma I Tüzüğü'nde ve sair ülkelerin mevzuatlarında hukuk seçimi ilkesi benimsenirken, tarafların gerçek iradesinin tespiti önem arz etmektedir. Gerçek iradenin tespitine o denli önem verilmektedir ki; zımni hukuk seçimini kabul eden mevzuatlarda, 'tereddüde yer vermeyecek', 'açıkça' gibi kesinlik şartı getiren ifadeler kullanılmıştır. Bu kesinlik şartı getiren kavramlar ile, hâkimin zımni hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını değerlendirme sürecinde, farazi hukuk seçimine hâkim olan 'taraflar aslında şu hukuku seçmişlerdir' şeklinde bir düşünce tarzı engellenmeye çalışılmıştır. Farazi hukuk seçiminde kullanılan yöntem zaman içerisinde sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun bağlama noktası olarak kabul edilmesine evrilmiş²⁰⁶ ve buradan da karakteristik edim kriterine ulaşılmıştır.²⁰⁷

²⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların farazi iradesinden bahsetmenin gerçeklere uymadığını; bunun taraf iradeleri yerine hâkimin sübjektif iradesinin esas alınması anlamına geldiğini belirtmiştir. Bkz. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.111.

²⁰⁶ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.363.

²⁰⁷ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.359.

2. Kısmi hukuk seçimi

MÖHUK md.24/2’de “ *tarafların, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceğinin kararlaştırılabileceği*” düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü md.3/1, son cümlede de tarafların kısmi hukuk seçimi yapabilmesine imkân tanınmıştır. Örneğin taraflar sözleşmenin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkları sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna, sözleşmenin sonuçlarını ise ifa yeri hukukuna veya işçinin hak ve yükümlülüklerini mutad iş yeri hukukuna, işverenin hak ve yükümlülüklerini işverenin esas iş yeri hukukuna tabi kılabilirler. Kısmi hukuk seçiminde tarafların hak ve yükümlülüklerinde karışıklık yaratacak bir belirleme yapılmaması önem arz etmektedir. Yine kısmi hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, sözleşmenin iktisadi ve hukuki bakımdan birbirinden ayrılabilen bölümlerinin bulunması ve bu bölümlerin ayrı ülke hukuklarına tabi tutulması gerekir. Bu hususlar dikkate alınmadan, karmaşaya sebebiyet veren kısmi hukuk seçimi, ihtilaf halinde dikkate alınmama sonucunu doğuracaktır.²⁰⁸

Kısmi hukuk seçimi de incorporation (akde dahil etme)²⁰⁹ müessesesinden farklıdır. Kısmi hukuk seçiminde, kısmi hukuk seçiminin yapıldığı sözleşmenin ilgili kısmına uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Ancak akde dahil etme yolu ile yabancı hukuk kuralları bir kanun hükmü olarak değil, sözleşmenin şartı olarak hukuki ilişkiye dahil olmaktadır.²¹⁰

Kısmi zımni hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre tereddüde yer vermeyecek şekilde zımni hukuk seçimi teoride kabul edilebilirse de gerçekte böyle bir durumun ihtimal dahilinde olmayacağı

²⁰⁸ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.367.

²⁰⁹ Şanlı, “Incorporation” kavramının Türkçe karşılığı olarak ‘akde dahil etme’ kavramını kullanmıştır. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.279. Benzer yönde bkz. Ekşi, **Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”**, s.263.

²¹⁰ Ekşi, **Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”**, s.269.

savunulmuştur.²¹¹ Diğer görüşe göre ise kısmi hukuk seçimi yorum yoluyla yapılamayacağından, sadece açık olarak yapılabilir.²¹²

Yabancı unsurlu iş akitleri bakımından kısmi hukuk seçiminin yapılabilceğı kabul edilmektedir.²¹³ Ancak bu noktada da iş sözleşmesinde birbirinden ayrılabilen bağımsız bölümler için kısmi hukuk seçimi yapıp yapılmadığına dikkat edilmelidir. Bir görüşe göre işçi buluşları, iş sözleşmesinin feshi, işçinin rekabet yasağı, ilave emeklilik sigortası gibi birbirinden ayrılamayan hususlar için kısmi hukuk seçimi mümkün gözükmemektedir.²¹⁴ Ancak diğer görüşe göre iş sözleşmesinin çalışma saatleri bakımından seçilen hukuka tabi olacağı, yıllık izin konusunda ise seçilen hukuka tabi olmayacağı kararlaştırılabilecektir.²¹⁵

²¹¹ Demirkol, **a.g.e.**, s.193. Yabancı unsurlu iş akitlerinde zımni hukuk seçimi yapılabilceğine dair bkz. Elçin, **a.g.e.**, s.106.

²¹² “...Türk hukuku, hukuk seçiminin “açık” olmasını aradığında, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmayan bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmi hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varmak mümkün değildir...” Bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.298. Ancak bu görüşün temelinde, mülga MÖHUK’ ta zımni hukuk seçimine ilişkin düzenleme olmaması yatmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK md 24/1’de zımni hukuk seçiminin açık bir şekilde düzenlendiği düşünüldüğünde, kısmi hukuk seçiminin de zımni bir şekilde yapılma imkânı olduğu sonucuna ulaşılabilceğı kanaatindeyim.

²¹³ Karşıt görüşe göre kısmi hukuk seçimi ile işçiyi koruyucu hükümlerin uygulanmasından kısmen kaçınabilceğı nedeniyle, iş sözleşmelerinde kısmi hukuk seçimi kabul edilmemelidir. Bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.57 (dipnot 190: Gamillscheg, Ein Gesetz, s.328) Ancak işçinin mutad iş yeri hukuku hükümleri asgari koruma olarak halihazırda saklı tutulduğundan biz bu görüşe katılmıyoruz.

²¹⁴ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.58.

²¹⁵ “...Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi’nin, 1988 tarihli *Wuting v. International Harvester Corporation* kararında, bir Amerikan şirketinin, Fransa’daki bağı ortaklığında çalışan, Amerikalı işçinin, işten çıkarılmasına ilişkin uyuşmazlıkta; iş sözleşmesinde, işten çıkarılma durumunda, gönderilen işçilerin, orijin ülkesi ya da işin yapıldığı yer hukuklarından birinin uygulanmasını isteyebileceklerine ilişkin kısmi hukuk seçimine dayanılarak, işçinin seçimi doğrultusunda, işin yapıldığı yer olan Fransız hukukunun uygulanmasına karar verilmiştir...” Elçin, **a.g.e.**, s.105.

3. Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği

Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerli olup olmadığı hususuna uygulanacak hukuk ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre hukuk seçimi, asıl sözleşmenin içerisinde bir şart olarak düzenlenmiş olsa da asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme ile belirlenmiş olsa da her halde asıl sözleşmeden ayrı sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu durumda hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı, seçilen hukuka göre belirlenecektir,²¹⁶ çünkü hukuk seçimi esnasında lex fori yani uyuşmazlığı çözecek mahkemenin neresi olacağı belli değildir. Karma görüşe göre hukuk seçimi sözleşmesi, asıl akit statüsünden ya da tarafların müşterek hukukundan hangisinde geçerli ise, favor negotii prensibi gereği, o kabul edilmelidir.²¹⁷ Roma I Tüzüğü md.3'te de hukuk seçiminin geçerliliği, esasa uygulanacak hukuka tabi tutulmuştur. Bir diğer görüşe göre hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmelidir. Bu durum 'hukuk seçimi sözleşmesinin proper law'u olarak adlandırılmakta ve hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukukun uygulanması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁸

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise hukuk seçimi imkânı Türk hukuku tarafından getirildiği için, hukuk seçiminin geçerliliği de lex fori'ye göre belirlenmelidir.²¹⁹ O halde Türk mahkemeleri önündeki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde taraflarca hukuk seçimi yapılmışsa, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı lex fori'ye yani Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukukunda da

²¹⁶ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.351.

²¹⁷ Hukuk seçiminin geçerliliği hususunda Doğan, karma görüşünü desteklemek üzere şu şekilde bir örnek vermiştir: “...Örneğin, Alman vatandaşı işverenin Türkiye’de bulunan iş yerinde çalışmakta olan Türk vatandaşı işçinin, aralarındaki sözleşmede iş akdine İsviçre hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olduklarını kabul edelim. Tarafların yapmış oldukları bu hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğine, seçilen hukuk olması sebebi ile İsviçre hukukunun uygulanması gerekecektir. Oysa İsviçre hukukuna göre taraflar aralarındaki bu iş akdine uygulanmak üzere İsviçre hukukunu yetkili kılamazlar (IPRG. m.121). Yani İsviçre hukukuna göre bu seçim sözleşmesi geçerli değildir. Oysa tarafların yapmış oldukları bu hukuk seçimi sözleşmesi hem Alman hukukuna ve hem de Türk hukukuna göre geçerli bir sözleşmedir. Burada bu hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği hususunda İsviçre hukukunun nazara alınması taraf menfaatlerine uygun olmasa gerekir...” Bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.29.

²¹⁸ Demirkol, **a.g.e.**, s.41.

²¹⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.282.

hukuk seçimi anlaşması bir sözleşme mahiyetinde olup, TBK’da sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliği ile ilgili hükümlere tabi olacaktır. Türk mahkemeleri önündeki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde de tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının Türk hukukuna göre belirlenmesi daha uygundur, çünkü MÖHUK md.27’de getirilen hukuk seçimi imkânı, zayıf tarafın korunması ilkesi gereği sınırlı bir hukuk seçimi imkânı olup, bu imkânı getiren mevzuata göre geçerli olup olmadığına karar verilmelidir.

4. Seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler

MÖHUK md.2/3,4²²⁰ gereğince seçilen hukuktan da seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, seçilen hukukun maddi hukuk kuralları anlaşılacaktır. Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, sözleşmeye hukuk seçimi yapıldığı anda yürürlükte olan maddi hukuk kurallarının mı yoksa dava tarihinde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının mı uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Taraflar, hukuk seçimi yaparken, seçim yaptıkları tarihte yürürlükte olan hukuk kurallarını bilerek ve isteyerek seçmişler, aralarındaki uyuşmazlığın da o hukuk kurallarının uygulanarak çözüleceği inancına sahiptirler. Oysaki zaman içerisinde her ülkede kanunlarda değişiklikler olmaktadır. Hukuk seçimi bu değişikliklerden etkilenecek midir? Bir görüşe göre tarafların seçtikleri hukuk, hukuk seçimi yapıldığı andaki içeriğiyle yürürlükte bulunan hukuktur. Bu görüşe göre seçimin yapıldığı tarihten sonra yapılan devrim niteliğindeki değişiklikler için aynı kural uygulanmayacaktır.²²¹ Ancak bu görüşün kabulü halinde, taraflar yürürlükten kaldırılmış ve geçerliliğini yitirmiş olan emredici kurallarla bağlı kalmaya devam edecek, yeni getirilmiş olan emredici kuralların sınırlamalarından kurtulmuş olacaklardır. Diğer görüşe göre

²²⁰ MÖHUK md.2: “(3) Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. (4) Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.” MÖHUK md2’nin 3.fikrası ve 4.fikrasının birlikte getirilmiş olmasının amacının, tarafların diledikleri zaman seçtikleri hukukun maddi kurallarını değil, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını da tercih edebilmesine imkân tanınması olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.278.

²²¹ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.351.

ise seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler geçmişe etkili değil ise, sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuk uygulama alanı bulmalı; değişiklikler geçmişe etkili ise taraflar değişikliklerden etkilenmelidir.²²² Bu görüşe katılmakla birlikte, esas alınması gereken anın tarafların arasındaki sözleşmenin kurulma anında yürürlükte olan hukuk değil de hukuk seçiminin yapıldığı anda yürürlükte bulunan hukuk olması gerektiği görüşündeyiz. Başka bir deyişle; taraflar diledikleri zaman hukuk seçimi yapabilmektedir, yani aralarındaki özel hukuk borç ilişkisine dair sözleşmeyi akdettikten sonra da hukuk seçimi yapabilmekte ve hatta yargılama sırasında dahi hukuk seçimi yapabilmektedirler. O halde seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler geçmişe etkili değilse, tarafların arasındaki uyuşmazlığa hukuk seçiminin yapıldığı tarihteki içeriğiyle yürürlükte olan hukuk uygulanmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin geçmişe etkili olup olmaması dikkate alınmadan, sözleşme ortaya çıktıktan sonra meydana gelen değişiklikler tarafları etkileyecektir.²²³

Taraflar hukuk seçimi yaparken, sonradan meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmek istemiyorlarsa, sözleşmelerinde sabitleştirme/istikrar klostlarına (stabilisation clauses) yer verebileceklerdir. İstikrar klostları ile seçilen hukuk, seçildiği tarih itibarıyla adeta dondurulmuş olacaktır.²²⁴ Bu durumda seçilen hukuk, sözleşmeye incorporate edilmiş yani sözleşmeye dahil edilmiş olacaktır.²²⁵ İstikrar klostlarının geçerliliği de *lex causae*'ya göre belirlenecektir. Tarafların bir diğer seçeneği de uygulanmasını istedikleri kanun hükümlerini, sözleşme maddesi olarak sözleşmeye eklemektir. Böylelikle kanun hükümlerinde meydana gelen değişikliklerden etkilenmeyeceklerdir.²²⁶

²²² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s.282.

²²³ Taraflar bir hukuk seçimi yaparak, o hukuk düzenini bir bütün olarak seçmiş olurlar. Bu hukuk seçiminden de diledikleri zaman vazgeçebilir veya bu seçimlerini değiştirebilirler. O halde seçilen hukuk düzenindeki değişikliklerden de etkilenirler. Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *MHB*, Cilt:30, Sayı:1-2, 2010, s.35

²²⁴ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s.282.

²²⁵ Ekşi, *Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"*, s. 271.

²²⁶ Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.317.

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından ana kural olan dava tarihindeki içeriğiyle yürürlükte olan hukukun uygulanmasına istisna getirilmesi ve sözleşme kurulduğu andaki içeriğiyle yürürlükte olan hukukun uygulanmasının hem zayıf tarafın korunması ilkesine hem de milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine daha uygun düştüğü savunulmuştur. Aksi halde örneğin yabancı unsurlu bir iş akdinde işverenin iş yeri hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmışsa, işveren sonradan iş yerini tek taraflı iradesi ile değiştirerek, kendi lehine olan hukukun uygulanmasını sağlayabilecektir.²²⁷

5. Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmelerinde hukuk seçiminin geçerliliği

Türk hukukunda yabancı unsurlu iş sözleşmeleri ile ilgili olarak en sık görülen uyuşmazlık, Türk firmaları tarafından yurtdışına proje bazlı çalışmaya gönderilen işçiler bakımından söz konusu olmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde yurt dışına çalışmaya giden Türk işçileri ile işveren arasında imzalanması ve İş Kur'a (bundan sonra Kurum olarak anılacaktır.) onaylatılması zorunlu olan iş sözleşmelerinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliğini incelemeye çalışacağız.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanunu'na²²⁸ dayanarak hazırlanan Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği²²⁹ (bundan sonra bu başlık altında Yönetmelik olarak anılacaktır.) ile yurtdışındaki işlere işçi ve işçilere iş bulunması, işverenlerle işçiler arasında yapılacak olan hizmet akitlerine aracılık edilmesi ve yurt dışına gidecek işçilerin işlemlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlenmiştir. Yönetmelik kapsamına yurt

²²⁷ Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi**, s.560.

²²⁸ R.G. Sayısı:25159, R.G.Tarihi: 05.07.2003.

²²⁹ Yönetmeliğin çıkarılma amacı olarak da sosyal güvenlik hukukunun kamusal yönünün ağır basması, emredici kuralların varlığı, Anayasa md.55'te emeğin karşılığı ücretin ve Anayasa md60' da sosyal güvenlik hakkının korunma altına alınmış olması göz önüne alınarak, yurtdışında çalışan Türk işçilere yönelik tedbirler alınmak istenmesi olarak gösterilmiştir. Bkz. Bektaş Kar (Yarg.9.HD. Üyesi), "Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları", **Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı**, Intes Yayınları, ISBN 978-605-60244-6-7, Yayın No:26/2017-1, s.42. (Çevrimiçi) <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/YURT-DIŞI-HİZMET-SÖZLEŞMELERİNDE-1.pdf> (14.05.2020)

dışındaki işleri için Türkiye’ den işçi götürmek isteyen Türk veya yabancı uyruklu tüm firmalar girmektedir. Yine Yönetmelik kapsamındaki işçi de bir hizmet akdine dayanarak işverenin yurtdışındaki işlerinde çalışacak gerçek kişidir. Yönetmeliğin 8.maddesinde yabancı bir ülkede Türk işçisi çalıştırmak isteyen firmalara, yurt dışına çalıştırmak için götürmek istedikleri işçiler ile örneği Kurumca hazırlanan hizmet sözleşmelerini akdetmeleri ve akabinde Kurum’a onaylatmaları şartı getirilmiştir.²³⁰ Aksi halde firmalara idari para cezası öngörülmüştür.²³¹

İş Kur’un standart yurtdışı iş sözleşmelerinde yer alan “*işçinin çalıştığı ülkenin mevzuatı uygulanır.*” şeklindeki düzenleme ile ilgili iki önemli sorunun cevaplanması gerekmektedir. Birinci sorun bu düzenlemenin bir hukuk seçimi olup olmadığıdır. İkinci sorun ise bu düzenleme bir hukuk seçimi ise, geçerli bir hukuk seçimi olup olmadığıdır.

İş Kur’un standart yurt dışı hizmet sözleşmelerinde “*işçinin çalıştığı ülkenin mevzuatı uygulanır.*” denilmektedir. Bu ifadeden işçinin mutad çalıştığı yer, geçici çalıştığı yer ayrımı yapılmadığı anlaşılmaktadır. O halde işçi geçici bir işte çalışıyor olsa da geçici olarak çalıştığı ülkenin hukuku iş sözleşmesine uygulanacaktır. Bu nedenle standart sözleşmede yer alan ifadenin, bir hukuk seçimi olduğu söylenebilecektir. Eklemek gerekir ki, İş Kur’un hazırladığı standart yurt dışı iş sözleşmesinde ‘çalışılan ülke’ ifadesi, MÖHUK md.27’de yer alan mutad iş yeri kavramı ile de uyumlu değildir. Bunun sebebi olarak, bu

²³⁰ Katar’da çalışacak Türk işçileri ile yabancı işveren arasında geçerli örnek iş sözleşmesinin 18.maddesinde anlaşmazlık durumlarında uygulanacak hukuk olarak Katar mevzuatı belirlenmiştir. Libya’ da çalışacak Türk işçileri ile yabancı işveren arasında geçerli örnek bireysel iş sözleşmesinin 17.maddesinde işçiye ikinci bir sözleşme imzalatılmayacağı düzenlenmiş, işçi ve işveren arasında doğacak ihtilaflarda da çalışılan ülkenin yani Libya’nın idari ve adli makamlarının yetkili olduğu düzenlenmiştir. Ülke belirlemesi yapılmadan hazırlanan örnek yurt dışı hizmet sözleşmesinin 16.maddesinde ise; sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatının uygulanacağı düzenlenmiştir. İsrail ile yapılan sözleşme örneğinde ise ihtilaf halinde Türk iş mevzuatının uygulanacağı düzenlenmiştir. Format/tip sözleşmeler için bkz. <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>

²³¹ Kurum tarafından hazırlanan bu tip sözleşmelerdeki hukuk seçimleri, Türkiye’ nin akdettiği işgücü anlaşmalarının bir kısmında da yer almaktadır. Türkiye şimdiye kadar Avustralya, Avusturya, Belçika, Almanya, Fransa, Hollanda, KKTC, Libya, Ürdün, İsveç, Katar, Kuveyt ve Azerbaycan ile işgücü anlaşması akdetmiştir.

standart sözleşmelerin MÖHUK öncesi dönemde hazırlanmış olması gösterilebilir. Bu nedenle standart sözleşmelerin MÖHUK ile uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı vardır.

Bu çerçevede bu hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilirse, uyuşmazlığa bakan Türk hâkimi, MÖHUK md.27/4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukuk olduğu gerekçesi ile hukuk seçimini bertaraf edemeyecektir. Çünkü geçerli bir hukuk seçimi halinde, MÖHUK md.27/4 uygulama alanı bulamayacaktır.

İş Kur'un hazırladığı standart sözleşmelerde yer alan “*işçinin çalıştığı ülkenin mevzuatı uygulanır.*” ifadesinin bir hukuk seçimi olduğu kabul edilirse, cevaplanması gereken ikinci sorun bu hukuk seçiminin geçerli olup olmadığıdır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde hukuk seçiminin tarafların gerçek iradesini yansıtması gerektiği, bunun yanında açık veya örtülü olarak yapılabileceğine değinmiştik. Bu çerçevede İş Kur tarafından hazırlanan ve onaylanması zorunlu olan format yurtdışı iş sözleşmelerinin tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı birinci sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki tarafların gerçek iradesini yansıtmadığının kabulü halinde, bu sözleşmelerde yer alan hukuk seçiminin de geçersiz olduğu sonucuna varılabilecektir.

Yargıtay Kurum tarafından hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmelerinde yer alan “*çalışılan ülkenin mevzuatının uygulanacağına*” ilişkin düzenlemeyi hukuk seçimi olarak kabul etmekle birlikte, bu hukuk seçimini “genel işlem şartı” olmasından bahisle geçersiz kabul etmektedir.²³² O halde öncelikle genel işlem şartının hukukumuzda neyi ifade ettiğini açıklamaya çalışacağız.

Günümüzde özel hukuk sözleşmelerinin pek çoğu güçlü konumda olan taraf tarafından hazırlanmakta ve sözleşme şartlarının önemli bir kısmını da tek tarafın iradesi ile oluşan genel işlem şartları oluşturmaktadır. Genel işlem şartları her ne kadar kanunun emredici hükümlerini bertaraf edemiyor olsa da bu tür sözleşme şartları kanunun tamamlayıcı hükümlerinin yerine geçmesi bakımından önemlidir. İşte tamamlayıcı hükümler yerine geçen bu genel işlem şartları,

²³² Kar, a.g.e., s.43.

tarafların karşılıklı müzakere ile gerçek iradelerinin bir ürünü değil, tek bir tarafın iradesi ile oluşmakta ve zayıf konumda olan taraf da bu şartları blok olarak kabul etmek zorunda kalmaktadır.²³³ Bu tür sözleşmeler de “kitlesel sözleşme”, “formüler sözleşme”, “katılmalı (iltihaki) sözleşme”, “standart sözleşme” olarak adlandırılmakta ve bu tür sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları TBK md.20 vd. maddelerinde²³⁴ düzenlenmektedir. Genel işlem şartları, iş hukukunda “*genel iş koşulları*” olarak ifade edilmektedir. Bu sebeple de genel iş koşulları bakımından da TBK’daki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Ancak İş Kanunu kapsamındaki tip iş sözleşmelerinin TBK md.20-25 kapsamına girmeyeceği, sadece Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve TBK kapsamındaki tip iş sözleşmelerinin TBK md.20-25 kapsamına olduğu belirtilmiştir.²³⁵ Genel iş koşullarına ihtiyaç duyulmasının temel sebebi, yürüyen ekonomik sistemde, işçinin işe başladığında yürüyen ve planlanmış bir çalışma düzeninin halihazırda var olmasıdır. Hukukumuzda da iş sözleşmelerinin tek tip iş sözleşmesi şeklinde yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu genel iş koşullarının ise TBK md.20 vd. maddeleri uyarınca içerik denetimine tabi tutulabileceği savunulmuştur.²³⁶ Bireysel sözleşme ise taraflardan birinin önceden hazırladığı genel işlem şartlarını diğer tarafa empoze etmesi söz konusu olmaksızın, serbest müzakere yoluyla kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.²³⁷

²³³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.227., Eren, **a.g.e.s.227.**

²³⁴ TBK md.20: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*”

²³⁵ Orhan Ersun Civan, **Genel İş Koşulları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s.13-47-49.

²³⁶ Şükran Ertürk, “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Özel Sayı, 2014, s.89.

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s.232.

İş Kur tarafından hazırlanan ve onaylanması zorunlu tutulan yurtdışı iş sözleşmeleri ise sözleşmenin taraflarınca hazırlanmamakta ve üçüncü bir kişi olan İş Kur tarafından hazırlanmaktadır. Yani üçüncü bir kişi olarak nitelendirebileceğimiz ve idari pozisyonda olan Kurum, kendi hazırladığı yurtdışı hizmet sözleşmesini hem işçiye hem de işverene dayatmaktadır. Hatta bu sözleşmelerde işçiye, Kurumun hazırladığı sözleşme dışında başka bir sözleşme imzalatılmayacağı da -sözleşme serbestisi ilkesinin istisnası olarak düzenlenerek- ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. O halde bu sözleşmelerde yer alan maddeler, genel işlem şartı niteliğinde midir? Yargıtay 9.HD'nin Kurum tarafından hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmesinde yer alan “*çalışılan ülkenin mevzuatı uygulanır*” yönündeki düzenlemesini, TBK md.21 vd. hükümleri uyarınca genel işlem koşulu olarak kabul ettiğini, bu çerçevede de içerik ve yürürlük denetimine tabi tuttuğunu belirtmiştik. Bu denetim ile de Kurum'un standart yurt dışı hizmet sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi geçersiz kabul edilmektedir.²³⁸ Ancak bu görüşün devlet tedbirleri gereğince düzenlenen Yönetmeliğin hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kaldığı görüşündeyiz. Biz Yargıtay'ın görüşünü yetersiz görmekteyiz. Şöyle ki: İş hukukuna ait düzenlemelerin emredici niteliği, idarenin giderek artan yetkisini de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede de idareye çalışma hayatını denetleme, bazı hallerde düzenleme yetkisi verilmiş, bu yetkileri de idari para yaptırımları ile güçlendirilmiştir.²³⁹ İş Kur; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olup; özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali bakımdan özerk bir kamu kuruluşudur.²⁴⁰ 4904 sayılı Kanunun 14.maddesine göre Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, kamu görevlisidir. Yine aynı Kanunun 17.maddesine göre “*yurtdışına işçi gönderilmesi halinde, işçilerin yurtdışı hizmet akitlerinin Kurum' a onaylatılması zorunlu olup*”; md.20/g ve h bentlerinde “*Kurumdan izin almadan kendi iş ve faaliyetlerinde çalıştıracakları işçileri yurt dışına götüren gerçek ve tüzel kişilere elli bin Türk lirası, Kuruma onaylatılmayan her bir yurt dışı hizmet*

²³⁸ Kar, **a.g.e.**, s.43.

²³⁹ Alt işverenlik Yönetmeliğinde idareye muvazaayı inceleme yetkisi dahi verilmiştir. R.G.: Sayısı:27010, R.G.Tarihi: 27.09.2008.

²⁴⁰ Türkiye İş Kurumu, 9.Genel Kurul Çalışma Raporu, s.34. (Çevrimiçi) https://media.iskur.gov.tr/13592/9-genel_kurul_raporu.pdf (16.05.2020)

akdi için işverenlere bin Türk lirası, Kurumdan izin almadan yurt dışına işçi götürmek için ilan veren gerçek veya tüzel kişilere beş bin Türk lirası idari para cezası” öngörülmüştür. Bu kanunun 3.maddesinin d bendi, 17., 19., 20. ve 21. maddelerine dayanılarak da Yurt Dışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği²⁴¹ hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 3.maddesinde hizmet akdi; “örneği Kurumca hazırlanan Türk veya yabancı uyruklu firma ile işçi arasında veya vekilleri arasında imzalanan bireysel hizmet akdi” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 4. ve 8. maddesinde de yabancı bir ülkede Türkiye’ den işçi götürerek çalıştırmak isteyen firmaların, hizmet akdini Kuruma onaylatmaları şartı getirilmiştir. Kurumca hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmelerinde de işçi ve işveren arasında başkaca bir sözleşme yapılamayacağı ayrıca düzenlenmiştir. O halde esasında yurt dışına işçi götürülmesini konu alan iş sözleşmelerinde, sözleşme serbestisi ilkesinden sözleşmenin her iki tarafı bakımından da vazgeçildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu durumda genel işlem şartı kavramını, sözleşmenin bir tarafının dayatması ve sözleşmenin taraflarından birinin son karar mercii olması ile tanzim edilen ve sözleşmenin her iki tarafına da bir kamu kurumu tarafından dayatılan sözleşme maddeleri için kullanmak yerinde olmayacaktır. Kurumca hazırlanan yurtdışı hizmet sözleşmeleri, TBK kapsamında düzenlenen genel işlem şartları ile açıklanamamaktadır. Burada sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir istisnasını teşkil eden sui generis bir durum mevcuttur. Kurum tarafından hazırlanan yurtdışı işlem sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimine ilişkin düzenleme, TBK’da düzenlenen genel işlem şartı kapsamına girmediği için de geçerli kabul edilmeli ve seçilen hukuk uyuşmazlığa uygulanmalıdır. Eklemek gerekir ki; geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde de MÖHUK md.27/4’te yer alan “daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması” düzenlemesi artık uygulama alanı bulamayacaktır.

²⁴¹ R.G. Sayı: 26789, R.G. Tarihi 16.02.2008.

6. Hukuk seçimi ile ilgili maddi sınırlamalar

Çalışmanın bu bölümüne kadar hukuk seçiminin biçimsel sınırlamalarına değindik. Bu başlık altında ise hukuk seçiminin maddi sınırlamalarına değineceğiz. Şöyle ki: bu maddi sınırlamalar, hukuk seçiminin uygulama alanını belirleyecek ve kapsam dışı kalan hukuk seçimleri MÖHUK md.24/1 anlamında hukuk seçimi olarak kabul edilmeyeceğinden, Türk kanunlar ihtilafı sisteminde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

a. Yabancılık unsuru

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminin pozitif dayanağı MÖHUK' tur.²⁴² MÖHUK md.1'de *“yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizinin”* bu Kanunla düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Bu madde incelendiğinde, bir hukuki ilişkinin MÖHUK kapsamında değerlendirebilmesi yani Türk kanunlar ihtilafı sisteminde yer alabilmesi, varlık gösterebilmesi için yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir.

MÖHUK md.2'de *“hâkimin, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı”* düzenlenmiştir. Ancak yabancı hukukun tespiti hususunda hâkim, bağlama noktalarını re'sen araştırabilecektir. Taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu davalarda ise, hâkim bağlama noktalarını re'sen araştıramayacaktır.²⁴³ Ancak taraflarca hazırlama ilkesinin yabancılık unsuru ile ilgili sınırlı bir etki alanında uygulanması, hâkimin yabancılık unsuru tespiti sürecinde aktif bir rol alması, iddia ve savunmanın genişletilmesi veyahut değiştirilmesi yasağının yabancılık unsuru bakımından uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün esası

²⁴² Türk hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK' un yanı sıra 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu' nda (md4/3, md12/C) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda da (md766 vd, md778, md818 vd, md1320, md1350) bulunmaktadır.

²⁴³ Can Yöney, **Yabancı Hukukun Uygulanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.88.

yabancılık unsurunu maddi vakıa²⁴⁴ olarak değil, hukuki vakıa²⁴⁵ olarak nitelendirmeye ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesine dayanmaktadır. Örneğin taraflarca hiçbir şekilde yabancılık unsuru ileri sürülmesi dahi, dava dilekçesinde davacının adı ve soyadından yabancı olduğu anlaşılıyorsa, hâkimin artık davada yabancılık unsurunu araştırması gerektiği belirtilmektedir. Ancak aynı örnekten devam edersek, hâkim yabancılık unsurunu araştırırken, davacı İtalyan vatandaşı olduğunu iddia ederse, artık vatandaşlığını ispat etmesi aranmalıdır.²⁴⁶

Bir sözleşmede yabancılık unsurundan bahsedebilmek için yabancı bir ülke ile bağlantının kurulabilmesi, sözleşmeyi oluşturan unsurlardan en azından birinin yabancı olması gerekmektedir.^{247 248} Bir sözleşmede yer alan unsurun ‘yerel’ veya ‘yerli’ olup olmadığı da lex fori’nin kurallarına göre belirlenecektir. O halde bir sözleşmede tüm hususlar for devleti ile bağlantılıysa ve başka bir devlet ile

²⁴⁴ Yabancı hukukun ‘hukuk’ olarak değil, ‘vakıa’ olarak kabulü halinde, “*davanın tarafları veya diğer yetkili kişilerce (tanık, bilirkişi) ispat*” edilmesi gerekmektedir. Bu görüş Anglo-Amerikan hukukunda hakimdir. Bu görüşün temelinde hâkimin önündeki davada, ülke içerisinde yürürlükte olmayan bir hukukun etkisinde olmayacağına dayanmaktadır. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.171.

²⁴⁵ Galler, İngiltere, Kaliforniya ve New York eyaletleri dışında Amerika Birleşik Devletleri ve İspanya’ da yabancı hukuk ‘vakıa’ olarak; Almanya, Amerika Birleşik Devletleri’ nin Kaliforniya ve New York eyaletleri, Avusturya, Fransa, Hollanda, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Polonya ve Rusya’ da ‘hukuk’ olarak kabul edilmektedir. Tuğçe Nimet Yaşar, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, **MHB**, Cilt:33, Sayı:2, 2013, s.81.

²⁴⁶ Yabancılık unsurunun tespit edilememesi nedeni ile HMK md46 gereğince hâkimin sorumluluğuna da gidilebilmesi mümkündür. Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’ e Armağan, C:16, Özel Sayı:2014, Basım Yılı:2015, s.1051-1052-1055. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan kararında (No.7511/01, 06.04.2004) yabancı hukukun içeriğine ulaşılması konusunda gerekli özeni göstermeyen Macar makamlarının makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.176. Yabancı hukukun uygulanması gerekirken Türk hukukunun uygulanması ayrıca HMK md.371/1, a bendi gereğince (“*hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması*”) bozma sebebi olarak da kabul edilecektir.

²⁴⁷ “...Yabancılık unsuru (*foreign element, auslandsberührung*) nedir? Yabancılık unsuru ile ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka, diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan bağlantısı ifade edilir. Daha açık bir ifade ile, yabancılık unsuru hukuki ilişkinin birden çok hukuk sistemi ile ilişki içinde olması demektir...” Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.10.

²⁴⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu’ nun 2.maddesinde yabancılık unsurunun varlığı için gereken şartlar tanımlanmışken, MÖHUK kapsamında bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

herhangi bir bağ kurulamıyorsa, o zaman artık karşımızda bir iç hukuk sözleşmesi bulunduğundan bahsetmemiz gerekmektedir.²⁴⁹

Bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı tespit edilirken, başka bir devlet ile olan bağın objektif değeri önem arz etmemekte, herhangi şekildeki bir irtibat yeterli görülmektedir.²⁵⁰ Sözleşme taraflarından birinin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad işyeri, mutad meskeni, işletme merkezinin bulunduğu yer, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, uyuşmazlığa konu teşkil eden şeyin başka bir ülkede bulunması, haksız fiilin (örneğin iş kazasının) yabancı bir ülkede meydana gelmesi gibi hususlar sözleşmeye yabancılık unsurunu verir. Bir iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinin veya işçiye ait kişisel verilerin yabancı ülkede bulunan bir veri bankasında depolanması günümüz teknolojisinde sıklıkla karşımıza çıkan bir durumdur. Yabancılık unsurunun en ufak bir bağ ile kurulabildiğini düşündüğümüzde, kişisel verilerin yabancı bir veri bankasında depolanmasının da o iş ilişkisine yabancılık unsuru katacağı kanaatimce söylenebilecektir. Lakin bir iş sözleşmesinde sadece bu yönden bir yabancılık unsuru bulunması halinde, ilgili iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk tespit edilirken, daha sıkı ilişkili hukuk baskın çıkacaktır.

Tamamen tek bir hukuk sistemi ile bağlantılı bir sözleşmede, tarafların uyuşmazlığa yabancı bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olmalarının, sözleşmeye yabancılık unsuru haiz sözleşme sıfatı kazandıracağı kabul edilmektedir.²⁵¹ Nitekim iş sözleşmelerinde de yabancı bir ülke ile bağlantılı olma koşulu aranmamaktadır. Tarafların menfaatlerini en iyi kendilerinin bilebileceği ve gerçek taraf iradelerinin başka bir ülke hukukunun uygulanması yönünde olması halinde başka bir bağlantıya gerek olmadığı savunulmaktadır.²⁵²

²⁴⁹ Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:73, Sayı:10-11-12, 1999, sf.927., Aygün, **a.g.e.**, s.1034.

²⁵⁰ Aygün, **a.g.e.**, s.1030.

²⁵¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.379, Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.296., Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), sf.928. Aksi görüş için bkz. Demirkol, **a.g.e.**, s.49., Aygün, **a.g.e.** s.1037.

²⁵² Tarafların sözleşmeyle bir bağı bulunmayan bir ülke hukukunu seçmeleri, sözleşme ile ilgili bir uyuşmazlıkta tarafsız bir hukukun uygulanması amacı ile de olabilir. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.281.

Bu görüşte göre taraf iradeleri, sübjektif bağlanma noktası olarak kabul edilmektedir.²⁵³ Yargıtay da Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı, yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmadığı görüşündedir.²⁵⁴ Roma I Tüzüğü md.3/3'te ise tarafların başka bir ülke hukuku ile ilgili olmayan bir sözleşmeye, yabancı bir hukukun uygulanmasını seçmeleri hususunda sınırlama getirilmiştir. Tüzük uyarınca *“hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının, hukuk seçimi ile hukuku yetkili kılınmış ülkeden başka bir ülkede bulunması halinde hukuk seçimi, bu ülkenin hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılmayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin) uygulanmasına hâlel”* getirmeyecektir.²⁵⁵ Doktrinde aksi görüşü savunan yani yabancılık unsurunun varlığının tespiti ile ilgili olarak sözleşme unsurlarının objektif bir şekilde değerlendirilmesini savunan yazarlar ‘yabancılık unsuru taşıyan sözleşme’ kavramı ile ‘uluslararası sözleşme’ kavramının birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre bir sözleşmenin ‘uluslararası sözleşme’ olarak nitelendirilmesi için sözleşmenin tek bir unsurunun başka bir ülke hukuku ile bağlantılı olması yeterli kabul edilmemekte, sözleşmenin birden çok ülke ile objektif bağlantısının bulunması gerekmektedir. Örneğin bir iş sözleşmesinde taraflardan birinin vatandaşlığı veya sözleşmenin ifa yeri gibi sadece tek bir yabancı unsur, o iş sözleşmesinin uluslararası olarak nitelendirilmesini sağlamayacaktır. Bu görüş uyarınca bir sözleşmenin uluslararası olarak nitelendirilebilmesi için sözleşme ile ilgili kişisel ve coğrafi unsurlardan hareket edilerek birden fazla hukuk sistemi ile temas olması ve/veya sözleşmenin

²⁵³ Çilingiroğlu, a.g.e., s.113.

²⁵⁴ “...HUMK’ nun 76 ncı maddesi Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme içermemekte, yabancı hukukun uygulanması gerektiğinde bu iddiada bulunan tarafa, o kanun hükmünü ispat yükümlülüğü getirmektedir. Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların hâkimin hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilke ile de uyumludur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır...” Bkz. Yargıtay 11.HD., 07.12.2006T. 2006/8585E., 2006/12877K.

²⁵⁵ Roma I Tüzüğü md3/3 tercümesi için bkz. Çelikel, Erdem, a.g.e., s.382.

ekonomik yapısının global olarak değerlendirilebiliyor olması aranan kriterler olarak sayılmıştır.²⁵⁶ Bu görüş çerçevesinde yabancılık unsuru esasında dar anlamlı ve geniş anlamlı olarak ikiye ayrılmakta ve dar anlamda yabancılık taşıyan sözleşmeler, uluslararası sözleşmelerdir. Geniş anlamda yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler ise, sübjektif açıdan da yabancılık unsuru taşımaktadır.²⁵⁷

Bütün unsurları bakımından sadece bir devletin hukuk sistemi ile bağlantılı bir sözleşmeden kaynaklanan ihtilaf ile ilgili olarak, yetki kuralları gereği yabancı bir ülkede dava açılmış ise, artık bu sözleşmenin de yabancılık unsuru taşıdığı savunulmuştur. Başka bir deyişle bu görüşe göre bir uyumsuzluğun salt yabancı ülke mahkemesinde görülmesi dahi, o sözleşmeyi yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline getirecektir.²⁵⁸

Tüm bu açıklamalar ışığında, bir iş sözleşmesinin yabancı unsurlu olup olmadığı belirlenirken, objektif ve sübjektif tüm unsurların değerlendirilmesi ve bunlardan herhangi birinde for ülkesi dışında başka bir ülkenin hukuk sistemi ile irtibat tespit edildiğinde yabancılık unsurunun da mevcut olduğunun kabul edilmesi görüşündeyiz.

²⁵⁶Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), s.935-936-937.

²⁵⁷Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’ na Göre Anlamı”, **MHB**, Yıl:12, Sayı:1-2, 1992, s.10.

²⁵⁸ Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), s.928.

b. Seçilebilecek hukuk bakımından

Hukuk seçimi ile ilgili olarak taraf iradelerine getirilen bir diğer maddi sınırlama da seçilebilecek hukuk bakımından getirilmiştir. Tarafların sözleşme ile bağı olsun olmasın diledikleri hukuku seçip seçemeyeceklerini ve milli karaktere sahip olmayan bir hukuk ile ilgili hukuk seçimi yapıp yapamayacaklarını bu başlık altında incelemeye çalışacağız.

(1) Tatbik edilecek hukuk seçiminde serbesti

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde tarafların seçtiği hukuk ile taraflar arasında akdedilen sözleşme arasında herhangi bir bağ bulunması aranmamaktadır. Başka bir deyişle taraflar, akit ile veyahut akdin tarafları ile hiçbir alakası bulunmayan bir ülke hukukunu da seçmiş olabilirler.^{259 260} Roma I Tüzüğü md.3' te de hukuk seçiminde herhangi bir sınırlama getirilmemiş olup, taraflar AB üyesi olduğuna bakmaksızın diledikleri ülke hukukunu seçebileceklerdir.

Her ne kadar iş sözleşmeleri bakımından tarafların hukuk seçiminde bir irtibatın olması gerektiği savunulabilirse de kanaatimizce iş sözleşmeleri bakımından da taraflar hukuk seçimi yaparken tamamen özgürdürler. Halihazırda MÖHUK md.27'de işçinin mutad iş yeri hukukun emredici kuralları zaten bertaraf edilememektedir. Dolayısıyla işçi, mutad iş yeri hukuku ile koruma altına alınmıştır. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde tarafların gerçek iradesi, sözleşme ile bir irtibatı bulunmayan bir hukukun sözleşmeye uygulanması ise, tarafların bu iradelerine saygı gösterilmelidir. Taraflar, kendi menfaatlerinin ne olduğuna en iyi karar verebilecek olanlardır. Zayıf tarafı koruma ilkesinden hareketle, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin mutlaka işveren lehine olacağı zannıyla bu tür sınırlayıcı kurallar getirilmeye çalışılmaktadır. Sanayi Devrimi'ndeki tamamen işveren lehine olan işçi işveren ilişkileri büyük ölçüde

²⁵⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.281.

²⁶⁰ Amerikan hukuku ise seçilen hukukun, hukuki ilişki ile bağlantılı olması aranmaktadır. “...*Restatement (Second) of Conflict of Laws* s187(2) *taraflarca seçilen ülke hukukunun, taraflarla veya muameleyle esaslı bağlantısının olması gerektiğini hükme bağlamıştır...*” Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’ de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **MHB**, Cilt: 22, Sayı:2, 2002, s.578.

değişmektedir. Öyle ki bazı işçi-işveren ilişkilerinde işçinin de işveren kadar sözleşme hükümlerinde söz hakkı sahibi olabildiğini görmekteyiz. Bir inşaat firmasında çalışan mavi yaka işçiler halen işveren karşısında ciddi anlamda zayıf taraf konumunda iken; bir yazılım firmasında program kodu yazan bir yazılımcı kimi zaman işverene karşı daha güçlü pozisyonda olabilmektedir. Örneğin alışveriş mağazalarında hiçbirimizin farkında olmadığı ancak her birimizin boyundan kilosuna, cinsiyetinden duygu durumuna kadar data toplayan ve bunları işleyerek analiz eden wi-fi kameraların kodlarını yazan bir kişi, bu ürettiği fikir sayesinde çalıştığı firmadan hisse alabilmekte ve hatta şirketin CEO pozisyonuna gelmeyi şart koşabilecek güce erişebilmektedir. Bu nedenledir ki; iş hukuku alanında zayıf tarafın korunması ilkesine yeni bir soluk getirilmesi, genel anlamda kısıtlayıcı kurallar yerine, her davanın koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi ile sonuca gidilmeye çalışılması adaletin sağlanması açısından daha yerinde olabilecektir.

(2) Milli karaktere sahip olmayan bir hukukun seçimi

Milli karaktere sahip olan hukuk veya ülkesel hukuk denildiğinde, herhangi bir devletin maddi hukuku ifade edilmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinde kimi zaman ülkesel hukuk yerine genel hukuk prensipleri veya uluslararası ticari örf ve âdet kurallarının (lex mercatoria)²⁶¹ hukuk olarak seçildiği görülebilmektedir. Ancak doktrinde tarafların sözleşmelerde hukuk seçimi yaparken, milli karakterli bir hukuk yerine genel hukuk prensiplerini, uluslararası ticari örf ve âdet kurallarını²⁶² veyahut İslam hukukunu seçemeyeceği kabul edilmektedir. Bu anlayışın temelinde ülkesel mahkemelerin ülkesel hukuku uygulamaları gerektiği düşüncesi hakimdir. Bu tür geçersiz hukuk seçimleri yapıldığı takdirde, tarafların “*incorporation by reference*” yani atıf yoluyla bu metinleri sözleşmeye dahil ettikleri kabul edilecek ve sözleşme hükmü haline gelen bu yabancı hukuk

²⁶¹ Lex mercatoria hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s.11-53.

²⁶² Bir ülke mahkemesi, ülke hukukunu dikkate almadan sadece uluslararası ticari örf ve âdet kurallarına göre karar veremezken; bir tahkim mahkemesi tarafların seçim yapmış olması halinde uluslararası ticari örf ve âdet kurallarına göre karar verebilecektir. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.39.

hükümleri, akde uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Bu şekilde tarafların emredici kurallardan kaçınmaları ve ülkesel olmayan kuralların getireceği belirsizliklerin ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.²⁶³ Roma I Tüzüğü çerçevesinde de tarafların Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın diledikleri devletin hukukunu seçebilecekleri, ancak bir devletin hukuku dışında bir hukukun seçilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.²⁶⁴

Bu açıklamalar ışığında yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde de tarafların bir devlete ait olmayan bir hukuku seçemeyecekleri açıktır.

7. Hukuk seçiminin mutad işyerinin emredici hükümleri çerçevesinde sınırlandırılması

MÖHUK md.27/1’de “iş sözleşmelerinin, işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğu” düzenlenmiştir. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde tarafların diledikleri ülke hukukunu seçebilmeleri mümkün olmakla birlikte, objektif akit statüsünün emredici kuralları ile hukuk seçimine bir sınırlandırma getirilmiş olmaktadır. MÖHUK md.27/1’i lafzi olarak incelediğimizde işçinin işini yaptığı mutad bir iş yeri yoksa, yani işçi işini devamlı olarak birden fazla ülkede yapıyor ise, bu takdirde hukuk seçimine getirilen asgari koruma sınırlamasından yararlanamayacağı savunulmuştur. Çünkü madde metninde işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunun emredici hükümlerinin işçiye sağladığı asgari koruma kapsam dışı kalmakta ve hatta işçinin hiçbir ülkenin korumasından yararlanamayacağı belirtilmiştir.²⁶⁵ Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Hukuki düzenlemeler yorumlanırken, maddenin ruhu da dikkate alınmalıdır. MÖHUK md.27’de belirlenen bağlama kurallarının hepsi zayıf tarafı koruma gayesi ile düzenlenmiştir. Bu çerçevede her ne kadar MÖHUK md.27/1’de mutad iş yeri hukukunun emredici kurallarının asgari korumasından

²⁶³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.279., Doğan, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, s.37., Ekşi, Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”, s.271-272. Çelikel, Erdem, a.g.e., s.397-398.

²⁶⁴ Tarman, Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları, s.379.

²⁶⁵ Elçin, a.g.e., s.92.

bahsedilmiş olsa da kanun koyucunun amacı burada objektif akit statüsünü uygulanabilir hale getirmektedir. O halde MÖHUK md.27/3 gereği mutad iş yerinin bulunmadığı durumlarda, işverenin esas iş yeri hukukunun emredici kurallarının asgari korumasını bir sınırlama olarak kabul etmek daha doğru olacaktır. Kanaatimce MÖHUK md.27/1' in yeniden düzenlenerek; asgari koruma kuralının MÖHUK md.27/3 ve md.27/4' ü de içine alacak şekilde genişletilmesi zayıf tarafı koruma ilkesine daha uygun düşecektir.

MÖHUK md.27'de hukuk seçimine getirilen sınırlandırmayı anlayabilmek için öncelikle emredici hukuk kurallarını, akabinde hangi hukukun işçi açısından daha lehe olduğunu tespit edebilmek için esas alınması gereken yararlılık prensibini inceleyeceğiz.

a. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri çerçevesinde emredici hükümler

MÖHUK md.27/1'de tarafların yabancı unsurlu bir iş akdinde hukuk seçebilmelerinin sınırı olarak, işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici kuralları belirlenmiştir. Bu çerçevede işçinin mutad iş yeri hukuku, her ilişkide farklı bir ülke olabilirse de biz kısaca Türk iş hukukundaki emredici kurallara değinmekte fayda görüyoruz.

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri kapsamında ele alacağımız emredici hükümler, işçi-işveren ilişkilerinin tarihsel süreci içerisinde zayıf tarafı koruma gayesinin gelişmesi ile ortaya çıkmıştır. Emredici hukuk kuralları; *“bir hukuksal ilişkinin taraflarınca aksinin kararlaştırılmasına hukuk düzenince izin verilmeyen kurallar”*²⁶⁶ olarak tanımlanmıştır.²⁶⁷ Bir hükmün emredici olup olmadığı ise ilgili hükmün lafzı, ruhu ve amacı birlikte değerlendirilmelidir. Emredici hükümler kamu düzenini, toplumun ahlaki esaslarını ve kişinin ‘kişiliğini’ koruma amacına yönelik olabileceği gibi; ekonomik, sosyal veya fiziki açıdan zayıf

²⁶⁶ Oğuzman/Barlas, a.g.e., s.84.

²⁶⁷ “Kendisine mutlak surette uyulması gereken kurala emredici hukuk kuralı denir.” Bkz. Eren, a.g.e.s.359.

durumda olanı koruma amacı da taşıyabilir.²⁶⁸ İş mevzuatımızda getirilen hükümlerin önemli bir kısmı da zayıf tarafı koruma gayesi ile emredici nitelikte düzenlenmiştir.

Emredici hükümler kendi içerisinde mutlak ve nispi olarak ikiye ayrılmaktadır. İş mevzuatımızdaki düzenlemelerin önemli bir kısmı işçiyi koruma gayesi ile nispi emredici nitelikte ve tek taraflı olarak düzenlendiği için işçi lehine olarak değiştirilebilmesi mümkündür.²⁶⁹ İş hukukundaki düzenlemelerin nispi emredici niteliği, “*işçinin bağımlılığının hukuki telafisi*” olarak nitelendirilmiştir.²⁷⁰ O halde iş mevzuatında getirilen bir hükmün amacı işçinin korunması ise, ilgili hüküm artık nispi emredici normlar sınıfında kabul edilmelidir, aksi halde mutlak emredici kabul edilecek hükümlerin işçi açısından daha lehe olacak şekilde değiştirilmesi de mümkün olmayacaktır.²⁷¹

Türk iş mevzuatına baktığımızda ücrete ilişkin düzenlemeler (asgari ücret, ücret kesme cezası, takas ve mahsup yasağı, ücretin azaltılamaması...vb.), zamanaşımı süresi²⁷², nispi emredici nitelikte hükümlere örnek olarak gösterilebilir. İş akdinin feshine ilişkin hükümler ise salt işçi yararına getirilmiş düzenlemeler olmayıp, işverenin de fesih hakkı korunmaktadır. Bu nedenle de işçiye özel eğitim verilmesi gibi önemli durumlarda, işçinin fesih hakkının sınırlandırılması kabul görmektedir. İhbar önellerine ilişkin hükme ilişkin olarak ise; işçinin uyması gereken ihbar süresine ilişkin düzenlemenin nispi emredici olduğu, işverenin uyması gereken ihbar önelinin ise mutlak emredici olduğu savunulmuştur.²⁷³ Doktrinde iş güvencesine ilişkin İş Kanunu md.21’in son fıkrası²⁷⁴ mutlak

²⁶⁸ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.86.

²⁶⁹ Eren, **a.g.e.** s.360.

²⁷⁰ Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.30.

²⁷¹ Fransız hukukunda bu tür hükümlere, ‘*sosyal kamu düzenine ilişkin hükümler*’ denilmektedir. Bkz. Erdem Özdemir, “**İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri**”, AÜHFD, Cilt:54, S:3, Yıl:2005, s.97., Yenisey, **a.g.e.**, s.34.

²⁷² Zamanaşımının işçi lehine arttırılması, durdurulması ya da askıya alınması bu çerçeve mümkün kabul edilmekle birlikte, yine de değiştirilen zamanaşımı süresinin TBK md.125’ teki 10 yıllık süreyi aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.111.

²⁷³ Erdem Özdemir, **a.e.**, s.115.

²⁷⁴ İş Kanunu md.21/son fıkra: “*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez.*”

emredici nitelendirilmekle birlikte²⁷⁵, İş Kanunu md.18 ve bu maddede düzenlenen iş güvencesine tabi olmak için altı aylık kıdeme tabi olma şartı da nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.²⁷⁶ Kıdem tazminatının hukuki niteliği ise ciddi tartışmalara neden olmuştur. Çelik'e göre kıdem tazminatı "*belirli bir kalıba sokulamayan kendine özgü bir kurum niteliğini*" haizdir.²⁷⁷ Yargıtay içtihatlarında kıdem tazminatında aranan bir yıllık kıdem koşulu nispi emredici nitelikte²⁷⁸, kıdem tazminatı tavanına²⁷⁹ ve kıdem tazminatı faizine²⁸⁰ ilişkin düzenlemenin ise mutlak emredici nitelikte olduğu kabul edilmiştir. İş Kanunu md.21/son fıkrasında yer alan "*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*" şeklindeki düzenleme de iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ile ilgili düzenlemelerin mutlak emredici nitelikte olduğunu göstermektedir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler ise nispi emredici niteliktedir. Fazla çalışmanın hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır.²⁸¹ Görülmektedir ki iş mevzuatında yer alan düzenlemelerin hukuki niteliği, her bir hükmün tek tek ele alınıp; lafzıyla, ruhuyla ve amacıyla değerlendirilmesi akabinde belirlenebilmektedir.

Emredici hükümler ile kamu düzenine ilişkin hükümler, farklı anlamları içermektedir.²⁸² Nitekim TBK md.27/1'de kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran haller sayılırken emredici hükümler ve kamu düzeni kavramları ayrı ayrı sayılmıştır. Her emredici düzene ilişkin kural, kamu düzenine ilişkin olmayıp, salt kişilik haklarını korumak için dahi emredici hükümler düzenlenmiş olabilir.²⁸³

²⁷⁵ Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.117.

²⁷⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.504-505.

²⁷⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.651.

²⁷⁸ Yargıtay 9.HD. 25.06.2009T. 2008/3611E., 2009/18066K., Yargıtay 9.HD., 10.03.2015T., 2014/3367E., 2015/9766K.

²⁷⁹ Yargıtay 7.HD., 13.02.2014T., 2013/16781E., 2014/3765K. Yargıtay' ın kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenlemeyi mutlak emredici olarak nitelendirmesi Özdemir tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.118.

²⁸⁰ Yargıtay 9.HD., 22.06.2010T. 2008/26925E., 2010/19975K., (Çevrimiçi) http://calismatoplum.org/sayi28/abc/14_29.pdf (22.05.2020)

²⁸¹ Yenisey, **a.g.e.**, s.109.

²⁸² Fransız hukukunda sözleşme özgürlüğünü sınırlayan tüm emredici hükümler, kamu düzeninden sayılmıştır. Bkz. Yenisey, **a.e.**, s.21.

²⁸³ Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:20, Sayı:1, 2014, s.134.

Çalışmamızın kamu düzeni başlığı altında detaylıca kamu düzeni kavramını açıklayacağımız için bu başlık altında çok detaya girilmeyecektir. Yasaklayıcı hükümler²⁸⁴²⁸⁵ ise geniş anlamda emredici hükümlerin içerisinde değerlendirilmekte olup, kişinin irade özerkliği²⁸⁶ en başından yasaklayan düzenlemeler için kullanılmaktadır. Ahlaka aykırılık hallerinin büyük kısmı da iş mevzuatımızda emredici hükümlerle düzenlenmiştir.

Türk iş mevzuatında iş akdinin emredici hükümlere aykırı olması halinde, iş akdi geçersiz (kesin hükümsüz) kabul edilmektedir. Kural olarak TBK çerçevesinde geçersizlik halleri geçmişe etkili olsa da iş sözleşmeleri bakımından geçersizliğin geçmişe etkili olmayacağı TBK md.394/3'te *“geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı”* düzenlenmiştir. Bu madde İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak yürürlükteki hukuk mevzuatının esaslı ilkelerine ters düşen, kamu düzenini ve ahlakı ağır bir şekilde ihlal eden fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık konulu iş sözleşmeleri başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz yani geçersiz olarak kabul edilecektir.

Yukarıda açıklanan çerçevesinde MÖHUK md.27/1'de yabancı unsurlu iş akitlerinde tarafların hukuk seçimi yapabilmelerinin, işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici kurallarının asgari koruma kuralları ile sınırlandırılması sürecinde, öncelikli olarak mutad iş yeri hukukunun emredici kurallarının ne olduğu tespit edilmek zorunda kalınacaktır. Akabinde yararlılık ilkesi çerçevesinde hangi hükmün işçi açısından daha lehe olduğu belirlenecektir. Belirtmek gerekir ki; iş akdinin emredici hükümlere aykırılığı hususunun hüküm

²⁸⁴ Yasaklayıcı hükümler iş akdinin geçersizliği sonucu doğurabileceği gibi idari yaptırım veya ceza yaptırımına da sebep olabilir. Bu çerçevede yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı ele alınmalıdır. Yasaklayıcı hüküm iş akdinin içeriğine ilişkin değilse, iş akdinin geçersiz olmasına gerek olmayacaktır. Yasaklayıcı hükmün amacı sözleşmenin geçersiz hale gelmesi ile sağlanabiliyorsa, o takdirde sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi gerekir. Bkz. Süzek, **a.g.e.**, s.133.

²⁸⁵ Yasaklayıcı hükümler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yenisey, **a.g.e.**, s.67 vd.

²⁸⁶ Emredici hükümler kişilerin irade özerkliğini sınırlandırmakla birlikte, esas olarak irade özerkliğini korumayı amaçlamaktadır. Bkz. Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.216.

bazında incelenmesi ve emredici hükümlere aykırı olmayan diğer hükümlerde seçilen hukukun kuralları uygulama alanı bulmalıdır.

b. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri çerçevesinde yararlılık ilkesi

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri, klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden silahların eşitsizliği nedeniyle ayrılmaktadır. Bu nedenle de yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmektedir. Bu başlık altında zayıf tarafı koruma gayesi²⁸⁷ ile hukuk seçimine getirilen sınırlamalardan yararlılık ilkesini²⁸⁸ açıklayacağız.

Maddi iş hukukunun doğması ve gelişmesinin temel nedenlerinden biri işçinin daha elverişli şartlarda çalışmasını sağlamak, bu çerçevede işçiyi korumaktır. Bu nedenle de iş sözleşmesindeki sözleşme serbestisinin sınırları emredici kurallar ile çizilmiştir. İş hukukunda emredici kurallar, mutlak ve nispi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Anayasa’da²⁸⁹ açıkça belirtilen işçiyi koruma amacının iş hukukundaki diğer bir görünümü ise işçi yararına yorum ilkesidir.²⁹⁰ Bu çerçevede maddi iş hukuku ile milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensipleri birbirinden farklı anlamlar içermektedir. Milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensibi, belirli menfaatlerin korunabilmesi için daha uygun hukukun bulunmasını ve bu çerçevede de gerektiği takdirde uygulanacak hukuku sınırlama

²⁸⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 1957/15E., 1958/5K. 27.05.1958T. “...Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır...”

²⁸⁸ Yararlılık ilkesi ile ilgili detaylı bilgi bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, s.61 vd.

²⁸⁹ Anayasa’ da İş Hukuku ile ilgili temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddeler şu şekilde sıralanabilir: “Eşitlik” (md.10), “Kişi Dokunulmazlığı” (md.17), “Özel Hayatın Gizliliği” (md.20), “Haberleşme Hürriyeti” (md.22), “Düşünce ve Kanaat Hürriyeti” (md.25), “Toplantı Hak ve Hürriyetleri” (md.33), “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” (md.48), “Çalışma Hakkı ve Ödevi” (md.49), “Dinlenme Hakkı” (md.50), “Sendika Hakkı” (md.51), “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” (md.53), “Grev Hakkı ve Lokavı” (md.54), “Sağlık Hakkı” (md.56), “Sosyal Güvenlik Hakları” (md.60 vd).

²⁹⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.26.

amacı taşımaktadır.²⁹¹ Yararlılık ilkesi kapsamında yapılan değerlendirme ile hukuk seçimi geçersiz hale gelmemekte, sadece sınırlandırılmaktadır.²⁹²

MÖHUK md.27/1’de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınırken, “*işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı*” tutulmuştur. Başka bir deyişle, taraflara diledikleri ülke hukukunu seçmekte serbesti getirilmiş, ancak seçilen hukukta işçiye getirilen korumanın, işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici kurallarının korumasından daha az olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak hukuk seçiminin ne zaman ve hangi şartlarda işçiye daha az koruma sağladığının tespiti açısından seçilen hukuk ile işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici hükümleri arasında yararlılık karşılaştırması yapılması gerekmektedir. Yararlılık prensibi kullanılarak hâkim, hukuk seçimi ile kararlaştırılan ülke hukukunun işçiye koruyucu nitelikteki hükümlerini, hukuk seçimi yapılmıyaydı uygulanacak objektif bağlama kuralları ile tespit edilecek ülke hukukunun işçiye koruyucu hükümlerinden daha az koruma sağlayıp sağlamadığını tespit etmelidir. Bu şekilde tarafların sübjektif iradesi sonucu ortaya çıkan hukuk seçimine, objektif bağlama kuralı ile tespit edilecek ülke hukukunun uyuşmazlığa müdahalesi söz konusu olacaktır. Yararlılık ilkesi çerçevesinde olaya uygulanmasına karar verilen hukukun kuralları, işçinin durumunu yalnızca iyileştirebilecek nitelikte olmak zorundadır.²⁹³

MÖHUK md.27/1 çerçevesinde tarafların seçtiği hukukun kuralları, yararlılık ilkesi çerçevesinde işçinin mutad iş yeri kuralları ile karşılaştırılacaktır. Başka bir deyişle sübjektif akit statüsü ile objektif akit statüsü kuralları arasında işçi açısından daha lehe olan kurallar aranmaktadır. Bu karşılaştırma için üç farklı yöntem öngörülmüştür: toplu karşılaştırma, tekli karşılaştırma ve grup olarak

²⁹¹ Doğan, 5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, s.153.

²⁹² Alexander J. Belohlavek, **Rome Convention-Rome I Regulation Commentary-New EU Conflict Of Laws Rules For Contractual Obligations**, United States, 2010, s.1373. (Çevrimiçi) <https://books.google.com.tr/books?id=PR0PBAAQBAJ&pg=PA1373&lpg=PA1373&dq=beneficial+standard+rome+regulation&source=bl&ots=oa8Tle89FK&sig=ACfU3U1T7yzV7cbYBlvIlw4nVXb9PGZ3YA&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwiqsZOuor3pAhWCyIUKHdMwBMgQ6AEwAHoECAYQAAQ#v=onepage&q=beneficial%20standard%20rome%20regulation&f=false> (18.05.2020)

²⁹³ Doğan, 5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, s.154.

karşılaştırma.²⁹⁴ Bu yöntemleri MÖHUK çerçevesindeki kurallar doğrultusunda inceleyeceğiz.

Toplu karşılaştırma yönteminde, seçilen hukuk düzenindeki kurallar (sübjektif akit statüsündeki kurallar) ile mutad iş yeri hukukundaki kurallar (objektif akit statüsü) toplu olarak ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. Ancak bu yöntem pratikte ciddi zorlukları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin seçilen hukukta daha kısa bir fesih süresi öngörülmekle birlikte, yan haklar işçinin mutad iş yeri hukukuna göre çok daha fazlaysa, hangi korumanın işçinin daha lehine olacağının belirlenmesi çok zor ve hatta uyuşmazlığa bakan hâkimin sübjektif değerlendirmesine çok tabi bir durum olacaktır.²⁹⁵

Tekli karşılaştırma yönteminde, karşılaştırılan hukuk kuralları tek tek değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu yöntem uygulandığında da uyuşmazlığa aslında karma bir hukuk düzeninin kuralları uygulanmış olacaktır. Lakin bu yöntem tamamen işçi lehine bir hukuk kuralları bütünü yaratarak, işvereni adeta cezalandırmış olmaktadır.²⁹⁶ Oysaki yararlılık ilkesinin tek amacı, işçinin menfaatlerinin korunması olarak kabul edilmemektedir.

Grup olarak karşılaştırma yönteminde iki farklı hukuk düzeninin kuralları, irtibatlı hükümler nezdinde karşılaştırılmaktadır. Birbiri ile irtibatlı hüküm grupları bakımından karşılaştırma yapıldığında seçilen hukuk kurallarının daha az koruma sağlayan ilgili hüküm grupları uygulama alanı bulamayacak ve işçinin mutad iş yeri hukukunda yer alan konu ile ilgili hüküm grupları geçerli olacaktır. Bu yöntem ile iş sözleşmesinin tarafları açısından daha adil ve dengeli bir sonuca ulaşılması mümkündür. Grup olarak karşılaştırma yöntemi kullanırken örneğin yıllık izin hakkı ile ilgili bir uyuşmazlıkta, karşılaştırmaya tabi tutulan hukuk

²⁹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.964.

²⁹⁵ Alman doktrinde yararlılık ilkesinde grup karşılaştırmasının kullanılması açık bir şekilde reddedilmiştir. Bkz. Doğan, **5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s.155.

²⁹⁶ Şanlı, Esen Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.303., Doğan, **5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s.155.

düzenlerinde sadece yıllık izine ilişkin kurallar değil, bunun yanında yıllık izin hakkının doğması için gerekli şartları haiz hükümler de dikkate alınmalıdır.²⁹⁷

Yararlılık ilkesi çerçevesinde karşılaştırma yönteminin yanı sıra karşılaştırma ölçüsü de önem arz etmektedir. Karşılaştırma yapılan hukuk kurallarının hangisinin işçi açısından daha lehe olduğu yönündeki değerlendirmede objektif ve sübjektif olmak üzere iki yöntem ileri sürülmüştür. Sübjektif yönetime göre karşılaştırma yapılan kurallardan hangisinin işçi açısından daha lehe olduğuna işçi karar vermelidir, çünkü işçi kendi menfaatini en iyi bilebilecek olan kişidir. Objektif ölçüte göre ise tarafsız gözle bakan hâkim ‘akıllı ve makul bir işçi’ nin iş akdini düşünerek, başka bir deyişle davası görülen işçinin şahsi menfaatleri dikkate alınmadan, daha lehe hükümler değerlendirilmeye alınacaktır.²⁹⁸ Biz de yararlılık ilkesi uygulanırken objektif karşılaştırma ölçütünün kullanılmasını daha makul görmekteyiz.

Yararlılık ilkesi çerçevesinde hukuk düzenleri arasında karşılaştırma yapılırken, asgari koruma ilkesinin sınırının aşılmaması gerekir. Örneğin işçi ile ortak vatandaşlığa sahip işveren, işçiyi bir başka Müslüman ülkeye çalışmak üzere gönderdiği bir iş ilişkisinde, tarafların akdettikleri sözleşmede, taraflar sözleşmenin yapıldığı ülkenin hukukunu seçmişlerse; sözleşmenin yapıldığı yer hukukunda 12 günlük Hristiyan bayramı öngörülürken, işin yapıldığı Müslüman ülke hukukunda 10 günlük Ramazan ve Kurban Bayramı tatili var ise, işçinin hepsini birden yani 22 günlük tatil hakkı talep etmesi, asgari koruma ilkesinin

²⁹⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.304.

²⁹⁸ Doğan; objektif ölçüte dair değerlendirme ile ilgili şöyle bir örnek vermiştir: “...Örneğin: İşçinin yıllık izin hakkının elinden alınarak, bu süre için çok yüksek ücret teklif edilmesi durumunda, çalışma sürelerinin kısaltılması ve yıllık izin hakkının uzatılması hususunda işçilerin tarihi gelişim içindeki mücadeleleri düşünüldüğünde, makul bir işçinin yıllık izin hakkını yüksek ücrete tercih etmesi gerektiği kabul edilecektir...” Bkz. Doğan, **5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s.158. Bu örnekten yola çıkıldığında objektif ölçütün önemi daha iyi anlaşılabilmektedir. Şöyle ki: bu örnek kapsamında sübjektif ölçüt kabul edilseydi, bir işçi o anki para ihtiyacını düşünerek parayı tercih edebileceken, başka bir işçi insanı yaşam standardı olarak dinlenme hakkını seçebilecektir. Bu durumda da hâkimin bu belirsizlikler içerisinde adaletli bir karar vermesi mümkün olamayacaktır. “Yıllık izinden vazgeçilemeyeceğine dair hiçbir düzenleme olmasa dahi, yararlılık ilkesinin uygulanması ile işçinin yıllık izin karşılığını paraya tercih edemeyeceği, Alman hukukçularının deyimiyle “iznini satamayacağı” sonucuna ulaşmak gerekir.” Bkz. Erdem Özdemir, **a.g.e.** s.104.

aşılması olarak kabul edilecektir.²⁹⁹ Doktrinde izinler bakımından her iki ülkenin mevzuatının birlikte uygulanacağı da savunulmuştur.³⁰⁰

Roma I Tüzüğü md.8/1’ de *“İş sözleşmeleri tarafların 3.madde uyarınca seçtikleri hukuka tabidir. Ancak bu madde uyarınca yapılacak hukuk seçimi işçiyi böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olsa idi bu maddenin 2., 3. ve 4. Fıkralarında gösterilen hukukların taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümleri uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakmaz.”* şeklinde düzenleme mevcuttur.³⁰¹

Bu çerçevede MÖHUK md.27/1 düzenlemesi ile Roma I Tüzüğü md.8/1’in uyumlu olduğunu, ancak MÖHUK md.27/1’in daha dar kapsamlı kaldığını söyleyebiliriz. Bu çerçevede kanun değişikliği yapılarak, MÖHUK md.27/1’in kapsamının Roma I Tüzüğü md.8/1 kapsamına getirilmesinin işçiyi koruma ilkesine daha uygun düşeceği kanaatindeyim.

²⁹⁹ Elçin, **a.g.e.** s.103.

³⁰⁰ Can Tuncay, “Almanya’ da İş Alan Türk Müteahhitlerin Türk İşçisi Çalıştırmaları”, **Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası**, Cilt:7, Sayı:3, 1993, s.8. (Çevrimiçi) <https://ceis.org.tr/ceis-yayini/cimento-isveren-dergisi-mayis-1993/> (18.05.2020)

³⁰¹ Tercüme için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.423.

B. İşçinin işini mutad olarak yaptığı iş yeri hukukunun uygulanması (Objektif bağlama kuralı)

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, objektif akit statüsü olarak basamaklı bir sistem öngörülmüştür. Buna göre ilk basamak MÖHUK md.27/2 uyarınca; *“tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, iş sözleşmesine işçinin işini, mutad olarak yaptığı iş yeri hukuku³⁰² uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu iş yeri mutad iş yeri sayılmayacaktır.”*³⁰³ ³⁰⁴ ³⁰⁵ Madde gerekçesinde; iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi, iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun bu ilişkide objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kıldığı, bu gerekçelerle maddede, bireysel iş sözleşmelerinde, en sıkı ilişkili hukuk olarak mutad iş yerinin uygulanacağını kabul edildiği belirtilmiştir.³⁰⁶ Roma I Tüzüğü md.8/2’de yer

³⁰² Lex loci laboris.

³⁰³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 24.HD, MÖHUK md.27/2 düzenlemesini adeta yok sayarak, hatalı bir karara hükmetmiştir: İstanbul BAM 24.HD, 2017/4770E., 2019/345K., 24.01.2019T. *“...davacının davalı işverene ait yurtdışı projelerinde 2006-2009 yılları arasında güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, son olarak 1.100,00 USD ücret aldığını...beyan ederek...talep ve dava etmiştir...Davalı taraf ilk olarak 5718 sayılı Kanuna göre uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunduğuna yönelik itirazlarının dikkate alınmadığını iddia etmiştir. 5718 sayılı Kanunun 27.maddesine göre değerlendirme yapıldığında da iş sözleşmesi konusunda hukuk seçimi imkânı, iş sözleşmelerinin niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü taraflarca hukuk seçimi uygulanacak hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde mümkün değildir. Somut olayda da taraflarca yabancı ülke hukukunun uygulanacağı konusunda bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle davada yabancılık unsuru bulunmadığına yönelik Mahkemenin kabulü yerindedir...”*

³⁰⁴ Ankara BAM 6.HD. ise MÖHUK md.27/2’deki düzenlemeyi yok saymamış ve kararında şu ifadeleri kullanmıştır: Ankara BAM 6.HD. 2019/1477E., 2019/1010K., 30.04.2019T. *“...Somut bu delillere göre yurt dışı bağlantılı işveren nezdinde çalışma yapılması ve mutad yer olarak Türkiye sınırları içinde İlisu Barajı yapımında çalışan davacının, MÖHUK m.27 uyarınca yabancılık unsuru içeren taraflar arasındaki uyumsuzlukta ‘işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku’ uygulanması gereken hukuk olmaktadır. Davacı Türkiye’de çalışmış olduğu dönemden kaynaklanan alacaklarını talep etmektedir...”* Aynı şekilde Yargıtay 21.HD. 2010/10129E., 2011/12849K., 08.12.2011 T.: *“M.T. ile A. AŞ. Arasında yapılan sözleşmenin tetkikinden sözleşmede bir hukuk seçimi yapmadıkları görülmektedir. Bu durumda mutad işyeri hukuku olan KKTC mevzuatının somut olaya uygulanacağını kabulü gerekir...”*

³⁰⁵ Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile ilgili özel bir hüküm içermeyen mülga MÖHUK döneminde dahi Yargıtay ‘borcun ifa yeri hukuku’ nu uyumsuzluğa uygulamıştır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.06.1989T, 1989/316K., 1989/411K.: *“...md24/2 uyarınca ‘borcun ifa yeri hukuku’ nun uygulanması gerekeceğinden ve 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...”*

³⁰⁶ MÖHUK md.27 gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (22.05.2020)

alan objektif bağlama kuralı da MÖHUK md.27/2 ile aynı yöndedir.³⁰⁷ Roma I Tüzüğü md.8/2'ye baktığımızda, MÖHUK md.27/2 ile arasında kullanılan kavram bakımından teknik bir farklılık olduğu görülmektedir. Roma I Tüzüğü md.8/2'de “işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke hukuku” ifadesi kullanılırken, MÖHUK md.27/2'de “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri” ifadesi kullanılmıştır. Bu kavramların aynı anlama gelip gelmediği tartışma konusu olmuş ve Roma I Tüzüğü'nde kullanılan ifade nedeni ile Tüzük kapsamındaki uyumsuzluklarda; işçinin işini birden fazla ülkede ifa etmesi halinde artık Tüzük md.8/2'nin değil, md.8/3'ün uygulanacağı savunulmuştur.³⁰⁸

1. Mutad işyeri kavramı, tespiti ve uygulama alanı

Mutad iş yeri kavramını tanımlarken, öncelikle işyeri kavramının hukukumuzdaki anlamına değinmekte fayda vardır. İş Kanunu md.2'de işyeri tanımlanmıştır. Buna göre; “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu, farklı coğrafi alanlarda bulunan işyerlerini de kapsayacak şekilde bir bütündür.”³⁰⁹ İşyerinin kapsamı belirlenirken teknik bağlılık, bağımsız yönetim³¹⁰ ve hukuki bağlılık³¹¹ dikkate alınacak kıstaslardandır.

³⁰⁷ Roma I Tüzüğü md.8/2: “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmelerine işçinin işini mutad olarak yaptığı yerin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. İşin mutad olarak yapıldığı ülke işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde değişmez.” Tercüme için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.423.

³⁰⁸ Elçin, **a.g.e.**, s.124.

³⁰⁹ İpek Sarıöz Büyükalp, “Mutad İş Yeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3' ün Uygulanması Sorunu”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2, 2018, s.203.

³¹⁰ Çelikel, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, 2019, s.139-140., Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s.61.

³¹¹ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.203.

Mutad işyeri kavramının, devletler özel hukuku tarafından doktrine kazandırıldığı ileri sürülmüştür.³¹² Mutad işyerinin bağlama noktası olarak kabul edilmesi ile işçinin menfaatinin en doğru şekilde korunabilmesi amaçlanmıştır, çünkü işçi ağırlıklı olarak hayatını geçirdiği çevrenin politik, çevresel veyahut çalışma şartlarına vakıf olup, bunlarda meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmemektedir. Yine mutad işyeri işveren açısından da işin yapıldığı yerde çalışan işçilere eşit davranma imkânı getirmekte, o yerdeki tüm işçilere aynı kuralların uygulanması imkânı getirmektedir.³¹³

İşçinin yapacağı işin ağırlık merkezinin bulunduğu ülke, mutad işyeri olarak tanımlanmıştır. İşçinin mutad işyeri belirlenirken, sözleşme süresinin tamamında açık veya örtülü olarak belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı³¹⁴, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün halinde nerede ifa edildiği tespit edilmelidir.³¹⁵ Mutad işyerinin belirlenmesinde başlıca kıstasın tarafların bu yöndeki iradesi olduğu, tarafların iradesinin belirlenememesi durumunda ifa edilecek hizmetin niteliği ve özelliği, yapılacak işin veya hizmetin ağırlık merkezinin belirleyici kriter olarak kabul edilmesi savunulmuştur. Bu çerçevede mutad işyerinin belirlenmesi sürecinde, işçinin fiili işyeri³¹⁶ önem arz etmeyecektir. Avrupa Adalet Divanı'nın Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duche de Luxembourg kararında da³¹⁷, işçinin mutad işyeri belirlenirken, bu faaliyeti karakterize eden tüm faktörler ışığında, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin

³¹² Sarıöz Büyükalp, **a.e.** s.204.

³¹³ Elçin, **a.g.e.**, 2012, s.120., Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.213.

³¹⁴ Elçin, **a.g.e.**, s.123.

³¹⁵ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.204.

³¹⁶ MÖHUK md.27/2'de objektif bağlama noktası olarak kabul edilen 'işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku' ifadesinde, işyeri hukuku yerine "mutad olarak yaptığı ülke hukuku" yazılması önerilmiştir. Bu görüşe göre bu ifade farklılığı nedeni ile 'fiili işyeri' ve 'işin fiilen yerine getirildiği yer' kavramları doktrinde kullanılmış, bu durum da karmaşaya sebebiyet vermiştir. MÖHUK kapsamında işyeri kavramının kullanılmasının, kanun koyucunun işveren yararına bir düzenlemesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Doğa Elçin, **a.g.e.** s.125.

³¹⁷ Kararda işçinin nakliye talimatlarını ve yönergeleri ile organizasyona ilişkin talimatları aldığı, iş araçlarının bulunduğu yer, nakliye edilecek ürünlerin indirildiği yer ve işçinin işini tamamladıktan sonra döndüğü yer Mahkeme' nin mutad işyerini belirlerken dikkate aldığı kriterlerden sayılmıştır. Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duche de Loxembourg, Case C-29/10. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2469CD571E5519F2BDADF0735C748DC8?text=&docid=84441&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1297340> (23.05.2020)

büyük kısmını yerine getirdiği yerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Mutad iş yeri belirlenirken, iş sözleşmesinde işyeri olarak belirlenen sözleşme hükmünün belirleyici olmadığı ve iş sözleşmesinde işyeri olarak belirlenen yer ile işin mutaden ifa edildiği yerin birbirinden farklı olması durumunda, mutad iş yerinin dikkate alınması gerektiği savunulmuştur.³¹⁸

Yargıtay 22.HD'nin 18.09.2019 tarihli bir kararında; Yunanistan bayraklı turistik amaçlarla kullanılan yabancı gemide kaptan olarak çalışmakta olan davacının iş akdinin yabancılık unsuru içerdiğini, bu nedenle MÖHUK md.27/2'ye göre işçinin mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiği belirtilerek bozma kararı verilmiştir. Kararda kış mevsiminde yatın marinaya çekilerek bakım ve onarımının yapıldığı, yazın ise seyrüseferde olduğunun anlaşıldığı, ancak kış sezonu olarak tabir edilen sürenin ne kadar olduğu ve yatın yazın nerede çoğunlukla bulunduğu hususlarına yargılama sırasında açıklık getirilmediği, yata ait seferlerin yönetildiği yer konusunun netliğe kavuşturulmadığı, bağlama limanının TTK md.946 gereğince mutad işyerinin tespiti bakımından önemli olduğu, yatın faaliyetleri sırasında seferlerinin nereden organize edildiği, taşıma işinin gerçekleştiği, seyrüsefer sırasında yatın devamlı döndüğü bir limanın olup olmadığı, yatın yolcularını hangi ülkeden aldığı ve tekrar hangi limanda yolcularını indirdiği hususları mutad işyeri belirlemede veya iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığının araştırılması gereken hususlar olarak sayılmıştır. Yine aynı kararda davacının sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerinin ödendiği ülkenin de mutad işyeri tespitinde dikkate alınabileceği belirtilmiştir.^{319 320} Ancak Yargıtay'ın, Bölge Adliye Mahkemeleri ve ilk derece mahkemelerinin her kararında mutad işyeri kavramına değer verdiğini ve araştırdığını söylemek güçtür. Örneğin 25.04.2017 tarihli bir BAM kararında; ilk derece Mahkemesi tarafların aralarındaki ilişkiye

³¹⁸ Doğa Elçin, **a.g.e.**, s.126.

³¹⁹ Yargıtay 22.HD., 18.09.2019T., 2016/9339E., 2019/16564K.

³²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.06.1989 tarihli, 1989/316E., 1989/411K. sayılı kararında; "...m.24/2 uyarınca '...borcun ifa yeri hukuku...'n uygulanması gerekeceğinden ve 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..." şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

uygulanacak hukuk konusunda anlaşma yapmamaları veya yaptıkları anlaşmanın herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olması halinde, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili olan yer hukukunun uygulanacağını belirterek, bağlama noktası olarak mutad işyerini dikkate dahi almamış, BAM da ilk derece Mahkemesinin kararını bu yönden bozmamıştır.³²¹ 25.10.2018 tarihli başkaca bir BAM kararında ise de; davalı tarafın MÖHUK md.27 gereğince olayda yabancılık unsuru bulunması nedeni ile fiilen çalışılan ülke iş hukukunun olayda uygulanması gerektiğini iddia etmiş olması karşısında, davacı işçinin Türk vatandaşı, davalı şirketin Türk şirketi olduğu, davacı işçinin ikametinin Türkiye’de, davalı şirketinin merkezinin de Türkiye’de bulunduğu, bu haliyle davacı işçinin mutad işyerinin Türkiye olduğu, geçici olarak yurtdışında çalışmasının bunu ortadan kaldırmayacağı anlaşılmakla davalının bu yöndeki başvurusuna itibar edilmeyeceği yönünde karar verilmiştir.³²²

MÖHUK md.27/2’de yer alan ve yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk belirlenirken esas alınacak bağlama noktası olan mutad işyeri hukuku hem hukuk seçimi yapılan hallerde hem de hukuk seçiminin yapılmadığı veya geçersiz olduğu hallerde mahkeme tarafından re’sen dikkate alınıp, incelenmelidir. Çünkü hukuk seçimi yapıldığı hallerde, hukuk seçiminin sınırı olarak işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari koruması saklı tutulmuş, hukuk seçiminin olmadığı hallerde de madde kapsamında getirilen basamaklı sistem nedeni ile ilk olarak mutad işyeri hukuku dikkate alınacaktır.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde mutad işyeri tespit edilirken, her bireysel iş sözleşmesinde ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin işçi işinin tamamını veya bir kısmını internet kullanımı ile evinden ifa ediyor ise, mutad işyerinin işçinin evi³²³, anketörler gibi işini telefon ile ifa edenler bakımından ise veri girişinin yapıldığı yer olacağı söylenebilecektir.³²⁴ İşçinin başka bir ülkeye montaj faaliyeti, iş seyahati, fuar ve sergi hizmeti gibi geçici süre ile aynı işverene

³²¹ İstanbul BAM, 29.HD., 25.04.2017T., 2017/694E., 2017/605K.

³²² İstanbul BAM, 30.HD., 25.10.2018T., 2017/1748E., 2018/1509K.

³²³ Tarman, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, s.536.

³²⁴ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.215.

bağlı olarak gitmesi, işin ağırlık merkezinin yerini değiştirmeyecektir. Bunlar yapılacak işin ağırlık merkezini değiştirmedeğinden, mutad iş yerinin yayılması olarak kabul edilmektedir. İşçi işini mutad yaptığı yerden uzun süreli ayrıldığı takdirde de tarafların iradesi öncelikli olmakla birlikte, bu yönde irade belirlenemiyorsa, kural olarak işçinin işini mutad olarak yaptığı yer değişmeyecektir; ancak işçi yalnız yabancı ülke sınırları içerisinde çalışması amacıyla işe alınmışsa, işverenin işçiyi geri alma niyetinde değilse veya işçi geri dönmek niyetinde değilse, bu halde işçinin mutad işyeri değişmiş olacaktır.³²⁵ Nitekim MÖHUK md.27/2’de de geçici görevlendirme halinde, mutad işyerinin değişmeyeceği açıkça belirtilerek, bu hususta bir tereddütün doğması engellenmiştir.³²⁶

2. İşin yapıldığı ülkenin belirlenmesi

İşçinin işini mutad olarak tek bir ülkede ifa etmesi veyahut mutad işyerinden başka bir ülkeye geçici olarak gönderildiğinin rahatlıkla tespit edilebildiği durumlarda, uygulanacak hukukun tespiti açısından zorluk yoktur. Ancak işin birden fazla ülkede ifa edilmesi -ki böyle bir durumda işçinin işini ağırlıklı olarak ifa ettiği merkezin belirlenmesi güçtür- veyahut işçinin başka bir ülkeye uzun süreli gönderilmesi halinde, bu görevlendirmenin geçici olup olmadığının tespiti önem arz edecektir.

İşçinin işini birden fazla ülkede ifa ettiği durumlarda, ilk olarak mutad işyerinin belirlenebilmesi için çaba gösterilmeli, her olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin ABAD’ın Weber kararında birden çok ülkede yer alan deniz platformunda aşçı olarak görev yapan işçinin mutad işyerinin

³²⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.308., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.428.

³²⁶ İşçinin başka bir ülkede geçici görevlendirilmesi halinde mutad işyeri değişmemekle birlikte, ifanın gerçekleştirildiği yerde iş güvenliği, çalışma saatleri, tatil günleri vb konularda ‘İfanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirler’ başlığını taşıyan MÖHUK md33’ ün (“*ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır*”) dikkate alınması gerektiği, ancak bu maddenin esas olarak taşıyan ve satım sözleşmeleri düşünülerek tanzim edilmiş olması nedeni ile iş sözleşmelerinde nasıl uygulanacağı konusunda açık olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Tarman, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, s.536.

belirlenmesinde, işçinin en çok zaman harcadığı yer mutad işyeri olarak kabul edilmiştir.³²⁷ ABAD'ın kararlarında mutad işyeri kavramını geniş yorumladığı ve mutad işyeri bağlanma noktasında kalmaya gayret ettiğini söyleyebiliriz.

İşçinin işini aynı yoğunlukta birden fazla ülkede ifa ettiği durumlarda, mutad işyerinin belirlenmesi için gerekli olan ağırlık merkezi kriteri ortadan kalkabilmektedir. Örneğin işçi işini devletsiz bölgelerde örneğin açık denizlerde veya uzayda ifa ediyor olabilir. Ya da birden fazla ülkede aynı yoğunlukta gösteri yapan dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası turne toplulukları, uluslararası yolculuk yapan uzak yol sürücüler, demir yolu, hava yolu ve deniz personeli veyahut milletlerarası yardımlaşmalarda kullanılan personeller de bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda işin tek bir ülkede yapılmayıp, birden fazla ülke yapıyor olması halinde, MÖHUK md.27/3'te yer alan *“işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku”* uygulama alanı bulmalıdır.³²⁸ ABAD'ın kararlarında birden fazla ülkede çalışan işçiler açısından doğrudan işverenin esas işyeri hukukunu uygulamak yerine, en sıkı ilişkili hukuk tespit edilmeye çalışılmaktadır.³²⁹ Bu bakımdan ABAD kararlarında uluslararası havayolu taşımacılığında çalışan işçiler için şirketin, uçakların, pilotların ve kabin memurlarının bulunduğu ana vatan (home base) ülkesi; gemilerde veya yüzer platformlarda çalışan kaptan, deniz adamları için geminin/aracın bayrak ülkesi/tescil edildiği ülke ya da işçinin işe alındığı işyeri sözleşme ile en sıkı ilişkili yer kabul edilmiştir. Ancak ABAD kararlarına göre eğer bu yerlerden başka bir yerin hukuku, olayın somut özelliklerine göre daha sıkı ilişkili bir hukuk

³²⁷ Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd, Case C-37/00. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46757&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1872266> (28.05.2020).

³²⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.305., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.432., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.391., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.348.

³²⁹ Sandra Nogueira ve diğerleri v. Miguel Jose Moreno Osacar v. Ryanair Designated Activity Company, Case 168/16. Kararda en sıkı ilişkili hukuk tespit edilerek, işçinin işverene karşı en ucuz ve en kolay şekilde dava açabilmesine olanak sağlanmış olacağı da belirtilmiştir.

olarak nitelendiriliyorsa, belirlenen daha sıkı ilişkili hukuk uygulama alanı bulmalıdır.³³⁰

Yukarıdaki açıklamalardan görülmektedir ki; işçinin işini mutaden birden fazla ülkede ifa etmesi halinde, ülkelerden yalnızca biri ile ilişki kurulmaya çalışılmaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve bu yöndeki çabanın milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre; işçinin devamlı olarak birden fazla ülkede işini ifa ettiği ve işin niteliği nedeniyle tespit edilememesi sonucu mutad işyerinin tespit edilemediği durumlar ile birden fazla ülkede ifa edilen iş ile ilgili bu ülkeler ile ağırlıklı bir bağ kurulamayan durumların birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Birden fazla ülkede ifa edilen iş ile ilgili işin yapıldığı ülkelerden biriyle ağırlıklı bağ kurulamayan hallerde, mutad işyerinin tespit edilememesi nedeni ile ikincil bir bağlama noktası olan işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre; bu tip durumlarda birden fazla mutad işyeri vardır ve işçiye tespit edilen iki mutad işyeri hukuku arasında kendisi için daha avantajlı hükümler içeren hukuku seçme imkânı verilmelidir.³³¹ Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki: iş davalarının tek bir alacak kalemine dayanarak açılması çok nadir görülen bir durumdur. İşçiler, işverene karşı dava ikame ederken genellikle pek çok alacak kalemini dava konusu yapmaktadırlar. Bu nedenle hangi alacak kalemi açısından hangi hukukun daha elverişli olduğu hususunun bir karmaşıklık yaratabilecektir. Yine bu görüş kabul edildiği takdirde, uyuşmazlığa bakan hâkimin öncelikle işçinin işinin ağırlık merkezi olan iki ülkeyi mutad işyeri olarak belirlemek için bu araştırmayı yapması, ardından yargılama sırasında işçiye hukuk seçme imkânı vermesi gerekir. Böyle bir durum da davanın uzamasına sebebiyet verecektir.

³³⁰ Örneğin iş sadece açık denizde ifa ediliyorsa, artık bayrak ülkesinin mutad işyeri olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ve bu tür durumlarda Roma I Tüzüğü md.8/3' ün uygulanması gerektiği hakkında bkz. Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.227.

³³¹ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.229-230.

3. MÖHUK md.27/2’de kullanılan geçici kavramı ile İş Kanunu md.7’de yer alan geçici iş ilişkisi kavramlarının değerlendirilmesi

MÖHUK md.27/2’de; “işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı” düzenlenmiştir. İş Kanunu md.7’de de geçici iş ilişkisi düzenlenmiştir. Bu başlık altında MÖHUK md.27/2’de düzenlenen geçici iş ile İş Kanunu md.7’de düzenlenen geçici iş ilişkisinin aynı anlamda olup olmadığını inceleyeceğiz.

İş Kanunu md.7 kapsamında düzenlenen geçici (ödünç) iş ilişkisi, diğer iş mevzuatlarında (Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve TBK kapsamında hizmet sözleşmesi) düzenlenmemiştir. Bu nedenle İş Kanunu kapsamı dışındaki diğer iş uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu duraksama yaratabilecektir. Doktrinde bir görüşe göre İş Kanunu genel kanun niteliğinde kabul edilmediğinden, bu nedenle de Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde TBK’ya başvurulacak olması nedeni ile İşK md.7’de düzenlenen geçici iş ilişkisinin sadece İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanabileceği söylenebilecektir. Yargıtay ise aksi görüşte olup; İş Kanunun, diğer iş kanunlarına göre ‘genel’ nitelikte olduğunu, iş mevzuatlarında bir boşluk bulunması halinde öncelikle İş Kanunu’na başvurulması gerektiği, akabinde TBK’ya gidilmesi gerektiği görüşündedir.³³² Bu görüşün kabulü halinde İş Kanunu dışındaki iş mevzuatları kapsamındaki işçiler bakımından da İşK md.7 uygulama alanı bulabilecektir. Bu tartışma nedeni ile doktrinde İş Kanunu içerisinde yer alan geçici iş ilişkisine dair düzenlemelerin diğer iş kanunlarına tabi işçiler açısından da uygulanmasına ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmesi önerilmiştir.³³³

İş Kanunu md.7 kapsamında düzenlenen geçici (ödünç) iş ilişkisi, “sadece özel istihdam bürosu aracılığıyla ya holding bünyesi içinde veya aynı şirketler

³³² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s.20

³³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s.171.

topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle” kurulabilmektedir. İşK md.7 kapsamındaki geçici iş ilişkisi, işçi-devralan işveren-devreden işveren olmak üzere üçlü bir ilişkiye dayanmaktadır. Devreden işveren ile devralan işveren arasında geçici işçi sağlama sözleşmesi kurulmaktadır. Bu sözleşmede hak ve yükümlülüklerle ilişkin yer alması gereken hususlar da İşK md.7’de ayrıntılı olarak belirtilmiştir. İşK md.7’de geçici iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesindeki şirketler arasında kurulması farklı koşullara tabi tutulmuştur.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, sadece Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam büroları aracılığıyla kurulabilmektedir. Buna göre öncelikle özel istihdam bürosu, işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yapar, ardından işçisini işverene devreder. Bu şekilde işçi devredilse de özel istihdam bürosu işveren olarak kalmaya devam eder, ancak işçiye emir ve talimat verme yetkisi devralan işverene geçer. Özel istihdam bürosu geçici işçi ile de iş sözleşmesi akdeder³³⁴ ancak devralan işveren ile geçici işçi arasında bir iş sözleşmesi yapılmaz. Kanunda hangi hallerde geçici iş ilişkisi kurulacağı sınırlı bir şekilde sayılmıştır.³³⁵ Sınırlı sayılan bu sebepler dışında kurulacak geçici iş ilişkisinin artık geçici işçi sağlama değil, iş aracılığı olarak nitelendirilmesi, işçi ve işveren arasında da iş sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı kabul edilmektedir.³³⁶ Geçici iş ilişkisi kurulabilecek hallerden mevsimlik tarım işleri ve ev hizmetleri dışındaki sınırlı sayıdaki iş ve hallerde süre sınırlaması getirilmiştir. Buna göre geçici iş ilişkisi en fazla on iki ay için kurulabilecektir. Geçici işçi ile devralan

³³⁴ Özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki iş sözleşmesi belirli ya da belirsiz süre ile yapılabilir. Detaylı bilgi için bkz. Ş. Esra Başkan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:21, Sayı:2, 2017, s.13.

³³⁵ İş Kanunu md.7/2: “Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile a) Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası (kısa süreli ve tam süreli iş sözleşmesi) ile 74 üncü maddesinde (analık halinde çalışma ve süt izni) belirtilen hallerde, işçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde, b) Mevsimlik tarım işlerinde, c) Ev hizmetlerinde, d) İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, e) İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde, f) İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması halinde, g) Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları halinde, kurulabilir.”

³³⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.235.

işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, iş sözleşmesi benzeri bir iş ilişki olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede işçinin iş sözleşmesinden doğan bazı haklarından işveren olan özel istihdam bürosu ile birlikte sorumlu kabul edilmekte birlikte, geçici işverenin bu sorumluluğunun kapsamı çok sınırlı tutulmuştur. İşçinin ücretini ödeme yükümlülüğü, işveren olan özel istihdam bürosuna aittir.

Özel istihdam bürosunun dışında geçici iş ilişkisi ancak holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapmak suretiyle de kurulabilecektir. İşK md.7/15'e göre bu devrin yapılabilmesi için işçinin yazılı rızasının alınması gereklidir. Devreden ve devralan işverenler arasında bir geçici işçi sağlama sözleşmesinin yapılması gereklidir. Bu şekilde kurulacak geçici iş ilişkisinin süresi de altı ay ile sınırlandırılmış ve en fazla iki defa yenilenebileceği düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisinin holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde kurulabileceği haller veya işler ile ilgili olarak Kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. İşçinin ücretinden devralan ve devreden işveren birlikte sorumlu kabul edilmiştir.

MÖHUK md.27/2 kapsamında yer verilen işçinin geçici olarak başka bir ülkede yapması durumu ise, işçinin başka bir ülkeye gönderilmesidir.³³⁷ Avrupa Parlamentosu tarafından çıkarılan 1996/71 sayılı Hizmet Edimi Çerçevesinde Gönderilen İşçiler Hakkında AT Direktifi'nin ("*Posted Workers Directive*")³³⁸ 2.maddesinde gönderilen işçi, sınırlı bir süre için normalde çalıştığı bir üye ülkeden başka bir üye ülkeye gönderilen işçi olarak tanımlanmıştır.³³⁹ O halde geçici iş ilişkisinin holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapmak suretiyle kurulması durumu, bahsi geçen holding bünyesinin ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka iş yerinin

³³⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.305.

³³⁸ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

³³⁹ "...Yönergede, A üye devlet ülkesinde merkezi olan bir işletmeye bağlı işçilerin, B üye devlet ülkesine gönderildikleri takdirde, bu gönderme geçici bile olsa gönderildikleri devlet hukukunun işçiyi koruyan hükümlerine tabi tutulmaları esasını düzenlemektedir..." 96/71 sayılı Direktif ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, "Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK", MHB, Cilt:22, Sayı:2, 2002, s.839-856.

başka ülkede bulunması halinde MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici olarak başka bir ülkeye gönderilme hali gerçekleşmiş olacak mıdır? Ya da yurtdışında bulunan şirket ile Türkiye’deki şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması ile işçinin geçici görevlendirildiği kabul edilerek, yurtdışına gönderilen işçinin mutad işyerinin Türkiye olduğu ileri sürülebilecek midir?

Türkiye’de kuyumcu olarak faaliyet gösteren (T) şirketinin, Katar’da Katar kanunlarına göre kuyumculuk sektöründe bir Katar şirketi (K) kurduğunu düşünelim. Katar kanunlarına göre de şirketin %51’ i Katar’lı bir şirkete ait olup, %49’u (T) şirketine aittir. (S) işçisi de (T) şirketinde çalışmakta olup, (K) şirketinin kurulması ile birlikte, (K) şirketinde çalışmak üzere Katar’a gönderilmiş, (K) şirketinden işe girişi yapılmış, (T) şirketinden de çıkışı yapılmıştır. (K) şirketi ile ilgili emir ve talimatlar, (T) şirketinden verilmektedir. Bu durumda İş Kanunu md.7 kapsamındaki geçici iş ilişkisi ile MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici olarak başka bir yere gönderilme aynı anlama gelecek midir? (T) işçisine uygulanacak hukuk ne olacaktır?

Öncelikle belirtmek isteriz ki; kanaatimizce İş Kanunu md.7’de tanımlanan holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması ile kurulan geçici iş ilişkisi, MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici görevlendirmeden daha dar kapsamlı olmakla birlikte, MÖHUK md.27/2’deki geçici görevlendirme ile aynı anlama gelebilmektedir. Şöyle ki İşK md.7’de iki türlü geçici iş ilişkisi kurulabileceğini belirtmiştik. Bunlardan özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosunun işveren olmaya devam etmesi, bu şekilde kurulabilecek geçici iş ilişkisi için konu sınırlaması gibi sebepler, MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici gönderilme kavramından ayrılmakta ve farklı bir yapıya bürünmektedir. Öte yandan İşK md.7 kapsamında kurulabilecek diğer geçici iş ilişkisi; holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması durumu, MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici görevlendirme anlamına gelebilmektedir. Ancak bu şekilde kurulabilecek geçici iş ilişkisi, MÖHUK md.27/2’den daha dar kapsamlıdır. Başka bir deyişle; İşK md.7 kapsamında holding bünyesinde ya da

aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması hallerinin tamamı, MÖHUK md.27/2 kapsamında değerlendirilebilecekken; MÖHUK md.27/2 anlamındaki her geçici görevlendirme, İş Kanunu md.7’de yer alan geçici iş ilişkisi olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında bir önceki paragrafta yer alan soruya dönecek olursak; (T) şirketi ile (K) şirketi arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması halinde, (S) nin mutad işyeri Türkiye olacak olup, (K) şirketine geçici görevlendirme olarak gönderildiği için *-İşK md.7 kapsamında yer alan süre sınırlamalarına uymasa da MÖHUK md.27/2 kapsamında yine de geçici görevlendirme olarak kabul edilebilecektir-* mutad işyeri hukuku, uygulanacak hukuk olarak kabul edilecektir. Burada belirtmeliyiz ki; İşK md.7 kapsamında holding bünyesi veya şirketler topluluğuna bağlı iş yeri şartlarına uyum sağlamasa da, MÖHUK md.27/2’ de yer alan geçici görevlendirme kavramının daha geniş kapsamlı olması nedeni ile, tarafların geçici görevlendirme olup olmadığı ile ilgili iradeleri, (S) nin Türkiye’ ye geri dönme niyeti ile Katar’a gitmiş olması, (S) nin Katar’ da kaldığı süre gibi İşK md.7’de yer almayan başkaca hususlar, geçici görevlendirme olup olmadığını belirlemede kullanılacaktır.

C. İşverenin esas iş yeri hukukunun uygulanması

MÖHUK md.27/3'te yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından ikinci basamakta *“işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku”* yer almaktadır. Buna göre; *“işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir”*. Roma I Tüzüğü md.8/3 ise aynen: *“Bu maddenin 2.fıkrası uyarınca iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenememesi halinde sözleşmeye işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”*³⁴⁰ şeklindedir.

MÖHUK md.27/3'te bir işyerinin esas işyeri olup olmadığına dair kriterlerin neler olduğu belirtilmemiştir. İş Kanunu'nun 2.maddesinde ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 156.maddesinde işyeri tanımı yapılmıştır. İşK md.2'ye göre işyeri; *“işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla kullanılan, maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olup, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır”*. Buna göre işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. VUK md.156'da *“ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerler”* işyeri olarak tanımlanmıştır.³⁴¹ Doktrinde esas işyeri kavramının iş hukuku alanından çok ticaret hukuku alanına ait bir kavram olduğu belirtilmiştir.³⁴² Bu çerçevede esas işyeri kavramı için TTK'ya da başvurulması gerekmektedir. TTK'da işyeri kavramına en yakın madde olarak ‘Ticari İşletme’ başlıklı 11.maddeye

³⁴⁰ Roma I Tüzüğü md.8/3 tercümesi için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.423.

³⁴¹ 213 sayılı VUK md.156: *“İş yeri: Ticari, sınai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri; dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir.”*

³⁴² Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.392.

baktığımızda devamlılık ve bağımsızlık unsurlarına yer verildiğini görmekteyiz. Ancak bu düzenlemeler MÖHUK md.27/3'te yer bulan “esas işyeri” kavramına ilişkin kriterler konusunda tam bir netlik getirememektedirler.

MÖHUK md.24'ün gerekçesinde; ticari ve mesleki faaliyetler gereği yapılan sözleşmelerin madde kapsamında olması hedeflendiği için sadece tüzel kişileri değil, gerçek kişileri de kapsayan ‘işyeri’ kavramının kullanıldığı belirtilmiş; işyeri kavramının bazı milletlerarası sözleşmelerde³⁴³ 19.06.1980 tarihli Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi kullanıldığı gibi, işyeri kavramının İş Kanununda da yer aldığı ve Türk hukukuna yabancı olmadığı, bu nedenle işyeri kavramı ile ilgili olarak bilinçli bir şekilde tanım vermekten kaçınılarak, doktrin ve tatbikatın önünün açık bırakıldığı belirtilmiştir.

Gerçek kişinin işyerinin, ticari faaliyetlerinin bulunduğu yer olduğu ileri sürülmüştür.³⁴⁴ Tüzel kişiler bakımından ise işyeri, ana sözleşmede veya ortaklık sözleşmesinde belirlenen ya da tüzel kişiliği olmayan birlikteliklerde ortaklığın fiilen idare edildiği yer olarak tanımlanabilir.³⁴⁵

MÖHUK md.27/3'te sadece işyeri kavramı kullanılmamış, MÖHUK md.24'ten farklı olarak işverenin esas işyeri bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. O halde tüzel kişinin farklı ülkelerde birden fazla işyeri olduğu takdirde, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hangi işyerinin esas işyeri olarak kabul edileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Esas işyeri kavramı ile uyumsuzluğa birden çok

³⁴³ MÖHUK md.24' ün gerekçesinde işyeri tanımının verildiği milletlerarası anlaşmalara örnek olarak 11.04.1980 tarihli Birleşmiş Milletler, Viyana Satım Sözleşmesi, 22.12.1986 tarihli Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Sözleşmelere Uygulanan La Haye Sözleşmesi, 19.06.1980 tarihli Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi sayılmıştır. Bkz. MÖHUK m24 gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (27.05.2020). Belirtmek gerekir ki her milletlerarası anlaşmada işyeri tanımına yer verilmemiştir. Örneğin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması' nda (CISG) işyeri kavramına yer verilmiş; ancak bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu kavramın otonom yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yeşim M. Atamer, **Milletlerarası Satım Hukuku -Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)**, İstanbul, 2012, s.47.

³⁴⁴ Avukatın bürosu, doktorun muayenehanesi bu duruma örnek olarak gösterilmiştir. F. Aslı Bayata Canyaş, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.158.

³⁴⁵ Zeynep Özgenç, “Türk Hukukunda Navlun Sözleşmesine İlişkin Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt:34, Sayı:4, 2018, s.279.

hukukun uygulanabilmesi ihtimali engellenmek istenmiş, her iki tarafı da zorluktan ve belirsizliklerden korumak amaçlanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında esas işyerinin nasıl belirleneceği, ele alınacak kriterleri açıklamaya çalışacağız. Öncelikle belirtmeliyiz ki ABAD’ın ve doktrinin ağırlıklı görüşü, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde hukuk seçimi yoksa, mutad işyeri bağlantısını geniş yorumlayarak, mümkün olduğu ölçüde bu bağlama noktasında kalma amaçlanmaktadır. Ancak bu çabaya rağmen mutad işyerinin hiçbir şekilde belirlenemediği durumlar olabilmektedir. MÖHUK md.27/3’ün denk maddesi olarak nitelendirilebileceğimiz Roma I Tüzüğü md.8/3’te yer alan mutad işyerinin belirlenemediği durumlarda ‘işçinin işe alındığı yer’ bağlama noktasının iki temel çalışma şeklini kapsadığı ileri sürülmüştür. İlki birden fazla yerde çalıştığı için mutad işyerinin belirlenmesi mümkün olmadığı için mutad işyeri bağlantısı ağırlığını kaybeden hareketli/seyyar (mobil) işçiler, ikincisi de bir devletin egemenliği altında olmayan bölgelerde (“*no-man’s land*”) yani bir hukuk sistemine bağlı olmayan bir yerde çalışan işçiler.³⁴⁶ Buna göre birden fazla yerde çalıştığı için mutad işyerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı çalışma şekillerine örnek olarak birden fazla ülkede aynı yoğunlukta gösteri yapan dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası turne toplulukları gösterilebilir. Bu tür hallerde mutad işyeri bağlantısı ağırlığını kaybetmektedir. Bir devletin egemenliği altında olmayan devletsiz bölgelerin belirli sosyal gruplar ya da oluşumlar tarafından yürütülmesi halinde (örneğin Antarktika) ise bu bölgelerde çalışan işçiler ile ilgili olarak işçinin çalıştığı sosyal oluşumun tabi olduğu hukukun, işçi işveren uyumsuzluğuna uygulanması gerektiği savunulmuştur.³⁴⁷ Havayolu şirketlerinin uçuş personeli veya açık denizlerde çalışan gemi mürettebatı da işini birden fazla ülkede ifa etmektedir. Bu işçiler bakımından doğrudan MÖHUK md.27/3’ün uygulanması savunulduğu gibi, öncelikle bayrak ülkesi veya sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği de savunulmaktadır. Roma I Tüzüğü md.8/3 için ileri sürülen bu iki temel çalışma

³⁴⁶ Tarman, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, s.537., Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.235.

³⁴⁷ Sarıöz Büyükalp, **a.e.**, s.235.

şeklinin MÖHUK md.27/3'te yer alan “işverenin esas işyeri hukuku” bağlama noktası açısından da kabul edilebilir olduğunu söyleyebiliriz.³⁴⁸

Esas işyerinin MÖHUK md.9'da yer alan idare merkezi olduğu savunulmuştur.³⁴⁹ Diğer görüşe göre ise MÖHUK md.9 sadece tüzel kişiler için düzenlenmiş olduğundan, gerçek kişi işverenler için uygulama alanı bulamayacaktır; dolayısıyla her ne kadar esas işyeri kavramı iş hukuku terminolojisine ait değilse de iş hukukuna ait kavramlar içerisinde açıklanabilmelidir.³⁵⁰

Kanaatimizce MÖHUK md.27/3, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde mutad işyeri ağırlığında bir yerin veyahut daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun tereddütsüz bir şekilde tespit edilme imkanının olmaması halinde, işçinin hukuki korumadan mahrum kalmaması amacıyla getirilmiş ve belki de “marjinal” olarak nitelendirebileceğimiz nitelikte bir düzenlemedir. Bu çerçevede hukuk seçiminin olmadığı yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde öncelikle işçinin mutad işyerinin tespiti için çabalanmalı, gerektiği takdirde kaçış hükmü olarak nitelendirilen daha sıkı ilişkili hukuk araştırması yapılmalı; ancak tüm bunlar sonuç vermediği takdirde MÖHUK md.27/3 devreye girmelidir. Belirtmek isteriz ki; MÖHUK md.27/3'te -Roma I Tüzüğü md.8/3'te yer alan işçinin işe alındığı yer hukukunun aksine- kabul edilen işverenin esas işyeri hukuku bağlama noktası milletlerarası hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi açısından daha uygun gözükmektedir. İşçiler kimi zaman uzun yıllar aynı şirkette, aynı veya farklı pozisyonlarda çalışabilmektedir. Yine globalleşen dünyada işyeri adresleri kolaylıkla değişebilmekte, şubeler veya acenteler açılıp kapanabilmektedir. Bu nedenle işçinin işe alındığı yer hukukunun, işçi veya işveren ile herhangi bir bağının kalmamış olması ihtimaller dahilinde olacak ve bu ihtimal gerçekleştiğinde işçi veya işveren ile hiçbir alakası olmayan bir hukuk, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır. Oysaki işverenin esas işyeri, işçi ve işveren

³⁴⁸ Elçin' e göre MÖHUK md.27/3' te “birden fazla ülkede” çalışma öngörüldüğü için, devletsiz bölgeler bu madde kapsamında değerlendirilmemelidir. Bkz. Elçin, **a.g.e.**, s.142.

³⁴⁹ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.423.

³⁵⁰ Elçin, **a.g.e.**, s.143.

arasındaki ilişkide güncelliğini koruyabilecek bir bağlama noktasıdır. Bu bağlama noktasının da son çare olarak başvurulacak bir adres olduğu düşünüldüğünde, MÖHUK md.27/3'te yer alan düzenlemenin, Roma I Tüzüğü md.8/3'ten daha uygun olduğu açıktır.

Öte yandan MÖHUK md.27/3'te yer alan esas işyeri kavramının içeriği açık değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi doktrinde bir görüşe göre esas işyeri, MÖHUK md.9'da yer alan idare merkezi anlamına gelmekte, başka bir görüşe göre MÖHUK md.9'da sadece tüzel kişilerin düzenlenmesi nedeni ile esas işyeri kavramını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Kanaatimce esas işyeri, işverenin fiili olarak hukuki işlemlerini ve eylemlerini ağırlıklı olarak yürüttüğü yer olarak tanımlanabilir. Öte yandan esas işyeri kavramı ile ilgili başkaca sorular da gündeme gelebilecektir. Örneğin asıl işveren ve alt işveren kavramları ile bağ kurulabilir mi ya da aynı işçinin çalıştığı birden çok işyeri varsa, bu durum esas işyeri belirlenirken dikkate alınacak mı? Esasında bu sorulardan ikincisine yukarıdaki açıklamalarımızda yer cevap vermiş bulunuyoruz. Şöyle ki: işçinin çalıştığı birden çok işyeri varsa, öncelikli olarak bunlardan mutad işyeri ağırlığında olan işyeri tespit edilmeye çalışılacak, mümkün olmadığı takdirde daha sıkı ilişkili hukuk araştırılacak, bu da olmadığı takdirde MÖHUK md.27/3 gereğince işverenin işyerleri arasında fiili olarak hukuki işlem ve eylemlerini yürüttüğü işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır. Birinci soruya dönecek olursak; esas işyeri kavramı ile hukukumuzda yer alan asıl işveren ve alt işveren kavramları arasında bir bağ var mıdır ya da asıl işveren ve alt işveren ilişkisi içerisinde alt işveren nezdinde çalışan işçi açısından esas işyeri, asıl işverenin işyeri olabilir mi? İş Kanunu md.2'de asıl işveren ve alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır. Buna göre; *“bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş*

sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”³⁵¹ Alt İşverenlik Yönetmeliği³⁵² md.5/3’e göre; “bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması” olarak değerlendirecektir. Kanaatimizce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu durumlarda, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine MÖHUK md.27/3’ün uygulanması gündeme geldiğinde; işçinin asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde bulunduğu yer önem arz etmektedir. Şöyle ki: işçinin asıl işverenin işi için yaptığı iş değişmeksizin, bu işin taşere edildiği alt işverenler değişiyor ise, esas işyeri olarak asıl işverenin esas işyeri esas alınmalıdır. Ancak işçinin işini ifa ederken alt işverenin aldığı projeler değiştikçe yani asıl işverenler değiştikçe, işçi de değişen projelere geçiyorsa o takdirde esas işyeri alt işverenin esas işyeri olmalıdır.

D. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri için öngörölmüş objektif bağlama kuralları için MÖHUK md.27/4’te bir istisna hükmü düzenlenmiştir. Buna göre; “*halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk*” uygulanabilecektir. Bu hüküm MÖHUK md.24’ün son fıkrası ile uyumlu gerçek bir istisna hükmü olarak nitelendirilmiştir.³⁵³ MÖHUK md.27/4’ün getirilme amacı; mutad işyerinin veya işverenin esas işyerinin her zaman en iyi bağlama kuralını oluşturmayacağıının düşünülmesidir.³⁵⁴ MÖHUK md.27/4’te yer alan daha sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulabilmesi öncelikle geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması şarttır. Başka bir deyişle; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmışsa, o takdirde artık

³⁵¹ İş Kanunu md.2 devamında “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği belirtilmiş; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği” düzenlenmiştir.

³⁵² R.G. Sayısı: 27010, R.G. Tarihi: 27.09.2008.

³⁵³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.432.

³⁵⁴ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.392.

hâkimin MÖHUK md.27/4'ü uygulama imkânı ortadan kalkmaktadır. MÖHUK md.27/4 bakımından diğer önemli bir husus da hâkimin bu konuda takdir hakkının olmasıdır.³⁵⁵ İşçiyi koruma amacıyla hâkime takdir hakkı tanınmış bulunmaktadır.³⁵⁶ Bu imkânın tanınması ile birlikte örneğin mutad işyeri hukukunun hükümleri, işçi açısından daha sıkı ilişkili hukukun hükümlerinden daha lehe ise, hâkim işçi açısından daha lehe olduğunu düşündüğü mutad işyeri hukukunun uygulamakta serbest olacaktır.

Daha sıkı ilişkili hukukun hangi kriterlere göre tespit edileceği MÖHUK md.27/4'te düzenlenmemiştir. Daha sıkı ilişkili hukuk kavramından kasıt; işçi açısından daha lehe olan hukukun araştırılması değil, kanunlar ihtilafı kuralları açısından iş sözleşmesi ile ilgili ile daha sıkı ilişkili olup olmadığının tespitidir. Bu aslında milletlerarası hukuk hakkaniyetinin sağlanabilmesine hizmet etmektedir. 26.02.2019 tarihli bir BAM kararında³⁵⁷ “*‘sıkı ilişki’ nin tespitinde tarafların vatandaşlığı, işverenin ikametgahı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların ikametgahı gibi ölçütlerin dikkate alınabileceği*” belirtilmiştir.³⁵⁸ 19.04.2017 tarihli bir BAM kararında³⁵⁹ yerel Mahkeme davacının Türk vatandaşı olduğu, davalı şirket merkezinin Türkiye’de olduğu ve yurt dışındaki işyerinde çalıştırmak üzere davacıyı yurt dışına götürdüğü, davalı işyerinden davacı adına sigorta primlerinin ödendiği, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu ve uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde karar vermiş; BAM ise “*işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyerinin mutad işyeri*

³⁵⁵ MÖHUK md.24/4'te (“*sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk*”), md.28/2'de (“*fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler*”), md.29/3'te (“*eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler*”) hâkime takdir hakkı tanınmamış ve daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde hâkimin bunu uygulaması zorunlu kılınmıştır.

³⁵⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.433., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.392.

³⁵⁷ Ankara BAM, 6.HD., 26.02.2019T., 2017/3967E., 2019/346K.

³⁵⁸ BAM kararında sayılan daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınabilecek ölçütler, milletlerarası hukukta da benzerdir. Bkz. P.A. De Miguel Asensio, **Applicable Law in The Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights**, Year Book of Private International Law, Vol.X, 2008, pp.199-219, s.22. (Çevrimiçi) <https://eprints.ucm.es/8689/1/YPIL2008pdemiguel.pdf> (31.05.2020) Yine benzer kriterler (sözleşmenin ifa yeri, inikat yeri, tarafların ortak mutad meskeni veya ortak yerleşim yeri) Türk doktrininde de ifade edilmiştir. Bkz. Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.368.

³⁵⁹ İstanbul BAM, 29.HD., 19.04.2017T., 2017/794E., 2017/572K.

sayılmayacağı, yine işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde sözleşmenin işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğu”, bu nedenle Türk hukukunun uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir. İlgili kararda her ne kadar aynı sonuca ulaşılmış olsa da yerel Mahkemenin uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu belirlerken izlediği yol ile, BAM’ın izlediği yol birbirinden farklıdır. Yerel Mahkeme ve BAM birbirinden tamamen farklı nedenlerle Türk hukukunu uygulamışlardır.³⁶⁰

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta *-geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde-* uyuşmazlığı çözecek olan Mahkeme, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığını araştırırken tek bir faktör ile değil, geniş çerçevede pek çok faktör birlikte değerlendirilmeli ve tartılmalıdır. Bu süreçte de hâkim MÖHUK md.27/2 ve md.27/3’ün lafzını, ruhunu ve amacını da dikkate almalıdır.

Roma I Tüzüğü md.8/4’te “*somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin 2. veya 3. Fıkrasında belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağı*” düzenlenmiştir.³⁶¹ Bu çerçevede MÖHUK md.27/4 ile Roma I Tüzüğü md.8/4’ün paralel düzenlemeler içerdiği söylenebilirse de Roma I Tüzüğünü uygulayan hâkim daha sıkı ilişkili hukuku uygulamak zorunda iken, MÖHUK’ta bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmıştır.

³⁶⁰ Aynı yönde başka bir karar için bkz. İstanbul BAM, 29.HD., 19.04.2017T., 2017/774K., 2017/578K.

³⁶¹ Roma I Tüzüğü md.8/4 tercümesi için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.382.

BEŞİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, hâkimin davanın esasına girmeden MÖHUK md.27'ye başvurması ve uygulanacak hukuku tespit etmesi gerektiğini çalışmamızın önceki bölümlerinde etraflıca anlatmaya çalıştık. Bu bölümde yabancı unsurlu iş sözleşmesine MÖHUK md.27 gereğince uygulanması gereken hukuku engelleyen kuralları ele alacağız.

A. Yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların etkisi

1. Doğrudan uygulanan kuralların tanımı ve MÖHUK içerisindeki yeri

Milletlerarası özel hukukta doğrudan kuralların uygulanması ile ilgili olarak ilk görüş Savigny (1779-1861) tarafından ileri sürülmüş ve yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuk değerlendirilirken, bazı normların mutlak emredici vasıflarının özel olarak dikkate alınmaları gerektiğini savunmuştur. 1960'lı yıllarda Phocion Francescakis (1910-1992), Fransız Mahkemeleri'nin “*polis norm*” adı altında bazı kuralları, kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamadan doğrudan uyguladığını tespit edip, bu tür kurallara “*lois d'application immediate*” adını vermiştir.³⁶² Bu çerçevede doğrudan uygulanan kurallar; devletin organizasyonel yapısına ilişkin olup, “*devletin mali, ekonomik ve sosyal*

³⁶² Autoine Pillet, “Kıta Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilafı Nazariyesi”, Çev: Hicri Fişek, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 1950, s.264., Belkıs Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı:1, 2017, s.277-296, s.280.

politikalarını gerçekleştirmek amacıyla çıkardığı” kurallardır.^{363 364} Doğrudan uygulanan kurallar ile özel hukuk ilişkisi kuran tarafların sözleşme özgürlüğü sınırlanmakta ve devletin sosyal, ekonomik veya sosyal politikalarının korunması ya da devam ettirilmesi öne çıkmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar, her ülke hukukunda yer almakta olup; her ülke hukukunun mali, ekonomik ve sosyal politikaları farklı olduğundan, doğrudan uygulanan kuralların içeriği de değişmektedir. Dolayısıyla da doğrudan uygulanan kuralların yeknesak bir tanımı yapılamamaktadır. Bu nedenle bir düzenlemenin ruhu, uygulanma zorunluluğu doğuran özel amacı, tespit edilmiş özel uygulama alanı dikkate alınarak doğrudan uygulanan kural niteliği ayrı ayrı belirlenecektir. İç hukuktaki emredici kuralların hangisinin doğrudan uygulanan kural olup olmadığı bu amacın doğru bir şekilde tespit edilmesi ile mümkün olabilmektedir. Eğer amaçlanan hedefe başka bir yol ile ulaşılabiliyorsa, o takdirde kanunlar ihtilafı kuralına başvurularak uygulanacak hukuk dikkate alınmalıdır.^{365 366} Bu nedenle doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili olarak toptancı bir yaklaşım sergilenmesi, her emredici kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi doğru değildir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kural, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması olup, doğrudan uygulanan kuralların uygulanması ve ileride detaylı olarak açıklanacak olan kamu düzeni müdahalesi ise istisnai nitelik teşkil etmektedir.³⁶⁷ İç hukuktaki emredici kuralların yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanabilmesi için, bu kuralların içinde bulundukları hukuk sistemindeki kanunlar ihtilafı kurallarının buna cevaz vermiş olması gerekirken; doğrudan uygulanan kural söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilafı kurallarına hiçbir şekilde başvurulmayacaktır. Öyle ki iç

³⁶³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.7., Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.70., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.155.

³⁶⁴ Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili doktrindeki farklı görüşler için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, Doktora Tezi, İstanbul, 1998.

³⁶⁵ Bir kanunlar ihtilafı kuralına ihtiyaç olmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkide uygulanabilen kurallara doğrudan uygulanan hukuk kuralları, müdahaleci kurallar veya emredici hukuk ilkeleri denilmekte; yabancı hukukta da lois d’application immediate, prohibitivgesetz, zwingen de Rechtssatz, eingriffsnormen, overriding mandatory rules terimleri ile ifade edilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.58.

³⁶⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.61.

³⁶⁷ Roma I Tüzüğü md.9/1’ de ‘crucial’ kavramı kullanılarak, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının hayati önem taşıyan hallerde dikkate alınması gerektiği vurgulanmış ve bu durumun istisnai bir yol olduğu hususuna açıklık getirilmiştir.

hukuktaki emredici kurallar ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki farkı gösterebilmek için doğrudan uygulanan kurallara “uluslararası planda emredici kurallar” denilmiştir.³⁶⁸ Her ne kadar doğrudan uygulanan kurallar bir iç hukuk hükmü olsalar da uygulama alanı bakımından yabancı unsurlu uyuşmazlıkları da kapsam içine alırlar.³⁶⁹

Doğrudan uygulanan kurallar, hukuki işlem veya uyuşmazlığın niteliğine bakılmaksızın uygulama alanı bulacak ve doğrudan kuralların varlığı halinde MÖHUK kurallarına gidilmeden, direkt olarak doğrudan uygulanan kurallar uygulanacaktır. Çünkü doğrudan uygulanan kuralların pozitif hukukta yer aldığı ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre düzenlendiği konuda özel kanun niteliğinde kabul edilmekte ve yabancı unsurlu ilişkide yabancılık unsuru yokmuşçasına ve ilişki adeta bir iç hukuk ilişkiymişçesine kabul edilir.³⁷⁰ Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku içinde yer almak zorunda olmamakla birlikte, ağırlıklı olarak kamu menfaatinin gözetilmesini müdahaleci kurallardır. Bu çerçevede de özel hukuk ilişkilerine etki etmektedir.³⁷¹

Doğrudan uygulanan kurallara en güncel örnek olarak; 12.09.2018 tarihli 85 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma (TPKK) Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı kararı, bunu takip eden 06.10.2018 tarihli TPK Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de³⁷² Değişiklik Yapılmasına Dair Hazine ve Maliye Bakanlığı Tebliği³⁷³ ve yine akabinde getirilen 16.11.2018 tarihli TPKK Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de³⁷⁴ Değişiklik Yapılmasına Dair Hazine ve Maliye Bakanlığı Tebliği³⁷⁵ gösterilebilir.³⁷⁶ Bu Cumhurbaşkanlığı kararı ve kararın uygulanma şekline ilişkin

³⁶⁸ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, (1998), s.37.

³⁶⁹ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, (1998), s.38.

³⁷⁰ Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.59.

³⁷¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.155., Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, s.58-59., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.61.

³⁷² Tebliğ No:2008-32/34.

³⁷³ Tebliğ No:2018-32/51.

³⁷⁴ Tebliğ No:2008-32/34.

³⁷⁵ Tebliğ No:2018-32/52.

³⁷⁶ Doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterdiğimiz Türk Parasının Kıymetini Korumaya dair ülkemizde getirilen mevzuatların tarihsel değişimine baktığımızda, doğrudan uygulanan kuralların

Çıkarılan tebliğler, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu³⁷⁷ ve bu kanuna dayanarak çıkarılan 32 sayılı Karara³⁷⁸ dayanılarak hazırlanmıştır. Bu düzenlemeler ile belirli iş ve işlemlerde dövizle ödeme yasağı getirilmiş, devletin ekonomik ve mali politikalarını korumak amaçlanmıştır. Bu kanun, karar ve tebliğlerin kapsamına giren hallerde, yabancılık unsuru olsa dahi, artık kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeden, doğrudan bu düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Yine TMK'nın akıl hastalığı nedeni işe evlenmeyi yasaklayan hükmü, TBK md.182/3'te yer alan hâkimin, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine dair düzenleme³⁷⁹, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu³⁸⁰, Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik³⁸¹ doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterilebilir.³⁸²

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili bir düzenleme öngörülmemişken, 5718 sayılı MÖHUK'ta bu kurallar ile ilgili açıkça hüküm tesis edilmiştir. MÖHUK md.6'da *“yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde”* o kuralın uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine MÖHUK md.31'de *“sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği, söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının dikkate*

esasında göreceli bir özelliği haiz olduğunu, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve politik şartlar ile şekillendiğini, bu nedenle bir dönem doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen bir düzenlemenin, zaman içerisinde önemini yitirip kanun koyucu tarafından etkisiz hale getirilebildiğini söyleyebiliriz.

³⁷⁷ R.G. Tarihi:20.02.1930, R.G. Sayı:1433.

³⁷⁸ R.G. Tarihi:11.08.1989, R.G. Sayı:20249.

³⁷⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.155.

³⁸⁰ R.G. Tarihi:13.08.2016, R.G. Sayı:29800.

³⁸¹ R.G. Sayı:25214, R.G. Tarihi:29.08.2003.

³⁸² 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 16.maddesi ile GSM şirketlerine, belirli şartlar halinde, birbirleri ile ara bağlantı ve roaming sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu da doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup, devlet sosyal politika olarak serbest rekabeti sağlamayı ve bu rekabetten geniş halk kitlelerinin yararlanmasını amaçlamıştır. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda belirli nitelikte kültür varlıklarının alım satımı ve yurtdışına çıkarılmasının yasaklanması da doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.maddesinde düzenlenen tapu devri, alım satım işlemlerinin belirli şartlara bağlanmasına ilişkin düzenleme de doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.7.

*alınacağı” düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü md.9/1 ve 9/2’ de de doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre; “(1) Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin politik, sosyal veya ekonomik yapısı gibi kamusal menfaatlerini koruması nedeniyle o devlet tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda, işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır. (2) Bu Tüzükte yer alan hiçbir hüküm mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını sınırlamaz.”*³⁸³ ABAD’ın 23.11.1999 tarihli Arblade kararında da devletin ekonomik, sosyal ve politik düzeninin korunması için, o ülke sınırları içerisinde bulunan tüm kişilere uygulanmasını gerektirecek önemdeki kurallar olarak tanımlanmıştır.³⁸⁴

Sözleşmenin taraflarından sadece birini daha fazla koruma amacı ile getirilmiş kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Alman Federal Mahkemesi’nin 2005 yılındaki bir kararında, zayıf tarafın korunmasına yönelik kuralların dolaylı olarak kamu menfaatini koruyor olsa dahi, doğrudan uygulanan kurallar kategorisine girmediği belirtilmiştir.³⁸⁵ Yine Yeşil Kitap’ta Roma I Tüzüğü’nün hazırlanmasında sunulan tavsiyeler arasında, sadece bir tarafın özel çıkarını korumaya yönelik kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak sayılmayacağı yönünde açık hüküm getirilmesi öneriler arasında yer almıştır.³⁸⁶ Halihazırda milletlerarası hukuk doktrininde baskın görüş; Roma I Tüzüğü md.9/1’de madde metninde ‘kamusal menfaatin korunması’ ifadesinin, toplumun belirli bir kesiminin korunmasına yönelik de olabileceği ve bu korumanın devletin ekonomik, sosyal, politik yapısının devamı açısından esaslı unsurlardan sayılabileceği belirtilmiş, bu nedenle de ülke hukukunda yer alan zayıf tarafı koruyan hükümler açısından da doğrudan

³⁸³ Tercüme için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.157.

³⁸⁴ ABAD’ın 23.11.1999 tarihli, C-369/96 ve C-376/96 numaralı Arblade kararı için bkz. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2574440> (03.06.2020)

³⁸⁵ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.81.

³⁸⁶ Commission of the European Communities, Brussels, 14.1.2003 COM (2002) 654 Final, **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation**, s.34. (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=EN> (05.06.2020)

uygulanan kurallar kategorisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.³⁸⁷ Türk doktrininde de zayıf taraf olan işçinin korunmasının nihai amacının ülkedeki iş hayatını ve dolayısıyla toplum barışını korumak olduğu, bu nedenle de her ne kadar işçi özelinde işçinin çıkarını gözetme sonucuna ulaşılsa da bu tür kuralların sadece bireyin çıkarına hizmet etmemesi, aynı zamanda devletin sosyal, ekonomik ve politik çıkarlarına da hizmet etmesi nedeni ile doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir.³⁸⁸ Ancak belirtmek gerekir ki işçiyi koruyan her kural, doğrudan uygulanan kural olmayıp, her kuralın getirilme amacı doğrultusunda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

2. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların görünümüleri

Her ülke hukukunun organizasyonel yapısı ile mali, ekonomik ve sosyal politikalarının farklı olması, doğrudan uygulanan kuralların da ülkelerin hukuk düzenlerine etkisinin her ülkede farklı görünümde olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle doğrudan uygulanan kuralları esas olarak dört ayrı kategoride incelenmelidir: lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları, lex causae'nin doğrudan uygulanan kuralları ve iş sözleşmesi ile irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ve idari makamlara denetim yetkisi veren kamu hukuku nitelikli kurallar.

³⁸⁷ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.82., Andrea Bonomi, **Year Book of Private International Law**, Vol.X, 2008, s.293. Giuliano/Lagarde raporunda da Roma Konvansiyonu' nun bireysel iş sözleşmelerini düzenleyen 6.maddesi ile ilgili açıklama yapılırken, doğrudan uygulanan kuralların da uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Bkz. Giuliano/Lagarde, **a.g.e.**

³⁸⁸ Vural Çelenk, **a.g.e.**, s.286.

a. Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK md.6'da düzenlenmiştir.³⁸⁹ Buna göre; *“yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde bu kural”* uygulanacaktır. Bu çerçevede yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile düzenlenmiş bir konuda, artık MÖHUK md.27'ye gidilmeden, doğrudan uygulanan kural uygulama alanı bulacaktır. Öyle ki kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukta işçi açısından daha lehe hükümler olsa bile, bunun bir önemi olmayacaktır; çünkü doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde bu kuralın kapsamına giren konuda artık MÖHUK'taki düzenlemeye gidilmeyecektir.

Lex fori'nin hangi kurallarının doğrudan uygulanan kural olduğunun tespiti her zaman mümkün olmamaktadır. Her kural kendi içerisinde ayrı ayrı incelenmeli, uygulama amacı dikkatle tespit edilmelidir. Bu çerçevede Türk iş hukukunda hangi kuralların doğrudan kural olup olmadığına bu çalışmanın 'Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kuralların Bireysel İş Sözleşmelerine Yansımaları' başlığında detaylı olarak değineceğiz.

³⁸⁹ Hâkimin yabancı hukuku bir bütün olarak re'sen uygulaması gerektiğinden bahisle, MÖHUK md.6'nın düzenlenmesine dahi gerek olmadığı, MÖHUK md.6 olmasaydı dahi, Türk hakiminin Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralları halihazırda dikkate almak zorunda olduğu yönündeki görüş için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.157.

b. Lex causae'nın doğrudan uygulanan kuralları

Lex Causae'nın doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması ile ilgili olarak MÖHUK'ta doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak doktrinde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine, MÖHUK md.27 gereğince yabancı bir hukukun uygulanmasına karar verildiği takdirde; uygulanacak hukuk bir bütün olarak hukuki ihtilafa uygulanacağından, ilgili hukukun doğrudan uygulanan kuralları da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun sınırı; lex causae'nın doğrudan uygulanan kuralının Türk kamu düzenine aykırı bir sonuç doğurması halidir. Böyle bir durumda, lex causae'nın doğrudan uygulanan kuralı, uygulama alanı bulamayacaktır.³⁹⁰ Doğrudan uygulanan kurallar, devletin organizasyonel yapısına ilişkin olması ve devletin ekonomik, mali ve sosyal politikalarının korunması amacını taşıdığı için ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. Örneğin İsveç hukukunda dernek kurma özgürlüğüne, toplu iş sözleşmesi yapılırken görüşme hakkına ilişkin kurallar; Danimarka' da Çalışma Koşulları Kanunu'nda yer alan hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda çalışma süresi ve koşullarına ilişkin kurallar, ayrımcılıktan kaçınmaya ilişkin kurallar, işçi temsilcilerini haksız işten çıkarmaya karşı koruyan kurallar, işçileri toplu işten çıkarmaya karşı koruyan kurallar, hamile kadınların ve engellilerin haksız işten çıkarılmalarına karşı kurallar, doğum izinlerine ilişkin kurallar, işçiye ek ödeme yükümlülükleri, işçinin hastalanması halinde ücret ödeme koşulları, İşçilerin Gönderilmesi Hakkında Kanunun bazı hükümleri doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterilebilir.³⁹¹

³⁹⁰ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.72., Elçin, **a.g.e.** s.177.

³⁹¹ Elçin, **a.g.e.**, s.178.

c. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları

MÖHUK md. 31’de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenleme getirilmiştir. Buna göre; *“sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecek, söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları”* dikkate alınacaktır.³⁹² Kanunun lafzından hareket edildiğinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle normun amacı araştırılacak, sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile üçüncü devletin sıkı ilişkili olması ve korunmaya değer açıkça üstün bir menfaatin bulunması gerekecektir. Bu çerçevede MÖHUK md.31’in sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulama alanı bulabileceği göz önüne anıldığında, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde de kanundaki şartlar gerçekleştiği takdirde, iş sözleşmesi ile sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecektir.

Üçüncü bir devletin doğrudan kurallarının uygulanması ihtiyacı çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecektir: örneğin yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde mutad işyeri hukukunun uygulandığı hallerde; sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşme taraflarının ortak vatandaşlığı gibi objektif bağlantılara sahip diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan birtakım önemli menfaatlerin de uygulanması ihtiyacı doğabilir, veyahut taraflar sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukuku seçtiklerinde, objektif kriterler gereği tespit edilecek ülkelerin hukuk

³⁹² Lex causae’nın veya üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının for hâkimi tarafından dikkate alınması karşılaştırmalı hukukta gereklilik olarak görülmektedir. Şöyle ki: bu şekilde uluslararası alanda iş birliğinin sağlanacağı, devletlerin kendileri gibi bağımsız olan başka bir devletin kanunlarını ihlal etmemiş olacağı, taraflar ile ilgili çelişkili yükümlülüklerin önüne geçilmiş olunacağı, kararlar ile ilgili olarak uluslararası planda yeknesaklığın sağlanabileceği, kararların tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlanacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.72. Doktrindeki başka bir görüşe göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının ihlali hukuka aykırılık değil, ahlaka aykırılık olarak yorumlanabilecektir. Bkz. Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.242.

sistemlerinin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak gerekebilir.³⁹³ ³⁹⁴ Yine yabancı unsurlu ihtilaflarda tanıma ve tenfiz kolaylığı da bu sayede sağlanabilecektir.³⁹⁵ O halde MÖHUK md.31, lex fori ve lex causae dışındaki bir ülke hukuku sistemine etki tanınmasına imkan vermektedir.³⁹⁶

MÖHUK md.31 düzenlemesinde “*üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ‘etki tanınabileceği’*” belirtilmiştir. Bir hukuk kuralını uygulamak ile ona etki tanımının sonuçları birbirinden farklıdır. Bir hukuk kuralı hukuki ihtilafa uygulandığında, bütün hüküm ve sonuçları / yaptırımları ile birlikte uygulama alanı bulur ve uyuşmazlığı çözer. Öte yandan bir hukuk kuralına hukuki ihtilafta etki tanındığında, esasa uygulanacak hukuk kuralının fiili unsuru olmaktan öteye gitmeyecektir.³⁹⁷ Örneğin yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanındığında -örneğin taraf ehliyetsizliği hali- o kurala bağlanan sonuç ve yaptırımlar için üçüncü devletin kuralları dikkate alınmayacak; sözleşmeye uygulanması gereken hukukun yaptırımları ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır.³⁹⁸

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, doğrudan uygulanan kural olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin, üçüncü devletin hukuk düzeni çerçevesinde yapılması gerektiği, ancak doğrudan uygulanan kuralların evrensel nitelikleri nedeniyle lex foriye göre yorum yapılmasının da farklı bir sonuç

³⁹³ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.74.

³⁹⁴ Yeşil Kitap’ta üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, o devlet Avrupa Birliği üyesi olmasa dahi etki tanınabileceği, bunun diğer ülkelerin yasalarına duyulan saygıdan ileri geldi belirtilmiş; bu duruma örnek olarak da İngiliz hukukunun uygulandığı bir davada, Hint kenevirinin Güney Afrika’ ya ithalatının yasaklandığı Hindistan hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmesi gösterilmiştir. Bkz. **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation**, s.38.

³⁹⁵ Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiği ilk olarak 1966 yılında Alnati kararında yer almıştır. Buna göre; tarafların yaptıkları hukuk seçiminin, bazı çok önemli hallerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Mehmet Kösoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31.Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **MHB**, Cilt:28, Sayı:1-2, 2008, s.157-158., Mustafa Erkan, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Sayı:2, 2011, s.101.

³⁹⁶ Andrea Bonomi, **a.g.e.**, s.295.

³⁹⁷ Kocasakal, **a.g.e.** (2010), s.76., Kocasakal, **a.g.e.**, (1998), s.121.

³⁹⁸ Kocasakal, **a.g.e.** (2010), F.Aslı Bayata Canyaş, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, s.215.

doğurmayacağı savunulmuştur.³⁹⁹ MÖHUK md.31 metnine baktığımızda, üçüncü devletin doğrudan kurallarının uygulanması hususunda, hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, bu takdir hakkını kullanırken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının uygulanmasının, uygulamaya değer olup olmadığını tartmalı⁴⁰⁰, korunmaya değer üstün menfaati araştırmalıdır. Bu nedenle üçüncü devletin kurallarının uygulandığı hallerde, hâkim bunun gerekçesini de açık olarak kararında açıklamalıdır.⁴⁰¹ Zira hâkime tanınan bu takdir yetkisi *-madde metninde spesifik objektif kriterlerin de bulunmaması nedeniyle-* benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Sıkı ilişki kıstası dikkate alınırken, sıkı ilişkinin tesisinde hangi bağlama noktalarının dikkate alınacağı da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması sürecinde önemli bir husustur. Milletlerarası özel hukuk doktrinde kural olarak sıkı ilişkinin tespitinde yerleşim yeri, mutad mesken, mutad işyeri, tüzel kişilerin merkezi, ifa yeri gibi bağlama noktaları dikkate alınmaktadır. Ancak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulaması söz konusu olduğunda, sıkı ilişkinin olup olmadığının tespitinde bu bağlama noktaları olduğu gibi kabul edilirse, bir uyuşmazlıkta pek çok üçüncü devlet ile sıkı ilişki kurulabilecektir. Bu nedenle de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından sıkı ilişkinin derecesi önem arz etmektedir. Doktrinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile sıkı irtibatın iki şekilde ortaya çıkabileceği savunulmuştur: birinci ihtimalde ihtilaf konusu sözleşme ile üçüncü devlet hukuku arasında irtibat tespit edilerek, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. İkinci ihtimalde ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının ihtilaf konusu sözleşmeye ve sözleşmenin taraflarına direkt etkisi üzerinden sıkı irtibat kurulabilecektir.⁴⁰² Bu çerçevede hâkim üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını değerlendirirken,

³⁹⁹ Kösoğlu, **a.g.e.** s.159.

⁴⁰⁰ Bu değerlendirmeye “*application-worthy*” denilmektedir. Kösoğlu, **a.g.e.**, s.160.

⁴⁰¹ Anayasa md.141/3’ te “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” düzenlemesi, halihazırda her mahkeme kararının gerekçeli olmasını anayasal teminat altına almıştır.

⁴⁰² F.Aslı Bayata Canyaş, “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Haluk Konuralp Anısına Armağan 3, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.157.

sözleşmeyle sıkı ilişkiyi inceleyecek; ancak buna ek olarak da sözleşmenin hangi alanına doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilecek ise, o alanın üçüncü ülke ile açık ve güçlü bağlantısı aranacaktır. Başka bir deyişle; ihtilaf konusu sözleşmenin genel olarak üçüncü bir devlet ile sıkı ilişkisi, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanınması için yeterli görülmemektedir.⁴⁰³ Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmenin doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağı bölümü ile sıkı bağlantıda olması, tamamlayıcı unsur olarak nitelendirilmiştir.⁴⁰⁴ Lex causae'nın doğrudan uygulanan kurallarının sınırı olan Türk hukukunun kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralları üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından da yer bulacaktır.

Roma I Tüzüğü md.9/3'te üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenleme şu şekildedir: “(3) Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kıldığı ölçüde⁴⁰⁵ etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak konusunda bu kuralların muhtevası, niteliği ve amacı ile uygulanmaları veya uygulanmamaları halinde meydana gelecek sonuçlar dikkate alınır.” Roma I Tüzüğü md.9/3 ile MÖHUK md.31'i karşılaştırdığımızda, MÖHUK düzenlemesinin kapsamının daha geniş olduğunu söyleyebiliriz.⁴⁰⁶

MÖHUK md.31'de düzenlenen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından iki önemli hususta önemli hale gelecektir. Bunlardan birincisi; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde tarafların mutad işyeri dışında bir ülkenin hukukunu seçmiş olmaları halinde, sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan ama sözleşmeye göre üçüncü devlet olarak kabul

⁴⁰³ Kösoğlu, a.g.e. s.169., Canyaş, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s.158.

⁴⁰⁴ Mustafa Erkan, a.g.e., s.107.

⁴⁰⁵ Sözleşmenin ifasını imkânsız kılan haller olarak ambargo, ithalat-ihracat yasakları gibi sözleşmenin esasını etkileyen doğrudan uygulanan kurallar örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, s.107

⁴⁰⁶ Roma Konvansiyonu'nda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenlemeye pek çok üye devlet çekince koymuş olması nedeni ile Roma I Tüzüğü'nde md9/3'te üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının sınırları çizilmiş ve kapsamı belirlenmiştir. Bu şekilde belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması amaçlanmıştır. Bkz. Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, s.113.

edilebilecek ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerekebilir.⁴⁰⁷ İkincisi ise yurtdışına geçici olarak gönderilen Türk işçileri bakımından, geçici gönderilen ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması söz konusu olabilir. Ancak bu ihtimal, bizi karmaşık bir sarmala da sokabilecektir. Şöyle ki; MÖHUK md.31, Roma Konvansiyonu md.7’den esinlenerek hazırlanmış bir düzenlemedir. Yani bu düzenlemeler esasında iş hukukunun gelişmiş olduğu, işçinin çalışma şartlarını çağdaş seviyeye getirmekte ileri gitmiş ülkeler için kaleme alınmıştır. Roma Konvansiyonu ve günümüzde onun yerini almış olan Roma I Tüzüğü, AB üye devletlerde yaşayan ve bir üye devletten diğerine çalışmaya giden AB üyesi devletlerin vatandaşları gözetilerek düzenlenmiştir. Bu nedenle de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanındığında, aslında iş hukukunun gelişmiş olduğu başka bir AB üyesi devlet olacağı düşünülmüştür. Bu halde dahi Roma I Tüzüğü md.9/3’te üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları için kapsam sınırlaması getirilmiştir. Türkiye’de ise yurtdışına gönderilen işçilerin pek çoğu, iş hukukunun gelişmediği veyahut kimi zaman da iş hukukunun dahi olmadığı ülkelere çalışmaya gönderilmektedirler. O halde Türkiye’den yurtdışına -örneğin Suudi Arabistan, Libya, Türkmenistan, Gürcistan gibi- az gelişmiş ülkelere geçici gönderilen işçiler bakımından, MÖHUK md.31 çerçevesinde geçici gidilen ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına sıkı ilişkinin varlığı nedeniyle etki tanındığında, işçinin bazı korumalardan mahrum kalması sonucu doğabilecektir. Bunu gören Türk hâkimi de MÖHUK md.31 kapsamında kendine tanınan takdir hakkını kullanarak, iş hukukunun çağdaş medeniyetler seviyesinde olmadığı ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına, önündeki yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğmuş uyuşmazlıkta etki tanımayacaktır. Lakin bu da bizi MÖHUK md.31’i fiilen uygulanmayan bir kanun maddesi olarak âtıl bırakmaya götürecektir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Şefika Akın, “Üçüncü Devletin Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, **MHB**, Cilt:9, Sayı:2, 1989, s.102.

⁴⁰⁸ Benzer görüş için bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.342.

MÖHUK md.31'in uygulama alanı bulabileceği hallerden birine örnek olarak da Türkiye ile hiçbir şekilde bağın bulunmadığı bir uyuşmazlıkta, Türk mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması halini örnek olarak gösterebiliriz. Bu durumda Türk hâkimi, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına doğrudan etki tanımalı mıdır? Şöyle ki: MÖHUK md.6'ya baktığımızda *“yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kuralın uygulanacağı”* açıkça düzenlenmiştir. O halde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacağı aşamada, bu kuralların düzenleme amacı ve uygulama amacı bakımından kapsam içinde kalıp kalmadığı değerlendirmeye alınmalıdır. Yetkili mahkeme olarak Türk mahkemesinin belirlenmiş olması dışında Türk hukuku ile hiçbir bağın bulunmadığı bir uyuşmazlıkta, artık Türk hâkimi Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının düzenleme amacı ve uygulama amacı bakımından kapsam dışında kaldığı savunulabilecektir. Çünkü MÖHUK md.6'da da açıkça yer aldığı üzere, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından kapsam içine giriyorsa uygulanmalıdır. Ancak Türk hâkimi, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiği kanaatinde ise -örneğin işçiye mobbing yapılmasını mazur gören bir ülke hukuku yetkilendirilmiş olabilir- o takdirde Türk hâkimi MÖHUK md.31'i devreye sokarak, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ihtilafın kapsamı dahilinde etki tanıyabilir kanaatindeyim.

d. İş hukuku çerçevesinde idari makamlara denetim yetkisi veren kamu hukuku nitelikli kuralların, MÖHUK md.27/1 ve MÖHUK md.31 çerçevesinde doğrudan uygulanan kurallar kapsamında uygulanabilirliği

Her ülkenin iş hukuku mevzuatında idari makamlara, işvereni denetleme yetkisi veren kamu hukuku nitelikli kuralları mevcuttur. İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik işverene yüklenen yükümlülükler bunların başında gelir. İdari makamlara işverenin bu yükümlülükleri uyup uymadığını denetleme konusunda yetki veren bu kurallar, kamu hukuku karakterlidir. İdari makamlara işvereni denetleme yetkisi veren bu kamu hukuku nitelikli kurallar, uygulanacak olan yabancı hukukun sisteminde de mevcut ise, bu tür kurallar uygulama alanı bulabilecek midir? Başka bir deyişle, lex causae'nın uygulandığı hallerde, lex causae'nın kamu hukuku nitelikli kuralları, uygulanacak hukuk kapsamına girer mi? Örneğin bir Türk şirketinin, Libya' da çalışan işçileri için Türk idari makamları işçilerin iş sağlığı ve koşulları için denetim yapabilecek midir?

Milletlerarası hukukta, özel hukuk düzenlemelerinin ülke dışında uygulanabilirliği, 14.yüzyıllara kadar gitmektedir. Ancak devletin egemenlik hakkının tartışılmaz olması, kamu hukuku kurallarının ait oldukları hukuk sistemi dışında uygulanmalarının mümkün olmadığına dair tutum⁴⁰⁹ nedeni ile 20.yy' ın ilk yarısının sonlarına kadar kamu hukuku düzenlemelerinin ülke dışı uygulama alanı bulması hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. II.Dünya Savaşı sonrası ise çeşitli konularda devletlerarası sözleşmelerde kamu hukuku kurallarının da sınır dışı etkisi konuşulmaya başlanmıştır; iş hayatı, sosyal güvenlik düzenlemeleri, göçler, iş gücü ihtiyacı gibi sebeplerle kamu hukuku kurallarının da ülke dışında uygulama ihtiyacı doğmuştur. ⁴¹⁰ Bu süreç içerisinde Kıta Avrupası ve aynı

⁴⁰⁹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., (1998), s.53.

⁴¹⁰ Uluslararası hukukta yabancı kamu hukuku niteliğindeki düzenlemelerin uygulanmasına örnek olarak Uluslararası Para Fonu (IMF) Antlaşması gösterilebilir. 1944 tarihli Antlaşmada'da üye devletlerden birinin döviz kurunu içermekle birlikte, bu üye devletin Antlaşma'ya uygun olarak yürürlüğe sokmuş olduğu döviz kontrol düzenlemelerine aykırı döviz sözleşmelerinin, üye devletlerin sınırları içerisinde geçersiz kabul edileceği düzenlenmiştir. Final Act and Related Documents of the

zamanda Anglo Amerikan hukuk sisteminde özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı silikleşmiş, kavramlar hakimlerin kararlarında işlenirken ciddi şekilde anlam değiştirmeye başlamıştır. Kamu hukuku ile özel hukuka ilişkin kavram ve ölçüt karmaşası giderilememektedir.⁴¹¹ Doğrudan uygulanan kuralların da özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki kategori arasında gri alanda yer aldığı kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur; çünkü doğrudan uygulanan kurallar genel olarak özel hukuk ilişkilerini düzenleseler de emredicilik niteliğini haiz olup, bazı durumlarda idari ve cezai yaptırımlarla desteklenmektedir.⁴¹²

İş hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar ile devletin amacı, ülke sınırları içerisinde iş ilişkilerini kontrol edebilmek, ülke sınırları içerisinde çalışan tüm kişilere asgari koruma şartlarını eşit olarak sağlayabilmektir.⁴¹³ Devlet, bu nedenlerle iş sözleşmesi çerçevesinde tarafların çıkarını gözeterek, tarafların tabi olduğu bazı yükümlülükleri düzenleme amacıyla, sözleşmeye doğrudan uygulanan kurallar ile müdahale etmektedir. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idarenin denetim hakkı buna güzel bir örnektir. Giuliano/Lagarde raporunda, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların kapsamına iş sağlığı ve güvenliği alanındaki kamu hukuku kurallarının da gireceği belirtilmiştir.⁴¹⁴ Kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki çizginin çok ince olması

United Nations Monetary and Financial Conference, Article VIII, Section 2-b. (Çevrimiçi) https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/eccles/036_17_0004.pdf (12.06.2020) Bu düzenleme, uluslararası hukukta yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasanın uygulanmasının emredildiği şekle örnek olarak verilmiştir. Yine ‘Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’, model vergi antlaşmalarına ilişkin çalışmalar, ithalat ve ihracat yasaklarına ilişkin düzenlemeler, kültür varlıklarının korunmasına ilişkin kurallar temelde kamu hukuku içerisinde tanımlanabilecek yasaların ülke dışında da uygulama alanı bulabilmesini amaçlamaktadır. Bkz. İtir Aladağ Görentaş, “Bir Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Yabancı Kamu Hukukunun Uygulanması”, **Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2, 2015, s.28.

⁴¹¹ Kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımın, karşılaştırmalı hukuklarda incelendiği çalışma için bkz. Esin Özücü, “Kamu Hukuku – Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt:12, Sayı:1-3, 1991, s.303-316.

⁴¹² Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, (1998), s.58.

⁴¹³ Zayıf tarafın korunduğu sözleşmelerden tüketici sözleşmelerinde de benzer yaklaşım vardır. Örneğin zehirli veya bozuk gıda maddelerinin satışının yasaklanması, ürünlerin kalitesi ve toplum sağlığı ile ilgili önleyici tedbirler bir ülke içerisindeki tüm mallara -ithal edilenler de dahil olmak üzere- uygulanır. Başka bir deyişle malın ithal edildiği ülkedeki düzenlemelerin bu konularda esnek olması önem arz etmemektedir. Bunun tersi ihraç edilen mallar için de mevcuttur; ihraç edilecek malların kalitesi, gönderilecek ülkenin kanuni düzenlemelerine uygun olmak zorundadır. Bkz. **Özdemir Kocasakal, a.g.e.** (1998), s.25.

⁴¹⁴ Giuliano/Lagarde, **a.g.e.** (Çevrimiçi) (12.06.2020)

ve özellikle iş sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kuralların gri alanda kalması nedeniyle yabancı hukukun kamu hukuku niteliğindeki doğrudan uygulanan kuralları da MÖHUK md.27/1 veya MÖHUK md.31 çerçevesinde uygulama alanı bulabilmelidir. Kaldı ki; MÖHUK md.31’de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından kamu hukuku niteliğindeki kurallar için herhangi bir yasak öngörülmemiştir. Yasa koyucunun aksi niyeti olsa idi, bu hususta açıkça bir yasak getirebilirdi. Öte yandan bir ülkenin idari makamlarının, sınır ötesi bir ülkede denetleme yapabilmesinin fiilen mümkün olmadığı kanaatindeyim. Bu hem denetleme yapacak makamın bulunduğu ülke açısından çok masraflı bir süreç olacak olup, hem de denetleme yapılacak ülkede koşulların sağlanması, o ülke mahkemelerinin denetleme sürecine müdahil olma isteklerinin gündeme gelebilme ihtimalleri denetimi imkânsız kılabilecektir. Ek olarak denetleme yapma hakkını haiz makamlarda görev yapanlar da bu zorlu ve yorucu süreçten kaçınmak isteyeceklerdir. Bu durumda en fazla yapılacak şudur: denetleme hakkını haiz olan idari kurum, örneğin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uluslararası standartta geçerliği olan bazı belgelerin kendisine ibraz edilmesini şart koşup, bunların eksikliği halinde kendi ülkesinde idari ve cezai yaptırım uygulayabilir.⁴¹⁵

⁴¹⁵ Covid19 pandemisi ile ilgili idarenin aldığı önlem ve tedbirler ile ilgili olarak sadece fiili denetim ile yaptırım uygulanabildiğinden, bu tür önlemler ile ilgili olarak doğrudan uygulanan kuralların bir etkisinin olmayacağı kanaatindeyim.

3. İşçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari koruması (MÖHUK md.27/1) ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişki

MÖHUK md.27/1’de iş sözleşmelerinin, “*işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka*” tabi kılınmıştır. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde taraflar hukuk seçimi yapmış olsalar dahi, MÖHUK md.27/2’de yer alan objektif bağlama kuralı mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari koruması devam etmektedir. Bu başlık altında bahsi geçen mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari koruması ile doğrudan uygulanan kuralların aynı kavram olup olmadığı, farklı kavramlar olmaları halinde aralarındaki farkın ne olduğu incelenecektir.

Bir görüşe göre for hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara ilişkin kriterleri, kanunlar ihtilafı kuralları için de getirilmeli ve kriterler bu şekilde iki yanlı hale gelmelidir. Ancak iki yanlı yöntemin uygulanmasında farklı hukuk sistemlerindeki doğrudan uygulanan kuralların amaç ve uygulama alanları arasında uyumun sağlanmış olması gerekmektedir. İş hukuku alanında modern hukuki sistemlerde işçiyi koruyucu hükümlere yer verilerek, pek çok ülkede bağlama noktası işin yapıldığı yer hukuku olarak belirlendiği -amaç ve kriter birliğinin sağlandığı- için, bu yöntemin sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunduğu sözleşmelerden olan iş sözleşmeleri açısından uygulanabileceği savunulmuştur.⁴¹⁶ Asgari koruma kurallarının doğrudan uygulanan kural ile aynı olduğunu savunan diğer bir görüşe göre; çalışma saatleri, asgari ücret, iş sağlığı ve güvenliği, grev hakkı, ihbar süreleri, iş kazaları için öngörülen tazminatlar, ücretli izinler, cinsel ayrımcılık, sosyal güvenliğe ilişkin hükümler yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde hem asgari koruma kuralı olarak hem de doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabilecektir.⁴¹⁷ Diğer görüşe göre ise asgari koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar birbirinden farklı kavramlardır. Bu görüşe

⁴¹⁶ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.** (1998), s.95.

⁴¹⁷ Elçin, **a.g.e.**, s.190.

göre doğrudan uygulanan kurallar kamu menfaatini korumakta olup, işçinin menfaatini gözetmesi gereken kriterlerden biri değildir. Her zayıf tarafı koruyan hükmün de kamu menfaatini amaçlamadığı gözetilerek, asgari koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kuralın farklı olduğu savunulmuştur. Dolayısıyla bir hüküm doğrudan uygulanan kural ise, artık işçinin menfaatini gözetip gözetmediğine bakılmaksızın somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan bir hüküm asgari koruma kuralı olarak nitelendiriliyorsa, işçiyi uygulanacak hukukun hükümlerine göre daha fazla koruyup korumadığına bakarak uygulama imkânı değerlendirilecektir. Yine bu görüş savunucularının dayandıkları bir diğer nokta da doğrudan uygulanan kuralların, kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurulmadan uygulama alanı bulmasıdır.⁴¹⁸ Başka bir deyişle; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine uygulanması gereken bir doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde, kuralın kapsamına giren alanda MÖHUK md.27'ye gidilmeden doğrudan uygulanan kural uygulanacaktır; ancak asgari koruma kuralının varlığı halinde öncelikle seçilen hukukun ilgili hükümleri ile asgari koruma kuralı arasında bir yararlılık karşılaştırılması yapılacak ve işçi lehine olan hükümler tespit edilecektir. Biz de asgari koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kuralın birbirinden farklı kavramlar olduğu kanaatindeyiz. Lakin kimi zaman doğrudan uygulanan kural ile asgari koruma kuralı aynı hükümde vücut bulabilecektir.⁴¹⁹ Başka bir deyişle ilgili kural hem işçiyi koruma amacı hem de kamusal menfaati koruma amacı güdebilecektir.

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde asgari koruma ile doğrudan uygulanan kuralın arasında ihtilaf meydana gelmesi halinde hangisine öncelik tanınacağı hususunda üç görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre; doğrudan uygulanan kural ile asgari koruma kuralı arasında ihtilaf doğması halinde, doğrudan uygulanan kurala öncelik verilmelidir. Öyle ki bu görüş savunucularından bir kısmına göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının varlığı halinde dahi asgari koruma kuralı ikinci planda kalmalıdır. İkinci görüş; asgari koruma kuralına öncelik tanınması gerektiğini savunmaktadır. Başka bir deyişle; for

⁴¹⁸ Elçin, **a.g.e.**, s.192-193.

⁴¹⁹ Aynı görüşte Vural Çelenk, **a.g.e.**, s.286.

devletin doğrudan uygulanan kuralları ile asgari koruma kuralı arasında ihtilaf olduğu takdirde, işçinin daha lehine olması halinde asgari koruma kuralının fordevletin doğrudan uygulanan kurallarına göre daha öncelikli olması gerekmektedir. Üçüncü görüşe göre; asgari koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kuralın ihtilafı halinde hangisine öncelik verileceği, her olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmeli, menfaat dengesi gözetilmelidir. Bir ihtilafta devletin menfaati öne çıkabilirken, başka bir ihtilaf konusunda işçinin menfaati daha önemli olabilecektir. Bu durum hükmün ikili rolü olarak tanımlanmıştır. Örneğin fazla mesai hükümlerinin bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun emredici hükmü olarak kabul edilip asgari koruma kuralı vazifesi göreceği, başka bir uyuşmazlıkta doğrudan uygulanan kural olarak uygulama alanı bulacağı savunulmuştur.⁴²⁰ Ancak bu tartışmanın Türk hukuku bakımından önemi hususunda şüphelerimiz bulunmaktadır. Öyle ki; bir hukuk kuralının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, artık kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurulmayacak, dolayısıyla da asgari koruma kuralı ile karşıya gelmesi ya da asgari koruma kuralına göre öncelikli olması gibi hususlar değerlendirilmeye alınmayacaktır. Bu aşamada tartışılabilir iki husus; ilgili hukuk kuralının asgari koruma kuralı mı yoksa doğrudan uygulanan kural mı olduğu veyahut aynı kuralın farklı uyuşmazlıklarda kimi zaman asgari koruma kuralı kimi zaman doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği olabilecektir. Birinci husus olan bir kuralın asgari koruma kuralı mı yoksa doğrudan uygulanan kural mı olduğuna ilişkin değerlendirmeler sonraki bölümlerde yer almaktadır. İkinci husus olan ilgili hukuk kuralının asgari koruma kuralı mı yoksa doğrudan uygulanan kural mı olduğu veyahut aynı kuralın farklı uyuşmazlıklarda kimi zaman asgari koruma kuralı kimi zaman doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ise kanımızca uyuşmazlıkta hâkimin takdir hakkını çok fazla genişletme sonucunu doğuracaktır ki; bu da hukuk kurallarının ve sonuçlarının taraflarca önceden bilinmesi ilkesini zedeleyecektir.

⁴²⁰ Elçin, **a.g.e.**, s.195.

4. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların bireysel iş sözleşmelerine yansımaları

Sözleşmenin sadece bir tarafını koruyan, tek tarafa avantaj sağlayan kuralların da özünde toplum barışını sağlama amacı taşıyabileceği ve devletin sosyal, politika ve iş hukuku alanındaki kamusal menfaatlerini koruyabileceğinden doğrudan uygulanan kural olarak tanımlanabileceğini belirtmiştik. Öyle ki ülke sınırları içerisindeki iş ilişkilerini kontrol edebilmek devletin çıkarları açısından ciddi anlamda önemlidir.⁴²¹ Ancak bu demek değildir ki for devletin iş hukuku mevzuatında yer alan düzenlemelerin tümü doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmelidir. Roma I Tüzüğü'nün başlangıç hükümlerinin 37.paragrafında: kamu yararı düşünceleriyle, istisnai olarak kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara başvurulabileceği, ancak doğrudan kural kavramı ile emredici kuralların ('provisions cannot be derogated from by agreement-sözleşme ile aksi kararlaştırılamayan) birbirinden farklı anlamları ihtiva ettiği ve sınırlı bir şekilde uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmiştir. ABAD'ın 19.08.2008 tarihli Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg kararında; Gönderilen İşçiler Direktifi' nin 3/1.maddesinde⁴²² yer alan konuların kamu menfaatine ilişkin şartlar olduğu, ancak bu listenin sözleşme özgürlüğünün istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği, sınırlamaların kamu menfaatini temelden zedeleyen konularda olması gerektiği belirtilmiştir.⁴²³

Türk hukukunda da emredici kurallar ile doğrudan uygulanan kurallar birbirinden farklı kabul edilmektedir. Bu çerçevede doğrudan uygulanan kural

⁴²¹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., (1998), s.25.

⁴²² 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Direktifi md 3/1' de gönderilen devlet hukukunun uygulanacağı konular şöyledir: a-Azami çalışma ve asgari dinlenme saatleri, b-Ücretli asgari tatil, c-Mesai dahil asgari ücret, d-İşçileri göndermenin şartları, e-İşyeri güvenliği, sağlık koruması ve hijyen, f-Hamile, çocuk ve gençlerin korunması ile ilgili iş şartları, g-Kadın erkek eşitliği ve diğer ayrımcılık karşıtı hükümler. Bkz. Tekinalp, **Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural**, s. 843.

⁴²³ ATAD' ın 19.06.2008 tarihli, C-319/06 numaralı Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg kararı için bkz. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69187&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2904715> (06.06.2020)

emredici kural olmakla birlikte⁴²⁴; her emredici kural, doğrudan uygulanan kural değildir. İç hukuktaki emredici kurallar ile doğrudan uygulanan kuralları birbirinden ayırmak için “uluslararası planda emredici kurallar” kavramı kullanılmıştır.⁴²⁵

Bu çerçevede Türk hâkimi önüne gelen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta öncelikle doğrudan uygulanan kural olarak uygulamak istediği kuralı, devlet organizasyonu kıstası testine tabi tutmalı; kuralın devletin sosyal, ekonomik ve politik menfaatleri açısından önemini tespit etmelidir. Akabinde önündeki yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan ihtilafın, ilgili doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına girip girmediğini belirlemelidir.⁴²⁶ O halde bu aşamada Türk iş mevzuatında emredici kuralların hangisinin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceği üzerinde durmamız gerekmektedir. Bu tasnifi doğru bir şekilde yapabilirsek, Türk mahkemesi önündeki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde uygulanması gereken hukuku ve bu hukukun uygulanmasını engelleyen durumları açıklığa kavuşturabiliriz.

⁴²⁴ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.239.

⁴²⁵ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, (1998), s.37.

⁴²⁶ Vural Çelenk, **a.g.e.**, s.289.

a. Mutlak emredici kurallar

Zayıf tarafın korunması gayesi ile iş hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde yer bulmuş olan emredici kuralları mutlak emredici kurallar ve nispi emredici kurallar olarak ikiye ayırabiliriz. Bu ayrım, emrediciliğin kime yönelik olduğundan hareketle oluşmuştur. Bu çerçevede taraf iradeleriyle bertaraf edilmesi mümkün olmayan, sözleşmenin her iki tarafı için de eşit derecede uygulama alanı bulan kurallar ‘mutlak emredici kurallar’ veya ‘iki taraflı emredici normlar’ olarak adlandırılmaktadır. Bir kuralın emrediciliği, sözleşme taraflarından birine yönelik ise ve işçi lehine olmak üzere aksi kararlaştırılabiliyor ise bu kural nispi emredicidir.⁴²⁷

İş hukukunda yer alan bir emredici kuralın mutlak veya nispi emredici olduğunun belirlenmesi, yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun ve aynı zamanda yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen durumların tespit edilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu ayrımın kuralın lafzı, amacı, normun yaptırımı kullanılacak ölçütlerdendir.

Bir hukuk kuralının lafzı açık bir şekilde bir düzenlemenin mutlak emredici ya da nispi emredici olduğu konusunda bir işaret verebilir: örneğin “*sözleşmeler ile hiçbir biçimde değiştirilemez*”, “*zorunludur*”, “*geçersizdir*”, “*hüküm ifade etmez*”, “*aksine anlaşmalar geçersizdir*” şeklindeki düzenlemeler, ilgili kuralın mutlak emredici olduğu konusunda bir karine teşkil edebilir. Veyahut işçi menfaatine olmak üzere “*en az*”, “*asgari*” vb. kullanılan kavramlar, ilgili kuralın nispi emredici olduğuna işaret edebilecektir.⁴²⁸ Kimi zaman bir kanunda yer alan tüm hükümlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191.maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 34.maddesinde bu kanun hükmünde kararnamenin⁴²⁹ işçilerle ilgili

⁴²⁷ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.75-76., Erdem Özdemir, **a.g.e.**, 99.

⁴²⁸ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.77.

⁴²⁹ R.G. Sayısı:22326, R.G. Tarihi:22326. (Bu KHK, 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191.maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu KHK’ yı yürürlükten kaldıran 6769 sayılı Sınai Mülkiyet

hükümlerinin, işçilerin aleyhine olacak şekilde değiştirilemeyeceği açık bir şekilde belirtilmiş idi.

Bir hukuk kuralında emredici olduğuna ilişkin hiçbir ifadenin yer almadığı veyahut kuralın lafzında mutlak emredici olduğu izlenimi uyandıran -örneğin *İşK md.22/2’de yer alan “çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamaz” hükmü-* ifadeler kullanılmış olabilir.⁴³⁰ Örneğin bir hukuk kuralı esasen işçiyi koruma amacı ile getirilmiş olmakla birlikte, o kuralın lafzında yasaklayıcı ve emredici bir ifade kullanılmış olabilir. Ancak bir hukuk kuralının kaleme alınış şekli, o kuralın emredici niteliğinin belirlenmesinde tek kıstas olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle hukuk kuralının korumaya çalıştığı menfaatin tespit edilmesi, o hukuk kuralının ruhu anlaşılması gerekmektedir. Yine hukuk kuralının tarihsel sistematığı, hukuk sistemi içerisindeki yeri, anayasal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan evrensel değerler de dikkate alınması gereken diğer hususlardır. Bütün bunlar dikkate alındığı halde bir hukuk kuralının mutlak emredici ya da nispi emredici olduğu hususunda karar verilemiyorsa, takdir hakkının nispi emredici kural yönünde kullanılması önerilmiştir.⁴³¹

Bir hukuk kuralının idari veyahut cezai yaptırıma bağlanmış olması, tek başına o normun mutlak emredici nitelikte olduğunu göstermemektedir. Örneğin dayanağı Anayasa olan ve *İşK md.99’da idari para yaptırımına bağlanmış olan İşK md.5’te yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme* veyahut Anayasa md.18’de düzenlenen angarya yasağı mutlak emredici nitelikte iken; yine *İşK md.102/1-c’de idari para cezasına bağlanmış olan fazla çalışma ücretine ilişkin kurallar* nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.

Kanunu’nda bu yönde bir hüküm getirilmemiştir. Bu durum bütün hükümlerin nispi emrediciliğini kaybettiği anlamında yorumlanamayacak olmakla birlikte, işçi işveren arasındaki sözleşme serbestisi ilkesinin kanun koyucu tarafından genişletildiği söylenebilecektir.

⁴³⁰ İş Kanunu “*Feshin geçerli sebebe dayandırılması*” başlıklı md.18/son fıkra: “*İşletmenin bütününi sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününi sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.*” ifadesi, kuralın mutlak emredici nitelikte olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Oysaki işveren vekillerinin bireysel sözleşmeler veya toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesinden yararlanabileceği kabul edilmektedir.

⁴³¹ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.80.

Görülmektedir ki; bir hukuk kuralının mutlak veya nispi emredici nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken, her kural kendi içerisinde tek tek değerlendirmeye tabi tutulmalı; o kuralın lafzı, amacı, ruhu, gerekçesi, tarihsel sistematığı, evrensel değerler arasındaki yeri, yaptırımları ile birlikte bir bütün halinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu şekilde hangi emredici kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabileceği de tespit edilebilecektir. İşçiyi koruyucu emredici kurallar ile iş ilişkisine uygulanması istenen müdahaleci kurallar/doğrudan uygulanan kurallar bu şekilde ayırt edilebilecektir.⁴³² İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında mutlak emredici olduğu tespit edilen kurallar, aynı zamanda uluslararası hukuk alanında doğrudan uygulanan kural sıfatını da haiz olacaktır.⁴³³ Eklemek gerekir ki mutlak emredici nitelik, sadece kanun hükümleri bakımından bir değerlendirme kıstası olup, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri hükümleri bu ölçüte girmemektedir.⁴³⁴

Bu ayrım yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle bu başlık altında iş hukukunda çok sık karşılaşılan örneklerle değinilecektir.

⁴³² Vural Çelenk, **a.g.e.**, s.285.

⁴³³ Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), s.157. Benzer yönde bkz. Kudsiye Nazlı Kafa Karakaya, **Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.88.

⁴³⁴ Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.97.

(1) Tarafların niteliğinden kaynaklanan emredici kurallar

Türk kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda ehliyeteye uygulanacak hukukun MÖHUK md.9'da düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre (MÖHUK md.9/1); *“gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna”* tabi kılınmıştır.⁴³⁵ Ancak yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde ehliyeteye uygulanacak hukuk ile ilgili Türk iş hukukunda doğrudan uygulanan kural niteliğinde düzenlemeler de mevcuttur. Başka bir deyişle, TMK'da yer alan ehliyeteye ilişkin hükümlerden ayrı olarak, Türk iş mevzuatında iş sözleşmesi yapma ehliyeti konusunda mutlak emredici kural niteliğinde sınırlamalar getirilmiştir.

İşK md.71'de yer alan *“Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı”* maddesini, İşK md.72'de yer alan *“Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı”* başlıklı maddesini, İşK md.73'te yer alan *“Gece Çalıştırma Yasağı”* maddesini doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterebiliriz. Bu maddelere aykırılık halinde İşK md.104'te idari para cezası dahi düzenlenmiştir. Anayasa md.50/1, 2'de *“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”* şeklinde düzenleme ile bir iş sözleşmesinde tarafların ehliyet durumları ile ilgili olarak düzenlenmiş bu kuralların dayanağı yer bulmuştur.⁴³⁶ Küçüklerin tehlikeli işlerde çalıştırılmaları, eğitimlerine zarar vereceği gibi; bedensel, ruhsal, ahlaksal ve sosyal gelişimlerini de sekteye uğratacaktır. Kadınlar açısından getirilen koruma kalkanı ise, kadınların aile içerisindeki önemi doğrultusunda sağlıklı nesillerin yetiştirilebilmesini amaçlamaktadır. Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun *“Sağlık Gözetimi”* başlıklı 15.maddesinde düzenlenen çalışanların iş yerinde maruz kalacakları sağlık ve

⁴³⁵ Ehliyeteye uygulanacak hukuk ile ilgili ayrıca bkz. s.30 vd.

⁴³⁶ *“...Küçük işçileri korumak amacıyla iş sözleşmesinin kurulması bakımından getirilen yasaklara aykırı bir sözleşmenin kurulması halinde normun koruma amacından hareketle geçersizliğin baştan itibaren değil, ileriye etkili (ex nunc) olarak etkisini gösterdiği kabul edilmiştir...”* TBK md.394/3'te yer alan düzenleme ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 18.06.1958T., 1957/20E. 1958/9K. sayılı kararının farklı perspektiflerden detaylı incelemesi için bkz. Ercüment Özkaraca, Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur' a Armağan, Cilt:20, Sayı:1, 2014, s.385.

güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmaları ile ilgili düzenleme, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğin⁴³⁷ 9/1 maddesinde düzenlenen hamile veya emziren kadınların gece postalarında çalıştırılma yasağı iş sözleşmesinde taraflardan kaynaklanan sınırlayıcı nitelikte düzenlemelere örnek gösterilebilir.

O halde Türk hukukunda yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta ehliyet konusunda doğrudan uygulanan bir kuralın varlığı halinde MÖHUK kurallarına gidilmeden, doğrudan ilgili kural uygulanacaktır.

(2) İş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin düzenlemeler ile sözleşme yapma zorunluluğu

İş Kanunu md.8’de iş sözleşmesinin *“kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi olmadığı ancak süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu”* düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu md.5’te *“işveren veya işveren vekili ile gemi adamları arasında yazılı olarak hizmet sözleşmesinin yapılacağı ve taraflardan her birine birer nüsha verileceği”* düzenlenmiştir. Yine İşK md.7’de geçici iş sağlama sözleşmesinin, İşK md.16’da takım sözleşmesinin, İşK md.71/1’de on dört yaşını doldurmamış çocuklar ile sanat, kültür ve reklam faaliyetleri sözleşmelerinin, Basın İş Kanunu md.4/1’de gazeteciler ile yapılacak bütün iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunlu tutulmuştur.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un⁴³⁸ 17.maddesinde de *“özel istihdam bürolarının aracılık faaliyeti ya da geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi halinde, işçilerin yurt dışı hizmet sözleşmelerinin Kuruma onaylatılması zorunlu”* tutulmuş, ilgili kanun md.20/g’ de de *“Kurumdan izin almadan kendi iş ve faaliyetlerinde çalıştıracakları işçileri yurt dışına götüren ve/veya Kuruma onaylatılmayan her bir yurt dışı hizmet akdi için gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası”*

⁴³⁷ R.G. Sayısı:28717, R.G. Tarihi:24.07.2013.

⁴³⁸ R.G. Sayısı:25159, R.G. Tarihi:05.07.2003

öngörülmüştür. 4904 sayılı Kanunun 17.maddesinin gerekçesinde “uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere paralel olarak sürekli ve hızla değişen işgücü piyasasındaki iş gücü taleplerinin süratle karşılanması ve işsizliğin azaltılması, uluslararası sözleşmelerin hayata geçirilmesi, Türkiye İş Kurumu’ nun iş ve işçi bulmadaki aracılık tekelini gereği gibi kullanmasına olanak bulamamasından doğan sakıncaların giderilmesinin amaçlandığı, Kurumun sınırlı da olsa rekabet içinde gelişmesine olanak sağlandığı” belirtilmiştir. O halde 4904 sayılı Kanunun 17.maddesinde yer alan yurt dışı hizmet sözleşmelerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğu ve bu madde ile bağlantılı Yönetmeliğin⁴³⁹ 5.maddesi doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilecek ve Türkiye’den yurtdışına gönderilen işçiler bakımından MÖHUK kurallarına başvurulmadan doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir durumda, yani yurt dışı hizmet sözleşmesinin Kuruma onaylatılmaması halinde iki sonuç doğacaktır: birincisi işverene idari yaptırım uygulanacak, ikincisi ise işveren yargılama aşamasında işçi ile arasında başka bir iş sözleşmesinden olduğundan bahisle aralarında farklı yönde bir anlaşma olduğu veya farklı hükümler düzenlendiği yönünde bir iddia da ileri süremeyecektir. İlgili sözleşmenin Kuruma onaylatılma zorunluluğu, esasında tarafların sözleşme özgürlüğünü kaldırarak, format sözleşmeden farklı hükümler ihtiva eden başka bir iş sözleşmesinin akdedilmesini engellemektedir. Bu nedenledir ki kanımca, yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta, Kuruma onaylatılmış bir iş sözleşmesi yok ise de -işçinin imzası olmadığından sadece işçi lehine olmak üzere- Kurum’un format iş sözleşmesinde yer alan hükümlere göre uyuşmazlığın çözülmesi gerekecektir.

İş mevzuatı kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getiren düzenlemeler ile şekil şartı olarak yazılı sözleşme yapılmasına ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte kabul edilerek, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kural sıfatı ile uygulama alanı bulacaklardır. Doktrinde yazılı şekil şartının yaptırımını olarak maddi hukukta geçersizlik söz konusu değil iken, işlemi ayakta tutmayı amaçlayan bir kanunlar ihtilafı kuralını etkisiz hale getirecek şekilde,

⁴³⁹ Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği, R.G. Sayısı:26789, R.G. Tarihi: 16.02.2008.

doğrudan uygulanan kural olduğu yönündeki kabulün mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür.⁴⁴⁰

(3) Ayrımcılık yasağı

İş Kanunu md.5'te “Eşit davranma ilkesi” başlığı altında ayrımcılık yasağı düzenlenmiş, bu maddeye aykırılık haline ilişkin olarak da İşK md.99(a)'da idari para cezası düzenlenmiştir. Buna göre “iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”. Yine 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁴⁴¹ md.6/1'de “işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacağı” düzenlenmiştir. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu⁴⁴² md.14/2'ye göre “işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda” bulunulamayacaktır.

⁴⁴⁰ Süzen, a.g.e., s.270.

⁴⁴¹ R.G. Sayısı:29690, R.G. Tarihi: 06.04.2016.

⁴⁴² R.G. Sayısı:25868, R.G. Tarihi: 01.07.2005.

Eşitlik ilkesinin dayanağı Anayasa olup, bu çerçevede İşK md.5 ve diğer iş ilişkisine yönelik ayrımcılığı yasaklayan kurallar üzerinde tarafların hakimiyeti, değiştirme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle ayrımcılık yapmama kuralının mutlak olduğu ileri sürülmüştür. Aksi görüşe göre ise “*ayrımcılık temellerine dayalı farklı işlemlerin dahi haklı kılınabildiği ve bu durumda yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu*” da ileri sürülerek, ayrımcılık yapmama kuralının mutlak olmadığı da savunulmuştur.⁴⁴³ Doktrinde bir görüşe göre ayrımcılık yapmama kuralı “*mutlak ayırım yasakları*”, eşit davranma borcu ise “*nispi ayırım yasakları*” olarak adlandırılmıştır.⁴⁴⁴ Buna göre özellikle dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi veya felsefi düşünce, mezhep veyahut benzeri nedenler ile ilgili ayrımcılık kuralları ‘mutlak ayırım yasakları’ kapsamında⁴⁴⁵; iş sözleşmesinin türü, mesleğin niteliği gibi kıstaslar dikkate alınarak eşit işe eşit işlem ilkesine ilişkin kurallar ise ‘nispi ayırım yasakları’ olarak adlandırılmıştır. Bu kapsamda eşit davranma ilkesinin nispi nitelik taşıdığı göz önüne alındığında, işveren yapılan işin niteliği, işçinin uzmanlığı, kıdemi, öğrenimi gibi objektiflerden nedenlerden veya işçinin şahsına özel yetenekleri gibi sübjektif nedenlerle farklı işlemler tesis edebilecektir. Öte yandan mutlak ayrımcılık yasağı⁴⁴⁶ kapsamına giren nedenlerden dolayı ise hiçbir şekilde ayırım yapılamayacak ve bu kapsamdaki kurallar, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

(4) Türkiye’de çalışan yabancıların durumu

⁴⁴³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s.418.

⁴⁴⁴ Narmanlioğlu, a.g.e., s.325., Veli Karagöz, “İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı”, **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2012, s.60., Murat Kandemir, Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:30-31, 2014, s.21.

⁴⁴⁵ Aynı yönde bkz. Yargıtay 9.HD. 15.05.2019T., 2016/1423E., 2019/11167K., Yargıtay 7.HD. 03.03.2015T., 2015/3255E., 2015/3200K.

⁴⁴⁶ Yargıtay 9.HD.’nin 30.11.2015T., 2015/21266E., 2015/33797K. sayılı kararında; İşK md.18.maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9.HD.’nin 05.02.2020T., 2017/15337E., 2020/1522K.

Türkiye’de yabancıların çalışma haklarına ilişkin düzenlemeler, toplum menfaatin gözetilmesi ve toplumun korunması ilkesi çerçevesinde oluşturulmuştur.⁴⁴⁷

Anayasa’nın 16.maddesinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” hükmü doğrultusunda, Türk hukukunda yabancıların Türkiye sınırları içerisindeki çalışmalarına ilişkin hak ve yükümlülükleri, 6375 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu⁴⁴⁸ ile düzenlenmiştir. Kanunun amacı; “*uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir.*” (md.1). Yine Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik⁴⁴⁹ de yabancılara ilişkin bir diğer düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukukunda yabancılar ile ilgili getirilen kurallar ile devlet, ülke sınırları içerisindeki yabancıları kontrol edebilmeyi, kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumayı, ülke sınırları içerisindeki çalışma hayatının huzurlu ve barışçıl bir şekilde devamını sağlamayı hedefler ve esasında devlet sosyal ve ekonomik politikalarını gerçekleştirme amacı doğrultusunda hareket eder. Bu nedenlerledir ki; yabancılar hukukunda düzenlenen sınırlamalar, ilgili kişinin milli hukuku dikkate alınmaksızın, yeknesak bir şekilde doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Aksi halde devletin, bu kurallar ile korumayı amaçladığı çıkarlarının zedelenme ihtimali gündeme gelebilecektir. Bu kapsamda sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yabancılar hukukunda yer alan düzenlemeleri değiştirmeleri veya bazı şartları bertaraf etmeleri mümkün değildir.⁴⁵⁰ O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, işin yapıldığı yerin Türkiye olması halinde, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurularak yetkili hukukun tayininden önce,

⁴⁴⁷ Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.100.

⁴⁴⁸ R.G. Sayısı:29800, R.G. Tarihi: 28.07.2016. Uluslararası İşgücü Kanunu ile 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁴⁹ R.G. Sayısı:25214, R.G. Tarihi: 29.08.2003.

⁴⁵⁰ Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), s.206-208.

sözleşmenin tarafı olan yabancının Türkiye’ de sözleşme konusu işi yapma hakkı ve yetkisi olup olmadığı tespit edilmelidir.⁴⁵¹

(5) İş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre ücreti

İş hukukunun temel amaçlarından biri işçi ve işveren arasındaki çalışma ilişkisinin varlığının korunarak, işçinin işinin korunmasıdır. İşçinin işini koruyabilmesi amacı ile sözleşme serbestisinin bir görünümü olan sözleşmenin feshi hakkı, iş güvencesi hükümleri ile sınırlandırılmıştır. Bunun temelinde işçinin, yaptığı iş üzerinde hakkı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Ancak bunun sınırının belirlenmesi de işverenin, dolayısıyla işletmenin verimliliğinin artması ve devamının sağlanması için çok önemlidir. Bu durum toplum çıkarı için de önemli olup, aksi bir halin topluma ağır yükler getireceği kabul edilmektedir.⁴⁵²

Türk hukukunda iş güvencesine ilişkin hükümler md.18 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Geçersiz feshin sonuçları da İş Kanunu md.21’de yer almaktadır. İşK md.21/son fıkrada *“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”* hükmü ile iş güvencesi ve boшта geçen süre ücretine ilişkin emredici bir ifade kullanılmıştır.

İşK md.21/son fıkra gereğince değiştirilmesi mümkün olmayan İşK md.21/1,2,3 şu şekildedir:

“(1) İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en

⁴⁵¹ Aysel Çelikel, Günseli (Öztekin) Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınevi, Şubat 2020, İstanbul, s.11.

⁴⁵² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.485-486.

az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

(2) Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

(3) Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.”

İş Kanunu md.21/son fıkranın esas olarak işvereni koruma amaçlı getirildiği ve özellikle toplu iş sözleşmelerinde bu konu ile ilgili işçi sözleşmelerinde işveren aleyhine getirilecek düzenlemeleri sınırlandırarak işçi işveren ilişkisinde denge sağlamayı amaçladığı, İşK md.21/son fıkranın lafzından düzenlemenin mutlak emredici olduğunun açık olduğu belirtilmiştir.⁴⁵³ İşK md.21/1'in son cümlesinin ve md.21/son fıkranın iptali için Anayasa Mahkemesi' ne yapılan başvuru ile ilgili kararda⁴⁵⁴ öncelikle md.21/1'in son cümlesi incelenmiş; Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamanın, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumanın Devletin görevleri arasında sayıldığı, iş ilişkisinde kişisel yapının ön planda olduğu, işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemenin beklenemeyeceği, buna karşın işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğunun anlaşıldığından bahisle, kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. Kararda devamla İşK md.21/son fıkra incelenmiş; sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülen kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığının anlaşıldığı, bu anlamda işçi ile işveren arasında hak ve

⁴⁵³ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.86.

⁴⁵⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, R.G. Sayısı: 26710 R.G. Tarihi:24.11.2007, 2003/66E. 2005/72K., 19.10.2005T.

yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kuralın, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olmadığı tespit edilmiştir. Yargıtay içtihatlarında ise İşK md.21/1'de yer alan tazminatlar ile ilgili olarak alt ve üst sınırın aşılamayacağı, ancak üst sınırın aşılmasının tek istisnasının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu' nun 31.maddesindeki sendikal nedenlerle yapılan fesih olduğu belirtilmiştir.⁴⁵⁵ Yine iş güvencesi tazminatı niteliğindeki cezai şartları bakımından da İşK md.21/son fıkranın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵⁶ Doktrinde aksi görüşe göre ise İşK md.21/son fıkranın mutlak emredici niteliği, iş güvencesine ilişkin mevzuat hükümlerinde amaçlanan işçiyi koruma hedefinden bir kopuş niteliğindedir.⁴⁵⁷

O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde iş güvencesi tazminatı (iş güvencesi tazminatı niteliğindeki cezai şartlar⁴⁵⁸ da dahil olmak üzere) ve boşa geçen süre ücreti ile ilgili ihtilafta, İşK md.21/son fıkra mutlak emredici olduğundan, MÖHUK md.27'ye başvurulmadan doğrudan İşK md.21/son fıkra uygulama alanı bulacaktır.

(6) Kıdem tazminatı tavanı

⁴⁵⁵ Yargıtay 9.HD., 30.06.2008T., 2007/42924E. 2008/18084K.

⁴⁵⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.583., İş güvencesi tazminatı niteliğindeki cezai şart düzenlemelerinin de mutlak emredici nitelikte olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Yargıtay 9.HD., 21.03.2012T., 2010/25818E., 2012/9484K.

⁴⁵⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.117.

⁴⁵⁸ Öğretide Yargıtay'ın görüşünün aksine; asgari süreli iş sözleşmelerinde asgari süreden önce fesih halinde düzenlenmiş olan cezai şartın Kanunda yer alan ve feshe bağlı tazminatlardan bağımsız nitelik taşıdığı, cezai şartın amacının İK md.21'deki tazminatları arttırmak değil, tarafların yükümlülüklerine aykırı davranmalarını engellemek olduğu, bu nedenle cezai şartın talep edilebilir olduğu ve geçersiz kabul edilmemesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. Canbolat, Erener, **a.g.e.**, s.244.

Türk hukukunda 1937 yılından beri kıdem tazminatına ilişkin hükümler olmakla birlikte, 12.07.1975 tarihinde 1927 sayılı Kanun⁴⁵⁹ ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesine kıdem tazminatı tavanı düzenlemesi ilk defa getirilmiştir.⁴⁶⁰ 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesine (md14/fıkra 13) kıdem tazminatı ile ilgili olarak 2762 sayılı Kanunla 1982 yılında getirilen kıdem tazminatı tavan hükmüne göre; *“toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna⁴⁶¹ 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez”*. Yine mülga 1475 sayılı Kanunun 98/D maddesinde, Kanuna aykırı ödemelerin yaptırımı düzenlenerek, fazla ödemelerin re'sen tahsil edilerek Hazineye irat kaydedileceği, ödemeyi yapanlar ile buna karar verenlere de altı aydan iki seneye kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiş idi. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış ancak kıdem tazminatına ilişkin 14.maddeyi yürürlükte bırakmıştır. O halde kıdem tazminatına ilişkin düzenleme halen uygulanabilir iken, mülga Kanunda düzenlenmiş olan idari ve cezai yaptırım artık yürürlükte değildir. Buna rağmen Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunun yürürlüğü öncesinde, 1475 sayılı Kanunu'nun 98/D maddesi uyarınca, kıdem tazminatının yasaya aykırı olarak ödenmesini cezai şarta bağlamış olduğunu, buna ilişkin hükmün 4857 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, tavanı öngören

⁴⁵⁹ R.G. Sayısı:15293, R.G. Tarihi:12.07.1975: “1475 Sayılı İş Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve 26 ncı Maddesinin İkinci Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılması, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunun 25 nci Maddesinin 7 nci Fıkrasının Değiştirilmesi ve Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.”

⁴⁶⁰ Her ne kadar bu hüküm 1979' da Anayasa Mahkemesi tarafından 23.01.1979 tarihinde 1978/14E., 1979/6K. sayılı kararı (R.G. Tarihi:14.04.1979, R.G. Sayısı:16609) ile “...işte bu durum hukukun genel ilkelerine, kural olarak iş kanunlarının işçi lehine yorumunu kabul eden iş kanunlarında asgari şartların düzenlenmesini öngören iş hukuku prensiplerine, sözleşme özgürlüğünü Anayasal himayeye kavuşturan Anayasa' nın 40 ıncı maddesine ve keza işçiler için toplu sözleşme yapma özgürlüğünü her hangi bir kısıtlamaya bağlı olmaksızın kabul eden Anayasa' nın 47 inci maddesine aykırı...” bulunarak iptal edilmiş ise de, 2320 sayılı Kanun ile 23.10.1981 tarihinde (R.G. Sayısı:17140, R.G. Tarihi:23.10.1980) yeniden tavan hükmü getirilmiştir. 1982 yılında 2762 sayılı Kanun (R.G. Sayısı:17140, R.G. Tarihi:23.10.1980) ile de kıdem tazminatı tavanı yeni esaslara bağlanmıştır.

⁴⁶¹ En yüksek devlet memuru Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı' dır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md.5/1. (R.G. Sayısı:30474, R.G. Tarihi:10.07.2018)

mülga Kanunun 14.maddesinin halen yürürlükte olduğunu, işte bu nedenle kıdem tazminatı tavanını öngören kuralın mutlak emredici olduğunu kabul etmektedir.⁴⁶²

Oysaki mülga kanunda kıdem tazminatı ile ilgili cezai yaptırımın kaldırılması ve sadece mülga Kanunun kıdem tazminatı ile ilgili 14.maddesinin yürürlükte bırakılması sonucu kıdem tazminatı ile ilgili hususların mutlak emredici niteliğini kaybettiği ve artık nispi emredici nitelik kazandığı şeklinde yorumlanmıştır. Kıdem tazminatı tavanı bakımından ise mutlak emredici niteliğin devam ettiği hem Yargıtay içtihatlarında hem öğretide baskın görüş halindedir.⁴⁶³ ⁴⁶⁴ Bunun sebebi olarak kıdem tazminatı tavanı düzenlemesinin, esas olarak toplumun farklı kesimleri arasındaki gelir dengesini gözetmeyi amaçladığı, kanun metninde kullanılan ‘ancak’ ifadesinin mutlak emrediciliğe işaret ettiği savunulmuş⁴⁶⁵, işçi ve işveren arasında dengenin sağlanması ve işverenin çok yüksek kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmamasının amaçlandığı ileri sürülmüştür.⁴⁶⁶ Kıdem tazminatı tavanının halen mutlak emredici nitelikte kabul edilmesi eleştirilere de maruz kalmıştır.⁴⁶⁷ Görülmektedir ki bir hukuk kuralının

⁴⁶² Yargıtay 7.HD., 13.02.2014T., 2013/16781E., 2014/3765K., Yargıtay 9.HD., 24.09.2018T., 2018/7243E. 2018/16457K., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.10.2019T., 2016/7-1534E., 2019/1026K., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.10.2019T., 2018/7-480E., 2019/975K.

⁴⁶³ Kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenlemenin, kıdem tazminatı tavanına ilişkin cezai yaptırımı düzenleyen 98/D maddesinden bağımsız olarak ve bu 98/D’ nin yürürlüğe girmesinden önce de mutlak emredici nitelikte olduğu konusunda bkz. Fevzi Şahlanan, “Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, **Sicil Dergisi**, Yıl:3, Sayı:12, Aralık 2008, s.44-47. Buna göre kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenlemenin mutlak emrediciliği, sadece 98/D’ deki ceza yaptırımına ilişkin düzenlemeden değil, bizatihi hükmün yukarıda belirtilen açık ve net biçimdeki düzenlemesinden doğduğu savunulmuştur.

⁴⁶⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.691., M.Fatih Uşan, “Kıdem Tazminatına İlişkin Düzenlemenin Hala Mutlak Emredici Niteliğini Korumayı Korumadığı Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt:2, Sayı:13, Eylül 2007, s.57-67, s.66.

⁴⁶⁵ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.85.

⁴⁶⁶ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.85.

⁴⁶⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.118.

⁴⁶⁷ “...Yasal fesih tazminatlarını işçi lehinde arttıran düzenlemelere, bunların fesih hakkının özüne zarar vermediği sürece geçerlilik tanımamanın haklı bir gerekçesi yoktur. Buna karşılık, sözleşmesel tazminatların aşırı boyutlara ulaşması işverenin fesih hakkının özüne zarar verecek boyutlara ulaşması söz konusu olabilir. Ancak bu durumda da ortaya çıkan sorunun çözümünü yasa koyucuya değil, Mahkemelere bırakmak gerekir. Nitekim Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi aşırı miktarlara ulaşan sözleşmesel fesih tazminatlarını (ihbar ve kıdem tazminatı) arttıran sözleşme hükümlerini cezai şart olarak nitelemekte ve aşırı miktarları tenkise tabi tutmaktadır. Kanımızca, yasa yolu ile sınırlama getirmek yerine, yargısal denetimle çözüme gitmek daha isabetli ve çağdaş bir yoldur...” Özdemir, **a.g.e.**, s.118.

emredici niteliği tartışılırken, o hukuk kuralının kendi içerisinde fıkralar arasında dahi ayrıma gidilebilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında; Türk mahkemeleri önündeki bir yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan kıdem tazminatı tavanı ile ilgili bir ihtilafta; Türk hukukunda kıdem tazminatı tavanı ilgili düzenleme, MÖHUK md.27'ye başvurulmadan doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Çünkü Türk hukukunda kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenleme; mutlak emredici nitelikte kabul edilmektedir. İşçinin çıkarını korumaktan öte, devletin iş yaşamına ilişkin gelir dengesini koruyarak ulaşmaya çalıştığı sosyal bir amaç mevcuttur. Bu nedenlerle kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenleme mutlak emredici nitelikte olup, doğrudan uygulanan kurallardan biridir.

(7) Sosyal Güvenlik Hukukundan kaynaklanan haklar

Yurt dışında çalışan Türk işçileri için Türk sosyal güvenlik mevzuatında⁴⁶⁸ birtakım haklar öngörülmüştür. Bu haklar sigorta kollarına tabi olma hakkı, hizmetlerin birleştirilmesine ilişkin haklar, iş kazası ve/veya meslek hastalığından doğan haklar, sigorta yardımları gibi hususlara ilişkin olabilmektedir. Anayasa'nın 60.maddesinde sosyal güvenlik hakkı koruma kapsamına alınmış ve *"herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alıp, teşkilatı kuracağı"* düzenlenmiştir. Yine Anayasa'nın 62.maddesinde yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik hakları ile ilgili de düzenleme yapılmış ve buna göre *"devletin, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alacağı"* açık bir şekilde belirtilmiştir.

Sosyal sigorta ilişkisi; sigortalı, sigorta kurumu ve işveren ile aile bireylerini kapsayacak şekilde üçüncü kişiler arasında kurulan çok taraflı bir ilişki olup, prim

⁴⁶⁸ İş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasındaki farklılıklara ilişkin detaylı bilgi için bu çalışmanın bkz. Birinci bölümünün F başlığı.

ödemesi olmasa dahi garanti alınan sosyal riskler -özel sigortalardan farklı olarak- karşılanmaktadır. Bu özelliği nedeni ile sosyal sigorta ilişkisi, kamu hukuku borç ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesi taraflarının herhangi bir şekilde bu haklarından feragat etmeleri, sosyal sigorta haklarından vazgeçmeleri mümkün değildir.⁴⁶⁹

Sosyal sigortaların temel prensipleri; sosyal koruma, dayanışma, sosyal denkleştirme ve zorunluluktur. Zorunluluk ilkesine göre; koruma amacı taşıyan sosyal sigorta ilişkisi kendiliğinden kanun yolu ile kurulmuş kabul edilmektedir. Başka bir deyişle; sigortalı olarak çalışması gereken bir işçinin, hizmet başlangıcının süresi içerisinde Kuruma bildirilmemesi veyahut primlerinin ödenmemesi, herhangi bir iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde işçinin sigorta yardımlarından faydalanmasını engellemektedir.⁴⁷⁰ Zorunluluk ilkesinin bir sonucu olarak; yurtdışına geçici görevlendirme ile gönderilen işçinin sigortası da kendisini takip eder (buna kişiselilik ilkesi denilmektedir.) ve kişinin sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri aynen devam eder. Zorunluluk ilkesinin istisnası ise isteğe bağlı sigortalılık durumudur.

Sosyal güvenlik hukukundan doğan haklar, yukarıda açıklanan nitelikleri gereği mutlak emredici nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla da yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanan kural olarak uygulama alanı bulacaktır. Sosyal güvenlik mevzuatında yurtdışında çalışan Türk işçileri etkileyecek düzenlemelerin bir kısmı şu şekildedir:

SSGSSK md5/g’de Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere

⁴⁶⁹ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, s.150.

⁴⁷⁰ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) (R.G. Sayısı:26200, R.G. Tarihi:31.05.2006) md 23/1: “*Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.*” Yine aynı yönde md.10: “*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri, (c) bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usule uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları halinde, bu görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam eder.*”

götürülen Türk işçileri bakımından mutlak emredici nitelikte bir düzenleme getirilmiş⁴⁷¹ ve bu şekilde yurt dışında çalışan Türk işçilerinin daha az prim gün sayısı ile emekli olabilmelerine olanak sağlanmıştır. Bu kapsamda işçiler iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamına da girmiş olacaklardır. Belirtmek gerekir ki sosyal güvenlik hukukunda iş kazası olarak kabul edilen bir kaza, iş hukukunda iş kazası olarak kabul edilmeyebilir. İşçi ve işveren arasında bir iş kazasından doğan uyuşmazlıkta, iş hukuku ile ilgili taleplerde dikkate alınacak ölçütler ile sosyal güvenlik hukukundan doğan taleplerde alınacak ölçütler ve hukuk maddeleri farklılık gösterecektir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da bu durum açıklanmış ve iş kazası olan olayın kanundaki koşulları sağladığında yasada belirlenmiş sigorta yardımlarının yapılmasını gerektireceği, ancak iş hukukundan doğan tazminat talepleri ile ilgili davada ise işverenin iş kazasından sorumluluğu için uygun neden sonuç bağının varlığının gerekeceği belirtilmiştir.⁴⁷² Bu nedenle yargılama sürecinde uyuşmazlığın sosyal güvenlik hukukuna göre mi yoksa iş hukukuna göre mi çözümlenmesi gerektiği önem arz edecektir; çünkü talebin kaynağı hukuk dalına göre uygulanacak mevzuat da değişecektir. Uygulanacak mevzuatın tespit edilmesi akabinde de ilgili mevzuatın mutlak emredici mi yoksa nispi emredici mi olduğu araştırılacak, mutlak emredici nitelikteki bir hukuk maddesi yabancı unsurlu bir işçi-işveren uyuşmazlığında

⁴⁷¹ 5510 sayılı SSGSSK md 5/g: “Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. **(Ek cümle: 6111 - 13.2.2011 / m.24)** Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.”

⁴⁷² Yargıtay 10.HD.’nin 26.04.1977T., 1976/6231E., 1977/3150K. sayılı kararında: “...Bu olayın iş kazası bulunmasının SSK bakımından sonuçları ile işveren aleyhine açılan tazminat davası bakımından sonuçları aynı değildir. İş kazası olan olay, diğer koşullarda gerçekleştiğinde doğrudan doğruya yasada belirli sigorta yardımlarının yapılmasını gerektirdiği halde işveren aleyhine açılan tazminat davasında ise, işverenin sorumluluğu için işyerinde ve işverenle ilişkin olmasıyla uygun neden sonuç bağının bulunması gerekir. Mahkeme, bu iki müesseseyi birbirine karıştırmış bulunmaktadır. Diğer yandan üçüncü kişilerin kusurlu olduğu durumlarda, risk nazariyesinden ve dolayısıyla kusurlu bulunmayan işverenin sorumluluğundan bahsedilemeyeceği açıktır. Mahkeme bu bakımdan da yanılğıya düşmüştür. Mahkemece yapılacak iş (uygun-sonuç) bağı bulunmadığından davanın reddine karar vermekten ibarettir...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

doğrudan uygulama alanı bulacaktır. İş kazaları bakımından sosyal güvenlik hukukundan doğan iş kazası taleplerinde ülkesellik prensibi de Mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır. Sosyal sigorta kanunları ülkesel niteliktedir.⁴⁷³ Başka bir deyişle esasında yurtdışında meydana gelen sosyal sigorta olaylarına, sosyal sigorta kanunları uygulanmayacaktır. Bu nedenledir ki yurtdışında çalışan Türk işçileri için, sosyal sigorta mevzuatında özel hükümler getirilmiştir.

Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında özetle; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan talebin öncelikle sosyal güvenlik hukukundan mı yoksa iş hukukundan mı kaynağını aldığı tespit edilmelidir. Uyuşmazlığın talebi, sosyal güvenlik hukukuna dayanıyorsa, sosyal güvenlik hukuku dalında düzenlenen ilgili hukuk maddelerinin mutlak emredici olmaları halinde, bu maddeler uyuşmazlıkta doğrudan uygulama alanı bulacak ve uyuşmazlığa bakan Mahkeme artık MÖHUK md.27'ye başvurmayacaktır.

(8) İş sağlığı ve güvenliği

İş sağlığı ve güvenliği kuralları, işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunmasını amaçlayan kamu hukuku niteliği de taşıyan kurallar olup, işçinin çalışma şartlarının iyileştirmesinden ziyade işçinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgilidir.⁴⁷⁴ Bu nedenle de iş sağlığı ve güvenliğinin bağımsız bir kamu hukuku dalı olduğu doktrinde savunulmuştur.⁴⁷⁵ İşçinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili gereklilikleri yerine getirme ödevi, işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁴⁷⁶ Türk hukukunda 20.06.2012 tarihinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁴⁷⁷ ile işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ayrı bir kanun ile düzenlenmiştir⁴⁷⁸. Yine TBK md. 417/2 uyarınca “İşçinin kişiliğinin korunması” başlığı altında işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak

⁴⁷³ Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2019, s.403.

⁴⁷⁴ Mahmut Kabakçı, “İş Sağlığı ve Güvenliğin Hukuk Sistemindeki Yeri”, **TBB Dergisi**, Sayı 86, 2009, s.258.

⁴⁷⁵ Kabakçı, **a.g.e.**, s.265.

⁴⁷⁶ Kabakçı, **a.g.e.**, s.255.

⁴⁷⁷ R.G. Sayısı:28339, R.G. Tarihi:20.06.2012.

⁴⁷⁸ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile birlikte iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen İşK md.77 ve md.78 yürürlükten kaldırılmıştır.

için her türlü önlemi alması gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatta yer alan yükümlülüklerin işveren tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda işçi yaralanır veya hayatını kaybederse, işveren Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 85.ve 89.maddelerinde yer alan taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarından da ceza alabilecektir. İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik⁴⁷⁹ ile bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine aykırı durumların tespit edilmesi halinde işyerlerinde işin durdurulabilmesine imkân tanınarak, idarenin işçi ve işveren arasındaki özel hukuk ilişkisine müdahale edebilmesine imkân tanınmıştır. O halde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat kapsamında yer alan kuralların, işverene iş sözleşmesi dışında da yüklenen mutlak emredici nitelikte yükümlülükler olduğu açıktır.⁴⁸⁰

Bu açıklamalar ışığında; Türk mahkemeleri önündeki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, Türk mevzuatında yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler MÖHUK md.27'ye başvurulmadan, doğrudan uygulanan kural olarak ihtilafa uygulanacaktır.

⁴⁷⁹ R.G. Sayısı:28603, R.G. Tarihi: 30.03.2013.

⁴⁸⁰ Kabakçı, **a.g.e.**, s.259.

(9) Haftalık çalışma süresi ölçütü ve fazla mesai ücretinin hesaplanması

İş Kanunu md.41’de “ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin arttırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabileceği, fazla çalışmanın kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olduğu” düzenlenmiştir.

İşK md.41’de belirlenen haftalık 45 saat çalışma süresi -haftalık çalışma ölçütü hariç olmak üzere- nispi emredici nitelikte olup⁴⁸¹, işçi lehine olmak üzere azaltılması mümkündür. Örneğin taraflar arasında haftalık çalışma süresinin 40 saat belirlenmiş olduğu hallerde, 40-45 saat arasındaki çalışma da fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilecektir.⁴⁸² Yine fazla çalışma şartları da nispi emredici nitelikte kabul edilmekte, bu çerçevede işçi lehine değişiklikler yapılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁸³

Öte yandan İşK md.41’in lafzında haftalık çalışma süresinin *haftalık* 45 saat olarak belirlenmiş olması ve yine İşK md.63/2’de esnek çalışmanın da haftalık ortalama çalışma süresine dayandırması nedeniyle, fazla çalışma hesabı yapılırken, aylık ya da günlük fazla çalışma süresi üzerinden hesaplama yapılması mümkün olmayıp, haftalık üzerinden hesaplama yapılması -*çalışma süresi ölçütü*- mutlak emredici nitelikte kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, günlük yasal normal çalışma süresini aşan bir fazla çalışma, ancak haftalık 45 saati aşması halinde fazla çalışma olarak kabul edilecektir.⁴⁸⁴ Diğer bir görüşe göre normali aşan çalışmalar olarak kabul edilen fazla çalışma ve fazla sürelerle ilgili

⁴⁸¹ Münir Ekonomi, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Kamu-İş**, C:7, D:3/2004, s.3.

⁴⁸² Yargıtay, işyerinde fiilen 40 saat çalışma süresinin uygulanması halinde, 40-45 saat arasındaki çalışmayı fazla sürelerle çalışma olarak kabul etmemektedir. Doktrinde ise bu şekilde meydana gelmiş bir fiili durumun, taraflar arasında örtülü olarak çalışma süresinin 40 saate indirildiği şeklinde yorumlanması imkanını sağladığı, bu nedenle de böyle bir durumda 40-45 saat arasındaki sürenin de fazla sürelerle çalışma şeklinde hesaplanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.716.

⁴⁸³ Ekonomi, **a.g.e.**, s.12.

⁴⁸⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.717., Ekonomi, **a.g.e.**, s.2., Ali Cengiz Köseoğlu, Sibel Kabul, “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, **İÜHF**, Cilt:72, Sayı:2, Yıl:2014, s.233-268, s.235.

çalışmanın tanımına ilişkin hükümler -İşK md.41/1, 3 ile Fazla Çalışma Yönetmeliği (FÇY) md.3/a,b- mutlak emredici nitelikte olup, bunların karşılığına ilişkin hükümler olan İşK md.41/2,5 ve FÇY md.4,6'nın nispi emredici olduğu savunulmuştur.⁴⁸⁵ Bu görüşe göre fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma kabul edilen bir süreyi normal kabul etmek mümkün olmadığı gibi, yasanın fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma olarak kabul ettiği bir süreyi de normal kabul etmek mümkün olmayacaktır. Aksi görüşe göre ise iş kanununda yer alan temel kavramların (işçi, işveren, işveren vekili, işyeri, alt işveren... gibi) mutlak emredici olduğu söylenebilirse de fazla çalışmayı düzenleyen İşK md.41'de yer alan tanım, temel kavram niteliğinde olmayan ve sadece hangi çalışma ücretinin ne kadar zamlı ödeneceğini gösteren bir düzenlemeden ibarettir. Bu çerçevede fazla çalışmanın hesaplanmasında dikkate alınan 'haftalık' ölçütü de nispi emredicidir ve tarafların rızası ile 'günlük' de kararlaştırılabilir.⁴⁸⁶

İş Kanunu md.42'de düzenlenen, işçinin zorunlu nedenlerle fazla çalışma yükümlülüğü işverenin menfaatini ve işyerinin varlığını korumayı amaçladığından mutlak emredici olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında zorunlu nedenlerin varlığı halinde dahi fazla çalışma yapılması için işçinin rızasının aranacağına yönelik bir anlaşma geçersiz kabul edilecektir.⁴⁸⁷

O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta, taraflar arasında fazla çalışma yapılıp yapılmadığı ve fazla çalışma yapıldı ise bunun hesaplanma şekli hususunda öncelikle fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma hususlarının mutlak emredici ya da nispi emredici olup olmadığına karar verilmeli, mutlak emredici nitelikte olmayan hususlarda ilgili hükümler sadece asgari koruma sınırında dikkate alınmalı, mutlak emredici olan hususlarda ise ilgili hükümler doğrudan uygulama alanı bulmalıdır.”

⁴⁸⁵ Ercan Akyiğit, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, **TÜHİS** (Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası), Mayıs 2005, s.26. (Çevrimiçi) <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753304.pdf> (10.07.2020)

⁴⁸⁶ Fevzi Şahlanan, “Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerine Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, 2007/2, s.166-167.

⁴⁸⁷ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.79.

b. Asgari koruma sınırını oluşturan kurallar (nispi emredici kurallar)

İş hukukunda nispi emredici kurallar; zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla getirilen, asgari çalışma koşullarını sağlamayı hedefleyen, aksi durumun sadece işçi lehine olmak üzere kararlaştırılabileceği, tarafların hareket serbestisinden hareketle belirlenen kurallardır. Doktrinde nispi emredici kurallar, sosyal kamu düzeni kuralları olarak da adlandırılmakta ve bu kurallar ile nihai amacın kamu düzeninin sağlanması olsa da doğrudan işlevinin işçinin korunması olduğu belirtilmiştir.⁴⁸⁸ Bu çerçevede iş hukukunda nispi emredici kuralların genel olarak esas hedefinin salt işçinin çıkarını korumak olduğu göz önüne alındığında, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, Türk iş hukukundaki nispi emredici kurallar doğrudan uygulama alanı bulmayacağı ve MÖHUK md.27/1'de yer alan asgari koruma kuralının sınırını oluşturacağı, yararlılık ilkesinin uygulanma sürecinde dikkate alınacak kurallar olduğu kanaatindeyiz.⁴⁸⁹ Nitekim yararlılık ilkesinin uygulanabilmesi de söz konusu sözleşme hükmünün geçerli olmasına bağlı olduğundan, yararlılık ilkesinin uygulanabilmesinin ön koşulu sözleşme hükmüne konu düzenlemenin mutlak emredici veya nispi emredici olup olmadığını belirlenmesidir.⁴⁹⁰ Mutlak emredici kurallarda ise yararlılık ilkesinin uygulanamayacağını, işçi lehine de olsa bu tür kurallarda herhangi bir değişiklik yapılamayacağını, bu tür kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu yukarıdaki bölümlerde halihazırda belirtmiştik.

⁴⁸⁸ Doktrinde nispi emredici kurallar, yarım emredici kurallar olarak da anılmakta ve kendi içerisinde sübjektif yarım emredici normlar (örneğin TBK md.420/1), objektif yarım emredici normlar (örneğin TBK md.445) ve zamansal açıdan yarım emredici normlar (örneğin TBK md.420/2) olmak üzere üçe ayrılmıştır. Bkz. Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.87-89.

⁴⁸⁹ Aynı yönde bkz. Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1999), s.157.

⁴⁹⁰ Doğan Yenisey, **a.g.e.** (2014), s.88.

(1) İş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim süreleri/ ihbar önelleri ve ihbar tazminatı

Türk hukukunda iş sözleşmesi işçi veya işverenin tek taraflı irade beyanı ile yapmış olduğu fesih bildirim sonucunda sona erdirilebilmektedir. “Süreli Fesih” başlıklı İş Kanunu md.17’de iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim süreleri ve ihbar tazminatı düzenlenmiştir. İşK md.17’de yer alan bildirim sürelerinin asgari olduğu ve sözleşmeler ile arttırılabileceği kanun lafzında açıkça belirtilmiştir. İşK md.17’nin amacı işçi ve işveren açısından kişi özgürlüğü ilkesi⁴⁹¹ çerçevesinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde tarafların sınırsız bir süre sözleşme ile bağlı kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır.⁴⁹² Bildirim sürelerinin arttırılması durumunun sözleşmenin her iki tarafı için de geçerli ve bağlayıcı olacağı savunulmuş olmasına rağmen⁴⁹³ Yargıtay 1985 tarihli bir kararında bildirim sürelerinin artırımının sadece işveren için söz konusu olduğu, işçi yönünden geçerli olmayacağına dair hüküm tesis edilmiştir.⁴⁹⁴ Ancak TBK md.432/5’te fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olması zorunluluğu getirilmesi ve sözleşmede farklı sürelerin öngörülmüş olması halinde her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim sürelerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme göz önüne alındığında, artık ihbar önellerinin arttırılmasına ilişkin düzenlemenin sözleşmenin her iki tarafı için de eşit olacağı hususunda tereddüt bulunmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay nispi emredici kabul ettiği ihbar önellerinin arttırılmasına dair kanunda bir üst sınır belirlenmiş olmamasının, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanacağı anlamına gelmediğini kabul etmiştir. Aksi bir düşüncenin toplu iş sözleşmesi ile ihbar önellerinin 10 yıl olarak belirlenmesine

⁴⁹¹ Kişi özgürlüğü, kişinin serbest hareket etmesini engelleyen tüm keyfilikler karşısında korunması olup, özgürlüklerin tümünün hukuki güvencesi olarak kabul edilmektedir. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi’ nin 3.maddesi, 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’ nin 9.maddesi, Afrika Şartı’ nın 6.maddesi, Amerikan Bildirisi’ nin 1.maddesi, Amerikan Sözleşmesi’ nin 7. Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 5.maddesi, Anayasa’ nın 19.maddesinde düzenlenmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. İbrahim Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, **TBB Dergisi**, Sayı 55, 2004, s.201-225.

⁴⁹² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.455., Günay, **a.g.e.**, s.434.

⁴⁹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.466.

⁴⁹⁴ Yargıtay 9.HD., 07.10.1985T., 1985/6513E., 1985/9139K., Aynı görüşte bkz. Günay, **a.g.e.**, s.441.

ve uygulanmasına da imkân verebileceği, yine işverence kötü niyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötü niyet tazminatı tutarı dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş olarak belirlenen ihbar önellerine hâkimin müdahalesinin gerekeceği belirtilmiştir. İhbar önelinin fahiş olarak belirlendiği hallerde, sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmeye çalışılmasının zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabileceği kabul edilmiştir.⁴⁹⁵

İşK md.17’de yer alan bildirim sürelerine uyulmaması halinde, bildirim süresi kadar ücret tutarının ihbar tazminatı olarak ödeneceğini düzenlemiştir. Yargıtay 1981 tarihli bir kararında ihbar tazminatı miktarının kamu düzeni ile ilgili olduğu, sözleşmelerle artırılmasına izin verilen kısmın bildirim sürelerinin artırılmasına ilişkin olduğu, bu nedenle ihbar tazminatı miktarının tarafların anlaşması ile artırılamayacağına hükmetmiştir.⁴⁹⁶ Yargıtay 1993 tarihli bir kararında da bildirim sürelerine ilişkin düzenlemede ayrıma gitmeden, bu düzenlemenin nispi emredici olduğuna kararında değinmiştir.⁴⁹⁷ Doktrinde İşK md.17 çerçevesinde düzenlenen bildirim sürelerinin işçi lehine arttırılabilmesi karşısında, ihbar tazminatı miktarının da nispi emredici nitelikte kabul edilerek, sözleşmenin taraflarınca doğrudan doğruya arttırılabileceği savunulmuştur.⁴⁹⁸

O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta; bildirim süresine ilişkin ihtilafta İşK md.17’deki sürelerle ilişkin düzenleme nispi emredici kabul edilerek, asgari koruma kuralının sınırını oluşturacaktır. Öte yandan ihbar tazminatının miktarı ile ilgili bir uyuşmazlıkta, İşK md.17’de yer alan miktara ilişkin düzenlemenin Türk mahkemeleri tarafından mutlak emredici kabul edilerek, doğrudan uygulama alanı bulması söz konusu olabilir.

⁴⁹⁵ Yargıtay İşK md.17’de ihbar önellerinin artırılmasına ilişkin bir üst sınır düzenlenmemiş olmasını, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirmiş ve bu nedenle TMK md.1’in uygulanması gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. Yargıtay 21.03.2006T., 2006/109E., 2006/7052K., aynı yönde bkz. Yargıtay 9.HD. 17.02.2020T., 2017/15110E., 2020/2319K.

⁴⁹⁶ Yargıtay 9.HD., 12.01.1981T., 1980/15645E., 1981/63K.

⁴⁹⁷ Yargıtay 9.HD., 23.11.1993T., 1993/5065E., 1993/16893K., Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1994, s.25-26.

⁴⁹⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.477.

(2) Haklı nedenle derhal fesih bildirimi

İş sözleşmesinin herhangi bir süre vermeden derhal sona erdirilmesi İş Kanunu md.24 ve 25'te bazı kurallara ve sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu düzenlemelerde yer alan haklı nedenlerin değiştirilip değiştirilemeyeceği, kapsamlarının daraltılıp genişletilemeyeceği tartışmalıdır.

İlk tartışma konusu İşK md.25/II'de öngörülen sebeplerin bir kısmının haklı sayılmama imkanının olup olmadığıdır. Bir görüşe göre kanunda öngörülen sebeplerin bir kısmının haklı sayılmamasına ilişkin düzenleme mümkün değildir; aksi halde kötü niyet ve ahlaksızlık korunmuş olacaktır.⁴⁹⁹ Bu görüşü savunanlara göre İşK md.25/2'deki düzenlemeler mutlak emredici niteliktedir. Başka bir görüşe göre ise sözleşmenin taraflarının bazı haklı nedenlerin koşullarını ağırlaştırmaları, bunların kendilerince haklı veya önemli sayılmadığı anlamına geleceği için, buna engel bir durum yoktur.⁵⁰⁰ O halde bu görüşe göre İşK md.25/II düzenlemesi, nispi emredici niteliktedir.

(3) İş güvencesine ilişkin hükümler

İşçinin çalışma hayatında korunması gerekliliği ile işletmenin devamı ve verimliliğin artırılması menfaatleri karşılıklı dengede tutulmaya çalışılmış, bu nedenle de iş güvencesine ilişkin hükümler tesis edilmiştir. İş güvencesinin kapsamı ve iş sözleşmesinin işverence feshine ilişkin geçerli sebepler, İşK md.18 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.⁵⁰¹ Buna göre belirsiz süreli çalışan işçinin, iş güvencesinden yararlanabilmesi için “işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışıyor olması ve işçinin en az altı aylık kıdeminin olması” gerekmektedir. Bu şartların birlikte varlığı halinde, işçi iş güvencesinden yararlanabilecek ve işe iade davası açabilecektir.

⁴⁹⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.628.

⁵⁰⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.628.

⁵⁰¹ İş güvencesinin uluslararası dayanağı, Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmesi' dir.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından kanunda öngörülen asgari işçi sayısına ilişkin kural⁵⁰² küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmakta olup, Yargıtay içtihatlarında nispi emredici kabul edilmektedir. Bu nedenle işçi lehine değiştirilebilecek, işçi sayısına bakılmaksızın veya 30'dan daha az işçi çalıştıran işyerlerinde de iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilecektir.⁵⁰³ Bu sayının belirlenmesinde aynı iş kolunda yurt dışında başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan işverene ait tüm işyerleri dikkate alınarak 30 işçi sayısının belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde, *"işçilerin özel istihdam şartları bakımından beyan istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği"* öngörülmesine rağmen, İş Kanunu'nda yurtdışında aynı iş kolunda yer alan işyerleri bakımından işçi sayısının dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme mevcut değildir. Ayrıca uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun, açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik almasının, aynı iş kolunda birçok iş yeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığı kabul edilmektedir. Bu gerekçelerle *"uluslararası çalışan ve Türkiye'de şubesi bulunan bir şirketin, bu şubede çalışan işçisini, Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30 işçiden az olduğu gerekçesi ile iş güvencesinden yoksun bırakması, ölçülülük ilkesine aykırı"* bulunmuştur.⁵⁰⁴ Aynı şekilde iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işçi açısından aranan altı aylık kıdem şartı da nispi emredici kabul edilmekte ve

⁵⁰² İş Kanunu md.18/1: *"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz."*

⁵⁰³ Yargıtay 9.HD., 22.02.2010T., 2010/4905E., 2010/4260K., Yargıtay 22.HD., 19.01.2012T., 2011/5056E., 2012/194K., Yargıtay 22.HD., 12.06.2012T., 2011/16285E., 2012/13281K.

⁵⁰⁴ Yargıtay 9.HD., 25.01.2010T., 2008/32408KE., 2010/1126K., işçi sayısına ilişkin hükmün nispi emredici olduğuna dair ayrıca bkz. Yargıtay 22.HD., 20.01.2020T., 2016/27237E., 2020/730E.

işçi lehine olacak şekilde bu sürenin sözleşme ile azaltılabileceği kabul edilmektedir.⁵⁰⁵

Bu açıklamalar ışığında, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta iş güvencesi hükümlerine ilişkin altı aylık kıdem şartı ve en az otuz işçi çalışma koşulları asgari koruma kuralının sınırını oluşturacak, doğrudan uygulama alanı bulmayacaktır.

(4) Kıdem tazminatı

Türk iş hukukunda kıdem tazminatı ilk olarak 1936 yılında 3008 sayılı kanun ile düzenlenmiştir.⁵⁰⁶ Şu an yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120.maddesinde kıdem tazminatı ile ilgili bir düzenleme yapılmamış ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14.maddesi yürürlükte bırakılmıştır.

Kıdem tazminatı; *“1475 sayılı Kanunun 14.maddesinde belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine aynı Kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence işçiye ya da mirasçılarına yapılan bir ödemedir.”*⁵⁰⁷ Kıdem tazminatı ile ilgili yürürlükte bulunan düzenleme, günümüze kadar pek çok değişikliğe maruz kalmıştır.⁵⁰⁸ Doktrinde kıdem tazminatı *“kendine özgü bir kurum”* olarak nitelendirilmiştir.⁵⁰⁹

İş Kanunu md.120'ye göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı yasanın 14.maddesinde *“kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması”* gerekmektedir. Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönündeki yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmiştir. Buna göre

⁵⁰⁵ Canbolat, Erener, **a.g.e.**, s.243., Gaye Burcu Yıldız, “Karar İncelemesi-İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasilalı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması”, **İÜHFİM**, Cilt:72, Sayı:2, 2014, s.488.

⁵⁰⁶ Kıdem tazminatının tarihsel gelişimi için bkz. Resul Limon, “Türkiye’ de Kıdem Tazminatının Tarihsel Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu”, **İş ve Hayat**, Cilt:1, Sayı:1, 2015, s.147-170.

⁵⁰⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.651.

⁵⁰⁸ 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunu md.6 ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu md.20’ de kıdem tazminatı düzenlenmiştir.

⁵⁰⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.651.

toplu ya da bireysel iş sözleşmelerinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için en az bir yıl çalışma koşulu, işçi lehine azaltılabilecektir.⁵¹⁰

1475 sayılı Kanunun 14.maddesinde kıdem tazminatı ile ilgili “*işçilerin hizmet akitlerinin feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir.*” Düzenlemesinde yer alan 30 günlük sürenin “*hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebileceği*” açıkça düzenlenerek, 30 günlük süre nispi emredici nitelikte kabul edilmiştir. Kıdem tazminatına mülga İşK md.14 dışındaki esaslar dışında da hak kazanılabileceğine dair sözleşmelerin geçerli olacağı, kıdem tazminatı tavanı dışındaki esasların nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmiştir.⁵¹¹

Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda yurtdışında bulunan işyerinde çalışan işçilerin genellikle fasılalar halinde çalıştığı, bu çerçevede Mahkeme⁵¹² kararlarında da mülga İş Kanunu md.14/3'te yer alan “*işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır.*” düzenlemesi dikkate alınarak işçilerin kıdem sürelerinin hesaplandığı

⁵¹⁰ Yargıtay 9.HD., 16.04.2009T., 2007/40802E., Yargıtay 22.HD., 20.01.2020T., 2016/28518E., 2020/650K., Yargıtay 22.HD., 21.10.2019T., 2016/21949E., 2019/19493K., Yargıtay 22.HD., 16.09.2019T., 2016/18428E., 2019/16294K.

⁵¹¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.691.

⁵¹² Yargıtay 9.HD. 04.12.2008T., 2007/30184E., 2008/33378K.' dan aynen: “...davacı davalı işverene ait yurt dışı işyerinde 02.06.1999-13.09.1996, 16.02.2000-30.10.2000 ve 06.06.2003-22.11.2003 tarihleri arasında aralıklı olarak 3 dönemde bir yıldan fazla çalıştığı sabittir. Her dönem sonunda, aynı şekilde hazırlanmış matbu ibranamelerde, davacının ihbar ve kıdem tazminatı ile tüm diğer işçilik haklarını aldığını kabul ettiği beyanı olduğu gibi, ibranamenin alt kısmında her işçilik alacağı kalem kalem belirtilerek ödenen miktarlar yazılmıştır. Bu kalemlerden ise sadece ücret alacağının miktar olarak belirtildiği, diğer kalemlerin karşılığında ödeme görünmediği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki davalı işveren davacının kıdem tazminatına hak kazanmayacağını savunarak ibraname içeriği ile çeliştiğine göre mahkemece ibraname nedeni ile kıdem tazminatının reddi doğru değildir. Fasılalarla çalışan davacı işçinin hizmeti toplam bir yılı aştığından ve iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiğinden, hesaplanan kıdem tazminatının kabulü gerekir...”. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 30.HD., 2017/4230E., 2018/1267K., İstanbul BAM, 32.HD., 09.02.2017T., 2016/254E., 2017/84K.

görülmektedir. Her ne kadar İşK md.18/2’de “*altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.*” denilerek, günlük çalışma süresinde dikkate alınacak süreleri düzenleyen 66.maddeye atıf yapılmış olsa da, kıdem süresinin hesaplanmasında mülga İşK md.14’e başvurulmaya devam edilecektir; çünkü mülga İşK md.14’te yer alan kıdem kavramı ile yürürlükte olan İşK md.18’deki ‘kıdem’ kavramları aynı anlam ve içeriğe sahiptir. Yine İşK md.18’in atıf yaptığı, md.66 da kıdem süresi ile ilgili olmayıp, günlük çalışma süresinde dikkate alınacak süreleri düzenlemektedir. Bu nedenledir ki doktrinde de kıdem süresinin hesaplanmasında dikkate alınacak süreler ile ilgili olarak mülga İşK md.14’ün dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁵¹³ Oysaki mülga İşK md.14’te kıdem tazminatı tavanı dışındaki kıdem ile ilgili düzenlemelerin nispi emredici kabul edildiğini yukarıda izah etmiştik, bu nedenledir ki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, mülga md.14’te yer alan kıdem süresinin hesaplanması ile ilgili düzenleme -mutad işyeri Türkiye’de ise- asgari koruma sınırı olarak kabul edilmeli ve Türk mahkemesi öncelikle MÖHUK md.27 doğrultusunda uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Böyle bir durumda taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi var ise, mülga md.14 asgari koruma sınırı olarak dikkate alınmalı, ancak bir geçerli hukuk seçimi ve daha sıkı ilişkili hukuk tespiti de yok ise, işçinin mutad işyeri hukukunda yer alan düzenlemeler doğrultusunda kıdem süresi hesaplanmalıdır.

Yine Türk mahkemeleri önündeki yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan ihtilaflarda, kıdem tazminatı miktarı hesaplanırken Türk hukukunda dikkate alınan ölçütler kullanılmaktadır; örneğin net ücret, brüt ücret ayrımı yapılmakta, işçinin döviz üzerinden aldığı aylık ücreti net kabul ederek, aylık ücret brüte çevrilmekte ve o şekilde elde edilen rakam üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmaktadır.⁵¹⁴ Oysaki kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenleme dışında kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler nispi emredici kabul edildiğinden, kıdem tazminatı hesaplamasına ilişkin Türk hukukunda yer alan düzenleme de nispi emredici olacaktır. Bu nedenledir ki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan

⁵¹³ Yıldız, **a.g.e.**, s.492.

⁵¹⁴ İstanbul BAM, 26.HD., 31.03.2017T., 2017/504E., 2017/326K.

uyuşmazlıkta, kıdem tazminatı miktarı hesaplanırken de öncelikle MÖHUK md.27'ye başvurulmalı ve uygulanacak hukuk tespit edilmelidir.

O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta; kıdem tazminatı tavanı dışında kıdem tazminatına ilişkin hususlar, asgari koruma kuralının sınırını oluşturacak ve doğrudan uygulama alanı bulmayacaktır.

(5) Yıllık ücretli izin

İş Kanunu md.53'te *“yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri”* düzenlenmiştir. Dinlenme hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilen yıllık ücretli izin hakkı, Anayasa md.50 ile koruma altına alınmıştır. Bu çerçevede bir iş sözleşmesinde yıllık ücretli izin hakkının tamamen kaldırılması mümkün olmayıp, işçinin de bu hakkından sözleşme ile vazgeçmesi mümkün değildir.

Yıllık izin süresinin Kanunda düzenlenmesinin amacı işçinin sağlığının korunması ve temel haklardan sayılan dinlenme hakkının iş hayatında vücut bulmasının sağlanmasıdır. Yıllık ücretli izin hakkının doğması, kullanılması ve kapsamına ilişkin hususlar nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.^{515 516} Örneğin İş Kanunu md.53/3'te yer alan *“Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.”* hükmü Yargıtay tarafından nispi emredici kabul edilerek; *“işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin düzenlenebileceği ve mevsimlik işçiler için yıllık izin hakkı tanınabileceği”* belirtilmiştir.⁵¹⁷

Yıllık izin hususu ile ilgili tartışma konusu şudur: İşçi, yıllık izin süresini kullanmak yerine, bu sürelerde çalışıp, yıllık izin süresinin parasal karşılığını

⁵¹⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.97-103., Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.709., Hatice Duygu Özer, “Toplu İş Hukuku Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:2, 2018, s.184.

⁵¹⁶ TBK md.423'te düzenlenen yıllık izin düzenlemesinin de nispi emredici olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Ercan Akyiğit, “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/3, s.79. Yine Basın İş Kanunu'nda yer alan yıllık ücretli izin sürelerinin de nispi emredici olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Özgür Oğuz, Özge Doğan, “Gazetecinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, **Sosyal Güvence**, Sayı:10, 2016, s.102.

⁵¹⁷ Yargıtay 22.HD., 05.06.2012T., 2012/5997E., 2012/12547K.

alabilecek midir? Taraflar arasında bu yönde yapılacak bir anlaşma geçerli kabul edilecek midir? Böyle bir ihtilafta, yararlılık ilkesinin uygulanarak, işçinin yıllık izin süresinden, parasal karşılık ile vazgeçemeyeceği, Alman hukukunda hâkim olan deyimle “*iznini satamayacağı*” savunulmuştur.⁵¹⁸ Kanaatimce yararlılık ilkesinden öte, Anayasa’nın 50.maddesinde düzenlenen dinlenme hakkı, kişinin yıllık izin hakkını koruma altına almış olup, bu nedenle de işçinin para karşılığı dinlenme hakkından vazgeçmesi işçi lehine bir hüküm olarak değerlendirilememelidir.

O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta; Türk hukukunda yer alan yıllık ücretli izin hakkı ile ilgili düzenlemeler doğrudan uygulama alanı bulmayacak ve asgari koruma kuralının sınırını oluşturacaktır.

(6) Tatiller

İş Kanunu’nda düzenlenen tatiller; “*hafta tatili*” (İşK md.46) ve “*ulusal bayram ve genel tatiller*” (İşK md.47) olarak ikiye ayrılmaktadır.

İşK md.46’da İşK kapsamına giren “*işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce İşK md.63’ e göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içeriğinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verileceği*” düzenlenmiştir. Hafta tatili düzenlemesinin amacı işçinin sosyalleşmesini sağlamak, ailesi ve arkadaşları ile vakit geçirmesine olanak vermektir.⁵¹⁹ Yargıtay, İşK md.46’da yer alan düzenlemeyi nispi emredici olarak kabul ederek, işçi lehine değiştirilebileceği ancak aleyhe düzenlenmesinin olanaklı olmadığı görüşündedir.⁵²⁰

⁵¹⁸ Yararlılık ilkesinin uygulanması esnasında işçinin subjektif tercihi ve değerlendirmeleri değil, objektif ve tarafsız bir değerlendirmenin önemi vardır. Bkz. Özdemir, **a.g.e.**, s.104. Özdemir makalesinde “*yıllık izin vazgeçilemeyeceğine dair hiçbir düzenleme olmadığından*” bahisle “*yararlılık ilkesinin uygulanması ile*” bu sonuca ulaşmıştır. Ancak kanaatimde Anayasa md.50’ de koruma altına alınan dinlenme hakkı, yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.

⁵¹⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.742.

⁵²⁰ Yargıtay 22.HD., 18.10.2018T., 2018/9873E., 2018/22569K., Yargıtay 22.HD., 12.03.2019T., 2016/7947E., 2019/5811K., Yargıtay 22.HD., 28.03.2019T., 2016/8447E., 2019/6866K., Yargıtay 22.HD. 24.09.2019T., 2016/19627E., 2019/17054E.

İşK md.47’de işçinin, “kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmadığı takdirde, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücretinin ödeneceği” düzenlenmiştir.

(7) Fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesi ve çalışma şartları

İş Kanunu md.41/2’de “Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.” denilmektedir. Yargıtay, kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralını, nispi emredici nitelikte kabul etmiştir.⁵²¹ Bu çerçevede tarafların sözleşme ile bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de daha yüksek bir oran belirlemeleri mümkündür. O halde fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesi ile ilgili düzenleme yabancı unsurlu bir iş sözleşmesi ile ilgili ihtilafta doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmayıp, sadece asgari koruma kuralının sınırı olarak değerlendirilmeye alınacaktır.

İşçi ile işveren arasındaki çalışma şartları kural olarak sözleşme serbestisi ilkesine tabi olmakla birlikte, TBK’da yer alan sözleşme serbestisi kadar geniş uygulanmamakta ve birtakım sınırlamalara tabi tutulmaktadır. “Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru sıralama yapıldığında; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma kurallarını” belirlemektedir.⁵²²

İşçi ve işveren arasında kurulacak olan iş sözleşmesinde yer alan çalışma şartları ile ilgili hukuk kuralları, nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.⁵²³ O halde bir iş sözleşmesi ile kanun maddesine karşın işçi lehine daha çok düzenleme yapılmış olması halinde, artık o konuda ilgili kanun maddesi değil, iş

⁵²¹ Yargıtay 9.HD., 20.06.2011T., 2009/16225E., 2011/18544K., Yargıtay 22.HD., 25.02.2016T., 2014/32609E., 2016/5678K., Yargıtay 9.HD., 26.01.2016T., 2014/28405E., 2016/1960K.

⁵²² Yargıtay 9.HD., 14.03.2012T., 2009/48774E., 2012/8417K.

⁵²³ Yargıtay 9.HD., 05.07.2013T., 2011/12075E., 2013/20592K.

sözleşmesinde yer alan hüküm uygulama alanı bulacak ve böyle bir durumda sözleşmenin kanuna aykırılığundan bahsedilemeyecektir. Ancak burada önemli olan husus, çalışma şartları kavramının içeriğinin düzgün bir şekilde belirlenmesidir. Öyle ki bazı çalışma şartları -örneğin *feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki hükümler*- mutlak emredici olarak kanunda belirlenmiş ise, artık bu tür çalışma şartlarının işçi lehine değiştirilmesi de mümkün olmayacaktır. TBK md.20 vd.'nda düzenlenen genel işlemler şartlarının iş sözleşmesinde hayat bulmuş hali olan genel iş koşulları için de aynı sonuca ulaşmakta bir sakınca yoktur.⁵²⁴ O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde çalışma şartları ile ilgili bir ihtilafta⁵²⁵, ihtilaf konusu çalışma şartının niteliği öncelikle tespit edilecek, mutlak emredici bir kanun hükmü ile düzenlenen bir çalışma şartı değilse nispi emredici kabul edilerek, asgari koruma kuralının sınırı olarak dikkate alınacaktır.

İş Kanunu md.22/son fıkrada *“ tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği ancak çalışma koşullarında değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı ”* düzenlenmiştir. Her ne kadar kanun lafzı, kuralın mutlak emredici niteliği haiz olduğu izlenimi verse de işçi lehine olmak üzere çalışma koşullarının geçmişe etkili olarak uygulanmasında herhangi bir menfaat veyahut gerekçe bulunmamaktadır. Bu nedenle kuralın amacı dikkate alındığında, bu kuralın nispi emredici olduğu söylenebilecektir.⁵²⁶ Yargıtay içtihatlarında da işçinin çalışma şartları ile ilgili hususlar, kural olarak nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.⁵²⁷ Bu nedenledir ki yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta çalışma koşullarında değişiklik ile ilgili İşK md.22/son fıkrada yer alan düzenleme doğrudan uygulama alanı bulmayacak,

⁵²⁴ Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s.90.

⁵²⁵ *“İşyeri devri, kural olarak çalışma koşullarında değişiklik olarak kabul edilmemektedir.”* Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığının her somut olayda ayrıca araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay 9.HD., 14.03.2012T., 2009/48774E., 2012/8417K., Yargıtay 9.HD. 11.07.2008T., 2007/23953E., 2008/19878K.

⁵²⁶ Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s.79.

⁵²⁷ Yargıtay 9.HD., 05.07.2013T., 2011/12075E., 2013/20592K.

MÖHUK md.27'nin uygulama sınırları çerçevesinde asgari koruma kuralının sınırını oluşturacaktır.

(8) Analık halinde çalışma ve süt izni

İş Kanunu md.74'te *“Analık halinde çalışma ve süt izni”* düzenlenmiştir. Kadınların çalışma hayatında yer alması ile birlikte, hamilelik ve hamilelik sonrası dönemde hem bedensel hem psikolojik ihtiyaçlarının gözetilmesi, anne ve bebek ilişkisinin toplum ve birey sağlığı açısından sağlıklı şekilde gelişebilmesi için bu düzenlemeler getirilmiştir. İşK md.74 gerekçesinde; *“kadınların çalışma yaşamında çoğu kez annelik veya işleri arasında bir tercih yapmak zorunda bırakıldığı, hem ailenin korunması hem de kadınların toplum içinde hak ettikleri yere gelmeleri açısından bu tür ön açıcı uygulamaların gerekli olduğu, AB ülkelerinin bir çoğunda doğum izinlerinin 16 hafta ve üzeri süreler olduğu, çalışan annelere Avusturya’ da 16 hafta, Danimarka’ da 28 hafta, Fransa’ da 16 hafta, Yunanistan’da 17 hafta, Hollanda’ da 16 hafta, İspanya’ da 16 hafta, Lüksemburg’ da 16 hafta, Belçika’ da 16 hafta, İtalya’ da 21 hafta doğum izni verildiği, doğum iznine ilişkin düzenlemelerin gelişmiş ve demokratik bir ülke haline gelmenin gerekliliği olduğu”* belirtilmiştir.⁵²⁸ Bununla birlikte eklemek isteriz ki; iş hayatında kadın erkek eşitliğini sağlamanın ön koşullarından biri de kadınları, annelik ve çalışma hayatı karşısında seçme zorunluluğundan kurtarmaktır. Bu nedenle İşK md.74'ün, dayanağını Anayasa md.10'da düzenlenen eşitlik ilkesinden de aldığı kanaatindeyim.⁵²⁹

İşK md.74/1'de *“kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmayacakları”*

⁵²⁸ İşK md.74 gerekçesi. (Çevrimiçi) https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf (27.06.2020)

⁵²⁹ İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 05.07.2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Direktifinin ‘Analık (Doğum) İzninden Dönüş’ başlıklı 15 inci maddesinde, *“doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra yine işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır.”* şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır. Yargıtay 9.HD. 15.05.2019T., 2016/1423E., 2019/11167K.

düzenlenmiş, devamı maddelerinde de ayrıntılarına yer verilmiştir. Kadınların doğum iznine ilişkin düzenlemelerin, kadınların çalışma koşullarının daha iyi hale getirilmesi olması göz önüne alındığında, bu tür düzenlemelerin nispi emredici nitelikte olduğu ve kadın işçi lehine olmak üzere sürelerin arttırılabileceği ve kapsamının genişletilebileceği açıktır.

İşK md.74/7’de “*kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceği, bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçinin kendisini belirleyeceği ve bu sürenin günlük çalışma süresinden sayılacağı*” düzenlenmiştir. Süt iznine ilişkin düzenlemeler, nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir.⁵³⁰ Bu nedendir ki analık halinde çalışma ve süt izni düzenlemeleri yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde doğrudan uygulama alanı bulmayacak, asgari koruma kuralının sınırını oluşturacaktır.

(9) Asgari ücret ve ücret güvencesi

İşK md.39’a göre; “*iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir*”. Asgari Ücret Yönetmeliği’ nin⁵³¹ 4.maddesinde asgari ücret; “*işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret*” olarak tanımlanmıştır. Yine Yönetmeliğin 12.maddesinde “*işçilere, Komisyonca belirlenen ücretlerden düşük ücret ödenemeyeceği, iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine bunun aksine hükümler konulamayacağı, işverenler tarafından, işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim yapılamayacağı*” düzenlenmiştir. Türkiye’de 29.03.1961’de yürürlüğe giren 95 No’ lu ILO (Ücretlerin Korunması Sözleşmesi) Sözleşmesinin 1.maddesinde

⁵³⁰ Ebru Erener Yılmaz, “Türk İş Hukukunda Süt İzni”, **Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:26, Sayı:1, Haziran 2020, s.387.

⁵³¹ R.G. Sayısı:25540, R.G. Tarihi:01.08.2004.

ücret; “...yapılan veya yapılacak olan bir iş veyahut görülen ve görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tesbit edilen bedel veya kazançları” ifade etmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre asgari ücret düzenlemesi nispi emredici niteliktedir.⁵³² Diğer bir görüşe göre ise işyeri asgari ücreti ve yasal asgari ücret kavramları birbirinden farklı kavramlar olup, işçi lehine daha yüksek tespit edilen asgari ücret, işyerindeki taban asgari ücreti ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.⁵³³ Kanaatimce asgari ücret ile ilgili düzenlemeler nispi emredici nitelikte olup, işçi lehine arttırılması mümkündür. İşçi lehine miktarı arttırılmış olan asgari ücretin kavram adı olarak işyeri asgari ücreti olarak adlandırılması, asgari ücret düzenlemesinin nispi emredici niteliğini değiştirmeyecektir. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan ihtilafta, asgari ücret düzenlemesi doğrudan uygulama alanı bulmayacak ve asgari koruma kuralının sınırını oluşturacaktır.

Türk mahkemeleri önündeki yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan ihtilaflarda, işçinin yurtdışındaki çalışmasına karşılık aldığı döviz ücreti açısından da net ücret ve brüt ücret ayrımı yapılmakta, işçinin döviz üzerinden aldığı aylık ücreti net kabul ederek, aylık ücret brüte çevrilmekte ve o şekilde elde edilen rakam üzerinden hesaplamalar yapıldığı görülmektedir. Yine yurtdışında çalışan Türk işçileri açısından saat ücreti ile çalışan işçilerin aylık ücretinin ne şekilde tespit edileceği de önem arz etmektedir. Yargıtay; İş Kanunu’na göre günlük yasal çalışma süresinin 7,5 saat olduğundan bahisle aylık çalışma süresini 225 saat ($7,5 \text{ saat} \times 30 = 225 \text{ saat}$) kabul ederek, işçinin yasal çalışma süresi olan 225 saatlik süreyi aşan çalışmalarını fazla çalışma kabul etmektedir. Öyle ki günlük 8 saat üzerinden çalışma ile anlaşılan bir işçi açısından, aylık 240 saat ($8 \text{ saat} \times 30 = 240 \text{ saat}$) çalışma yapıldığından bahisle, her ay 15 saat fazla çalışma yapılmış olduğunu, işçinin bu

⁵³² Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s.89.

⁵³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.346.

duruma rıza göstermesinin sonucu değiştirmeyeceği belirtilerek, bu tür davalarda işçinin aylık ücreti belirlenirken, saat ücretinin 225 ile çarpılarak tespit edilmesi gerektiğini içtihat etmiş, bu savını da kamu düzenine dayandırmıştır.⁵³⁴ Kamu düzeni kavramının yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde nasıl uygulanması gerektiğini bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz için, bu başlık altında yabancı ülkede çalışan işçinin ücreti ile ilgili net ücret/brüt ücret ayrımının yapılıp yapılmaması gerektiği, aylık ücret hesaplanırken aylık çalışma süresinin hukuki niteliği üzerinde duracağız.

Türk hukukunda iş mevzuatında yazan tüm ücretler, aksi açıkça yazılmadıkça, brüt olarak kabul edilmektedir. Nitekim işçilik alacaklarının hesaplanması sürecinde işçinin brüt ücreti esas alınmakta, kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanırken de işçinin brüt ücreti üzerine ek sosyal yardımları eklenerek giydirilmiş brüt ücret tespit edilmektedir. İşçinin net ücretinin hesaplanması ise daha çok uygulamada karşımıza çıkan bir hesaplama türüdür. Bu çerçevede işçinin net veya brüt ücreti ile ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelerin, devletin siyasi, ekonomik veya sosyal amacını gerçekleştirme amacı taşıyan bir doğrudan uygulanan kural olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde işçinin aldığı ücretin net veya brüt olarak anlaşıldığı hususuna ilişkin bir uyuşmazlıkta, öncelikle MÖHUK md.27'ye başvurularak uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ise yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden kaynaklanan davaya ilişkin 2018 tarihli bir kararında bu tartışmalara yer vermeden, Türkiye'deki kanunlara göre ücret ve kesintilerin hesaplanarak Türkiye'deki bankalar aracılığıyla ücret ödemelerinin yapılması nedeniyle, işçilik alacaklarının hesaplanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığına hükmetmiştir.⁵³⁵ Kanımızca BAM'ın bu yöndeki değerlendirmesi yetersiz olup, MÖHUK md.27'nin gereği gibi uygulanmaması nedeniyle milletlerarası hukuk hakkaniyetini zedeleyici niteliktedir.

⁵³⁴ İstanbul BAM, 26.HD., 31.03.2017T., 2017/504E., 2017/326K.

⁵³⁵ İstanbul BAM, 30.HD., 16.07.2018T., 2017/4230E., 2018/1267K.

Çalışma süresinin hukuki niteliğini ise bu çalışmanın ‘Çalışma Süresi Ölçütü’⁵³⁶ başlığı altında incelemiştik; bu çerçevede çalışma süresine ilişkin hususlarının mutlak emredici ya da nispi emredici olup olmadığına karar verilmeli, mutlak emredici nitelikte olmayan hususlarda ilgili hükümler sadece asgari koruma sınırında dikkate alınmalı, mutlak emredici olan hususlarda ise ilgili hükümler doğrudan uygulama alanı bulmalıdır.

B. Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda kamu düzeni

Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda, kamu düzeni müdahalesinin hangi durumlarda ve hangi ölçütler dikkate alınarak uygulanması gerektiği önem arz etmektedir. Bu o kadar önemli bir konudur ki; hemen hemen pek çok mahkeme kararında, salt kamu düzenine aykırı olduğundan bahisle yabancı hukukun dışlanarak, Türk hukukuna göre uyuşmazlığın çözümlendiğini görmekteyiz. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde öncelikle kamu düzeni kavramının içeriğini inceleyecek, akabinde kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kural arasındaki farkı açıklamaya ve kamu düzeni kıstasının uygulanma sürecine değinmeye çalışacağız.

Her devletin hukuku, medeni gelişmişlik seviyesine göre oluşmuştur. Devletlerin gelişmişlik seviyesine göre, hukukları da değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle yabancı unsurlu bir iş ihtilafına uygulanacak hukukun çalışma hayatına ilişkin hak ve özgürlükler bakımından, hâkimin hukukundan daha ileri ve gelişmiş bir hukuk olması mümkün iken, hâkimin hukukundan çok daha geride ve çağdaş medeniyet seviyesinden uzak bir hukuk olması da ihtimal dahilindedir. Yabancı unsurlu bir ihtilafta uygulanması gereken hukuk kaidelerinin içeriğinin de hâkim tarafından baştan bilinmesi mümkün olmadığından, bu belirsizlik karşısında ihtilafı yabancı hukuka göre çözecek olan hâkimin, yabancı hukuku

⁵³⁶ Bkz.s.157

“*kamu düzeni süzgecinden*” geçirerek⁵³⁷, kendi hukuk kültürü ve geleneği ile medeniyet anlayışına aykırı olan hukuk kaidelerini dışlayacaklardır.⁵³⁸ Bu şekilde ihtilafın görüldüğü ülke, diğer devletler ile arasına hukuk kültürü ve geleneği ile ilgili sınırlarını çizmiş olacak, ulusal hukukun politik sınırları da belirlenmiş olacaktır.⁵³⁹

Bu çalışmanın İş Sözleşmesinin Tarihçesi başlıklı bölümünde iş sözleşmelerinin esas itibarıyla işçi sınıfının ortaya çıkış dönemi olan Sanayi Devrimi ile birlikte ortaya çıktığını, bu dönemde sözleşme serbestisi prensibinin esas alındığını, ancak 20.yy. ile birlikte zayıf tarafın korunması ilkesinin savunulmaya başlandığını ve işçi-işveren ilişkisindeki kuralların kamu düzeni kavramı ile birlikte yorumlanmaya başlandığını belirtmiştik. Devletlerin sosyal mevzuatları geliştirmeye başlaması, sosyal himaye amacının ortaya çıkması ile birlikte getirilen kuralların kamu hukuku niteliği ağır basmaya başlamıştır. Bununla birlikte kamu düzeni kavramı ülkeler arasında farklılık gösterebilmekte ve hatta aynı ülkede dönem dönem toplumsal değişime bağlı olarak dahi kamu düzeni algısı değişebilmektedir.

İş hukuku hükümlerinin kamusal ağırlığını ifade etmek adına “*sosyal kamu düzenine ilişkin*” hükümler kavramı kullanılmaktadır.⁵⁴⁰ İş sözleşmelerinde işçinin zayıf taraf olarak kabul edilmesi, esas olarak işçinin işverene olan bağımlılığından ileri gelmektedir.⁵⁴¹ Doktrinde sözleşmesel ilişki içerisinde zayıf

⁵³⁷ Yabancı hukukun uygulanması sürecinde kamu düzeni müdahalesi ile ilgili Mancini doktrini ve Savigny doktrini olmak üzere başlıca iki farklı doktrin bulunmaktadır. Mancini doktrini; kamu düzeni müdahalesini bağımsız bir bağlanma kuralı olarak kabul etmektedir. Türk hukukunda kabul edilen Savigny doktrini ise; kamu düzeni müdahalesini, yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının istisnası olarak kabul etmektedir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.161.

⁵³⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.75.

⁵³⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.75.

⁵⁴⁰ Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.97.

⁵⁴¹ Bu bağımlılık hali, Fransız hukukunda irade sakatlığı hallerinden sayılan korkutma ve tehdit hallerine ek olarak sözleşmede karşı tarafın içinde olduğu bağımlılık halinin suiistimal edilerek, kendisine yapılan baskı ve zorlama olmasaydı kabul etmeyeceği düşünülen bir yükümlülük haline girmesi ve karşı tarafın da bu şekilde açıkça fahiş bir maddi menfaat elde etmesi durumu olarak sayılmıştır. Ve hatta bahsedilen bağımlılık halinin sadece ekonomik değil, aynı zamanda psikolojik açıdan bağımlı hale gelme halini de kapsayabileceği, böyle bir durumda bahsi geçen psikolojik bağımlılığın sözleşmenin diğer tarafınca kötüye kullanılıp kullanılmadığı ve yine karşı tarafın fahiş bir

tarafın tespit edilmesinde mutlak ve nispi olmak üzere iki ayrım yapılmaktadır. Zayıf tarafın tespitinde mutlak ayrım kriteri, tüketici sözleşmeleri gibi belirli bir grup kişi ya da hukuki işlemler için kullanılmakta iken; nispi ayrım kriteri kira ve iş sözleşmeleri için ağırlıklı olarak dikkate alınmaktadır. Nispi ayrım kriteri kullanılırken, sözleşmenin türünün doğurduğu özellikler ile taraflarının içerisinde bulunduğu ihtiyaç durumu zayıf tarafın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede iş sözleşmelerinde a priori -önceden ya da önsel olarak- zayıf tarafın belirlenmesi hususuna şüpheyile yaklaşılması gerektiği doktrinde savunulmuş, zayıf tarafın hak ve özgürlüğünün kısıtlanmasının ölçülü olup olmadığının her olaya özgü olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴² 21.yüzyılda iş ilişkilerinin evrilmesi ile birlikte zayıf taraf kavramına ilişkin kabuller de değişmeye ve sorgulanmaya başlamıştır.

kazanımı olup olmadığının irdelenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu çerçevede Fransız hukukunda zayıf tarafın suiistimali; “*Kişinin fiziki, psikolojik bir zayıflık halini ya da bilgisizliğini, baskı altında olsun veya olmasın, sözleşme ilişkisi içerisinde ifa gücünü aşacak ölçüde bir yükümlülük altına sokma amacıyla kötüye kullanma*” olarak tanımlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Kemal Atasoy, **Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gereğiyle Sınırlandırılması**, Doktora Tezi, Ocak 2020, Eskişehir, s.220-221.

⁵⁴² Atasoy, a.e., s.228.

1. Kamu düzeni tanımı ve Milletlerarası Özel Hukukta zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde uygulanma şekli

İş sözleşmelerinde, işçinin işverene bağımlılığının sonucu olarak sözleşmenin niteliği gereği, işçinin işverene kıyasla zayıf konumda olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında iş hukukunun “*işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alındığında, sözleşme hukukundan ayrıldığı ve farklı kurallara tabi olduğu*” belirtilmiştir.⁵⁴³ Doktrinde zayıflık halinin mutlak ve nispi olmak üzere iki farklı şekilde olabileceği kabul edilmektedir. Mutlak zayıflık hali, taraflarından birinin sözleşmenin içeriği veya sözleşmeye ilişkin mevzuata dair bilgisi olmaması anlamına gelmekte olup, özellikle tüketicilerin mutlak zayıflık hali içerisinde olduğu kabul edilmektedir. İş sözleşmeleri bakımından kabul edilen nisbi zayıflık hali ise, sözleşme taraflarından birinin ekonomik anlamda diğer tarafa muhtaç durumda olması, pazarlık gücünün olmaması, sözleşme hükümlerine sosyal açıdan bir zorunluluk olarak yaklaşması hallerinde ortaya çıkmaktadır.⁵⁴⁴ ⁵⁴⁵ Sözleşme taraflarından birinin yeterli pazarlık gücünün olmaması nedeniyle, kendisine dayatılan sözleşme maddelerini kabul etmesi, sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalan tarafın özgürlüğünü kısıtlamış olacaktır. Bunu bertaraf etmek adına zayıf tarafın korunması, düzeltici adalet anlayışının bir sonucu olup, mutlak eşitliği sağlamayı hedeflemektedir.⁵⁴⁶ İş sözleşmelerinde de işçinin sözleşme maddelerini müzakere etme konusunda pazarlık gücüne sahip olmadığı, bu nedenle sosyal koruma amacıyla iş sözleşmelerine müdahale edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Türk hukukunda zayıf tarafın korunmasının gerekliliğinin, kamu düzeni niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir. Sosyal kamu düzeni kavramını zayıf

⁵⁴³ Yargıtay 9.HD., 2009/46364E., 2010/764K., 21.01.2010T.

⁵⁴⁴ Kemal Atasoy, **a.g.e.**, s.226.

⁵⁴⁵ Zayıf taraf kavramının belirlenmesi ve zayıf taraf ile ilgili ön kabuller ile ilgili detaylı tartışma için bkz. Atasoy, **a.g.e.**, s.229 vd.

⁵⁴⁶ Düzeltici ve dağıtıcı adalet kavramları birbirinden farklıdır. Düzeltici adalet anlayışında doğrudan bir hukuki işleme ilişkin olarak müdahale söz konusu iken, dağıtıcı adalet anlayışında dolaylı olarak tüm kişileri kapsayacak bir müdahale gündeme gelmektedir. Atasoy, **a.g.e.**, s.237.

tarafın korunması ile birleştiren anlayış sonucu, işçi ve işveren ilişkisine devlet müdahale edebilmektedir. Bu çerçevede zayıf tarafın korunması ilkesi doğrultusunda kamu düzeni gerekçesi ile müdahale; eşitlik, ayrımcılık yasağı, kişiliğini geliştirme hakkı, temel hak ve özgürlükler, toplumsal barış gibi temel anayasal değerlere ilişkin durumlarda gündeme gelebilecektir.⁵⁴⁷ Öyle ki eşitsizlik halinin ekonomik düzende süreklilik arz eden bir niteliğe bürünmüş olması ve esasında bu çerçevede ekonomik huzuru ve barışı bozması da, kamu düzeni müdahalesi ile sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkate alınmaktadır.⁵⁴⁸ Bu noktada hakimlerin kamu düzeni kavramını somutlaştırarak, müdahaleye esas aldıkları temel ilkeleri açıklamaları, müphem durumlarda kamu düzeni müdahalesinden kaçınmaları önem arz etmektedir.

Kamu düzeni kavramının net bir tanımı olmamakla birlikte, içeriğinin belirlenmesi de oldukça güçtür. Bu nedenle önemli olanın kamu düzeninin gerekçesi olduğu savunulmuş ve kamu düzeni gerekçesinin somut, objektif ve bilimsel nitelikte olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁴⁹ Kamu düzeninin tanımı ile ilgili olarak doktrinde yer alan tanımlardan birkaçına değinmekte fayda görüyoruz: Çelikel/Erdem kamu düzeni kurallarını “*Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak – kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür.*”⁵⁵⁰ şeklinde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi; “(Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.” şeklinde kararında belirtmiştir.⁵⁵¹ Avrupa kamu düzeninin ise temel ilkelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğu, insan hakları konusunda objektif bir ortak standardı ifade ettiği, bu Sözleşmede yer alan ilkelerin üye devlet açısından bağlayıcı kabul

⁵⁴⁷ Atasoy, **a.g.e.**, s.266.

⁵⁴⁸ Atasoy, **a.g.e.**, s.268-269.

⁵⁴⁹ Erdem Özdemir, **a.g.e.**, s.106., Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.82.

⁵⁵⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.141.

⁵⁵¹ Anayasa Mahkemesi’ nin 28.01.1964T., 1963/128E., 1964/8K., R.G. Tarihi: 17.04.1964, R.G. Sayısı:11685.

edildiği kabul edilmektedir.⁵⁵² Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme için “*Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı*” kavramını kullanarak, Sözleşme’ye kurumsal bir nitelik yüklemekte ve üye devletler açısından ortak bir demokratik anlayış, objektif bir kamu düzeni kavramı getirmeye çalışmaktadır.⁵⁵³ Avrupa kamu düzeninin üç unsuru olarak; hukukun üstünlüğü ilkesi, kısıtlandıkları durumlarda bile özgürlüklere saygı gösterme zorunluluğu ve son olarak iç hukukta önceden belirlenmemiş olması nedeni ile özgün bir yapısı olması sayılmaktadır.⁵⁵⁴ Bu unsurlar kapsamında kamu düzeni kavramının dar yorumlanması gerektiği, istisna niteliğinde olduğu, amaç ile sebep arasında uygunluk bulunması ve tedbirin amacı bakımından ölçülü olması gerektiği savunulmaktadır. Bu çerçevede dikkate alınması gereken ölçülülük ilkesi ise sadece ulaşılması gereken amaç bakımından değerlendirilmemekte, aynı zamanda söz konusu tedbirin ulaşılacak istenen amaç bakımından uygun ve etkili olması, bu tedbirin sıkı bir şekilde gerekli olması -başka bir deyişle Devletin özgürlüğü kısıtlayıcı tedbir dışında başka bir araç kullanmasının mümkün olmaması- ve aynı zamanda tedbirin sebep olacağı zararların, tedbirin amaçlarından fazla olmaması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁵⁵ ⁵⁵⁶ Fransız hukukunda korkutma ve tehdit gibi irade sakatlığı hallerini etkileyen hususlara ek olarak sözleşme taraflarından birinin diğerine olan bağımlılığının suiistimal edilerek, mevcut baskı ve zorlama olmasaydı sözleşmede yer alan yükümlülük altına girmeyeceğinin açık olarak görülebildiği ve diğer tarafın da fahiş olarak maddi bir menfaat elde ettiği haller de sayılmıştır. Ve hatta bahsi geçen bağımlılığın sadece ekonomik değil, psikolojik de olabileceği, bu psikolojik bağımlılık karşısında sözleşmenin diğer tarafının fahiş bir kazanım elde etmesi hallerinin de irade sakatlayan hallerden biri

⁵⁵² Reyhan Sunay, “Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan “Avrupa Kamu Düzeni” Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1-2, 1999, s.311.

⁵⁵³ Özge Okay Tekinsoy, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2011, s.67.

⁵⁵⁴ Tekinsoy, **a.e.**, s.69.

⁵⁵⁵ Tekinsoy, **a.g.e.**, s.70-71.

⁵⁵⁶ Anayasa’ da temel hakların ancak kanunla sınırlandırılabilmesi kuralına yer verildiği halde, yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının TBK md.27 ile getirilmiş olması hususundaki eleştiriler için bkz. Hüseyin Hatemi, “Yazılı Olmayan Kamu Düzeni Kuralı”, **Oniki Levha Yayıncılık**, Prof. Dr. Nejla Giritlioğlu’ na Armağan, Mart 2020, s.286-288.

olması gerektiği savunulmuştur.⁵⁵⁷ 1986 tarihli bir Yargıtay kararında; “...*kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütünü olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gözükmektedir (Esener Turhan, Borçlar Hukuku, 1, Ank., 1969, sh.203). Bir başka deyişle genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları nedeniyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır. (H.Oser/W.Schönenberger, Borçlar Hukuku, Çev. Recai Seçkin, Ank.1947, Sh.157). öyle ise toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarına karşı yaptıkları sözleşmeler, kamu düzenine aykırı olmaları nedeniyle BK.m.20/1 gereğince batıl sayılmaları gerektiği olgusu çok açıktır...*” denilerek kamu düzeni ilkeleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır.⁵⁵⁸ Yine 2011 tarihli başka bir Yargıtay kararında “*kamu düzeni kavramı ile korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunan özel hukuk kurallarının*” anlaşılması gerektiği, sözleşme serbestisinin sınırlarının belirlenmesinde bu kavrama başvurulabileceği belirtilmiştir.⁵⁵⁹

Yabancı unsurlu ihtilaflarda kamu düzeni, MÖHUK md.5 uyarınca uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK md.5’te “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.*” şeklinde düzenleme mevcuttur.⁵⁶⁰ Madde metninde geçen Türk kamu düzeni kavramının aynı zamanda milletlerarası kamu düzenini de kapsadığı, bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını da kamu düzenine aykırılığın tespitinde dikkate alınması gerektiği savunulmuştur.⁵⁶¹ Yargıtay; “*MÖHUK md.5 gereğince her kamu düzenine aykırılığın yabancı hukukun uygulanmasına engel olmayacağını, sadece Türk kamu düzenine*

⁵⁵⁷ Atasoy, a.g.e., s.220.

⁵⁵⁸ Yargıtay 3.HD., 22.12.1986T., 1986/7624E., 1986/11085K.

⁵⁵⁹ Yargıtay 9.HD., 04.10.2011T., 2011/43674E., 2011/34636K.

⁵⁶⁰ MÖHUK md.5’te yer alan kamu düzeni ile MÖHUK md.54/c’de yer alan kamu düzeni uygulaması birbirinden ayrılmalıdır. MÖHUK md.5’te yer alan kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığı ile ilgilenirken; MÖHUK md.54/c’de yer alan kamu düzeni, tenfizi istenen yabancı hükmün kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemektedir. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.75.

⁵⁶¹ Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2018, İstanbul, s.165.

‘açıkça’ aykırılık durumunda göz önüne alınması gerektiği, bu ‘açıkça aykırılık’ halinin ise yabancı mahkeme ilamındaki yabancı hukuk uygulamasının Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemeyecek ölçüde olunmasını ifade ettiği” belirtilmiştir.⁵⁶² MÖHUK md.5’te aranan ‘açıkça aykırılık’ kıstası, kamu düzeninin istisnai karakterde bir uygulama olduğunu göstermektedir.⁵⁶³ Başka bir deyişle; kanun koyucu, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesini sınırlı tutmak istemiş, asıl olanın yabancı hukukun uygulanması olduğunu, kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesinin ise istisnai olarak uygulanması gerektiğini vurgulamış; bu ifade ile yabancı hukukta yer alan maddi düzenlemenin iç hukuktaki düzenlemeden farklı olmasının her zaman kamu düzenine aykırılık kabul edilmeyeceği vurgulanmak istenmiştir.⁵⁶⁴ Aksi bir durum milletlerarası hukuk hakkaniyeti ile birlikte uluslararası alanda kararların uyum içerisinde olmasını engellemiş olacaktır.⁵⁶⁵ Kanun koyucunun, kamu düzenine açıkça aykırılık aramasının bir diğer nedeni de kamu düzeni kavramının ülkeden ülkeye değişmesinin yanı sıra, aynı ülkede farklı dönemlerde dahi değişkenlik gösterebilmesidir. Örneğin iş mevzuatımızda kıdem tazminatı düzenlemesi, seneler içerisinde pek çok değişikliğe uğramış, 2003 öncesinde mutlak emredici nitelikte kabul edilirken, 2003 sonrası 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte kıdem tazminatı tavanı dışındaki kıdem tazminatı ile ilgili hususlar nispi emredici kabul edilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecek bir kamu düzeni müdahalesi de istisnai nitelikte tutulmuş, güncel zamandaki kamu düzenine açıkça aykırılık aranmıştır.

Çalışmamız açısından önemli olan husus; yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, uygulanmak istenen yabancı hukukun hangi hallerde milli kamu düzenine aykırı sayılacağına doğru bir şekilde tespit edilmesidir. Yargıtay Türk / milli / ulusal kamu düzeninin dayanağı olarak; *“Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı*

⁵⁶² Yargıtay 2.HD., 29.02.2012T., 2011/10335E., 2012/4239K.

⁵⁶³ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.78.

⁵⁶⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, 2020, s.149., Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.161.

⁵⁶⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.79.

temel adalet duygusu ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk normları, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri” göstermiştir.⁵⁶⁶ Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kamu düzeni müdahalesi, uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığın çözümlendirileceği ülke arasındaki bağın derecesine göre değişkenlik gösterecektir. Örneğin taraflardan birinin Türk vatandaşı olması veya hukuki işlemin Türkiye’ de yapılacak olması ile uyuşmazlığın taraflarının yabancı olması, uyuşmazlığın dayandığı hukuki işlemin yabancı bir ülkede tesis edilecek olması, kamu düzeni müdahalesini etkileyen unsurlar olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁷ Kamu düzeni müdahalesini etkileyen unsurların tek tek ve bilimsel olarak ele alınması -başka bir deyişle hakimın sübjektif değerlendirmelerinden arı bir şekilde değerlendirme yapması- ülke ile ilişkisi olan her uyuşmazlıkta kamu düzeni müdahalesi kullanılarak yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecektir.⁵⁶⁸ Dolayısıyla da yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, kamu düzeni kavramının içeriğinin doldurulması ve somutlaştırılması elzemdir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Yargıtay ve BAM kararlarında kamu düzeni müdahalesinin sıkça uygulandığını; ancak kamu düzeni müdahalesinin somutlaştırılmadığı ve hatta kanun maddeleri bazında genelleştirildiği görülmektedir. Oysaki istisnai nitelikte olan kamu düzeni müdahalesi, Türk iş mevzuatı çerçevesinde kanun maddeleri bakımından genelleştirilerek uygulanması, hukuka aykırıdır. Yurtdışındaki şantiyelerde iş güvenlik uzmanı olarak çalışan bir Türk işçinin işçilik alacakları ile ilgili 2018 tarihli bir BAM kararında; davalı şirketin yabancı ülke merkezli değil, Türkiye merkezli olduğu, davacının Türk vatandaşı olup, davalı şirketin de Türk Ticaret

⁵⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 10.02.2012T., 2010/1E., 2012/1K., Yargıtay 18.HD., 20.03.2014T., 2013/16914E., 2014/5145K.

⁵⁶⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.79.

⁵⁶⁸ İngiliz hukukunda da kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir müdahaleci kural olarak kabul edilmektedir. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.143.

Siciline kayıtlı şirket olduğunun sabit olduğu, bu durumda Türk iş hukukunun işçiye sağladığı asgari korumanın yurt dışında da devam edeceği, bu yönü ile işçiyi koruyucu düzenlemelerin kamu düzeninden olduğu, bu nedenle de davalı işverenin yabancı devlet hukukuna atıf ile Türk hukukundaki hakları dışlar biçimdeki savunmalarının dikkate alınmamasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁵⁶⁹ Libya'daki yurt dışı projelerinde oto elektrik ustası olarak çalışan bir işçinin işçilik alacakları ile ilgili BAM kararında; ülkeler arasındaki ikili sözleşmelerin Türk iş hukuku mevzuatındaki düzenlemeleri bertaraf etmediği, iş sözleşmesi ile ilgili mevzuatta işçi lehine nisbi sınırlamalara gidildiği, MÖHUK md.27/1 uyarınca *“iş sözleşmelerinin, işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğu”*, davalı şirketin Libya merkezli değil, Türkiye merkezli olduğu, davacının Libya'daki şube işyeri üzerinden istihdam edildiği, davacının Türk vatandaşı olduğu, davalı şirketin de Türk Ticaret Siciline kayıtlı şirket olduğu, bu nedenle Türk iş hukukunun işçiye sağladığı asgari korumanın Libya'da da devam ettiği, bu yönü ile işçiyi koruyucu düzenlemelerin kamu düzeninden olduğu yönünde karar tesis etmiştir.^{570 571}

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda; Türk Yargıtay ve BAM kararlarında, iş mevzuatının kategorik olarak kamu düzeninden kabul edildiği, uygulanması gereken yabancı hukukun ilgili hükümlerinin yaratacağı sonucun dikkate alınmadığı ve hatta böyle bir düşünce sistemine girilmeden, bu konuda herhangi bir tartışma yapılmadan, doğrudan kamu düzeni gerekçesi ile Türk hukukunun uygulandığı görülmektedir. Yargıtay 9.HD.'nin 06.11.2012T., 2012/8221E. 2012/36419K. sayılı kararı şu şekildedir:

⁵⁶⁹ İstanbul BAM, 30.HD., 16.07.2018T., 2017/4230E., 2018/1267K.

⁵⁷⁰ İstanbul BAM, 32.HD., 09.02.2017T., 2016/254E., 2017/84K., İstanbul BAM, 32.HD., 09.02.2017T., 2016/255E., 2017/83K.

⁵⁷¹ Türk hukukunda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu' nun 5.maddesinde düzenlenen iş mahkemelerinin yetkisi, kamu düzeninden kabul edilmektedir. Bu nedenle de sözleşme ile sadece ikametgâh veya işyeri mahkemesinin yetkisinin kaldırılmasının değil, bunların yetkilerine dokunmaksızın bir başka yer mahkemesinin yetkili kılınması da kamu düzenine aykırı bulunmaktadır. Yargıtay HGK, 24.03.2013T., 2012/9-1435, 2013/569K.

“...Yurt dışında hizmet alanında faaliyet yürütmek için bulunduğu ülke mevzuatına göre işyeri açan ve işveren olan Türk vatandaşlarının, bu işyerinde çalışmak üzere Türkiye’ den çalışmak üzere Türk vatandaşı gerçek kişileri işçi sıfatı ile götürdükleri ve bunun geneldeKurumu vasıtası ile kurum kayıtları yerine getirilmeden turist vizesi ile çalıştırılmak üzere götürülmekte ve yurt dışındaki ülke mevzuatı ile kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmaktadır. İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurtdışındaki yabancı şirket ile organik bağı değerlendirildiğinde Türk iş hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’ deki kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır...Somut bu delillere göre yurt dışı işyerinde çalışma nedeni ile yabancılık unsuru içeren taraflar arasındaki uyuşmazlıkta davacının Türk vatandaşı olması, yurt dışında çalıştığı işin davalı tarafından yürütülmesi, ücretin ödendiği yer, yurt dışına davalı şirket veya bağlı bulunduğu grup tarafından götürülmesi gibi olgular dikkate alındığında davalılardan ... yurt dışındaki işyeri ve yabancı ülke hukukuna göre kurulan işyerini işleten işveren ile organik bağ içinde olduğu anlaşıldığından, maddi olgulara ve emredici kurallara göre uyuşmazlığın Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesi gerekir...”

Mahkemenin bu kararında toptancı bir yaklaşım ile kamu düzenini uyguladığı açıkça görülebilmektedir. Oysaki iş mevzuatında yer alan kuralların emredici

niteliği, kamu düzeni müdahalesini her zaman gerektirmemektedir. Nitekim kanun koyucu bu saikle hareket ederek, kamu düzeni kavramından farklı olarak doğrudan uygulanan kural kavramı ihdas etmiş, yine emredici hükümleri de kendi içerisinde mutlak ve nispi olarak ikiye ayırmıştır. O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta sadece doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde, MÖHUK md.27'ye başvurulmadan, ilgili kural uygulanacaktır. Bunun dışındaki hallerde öncelikle MÖHUK md.27'ye başvurulacak, yabancı hukukun uygulanması gerektiği tespit edildiği takdirde, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin doğuracağı sonuçların kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı incelenecektir.

2. Kamu düzeninin iki etkisi: olumlu etki ve olumsuz etki

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kamu düzeninin uygulama alanı bulması, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı şekilde olabilmektedir. Kamu düzenin bu iki etkisi, MÖHUK md.5'te yer alan “*gerekli görülen hallerde*” ifadesi ile belirtilmiştir.⁵⁷² Kamu düzeninin olumlu etkisi, yabancı hukukun kuralları ile çözümlenemeyen hallerde milli hukukun belirli bir hükmünün uygulanması imkanını vermektedir. Örneğin evlenmek isteyen ancak farklı dinlere mensup iki kişi, salt kendi hukuklarında farklı dinlere mensup kişilerin evlenmesine izin verilmediğinden bahisle evlenme engeli ile karşılaştıklarında, bu husus Türk hukukunda bir evlenme engeli kabul edilmediğinden ve yine Türk hukukuna göre din ayrımı yapmak kamu düzenine aykırı bir husus olarak kabul edildiğinden, bu kişilerin evlenmeleri ile ilgili işlemlere Türk hukuku uygulanacaktır.⁵⁷³ Kadınların çalışmasını yasaklayan bir yabancı hukukun uygulanması da Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesi gereğince uygulama alanı bulamayacak ve kamu düzeninin olumlu etkisi ile Türk hukuku uygulanacaktır. Kamu düzeninin olumsuz etkisi ile ise yabancı hukukun uygulanması ile ortaya çıkan sonucun, milli hukukta ortaya çıkardığı sonucun kamu düzenini ihlal etmesi

⁵⁷² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.151., Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.169.

⁵⁷³ Burcu İrge Erdoğan, “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:20, Sayı:1, 2018, s.406

nedeni ile yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmamasıdır.⁵⁷⁴ Kamu düzeninin olumsuz etkisine örnek olarak da yabancı ülke hukukunda kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması Türk toplumunda tahammül edilemez bir durum yaratacak ve bu sebeple de bir işçinin hak etmesine rağmen kıdem tazminatı almamasına cevaz verilmeyecektir. Kıdem tazminatının hesaplanma şekli ile miktarı hususu ise bu kapsamda değildir.⁵⁷⁵ Bu aşamada kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi de göz önünde bulundurulmaktadır. Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi ise; Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygun bulunmayan bir durumun, uyuşmazlığın taraflarından biri ya da her ikisi açısından ağır derecede mağduriyet yaşanacak olması durumunda devreye girmektedir.⁵⁷⁶ Örneğin; Türk hukukuna göre geçersiz bir iş sözleşmesi, yabancı hukuka göre geçerli bir şekilde yapıldıysa ve bu sözleşmeden doğan hakları ile ilgili Türkiye’de bir mesele ortaya çıkarsa, salt iş sözleşmesinin Türk hukukuna göre batıl bir sözleşme olmasından bahisle hak kaybı yaratılmayacak ve kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi doğrultusunda yabancı hukuka göre çözüm bulunabilecektir.

⁵⁷⁴ Erdoğan, **a.e.**, s.406., Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.76., Elçin, **a.g.e.**, s.196-200., Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, s.53., Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.167.

⁵⁷⁵ Bkz.s.164.

⁵⁷⁶ Erdoğan, **a.g.e.**, s.411., Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.217.

3. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Kamu Düzeni Arasında Fark Olup Olmadığına Dair İncelemeler

Kamu düzeni kavramı ile doğrudan uygulanan kurallar kavramının birbirinden farklı olup olmadığı ile ilgili farklı görüşler vardır. Hâkim görüşe göre her ne kadar her iki kavram da yabancı hukukun uygulanmasını engelliyor olsa da aralarında yöntem farkı vardır. Yabancılik unsuru taşıyan bir iş ilişkisine, Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural bir yönüyle etki etmekteyse, artık doğrudan uygulanan kuralın kapsamına giren mesele bakımından Türk kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurulmaksızın, doğrudan ilgili doğrudan uygulanan kural uyuşmazlığa uygulanacak iken; kamu düzeni müdahalesi yabancı hukukun uygulanması halinde ortaya çıkan sonucun açıkça kamu düzenine aykırı olması halinde devreye girecektir.⁵⁷⁷ Diğer bir görüşe göre her iki kavram da devletin kamu düzenini sağlamasını amaçlamaktadır. Bu görüş savunucularına göre doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeninin olumlu etkisidir. Kavram karmaşasına yol açmamak adına iki ayrı kavram kullanarak, kullanım alanlarının ayrılması gerekli görülmektedir.⁵⁷⁸ Marjinal olarak kabul edilen başka bir görüşe göre ise; iki ayrı kavrama gerek yoktur, her iki kavram esasında kamu düzeni istisnasının uygulama şekline ilişkindir.⁵⁷⁹

Doğrudan uygulanan kural ile kamu düzeni istisnası arasındaki temel farkları şu şekilde belirtebiliriz: kamu düzeni istisnası, yabancı hukukun uygulanması ile toplumun kabul edemeyeceği bir sonucu engeller iken; doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan doğrudan uygulanan kural uygulama alanı bulur. Kamu düzeni istisnası Türk hukukunda temel değerleri koruma amacı ile hâkim tarafından değerlendirmeye alınırken, doğrudan uygulanan kurallar yazılı hukuk metinlerinde yer almaktadır. Doğrudan uygulanan bir kuralın uygulanacağı hallerde, kamu düzeni istisnasına

⁵⁷⁷ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2019, s.94.

⁵⁷⁸ Kösoğlu, **a.g.e.**, s.153. Özdemir, **a.g.e.** (1998), s.29.

⁵⁷⁹ Özdemir, **a.g.e.** (1998), s.29.

başvurulmayacaktır, zira hâkim yabancı hukuku değerlendirmeye dahi almayacaktır. Doğrudan uygulanan kuralın uygulanma amacı, ilgili kuralın uygulanmaması halinde devletin çıkarlarını önemli derecede zedeleyecek olması iken; kamu düzeni istisnasının uygulanma amacı, toplumda infial yaratacak bir durumun engellenmesi ile kamu düzeninin bozulmamasıdır. İki kavram arasındaki bir diğer farklılık da kamu düzeni istisnasının sadece lex fori bakımından değerlendirmeye alınmasıdır, başka bir deyişle yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesi, for hakimini ilgilendirmeyecektir.⁵⁸⁰ Oysaki kanundaki şartların varlığı halinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da uygulama imkânı verilebilecektir. Her iki kavram arasındaki farklılık, müdahale ettikleri konular bakımından da görülebilmektedir; doğrudan uygulanan kurallar genel olarak sözleşmeler alanına müdahale ederken, kamu düzeni istisnası daha çok şahsın hukuku ve aile hukuku alanında kendini göstermektedir.⁵⁸¹

Türk mahkeme kararlarında yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda; doğrudan uygulanan kurallar (mutlak emredici kurallar) ile kamu düzeni istisnası uygulamalarının birbirine karıştırıldığı, bu kavramların uyuşmazlıklara uygulanırken detaylı bir inceleme ve gerekçelendirme yapılmadığı görülmektedir. Oysaki abesle iştigal etmeyeceği kabul edilen yasa koyucu, bu kavramları bilinçli olarak ihdas etmiş olup, kavramların hukuka uygun şekilde kullanılmaması ve davaya uygulanmaması, milletlerarası hukuk hakkaniyetini zedeleyecektir. Belirtmek isteriz ki mutlak emredici kuralların, doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu yönündeki tezimiz, sadece iş ve sosyal güvenlik mevzuatı ile sınırlı olmak üzere ileri sürülmüştür. Türk Mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta yapılması gereken şudur: Mahkeme öncelikle Türk hukukunun uyuşmazlığa uygulanması gereken bir doğrudan uygulanan kuralı (mutlak emredici kural) olup olmadığını tespit edecek -örneğin münhasıran Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş işler-; doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde MÖHUK md.27'ye başvurmadan ilgili doğrudan uygulanan kuralı uyuşmazlığın

⁵⁸⁰ Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 2018, İstanbul, s.183.

⁵⁸¹ Kösoğlu, **a.g.e.**, s.154., Hatice Özdemir, **a.g.e.** (1998), s.33.

ilgili bölümüne uygulayacaktır. Uyuşmazlığa uygulanacak bir doğrudan uygulanan kuralın mevcut olmaması halinde, hâkim MÖHUK md.27'ye göre uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuku tespit edecektir. Mahkemenin bu şekilde tespit edeceği hukuk, Türk hukuku dışındaki bir yabancı hukuk ise, bu yabancı hukuka göre uyuşmazlığı çözümleyecek; yabancı hukukun uygulanması ile toplumda açıkça kabul edilemeyecek şekilde bir sonuç ortaya çıkması halinde, kamu düzeni istisnasına başvurarak, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecektir. Bu noktada Mahkemenin dikkat etmesi gereken bir diğer husus ise; iş sözleşmelerinden doğan davalarda davacı işçinin birden fazla talebi olması halinde, her talep edilen kalem bakımından yabancı hukukun ortaya çıkaracağı sonuç ayrı ayrı değerlendirilmeli ve hangi alacak kalemi açısından kamu düzenine aykırı bir sonuç ortaya çıkıyorsa, sadece o alacak kalemi bakımından yabancı hukukun uygulanması engellenmelidir.

4. MÖHUK md.27 çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin aralanması ile organik bağ kavramının kamu düzeni perspektifinden incelenmesi

Tüzel kişiler hukukundaki temel prensiplerden birisi ‘kişi bağımsızlığı’, diğer söyleyişle ‘kişi ayrılığı’ ilkesidir. Bu ilke; tüzel kişilerin kurucularından, ortaklarından, üçüncü kişilerden veya üçüncü şirketlerden ayrı bir hukuki varlık olmasını ifade etmekte^{582 583} ve devamında da sermayedarların sadece koydukları sermaye ile sorumlu olmasını ifade eden sınırlı sorumluluk ilkesini getirmektedir.⁵⁸⁴ Ancak bu ilke, mutlak değildir ve şirketin diğer hukuki varlıklarla arasındaki perdenin hakkaniyeti zedelediği hallerin varlığı halinde, bu perdenin kaldırılması mümkün hale gelebilecektir. Bu çerçevede tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisini; tüzel kişilik ile onu oluşturan gerçek kişiler veya tüzel kişilik ile bağlantılı üçüncü tüzel kişiler arasındaki ayrılık prensibinin istisnai hallerde göz ardı edilerek; iki ayrı hukuk süjesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi olarak tanımlayabiliriz.⁵⁸⁵ Ancak eklemek isteriz ki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, istisnai nitelikte olup; her olayda bu teoriye başvurmak kişiler hukukunun temel prensiplerini zedeleyecek ve hukuka güveni sarsacaktır.⁵⁸⁶

⁵⁸² Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, Beta Yayınevi, 2012, İstanbul, s.9.

⁵⁸³ İş Kanunu md.2 çerçevesinde tüzel kişiliğin olması, İşveren olarak kabul için zorunlu olmayıp, Kurum olması yeterli kabul edilmektedir. Yargıtay 22.HD., 14.05.2013T., 2012/22684E., 2013/10887K.

⁵⁸⁴ Damla Küçük, “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Cilt:77, 2019, s.291.

⁵⁸⁵ İpek Sağlam, **Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995, s.44., Şahin Akıncı, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3., 2019, s.660, Gökhan Antalya, **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi**, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.42.

⁵⁸⁶ Ersin Çamoğlu, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulamaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt:32, Sayı:2, Haziran 2016, s.12.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi⁵⁸⁷, esas olarak Common Law olarak bilinen Anglo-Amerikan hukuk sisteminde 1800’lü yıllarda doğmuş olmakla birlikte⁵⁸⁸, günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülke hukuklarında da uygulanmaya başlanmıştır.^{589 590} Türk hukukuna ise ilk defa 1963 yılında girmiştir.⁵⁹¹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki dayanağı olarak kötüye kullanma teorisi ile normların amaçları teorisi olmak üzere iki farklı teori ileri sürülmüştür.^{592 593} Kötüye kullanma teorisi sadece dürüstlük kuralına aykırı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliği savunulurken; normların amaçları teorisinde her somut olayın özelliğine göre tüzel kişilik perdesinin aralanmasının gerekip gerekmediği incelenerek, tüzel kişiliğin bağımsızlığını koruyup korumaması gerektiğine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak kötüye kullanma teorisi hakimdir.⁵⁹⁴ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

⁵⁸⁷ Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi en yaygın olarak ticari şirketler ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Vakıf ve dernekler ile ilgili olarak çok az sayıda vaka vuku bulmuştur. Sağlam, **a.g.e.**, 42. Vakıflar arasındaki organik bağın incelenmesi ile ilgili 09.06.2017 tarihli, 2016/3E., 2017/4K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında vakıflar arasında organik bağ incelemesi yapılmış ve vakıfların yönetimlerinin birbirinden farklı olması, farklı il ve ilçelerde faaliyet göstermeleri nedeni ile organik bağdan söz edilemeyeceğine karar verilmiştir.

⁵⁸⁸ Karen Vandekerckhove, **Piercing the Corporate Veil**, 4.Eur. Company L.191, Volume:4, Issue:5, 2007, s.191.

⁵⁸⁹ Antalya, **a.g.e.**, s.147., Sağlam, **a.g.e.**, s.2., Namık Kemal Uyanık, **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ**, Seçkin Yayınevi, 2019, Ankara, s.27.

⁵⁹⁰ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul edilmiş ve şirketin kendi organları ya da tasfiye memurları aracılığıyla hak iddiasında bulunamaması halinde, ortakların başvuru yapabilmesine olanak tanınmaktadır. AİHS kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ozan Can, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında malvarlığı Haklarının Korunmasında Ticaret Şirketi Ortaklarının Başvurucu Sıfatının Değerlendirilmesi ve Tüzel Kişilik Perdenin Kaldırılması Teorisi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2016, s.71-82.

⁵⁹¹ Akıncı, **a.g.e.**, s.660.

⁵⁹² Hakkın kötüye kullanılması teorisi Alman hukukçu Rolf Serick tarafından 1955 yılında profesörlük takdim tezi ile ileri sürülmüştür. Bkz. Antalya, **a.g.e.**, s.42. Ancak 1920’ li yıllardan itibaren istisnai hallerde tüzel kişilerde ayrılık prensibini göz ardı eden Mahkeme kararları da mevcuttur. Kâmil Yıldırım, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.56.

⁵⁹³ Normun amacı teorisinin kurucusu olarak Müller Freinfels gösterilmektedir. Normun amacı teorisinde özel kast aranmamaktadır. Bkz. Lerzan Yılmaz, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.69. Normun amacı teorisinde tüzel kişiliğin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değil, her olayda normun kanuni kapsamı ve koruduğu çıkarlar araştırılarak, hâkim ortağın malvarlığına gidilip gidilmemesi gerektiğine karar verilmektedir. Bkz. Selçuk Özbek, Tekin Memiş, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.198.

⁵⁹⁴ Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s.20-21.

teorisinin Türk hukukundaki hukuki dayanağı olarak ‘Dürüst Davranma’ başlıklı TMK md.2’de düzenlenen; “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” düzenlemesini gösterebiliriz. TMK md.2’nin tüzel kişiliğin bir perde olarak, kötü niyetle kullanıldığı hallerde uygulama alanı bulacağı⁵⁹⁵ ve hatta bazı durumlarda TMK md.2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması durumunun, kanuna karşı hilenin vuku bulması sonucunu da doğurabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹⁶ Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralının yanı sıra kanuna karşı hile, ahlaka aykırılık (TBK md.49/2), tarafta muvazaa ve namı müstear kurumlarına da başvurulabileceği savunulmuştur.⁵⁹⁷

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanma alanları ile ilgili olarak Anglo Amerikan sisteminde farklı metotlar da gösterilmiştir: perdenin ardına bakılması, perdenin delinip içine girilmesi, perdenin uzatılıp genişletilmesi ve perdenin tamamen görmezden gelinmesi.⁵⁹⁸ Buna göre; tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından önce Mahkeme, tüzel kişilik perdesinin ardına bakar ve ciddi bir araştırma yapar. Bu araştırmada şirketin oluşumu, kontrolü, holding veya yavru şirket gibi şirketin çeşidi, şirketin merkezi, şirketin vergilendirme açısından yükümlü olduğu yer gibi hususlar araştırılır. Bu ciddi araştırma sonrasında yani tüzel kişinin perdesinin ardına bakılması sonrası elde edilen veriler ile Mahkeme bir basamak ileri giderek, perdenin kaldırılmasına karar verebilir.⁵⁹⁹ Perdenin delinip içine girilmesi metodunda ise perdenin ardına bakmakla yetinilmeden, şirketin kontrolü elinde bulunduran ortaklara ulaşılmaktadır. Perdenin uzatılıp genişletilmesi (extending the veil) ise perdenin uzatılıp birkaç şirketi içine alacak ölçüde genişletilmesidir. Bu durumda artık Mahkeme, perdeyi kaldırdığı iki şirket açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmayacak ve iki şirketi ‘tıpkı başka

⁵⁹⁵ Sağlam, **a.g.e.**, s.27., Akıncı, **a.g.e.**, 660.

⁵⁹⁶ Sağlam, **a.g.e.**, s.33. Anglo Amerikan sisteminde de bağımsız kişiliklerin kanuna karşı hile oluşturduğu durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmektedir. Sağlam, **a.g.e.**, s.47., Çamoğlu, **a.g.e.**, s.15.

⁵⁹⁷ Antalya, **a.g.e.**, s.41.

⁵⁹⁸ Sağlam, **a.g.e.**, s.76.

⁵⁹⁹ Sağlam, **a.g.e.**, s.68.

kostümlere bürünmüş olan aynı varlık gibi' bir bütün olarak kabul edecek, örtüyü yeniden şirketlerin üzerine örtecektir.⁶⁰⁰ Mahkemenin şirketi bir tüzel kişilik olarak kabul ederken, o şirketin arkasında bulunan gerçek kişiye ulaşmayı hedeflemesi halinde; perdeyi delip içine girme metodunu uygulaması gerekmektedir. Öte yandan Mahkemenin ortaklardan yararlanarak şirkete ulaşmayı hedeflemesi halinde perdenin uzatılıp genişletilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle perdenin delinip içine girilmesinde ortaklara ulaşma amaçlanırken, perdenin uzatılıp genişletilmesi metodunda diğer şirkete ulaşmak hedeflenmektedir. Bir diğer metot ise en sert yaptırım olarak kabul edilen perdenin tamamen görmezden gelinmesidir (ignoring the veil).⁶⁰¹ Türk doktrinde de hakim görüşe göre tüzel kişilik perdesinin şu hallerde kaldırılabilirliği savunulmaktadır: şirket ortaklarının şahsi malvarlığı ile şirket malvarlığının birbirine karışması, yabancı yönetim, kurumsal kötüye kullanma ve özkaynak yetersizliği.⁶⁰² Yargıtay içtihatlarında *"tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması"* tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenleri olarak sayılmıştır.⁶⁰³

Türk doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılma metodu olarak düz (dikey), ters ve çapraz olmak üzere üç yöntem⁶⁰⁴ kabul edilmektedir.⁶⁰⁵ Çalışmamızın

⁶⁰⁰ İpek Sağlam, **a.g.e.** (1995), s.71-73.

⁶⁰¹ İpek Sağlam, **a.g.e.** (1995), s.80.

⁶⁰² Şahin Akıncı, **a.g.e.**, s.662-663., Selçuk Öztekin, Tekin Memiş, **a.g.e.**, s.207-208.

⁶⁰³ Yargıtay 22.HD. 14.05.2013T., 2012/22684E., 2013/10887K.

⁶⁰⁴ Doktrinde *"tülü kaldırma"*, *"perdenin delinmesi"*, *"örtünün aralanması"*, *"perdenin aralanması"* kavramları da kullanılmaktadır. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ise perdenin kaldırılması ilkesini, ışıldak ilkesi olarak nitelendirmiş ve adaletin ışığı oraya kadar yansın şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.146-147. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının karşılığı olarak İngilizce'de *"piercing the corporate veil"* (tüzel kişilik örtüsünün aralanması), *"lifting the veil"* (örtünün kaldırılması), *"the alter-ego doctrine"* (alt benlik doktrini), *"disregard of legal entity"* (tüzel kişiliğin gözardı edilmesi) gibi kavramlar kullanılmaktadır. Sağlam, **a.g.e.**, s.41. Fransız hukukunda *"sosyal örtünün kaldırılması"*, *"tüzel kişiliğin silinmesi"*, *"ahlaki kişiliklerin etkilerinin dışlanması"*, *"tüzel kişiliğin göreliliği"*, Hollanda hukukunda *"sınırlı sorumluluğun kaldırılması"* olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Uyanık, **a.g.e.**, s.32.

⁶⁰⁵ Tüzel kişiye ait bir borçtan dolayı, tüzel kişinin yöneticilerinin de sorumlu tutulması tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması ile mümkündür. Bir şirket ortağının şahsi borçlarından dolayı, ortağı olan tüzel kişinin malvarlığı ile de sorumlu tutulması ise tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması teorisi ile

konusu olan yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması gündeme gelmektedir.⁶⁰⁶ Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması; görünürde birbirinden bağımsız ancak aslında tek bir ekonomik faaliyet için kurulmuş iki veya daha fazla şirketin arasındaki perdenin aralanmasını ifade etmektedir. Bu yöntem ile kardeş şirketler arasında, özellikle ana şirket ile yavru şirket arasında perde çapraz şekilde kaldırılmaktadır.⁶⁰⁷ Bu durumda “*kişiler arası özdeşlik*” ilkesi de devreye girebilmektedir.⁶⁰⁸ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ana şirket ve yavru şirket arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi⁶⁰⁹ için ana-yavru şirket arasında kontrolün aşılması gerekli görülmektedir. Bu çerçevede ana-yavru şirket arasındaki çıkar ve mülkiyet birliği, yöneticilerin ve çalışanların aynı kişiler olması, finansmanın birbirine karışmış olması, faaliyet alanının ortaklığı, yavru şirketin sermayesinin yetersiz olması, yavru şirkette yerine getirilmesi gereken bürokratik işlemlerin eksik olarak yapılmış olması, ana şirketin yavru şirket üzerinde finansman ve ticari faaliyetler ile ilgili olarak tam bir hakimiyet kurmuş olması, bu hakimiyetin de kanuna karşı hile amacıyla tesis edilmesi ve son olarak

ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s.16-17., Akıncı, **a.g.e.**, 663. İbrahim Kaplan, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt:25, Sayı:4, Aralık 2009, s.40-341.

⁶⁰⁶ Doktrinde tüzel kişilik perdesinin dikey, ters ve yatay olmak üzere üç şekilde olduğu, yavru şirket ve ana şirket arasındaki perdenin düz ya da ters şekilde kaldırılabilceği, iki yavru şirket arasındaki perdenin ise yatay olarak kaldırılabilceği de ifade edilmektedir. Bkz. Uyanık, **a.g.e.**, s.35.

⁶⁰⁷ “...Her ne kadar davalılar tüzel kişi olup, tüzel kişiler arasında da akrabalık ilişkisi olmaz ise de, az yukarda anlatılan nedenlerle iki tüzel kişi arasında organik bağ bulunduğundan, davalı L.Gıda A.Ş.’nin iyi niyetli olmadığı ve borçlu şirketin durumunu bildiği, dolayısıyla bu tasarrufun İİK’ nın 280.maddesi uyarınca batıl olup, iptale tabi olduğu aşıkardır...” Yargıtay 15.HD. 23.01.2001T., 2000/5126E., 2001/399K.

⁶⁰⁸ Bir tüzel kişinin ortaklarının, salt kötü niyetli bir şekilde sorumlulukların kurtulma amacıyla bir başka bir tüzel kişi ortağı olarak faaliyette bulunması halinde, sorumluluk perdesinin aralanması ile bu tüzel kişinin ortaklarının sorumluluğuna gidilmesi halinde, perdenin kaldırılması değil, kişilerde özdeşlik ilkesinin kullanılabilceği de belirtilmektedir. Sağlam, **a.g.e.**, s.45.

⁶⁰⁹ Tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması ile ilgili olarak ilk Mahkeme kararının ABD’ de görülen Berkey v.Third Avenue Railway Company davası olduğu ve ilgili kararda yavru şirketin, “vekalet ilkeleri uyarınca vekalet veren asıl adına hareket etme yetkisine sahipse, asıl kişi vekilinin filleri için sorumlu” mantığı ile vekil teorisine dayandığı ifade edilmiştir. Bkz. Uyanık, **a.g.e.**, s.34.

bu hukuka aykırı davranış ile davacının talepleri arasında neden-sonuç ilişkisinin varlığı aranmaktadır.^{610 611}

Türk doktrinde tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması⁶¹² için şirketler arasında iktisadi bütünlük bulunması elzemdir. Şöyle ki; büyük çaplı kuruluşların, farklı ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesi amacıyla, farklı organizasyon yapıları ve farklı finansal departmanlarla kurdukları grup şirketler arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kabul edilmemektedir.⁶¹³ Başka bir deyişle; iki veya daha çok şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin TMK md.2 gereğince ancak açıkça hakkın kötüye kullanılması durumu var ise kaldırılabilir kabul edilmektedir. Yine belirtmek gerekir ki perdenin çapraz olarak kaldırılması sadece ana şirket-yavru şirket⁶¹⁴ arasında değil, aynı zamanda tek bir ana ortaklığa bağlı olmayan

⁶¹⁰ Sağlam, a.g.e., s.89-90.

⁶¹¹ Anglo Amerikan hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin artık çağın gereklerine tam anlamı ile karşılamadığı gerekçesi ile tek işletme sorumluluğu teorisi ileri sürülmüştür. Bu teori kavramında işletme kavramı; “(hukuken ayrı tüzel kişiliklere sahip) birden fazla şirketin oluşturduğu birleşik ekonomik grubu” ifade etmektedir. Tek işletme sorumluluğu teorisi ile tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi arasındaki temel ayrım, tek işletme sorumluluğu teorisinin şirket topluluklarına özgü olarak ileri sürülmesi olup, tek işletme teorisinde topluluk bir bütün olarak sorumlu tutulmakta, ortakların sorumluluğuna gidilmesi kabul edilmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Küçük, a.g.e., s.289 – 360.

⁶¹² Yargıtay kararlarında da perdenin çapraz kaldırılabilirliğine açıkça yer verilmektedir. Yargıtay 22.HD. 14.05.2013T., 2012/22684E., 2013/10887K.

⁶¹³ Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s.18.

⁶¹⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ nun (R.G. Sayısı:27846, R.G. Tarihi:13.01.2011) 195.maddesinde hâkim ve bağlı şirketler, TTK md.202’de de hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması düzenlenmiştir. “Hâkim ve bağlı şirket” başlıklı TTK md.195: “(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1.Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2.Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3.Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b)Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’ de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

(2)Birinci fıkrada öngörülen haller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hakimiyetinin varlığına karinedir.

(3)Bir hakim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hakim olması, dolaylı hakimiyettir.

(4)Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

ve bağımsız şirket olarak gözüken iki veya daha fazla şirket arasındaki perde de kardeş şirketler olduğu kabul edilerek kaldırılabilir. ⁶¹⁵ ⁶¹⁶ Ancak grup şirketlerinin ve holdinglerin varlığı durumunda, salt aralarındaki finansman desteğine bakarak tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması doğru değildir; perdenin kaldırılabilmesi için bu oluşumların kötü niyetli olarak ve hayatın olağan akışına aykırı bir şekilde kurulmuş olması aranmalıdır. Başka bir deyişle; bu şekilde bir kötü niyetin tespit edilememesi durumunda, bahsi geçen oluşumun ticari hayatın gerekliliği çerçevesinde kurulan bir ilişki veyahut salt şirketin tek ortağı ya da yöneticisi olmak tüzel kişilik perdesinin aralanması için yeterli gelmeyecektir. ⁶¹⁷ Bu süreçte en önemli mihenk taşının ana şirketin, diğer şirket üzerindeki kontrol derecesi olduğu ifade edilmektedir. ⁶¹⁸ Bu aşamada TTK'nın 209.maddesinin de dikkate alınması gerektiği kanaatindeyim. “*Güvenden doğan sorumluluk*” başlıklı TTK md.209’a göre; “*hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarının kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu olacaktır*”. O halde yurt dışında çalışacak bir işçiyi göz önüne aldığımızda; toplumda itibarı olan kurumsal bir şirketin ismine güvenerek, onun bağlantılı olduğu kanaati ile yurt dışındaki bir şirket nezdinde çalışmaya gidiyor ise, hâkim şirket olan Türk şirketi, yaratmış olduğu bu güvenden sorumlu tutulmalıdır ki bu durum da zaten TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

Türk mahkeme kararlarını incelediğimizde; tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının ilk olarak 2006 yılında Yargıtay 19.Hukuk Dairesi tarafından kullanıldığını, 2006 yılına kadar alacaklıları koruyucu kavram olarak organik bağ

(5)Şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de 195 ila 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.” şeklindedir.

⁶¹⁵ Akıncı, **a.g.e.**, 665.

⁶¹⁶ Yargıtay 17.HD., 11.06.2013T., 2012/3251E., 2013/8880K.

⁶¹⁷ Çamoğlu, **a.g.e.**, s.13., Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s.154.

⁶¹⁸ Uyanık, **a.g.e.**, s.264.

kavramının kararlarda yer aldığını görmekteyiz.⁶¹⁹ Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk Mahkemeleri sık sık tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurmakta, bu kapsamda organik bağ ve kişide özdeşlik gibi kavramlara da sık sık yer vermektedir. Ancak Yargıtay kararlarında bu kavramlara bakış açısı son yıllarda görünür şekilde değişmeye başlamıştır.

Türk mahkemelerinin bu kavramları kullanma şeklini görmek amacıyla örnek bir BAM kararına konu davada davacı işçi, Libya’ da kurulu şirket nezdinde çalışmakta, ancak taleplerini Türkiye’ de kurulu Türk şirketine yöneltmiştir. Bursa BAM bahse konu kararında⁶²⁰ şu ifadelere yer vermiştir: “...Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisi verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitiinden anlaşılır.” Bursa BAM kararında devamla; davacının ücretlerinin Türk şirketinin ortağı tarafından ödendiği, bu ortağın Libya’daki şirketin müdürü olduğu, tanıkların beyanına göre Türk şirketinin asıl işveren olduğu, muvazaalı işlemler ile farklı şirketlerin kurulduğu, Türk şirketin ortaklarının diğer şirketlerde temsilci olarak bulunduğu, bu nedenlerle davalılar arasında organik bağ olduğu, bu şirketlerin davacıyı esasında

⁶¹⁹ Murat Yavaş, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.65., Emre Ertan, “İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, s.103. Yargıtay 19.HD. 12.05.2006T., 2005/8774E., 2006/5232K.: “...tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı ve davalı Egekim Gıda A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Karar için bkz. Uyanık, **a.g.e.**, s.133.

⁶²⁰ Bursa BAM, 3.HD., 04.04.2019T., 2018/3748E., 2019/806K.

birlikte istihdam etmiş oldukları kanaatiyle Türk şirketinin alt işveren sıfatıyla davacının işçilik alacaklarından sorumlu olacağına hükmedilmiştir. Yine başka bir Yargıtay kararında⁶²¹ organik bağ; *“tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yol”* olarak tanımlanmış ve bu halde iktisadi bütünlük aranmayacağı belirtilmiştir. Başka bir kararda;⁶²² yurtdışında çalışan Türk işçiler bakımından organik bağ olgusu ispat edildiği takdirde *“Türkiye’de kişi veya kişilerin işçinin işvereni olarak kabul edilerek, sorumluluklarına gidileceğini, yurt dışı işyerinde çalışma nedeni ile yabancılık unsuru içeren uyumsuzlukta, davacının Türk vatandaşı olması, yurtdışında çalıştığı işin Türk şirketi tarafından yürütüldüğünü, ücretin ödendiği yerin Türkiye olması, işçinin yurt dışına Türk şirket veya bağlı bulunduğu grup tarafından götürülmesi olgularının yurt dışındaki işyeri ve yabancı ülke hukukuna göre kurulan işyerini işleten işveren ile organik bağ olduğunu”* gösterdiğine hükmetmiştir.

Lakin Yargıtay, tüzel kişilik perdesinin aralanması sürecinde başvurduğu organik bağ kriterinden son zamanlarda vazgeçmeye başlamıştır. Yargıtay 22.HD. 2019 tarihli Yargıtay kararında⁶²³; *“grup şirketleri veya holdingler bünyesinde yer alan çalışmalar açısından; çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında grubun başka şirketlerine hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan bu şirketler tarafından süreli giriş çıkışlarının yapıldığı, bu durum ile sıklıkla karşılaşıldığı, ancak bu gibi durumlar için sadece “şirketler arasında organik bağ” dan söz edilerek işçilik alacaklarının aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gidilmesi veya birden fazla şirkette geçen çalışmaları için sadece birinin sorumluluğunun yeterli görülmesinin de mümkün olmayacağı”* belirtilmiştir. Yine aynı Yargıtay kararında *“aynı gruba ait olan şirketlerin aralarında organik bağ bulunmasının olağan olduğu, işçilik alacaklarının belirlenmesi noktasında kural*

⁶²¹ Yargıtay 22.HD. 14.05.2013T., 2012/22684E., 2013/10887K.

⁶²² Yargıtay 9.HD. 06.11.2012T., 2012/8226E., 2012/36419K.

⁶²³ Yargıtay 22.HD., 25.06.2019T., 2016/16492E., 2019/13959K.

olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesinin mümkün olmadığı” vurgulanarak; “bu gibi durumlarda işçilik alacakları hesabı noktasında hizmetlerin değerlendirilmesi ve işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesi için şirketler / işverenler arasında işyeri devri, hizmet sözleşmesi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi⁶²⁴ ve birlikte istihdam olgularının somut olarak belirlenmesi” gerektiği hüküm altına alınmıştır. 08.07.2020 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı⁶²⁵ ile Yargıtay 22.Hukuk Dairesi’nin kapatılarak, 9.Hukuk Dairesi ile birleştirilmesi üzerine; Yargıtay daireleri arasındaki farklı içtihatların yeknesak bir uygulamaya gitmeye başlayacağını söyleyebiliriz.

Yargıtay içtihatlarında yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması ile ilgili güncel kabul şu şekildedir: Türk uyruklu kişilerin, yabancı ülkelerde o ülke vatandaşları ya da şirketleriyle birlikte kurdukları şirketler aracılığıyla aldıkları işler kapsamında çalıştırdıkları Türk işçilerinin alacaklarından, yabancı kişinin şirketteki pay durumuna göre Türk firmasının sorumluluğu her olayda incelenmelidir. Bu inceleme sonunda yabancı kişinin ortaklığı gerçek bir ortaklık değil, o ülkede iş yapabilmek için salt bir formalitenin yerine getirilmesinden

⁶²⁴ Bursa BAM, 3.HD. 04.04.2019T., 2018/3748E., 2019/806K. “...4857 sayılı yasanın 2.maddesinin 6.bendi ‘Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.’ hükmünü içermektedir...” Kararda devamla; “...4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu TİS’ den doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı gibi tüm işçilik alacaklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün, dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Bu kararda Yargıtay’ın yurtdışı işyerinde çalışan işçilik alacakları ile ilgili olarak Türk şirketini sorumlu tutmasının sebebi olarak, yurtdışındaki şirket ile Türk şirketi arasında asıl işveren ve alt işveren ilişkisi olduğu kabulüyle, tüzel kişilik perdesini kaldırıp, asıl işvereni işçilik alacaklarından sorumlu tuttuğunu görmekteyiz.

⁶²⁵ R.G. Sayısı: 31179, R.G. Tarihi: 08.07.2020.

ibaret ise⁶²⁶, artık işçilik alacaklarına karşı tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmak hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Bu durumda da Türk firmasının sorumluluğuna gidileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın dahi organik bağ kavramına ilişkin zaman içerisindeki değişimi; organik bağ kavramının içinin nasıl doldurulacağı, tüzel kişilik perdesinin aralanması için organik bağ kriterinin ağırlığının ne olması gerektiği veya organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi arasındaki ince çizginin ne olduğu hususunun önemini gözler önüne sermektedir. Organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramları birbirlerine benzetmekle birlikte esasında birbirinden farklı yönleri de bulunmaktadır. Örneğin organik bağ kavramının uygulanması her zaman tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğurmamaktadır. Şirketler arasında veya şirketler ile ortaklar arasında organik bağ kurulması halinde tasarrufun veya diğer hukuki işlemlerin iptali veya istihkak iddiası gibi sonuçlar da gündeme gelebilmektedir. Bu noktada çalışmamızı ilgilendiren ve yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması ile organik bağ kavramlarının hem benzer hem de farklı yönlerini irdelemek, bu kavramların uyuşmazlıklarda uygulanma sürecinde meydana gelebilecek karışıklığı gidermek adına önem taşımaktadır. Organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması arasındaki benzerlikler olarak şunları gösterebiliriz: her iki kavramın uygulanması ile borçlu şirket dışında başka bir gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Her iki kavram da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanmaktadır. İki kavram arasındaki en temel fark ise iktisadi bütünlük şartında kendini göstermektedir. Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması için “*iktisadi bütünlük*” şartı aranırken, organik

⁶²⁶ Örneğin Katar Devleti mevzuatına göre; Katar ülke sınırları içerisinde şirket kurabilmek için -istisnai durumlar hariç olmak üzere- şirketin %51' inin Katarlı olması esastır. Bkz. Doha Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği, **Katar' da Şirket Kuruluşu ve Vergi Mükellefiyeti**, Mart 2020, (Çevrimiçi) https://ticaret.gov.tr/data/5b887e6813b87615b0eea9ca/Katar_Sirket_Kurulumu-2020.pdf (07.10.2020). Yine Suudi Arabistan'da yabancılara ticaret yapma hakkı, Suudi bir vatandaşın en azından %25 oranında hisse sahibi olması halinde mümkün kılınmıştır. Bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8a43345c7495406a226d51/ccd6a120aaaa309d21a6e0daec2ce0f.pdf> (07.12.2020) (Çevrimiçi)

bağın varlığı açısından iktisadi bütünlük gerekli görülmemektedir.⁶²⁷ Ve hatta Yargıtay' ın organik bağ kriteri bakımından çok geniş bir yelpazeye kararlarında yer verdiğini görmekteyiz.⁶²⁸ O halde organik bağ kriterinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden daha kolay uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Organik bağ kriterinde; borçlu şirketin, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla tüzel kişiliğini kullanması yeterli görülmekte, tüzel kişilik perdesinin aralanması için aranan malvarlıklarının karışması ya da yetersiz sermaye gibi şartlar organik bağ kavramının belirlenmesinde aranmamaktadır. Bu iki kavram arasındaki diğer bir fark da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması halinde borçlu şirketin borcundan gerçek veya tüzel başka bir kişinin de sorumluluğu gündeme gelebilirken; organik bağın oluşması halinde tasarrufun ya da hukuki işlemin iptali, istihkak iddiası gibi farklı sonuçlar da doğabilmektedir.⁶²⁹ Bir uyuşmazlıkta organik bağ tespit edilmesi halinde, bir şirketin borçlarından dolayı başka bir şirketin mal varlığına el atılabilirse de, bir sonraki aşamaya yani ortakların mal varlığına uzanmak mümkün değildir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğine kanaat getirilirse, önce kardeş şirketler arasındaki perde, akabinde kardeş şirketler ile ortaklar arasındaki perde kaldırılabilir.⁶³⁰ Bu iki kavram birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, bir hukuki uyuşmazlıkta her iki kavramın şartlarının birlikte gerçekleşmesi mümkün olabildiği gibi, bu kavramların yanında muvazaa da gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla doktrinde bu kavramların birbirini tamamlayabildiği, birinin şartlarının oluşmasının diğerinin şartlarının oluşmasına engel olmadığı, aynı olayda üç kavrama birden başvurulabileceği savunulmaktadır.⁶³¹ Bu nedenle de her uyuşmazlıkta delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve her iki kavramın esasında farklı kavramlar olduğunun bilinci ile sonuca ulaşılması gerekmektedir.

⁶²⁷ Öztekin, Memiş, **a.g.e.**, s.210.

⁶²⁸ Şirket yöneticilerinin aynı olması, “iki şirketin aynı merkezden idare edilmesi, iki şirketin çalışanlarının önemli ölçüde aynı olması”, ortaklar arasındaki akrabalık ilişkisi, “iki şirketin faaliyet alanlarının ve müşteri çevrelerinin aynı olması, tüzel kişi ile ortakların alanlarının, organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması”, şirketler arasında muvazaalı işlemler yapılması gibi kıstaslar Yargıtay’ın organik bağ kriterine esas aldıkları haller olarak gösterilebilir. Şahin Akıncı, **a.g.e.**, 672.

⁶²⁹ Öztekin, Memiş, **a.g.e.**, s.210.

⁶³⁰ Öztekin, Memiş, **a.g.e.**, s.210.

⁶³¹ Akıncı, **a.g.e.**, 674.

a. Husumet

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile ilgili irdelenmesi gereken bir diğer husus; davanın yani husumetin kime yöneltilmesi gerektiğidir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda Türk Mahkeme içtihatlarında yaygın olarak tüzel kişilik perdesinin arkasındaki gerçek işveren olan şirkete davanın yöneltmesi yeterli görülmektedir.⁶³² Oysaki doktrinde, tüzel kişilik perdesinin aralanması durumunda davanın her iki tüzel kişiye birlikte yöneltmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁶³³ Bu görüş savunucuları; tüzel kişilik perdesinin çapraz şekilde kaldırılmasının talep edildiği davalarda, davalıların ana şirket veya holding şirketi ya da yavru veya kardeş şirket olması gerektiğini ve bunların davacıların alacak talebinden müteselsilen sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁶³⁴ Nitekim Yargıtay kararlarında -iş sözleşmeleri dışındaki davalarda, özellikle de ticari davalarda- davanın tüzel kişilik perdesinin aralanmasının talep edildiği tüm şirketlere karşı açıldığını görmekteyiz.⁶³⁵ Ancak Türk Mahkemeleri nezdinde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak açılan davalarda, yurtdışında çalışmış olan Türk işçinin, işçilik alacaklarından sorumlu olduğunu düşündüğü Türk şirketine doğrudan davayı yönelttiğini, Türk Mahkemelerinin de tüzel kişilik perdesinin aralanmasını teorisini uygulama aşamasında, perdenin arkasında yer aldığı kabul edilen Türk şirketine davayı yöneltmesinin yeterli kabul edildiğini görmekteyiz. Ticari davalardan farklı olarak iş hukukundan doğan davalarda Türk Mahkemelerinin bu yöndeki tutumunun, davacı işçiyi koruma amaçlı olduğunu düşünmekteyim. Şöyle ki: yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan davalarda, Türk işçi yurtdışında kurulu yabancı bir şirkette çalışmakta, ancak işçilik alacaklarına ilişkin davayı bir Türk şirketi aleyhine Türk Mahkemeleri nezdinde ikame etmektedir. Davacı işçinin, Türk şirketinin yanında yurtdışı menşeli bir

⁶³² Yargıtay 9.HD. 06.11.2012T., 2012/8226E. 2012/36419E., Yargıtay 9.HD. 06.11.2012T., 2012/13872E. 2012/36420K., Yargıtay 9.HD. 22.01.2018T., 2017/28074E. 2018/916E.

⁶³³ Kemalettin Yüksel, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.74.

⁶³⁴ Kaplan, **a.g.e.**, 44.

⁶³⁵ Yargıtay 19.HD., 07.04.2005T., 2004/9514E., 2005/3750K., Yargıtay 11.HD., 10.06.2015T., 2015/2783E., 2015/8018K., Yargıtay 19.HD. 12.05.2006T., 2005/8774E., 2006/5232K.

yabancı şirketi de davalı olarak göstermesi halinde, yurtdışında bulunan bu yabancı şirkete de tebligatların yapılması gerekecektir. Yurtdışına yapılacak tebligatın ise 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda⁶³⁶ belirlenen usullere göre yapılması gerekecektir. Tebligat Kanunu'nun 25.maddesinde yabancı ülkede tebligat usulü düzenlenmiştir. Buna göre; *“yabancı ülkede tebliğ, o ülkenin yetkili makamı aracılığıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o ülkenin kanunlarının el vermesi halinde o yerdeki Türkiye siyasi memuru ve konsolosu tebligat yapılmasını yetkili makamdandır. Yabancı ülkede bulunan kimselere tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu vekalet vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığı'na, oradan da memuriyet havzası nazarı itibare alınarak ilgili Türk Elçiliği'ne veya Konsoloslukuna gönderilir.”* Düzenlemede devamla; *“Dışişleri Bakanlığı'nun aracılığına gerek görülmeyen hallerde tebligat evrakı, ilgili Bakanlıkça doğrudan doğruya o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği'ne veya Başkonsoloslukuna gönderilebilir”.* Yurt dışına yapılacak olan tebligat usulü ile ilgili olarak Tebligat Kanunu'nun yanı sıra Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in⁶³⁷ 38.vd maddeleri de dikkate alınmalıdır. Buna göre; *“yabancı ülkelerde bulunanlara tebliğ evrakı, anlaşma hükümleri ve mütekabiliyet esaslarına göre düzenlenir. Yabancı ülkelere gönderilecek tebliğ evrakında; muhatabın adı ve soyadı, tam adresi ve uyruğu gösterilir. Bu bilgiler yazı makinesi ile yazılır.”* Düzenlemede devamla; *“Tebligat masrafları ile ilgili olarak Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan tebliğ⁶³⁸ dikkate alınır ve bu masrafın mutlaka yatırılması gerekir. Tebliğ evrakı ve tebliğin mazbatalı kapalı zarfın, muhatabın bulunduğu ülke diline veya anlaşmalarla belirlenen dile tercüme ettirilmesi gerekir. Tebliğ evrakı, ilgili tarafından tebligatı çıkaracak mercie verilmişse, tercümenin noterlikte yaptırılması gerekir. Yabancı ülkelere gönderilecek olan ve belirli bir günü içeren tebliğ evrakının, tebliği çıkaran merci tarafından, belirlenen günden en az üç ay önce ilgili bakanlığa gönderilmesi gerekir.”* denilmiştir. Görülmektedir ki; Türk Mahkemeleri nezdinde görülen bir

⁶³⁶ R.G. Sayısı:7201, R.G. Tarihi:11.02.1959.

⁶³⁷ R.G. Sayısı:28184, R.G. Tarihi:25.01.2012.

⁶³⁸ Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, R.G. Sayısı:30990, R.G. Tarihi:26.12.2019.

davada yurt dışına tebligat yapılması süreci çok fazla şekli şartlara ve sürelerle bağlıdır. Zayıf taraf olarak kabul edilen işçinin de bu ağır şekli şartlara ve sürelerle katlanması, Türk Mahkemeleri tarafından bertaraf edilmek istenmektedir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinden hareket ederek, yurtdışındaki işvereni davalı olarak göstermemek veya davaya dahil etmemek, usul eksikliği midir? Bu tür davalarda taraf teşkili problemlili olabilir mi?

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda husumetin kim veya kimlere yöneltilmesi gerektiği hususunda değerlendirme yaparken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁶³⁹ (HMK) 61. vd. maddelerinde davanın ihbarı ve davaya müdahale ile ilgili düzenlemelerinin uygulanabileceği söylenebilirse de bu düzenlemeler husumetin kime yöneltileceği ile doğrudan ilgili bir madde değildir. HMK md.61 vd. maddelerine göre; *“ taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir. İhbar yazılı olarak yapılır, ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir. Ancak davanın ihbarı sebebiyle yargılama başka bir güne bırakılamayacak ve ihbarın tevali etmesi gibi zorunlu durumlar dışında süre verilmeyecektir.”* Düzenlemede devamla; *“Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında duruşmaya katılabilir. İhbar edilen tarafın, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği yönündeki iddiası dinlenilmeyecek olmakla birlikte; ihbar edilen zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkanlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkanlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilecektir”* denilmiştir. HMK'nın davanın ihbarı ile ilgili düzenlemelerine baktığımızda, bu düzenlemelerin Mahkemeyi ilgilendirmekten çok, davayı ihbar ederek fayda

⁶³⁹ R.G. Sayısı:27836, R.G. Tarihi:12.01.2011.

sağlayacağını düşünen tarafı ilgilendirmektedir. Dolayısıyla davanın ihbarı ile ilgili düzenlemeler, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilirse de tüzel kişilik perdesinin aralanması iddiası ile sadece perdenin arkasında olduğu iddia edilen Türkiye’deki şirkete dava açılmasını engelleyen düzenlemeler değildir. Davanın hem Türk şirketine hem de yurt dışındaki şirkete yöneltilmesi gerektiği kabul edilirse; HMK md.124’te uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre; *“maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilecektir”*.

Bu açıklamalar ışığında; tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin dayanağını TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralından aldığını, kötü niyetli oluşumların alacaklıların hakkını almasına engel olma gayesi ile hareket edildiğini düşündüğümüzde; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, Türk işçinin esasında Türk işveren nezdinde çalıştığı dosyadaki delillerden ispat edilebiliyorsa, artık davacı işçiyi -belki de sadece kağıt üstünde kurulan- ve tebligat usulü hem masraflı hem de çok fazla usuli işlem gerektiren bir sürece sokmaya çalışmak hakkaniyetli olmayacaktır. Ancak böyle bir durumda perdenin arkasında gerçek işveren olmakla isnat edilen şirketin, davayı yurt dışındaki şirkete HMK md.61 vd. maddelerine göre ihbar etmesi, davalı şirket açısından yararlı olacak ve hatta davalı şirketin TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı davranmadığını ispat konusunda Mahkemede de kanaat oluşturabilecektir.

b. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda uygulanacak hukuk

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili Türk mahkemeleri nezdinde görülen davalarda, bir Türk işçinin yurt dışı menşeli bir firmada çalışıyor görünmesine rağmen, başka bir Türk şirketine veyahut yurtdışı menşeli firmanın Türk ortağı olarak gözüken şirkete dava açıldığı görülmektedir. Bu durumlarda Türk mahkemesi de tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine dayanarak, davacı işçinin işçilik alacaklarından Türk firmasının sorumlu olduğu yönünde kararlar vermektedir. Bu başlık altında yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda uygulanması gereken hukukun tespiti hususunu inceleyeceğiz.

Yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gündeme geldiği hallerde de kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması, uyuşmazlığın bu yönüyle hangi hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ayrıca irdelenmelidir. Bir Türk işveren, Türk bir işçiyi yurtdışında paravan olarak kurduğu şirkette mi çalıştırıyor? Yurtdışı menşeli şirket sadece kukla bir şirketten mi ibaret? Türk şirketin, yurt dışı menşeli şirkette hissesi var mı? Var ise ortaklık payı ne kadar? Bütün bu sorular, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin uygulanması ile çözümlenebilecektir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında uygulanacak hukuk konusunda doktrindeki baskın görüş, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının tüzel kişilik statüsüne tabi olması gerektiği yönündedir.⁶⁴⁰ Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması durumunda da, bağımsızlık ilkesinden faydalanamayan tüzel kişinin statüsünün uygulanması gerektiği savunulmuşsa da⁶⁴¹, doktrinde hakim konumdaki yani perdenin arkasındaki tüzel kişinin statüsünün uygulanması gerektiği görüşü de taraftar bulmuştur.⁶⁴² Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına uygulanacak hukuk ile ilgili

⁶⁴⁰ Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s.78.

⁶⁴¹ Esen, **a.e.**, s.79'dan naklen.

⁶⁴² Esen, **a.e.**, s.87'den naklen.

diğer bir görüşe göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde kamu düzeni müdahalesi çerçevesinde lex forinın uygulanması gerekmektedir. Başka bir görüşe göre ise; taraflar arasındaki uyuşmazlık hangi hukuka bağlı olarak çözümlenecekse -lex causae-, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususunda da bu hukuk uygulanmalıdır. Ancak yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta bu görüşün benimsenmesi sağlıklı olmayabilir; çünkü bir işçilik alacağı davasında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti alacağı, genel tatil ücreti alacağı...vs gibi pek çok farklı alacak kalemi talep edilmiş olabilir. Böyle bir durumda bir davada; her bir alacak kalemi yönünden uygulanması gereken hukuk ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. O halde bu tür bir davanın esasına uygulanacak hukuk, tek bir hukuk olmayabilecektir. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulanma sürecinde lex causae'nın dikkate alınması fiilen mümkün hale gelmeyecektir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına uygulanması gereken hukuk ile ilgili bir diğer görüş de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususunda alacaklının menfaati dikkate alınmalı ve alacaklı açısından en avantajlı hukuka göre çözümleme yapılması gerektiğini savunmuştur.⁶⁴³ Bu yöntem “*alternatif bağlanma*” olarak da adlandırılmıştır.⁶⁴⁴ Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda uygulanacak hukuk belirlenirken, alternatif bağlanma yönteminin kullanılması yerinde olabilir. Alternatif bağlanma yöntemi, esas olarak bir şirketle sözleşme yapan kişileri korumaktadır.⁶⁴⁵ O halde Türk mahkemeleri önünde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yurt dışında bir şirkette çalışacak olan Türk işçi, esasında sözleşmesini Türkiye’de yapmaktadır. Bu nedenle de işçinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda kendi ülke hukukuna güvenmesinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına uygulanacak hukuk ile ilgili olarak, yukarıda yer alan açıklamalarımıza ek olarak

⁶⁴³ Esen, **a.e.**, s.68’den naklen.

⁶⁴⁴ Esen, **a.e.**, s.105.

⁶⁴⁵ Esen, **a.e.**, s.114.

yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta sıklıkla karşılaşılan bir diğer ihtimali de eklemek isteriz. Şöyle ki: Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralının yanı sıra kanuna karşı hile, ahlaka aykırılık (TBK md.49/2), tarafta muvazaa ve namı müstear kurumlarına da başvurulabileceğini önceki bölümlerde belirtmiştik. Çalışmanın bu bölümünde özellikle kanuna karşı hile halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması hususuna ilk olarak değinmek isteriz. Şöyle ki: bu durumda yani kanuna karşı hilenin varlığının kabul edilmesi halinde kamu düzeni müdahalesi de gündeme geleceğinden, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine uygulanması gereken hukukun tespitinde dikkate alınacak hususlar da değişebilecektir.

Kanuna karşı hile; hukukun yasakladığı bir sonuca ulaşmak gayesiyle, hukuk kurallarının yasaklamadığı başka bir yöntemi kullanarak o sonucu elde etmek olarak tanımlanabilir. Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile ise; yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta uygulanması gereken hukuku değiştirmek amacıyla, uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınacak bağlama noktalarını değiştirmektir.⁶⁴⁶ Kanuna karşı hilenin varlığının kabulü için dört şart aranmaktadır. Birinci şart tarafların kaçınmak istedikleri bir hukukun olması, ikinci şart tarafların tabi olmak istedikleri başka bir hukukun olması, üçüncü şart tarafların tabi olmak istedikleri hukukun uygulanabilmesini sağlama amacı ile bağlama noktalarından bir veya birkaçını değiştirmeleri, dördüncü şart ise taraflarının amacının kanuna karşı hile yapmak olmasıdır.⁶⁴⁷ ⁶⁴⁸ ⁶⁴⁹ Kanuna karşı hileyi engellemek için başvurulacak hukuki yol, kamu düzeni müdahalesidir.⁶⁵⁰ O halde yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kanuna karşı hile yapılmış olduğu için

⁶⁴⁶ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.92., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.91., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.125.

⁶⁴⁷ Çelikel, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.94-95., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.126.

⁶⁴⁸ Kanuna karşı hilenin sonuçlarına ilişkin detaylı doktrin tartışmaları için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.97 vd.

⁶⁴⁹ Berki; Kanuna karşı hilenin şartları olarak hile ve gayrimeşru netice olmak üzere iki şart dile getirmiştir. Osman Fazıl Berki, “Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:3, 1944, s.409

⁶⁵⁰ Kanuna karşı hilenin kamu düzeni kavramının bir parçası olduğu görüşünün yanı sıra kamu düzeninden bağımsız bir problem olarak kabul eden görüş de mevcuttur. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.127.

kamu düzeni müdahalesi için, öncelikle mevcut durum ile uygulanacak hukukun tespit edilmesi, akabinde ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzeni açısından kabul edilemez nitelikte olduğu kanaati hasıl olduğu takdirde, kamu düzeni müdahalesi ile Türk hukuku uygulanacaktır.⁶⁵¹ O halde yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, Türk şirket ile yabancı şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması hususunda, yabancı şirketin salt işçilik alacaklarından kaçınmak amacıyla kurulmuş olduğuna yeterli deliller ile kanaat getirilirse, kanuna karşı hilenin varlığından bahisle kamu düzeni müdahalesi gündeme gelecek ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına lex fori uygulanabilecektir.

⁶⁵¹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.93. Alman hukukunda da kanuna karşı hile, kamu düzeni kavramı ile önlenmeye çalışılmıştır. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.130.

ALTINCI BÖLÜM

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. Türk mahkemelerinin yetkisinin MÖHUK'un 44.maddesi kapsamında incelenmesi

1. Milletlerarası yetki ve münhasır yetki kavramlarının tanımı ve çerçevesi

a. Milletlerarası yetki kavramının tanımı ve çerçevesi

Yabancılik unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta -kanunlar ihtilafı kuralları gereğince- esasa uygulanacak hukukun tespiti öncesinde, ilk olarak milletlerarası yetki kurallarının tartışılması ve yargılama yetkisine sahip olan devlet yargısının tespiti gerekmektedir. Tezin bu bölümünde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini incelemeyen önce milletlerarası hukukta milletlerarası yetkinin hangi anlamda kullanıldığına kısaca değinilecektir.

Milletlerarası yetkinin iki farklı anlamda kullanılabildiğini görmekteyiz. “Milletlerarası yetki” kavramı ile yabancılik unsuru ihtiva eden ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda hangi devlet mahkemesinin yetkili olacağı anlaşılabilir. ⁶⁵² bir devlet mahkemelerince verilen kararın coğrafi etki alanı da anlaşılabilir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında milletlerarası (uluslararası) yetki kavramı, yabancı unsurlu olaylarda belirli bir devletin mahkemelerinin yetkili olup olmadıklarının ifadesi anlamında kullanılmaktadır. Buna göre milletlerarası yetki kavramının iki cephesi vardır: “*Bu kavram bir tarafta yabancı unsurlu olaylarda*

⁶⁵² Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s383., Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.423., Çelikel, Erdem, **a.g.e.** s.559., Tankut Centel, “Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, Sayı:33, Ocak, 1984, s.220.

devletin kendi mahkemelerinin faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip olduklarını belirtir. Diğer taraftan aynı kavram yabancı bir Devlete ait makamların yabancı unsurlu bir olayda gösterdikleri yargı faaliyetinin tamamen iç hukuk açısından ülke içerisinde belirli tesirlere sahip olup olamayacağı veya hangi şartlarla böyle bir tesire sahip olabileceğini tayin eder.”⁶⁵³ Bu çalışmada yaygın olarak kullanıldığı şekliyle yani birinci anlamı ile milletlerarası yetki ifadesi kullanılacaktır.⁶⁵⁴ Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere milletlerarası yetki kavramında yer alan milletlerarası kavramı, sadece hukuki ilişkinin konusu veya tarafları itibari ile milletlerarası olduğunu ifade etmek amacı ile kullanılmaktadır.⁶⁵⁵

Yabancı unsur ihtiva eden uyuşmazlıklarda her devlet kendi yetkisini kendi koyduğu kurallar ile belirler. Yargı yetkisi, devletin egemenlik hakkının bir görünümüdür.⁶⁵⁶ Yargı yetkisinin kaynağı devletler hukuku iken, milletlerarası yetkinin kaynağı milli hukuktur.⁶⁵⁸ Devletin, kural olarak ülke sınırları içerisinde -ister vatandaş ister yabancı olsun- yaşayan herkes ve her şey üzerinde yargı yetkisini kullanabileceği kabul edilmektedir. Hatta devlet yargı yetkisini ülke sınırları dışında meydana gelmiş uyuşmazlıklar açısından, örneğin ülke sınırları dışında gerçekleşmiş bir haksız fiile ilişkin olarak dahi kullanabilir.⁶⁵⁹ Ancak bu yetki kaynağı itibariyle milli nitelikte olduğundan, sadece ait olduğu devletin yetkisini gösterir, başka bir deyişle bir devlet sadece kendi devlet mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlıkta yetkili olup olmadığını belirleyebilir ve

⁶⁵³ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 24.11.2016 T., 2016/17700E., 2016/14575K.

⁶⁵⁴ Yabancı mahkeme kararlarının bir ülkede sahip olacağı etki ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s383.

⁶⁵⁵ Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.18.

⁶⁵⁶ Yargıtay 21.HD. 11.12.2019T., 2019/5309E., 2019/7692K., Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.29.

⁶⁵⁷ “...Buna karşılık milletlerarası yetki, devletin egemenliğiyle değil, kişilere tanınan bireysel haklarla ilgilidir. Ancak milletlerarası yetkinin egemenliğe dayanmadığını söylemek, yargılamada tarafların menfaati kadar kamu menfaatinin olmadığını ifade etmez...” Ayşegül Sıdika Demir İskenderoğlu, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.10.

⁶⁵⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.426., Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.18-28.

⁶⁵⁹ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 24.11.2016T., 2016/17700E., 2016/14575K.

⁶⁶⁰ Birden fazla ülke mahkemesinin kendisini yetki görerek, uyuşmazlık hakkında yargılama yapması ancak milletlerarası itirazının kabul edilmesi ile önlenebilecektir. Bkz. Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.20.

başka bir devlet mahkemesini yetkili olarak gösteremez.⁶⁶¹ O halde yabancı unsur ihtiva eden uyuşmazlıklarda, çoğu kez birden çok devlet mahkemesinin yetkili olması kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkar. Bu sonucu tarafların ikametgahı, mutad meskeni, yerleşim yeri, sözleşme ifa yeri, sözleşme konusu şeyin bulunduğu yer, ticari faaliyetin yürütüldüğü yer, iş yeri merkezinin bulunduğu yer, işin yapıldığı yer gibi pek çok irtibat noktası doğurmaktadır. Bu irtibat noktaları, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta birden çok devlet mahkemesini yetkili kılabilir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta birden çok yetkili devlet mahkemesinin olması, uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde çözülmesine engel olmayacağı gibi, davacı taraf da yetkili gördüğü mahkemelerden dilediğinde davasını açabilecektir.⁶⁶²

Anglo-Amerikan hukukunda tarafların yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda diledikleri mahkemeyi seçebilmeleri “*forum shopping*”⁶⁶³ olarak adlandırılmıştır.⁶⁶⁴ Dava açma kolaylığı, davaların hızlıca çözüme kavuşturabilmesi, mahkemeye duyulan güven, dava masraflarının düşük olması, mahkemeden alınacak kararın daha kolay icra ettirilebilecek olması gibi sebepler forum shopping’in sebepleri arasında sayılabilecektir.⁶⁶⁵ Her ne kadar Türk hukukunda forum shopping yapılamayacağını düzenleyen bir mevzuat bulunmasa da, tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK’ un 54/1, b bendinde yer alan “*İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.*” düzenlemesi ile davalının itirazının olması şartıyla

⁶⁶¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.383., Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.21.

⁶⁶² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.384.

⁶⁶³ “*Davacının davası için birçok yetkili mahkeme arasında münhasıran kendi menfaatini düşünerek seçim yapabilmesi imkânı, İngiliz ve Amerikan dilindeki kullanımıyla, forum shopping olarak ifade edilir.*” Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.140., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.385.

⁶⁶⁴ Doktrinde aşkın yetki kuralı olarak ifade edilen kavram da forum shopping doktrini ile çok benzerdir. Aşkın yetki kuralına örnek olarak Fransız Medeni Kanunu’nun 14.maddesi gösterilmektedir. Bu maddeye göre taraflardan birinin Fransız vatandaşı olması, Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğması için yeterli görülmektedir. Demir İskenderoğlu, **a.g.e.**, s.20-21. Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.52.

⁶⁶⁵ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.140.

engellenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Nomer'e göre forum shopping; *"milletlerarası hukuk alanında olduğu gibi, Türk hukuku açısından da hukuki, kanuni ve meşrudur."*⁶⁶⁶

Bununla birlikte ilk olarak İskoç hukukunda öne sürülen ve akabinde Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ve İngiltere' de uygulanan *"forum non conveniens"* doktrini de uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁶⁷ Buna göre uyuşmazlığa bakan Mahkeme, uyuşmazlık ile ilgili daha sıkı irtibatlı başka bir Mahkeme'nin yetkili olduğunu kanaatine hasıl olursa, davayı çözme yetkisinden feragat edebilecektir.⁶⁶⁸ Bu doktrin ile davanın uygun olmayan bir mahkemede görülmesinin ve adalete ulaşma fikri ile bağdaşmayacak şekilde davalının baskı altına amaçlayan bir yargılama sürecinin amaçlanmıştır.⁶⁶⁹ Türk hukukunda esas alınacak irtibat noktaları gereğince tespit edilecek yetkili mahkemenin yetkisinin bertaraf edilmesinin mümkün olmadığından bahisle, Anayasa'nın 36.maddesinin⁶⁷⁰ buna cevaz vermediği düşüncesiyle bu doktrinin Türk hukukunda uygulanamayacağı savunulmuştur.⁶⁷¹ ⁶⁷² Bu nedenle de Türk hukukuna yabancı bir doktrin olarak kabul edilmiştir.⁶⁷³ Ancak 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme'nin⁶⁷⁴ 8.ve 9.maddelerinde düzenlenen *"çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit*

⁶⁶⁶ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.140.

⁶⁶⁷ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.141., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.386., K. Sedat Sirmen, "Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. V. Reyno Davası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:63, Sayı:1, 2014, s.202.

⁶⁶⁸ Deniz Defne Kırılı Aydemir, **Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, Oniki Levha Yayıncılık, 2012, İstanbul, s165-166., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.386., Sirmen, **a.g.e.**, s.201., Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.60.

⁶⁶⁹ Sirmen, **a.g.e.**, s.201.

⁶⁷⁰ Anayasa' nın *"Hak Arama Hürriyeti"* başlıklı 36.maddesi: *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."*

⁶⁷¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s387.

⁶⁷² İngiliz mahkemelerinin forum non conveniens ilkesini Türk mahkemeleri lehine uyguladıkları örnek kararları için bkz. Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.66 vd.

⁶⁷³ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.142., Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s.73.

⁶⁷⁴ R.G. Sayısı:29937, R.G. Tarihi:03.01.2017.

devlet makamlarına nazaran çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek başka bir akit devlet makamının “yetki devri” ile yetki kazanması imkanı” Türk hukukunda forum non conveniens ilkesinin bir görünümü olup⁶⁷⁵, ülkemizin bu uluslararası sözleşmeye taraf olması ile birlikte, forum non conveniens ilkesinin artık Türk hukukuna yabancı olmadığı söylenebilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda yetki kuralları, genel yetki ve özel yetki olarak ikiye ayrılmaktadır. MÖHUK kapsamında genel yetki, MÖHUK’un 40.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“özel yetki kuralları kapsamına girmeyen yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin edecektir.”*⁶⁷⁶ MÖHUK’un 41. ve 46.maddeleri arasında ise yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanması gereken -MÖHUK md.40’tan bağımsız olarak⁶⁷⁷- özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa bakmaya hangi mahkemenin yetkili olduğunun tespiti yapılırken, öncelikle MÖHUK’ta yer alan özel yetki kurallarına⁶⁷⁸ bakılmalı, özel yetkili mahkeme bulunmadığı takdirde MÖHUK’ un 40.maddesinde yer alan genel yetki kurallarına gidilmelidir. Ancak burada belirtmek isteriz ki özel yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, ilgili maddelere göre yetkili bir Türk mahkemesi tespit edilemediği takdirde, bundan sonra genel yetkili mahkeme araştırması yapılmayacaktır.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Ayşe Elif Ulusu Karataş, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, **MHB**, Cilt:37, Sayı:2, s.959.

⁶⁷⁶ İç hukukun yer itibariyle yetki kuralları denildiğinde ilk akla gelenler: HMK’ nın 6.maddesinde yer alan davalının yerleşim yeri mahkemesi, HMK’ nın 9.maddesinde yer alan davalının mutad mesken mahkemesi ve uyuşmazlık konusu mal varlığının bulunduğu yer mahkemesi, HMK’ nın 10.maddesinde yer alan sözleşmenin ifa yeri mahkemesi, HMK’ nın 12.maddesinde yer alan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, HMK’nın 16.maddesinde yer alan haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesi, HMK’ nın 13.maddesinde yer alan karşı davada esas davanın görüldüğü yer mahkemesi, HMK’ nın 14.maddesinde yer alan şubelerin veya tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, HMK’ nın 154.maddesinde yer alan iflas eden şirketin bulunduğu yer mahkemesi, Sınai Mülkiyet Kanunu’ nun 156.maddesinde yer alan yetki mahkeme, HMK’ nın 19.maddesinde yer alan yetki itirazı yapılmamış yer mahkemesi.

⁶⁷⁷ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.478.

⁶⁷⁸ MÖHUK’ta yer alan özel yetki kuralları: MÖHUK’ un 41.maddesinde yer alan *“Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar”*, MÖHUK’un 42.maddesinde yer alan *“yabancıların kişi hallerine ilişkin davalar”*, MÖHUK’un 43.maddesinde yer alan *“miras davaları”*, MÖHUK’ un 45.maddesinde yer alan *“tüketici sözleşmesine ilişkin davalar”*, MÖHUK’un 46.maddesinde yer alan *“sigorta sözleşmesine ilişkin davalar”*.

⁶⁷⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.388.

Bu tezin konusu olan yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklara bakmaya yetkili mahkeme, MÖHUK'un 44.maddesinde düzenlenmiştir.

MÖHUK'un “iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları” başlıklı 44.maddesi şu şekildedir:

“MADDE 44- (1) 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.”

MÖHUK'un 44.maddesine baktığımızda işverenin işçiye karşı açacağı davalarda sadece işçinin işini mutaden yaptığı yer mahkemesi yetkili kılınırken, işçinin işverene karşı açacağı davalarda işçiye kolaylık sağlamak amacıyla⁶⁸⁰ seçenekli bir sistem getirilmiştir. Bunun sebebi zayıf konumda olan işçinin korunmasının amaçlanmasıdır. Zayıf tarafın korunması ilkesinin 20.yy itibari ile ortaya çıkmaya başladığını, 18.ve 19.yüzyıllarda ise irade özerkliği ve onun bir uzantısı olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sıkı sıkıya uygulama alanı bulduğunu çalışmanın başında belirtmiştim. İrade özerkliği ilkesine göre özgür irade ile akdedilmiş her sözleşme geçerlidir ve adildir. Bu ilkede sözleşmenin özgür irade ile kurulmuş olması dışında herhangi bir kıstas dikkate alınmamaktadır, çünkü tarafların özgür iradeleri ile kurulmuş olan bir sözleşmeye mahkemenin veyahut kanun koyucunun tek taraflı müdahalesi kabul görmemiştir.⁶⁸¹ Sözleşmeye adeta Anayasa gücü verildiği ve özgür iradeye hanel gelmediği sürece edimler arasındaki dengesizliğe bir önem atfedilmediği görülmektedir. 20.yüzyıl ile birlikte ise sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi öne çıkmaya başlamış⁶⁸²,

⁶⁸⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.419.

⁶⁸¹ Baysal, **Tüketici Kredisi**, s.277.

⁶⁸² Hondius E., “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, **Journal of Consumer Policy**, 2004, Vol.27, s.245.

zayıf taraf olarak ilk sırada işçiler sayılmıştır.⁶⁸³ Bu ilkeye göre; belirli tiplerdeki sözleşme ilişkisi içerisine giren taraflardan biri her zaman daha bilgisiz, daha deneyimsiz, pazarlık gücü olmayan ve hatta daha ilgisizdir. Bu nedenle kamu menfaati gereğince belirli tiplerdeki sözleşmelerde, zayıf taraf her zaman daha fazla korunmalıdır.⁶⁸⁴ Zayıf tarafı koruma ilkesi, sözleşme özgürlüğü ile çatışmakta olup, her hukuk sistemi de zayıf tarafı koruma ilkesini kendi hukuk sistemi çerçevesinde değişik kapsamlarda uygulamaktadır. Zayıf tarafın korunması ilkesinin gözetildiği sözleşmelerin başında iş sözleşmeleri gelmektedir. İş sözleşmelerinde işverenin pazarlık gücünü yüksek oranda elinde tuttuğu, buna karşılık işçinin güçsüz konumda olması nedeniyle ağır ve haksız sözleşme şartlarını kabul etmek zorunda kaldığı kabul edilmektedir. Bu nedenledir ki; gelişmiş hukuk sistemine sahip ülkelerde, iş sözleşmeleri için işçiyi koruyucu nitelikte ayrı hükümler tesis edilmiştir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin yetkisi ile ilgili olarak MÖHUK md.44'ün yanı sıra MÖHUK md.47/2'de mevcuttur. MÖHUK'un 47.maddesinin 2.fıkrası gereğince iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin 44.maddede belirlenmiş olan yetkileri bertaraf edilemeyecektir. Bu durumda işçi ile işveren arasında yetki anlaşması yapıldığı takdirde, bu yetki anlaşması MÖHUK'un 44.maddesinde belirlenmiş yetkili mahkemelerin yanında ek yetkili bir mahkeme tesis etmiş olacaktır. Türk iş hukukunda iç mevzuatta yer alan İş Mahkemeleri Kanunu' nun 6.maddesi⁶⁸⁵ ise yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmayacaktır.⁶⁸⁶

⁶⁸³ İşçilerin yanı sıra kiracıları, tüketiciler, hastalar, sigortalılar, tüketiciler de zayıf taraf olarak kabul edilmektedir.

⁶⁸⁴ Sema Çörtoğlu Koca, **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**, s.29.

⁶⁸⁵ İş Mahkemeleri Kanunu (R.G. Sayısı:7036, R.G. Tarihi:12.10.2017) md.6: “(1) İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. (2) Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. (3) İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. (4) İş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (5) Bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir.”

⁶⁸⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.629.

Türk mahkemeleri nezdinde görülecek olan yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan –“İş Mahkemeleri Kanunu md.3/3 gereğince iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere”- uyuşmazlıklar bakımından, İş Mahkemeleri Kanunu md.3/1⁶⁸⁷ gereğince arabuluculuk⁶⁸⁸ sürecine başvurmak dava şartı niteliğindedir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2.maddesinde “*bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.*” şeklinde düzenleme gereğince de yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemeleri nezdinde dava ikame etmeden önce davacının arabuluculuk sürecini başlatması ve dava şartını yerine getirmesi şarttır. Buna göre; yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden kaynaklı bir talebe ilişkin Türk mahkemelerinde dava açmak isteyen davacının, öncelikle arabuluculuk bürosundan arabulucuya başvurması gerekmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun md.18/A gereğince Arabuluculuk sürecine başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Arabuluculuk bürosu, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Yine aynı madde gereğince taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerinin yanı sıra re’sen araştırma da yapabilir ve her türlü iletişim vasıtası kullanarak tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder.

⁶⁸⁷ İş Mahkemeleri Kanunu md.3/1: “(1)Kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”

⁶⁸⁸ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (R.G.Sayısı:28331, R.G.Tarihi:22.06.2012) md.2/b bendinde ve yine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (R.G.Sayısı:30439, R.G.Tarihi:02.06.2018) md.4/c bendinde “Arabuluculuk”: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve kamu hizmeti olarak yürütülen ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

Arabulucunun bu bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgelendirmesi gerekmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A, f.6 gereğince arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden araştırabilir. Karşı taraf en geç ilk toplantıda yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Lakin bu itiraz ile arabuluculuk toplantısının yapılacağı yere itiraz birbirinden farklı yerler olup, karşı tarafın yapabileceği yetki itirazı, arabuluculuk bürosunun yetkisine itirazdır. Bu konuda Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanmış olan tavsiye kararında aynen: “...arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz eden tarafın bu konuya ilişkin delillerini de eklemek suretiyle yetkili olduğunu düşündüğü büroyu da belirterek yazılı dilekçe ile yapması gerekmektedir. Mail ortamında yapılan itirazlar dikkate alınmaz. Arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz ile toplantı yerine ilişkin itirazlar birbirinden farklı konular olup uygulamada bu hususların karıştırıldığı görülmektedir. Toplantı yerine ilişkin itiraz yetki itirazı olarak kabul edilemez. Yetki itirazı sulh hukuk mahkemesince karara bağlanmadan süreç tamamlanmaz. İtirazın kabulü durumunda arabulucu makbuz düzenlemeye hak kazanır. İtirazın reddi durumunda ise arabulucu görüşmelere kaldığı yerden devam etmelidir.”⁶⁸⁹ Arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edildiği takdirde md.18/A gereğince arabulucu dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere derhal arabuluculuk bürosuna bildirmelidir. İlgili sulh hukuk mahkemesi, harç alınmaksızın dosya üzerinden inceleme yapar ve inceleme sonunda en geç bir hafta içinde hangi büronun yetkili olduğunu kesin olarak karara bağlar. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek ve md.18/A’nın 9.fikrasında belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden itibaren başlayacaktır. Md.18/A’nın 9.fikrası gereğince de arabuluculuk sürecinin üç hafta içerisinde tamamlanması gerekmekte olup, arabulucunun gerekli görmesi halinde ise en fazla bir hafta daha uzatılabilmesi mümkündür. Md.18/A’nın 10.fikrasında arabulucunun “*tarafalara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme*

⁶⁸⁹ Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın “Yetki İtirazı Sürecinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar” başlıklı tavsiye kararı.

yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetlerini sona” erdireceği ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildireceği düzenlenmiştir. Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta karşı tarafın yabancı bir devlet olması halinde ise MÖHUK md.49’da yer alan “yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafigyeti tanınmaz. Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir.” düzenlemesi gereği, arabulucunun yabancı devletin Türkiye’de bulunan diplomatik temsilcisine tebligat yapması gerekecektir. Ancak diplomatik temsilcilere yapılacak olan tebligatlar, 15 Kasım 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’nde⁶⁹⁰ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters) (bundan sonra 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi olarak anılacaktır.) kabul edilen tebligat yöntemi, kural olarak merkezi makam aracılığı ile tebligattır. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün 16.11.2011 tarihli, B.03.0.uig.0.00.00.06/010.06.02/1-3 sayılı, Hukuki Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri konulu 63/3 nolu Genelgesi’nin (bundan sonra 63/3 sayılı genelge olarak anılacaktır.) 41.maddesinde “yabancı misyonlara ve Birleşmiş Milletler temsilcilik ve kuruluşlarına karşı yürütülecek tebligat işlemlerinin Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile yapılması gerekir.” şeklinde düzenleme mevcuttur. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Genel Müdürlüğü, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (Arabulucuk Daire Başkanlığı)’na hitaben yazmış olduğu 11.10.2019 tarihli, ‘Arabuluculuk’ konulu, 42569666-BİLGİ GÖRÜŞ-11-2019-E.35457/108552 sayılı tavsiye yazısında aynen; “...5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun “Yabancı devletin yaegi muafigyetinden yararlanamayacağı haller” başlıklı 49’uncu maddesi hükmü gereğince; yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafigyeti tanınmayacağı, bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabileceği konusunda tereddüt

⁶⁹⁰ https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey/turkce_lah14.pdf

bulunmamaktadır. Ülkemizde bulunan yabancı misyonlara yapılacak söz konusu tebligatın usulü ise, 25/01/2012 tarihli ve 28184 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Tebligat Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 45.maddesi ile “Türkiye’den Yurtdışına ve Yurtdışından Türkiye’ye Gönderilecek Tebligat ve İstinabe İstemlerinde Uygulanacak Esaslar”a ait 16.11.2011 tarih ve 63-3 sayılı Bakanlığımız Genelgesinde belirlenmiştir. Bu kapsamda, uluslararası diplomatik camiada, ülkemizin uluslararası yükümlülüklerine riayet etmediği şeklinde bir algı yaratmaması ve dış temsilciliklerimizin karşılıklılık ilkesi gereğince çeşitli yaptırımlarla zor durumda kalmaması için, arabulucularımızca Türkiye’de bulunan yabancı misyonlara ve Birleşmiş Milletler temsilcilik ve kuruluşlarına karşı çıkarılacak tebligat işlemlerinin, “Hukuki Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri”ne ilişkin 16/11/2011 tarih ve 63-3 sayılı Bakanlığımız Genelgesine uygun olarak Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile diplomatik yollarla yapılması gerekmektedir. Bu itibarla, her ne kadar arabuluculuk mevzuatında bazı süre kısıtları bulunmakta ise de yapılacak tebligatın işin doğası gereği alacağı zaman da dikkate alınarak, arabuluculuk görüşmelerine davet evrakının tercümesiyle birlikte, Bakanlığımıza ulaşması ile toplantı tarihi arasında makul bir süre de gözetilip düzenlenerek Bakanlığımıza gönderilmesi halinde, Dışişleri Bakanlığımız vasıtası ile ilgili yabancı misyonlara iletilebilecektir...” şeklinde görüş bildirilmiştir. Her ne kadar Dış İşleri Bakanlığı tarafından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A’nın 9.bendinde yer alan ve arabuluculuk sürecinin en fazla dört hafta içerisinde sonuçlandırılması gerektiğine ilişkin düzenlemenin, diplomatik misyonların taraf olduğu uyuşmazlıklarda esnetilmesi ve sürenin üç aydan az olmaması yönündeki görüşü verilmiş olsa da kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Şöyle ki: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A’nın 9.bendinde aynen: “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.” şeklindedir. Hükmün lafzına baktığımızda, bu hükmün mutlak emredici nitelikte olduğu ve dört haftalık sürenin haklı neden dahi olsa uzatılamayacağı açıkça görülmektedir. Öte yandan 1965 sayılı Lahey Sözleşmesi ve 63/3 sayılı Genelge gereğince de yabancı bir devleti temsilen diplomatik misyonlara yapılacak

tebligatlar ile yabancı bir devleti temsil eden diplomatik misyonların ve yakınlarının şahsına yapılacak olan tebligatların da merkezi makam aracılığı ile yapılması gerektiği görülmektedir. O halde halihazırda mevzuatımızda bu hususta bir kanun boşluğu olduğu açıktır. Bu noktada Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A'nın 9.maddesinde bir kanun değişikliğine gidilerek, ilgili maddeye “merkezi makam aracılığı ile tebligat yapılması gereken hallerde, arabuluculuk süresinin uzatılması arabulucunun takdirindedir.” şeklinde düzenleme eklenmesi ile kanun boşluğu giderilecektir. Öte yandan Türkiye sınırları içerisindeki yabancılara veya yabancı ülke sınırları içerisindeki kişilere yapılacak tebligatlar bakımından ise 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 10.maddesi uyarınca -bu maddeye çekince koymayan devletler bakımından⁶⁹¹- doğrudan posta ile tebligat yapılabileceğinden, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A'nın 9.bendinde yer alan dört haftalık sürelerle riayet edilmesi gerekecektir. Ancak doğrudan tebligat yapılamayacak ülkeler bakımından yine sürenin arabulucu tarafından belirlenmesi gerekecektir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneği dava dilekçesine eklenmelidir. (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun md.18/A,b.2) Bu zorunluluğa uyulmaması halinde ise mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilecektir. Arabulucuya hiç başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde ise herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir.

⁶⁹¹ 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 10/A maddesine göre doğrudan tebligat yapılabilen devletler: Amerika Birleşik Devletleri, Antigua ve Barbuda, Arnavutluk, Bahamalar, Barbados, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Belize, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, Bosna Hersek, Botswana, Çin (sadece Hong Kong ve Makao Özerk Bölgeleri), Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kolombiya, Letonya, Lüksemburg, Malavi, Pakistan, Portekiz, Romanya, Saint Vincent ve Grenadinler, Seyşeller, Slovenya.

Yabancı unsurlu bir iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkta Yargıtay'ın MÖHUK'un 44.maddesini nasıl uyguladığına örnek olarak Yargıtay 21.HD'nin 08.12.2011 tarihli, 2010/10129E., 2011/12849 sayılı kararını gösterebiliriz. KKTC'de iş kazası sonucu vefat eden işçinin yakınlarının açmış olduğu davada Yargıtay yetkili mahkemeyi belirlerken: “...*Somut olayda işçinin yakınlarının Akçakale-Urfa adresinde, davalı A. AŞ.'nin Girne-Kıbrıs adresinde, davalı A. AŞ.'nin merkezi ise Koza Sokak No: 22, Gaziosmanpaşa Ankara adresinde bulunduğundan davaya bakmaya Ankara İş Mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir...*” şeklinde hüküm tesis ederek, MÖHUK md.44 gereği yetkili mahkemeleri incelemiş ve yukarıdaki şekilde hüküm tesis etmiştir.⁶⁹²

⁶⁹² Muktedir Lale, **Özel-İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara, s.205.

b. MÖHUK md.44 çerçevesinde münhasır yetki kuralı kavramı

Türk hukukunda kesin yetki, münhasır yetki, kamu düzeninden kesin yetki kavramları arasında medeni usul hukukçuları ile milletlerarası özel hukukçular arasında bir birlik sağlanamamıştır.⁶⁹³ Milletlerarası özel hukukçulara göre medeni usul hukukunda yer alan her kesin yetki kuralının, milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetki olarak kabul edilmesi mümkün değildir; çünkü iç hukukta getirilmiş olan kesin yetki kurallarının amacı ile yabancı unsurlu uyuşmazlıklar ile ilgili milletlerarası usul hukukunda getirilmiş olan münhasır yetki kurallarının amacı birbirinden farklıdır.⁶⁹⁴ Bu çerçevede iç hukukta kullanılan kesin yetki kavramı ile milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki kavramının farklı olduğu, milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki kavramının; *“belirli bir uyuşmazlık hakkında sadece belirli bir devlet yargısının karar verme yetkisi var ise, o devlet mahkemelerinin münhasır yetkisi”* nin anlaşılması gerektiği savunulmuştur.⁶⁹⁵ Başka bir deyişle milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki tesis edilen bir uyuşmazlığın mutlak surette Türk mahkemelerinde çözümlenmesi amaçlanmış olmaktadır.⁶⁹⁶ Bu açıklamalar ışığında MÖHUK md.44 kapsamında *“iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları”*nda düzenlenen yetki kuralı, *“işçiyi koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki kuralı”* niteliğinde olup, bu yetki kuralına aykırı bir şekilde yabancı bir mahkeme nezdindeki yargılama sonucu elde edilen mahkeme kararının, Türkiye’ de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.⁶⁹⁷ Milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki kuralının işçiyi koruma amacıyla sınırlı olması ise MÖHUK md.44’te düzenlenen yetki kurallarına aykırı şekilde yabancı bir mahkemede alınmış olan kararın, zayıf taraf olan işçi lehine olması halinde yabancı mahkeme

⁶⁹³ Mustafa Erkan, “Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:20, Sayı:1, 2012, s.11-51, s.37.

⁶⁹⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.602., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.485.

⁶⁹⁵ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.486.

⁶⁹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.602.

⁶⁹⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.419., Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.486., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.648.

kararının Türkiye’ de tanıma ve tenfiz engeli ile karşılaşmaması anlamına gelmektedir.

MÖHUK md.44 ile İş Mahkemeleri Kanunu md.6’nın yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından uygulama çerçevesini nasıl olmalıdır? Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda MÖHUK md.44’te yer alan özel yetki kurallarına başvurulması gerekmekte olup, MÖHUK md.44’te yer alan yetki kuralı işçiyi koruma amacıyla getirilmiş sınırlı münhasır yetki kuralı niteliğindedir.⁶⁹⁸ Bu durumda MÖHUK md.44 gereğince yetkili bir mahkeme mevcut değil ise, artık ilgili uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığı sonucuna varılacaktır. Bu aşamada İş Mahkemeleri Kanunu’nun iç hukukta kesin yetki niteliğindeki 6.maddesinin, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulup bulamayacağı, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta MÖHUK md.44’ün yanı sıra İşMK md.6’ya da başvurulup vurulamayacağı akla gelebilecektir. Nitekim Yargıtay 21.HD. 11.12.2019 tarihli yabancılık unsuru içeren bir iş kazasının tespiti davasında⁶⁹⁹; MÖHUK md.44’e atıf yaptıktan sonra iş kazasının tespiti davasında usul hükümleri açısından öncelikle İş Mahkemeleri Kanunu md.6’nın uygulanması gerektiğini, bu yetki kuralının kamu düzeninden olduğunu belirterek; somut olayda MÖHUK md.40 ve md.44 doğrultusunda uygulanması gereken iç hukuk kurallarının; İş Mahkemeleri Kanunu md.6 ile *-hüküm bulunmayan hallerde-* HMK olduğunu belirtmiştir. Yargıtay içtihatlarında da iş mahkemelerinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili kabul edilerek, davalının süresinde itiraz etmese dahi hâkim tarafından kendiliğinden bu hususun göz önünde bulundurulması, davanın her aşamasında yetki itirazının dikkate alınması gerektiği

⁶⁹⁸ Doktrinde MÖHUK md.44-45 ve 46’da yer alan yetki kuralının münhasır nitelikte olmadığı savunulmuş ve bunun gerekçesi olarak MÖHUK md.47/2’de yer alan “44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.” düzenlemesi gösterilmiştir. Buna göre “münhasır yetki” ile “yetkinin, sözleşmeyle bertaraf edilmemesi” kavramları birbirinden farklı olduğu için madde metninde de farklı kavramlar ile ifade edilmiştir. Yine başka bir görüşe göre madde metninde kullanılan kesin ifade nedeni ile sınırlı münhasır yetkiden değil, münhasır yetkiden bahsetmek gerekmektedir. Bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:63, S:4, 2014, s.865.

⁶⁹⁹ Yargıtay 21.HD. 11.12.2019T., 2019/5309E., 2019/7692K.

ve hatta hâkimin kendisinin de re'sen yetkisizlik kararı verebileceği kabul edilmektedir.⁷⁰⁰ Bahse konu Yargıtay kararının kendi içinde çelişkiler barındırdığını ve kavramların doğru kullanılmadığı kanaatindeyim. Şöyle ki: bu aşamada öncelikle İş Mahkemeleri Kanunu md.6'yı incelememiz faydalı olacaktır. İşMK md.6'da iç hukukta iş mahkemelerinin yetkisi düzenlenmiş olup, md.6/4' te "*iş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu*" düzenlenmiş, akabinde md.6/5'te "*bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmelerinin geçersiz*" olduğu belirtilmiştir. O halde İşMK md.6/5'ten bu madde hükmünün iç hukuk anlamında kesin yetki olduğu anlaşılmakla birlikte, İşMK md.6/4'te iş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı tutulmuş olması, md.6/5'in kamu düzeninden kaynaklanan bir kesin yetki olmadığı sonucuna bizi ulaştırmaktadır.⁷⁰¹ Öte yandan milletlerarası özel hukukta genel yetki ve özel yetki kurallarının iç hukukta yer alan genel yetki kuralı ve özel yetki kurallarından farklı olduğunu; bu kapsamda milletlerarası özel hukukta özel yetki kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, MÖHUK'ta yer alan özel yetki kurallarına başvurulması gerektiğini ve bu özel yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin mevcut olmaması durumunda artık MÖHUK'taki genel yetki kuralına (MÖHUK md.40) başvurulamayacağını, bu durumda artık Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığı sonucuna varılması gerektiği tartışmasıdır. O halde yabancılik unsuru içeren iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken, sadece MÖHUK 44 ve yetki anlaşmasının varlığı hallerinde MÖHUK md.47'nin dikkate alınması gerekecektir. Bu açıklamalar ışığında; İşMK md.6'nın iç hukukta kesin yetki kuralı teşkil ettiği, milletlerarası usul hukukunda ise münhasır yetki olarak kabul edilmeyeceği, iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkinin sadece MÖHUK md.44'e göre belirlenmesi gerektiğini söylemek abesle iştigal etmeyecektir. Bahse konu Yargıtay kararına baktığımızda kararda İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) md.6'ya adeta yetki kuralı bakımından üstünlük tanındığını, yine

⁷⁰⁰ Yargıtay 20.HD., 25.06.2020T., 2020/1720E., 2020/2122K. Yargıtay 9.HD., 18.06.2020T., 2016/19151E., 2020/6004K., Yargıtay 9.HD., 26.05.2008T., 2008/20378E., 2008/12778K.

⁷⁰¹ Aynı yönde bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.629.

kararda MÖHUK md.40 ve 44 gereğince İş Mahkemeleri Kanunu md.6'nın uygulandığını görmekteyiz. Oysaki İşMK md.6 öncelikli bir yetki kuralı niteliğinde kabul edilirse, artık MÖHUK kurallarına başvurmamamız gerekirdi. Lakin İşMK md.6, mutlak emredici değil ise o takdirde MÖHUK md. 44'e başvurmamız, yetkili mahkemeyi ona göre belirlememiz gerekecektir. Kanımızca Yargıtay kararında, milletlerarası özel hukuk alanında kullanılan genel yetki ve özel yetki kavramları ile iç hukukta yer alan kesin yetki ve milletlerarası usul hukukunda yer alan münhasır yetki kavramlarını birbirine karıştırılmıştır. MÖHUK md.40 genel yetki kuralı olup, MÖHUK md.44 ise özel yetki kuralıdır. Milletlerarası özel hukuk alanında bir özel yetki kuralı tesis edildiyse, artık genel yetki kuralına başvurulması mümkün değildir. Oysaki iç hukukta genel yetki ve özel yetki kuralları arasında böyle bir ayrım olmayıp, davacı dilerse özel yetkiye, dilerse genel yetkiye dayanarak davasını yetkili mahkeme açabilmektedir. O halde diyebiliriz ki: özel yetki kurallarının kapsamına giren yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta, MÖHUK gereğince ilgili özel yetki kurallarına giren bir yetkili mahkeme yok ise, artık o uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığı kabul edilecek ve iç hukuk kuralları olan HMK veya İşMK veya başkaca bir kanuna başvurulmayacaktır.⁷⁰²

⁷⁰² Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.** s.411., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.601. Oğuzhan Dalkılıç, **Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.102,

2. MÖHUK md.44 çerçevesinde iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında düzenlenen özel yetki kuralı

Bu tezin konusu olan yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklara bakmaya yetkili mahkeme, milletlerarası usul hukukunda özel yetki kuralı olarak kabul edilen MÖHUK'un 44.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“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”*. MÖHUK md.44 işçi lehine sınırlı olmak üzere münhasır yetki olarak kabul edilmektedir. Yani bu maddeye aykırı olarak yetkisiz yabancı bir ülke mahkemesinden alınmış olan ilam, işçi lehine kabul edildiği takdirde Türkiye’ de tanıma ve tenfiz engeli ile karşılaşmayacaktır.

MÖHUK md.44 kapsamında yetkili mahkemeler belirlenirken, işveren açısından sadece işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’ de bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak belirlenmişken; işçi açısından işini yaptığı işyerinin Türkiye’ de bulunduğu yer mahkemesi, işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri ve işçinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri olmak üzere dört farklı bağlama noktası ile yetkili mahkeme tesis edilmiştir. Kuşkusuz bu düzenlemenin amacı zayıf taraf olarak kabul edilen işçinin hakkını aramasını kolaylaştırmaktır.

Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, MÖHUK md.44’te yer alan düzenlemenin Brüksel I Tüzüğü⁷⁰³ ile uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Brüksel I Tüzüğü, bireysel iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri gibi zayıf tarafı koruma amaçlı *“koruyucu milletlerarası yetki kuralları”*⁷⁰⁴

⁷⁰³ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS Recast Tüzüğü (AB1215/2012). (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.)

⁷⁰⁴ Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku “Düşünsel Temeller””, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:2, 2018, s.118.

düzenlemiştir. Bireysel iş sözleşmeleri ile ilgili mahkemelerin yetkisi, Brüksel I Tüzüğü' nün (Recast) 20-23.md arasında düzenlenmiştir.⁷⁰⁵ Brüksel I Tüzüğünde iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Mahkemelerin yetkisi belirlenirken, aynı MÖHUK md.44 gibi işçi tarafından açılacak davalar ile işveren tarafından açılacak davalar bakımından bir ayrıma tabi tutulmuştur. Yine işçi tarafından açılacak dava, aleyhine dava açılacak işverenin AB üyesi ülkelerinden birinde bulunup bulunmamasına göre farklılık arz edecektir. Buna göre; bir işçi, AB üyesi bir ülkede yerleşim yeri olmayan bir işyerinde işe girerse ve uyuşmazlık da bu işyerinin AB üyesi bir ülkede yer alan acentesinden, şubesinden veya kuruluşundan doğmuşsa, o halde ilgili işyerinin yerleşim yerinin ilgili üye ülkede olduğu kabul edilecektir. Brüksel I Tüzüğü md.21/1 uyarınca üye ülkelerden birinde yerleşim yeri olan işveren aleyhine; yerleşim yerinin bulunduğu üye ülke mahkemelerinde dava açılabilir. İşçinin işini mutaden yaptığı işyerinin bulunduğu veya son çalıştığı işyerinin bulunduğu AB üyesi ülke mahkemesinde açılabilir. İşçi, işini tek bir ülkede mutaden yerine getirmiyorsa, işverenin statüsünde bulunan üye ülke mahkemesinde de açılabilir. Brüksel I Tüzüğü md.22/1'de işverenin işçi aleyhine açacağı davalarda işçinin yerleşim yerinin bulunduğu üye ülke mahkemesi yetkili mahkeme olarak gösterilmiştir.

⁷⁰⁵ Brüksel I Tüzüğü' nde bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Emre Esen, "Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi", **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed: Işıl Özkan, Ceyda Sural, Uğur Tütüncübaşı, Ankara, 2016, s.172 vd.

a. İşçinin işini mutaden yaptığı iş yerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi

Yabancı unsurlu “iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları”nda mahkemelerin yetkisini düzenleyen MÖHUK md.44’te; “bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’ de bulunduğu yer mahkemesinin yetkili” olduğu düzenlenmiştir. İşçinin işini mutaden yaptığı yerin irtibat noktası olarak kabul edilmesi, esasında işçinin işini ifa ettiğı yer ile sıkı ilişki içerisinde olmasından ileri gelmektedir.⁷⁰⁶

Mutad iş yeri kavramını tanımlarken, öncelikle işyeri kavramının hukukumuzdaki anlamına değinmekte fayda vardır. İş Kanunu md.2’ye göre; “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiğı birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiğı mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu, farklı coğrafi alanlarda bulunan işyerlerini de kapsayacak şekilde bir bütündür.”⁷⁰⁷ İşyerinin kapsamı belirlenirken teknik bağıllık, bağımsız yönetim⁷⁰⁸ ve hukuki bağıllık⁷⁰⁹ dikkate alınacak kıstaslardandır.

Mutad işyeri kavramının, devletler özel hukuku tarafından doktrine kazandırıldığı ileri sürülmüştür.⁷¹⁰ Mutad işyerinin irtibat noktası olarak kabul edilmesi ile işçinin menfaatinin en doğru şekilde korunabilmesi amaçlanmıştır, çünkü işçi ağırlıklı olarak hayatını geçirdiğı çevrenin politik, çevresel veyahut çalışma dair şartlarına vakıf olup, bunlarda meydana gelebilecek değişikliklerden

⁷⁰⁶ Esen, **Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi**, s.193.

⁷⁰⁷ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.203.

⁷⁰⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s.139-140., Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s.61.

⁷⁰⁹ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.203.

⁷¹⁰ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.204.

etkilenmektedir. Yine işveren açısından da işin yapıldığı yerde çalışan işçilere eşit davranma imkânı getirmekte, o yerdeki tüm işçilere aynı kuralların uygulanmasını sağlamaktadır⁷¹¹.

Mutad işyeri, işçinin yapacağı işin ağırlık merkezinin bulunduğu ülke olarak tanımlanabilir. İşin bir bütün halinde belirli bir ülkede yerine getirilmesi gerekmekte ise, artık o ülkenin mutad işyeri olarak tanımlanabileceği kabul edilmektedir.⁷¹² İşçinin mutad işyeri belirlenirken, sözleşme süresinin tamamında açık veya örtülü olarak belirlenen tüm koşulların dikkate alınması⁷¹³, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün halinde nerede ifa edildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.⁷¹⁴ Mutad işyerinin belirlenmesinde başlıca kıstasın tarafların bu yöndeki iradesi olduğu, tarafların iradesinin tespit edilememesi halinde ise yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği, yapılacak işin veya hizmetin ağırlık merkezinin belirleyici kriter olarak kabul edilmesi savunulmuştur. Bu çerçevede mutad işyerinin belirlenmesi sürecinde, işçinin fiili işyeri tek başına mutad işyerini belirlemede yeterli olmayacaktır. Avrupa Adalet Divanı' nın Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duche de Luxembourg kararında da⁷¹⁵, işçinin mutad işyeri belirlenirken, bu faaliyeti karakterize eden tüm faktörler ışığında, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin büyük kısmını yerine getirdiği yerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Mutad iş yeri belirlenirken, iş sözleşmesinde işyeri olarak belirlenen sözleşme hükmünün belirleyici olmadığı ve iş sözleşmesinde işyeri olarak belirlenen yer ile işin mutaden ifa edildiği yerin birbirinden farklı olması durumunda, mutad iş yerinin dikkate alınması gerektiği savunulmuştur.⁷¹⁶

⁷¹¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.424., Elçin, **a.g.e.**, s.120., Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.213.

⁷¹² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.428.

⁷¹³ Elçin, **a.g.e.**, s.123.

⁷¹⁴ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.204.

⁷¹⁵ Kararda işçinin nakliye talimatlarını ve yönergeleri ile organizasyona ilişkin talimatları aldığı, iş araçlarının bulunduğu yer, nakliye edilecek ürünlerin indirildiği yer ve işçinin işini tamamladıktan sonra döndüğü yer Mahkeme' nin mutad işyerini belirlerken dikkate aldığı kriterlerden sayılmıştır. Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duche de Loxembourg, Case C-29/10. (Çevrimiçi)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2469CD571E5519F2BDADF0735C748DC8?text=&docid=84441&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1297340> (23.05.2020)

⁷¹⁶ Elçin, **a.g.e.**, s.126.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde mutad işyeri tespit edilirken, her bireysel iş sözleşmesinde ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin işçi işinin tamamını veya bir kısmını internet kullanımı ile evinden ifa ediyor ise, mutad işyerinin işçinin evi⁷¹⁷, anketörler gibi işini telefon ile ifa edenler bakımından ise veri girişinin yapıldığı yer olacağı söylenebilecektir.⁷¹⁸ İşçinin başka bir ülkeye montaj faaliyeti, iş seyahati, fuar ve sergi hizmeti gibi geçici süre ile aynı işverene bağlı olarak gitmesi, işin ağırlık merkezinin yerini değiştirmeyecektir. Bunlar yapılacak işin ağırlık merkezini değiştirmedığından, mutad iş yerinin yayılması olarak kabul edilmektedir.⁷¹⁹ Mutad iş yerinin yayılması her ne kadar kanunlar ihtilafı kurallarında kabul edilmiş olsa da milletlerarası yetki alanında da bu şekilde etkisini göstermektedir. İşçi işini mutad yaptığı yerden uzun süreli ayrıldığı takdirde de tarafların iradesi öncelikli olmakla birlikte, bu yönde irade belirlenemiyorsa, kural olarak işçinin işini mutad olarak yaptığı yer değişmeyecektir; ancak işçi sadece yabancı ülkede çalışması için işe alınmışsa, işveren işçiyi geri alma niyetinde değilse veya işçi geri dönmek niyetinde değilse, bu halde işçinin mutad işyeri değişmiş olacaktır.⁷²⁰ İşçinin işini birden çok devlette mutaden yerine getirmesi halinde, her bir yerin işçinin işini mutaden yaptığı işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Yine aynı görüşe göre işçinin, sorumluluğu altındaki işlerini belirli bir ölçüde Türkiye’ de ifa ediyor ise, bu durumun işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye olarak kabul edilmesi için yeterlidir.⁷²¹

Bu açıklamalar ışığında, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta işçi veya işveren, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’ de bulunduğu yer mahkemesinde davasını ikame edebilecektir.

⁷¹⁷ Tarman, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, s.536.

⁷¹⁸ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.215.

⁷¹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.428.

⁷²⁰ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006, s.308., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.428.

⁷²¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.479.

b. İşverenin ve işçinin yerleşim yerinin bulunduğu Türk mahkemesinin yetkisi

Yabancı unsurlu iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarına ilişkin Mahkemelerin yetkisini düzenleyen MÖHUK md.44'te; *“bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, işçinin işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri veya işçinin yerleşim yerinin bulunduğu Türk mahkemeleri”* de yetkili mahkeme olarak gösterilmiştir.

Türk vatandaşlarının Türkiye'deki yerleşim yerleri TMK hükümlerine göre belirlenmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 19.ve devamı maddelerinde yerleşim yeri kavramı açıklanmış ve düzenlenmiştir. Buna göre: yerleşim yeri⁷²², *“bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Ancak bu kural ticari ve sınai kuruluşlar hakkında uygulanmaz.”* TMK md.20'ye göre; *“Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.”*⁷²³ TMK'nın 19.maddesine göre yerleşim yeri kavramının objektif unsur olarak kabul edilen ‘sürekli oturma’ ve sübjektif unsur olarak kabul edilen ‘yerleşme niyeti’ olmak üzere iki unsuru ihtiva ettiğini görmekteyiz. Ancak doktrinde bu unsurların yoruma muhtaç olduğu kabul edilmekle, yaşam merkezi kavramının uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi’ ne göre yaşam merkezi; *“Yerleşim yerinde objektif yani fiili şartın gerçekleşmesi, şahsın oturduğu yeri, faaliyetlerinin, maddi ve manevi menfaatlerinin, şahsi ve mesleki münasebetlerinin merkezi haline getirmiş bulunmasına bağlıdır.”*⁷²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.01.2017 tarihli, 2014/9-2167E., 2017/36K. Sayılı kararında; *“gerçek kişi işverenin başka bir*

⁷²² Doktrinde TMK'nın 21.maddesinde yer alan yasal yerleşim yeri dışındaki yerleşim yeri kavramı, bağımsız yerleşim yeri olarak da kullanılabilir. Bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri**, Oniki Levha Yayıncılık, 2009, İstanbul, s.58.

⁷²³ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (R.G. Sayısı:26153, R.G. Tarihi:25.04.2006) md.3/ee’ de yerleşim yeri adresinin, sürekli kalma niyetiyle oturan yeri ifade ettiği düzenlenmiştir.

⁷²⁴ Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.** s.59.

yerde yerleşmek niyetiyle oturduğu kanıtlanmadığı takdirde, kural olarak nüfusta kayıtlı olduğu yerin ikametgâh olarak kabulünün gerekeceği” belirtilmiştir. Yerleşim yeri ile kişi arasında hukuki bir bağ mevcut olup, yerleşim yeri esasında bu kavram ile kişiselleştirilmektedir. Ancak kişi hukuki bağı olan yerleşim yeri dışında göç, iş hayatı vb. sebeplerle başka bir yere/yerlere de bağlanmış olabilmektedir.⁷²⁵ Bu nedenle mevzuat düzenlemelerinde sadece yerleşim yeri kavramına başvurmak yetersiz kalmaktadır. Yerleşim yerinin iki unsuru olan yerleşme niyeti ve sürekli oturma unsurlarına baktığımızda, sürekliliğin çeşitli nedenlerle kesintiye uğramış olması -örneğin bir iş için geçici süre ile yabancı ülkeye gidilmesi- yerleşim yeri kavramına halel getirmeyecektir. Asıl olan o yerleşim yerinin, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olarak korunmasıdır.⁷²⁶

Yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, davacı işçinin yerleşim yerinin dava açıldığı tarihte Türkiye’ de bulunması yeterlidir. Dava tarihinden sonra davacı işçinin yerleşim yerini Türkiye dışına taşıması veya Türkiye içinde başka bir yere nakletmesi, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi ile ilgili herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır. Başka bir deyişle; dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin bir kez milletlerarası yetkiye haiz olması yeterli olup, yerleşim yerinin sonradan herhangi bir değişikliğe maruz kalması, bu milletlerarası yetkiyi ortadan kaldırmayacaktır.⁷²⁷

Tüzel kişilerin yerleşim yeri TMK md.51 uyarınca, *“kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer”*dir. Tüzel kişi, kuruluş belgesinde bir yerleşim yeri göstermemiş ise, işlerinin yönetildiği yer, gerçek kişilerin yerleşim yerinin belirlenmesine benzer şekilde tespit edilmekte; tüzel kişinin dış ilişkilerine, faaliyet amacına göre daimî olarak işlerini devam ettirdiği merkez, yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle TMK md.51’de yer alan yönetim yeri kavramı; tüzel kişinin günlük yönetim işlerini sürdürdüğü yer olarak kabul edilmektedir.⁷²⁸ Lakin bu açıklamalara rağmen TMK

⁷²⁵ Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s.10.

⁷²⁶ Nuray Ekşi, “Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, S:1, Ocak, 2010, s.9

⁷²⁷ Nuray Ekşi, **Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**, s.24.

⁷²⁸ Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s.122.

md.51'in uygulama alanının oldukça dar olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki; TMK md.20 gereğince Türk hukukunda tüzel kişilerin statülerinde yerleşim yerinin ya da merkezinin belirlenmesi ve ticaret sicilinde ilanı zorunludur. Bu zorunluluğun öngörüldüğü durumlarda, TMK md.51 uygulama alanı bulmayacaktır.⁷²⁹ Nitekim Yargıtay kararlarında da tüzel kişinin ticaret sicil kaydında yer alan adresi, işlerinin yönetildiği yer kabul edilmekte, başkaca bir araştırmaya girilmemektedir.⁷³⁰ HMK md.14/1 gereğince; *“bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu”* göz önüne alındığında; asıl merkezi yabancı bir ülkede bulunan çok uluslu şirketlerin Türkiye’deki şubelerinin fiil ve işlemleri ile ilgili olarak, şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olarak kabul edilebilecektir.

⁷²⁹ Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s.122.

⁷³⁰ Yargıtay 23.HD., 01.10.2014T., 2014/7670E., 2014/6146K., Yargıtay 23.HD., 14.06.2013T., 2013/3884E., 2013/4094K., Yargıtay 23.HD., 08.05.2013T., 2013/2609E., 2013/3004K.

c. İşçinin mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemesinin yetkisi

MÖHUK md.44'te işçinin işveren aleyhine açtığı davalarda; *“işçinin, işverene karşı açtığı davalarda işçinin mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkili mahkeme”* olarak kabul edilmiştir.

Mutad⁷³¹ mesken kavramı, ilk olarak Alman hukukunda 19.yy’ da kullanılmış olup, milletlerarası özel hukuka da La Haye sözleşmeleri ile girmiştir.⁷³² Yerleşim yeri kavramının ihtiyaçları yeteri kadar karşılamaması⁷³³, yerleşim yerini irtibat noktası olarak kabul eden devletlerin, milli hukuku irtibat noktası olarak La Haye sözleşmesini benimsemek istememeleri gibi hususlar, irtibat noktası olarak mutad mesken kavramının yaygınlaşmasına neden olmuştur.⁷³⁴ Mutad mesken kavramının⁷³⁵ net bir tanımı olmamakla birlikte; Türk doktrininde mutad mesken kavramının gerçek ve fiili durumu yansıtan, kişinin güncel menfaatlerinin merkezi⁷³⁶, fiilen oturulan yer⁷³⁷, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi, kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer, hukuki bir kavramdan çok bir vakıa olarak anlamlandırıldığı ve unsurları arasında oturma niyeti ve devamlılık olduğu kabul edilmiştir.⁷³⁸ Bu çerçevede de mutad meskenin vasıflandırılması sürecinde, mahkemenin sadece fiili durumu araştırması gerektiği, vasıflandırmanın lex foriye⁷³⁹ göre yapılması durumunda dahi milletlerarası özel hukukun ruhunun

⁷³¹ Mutad kelimesi Arapça kökenli olup, Türk Dil Kurumu sözlüğünde ‘mutat’ olarak yer almakta olup; *“alışılmış, alışılan”* anlamındadır. Kanun koyucu MÖHUK kapsamında mutat kelimesinin Arapça halini kullanmayı tercih ettiğinden, bu çalışma kapsamında kanun dili ile uyumlu olmak adına mutad kelimesi kullanılmıştır.

⁷³² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.36.

⁷³³ MÖHUK md.12 ve md.13’ ün gerekçelerinde; müşterek ikametgâh kavramının gerçek ve fiili durumu aksettirmemesi nedeni ile kanun metninden çıkarıldığı belirtilmiştir.

⁷³⁴ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.36.

⁷³⁵ Mutad mesken kavramı ile aile konutu kavramları birbirine çok benzemekle birlikte, esasında birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Mutad mesken belirlenirken kullanılan ‘mutad’ olma kriteri, aile konutunda mevcut değildir. Yine birden fazla aile konutu olabilirken, mutad mesken mutad olma özelliği nedeni ile tek olma özelliğine sahiptir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.121.

⁷³⁶ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.39.

⁷³⁷ Çelikel, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.187.

⁷³⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.120., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.39.

⁷³⁹ Bazı sözleşmelerde mutad mesken kavramının hangi hukuka göre vasıflandırılması gerektiği açık bir madde ile düzenlenmiştir. Örneğin 1955 tarihli Avrupa İkamet Sözleşmesine Ek Protokolün

dikkate alınarak kavramların içeriklerinin oluşturulması gerektiği savunulmuştur.⁷⁴⁰ O halde mutad mesken belirlenirken iki kriter önem arz etmektedir: oturmanın devamlılığı ve oturma niyeti.⁷⁴¹ Oturmanın devamlı olup olmadığı belirlenirken, fiili oturma süresi ve fiili bağlılığın birlikte değerlendirilmesi ve kişinin kendi iradesi dışında bir yerde bulunmak zorunda kaldığı sürelerin, bahsi geçen süreler değerlendirilirken dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır. Kişinin oturma niyetinin varlığı değerlendirilirken, kişinin oturduğu yer ile sosyal bütünleşmesi dikkate alınacağından, kimi zaman kısa süreli bir oturmada da oturma niyetinin varlığı gözetilerek mutad mesken belirlenmesinde kabul edilebilmektedir.⁷⁴² Yine kişinin mutad meskeni belirlenirken, oturmanın devamlılığında dikkate alınacak süre hususunun her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kimi hallerde kişi çok kısa bir süredir o ülkede bulunmakla birlikte, o yer hayat ilişkilerinin merkezi haline gelmiş olabilir ve kişinin mutad meskeni o yer kabul edilebilir. Tam tersi olarak kişi uzun zamandır o yerde bulunmakla birlikte, o yeri hayat ilişkilerinin odağı haline getirmemiş olabilir; bu durumda da salt o yerde uzun süre geçirmiş olması, kişinin mutad meskenini o yer yapmayacaktır.⁷⁴³

Roma I Tüzüğü'nde mutad mesken tanımı yapılmıştır. Tüzük md.19/1' de şirketlerin ve diğer kuruluşların mutad meskeninin, idare merkezinin yeri olduğu düzenlenmiş; gerçek kişiler bakımından ise ticari faaliyeti doğrultusunda hareket eden gerçek kişinin asıl işyeri mutad mesken olarak kabul edilmiştir. Tüzük md.19/2' de sözleşmenin bir şube, acente veya başka bir kuruluşunun faaliyetleri sırasında akdedilmesi veya sözleşme kapsamında ifa bakımından bir şube, acente veya kuruluşun sorumluluğu söz konusu ise şube, acente veya herhangi bir diğer

30.maddesinde “*Mutad mesken deyiminin, ilgilinin uyruğu bulunduğu ülkede uygulanmakta olan kurallara göre tanımlanacaktır.*” denilerek, vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. (R.G. Sayısı:20285, R.G. Tarihi:17.09.1989)

⁷⁴⁰ İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.101.

⁷⁴¹ Yargıtay oturma yeri kavramının sadece gerçek kişilere özgü bir kavram olduğunu, bir tüzel kişinin olağan oturma yerinden söz edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 11.HD. 15.03.2012T., 2012/2110E., 2012/3915K.

⁷⁴² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.122.

⁷⁴³ Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, s.53.

müessesenin bulunduğu yer mutad mesken olarak kabul edilecektir. Robin Swaddling v. Adjudication Officer arasında görülen 25.02.1999 tarihli ATAD kararında⁷⁴⁴, kişinin mutad meskeni belirlenirken hayat ilişkilerinin merkezi olup olmadığının araştırması gerektiği belirtilmiştir. Kararda bu doğrultuda işçinin aile durumunun, taşınma sebeplerinin, işçinin yerleşimin devamlılığının ve uzunluğunun, kalıcı işçi olup olmadığının ve işçinin tüm koşullar içerisinde niyetinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir.

Vatansızlar ile mültecilerin mutad meskeninin belirlenme süreci ayrıca ele alınmalıdır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁷⁴⁵ (YUKK) md.3/ş’de vatansız kişi; *“hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi”* olarak tanımlanmıştır. Bu nedenledir ki vatansız kişi, yabancının hukuki durumunu taşımaktadır.⁷⁴⁶ YUKK md.61’de de mülteci kavramına yer verilmiş ve *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verileceği”* düzenlenmiştir. O halde mültecilerin esasında kendi iradeleri ile yaşadıkları yeri terk etmemekte, buna mecbur kalmaktadır. Ancak mutad mesken belirlenme sürecinde dikkate alınan kıstaslardan biri olan oturma niyeti, mültecilerde bulunmayabilir. Bu durumda bu kişilerin mutad meskeni nasıl belirlenecektir? 12.08.2005 tarihli bir Amerikan Mahkemesi kararında Mahkeme, vatansız olarak mülteci başvurusunda bulunan bir kişinin mutad meskeninin belirlenmesi sürecinde niceliksel bir değerlendirme

⁷⁴⁴ ABAD’ın 25.02.1999 tarihli, C-90/97 numaralı Robin Swaddling v. Adjudication Officer kararı için bkz. (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0090&qid=1605007201405&from=EN> (10.11.2020)

⁷⁴⁵ R.G. Sayısı:6458, R.G. Tarihi:04.04.2013.

⁷⁴⁶ Çelikel, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s.17.

yaparak, kişinin o ülkede kaldığı sürenin önem arz ettiğinden bahisle o ülkede hangi amaçla ve niyetle kalındığını göz ardı etmiştir.⁷⁴⁷

Kişinin hukuka aykırı bir biçimde bir ülkeye giriş yapması veya ülkede hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam etmesi halinde ise mutad meskeninin hukuka aykırı olarak bulunduğu ülke olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; hukuka aykırı olarak bir ülkede bulunan kişi, o ülkede mutad meskene sahip kabul edilmemelidir. Diğer bir görüşe göre ise uyumsuzluğun türüne göre bu hususa karar verilmelidir; örneğin vergi hukuku ile ilgili konularda veya boşanma, velayet, çocuk kaçırma gibi hususlarda kişinin bulunduğu ülkede hukuka aykırı olarak bulunup bulunmaması önem arz etmeyecektir. Başka bir görüşe göre ise kişinin bulunduğu ülkede hukuka aykırı olarak bulunması, sadece kamu hukuku meseleleri ile ilgili olup, özel hukuku ilgilendiren uyumsuzluklarda kişinin mutad meskeni belirlenirken, bu hususa dikkat edilmeyecektir; zira mutad mesken hukuki bir kavram olmayıp, fiili durumu gösteren bir vakıadır.⁷⁴⁸ Bir kısım mahkeme kararlarında en azından iki aylık bir sürenin olması gerektiği belirtilmekle, birkaç günlük bir oturma süresinin dikkate değer bir oturma süresi olmadığı belirtilmiştir.⁷⁴⁹ Ancak bu değerlendirme her Mahkeme’de değişkenlik gösterebilecek olup, net bir oturma süresi telaffuz etmek sağlıklı olmayacaktır.

Yabancı unsurlu bir uyumsuzlukta irtibat noktası olarak belirlenen mutad mesken kavramının hangi hukuka göre anlamlandırılması gerektiği ise ‘bağlama noktasının vasıflandırılması sorunu’ olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk doktrininde bu sorunun anlamı ve niteliği belirlenecek olan kavramın anlamının ve niteliğinin tartışıldığı ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği savunulmuştur.⁷⁵⁰ O halde Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta işçinin mutad meskeni belirlenirken, Türk hukukuna göre mutad meskenin anlam ve niteliği belirlenecek ve doktrinde

⁷⁴⁷ Paripovic v. Gonzales, United States Court of Appeals, Third Circuit, 12.08.2005. (Çevrimiçi) <https://casetext.com/case/paripovic-v-gonzales> (10.11.2020).

⁷⁴⁸ Farklı görüşler hakkında bilgi için bkz. Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, s.51.

⁷⁴⁹ Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, s.55.

⁷⁵⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.45.

kabul edilen oturmanın devamlılığı ve oturma niyeti kriterleri belirleyici unsur olarak kabul edilecektir.

MÖHUK md.44'te işçi lehine seçimlik bir hak olarak düzenlenen 'işçinin mutad meskenin bulunduğu Türk mahkemesinin yetkisi', yurt dışına çalışmaya giden Türk işçilerinin, işçilik alacaklarına ilişkin dava açabilmelerini kolaylaştırmak ve dolayısıyla zayıf taraf olarak kabul edilen işçinin korunması amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir.

3. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yetki anlaşması

Milletlerarası özel hukuk alanında tarafların irade serbestisi kapsamında getirilmiş olan hukuk seçme özgürlüğü, Milletlerarası usul hukuku anlamında tarafların yetki anlaşması ile kanun tarafından yetkili kılınmamış bir mahkemeyi yetkili mahkeme seçebilmeleri şeklinde tezahür etmiş⁷⁵¹ ve MÖHUK'un 47.maddesinde vücut bulmuştur.⁷⁵²

MÖHUK'un "Yetki anlaşması ve sınırları" başlıklı 47.maddesi şu şekildedir:

"MADDE 47- (1) Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi

⁷⁵¹ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul, s70.

⁷⁵² Yabancı unsurlu ilişkilerde yetki anlaşmasının önemi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 06.05.1998T., 1998/12-287E., 1998/325K. sayılı kararında şu şekilde açıklanmıştır: "...Bugün bilgi çağı döneminde devletlerin birbirleriyle olan zorunlu sosyal ve sanayi ihtiyaçları karşısında ekonomik ilişkilerinin, kolay iletişim ve sürat araçları eliyle yoğunluk kazandığı, o nedenle ülke sınırlarını aşan sözleşmeler düzenlemek zorunda oldukları yadsınamaz. Dünya devletlerine ve dünya ekonomisine entegre olan Türkiye'nin bu gerçekten uzak durması düşünülemez. Esasen zamanımızın sosyal ve ekonomik koşullarının getirdiği zorunluluklar karşısında, her devlet devletler hukukuna dahil olduğunu gözden kaçırmamalı ve her türlü egoizmden uzak durmaya gayret sarfetmelidir." Kararda devamla şu hususlar belirtilmiştir: "O nedenle bu tip ticari ilişkilere dayanarak sözleşmelerde kararlaştırılan yetki şartı sözleşmenin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Kaldı ki, tarafların gidebilecekleri yetkili devlet mahkemesini hemen akdin başında bilmelerine ve kendilerine uygulanacak hukuk kaidelerini önceden tespit ve tayin etmek de birçok yararları göz ardı edilemez."

halinde geçerli olur. Dava ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.”⁷⁵³ ⁷⁵⁴

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, yetkili mahkeme olarak yetkisiz bir Türk mahkemesi belirlenebileceği gibi, yabancı bir ülke mahkemesi de yetkili kılınmış olabilecektir. Bu durumda yetki anlaşmasının geçerliliği hangi hukuka göre belirlenecektir? İç hukukumuzda yetki anlaşmasının geçerliği HMK md.17 ve md.18’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, dava sadece anlaşma ile belirlenen bu mahkemelerde açılır.*” Maddede devamla; “*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf*

⁷⁵³ Tarafların yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesini belirlemiş olmaları, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermesine engel değildir. Yargıtay 19.HD. 12.06.2008 tarihli, 2008/4717E., 2008/6504 sayılı kararında özetle: “Geçici hukuki koruma önlemleri toplumsal barışın sağlanması açısından da önem taşımaktadır. Yabancılik unsuru taşıyan milletlerarası sözleşmelerde de bu anlayışın, yerel hukuki korumanın gerektirdiği hallerde geçerli olacağı şüphesizdir. Adaletin ve toplumsal barışın menfaati doğrultusunda alınacak geçici hukuki koruma önlemleri, vatandaşlık ayrımı yapılmaksızın herkese eşit şekilde uygulanmalıdır. Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin esas davadaki yetkisinin kaldırılmış olması Türk mahkemesinin geçici hukuki himaye tedbiri olan ihtiyati haciz kararı vermesine engel değildir. Aksi bir görüşün kabulü halinde yabancıların etkin hukuki korumadan yoksun kalmaları gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç doğar.” Kararda devamla; “Şahıs veya malvarlığı tehdit edilen kişilerin hukuki korumadan yararlanmamaları medeni milletlerin temel hukuk anlayışlarına aykırıdır. Toplum hayatının temel kuralları ve yabancıların haklarına saygı, esas davada yetkisiz olsalar bile geçici hukuki koruma tedbirleri söz konusu olduğunda mahkemeleri bu konuda yetkili kılmaktadır (İhtiyati tedbirlere ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Ekşi, N.: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000, s. 229). 1982 Anayasası’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi ile güvence altına alınan, “bireylere etkin hukuki güvenlik sağlanması” esası, lex fori’nin aradığı belli şartların gerçekleşmesi halinde esas davada yetkili olmayan Türk mahkemesi tarafından da dikkate alınmak zorundadır (İhtiyati tedbirlere ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Çözüm Yolları, İstanbul 2005, s. 179-183).” açıklamaları yapılmıştır. Kararda bu açıklamalar ışığında; “Bu açıklamalar çerçevesinde yerel Ticaret Mahkemesinin, Bankanın Türkiye’de ihtiyati haciz talep etmeye hakkı olduğu ve söz konusu ihtiyati haciz talebine ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu’nun uygulanması yönündeki değerlendirmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur.” şeklinde karar tesis edilmiştir. Aynı yönde bkz. Çelikel, Erdem, a.g.e., 2020, s.649. Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.487.

⁷⁵⁴ “Kıta Avrupası hukukunda yetki anlaşmaları ile ülke mahkemelerinin yetkili kılınmasına ‘prorogation’; ülke mahkemelerinin yetkisi dışlanarak yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesine ise ‘deregation’ denmektedir.” Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s72-73.

edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde, yetki anlaşması yapılamaz. Yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır.”⁷⁵⁵ Denilmektedir.

Türk hukukunda yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkisiz bir Türk mahkemesinin yetkili kılınmasına ilişkin özel bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla yetki anlaşması ile bir Türk mahkemesinin yetkili kılınması için, uyuşmazlığın Türkiye ile ilgili bulunmasına gerek bulunmamaktadır.⁷⁵⁶ Bu halde yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisini düzenleyen genel kural MÖHUK md.40’ın iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yaptığı atıf nedeniyle HMK’ya başvurmamız gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁵⁷ Yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin yetkili kılınması halinde, yetki anlaşmasının geçerliğine HMK md.17 ve md.18 uygulanacaktır.⁷⁵⁸ Bu durumda yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde Türk mahkemelerinin yetkili kılınması halinde, iç hukukumuzda göre bir özel hukuk uyuşmazlığında yetki sözleşmesi ancak tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması halinde geçerli kabul edileceğinden⁷⁵⁹, taraflar arasında akdedilmiş olan yetki anlaşması geçersiz kabul edilecektir. Yetki sözleşmesinin geçerliğinin iç hukuka yani HMK’ya göre

⁷⁵⁵ Yetki anlaşması ile bir Türk mahkemesinin yetkili kılınması halinde yetkilendirilen Türk mahkemesinin hangi il mahkemesi olduğu açıkça yazılmalı iken; yetki anlaşması ile yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde yetkilendirilen mahkemenin hangi ülkede olduğunun belirlenmesi yeterli görülmektedir. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.655.

⁷⁵⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.655.

⁷⁵⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.424.

⁷⁵⁸ Deniz Meraklı Yayla, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’ e Armağan, Cilt:16, 2014, s.1990.

⁷⁵⁹ Doktrinde HMK md.17’ de getirilmiş olan yetki anlaşmasının taraflarının sadece tacir veya kamu tüzel kişisi olabileceği yönündeki sınırlama yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından eleştirilmiştir. Şöyle ki: bu sınırlamanın özellikle Türk vatandaşlarını Türk mahkemelerine müracaat hakkından mahrum bıraktığı savunulmuştur. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s.483. Bu sınırlamaya ilişkin diğer bir eleştiri sebebi de iç hukukta yer alan bu sınırlamanın MÖHUK md.47’de mevcut olmaması ve dolayısıyla tacir olmayan kişilerin HMK md.17 nedeniyle Türk mahkemelerini yetkilendirmeleri mümkün değil iken, MÖHUK md.47 çerçevesinde yabancı bir ülke mahkemesini yetkilendirilebilmeleridir. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.655. Diğer bir görüşe göre ise; HMK md.17 çerçevesinde getirilen sınırlamanın, MÖHUK md.47 kapsamında düzenlenmemiş olması anlaşılamayacak bir durum değildir; çünkü HMK md.17’de yer alan sınırlamanın amacı sözleşmede zayıf tarafın varlığı halinde zayıf tarafı korumaktır. MÖHUK md.47’de ise 2.fıkra halihazırda zayıf tarafı koruyucu hükümler getirilerek, bu amaca ulaşılmıştır. Bkz. Ceyda Süral, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi**, 2012 (100), s.193.

çözümlemesi halinde, iş mahkemelerinin yetkisinin iç hukukta kamu düzeninden olduğu göz önüne alınarak HMK md.19/1⁷⁶⁰ gereğince Mahkemenin bu durumu re'sen göz önüne alması da gerekecektir. Yine iyi niyet ve ahlak kuralları da yetki anlaşmasının geçerliği ve hükümleri tespit edilirken dikkate alınacaktır.⁷⁶¹ Örneğin yetki anlaşması, genel işlem şartları içerisinde düzenlenmiş ise kural olarak bu şartları kabul eden taraf, yetki anlaşmasını da kabul etmiş sayılacaktır; lakin genel işlem şartını dayatan diğer taraf, sahip olduğu ekonomik ve sosyal durum nedeniyle yetki anlaşmasını kabul ettirmiş ise, bu takdirde yetki anlaşmasının Türk Borçlar Kanunu'nun 27.maddesi gereğince ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizliği savunulabilecektir. Bunun dayanağı olarak da yetkili anlaşmalarının da Türk hukukunun emredici kurallarına tabi olması gösterilmektedir. Başka bir örnek vermek gerekirse; silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak taraflardan birine başka bir ülke mahkemesinin, diğerine başka bir ülke mahkemesi belirlenmiş olması eşit yargılanma hakkına aykırılık nedeniyle yetki anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğurabilecektir.⁷⁶² Aynı şekilde taraflardan biri hukuki veyahut fiili sebeplerle, yetki anlaşması ile yetkilendirmiş mahkemede hakkını elde edemeyecek ise -bu husus davanın sonucunda kazanamama anlamında yorumlanmamalıdır- dürüstlük ve iyi niyet kuralları gereği diğer tarafın yapacağı yetki itirazının kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır.⁷⁶³ ⁷⁶⁴ Lakin TMK md.2'de yer alan dürüstlük kuralının bu çerçevede yorumlanması aşamasında, Mahkemelerin sözleşme özgürlüğüne halel gelecek şekilde takdirde bulunmamaları gerekmektedir. Aşkın takdir olarak nitelendirebileceğimiz bu durum Yargıtay 11.HD'nin 06.03.2009 tarihli, 2008/5454E., 2009/2604 sayılı kararında karşımıza çıkmıştır. İlgili kararda yabancı devlet mahkemesini yetkilendiren yetki sözleşmesine rağmen, Türk uyruklu davalının ikametgâh mahkemesinde dava açılmasına, yetki anlaşmasında

⁷⁶⁰ HMK md.19/1: “Yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorundadır; taraflar da mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürebilir.”

⁷⁶¹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.428., Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.493.

⁷⁶² Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.135.

⁷⁶³ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s.138.

⁷⁶⁴ Dürüstlük kuralı sadece maddi hukuka değil, aynı zamanda HMK md.29' da yer alan “Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü” gereğince medeni usul hukuku bakımından yargılamaya da ilişkin bir ilkedir. Meraklı Yayla, **a.g.e.**, s.1995.

davaya bakmaya Bremen Mahkemelerinin yetkili olduğundan bahisle itiraz etmesinin, TMK md.2 hükümleri ile bağdaşmayacağı, bu nedenle yetki itirazının reddi gerektiğine hükmedilmiştir.⁷⁶⁵ Tarafların kamu düzeni veyahut münhasır yetki ile alakası bulunmayan ve serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmış olmaları halinde, salt iyi niyet kuralları gerekçe gösterilerek, bu yetki anlaşması dikkate alınmayıp, ihtilafın yetki anlaşması ile yetkisi bertaraf edilmiş olan bir mahkemede görülebilmesine olanak tanımak kanunun lafzına aykırı bir durum olarak yorumlanmalıdır. MÖHUK'un 47.maddesinin de yetki anlaşmasının bu şekilde bertaraf edilmesine cevaz vermediği kanaatindeyim. Bu şekilde genişletilmiş bir yorum ile MÖHUK'un 47.maddesinin esasında sübjektif değerlendirmelere açılması, sözleşme özgürlüğüne halel getirecektir. Doktrinde de dürüstlük kuralının yetki anlaşmalarında dikkate alınması gerektiği, ancak salt davacının kendi ülke mahkemesinde kendisini daha iyi savunabileceği fikri ile yetki anlaşmasının dikkate alınmamasının doğru olmadığı savunularak, Yargıtay 11.HD'nin 06.03.2009 tarihli, 2008/5454E., 2009/2604 sayılı içtihadı eleştirilmiştir.⁷⁶⁶

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, tarafların yetkili bir Türk mahkemesi yerine yabancı bir ülke mahkemesini belirlemeleri halinde, MÖHUK md.47 uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK md.47 gereğince bir yetki anlaşmasının şekil ve esas yönünden geçerli olması için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması,

⁷⁶⁵ Yargıtay 11.HD.'nin 06.03.2009T., 2008/5454E., 2009/2604K. sayılı kararı "...Dava, deniz taşımasından kaynaklanmakta olup, davacının Alman uyruklu olması nedeniyle sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığı ve navlun sözleşmesinin gönderme yaptığı konişmentoda yetki düzenlemesi yapıldığı yanlar arasında çekişmesizdir...Somut olayda yabancı devlet mahkemesini yetkilendiren yetki sözleşmesine rağmen yabancı uyruklu taşıyan, Türk uyruklu bulunan davalının ikametgah mahkemesinde dava açtığından ve kendi ikametgah mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalının davaya bakmaya Bremen Mahkemelerinin yetkili bulunduğu yolundaki yetki itirazı MK' nın 2.maddesi hükümleri ile bağdaşmaz. Kaldı ki, temyiz aşamasında davacı tarafından yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinde açılan davada da yetkisizlik kararı verildiğinden 5718 sayılı Yasa' nın 47' inci maddesi uyarınca mahkemece davaya bakılmak gerekecektir. Açıklanan nedenlerle mahkemece davalının yetki itirazının MK' nın 2.maddesi hükümleri ile bağdaşmayacağı nazara alınarak, davalının yetki itirazının reddiyle uyuşmazlığın esasına girilmek gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." şeklindedir.

⁷⁶⁶ Emre Esen, "Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt :31, S:1, s191-207., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s.448.

uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiş olması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması⁷⁶⁷ gerekmektedir. Doktrinde yetki anlaşmasında yetkilendirilen yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması da diğer bir kriter olarak kabul edilmektedir.^{768 769} MÖHUK md.47 metninde yer alan ve yetki anlaşması ile ‘yabancı bir devlet’ mahkemesinin yetkilendirilmesi hususundaki düzenleme, yetki anlaşması ile sadece bir mahkemenin belirlenebileceği anlamında kullanılmamıştır. Taraflar, MÖHUK md.47 gereğince geçerlik şartlarına uygun olarak birden fazla devlet mahkemesini yetki anlaşması ile belirleyebileceklerdir. MÖHUK md.47 kapsamında geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı için genel kurallar çerçevesinde korkutma, tehdit, hile vs gibi hususlardan arı geçerli bir irade beyanının varlığı da aranacaktır.⁷⁷⁰ HMK md. 17 hükmünün aksine,

⁷⁶⁷ Aile hukukuna, miras hukukuna, şahıs hukukuna ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki akdi borç ilişkileri, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak yetki anlaşması akdedilebilecektir. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.639., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.432.

⁷⁶⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.639., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.** s.433.

⁷⁶⁹ Tarafların yetki anlaşması ile yetkili mahkemeyi belirlemeleri hususunda, bu belirlemenin tam olarak kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre örneğin tarafların yabancı bir ülke mahkemesini belirledikleri yetki anlaşmasında sadece ‘İsveç mahkemeleri’ yazmaları ve İsveç’ in hangi şehir mahkemesinin belirlenmemiş olması halinde, bu yetki anlaşması prensipte geçerli olacak ve bu yetki anlaşmasının geçerli olmadığını Türk mahkemeleri nezdinde ileri süren tarafın, yetki anlaşmasının İsveç hukukuna göre geçerli olmadığını ispat edebildiği takdirde, yetki itirazı kabul edilecektir. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.640., Aynı yönde bkz. İlyas Arslan, “Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler”, **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt:40, S:1, 2020, s.299-352. Yargıtay’ un bu görüşte olduğu kararları mevcut olup, 15.02.2010 tarihli bir kararında; taraflar arasında ABD Federal Mahkemelerinin yetkilendirilmesi hususundaki yetki anlaşmasını, MÖHUK md.47 kapsamında geçerli bir yetki anlaşması olarak kabul etmiştir. Yargıtay 11.HD. 15.02.2010T., 2008/10853E., 2010/1688K. Diğer bir görüşe göre ise; yabancı bir ülke mahkemesi yetkilendirilirken, o ülkenin içindeki belirli bir mahkemenin belirlenmiş olması, geçerli bir yetki anlaşması için gereklidir. Bkz. Emre Esen, “Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement”, **Annales de la Faculte de Droit d Istanbul**, Cilt:42, Sayı:59, 2010, s.372. Yargıtay’ ın bu görüşü destekleyen kararları da bulunmaktadır. Şöyle ki: 17.02.2016 tarihli bir Yargıtay kararında; “yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin HMK 17 ve 18.maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak “belirli” olması şartı, MÖHUK’ un 47.maddesi yönünden de aranması gerektiği, seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için yetkili kılınan mahkemenin ismen zikredilmiş olması gerektiği, bu çerçevede sadece bir ülkenin adı verilerek oluşturulan yetki anlaşmasının belirli olma kriterini taşımadığı kabul edilmiştir”. Şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay 11.HD., 17.02.2016T., 2015/7244E., 2016/1657K. Benzer yönde bkz. Yargıtay 19.HD. 21.11.1995T., 1995/1770E., 1995/9992K., Yargıtay 11.HD., 15.06.2001T., 2001/4159E., 2001/5459K.

⁷⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.05.1998T., 1998/12-287E., 1998/325K., Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.434., Arslan, **Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler**, s.306.

MÖHUK md.47’de geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı için sadece kamu tüzel kişileri ile tacirler arasında yapılması şartı mevcut değildir.⁷⁷¹

MÖHUK md.47 kapsamında geçerli bir yetki sözleşmesi akdedildiği takdirde, kanunen yetkili Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi kural olarak sona ermektedir.^{772 773} Öyle ki bu durumda ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemelerinde görülebilecektir.⁷⁷⁴ Lakin MÖHUK md.47/2’de yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna göre MÖHUK md.44 kapsamına giren iş sözleşmeleri ve iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar için belirlenmiş olan mahkemelerin yetkisi, tarafların anlaşması ile bertaraf edilemeyecektir. Bu çerçevede yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, MÖHUK md.44 kapsamında belirlenmiş olan mahkemelerin yetkisi bertaraf edilmeden, yabancı başka bir devlet mahkemesinin de yetki anlaşması ile belirlenmesinin önünde hukuken bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Lakin Yargıtay 12.05.2014 tarihli bir kararında⁷⁷⁵ aksi yönde bir karar vermiştir. Bu karara konu davada; davacı işçi, davalı D..Denizcilik San. Tic. Ltd. tarafından işletilen F..Holding SA isimli şirketin donatanı olduğu gemide 10.10.2010 tarihinde uzak yol chief officer unvanıyla çalışmaya başladığını, 04.04.2011 tarihinde gemide yükleme yapıldığı sırada meydana gelen kazada yaralandığını, yargılama süresince tedavisinin devam ettiğini, yaralanması nedeniyle artık gemide görev yapmasının mümkün

⁷⁷¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.435., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.655.

⁷⁷² Taraflar yetki anlaşmasında seçilen yabancı devlet mahkemesinin münhasır olmadığı yönünde kayıt koyarak, kanunen milletlerarası yetkisi olan mahkemenin yanına ek olarak bir yabancı bir mahkemenin yetkisini ihdas etmiş de olabilir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.442-446.

⁷⁷³ Asimetrik yetki anlaşmaları olarak adlandırılan ve sözleşmenin taraflarından sadece biri açısından yabancı devlet mahkemesinin yetkilendirilerek, diğer tarafın sadece yetkili Türk mahkemesinde dava açabileceği yönündeki yetki anlaşmaları, silahların eşitliği prensibine aykırı görüldüğünden geçersiz sayılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.642. Aksi yönde bkz. Cemile Demir Gökyayla, “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:145-146, Eylül-Ekim 2016, s.417-458.

⁷⁷⁴ Yabancı bir ülke mahkemesinin yetki anlaşması ile belirlenmiş olması ve halihazırda taraflardan biri tarafından yetki anlaşmasında gösterilen ülke mahkemesinde dava açılmış olmasına rağmen, aynı konuda Türk mahkemelerinde dava açıldığı takdirde milletlerarası derdestlik itirazı söz konusu olacaktır. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.450., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.651., Süral, **a.g.e.**, s.195.

⁷⁷⁵ Yargıtay 11.HD., 12.05.2014T., 2014/6547E., 2014/9040K.

olmadığını iddia ederek, meydana gelen kaza nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Davalı ise; dava konusu olayın yabancı bir ülkede yabancı bayraklı bir gemide meydana geldiğini, bu itibarla olayın meydana geldiği yer bakımından İsrail Ashdod mahkemelerinin yetkili bulunduğunu, davacının iş sözleşmesi gereğince uyuşmazlıkların çözümü için St. Vincent mahkemelerinin yetkili kılındığını savunmuştur. Yerel Mahkeme olan Mersin 1.Asliye Ticaret Mahkemesi kararında; davacı ile davalı işveren arasında akdedilen hizmet sözleşmesinde tarafların yetki sözleşmesi yaparak iş sözleşmesi ile ilgili konularda doğacak uyuşmazlıkların St Vincent Hukuk Mahkemelerinde çözülmesini kararlaştırdıklarını, davalının yabancı uyruklu ve davacının çalıştığı geminin de yabancı bayraklı olduğunu, bu nedenle olayda yabancılık unsurunun bulunduğunu, 5718 sayılı MÖHUK md.47 gereğince taraflar arasında uluslararası yetki sözleşmesi bulunduğu hallerde, Türk mahkemelerinin ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde davaya bakabileceği gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine karar vererek, yetkili mahkeme olarak St Vincent Cumhuriyeti Hukuk mahkemelerinin yetkili mahkeme olduğunu belirtmiştir. Tarafların temyizi üzerine yapılan Yargıtay incelemesinde ise; HMK md.17’de yetki sözleşmesinin, tacirler veya kamu tüzel kişilerinin arasında yapılabileceğini, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere sınırlama getirilmesindeki amacın, özellikle iktisaden büyük işletmelerin ve güçlü olan tarafın genel şartlar veya genel işlem şartları adı altında sözleşmenin iktisaden ve sosyal bakımdan güçsüz olan tarafına yetki sözleşmesini dayatmasının engellenmesi olduğu belirtilmiş; bu sebeple de HMK md.17’ de yer alan sınırlamaya uymayan yetki anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay’ ın bu kararı isabetsizdir; çünkü HMK md.17 Türk mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacak olup; yabancı bir mahkemenin belirlendiği yetki anlaşmaları bakımından MÖHUK md.47 çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır. MÖHUK md.47’de ise yetki anlaşmaları bakımından tarafların niteliklerine ilişkin -tacir veya kamu tüzel kişisi- bir sınırlama getirilmemiştir. O halde Yargıtay, bahse konu kararında MÖHUK md.47/2 gereğince MÖHUK md.44’e de başvurmalı ve işçinin işverene karşı açtığı davalarda işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu

Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceğinden bahisle, Türk mahkemelerinin uyuşmazlığı çözmek bakımından milletlerarası yetkisini kabul ederek gerekçesini kurgulamalıydı. Yargıtay'ın bu konuda benzer yöndeki kararlarında⁷⁷⁶ iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden olduğundan bahisle, İş Mahkemeleri Kanunu'nda yetki hükümlerine aykırı sözleşme yapılamayacağı kabul edilerek, yabancı unsurlu iş sözleşmesinde yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirildiği yetki anlaşmalarının geçersiz kabul edildiğini görmekteyiz. Oysaki İşMK md.6'nın iç hukukta kesin yetki kuralı teşkil ettiğini, milletlerarası usul hukukunda ise münhasır yetki olarak kabul edilmeyeceğini, iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkinin sadece MÖHUK md.44'e göre belirlenmesi gerektiğini çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklamıştık. Bu çerçevede MÖHUK md.47/2'ye baktığımızda, bu hükmün yabancı unsurlu iş sözleşmeleri açısından yetki anlaşması yapılabileceğine açıkça cevaz verdiği; ancak MÖHUK md.44 kapsamında yetkili kılınan mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Doktrinde yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından akdedilecek iş sözleşmeleri ile ilgili yapılacak yetki anlaşmalarının geçerliği hususunda işçi tarafından açılacak davalar ile işveren tarafından açılacak davalar ayrımına tabi tutulmuştur. Buna göre; MÖHUK md.44' ün zayıf tarafı koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki kuralı olduğu göz önüne alındığında, işçi tarafından işveren aleyhine açılacak davalarda MÖHUK md.44 ve MÖHUK md.47 maddelerine uygun olmak kaydıyla geçerli bir yetki anlaşması yapılabileceği; ancak işveren tarafından işçi aleyhine ikame edilecek davalar bakımından MÖHUK md.44'te yer alan yetkili mahkemeler dışında, geçerli bir yetki anlaşmasına dayanarak başka bir devlet mahkemesinden alınacak kararın MÖHUK md.54/b⁷⁷⁷ engeline takılarak, bu kararın tanınması ve tenfizinin reddolunabileceği, dolayısıyla zayıf taraf olan işçi aleyhine açılacak davalarda sadece MÖHUK md.44 kapsamında yer alan yetkili mahkemelerde

⁷⁷⁶ Yargıtay 9.HD., 04.06.2007T., 2007/12043E., 2007/17765K.

⁷⁷⁷ Tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK md.54/b: “İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.”

alınan kararların uygulama alanı bulabileceği savunulmuştur.⁷⁷⁸ Bu kapsamda MÖHUK md.47/2'nin zayıf taraf olan işçinin, kendisi açısından daha lehe olacağını düşündüğü yabancı bir devlet mahkemesine başvurabilmesine imkan tanımak adına düzenlendiği ifade edilmektedir.⁷⁷⁹ Brüksel I bis Tüzüğü md.23'te iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda; yetki anlaşması ihtilafın doğumundan sonra yapılmışsa veya yetki anlaşması, işçinin açacağı davanın Tüzük Bölüm 3, Kısım 4'te belirtilen mahkemeler dışında başka bir mahkemede açma yetkisi veriyorsa yetki anlaşması yapılabileceği düzenlenmiştir.⁷⁸⁰ Bu halde MÖHUK md.47/2'nin Brüksel I bis Tüzüğü ile uyumlu olduğu söylenebilecektir.

⁷⁷⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.440., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.649.

⁷⁷⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.440., Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.649.

⁷⁸⁰ Brüksel I Bis Tüzüğü çerçevesinde yetki anlaşmaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Zeynep Özgenç, “Brüksel I BIS Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:37, Sayı:2, Ocak 2017, s.641-669., Arzu Alibaba, “Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu” ve “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”nde Yetki Sözleşmesi, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:29, 2009, s.1-20.

SONUÇ

Çalışma hayatında işçilerin -kadın ve çocuk dahil olmak üzere- hemen hemen iki yüzyıl boyunca çok ağır şartlarda çalıştırılmış olması, 20.yy ile birlikte zayıf tarafın korunması ilkesini doğurmuş ve iş sözleşmeleri bakımından sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasına, işçi-işveren ilişkisinin özel kanunlarla düzenlenmesine neden olmuştur. Türk hukukunda da iş hukuku, ayrı bir hukuk dalı olarak sui generis yapısı ile hem özel hukuk hem kamu hukuku alanına giren ve karma olarak nitelendirilebilecek bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkmıştır. İşçi işveren ilişkisine özgü iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuatın ayrılması, yabancılık unsuru içeren bu tür uyuşmazlıklar bakımından da MÖHUK'ta vücut bulmuştur.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların birden fazla hukuk dalının prensipleri ile birlikte çözümlenmesi zaruridir. Öyle ki bu birden fazla hukuk dalının felsefesi anlaşılmadan, sadece iş hukuku ya da sadece milletlerarası özel hukuk prensipleri ile bu tür uyuşmazlıkları ele alarak çözümlemeye çalışmak, rotamızı saptıracak ve ilkeli bir hukuk politikasından uzaklaşmamıza, kanun maddelerinin olması gerektiği gibi uygulanmasının engellenmesine yol açacaktır. Zira bu tür davaların görüldüğü ihtisas mahkemeleri iş mahkemeleri olup, iş hukuku hakimlerinin salt milletlerarası özel hukuk prensipleri ile hareket etmediğinin ve aslında ağırlıklı olarak Türk iş hukukunun felsefesini esas alarak çözüme ulaşmaya çalıştıklarını söyleyebiliriz. Lakin ilgili hukuk dallarının harmanlanmaması bu bakış açısını da yetersiz kılmaktadır. Bu nedenle de bu çalışmada yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile birlikte başta İş Kanunumuz olmak üzere tüm Türk iş mevzuatı, Türk Borçlar Kanunu ve yine Türkiye İş Kurumu'nun düzenlemeleri bir bütün halinde ele alınmış, zayıf tarafın korunması ilkesi ile iş mevzuatındaki emredici hükümler birlikte harmanlanmaya çalışılmıştır.

Türk mahkemeleri nezdinde çözümlenecek olan yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemesi öncelikle dava şartı arabuluculuk sürecinin usulüne uygun şekilde tamamlanıp tamamlanmadığını incelemelidir. Bu çerçevede arabuluculuk sürecinde tebligatların usulüne uygun şekilde yapılması ve kanunda belirtilen süre zarfında son oturum tutanağının düzenlenmesi önem arz etmektedir. Lakin yabancı misyonlara ve yabancı devleti temsilen Türkiye’de bulunan büyükelçi, elçi vb. diplomatik temsilcilerin şahsına yöneltilen talepler bakımından arabuluculuk toplantısına davet mektubunun merkezi makam aracılığı ile yapılması gerekmektedir. Bu gereklilik de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/A’nın 9.bendinde yer alan dört haftalık süre içerisinde arabuluculuk sürecinin tamamlanmasını fiilen imkânsız kılmaktadır. Dolayısıyla bir kanun değişikliğine gidilerek, ilgili maddeye “merkezi makam aracılığı ile tebligat yapılması gereken hallerde, arabuluculuk süresinin uzatılması arabulucunun takdirindedir.” şeklinde düzenleme eklenmesi ile kanun boşluğu giderilebilecektir.

Mahkeme dava şartı arabuluculuk sürecinin usulüne uygun şekilde tamamlandığını tespit etmesi akabinde, uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunup bulunmadığını incelemelidir. Bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin yabancı olması, işin ifa yeri gibi iş ilişkisinin birden fazla ülke ile temas etmesi halinde, o iş sözleşmesinin artık yabancılık unsuru taşıdığı söylenebilecektir. Türk mahkemesi uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun varlığını tespit etmesi akabinde, davacının taleplerini tek tek ele almalı ve her bir talep bakımından iç hukukumuzda iş mevzuatında yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğinde yani mutlak emredici nitelikte bir hüküm olup olmadığını araştırmalıdır. Çalışma kapsamında sadece iş mevzuatı yönünden mutlak emredici nitelikteki kuralların, doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu ifadeden iş mevzuatı dışındaki mutlak emredici nitelikteki hükümlerin, doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edileceğine yönelik bir genelleme anlaşılmamalıdır. İş mevzuatı açısından ileri sürdüğümüz bu husus, iş hukuku prensiplerinin zayıf tarafı koruma ilkesi ışığında oluşturulmuş olmasından ve bu hukuk dalının sui generis bir yapıda olmasından ileri gelmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin sadece

bir tarafını koruyan, tek tarafa avantaj sağlayan kurallar da kimi zaman özünde toplum barışını sağlama amacı taşıyabilecek ve devletin sosyal, politika ve iş hukuku alanındaki kamusal menfaatlerini koruyucu nitelikte mutlak emredici kurallar yani doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bu demek değildir ki for devletin iş hukuku mevzuatında yer alan düzenlemelerin tümü doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilecektir. Türk hâkimi önüne gelen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığını tespit etmeden önce ilgili kuralı, devlet organizasyonu kıstası testine tabi tutmalı; kuralın devletin sosyal, ekonomik ve politik menfaatleri açısından önemini tespit etmelidir. Bu nedenle de çalışmada uygulayıcılara kolaylık olması açısından Türk iş mevzuatında mutlak emredici kural olarak nitelendirilen kurallar ile nisbi emredici kurallar birbirinden ayrılarak hem kıstasları hem de iş mevzuatından örnekleri ile gösterilmiştir.

İş hukukundan ve sosyal güvenlik hukukundan doğan her bir talep, kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalı ve incelenmelidir. Bu incelemede doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen mutlak emredici hüküm ile düzenlenmiş bir talep bakımından, MÖHUK md.27'ye başvurulmadan doğrudan ilgili hüküm uygulama alanı bulacaktır. Nispi emredici hüküm ile düzenlenmiş olan bir talep bakımından ise kanunlar ihtilafı kurallarına gidilerek, MÖHUK md.27 çerçevesinde inceleme başlayacaktır. Belirtmek gerekir ki mutlak emredici hükümler nitelikleri itibariyle işçi lehine dahi değiştirilmesi mümkün olmayan hükümlerdir. Nispi emredici hükümler ise esas olarak işçiyi koruma amacı taşıyan ve sadece işçi lehine değiştirilmesi mümkün olan düzenlemelerdir. Örneğin davacının aynı dava içerisinde hem iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücreti hem de yıllık ücretli izin alacağı talebi olduğunu düşünelim. Böyle bir durumda iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti bakımından İşK md.21 mutlak emredici -dolayısıyla doğrudan uygulanan kural- kabul edildiğinden, Türk mahkemesi kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurmadan, o alacak kalemi bakımından doğrudan İşK md.21'i uygulayacak ve kararını bu hükme göre verecektir. Ancak yıllık ücretli izin alacağı bakımından, İşK md.53 nispi emredici nitelikte olduğundan, bu alacak

kalemi bakımından ilk olarak MÖHUK md.27'ye başvuracaktır. Bu noktada davacının her bir talebinin ayrı ayrıq mutlak veya nispi emredici olup olmadığı, ilgili hükmün lafzından, ruhundan, amacından yola çıkılarak belirlenmeye çalışılacaktır. Doğrudan uygulanan kural niteliğinde mutlak emredici bir hüküm, işçi lehine olsa dahi değiştirilemeyecekken; nispi emredici nitelikte bir hüküm işçi lehine olmak üzere değiştirilebilecek ve MÖHUK md.27'de düzenlenen asgari koruma kuralının belirlenmesinde rol oynayacaktır. Her davada uygulanacak tüm hükümler bakımından bu değerlendirme ayrı ayrı yapılmalıdır. Çünkü hükümlerin nitelikleri zaman içerisinde değişebilecek ve mutlak emredici nitelikte kabul edilen bir hüküm yasa koyucunun bir düzenlemesi ile artık nispi emredici nitelik kazanabilecektir. Bu nedenle uyumsuzluğu çözecek olan hâkim güncel mevzuata ilişkin yasa koyucunun niyazını titizlikle takip etmeli ve önündeki uyumsuzluğa uygulamalıdır. Bu çerçevede tarafların ehliyetinden kaynaklanan emredici kurallar, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin düzenlemeler ile sözleşme yapma zorunluluğu, ayrımcılık yasağı, Türkiye'de çalışan yabancılar ile ilgili düzenlemeler, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti, kıdem tazminatı tavanı, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeler, haftalık çalışma süresi ölçütü ve fazla mesai ücretinin hesaplanması mutlak emredici nitelikte olduğundan yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta bu hususlara ilişkin doğrudan Türk hukukundaki düzenlemelerin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. İş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim süreleri, haklı nedenle derhal fesih bildirimi, iş güvencesine ilişkin hükümler, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, tatiller, fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesi ve çalışma şartları, analık halinde çalışma ve süt izni ile asgari ücret ve ücret güvencesine ilişkin düzenlemeler nispi emredici nitelikte olduğundan geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde ve mutad işyerinin de Türkiye olması halinde sadece asgari koruma kuralının sınırını oluşturmali; geçerli bir hukuk seçiminin olmadığı hallerde ise MÖHUK md.27 çerçevesinde belirlenecek yabancı hukuka göre çözümlenmelidir. Yalnız buradaki başka bir önemli husus şudur: Çalışmada iş davalarında en sık karşılaşılan belli başlı hükümler ele alınmış olup, bu hükümlerde zaman içerisinde yasa koyucunun yapabileceği değişiklikler ile

hükümlerin mutlak veya nisbi emredici olma nitelikleri değişebilecektir. Dolayısıyla her uyuşmazlıkta ilgili hükümler yine ve yeniden ele alınmalı, hükümlerin ruhu, lafzı ve amacı birlikte yorumlanmalıdır.

MÖHUK md.27’de yabancı hukukun belirlenmesi ile ilgili olarak ilk araştırılması gereken taraflar arasında geçerli bir hukuk seçiminin bulunup bulunmadığıdır. Yurt dışında çalışmaya gönderilen Türk işçileri bakımından, işçi ve işverenin dahli olmadan ve sadece idari kurum niteliğinde Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan format iş sözleşmelerinin imzalanması ve Kurum’a onaylatılması zorunlu tutulmuştur. İş Kur’un standart yurtdışı iş sözleşmelerinde yer alan *‘işçinin çalıştığı ülkenin mevzuatı uygulanır.’* düzenlemesi, Yargıtay tarafından geçerli bir hukuk seçimi olarak nitelendirilmekle birlikte, genel işlem şartı olduğu kabul edilerek geçersiz addedilmektedir. Yargıtay’ın bu görüşüne gerekçe yönünden katılmamaktayım. Genel işlem şartları, tarafların müzakereleri sonucu ortaya çıkan gerçek iradelerinin bir ürünü olmayıp, tek bir tarafın iradesi ile oluşan ve zayıf konumda olan tarafın bu şartları blok olarak kabul etmek zorunda kaldığı sözleşme hükümleridir. TBK md.20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem şartları, iş hukukunda genel iş koşulları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak İş Kurumu tarafından hazırlanan format sözleşmeler, iş sözleşmesinin taraflarınca hazırlanmamakta, üçüncü bir kişi olan İş Kur tarafından hazırlanmaktadır. Kurum, kendi hazırladığı yurt dışı hizmet sözleşmesini hem işçiye hem de işverene dayatmaktadır. Hatta bu sözleşmelerde işçiye, Kurumun hazırladığı sözleşme dışında başka bir sözleşme imzalatılmayacağı da ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. İş hukukuna ait düzenlemelerin emredici niteliği, idarenin giderek artan yetkisini de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede de idareye çalışma hayatını denetleme, bazı hallerde düzenleme yetkisi verilmiş, bu yetkileri güçlendirmek adına da idari para yaptırımları ile güçlendirilmiştir. O halde esasında yurt dışına Türk işçi götürülmesini konu alan iş sözleşmelerinde, sözleşme serbestisi ilkesinden sözleşmenin her iki tarafı bakımından da vazgeçildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu durumda sözleşmenin bir tarafının dayatması ve sözleşmenin taraflarından birinin son karar mercii olması ile oluşturulan genel işlem şartı kavramını, sözleşmenin her iki tarafına da bir kamu

kurumu tarafından dayatılan sözleşme maddeleri için kullanmak yerinde olmayacaktır. Başka bir deyişle, taraflarından birinin dayatıcı özgür iradesini içermeyen ve sözleşme dışı üçüncü bir kişi olan idare tarafından sözleşme taraflarına dayatılan şartlar, genel işlem şartı kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir. Eğer bu şartlar, sözleşmenin taraflarından biri tarafından dayatılmış olsa idi, bu durumda genel işlem şartı ifadesinin kullanılması yanlış olmazdı. O halde Kurumca hazırlanan yurt dışı hizmet sözleşmeleri, TBK kapsamında düzenlenen genel işlem şartları ile açıklanamamaktadır. Burada sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir istisnasını teşkil eden sui generis bir durum mevcuttur. Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı işlem sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimine ilişkin düzenleme, TBK’da düzenlenen genel işlem şartı kapsamına girmediği için de geçerli kabul edilmeli ve seçilen hukuki uyumsuzluğa uygulanmalıdır. Söz konusu hukuk seçiminin geçersizliğinden bahsedilecekse bu geçersizlik; genel işlem şartına değil, hukuk seçiminin sözleşmenin taraflarının özgür iradeleri ile düzenlenmemiş olmamasına dayanabilir. Öyle ki geçerli bir hukuk seçiminin esaslı noktalarından biri, sözleşmenin taraflarının özgür iradeleri ile oluşturulmuş olmasıdır. Kurum tarafından hazırlanan format sözleşme içerisinde bir madde ile düzenlenmiş hukuk seçiminde ise özgür iradenin olmadığı ileri sürülebilecektir.

Geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde, MÖHUK md.27/4’te yer alan ‘daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması’ düzenlemesi artık uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda yurtdışına gönderilen Türk işçileri bakımından, Kurum’un standart sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi geçerli kabul edildiği takdirde; artık seçilen yabancı hukuk uygulama alanı bulacak ve bu süreçte sadece işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı tutulacaktır. İşçinin geçici görevlendirme ile yurt dışına gitmiş olması halinde, mutad işyeri halen Türkiye olacağından, yararlılık ilkesi çerçevesinde Türk hukukunun nispi emredici hükümleri ile karşılaştırma yapılarak yabancı hukukun uygulanması gerekir. Lakin işçinin geçici değil de daimî olarak yurtdışında çalışmak üzere gönderilmiş olması halinde, mutad işyeri de yabancı bir ülke olacağından, asgari koruma kuralı olarak yabancı ülkenin

mevzuatı değerlendirmeye alınacak ve yararlılık ilkesi işçinin mutad işyeri hukuku olan yabancı hukuk ile seçilmiş olan hukuk arasında yapılacaktır. Yararlılık ilkesi çerçevesinde işçi açısından iki hukuk arasında daha lehe olan hükümler tespit edilecek ve lehe olan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yararlılık ilkesinin grup olarak karşılaştırma yöntemi ile yani iki farklı hukuk düzeninin kurallarının, irtibatlı hükümler nezdinde karşılaştırılarak yapılmasının daha adil ve dengeli bir sonuç doğuracağı kanaatindeyim. Bu yöntemde birbiri ile irtibatlı hüküm grupları bakımından karşılaştırma yapılacağından, seçilen hukuk kurallarının daha az koruma sağlayan ilgili hüküm grupları uygulama alanı bulamayacak ve söz konusu uyuşmazlığa işçinin mutad işyeri hukukunda yer alan konu ile ilgili hüküm grupları uygulanacaktır. Yararlılık ilkesi çerçevesinde iki ayrı hukuk mevzuatı arasında karşılaştırma yapılırken, objektif ölçüte göre değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Sübjektif yöntemde işçinin şahsi menfaatlerinin dikkate alınması savunulurken, objektif yöntemde tarafsız ve bağımsız hâkim tarafından tasavvur edilecek akıllı ve makul işçinin menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği öne sürölmektedir. Bu çerçevede objektif yöntem ile değerlendirme yapılması daha gerçekçi ve istikrarlı bir uygulamanın doğmasını sağlayacaktır. Yararlılık ilkesi çerçevesinde iki ayrı hukuk düzeninin hükümleri arasında karşılaştırma yapılırken, asgari koruma ilkesinin sınırlarının da aşılması gerekir. Başka bir deyişle yararlılık ilkesinin amacı her iki hukuk düzeninde yer alan tüm lehe hükümlerin toplanarak, salt işçi yararına bir bakış açısı ile olayın çözümlenmesi değildir. Örneğin her iki hukuk düzeninde yer alan tüm genel tatillerin hepsinin birden işçiye kullanılması, asgari koruma kuralı sınırının aşılması olarak nitelendirilebilir. Bu noktada önemli olan işçinin çalışma şartlarının iyileştirilmesi olup, işçinin tamamen ve her koşulda kazanması amacı taşınmamaktadır. Uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun, Türk kamu düzeni bakımından tahammöl edilemez bir sonuç meydana getirmesi halinde ise, kamu düzeni müdahalesi devreye girecektir.

Roma I Tüzüğü md.8/1’de de yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiştir. Roma I Tüzüğü md.8/1’de yer alan “İş sözleşmeleri tarafların 3.madde uyarınca seçtikleri hukuka tabidir. Ancak bu

madde uyarınca yapılacak hukuk seçimi işçiyi böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olsa idi bu maddenin 2., 3. ve 4. Fıkralarında gösterilen hukukların taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümleri uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakmaz.” şeklinde düzenleme⁷⁸¹ incelendiğinde Roma I Tüzüğü md.8/1’in, MÖHUK md.27/1’e göre daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. MÖHUK’ta asgari koruma kuralı mutad işyerinin emredici hükümleri ile sınırlandırılmış iken, Roma I Tüzüğü’nde asgari koruma kuralı, mutad işyeri hukuku, esas işyeri hukuku ve daha sıkı ilişkili hukuk bakımından da getirilmiştir. O halde Roma I Tüzüğü’nün uygulandığı bir yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, geçerli bir hukuk seçiminin olması halinde, işçi açısından asgari koruma kuralı sadece mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri ile sınırlı olmayacak ve esas işyeri hukuku ile daha sıkı ilişkili hukukun kuralları da asgari koruma kuralının sınırları belirlenirken dikkate alınacaktır. Türk hukukunda ise geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde, sadece işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri, asgari koruma kuralının sınırlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu çerçevede kanun değişikliği yapılarak, MÖHUK md.27/1’in kapsamının Roma I Tüzüğü md.8/1 kapsamına getirilmesinin işçiyi koruma ilkesine daha uygun düşeceği kanaatindeyim.

Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, çözümlenmesi gereken talep doğrudan uygulanan kural niteliğinde bir hüküm ile düzenlenmemişse ve taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi de yok ise; Türk mahkemesi artık MÖHUK md.27/2’de yer alan işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunu uygulayacaktır. Mutad işyeri belirlenirken, işçinin işini ağırlıklı olarak işini nerede yaptığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu tespit sürecinde en önemli değerlendirme ölçütü, tarafların iradesidir. Tarafların iradesi tespit edilemiyor ise ifa edilecek hizmetin niteliği ve özelliği, yapılacak işin veya hizmetin ağırlık merkezi belirleyici kriterler olacaktır. İş ilişkilerinin ülkelerin sınırlarını aştığı günümüzde, her iş sözleşmesi bakımından mutad işyeri ayrı ayrı değerlendirmeli ve ele alınmalıdır. Öyle ki işin

⁷⁸¹ Tercüme için bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.423.

ifa şekilleri çok değişik şart ve koşullarda gerçekleşebilmektedir. Kimi zaman işçi evinden çıkmadan telefon ile anketörlük yapabilmekte, kimi zaman ise sadece interneti kullanarak işini ifa edebilmektedir. İş türlerine ilişkin pek çok örnek verebilmek mümkündür. Uyuşmazlığı çözecek olan hâkimin her olay bazında ayrı değerlendirme yapması daha adil sonuçlara ulaşılması bakımından önemlidir. Geçici görevlendirme ile gidilen işyeri ise mutad işyeri olarak kabul edilmeyecektir. İşçinin geçici olarak fuar, iş seyahati, servis hizmeti gibi sebeplerle başka bir ülkeye gitmesi halleri işin ağırlık merkezini değiştirmedüğinden mutad işyerinin yayılması olarak kabul edilmekte ve bu tür geçici görevlendirme hallerinde mutad işyerinin aynı kalacağı açıkça yasada da düzenlenmiştir. Geçici görevlendirmenin uzun süreli olması, doğrudan mutad işyerinin değiştiği anlamında yorumlanmaz. İşçi, mutad işyerine dönme iradesine sahip ise, geçici görevlendirme uzun süreli olsa dahi mutad işyerinin değişmediği kabul edilir. Ancak işçi, geri dönmek üzere yeni görevlendirme yerine gitmiş ise, artık geçici görevlendirmeden değil, kalıcı görevlendirmeden bahsedileceği için mutad işyeri de değişmiş olacaktır. Mevzuatımızda hem İşK md.7’de hem de MÖHUK md.27/2’de geçici iş kavramı kullanılmıştır. İş Kanunu md.7’de tanımlanan holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması ile kurulan geçici iş ilişkisi, MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici görevlendirmeden daha dar kapsamlıdır. Bununla birlikte, bazı hal ve şartlarda İşK md.7’de yer alan bu kavramın, MÖHUK md.27/2’deki geçici görevlendirme ile aynı anlama gelebileceği kanaatindeyim. İşK md.7 kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu, işveren olmaya devam etmedir. Bununla birlikte, bu madde çerçevesinde kurulacak geçici iş ilişkisi için konu sınırlamaları getirilmiştir. Bu farklılıklar, İşK m.7’yi MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici gönderilme kavramından ayırtarmakta ve farklı bir yapıya büründürmektedir. Öte yandan İşK md.7 kapsamında kurulabilecek diğer geçici iş ilişkisi; holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması durumu, MÖHUK md.27/2’de yer alan geçici görevlendirme anlamına da gelebilmektedir. O halde İşK md.7 kapsamında holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde

geçici görevlendirme yapılması hallerinin tamamı, MÖHUK md.27/2 kapsamında değerlendirilebilecekken; MÖHUK md.27/2 anlamındaki her geçici görevlendirme, İş Kanunu md.7’de yer alan geçici iş ilişkisi olmayacaktır.

İşçinin işini birden fazla ülkede ağırlıklı olarak ifa etmesi halinde de işin ağırlık merkezinin tespiti güç olduğundan, mutad işyeri tespiti de zorluk arz etmektedir. Bu hallerde en çok zaman harcanan yer dikkate alınabileceği gibi, her olayın kendi özellikleri içerisinde başkaca hususlar da belirleyici olabilecektir. Mutad işyeri hukukunun belirlenmesi sürecinde, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda, MÖHUK md.27/4 gereği, Türk mahkemesi daha sıkı ilişkili hukuku uygulama yetkisine sahiptir. Ancak bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmış, zorunluluk getirilmemiştir. Pekâlâ hâkim daha sıkı ilişkili hukukun olmasına rağmen, mutad işyeri hukukunu uygulamayı tercih edebilecektir. Belirtmek gerekir ki; mutad işyeri kavramının geniş yorumlanarak, mümkün olduğunca bu bağlama noktasında kalınmaya çalışılması doktrin ve ABAD kararlarında savunulmaktadır.

İşçinin işini aynı yoğunlukla birden fazla ülkede yapması ve tüm çabalara rağmen mutad işyerinin belirlenememesi hallerinde, MÖHUK md.27/3 gereğince işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Madde metninde esas işyerine vurgu yapılmasının nedeni, birden fazla ülkede işyeri olan işverenler bakımından, uyuşmazlığa birden çok hukukun uygulanma ihtimalini engellemek ve olası belirsizliklerden tarafları korumaktır. Esas işyerinin nasıl belirleneceği tartışmalı bir husustur. Doktrinde esas işyerinin MÖHUK md.9’da yer alan idare merkezi anlamına geldiği savunulmuştur. Lakin MÖHUK md.9’da sadece tüzel kişilere özgü düzenleme yapılmış olması nedeni ile MÖHUK md.9’un esas işyeri kavramını açıklamakta yetersiz kaldığı da ileri sürülmüştür. Kanaatimizce esas işyeri, işverenin fiili olarak hukuki işlemlerini ve eylemlerini ağırlıklı olarak yürüttüğü yer olarak tanımlanabilir.

İşverenin esas işyeri kavramının, asıl işveren ve alt işveren kavramları ile bağlantısı olup olmadığı ya da aynı işçinin çalıştığı birden çok işyeri varsa, bu

durumun esas işyeri belirlenirken dikkate alınıp alınmayacağı soruları cevaplanması gereken hususlardandır. İşçinin çalıştığı birden çok işyeri varsa, öncelikli olarak bunlardan mutad işyeri ağırlığında olan işyeri tespit edilmeye çalışılacak, mümkün olmadığı takdirde daha sıkı ilişkili hukuk araştırılacak, bu da olmadığı takdirde MÖHUK md.27/3 gereğince işverenin işyerleri arasında fiili olarak hukuki işlem ve eylemlerini yürüttüğü işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu durumlarda yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine MÖHUK md.27/3'ün uygulanması gündeme geldiğinde ise işçinin asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde bulunduğu yer önem arz etmektedir. Bu çerçevede işçinin asıl işverenin işi için yaptığı iş değişmeksizin, bu işin taşere edildiği alt işverenler değişiyor ise, esas işyeri olarak asıl işverenin esas işyeri esas alınmalıdır. Ancak işçinin işini ifa ederken alt işverenin hizmet verdiği projeler değiştikçe, yani asıl işverenler değiştikçe, işçi de değişen projelere geçiyorsa, o takdirde esas işyeri alt işverenin esas işyeri olmalıdır. MÖHUK md.27/3'ün uygulanma sürecinde de hâkim daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ettiği takdirde, MÖHUK md.27/4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukuk kuralına başvurabilecektir.

MÖHUK md.27/4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin düzenleme, bir istisna hükmü olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, MÖHUK md.24'ün son fıkrası ile de uyumludur. Yasa koyucu, mutad işyeri veya esas işyeri bağlama noktasının her zaman en iyi bağlama kuralını oluşturmama ihtimaline karşı, MÖHUK md.27/4'ü düzenleme ihtiyacı duymuştur. MÖHUK md.27/4 kapsamında daha sıkı ilişkili hukuk araştırılırken, işçi açısından daha lehe olan hukuk araştırılmayacak, kanunlar ihtilafı kuralları açısından iş sözleşmesi ile ilgili ile daha sıkı ilişkili hukuk araştırma konusu yapılacaktır. MÖHUK md.27/1 kapsamında geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde, artık MÖHUK md.27/4'ün uygulanması mümkün değildir. Başka bir deyişle MÖHUK md.27/4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, sadece ve sadece geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde mümkündür. O halde İş Kur tarafından hazırlanan format sözleşmelerde yer alan hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olduğunun kabulü halinde, artık MÖHUK md.27/4'e dayanarak

daha sıkı ilişkili hukukun varlığına dayanarak, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün olmayacaktır. Eklemek gerekir ki MÖHUK md.27/4'ün uygulama alanı bulabildiği hallerde, yani mutad işyeri hukukunun veya esas işyeri hukukunun tespit edilmesine rağmen daha sıkı ilişkili başka bir hukuk tespit edilebiliyorsa da bu durumda daha sıkı ilişkili hukuku uygulayıp uygulamama konusunda hâkime takdir hakkı tanınmıştır. O halde hâkim, önündeki uyuşmazlığı çözerken daha sıkı ilişkili bir hukuku tespit etse dahi, işçi açısından mutad işyeri hukukunun hükümlerinin daha lehe olduğu kanaatinde ise MÖHUK md.27/4'ü uygulamak yerine MÖHUK md.27/2'de yer alan mutad işyeri hukukunu uygulamayı tercih edebilecektir.

Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacının talepleri bakımından doğrudan uygulanan bir kural niteliğinde bir hüküm yok ise, MÖHUK md.27'ye başvurularak uygulanması gereken yabancı hukuk tespit edilmelidir. Tespit edilen yabancı hukukun hükümlerinin uygulanması ile Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemez sonuçlar doğuyor ise; bu takdirde Türk mahkemesi MÖHUK md.5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesine başvurarak, Türk hukukunu uygular. İş sözleşmelerinde bir tarafın zayıf taraf olması nedeni ile pazarlık gücünün zayıf olması, işverene muhtaç durumda olduğu düşünceleri, iş sözleşmeleri bakımından nisbi zayıflık olarak tanımlanmaktadır. Bu durum da iş sözleşmesi hükümlerine sosyal koruma amacı ile kimi zaman müdahale edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkartmaktadır. Bu şekilde mutlak eşitlik sağlanması amaçlanmaktadır. Türk hukukunda da bu düşüncelerin yansıması olarak zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde iş sözleşmelerine müdahale, kamu düzeni kavramı içerisinde sıklıkla değerlendirilmektedir.

Kamu düzeni kavramı; zamanın, dönemin ve toplumun ihtiyaçları doğrultusunda değişebilecek ve şekillenebilecek bir kavram olup, her olayda ayrı ayrı ele alınmalıdır. Türk hâkiminin, yabancı hukukun uygulanması ile elde edilen sonucu kamu düzeni müdahalesi ile bertaraf etmesi sürecinde dikkat etmesi gereken önemli bir husus; davada tüm talepleri toptan olarak değil, her talep

bakımından ortaya çıkan sonucu ayrı ayrı değerlendirerek kamu düzeni müdahalesini uygulaması gerekliliğidir. Nitekim yasa koyucu da MÖHUK md.5'te kamu düzeni müdahalesinin açıkça aykırılık halinde gündeme gelmesi gerektiğini belirterek, bu hükmün istisnai nitelikte olması gerektiğini hükmün lafzına da yansıtmıştır. Nitekim yabancı hukuktaki, Türk hukukundan her farklı düzenleme, kamu düzeni müdahalesini haklı kılmayacaktır. Aksi bir kabul milletlerarası hukuk hakkaniyetini de zedeleyecektir. Bu çerçevede Türk hâkimi öncelikle yabancı hukuku uyuşmazlığa uygulamalı, ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenine neden aykırı olduğunu somut bir şekilde gerekçelendirmeli ki akabinde sadece ilgili hüküm bazında yabancı hukuku uygulamaktan vazgeçip, Türk hukukunu uygulayabilsin. Bu açıklama ışığında, bir işçi-işveren uyuşmazlığında tüm talepler bakımından doğrudan kamu düzeni müdahalesi mümkün olmayıp, her talep çerçevesinde ayrı ayrı uygulanması gereken yabancı hukuk uygulanmalı, her sonuç ayrı ayrı değerlendirilmeli, hangi sonuç Türk kamu düzenine aykırı ise sadece o sonucu doğuran yabancı hüküm bakımından kamu düzeni müdahalesi ile Türk hukuku uygulanmalıdır.

Kamu düzeni kavramı ile doğrudan uygulanan kurallar kavramı birbirinden farklıdır. Kamu düzeni istisnası, yabancı hukukun uygulanması ile toplumun kabul edemeyeceği bir sonucu engeller iken; doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan doğrudan uygulanan kural uygulama alanı bulur. Temel farklılıkları şu şekilde özetleyebiliriz: Kamu düzeni Türk hukukunda temel değerleri koruma amacı ile hâkimin sübjektif değerlendirmesi ile uygulama alanı bulurken, doğrudan uygulanan kurallar mevzuatta yer almaktadır. Doğrudan uygulanan bir kuralın uygulanacağı hallerde, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmayacaktır; zira hâkim yabancı hukuku değerlendirmeye dahi almayacaktır. Doğrudan uygulanan kuralın uygulanma amacı, ilgili kuralın uygulanmaması halinde devletin çıkarlarını önemli derecede zedeleyecek olması iken; kamu düzeni istisnasının uygulanma amacı, toplumda infial yaratacak bir durumun engellenmesi ile kamu düzeninin korunmasıdır. Kamu düzeni müdahalesi sadece hâkimin hukuku bakımından değerlendirmeye

alınacak iken; üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına hâkimin etki tanınması ve uygulaması da imkân dahilindedir.

Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından kamu düzeni müdahalesi, kanuna karşı hile ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususlarında da gündeme gelebilmektedir. Hem doktrinde hem Yargıtay nezdinde kanuna karşı hilenin tespit edilmesi durumunda, kamu düzeni müdahalesi kabul edilmektedir. Bu durumun yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından karşımıza çıktığı hal ise; Türk şirketi ile yabancı ülkede kurulu şirket arasında tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Türk işverenlerin yurt dışı projeleri için kimi zaman yurt dışında şirket kurdukları ve işçileri bu yurt dışı şirketinde sözleşmeli olarak çalıştırdıkları bilinmektedir. Bazı ülkeler, kendi ülkelerinde şirket kurulabilmesi için kendi ülke vatandaşlarının şirkete ortak olmasını dahi şart koşabilmektedirler. Türk işçi de işçilik alacağına ilişkin davasını, Türk mahkemeleri nezdinde Türk şirket aleyhine ikame etmektedir. Bu durumda yabancı şirkete hiç tebligat yapılmadan, dava o şirkete yöneltilmeden doğrudan Türk şirketine dava yöneltilmesi hukuken mümkündür. Bu noktada davalı Türk şirketi, davayı yurt dışındaki şirkete ihbar etmeli ve işçilik alacaklarından kendi sorumluluğu olmadığını gösteren delilleri mahkemeye ibraz etmelidir. Davanın, Türk şirketi aleyhine sonuçlanması halinde ise Türk şirketin, yabancı şirkete rücu davası açabileceği kanaatindeyiz. Öte yandan tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması sürecinde, Türk şirketinin salt Türkiye’deki formalitelerden kaçmak ve Türk işçinin işçilik alacaklarından sorumlu olmamak adına yurtdışında şirket kurmuş olduğu kanaati hasıl olduğu takdirde, kanuna karşı hileden bahsedilerek, kamu düzeni müdahalesi de yine gündeme gelebilecektir. Eklemek gerekir ki; benzer uyuşmazlıkların çok fazla sayıda gündeme gelmesi hali de kamu düzeni müdahalesi nedenlerinden biri olarak kabul edilebilmektedir. Yargıtay’ın kamu düzeni müdahalesini bir işveren aleyhine çok fazla sayıda benzer konularda dava ikame edilmiş olması halinde uygulamasını bu sebebe bağlamaktayız. Başka bir deyişle Yargıtay’ın benzer uyuşmazlıkların çok fazla sayıda gündeme gelmesi nedeni ile de kamu düzeni müdahalesine doğrudan başvurduğunu düşünmekteyiz. Her ne kadar

açıkladığımız üzere benzer uyuşmazlıkların çok fazla sayıda gündeme gelmesi halinde kamu düzeni müdahalesi olabilecek ise de bu müdahalenin yine yasaya uygun şekilde ortaya çıkan netice dikkate alınarak uygulanması ve mahkemenin kararında müdahalenin nedenlerinin açıkça gerekçelendirilmiş olması zaruridir.

Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uzun yıllar tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ile organik bağ teorisi eşdeğer görülmüştür. Ancak son yıllarda bu hatalı uygulamadan dönülmüş ve her iki teorinin birbirine benzemekle birlikte birbirinden farklı olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinde; tüzel kişilik ile onu oluşturan gerçek kişiler veya tüzel kişiler ile bu kişiler ile bağı olduğu düşünülen üçüncü tüzel kişiler arasındaki perdenin kaldırılması ve bu şekilde iki ayrı kişinin tek kişi olarak kabulü söz konusu olmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, dayanağını TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralından almaktadır. Bunun yanı sıra kanuna karşı hile, ahlaka aykırılık, tarafta muvazaa ve namı müstear kurumları da dayanabilecek kurumlar arasında gösterilmiştir. Türk doktrininde tüzel kişilik perdesinin kaldırılma metodu olarak düz (dikey), ters ve çapraz olmak üzere üç yöntem ileri sürülmüştür. Türk mahkemeleri nezdinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntem ile ana şirket ile yavru şirket arasındaki perde ortadan kaldırılabilirdiği gibi iki ayrı bağımsız şirket olarak gözükken şirketlerin arasındaki perde de kaldırılabilir. Organik bağ teorisinin uygulanması halinde ise her zaman tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucu doğmamaktadır. Şirketler arasında veya şirketler ile ortaklar arasında organik bağ kurulması halinde tasarrufun veya diğer hukuki işlemlerin iptali veyahut istihkak iddiası gibi sonuçlar da gündeme gelebilmektedir. Her iki teorinin de dayanağını TMK md.2’den alması ve her iki teoride de borçlu şirket dışında bir başka kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi durumları ise iki teorinin birbiri ile benzer yönlerini oluşturduğunu söyleyebiliriz. Organik bağ teorisi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine göre daha kolay uygulanabilmektedir. Organik bağ kriterinde; borçlu şirketin, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla

tüzel kişiliğini kullanması yeterli görülmekle birlikte tüzel kişilik perdesinin aralanması için aranan malvarlıklarının karışması ya da yetersiz sermaye gibi şartlar organik bağ kavramının belirlenmesinde aranmamaktadır. Yabancı unsurlu bir uyumsuzluğu çözecek olan Türk hâkimi ise her uyumsuzlukta delilleri serbestçe değerlendirilmeli ve her iki kavramın esasında farklı kavramlar olduğunun bilinci ile sonuca ulaşmalıdır. Türk hakiminin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulama sürecinde tespit etmesi gereken bir diğer husus, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusuna uygulanacak hukuktur. Bu husus tartışmalı olmakla birlikte kanaatimce alternatif bağlama olarak adlandırılan ve işçinin kendi ülke hukukuna güvenerek işlem yapmasını gözeten yöntem esas alınarak, Türk işçiye Türk hukukunun uygulanması yerinde olabilir.

Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta ehliyeteye uygulanacak hukukun da Türk mahkemesi tarafından tartışılması ve değerlendirilmesi gerekebilir. Tarafların iş sözleşmesi akdetme hususunda ehliyetlerinin olup olmadığının lex fori kurallarına mı yoksa lex causae kurallarına göre mi belirlenmesi gerektiğini gösteren bir düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Ancak ehliyeteye uygulanacak hukukun belirlenmesinde lex fori kuralları çerçevesinde belirleme yapılmasının daha uygulanabilir olduğu kanaatindeyim. Ehliyeteye ilişkin Türk hukukunda doğrudan uygulanan bir kuralın varlığı halinde ise, doğrudan ilgili kural uygulama alanı bulacaktır. Yine yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK'ta doğrudan bir düzenleme yoktur. 4904 sayılı Kanunun 17.maddesinde yer alan yurt dışı hizmet sözleşmelerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğu ve bu madde ile bağlantılı Yönetmeliğin 5.maddesinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilerek, MÖHUK kurallarına başvurulmadan doğrudan uygulama alanı bulacağı kanısındayım. Bu çerçevede standart sözleşme dışında bir iş sözleşmesinin akdedilmesi de mümkün olmayacaktır. Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinin varlığı ve maddi geçerliliği, maddi hukuku ahengini sağlama amacı ile MÖHUK md.32/1'de sözleşmenin esasına ilişkin bir mesele olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle de yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin varlığı ve maddi geçerliliği ile ilgili hususlar MÖHUK md.27 çerçevesinde belirlenecek yabancı hukuka göre

    mlenecektir. Lakin M  HUK md.32/2 gereğince halin şartlarından bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı anlaşıyor ise, o takdirde rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Her ne kadar M  HUK md.32/2'ye temkinli yaklaşılmaması gerektiği savunulsa da zayıf tarafın korunması ilkesinin hâkim olduğu i  sözleşmeleri bakımından M  HUK md.32/2'nin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir.

Yabancı unsurlu bir i  sözleşmesinden doğan uyu mazlı ı     mleyecek olan hâkim, zamanaşımı ve hak d    r  c  süreler bakımından da inceleme yapmak mecburiyetindedir. Türk hukukunda zamanaşımı, maddi hukuka ilişkin bir kavram olarak kabul edildiğinden M  HUK md.8'de esasa uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Bu çerçevede zamanaşımının doğrudan kamu düzenini de ilgilendiren bir kavram olmadığı açıktır. Lakin uygulanacak yabancı hukukta hiç zamanaşımı süresinin düzenlenmemiş olması veya çok uzun ya da çok kısa zamanaşımı sürelerinin belirlenmiş olması, kamu düzeni müdahalesi sonucunu do urabilecektir. Yabancı bir mahkemede dava açılmış olması durumunda zamanaşımı süresinin kesilmesi gerektiği kanaatindeyim. Nasıl ki iç hukukta görevsiz mahkemede dava açılması durumunda, yani hatalı yargı düzeninde davanın ikame edilmiş olması halinde, zamanaşımı ve hak d    r  c  s relerin kesildiği kabul ediliyor ise, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta yabancı mahkemede dava açılmış olması durumunda da bu s relerin kesildiği kabul edilmelidir. Burada yabancı mahkemede hatalı bir şekilde davayı açmış olan tarafın, kötü niyetle böyle bir işlemede bulunmuş olduğu tespit edilirse, artık zamanaşımı ve hak d    r  c  s relerin kesilmemesi gerekir. Öte yandan yabancılık unsuru içeren bir i  sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacının taleplerinin hak d    r  c  süre nedeniyle talep edilebilir olmaktan çıkıp çıkmadığı hususunun hangi hukuka göre     mlenmesi gerektiği hususunda hukukumuzda açık bir düzenleme mevcut değildir. Lakin hak d    r  c  süre de hakkın özüne ilişkin bir mesele olduğundan, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olması gerekir.

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta -kanunlar ihtilafı kuralları gereğince- esasa uygulanacak hukukun tespiti öncesinde, milletlerarası yetki kurallarının tartışılması ve yargılama yetkisine sahip olan devlet yargısının tespiti gerekmektedir. MÖHUK'un 44.maddesine baktığımızda işverenin işçiye karşı açacağı davalarda sadece işçinin işini mutaden yaptığı yer mahkemesi yetkili kılınırken, işçinin işverene karşı açacağı davalarda işçiye kolaylık sağlamak amacıyla seçenekli bir sistem getirilmiştir. Bunun sebebi zayıf konumda olan işçinin korunmasının amaçlanmasıdır. Bu kural “*işçiyi koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki kuralı*” niteliğindedir. O halde bu yetki kuralına aykırı bir şekilde yabancı bir mahkeme nezdindeki yargılama sonucu elde edilen mahkeme kararının, Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Türk mahkemelerinin MÖHUK md.44’te belirlenmiş olan yetkileri, MÖHUK’un md.47/2 gereğince iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyecektir. Bu çerçevede yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, mahkemelerin MÖHUK md.44 kapsamında belirlenmiş olan yetkisi bertaraf edilmeden, yabancı başka bir devlet mahkemesinin de yetki anlaşması ile belirlenmesinin önünde hukuken bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Türk iş hukukunda iç mevzuatta yer alan İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6.maddesi ise yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmayacaktır.

Görülmektedir ki bu çalışmanın konusu ne sadece milletlerarası özel hukuku kuralları ne de sadece iş hukuku prensipleri ile anlaşılabilir. Bu noktada uygulayıcıların ve akademisyenlerin; prensipler arasında geçiş yaparken muhafazakâr olmamaları, birbiri ile bağlantılı farklı hukuk dallarının ruhunu birlikte özümseyerek uyuşmazlığı çözme hususunda çaba sarf etmeleri önem arz etmektedir. İncelediğimiz kadarıyla Yargıtay uygulaması ile doktrindeki fikirlerin uyuşmadığı alan tam olarak burasıdır. Yargıtay’ın bu konuyu irdeleyen özel dairesi, iş hukuku alanında uzman daire olup, incelemesini salt iş hukuku prensipleri çerçevesinde yapmaktadır. Bu konuyu irdeleyen yazarlar ise konuya ağırlıklı olarak milletlerarası özel hukuk penceresinden bakmaktadırlar. Her iki yaklaşım da saygıdeğer olmakla birlikte, daha adaletli bir neticeye ulaşılması için

iş ve sosyal güvenlik hukuku prensipleri, milletlerarası özel hukuk prensipleri ve borçlar hukuku prensiplerinin birlikte değerlendirilmesi ve tüm bu ortak prensipler ışığında soruna özgü bir metod belirlenmesi uygun olmalıdır.



KAYNAKÇA

Akın, Şefika:	“Üçüncü Devletin Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB , Cilt 9, Sayı 2, 1989, s.99-102.
Akıncı, Şahin:	“Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.27, S.3., 2019, s.652-678.
Akyiğit, Ercan:	“Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS (Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası), Mayıs 2005.
Akyiğit, Ercan:	“Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”, Çalışma ve Toplum , 2011/3.
Aladağ Görentaş, İtir:	“Bir Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Yabancı Kamu Hukukunun Uygulanması”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Cilt:8, Sayı:2, 2015, s.21-32.
Alibaba, Arzu:	“Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu” ve “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”nde Yetki Sözleşmesi,

	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , Cilt:29, 2009, s.1-20.
Antalya, Gökhan:	Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Arslan, İlyas:	“5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, MHB , Cilt:33, Sayı:2, 1-41.
Arslan, İlyas:	“Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler”, Public and Private International Law Bulletin , Cilt:40, S:1, 2020, s.299-352.
Arslan, İlyas:	Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı , Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
Asensio, P.A. De Miguel:	Applicable Law in The Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights , Year Book of Private International Law, Vol.X, 2008, pp.199-219.

Atamer, Yeşim M.:	Milletlerarası Satım Hukuku -Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG), İstanbul, 2012.
Atasoy, Kemal:	Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gerekçesiyle Sınırlandırılması, Doktora Tezi, Ocak 2020, Eskişehir, s.220-221.
Aygün, Mesut:	“Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’ e Armağan, C:16, Özel Sayı:2014, Basım:2015, s.1025-1066.
Aykanat, Mehmet:	Mecelle’ de İş Akdi , Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011.
Baskan, Ş. Esra:	“Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:21, Sayı:2, Yıl:2017.
Bayata Canyaş, F. Aslı:	“5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi , Haluk Konuralp Anısına Armağan 3, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.141-167.

Bayata Canyaş, F. Aslı:	AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural , Doktora Tezi, Ankara, 2011.
Baysal, Başak:	Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü , İstanbul, 2017.
Baysal, Başak:	Tüketici Kredisi: TKHK m.22-31 , Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul, 2015.
Belohlavek, Alexander J.:	Rome Convention-Rome I Regulation Commentary-New EU Conflict Of Laws Rules For Contractual Obligations , United States, 2010.
Berki, Osman Fazıl:	“Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:1, Sayı:3, 1944.
Bonomi, Andrea:	Year Book of Private International Law , Vol.X, 2008.
Brami, Maxime N.:	“The Invention of Prehistory and the Rediscovery of Europe: Exploring the Intellectual Roots of Gordon Childe’s ‘Neolithic Revolution’ (1936)”, Journal of World Prehistory 32, 2019, s.311-351.

Can, Ozan:	“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında malvarlığı Haklarının Korunmasında Ticaret Şirketi Ortaklarının Başvurucu Sıfatının Değerlendirilmesi ve Tüzel Kişilik Perdenin Kaldırılması Teorisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:7, Sayı:2, 2016.
Canbolat, Talat/ Erener, Ebru:	“Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, İş ve Hayat , Cilt:3, Sayı:5, 2017, s.228-255.
Centel, Tankut:	“Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi , Sayı:33, Ocak, 1984.
Civan, Orhan Ersun:	Genel İş Koşulları , Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
Commission of the European Communities, Brussels:	14.1.2003 COM (2002) 654 Final, Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation.
Çamoğlu, Ersin:	“Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi , Cilt:32, Sayı:2, Haziran 2016, s.5-17.
Çelik, Nuri:	İş Hukuku Dersleri , Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat:	İş Hukuku Dersleri , Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
Çelikel, Aysel, (Öztekin) Gelgel Günseli:	Yabancılar Hukuku , Beta Yayınevi, Şubat 2020, İstanbul.
Çelikel, Aysel, Erdem B.Bahadır:	Milletlerarası Özel Hukuk , Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
Çiçek, Özal/ Özal, Mehmet:	“Dünyada ve Türkiye’ de İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ nin Tarihsel Gelişimi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi , Cilt:5, Yıl:5, Sayı:11 (2016/1), ISSN:2147-3668.
Çilingiroğlu, Cüneyt:	“Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB , Cilt:9, Sayı:2, Ocak1989, 103-120.
Çörtoğlu Koca, Sema:	Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi , Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
Dalkılıç, Oğuzhan:	Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi , Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Demir Gökyayla, Cemile:	“Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:11, Sayı:145-146, Eylül-Ekim 2016, s.417-458.
Demir Gökyayla, Cemile:	Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayılık Sözleşmeleri), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
Demir İskenderoğlu, Ayşegül Sıdika:	Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi , Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
Demirkol, Berk:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’ un 24.maddesi çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
Doğan Yenisey, Kübra:	İş Hukukunun Emredici Yapısı , Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
Doğan, Vahit:	“5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XI, Sa.1-2, Yıl:2007.
Doğan, Vahit:	İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti , Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.

Doğan, Vahit:	Milletlerarası Özel Hukuk , Savaş Yayınları, 2015.
Duygu Özer, Hatice:	“Toplu İş Hukuku Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:13, Sayı:2, 2018, s.169-232.
Ekonomi, Münir:	“4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş , C:7, D:3/2004.
Ekşi, Nuray:	“Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:9, S:1, Ocak, 2010, s.13-44.
Ekşi, Nuray:	“Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation””, MHB , Yıl:1999, Cilt:19, Sayı:1-2, s. 263-291.
Ekşi, Nuray:	“Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’ na Göre Anlamı”, MHB , Yıl:12, Sayı:1-2, 1992.
Ekşi, Nuray:	Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi , Beta Yayınevi, 2.Bası, 2000, İstanbul.

Elçin, Doğa:	Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk , Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
Erdem, B. Bahadır:	“Incoterm’ in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, MHB , Yıl 10, Sayı 1-2, 1990.
Eren, Fikret:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
Erener Yılmaz, Ebru:	“Türk İş Hukukunda Süt İzni”, Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Cilt:26, Sayı:1, Haziran 2020, s.382-399.
Erkan, Mustafa:	“Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:20, Sayı:1, 2012, s.11-51.
Erkan, Mustafa:	MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XV, Sayı:2, Yıl:2011.
Ertan, Emre:	“İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı”, Sicil İş Hukuku Dergisi , Sayı:37, 2017, s.102-114

Ertürk, Şükran:	“Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:15, Özel Sayı, Basım Yılı:2014, s.81-118.
Esen, Emre:	“Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku , Ed: Işıl Özkan, Ceyda Sural, Uğur Tütüncübaşı, Ankara, 2016.
Esen, Emre:	“Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement”, Annales de la Faculte de Droit d Istanbul , Cilt:42, Sayı:59, 2010.
Esen, Emre:	“Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , Cilt 31, S1, s191-207.
Esen, Emre:	Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması , Beta Yayınevi, 2012, İstanbul.
Giray, Faruk Kerem:	“Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe

	Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Prof. Dr. Erhan Adal' a Armağan, VIII/2-IX/1, s.555-577.
Giray, Faruk Kerem:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı , Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
Günay, Cevdet İlhan:	İş Hukuku: Yeni İş Yasaları , Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
Güngör, Gülin:	“Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku “Düşünsel Temeller””, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:57, Sayı:2, Ocak 2018, s.115-133.
Hatemi, Hüseyin:	“Yazılı Olmayan Kamu Düzeni Kuralı”, Oniki Levha Yayıncılık , Prof. Dr. Nejla Giritlioğlu' na Armağan, Mart 2020, s.286-288.
Hondius E.:	“The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, Journal of Consumer Policy , 2004, Vol.27.
	http://calismatoplum.org/sayi28/abc/14_29.pdf
	http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2469CD571E5519F2BDADF0735C748DC8?

	text=&docid=84441&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1297340
	http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46757&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1872266
	https://casetext.com/case/paripovic-v-gonzales
	https://ticaret.gov.tr/data/5b887e6813b87615b0eea9ca/Katar_Sirket_Kurulumu-2020.pdf
	https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam
	https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4__baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4__baski.pdf
	https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf
	https://ailevecalisma.gov.tr/media/1341/isgucuanlasmalari.Pdf

İrge Erdoğan, Burcu:	“5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:20, Sayı:1, 2018, s.397-430.
İşçi, Bülent Ferat:	Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti , On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2017.
İzveren, Adil:	İş Hukuku (I, II, III) , Ankara, 1974.
Kabakçı, Mahmut:	“İş Sağlığı ve Güvenliğin Hukuk Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi , Sayı 86, 2009, s.249-267.
Kafa Karakaya, Kudsiye Nazlı:	Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk , Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
Kandemir, Murat , Yardımcıoğlu Didem:	“İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:19, Sayı:30-31, 2014, s.1-44.
Kaplan, İbrahim:	“Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi , Cilt:25, Sayı:4, Aralık 2009, s.37-46.

Kar, Bektaş:	“Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları”, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Intes Yayınları, ISBN 978-605-60244-6-7, Yayın No:26/2017-1 (Çevrimiçi) https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/YURT-DIŞI-HİZMET-SÖZLEŞMELERİNDE-1.pdf
Karagöz, Veli:	“İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 2012, s.57-76.
Karataş Ulusu, Ayşe Elif:	“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, MHB, Cilt:37, Sayı:2, s.911-1003.
Kaşak, Fahri Erdem:	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
Kırlı Aydemir, Deniz Defne:	Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Oniki Levha Yayıncılık, 2012, İstanbul, s165-166.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:	Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
Köseoğlu, Ali Cengiz, Kabul Sibel:	“4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İÜHFM , Cilt:72, Sayı:2, 2014, s.233-268.
Kösoğlu, Mehmet:	“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31.Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, MHB , Cilt:28, Sayı:1-2, 2008, s.147-172.
Küçük, Damla:	“Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, Ankara Barosu Dergisi , Sayı:1, Cilt:77, 2019, s.287-360.
Lale, Muktedir:	Özel-İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku , Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara.
Limon, Resul:	“Türkiye’ de Kıdem Tazminatının Tarihsel Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu”, İş ve Hayat , Cilt:1, Sayı:1, 2015, s.147-170.

Mahiroğulları, Adnan:	“5018 sayılı Kanun’ un Temel Felsefesiyle Çelişki: Gayr-ı Siyasi Sendikacılıktan Partili Sendikacılığa Yöneliş (1947-1960)”, Sosyal Siyaset Konferansları , Sayı:68-2015/1, s.67.
Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law	Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization
Meraklı Yayla, Deniz:	“Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’ e Armağan, Cilt:16, Yıl:2014, s.1987-2013.
Narmanlıoğlu, Ünal:	İş Hukuku:Ferdi İlişkileri I , Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
Nomer, Ergin:	Devletler Hususi Hukuku , 14.Bası, Nomer/Şanlı, İstanbul, 2006.
Nomer, Ergin:	Devletler Hususi Hukuku , Beta Yayınevi, 2017, İstanbul.

Nomer, Ergin:	Milletlerarası Usul Hukuku , Seçkin Yayıncılık, 2018, İstanbul.
Oğuz, Arzu:	“Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkeleri’ nin Lex Mercatoria Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:50, Sayı:3, 2001.
Oğuz, Özgür / Doğan, Özge:	“Gazetecinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, Sosyal Güvence , Sayı:10, 2016, s.95-109.
Oğuzman/Barlas:	Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
Okay Tekinsoy, Özge:	“Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:1, Sayı:1, 2011, s.66-79.
Örücü, Esin:	“Kamu Hukuku – Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi , Cilt:12, Sayı:1-3, 1991, s.303-316
Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:	“Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:63, S:4, 2014, s.833-878.

Özdemir Kocasakal, Hatice:	“Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB , Cilt:30, Sayı:1-2, 2010.
Özdemir Kocasakal, Hatice:	Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri , Doktora Tezi, İstanbul, 1998.
Özdemir, Erdem:	“İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFĐ , Cilt:54, S:3, Yıl:2005.
Özdemir, Hatice:	“MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi , Cilt:73, Sayı:10-11-12, 1999.
Özel, Sibel:	“Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’ de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, MHB , Cilt: 22, Sayı:2, 2002.
Özgenç, Zeynep:	“Brüksel I BIS Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , Cilt:37, Sayı:2, Ocak 2017, s.641-669.
Özgenç, Zeynep:	“Türk Hukukunda Navlun Sözleşmesine İlişkin Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi , Cilt:34, Sayı:4, 2018.

Özkaraca, Ercüment, Ünan Canan:	“Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Prof. Dr. Ali Rıza Okur’ a Armağan, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2014, s.355-410.
Öztek, Selçuk / Memiş, Tekin:	“Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Perçin, Gizem:	“5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında “Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği””, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , Cilt:28, Sayı:1-2, Yıl:2008.
Pillet, Autoine:	Kıta Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilafı Nazariyesi , Çev: Hicri Fişek, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 1950.
	Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Guliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C282, 31/10/1989 P.0001-0050.

	Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Guliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C282, 31/10/1989 P.0001-0050.
Richard J.Bauerfeld:	“Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination”, Columbia Law Review , Vol.82, No:8 (Dec.,1982) (Çevrimiçi) https://www.jstor.org/stable/1122297? read- now=1&seq=3#metadata_info_tab_contents
Sağlam, İpek:	Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak) (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995.
Sarıöz Büyükalp, İpek:	“Mutad İş Yeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3’ ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:8, Sayı:2, 2018, 195-248.
Sirmen, K. Sedat:	“Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. V. Reyno Davası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:63, Sayı:1, 2014.
Sunay, Reyhan:	“Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan “Avrupa Kamu Düzeni” Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri”,

	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:7, Sayı:1-2, 1999, s.309-330.
Süral, Ceyda:	“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, TBB Dergisi , 2012 (100).
Süzek, Sarper:	“Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Cilt:20, Sayı:1, 2014, s.123-142.
Süzen, Begüm:	Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk , Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
Şahbaz, İbrahim:	“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, TBB Dergisi , Sayı 55, 2004, s.201-225.
Şahlanan, Fevzi:	“Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerine Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum , 2007/2, s.166-167.
Şahlanan, Fevzi:	“Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, Sicil Dergisi , Yıl:3, Sayı:12, Aralık 2008, s.44-47.

Şanlı, Cemal, Esen Esen, Ataman-Figanmeşe İnci:	Milletlerarası Özel Hukuk , Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
Şanlı, Cemal:	Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları , Beta Yayınevi, 2005, İstanbul.
Tarman, Zeynep Derya:	“Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku , Ed: Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.371-376.
Tarman, Zeynep Derya:	“Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AUHFD) , 59 (3) 2010: 521-550, s.536.
Tekinalp, Gülören:	“Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m.24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, MHB , Cilt:5, Sayı:1, 1985.
Tekinalp, Gülören:	“Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, MHB , Cilt:22, Sayı:2, 2002, sf 839-856.
Tekinalp, Gülören:	Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları , Yetkin Yayınları, İstanbul, 2011.

Tuncay, Can, Ekmekçi Ömer:	Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri , Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
Tuncay, Can:	“Almanya’ da İş Alan Türk Mütعاahitlerin Türk İşçisi Çalıştırmaları”, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası , Cilt:7, Sayı:3, 1993.
Tunçomağ, Kenan, Centel Tankut:	İş Hukukunun Esasları , Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
Tunçomağ, Kenan:	Türk İş Hukuku , İstanbul, 1971.
Türkiye İş Kurumu	9.Genel Kurul Çalışma Raporu, s.34. (Çevrimiçi) https://media.iskur.gov.tr/13592/9-genel_kurul_raporu.pdf
Uşan, M.Fatih:	“Kıdem Tazminatına İlişkin Düzenlemenin Hala Mutlak Emredici Niteliğini Koruyup Korumadığı Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi , Cilt:2, Sayı:13, Eylül 2007, s.57-67.
Uyanık, Namık Kemal:	Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ , Seçkin Yayınevi, 2019, Ankara.
Vandekerckhove, Karen:	Piercing the Corporate Veil , 4.Eur. Company L.191, Volume:4, Issue:5, 2007.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah:	Türk Medeni Kanunu’ na Göre Yerleşim Yeri , Oniki Levha Yayıncılık, 2009, İstanbul.
Vural Çelenk, Belkis:	“Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi , Sayı:1, 2017, s.277-296.
Watkins, Trevor:	“New Light on Neolithic Revolution in South West Asia”, Cambridge University Press , Antiquity, 84 (325), 2010, s.621-634.
Yaşar, Tuğçe Nimet:	Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, MHB , Cilt:33, Sayı:2, 2013.
Yavaş, Murat:	“Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Yıldırım, Kâmil:	“Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Yıldız, Gaye Burcu:	“Karar İncelemesi-İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasıllı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması”, İÜHFM , Cilt:72, Sayı:2, 2014, s.487-495.

Yılmaz, Lerzan:	“Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Yöney, Can:	Yabancı Hukukun Uygulanması , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
Yüksel, Kemalettin:	“Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması , Ed:Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
Zencir, Gamzenur:	Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk , Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

ÖZGEÇMİŞ

İste & İste Avukatlık Bürosunun kurucu ortağıdır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2008 yılında mezun olmuştur. South Texas College of Law'da (Houston – ABD) tahkim, arabuluculuk, ifade özgürlüğü ve uzlaşma alanlarında burslu değişim öğrencisi olarak “Juris Doctor” eğitimi görmüş, yine Amerika'nın Teksas eyaletinde uzlaştırmacı olarak görev yapabilme yetkisini kazanmıştır. Eğitim sürecinde bir Amerikan hukuk bürosunda tahkim ve doktor hatası ile ilgili davalarda tecrübe kazanmıştır. Uluslararası hukuk başta olmak üzere ticaret hukuku, iş hukuku ve borçlar hukuku alanlarında deneyim sahibi olup, ticaret hayatında dava öncesi sürecin yapılandırılması, strateji kurulması, yatırım planlaması, sözleşmelerin hazırlanması, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde risk ve süreç analizi konularında hukuki danışmanlık hizmeti vermektedir. Yargılama sürecinde ise hem devlet mahkemeleri nezdinde hem de tahkim sürecinde taraf vekili olarak avukatlık hizmeti vermektedir. Yine yabancı bir devlet mahkemesinde görülen davalar bakımından da proje koordinatörlüğü yaparak, yurtdışındaki sürecin takip ve kontrol edilmesini sağlamaktadır. Avukatlık hizmetinin yanı sıra özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucu olarak da hizmet vermektedir. İş hukukunda Uzman Arabulucu unvanına sahiptir. Bu çerçevede yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk hizmeti vermektedir. “ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları” konulu yüksek lisans tezini başarıyla tamamlamış, tez araştırması için burslu olarak İtalya Roma’ da bulunan “La Sapienza” Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (Università degli Studi di Roma “La Sapienza) eğitim görmüş ve İtalyan Tahkim Merkezi'nin çalışmalarına katılmıştır. İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda “Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk” konulu doktora tezini başarıyla tamamlayarak Hukuk Doktoru olmuştur. “ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları” isimli yayınlanmış kitabı bulunmaktadır. Sanat tarihi ve kahve kültürü ile yakından ilgilenmektedir. Türkçe ve İngilizce bilmektedir.