

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Doktora Tezi
Doğa ELÇİN

Ankara 2011

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI**

İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

**Doktora Tezi
Doğa ELÇİN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Fügen SARGIN**

Ankara 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Doktora Tezi

Doğa ELÇİN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Fügen SARGIN

Tez Jürisi Üyeleri
Adı ve Soyadı

.....
.....
.....
.....
.....

İmzası

.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI UNSURLU BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE

UYGULANACAK HUKUK

I. Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini.....	11
A. Bireysel İş Sözleşmesi Kavramı.....	11
1. Vasıflandırma.....	11
a. Bireysel İş Sözleşmesinin Vasıflandırılması.....	13
b. Uygulanacak Hukukun Tayini Kapsamında <i>De Facto</i> İş İlişkileri.....	17
c. Hizmet Sözleşmeleri Bağlamında Karşılaştırmalı Hukuktan Yararlanarak Bağımsız Vasıflandırma.....	17
d. Vasıflandırma Sürecine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri.....	23
2. Bireysel İş Sözleşmesinin Tarafları.....	27
a. İşçi.....	27
b. İşveren.....	31
3. Bireysel İş Sözleşmesine Hâkim Olan Zayıf Tarafın Korunması İlkesi.....	33
B. Kanunlar İhtilâfı Metodolojisi Dahilinde Uygulanacak Bağlama Kurallarının Tespiti.....	39
1. Bireysel İş Sözleşmesine Milletlerarası Nitelik Kazandıran Unsurlar.....	39
a. Milletlerarası Unsur Kavramı.....	39

b. Bireysel İş Sözleşmesinin Objektif İrtibat Noktalarında Milletlerarası Unsur Bulunması.....	41
c. Bireysel İş Sözleşmelerinde Sübjektif İrtibatın Milletlerarası Unsur Yaratıp Yaratmayacağı.....	44
2. Bireysel İş Sözleşmelerinin Değişik Veçhelerine Uygulanacak Hukuku Tayin	
Eden Bazı Bağlama Kuralları.....	46
a. Ehliyeti İdare Edecek Bağlama Kuralları.....	46
aa. Ehliyetin Vasıflandırılması.....	46
bb. Bağlama Kuralları.....	47
aaa. Mukayeseli Hukuk.....	47
bbb. Türk Hukuku.....	48
cc. Türk Hukukuna Dair Değerlendirme ve Öneri.....	53
b. İş Sözleşmelerinin Şeklini İdare Edecek Bağlama Kuralları.....	54
aa. Şeklin Vasıflandırılması.....	54
bb. Bağlama Kuralları.....	54
aaa. Mukayeseli Hukuk.....	54
bbb. Türk Hukuku.....	58
cc. Türk Hukukuna Dair Değerlendirme ve Öneri.....	59
c. İş Sözleşmelerinin Esasını İdare Edecek Bağlama Kuralları.....	60
aa. Akit Statüsünün Vasıflandırılması.....	60
bb. Özel Bağlama Kuralları ile İşçinin Korunması Gereği.....	61
cc. Bağlama Kuralları.....	63
aaa. Hukuk Seçimi İradesi.....	63
aaaa. Hukuk Seçimi Yapılmasının Nedenleri.....	64
bbbb. Bireysel İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi İradesine Dair Tartışmalar.....	65

(i) Yabancı Doktrinde Yer Alan Tartışmalar.....	65
(ii) Türk Doktrininde Yer Alan Tartışmalar.....	68
cccc. Hukuk Seçimi İradesinin Açık ve Örtülü Olması.....	70
(i) Mukayeseli Hukukta.....	70
(ii) Türk Hukukunda.....	77
dddd. Seçilen Hukukun İş Sözleşmesiyle İrtibatlı Olması Gereği ..	79
(i) Mukayeseli Hukukta.....	79
(ii) Türk Hukukunda.....	81
eeee. Seçilen Hukukun Niteliği ve Belirli Bir Millî Hukuk	
Sisteminin Seçimi.....	82
ffff. Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Bireysel İş Sözleşmesi	
Hükmü Olarak Tayini Suretiyle Seçimi.....	86
(i) Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Seçilebilmesini	
Reddeden Görüş.....	86
(ii) Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Seçilebilmesini	
Kabul Eden Görüş.....	86
gggg. Hukuk Seçimini Sınırlayan Asgarî Koruma Kavramı.....	88
(i) Mukayeseli Hukukta.....	88
(ii) Türk Hukukunda.....	91
(iii) Asgarî Koruma Kurulunun Uygulanma Koşulları ve	
Eleştiriler.....	92
(iv) Asgarî Korumanın Tespitinde Ortaya Çıkan Durumlar	98
(v) Asgarî Korumanın Tespitinde Yapılacak	
Karşılaştırmaya İlişkin Metodlar.....	99
(vi) Asgarî Korumanın Tespitinde Esas Alınacak	
Hukuk Sistemlerine Ait Kurallar.....	100

hhhh. Kısmi Hukuk Seçimi İmkânı.....	104
uuu. Seçim ve Seçimin Değiştirilmesi Zamanı.....	106
iii. İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi İradesinin Varlığı ve Geçerliliğini İdare Eden Hukukun Tayini	109
bbb. Objektif Bağlama Kuralları.....	110
aaaa. Doktrin ve Uygulamada Tercih Edilen Bazı Bağlama Noktalarına Bakış.....	110
(i) İş Sözleşmesinin Taraflarının Millî Hukuku.....	110
(ii) İş Sözleşmesinin Taraflarının İkametgâhları, Mutad Meskenleri ya da İşyerileri.....	112
(iii) İş Sözleşmesinin Akdedildiği Yer.....	114
(iv) İşin Yapıldığı – Yerine Getirildiği Yer.....	115
(v) Değerlendirmemiz.....	116
bbbb. Pozitif Düzenlemeler.....	117
(i) Mukayeseli Hukuk.....	117
(ii) Türk Hukuku.....	118
cccc. Objektif Bağlama Kuralının Uygulanma Koşulları ve Eleştiriler.....	120
(i) İşin Mutaden Yapıldığı Yer/İşyeri Hukukunun Uygulanması.....	120
(ii) İşçinin İşini Mutaden Yapmak Üzere Bir Başka Ülkede Çalıştırılması.....	126
(iii) İşçinin İşini Geçici Olarak Başka Bir Ülkede Yapması.....	129
(iv) İşin Mutaden Yapıldığı Bir Yerin Bulunmaması.....	138
(v) İş Sözleşmesiyle Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması.....	147

dd. Türk Hukukuna Dair Eleştiri ve Öneri.....	154
aaa. İşçinin Daha Lehine Olan Hukuka Ulaşmada Atfın Kabul Edilmesi Önerisi.....	154
bbb. Asgarî Koruma Kuralına Dair Öneri	156
ccc. Alternatif Bağlama Kurallarının Her Bir Olayın Özelliğine Göre Seçilmesi Yoluyla İşçinin Korunması Önerisi.....	157
ddd. İş Sözleşmesinin Varlığı ve Maddî Geçerliliğini İdare Eden Hukukun Tayinine Dair Öneri.....	160
II. Uygulanacak Hukukun Bağlama Kuralları Aracılığıyla Tayinini ve Uygulanmasını Engelleyen Kurallar.....	163
A. Doğrudan Uygulanan Kuralların Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi.....	164
1. <i>Forum</i> 'un Doğrudan Uygulanan İş Hukuku Hükümlerinin Tespiti.....	166
2. <i>Lex Causae</i> 'nin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi.....	177
3. İş Sözleşmesiyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları...181	
4. İdarî Makamlara Denetim Yetkisi Veren Kamu Hukuku Nitelikli Kurallar.184	
5. Objektif Bağlama Kuralına Göre Uygulanacak Hukukun Emredici Kurallarının Asgarî Koruması ile Doğrudan Uygulanan Kurallar Arasındaki İlişki.....	191
a. Asgarî Koruma Kuralını Aynı Zamanda Doğrudan Uygulanan Kural Kabul Eden Görüş.....	191
b. Asgarî Koruma Kuralı ile Doğrudan Uygulanan Kuralları Birbirinden Ayıran Görüş.....	193
c. Asgarî Koruma Kuralı ile Doğrudan Uygulanan Kurallar Arasındaki Etkileşim.....	196
aa. Doğrudan Uygulanan Kurallara Öncelik Tanıma Yaklaşımı.....	196
bb. Asgarî Koruma Kuralına Öncelik Tanıma Yaklaşımı.....	196

cc. Her Bir Olayın Kendi Özelliğine Göre Etkileşim Kurma Yaklaşımı....	197
B. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	197
1. Kamu Düzeninin Menfi Etkisi.....	198
2. Kamu Düzeninin Müspet Etkisi.....	202
C. For Hukukunda Yer Alan ve Niteliği Tartışmalı Bazı Kurallar.....	208

İKİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI UNSURLU TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANACAK HUKUK

I. Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulanacak Hukuk.....	213
A. Toplu İş Sözleşmelerine Genel Bakış.....	213
1. Vasıflandırma.....	213
2. Toplu İş Sözleşmesine Milletlerarası Nitelik Kazandıran Unsurlar.....	220
3. Toplu İş Sözleşmesinin Tarafları.....	224
a. Sendika- İşçi ve İşveren Sendikaları.....	224
b. İşveren.....	226
4. Millî Hukuklarda Toplu İş Sözleşmesi Yapılması Zorunluluğu.....	227
5. Kanunlar İhtilâfı Hukukunun Düzenleme Alanına Giren Toplu İş Sözleşmesi	
Hükümlerinin Genel Çerçevesinin Belirlenmesi.....	229
B. Kanunlar İhtilâfı Metodolojisi Dahilinde Toplu İş Sözleşmelerine	
Uygulanması Muhtemel Bağlama Kurallarının Tespiti.....	233
1. Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyete Uygulanacak Hukuk.....	234
a. Ehliyetin Vasıflandırılması.....	234
b. Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyeti İdare Edecek Hukuk Üzerine Görüşler..	235
2. Toplu İş Sözleşmelerinde Şekli İdare Edecek Hukuk Üzerine Görüşler.....	240
3. Toplu İş Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk.....	242
a. Akit Statüsünün Vasıflandırılması.....	242
b. Toplu İş Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerine Görüşler.....	243
aa. Toplu İş Sözleşmelerine Sözleşmelere Ait Genel Bağlama Kurallarının	
Uygulanmasını Öneren Görüş.....	243
aaa. Hukuk Seçimi Şartı.....	243

bbb. Objektif Bağlama Kuralları.....	244
aaaa. Toplu İş Sözleşmelerinde En Sıkı İrtibatın Tespiti.....	244
bbbb. Toplu İş Sözleşmelerinde Karakteristik Edimin Tayini.....	248
bb. Toplu İş Sözleşmelerine Özel Bağlama Kurallarının Uygulanmasını Öneren Görüş.....	249
aaa. Asgarî Koruma Kuralı.....	251
bbb. Objektif Bağlama Kuralları.....	252
aaaa. İşin Mutaden Yapıldığı İşyeri Hukukunun Uygulanması.....	252
bbbb. İşin Mutaden Yapıldığı Bir Yerin Bulunmaması Hâlinde İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülkenin Hukukunun Uygulanması.....	253
cc. Toplu İş Sözleşmelerine Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması.....	254
II. Toplu İş Sözleşmeleri ile Bireysel İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki ve Bu İlişkinin Uygulanacak Hukukun Tayinine Etkisi.....	257
A. Bireysel İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki.....	257
B. Toplu İş Sözleşmeleri ve Bireysel İş Sözleşmeleri Hükümlerini İdare Edecek Hukuklar Arasındaki Çatışma.....	258
1. Toplu İş Sözleşmesinde Bireysel İş Sözleşmesini İdare Edecek Hukuka Dair Hukuk Seçimi Şartı Bulunması.....	258
2. Her İki Sözleşmede Yer Alan Hukuk Seçimi Şartlarından Birinin Uygulanabilirlik Önceliğinin Tayini.....	261
3. Objektif Bağlama Kurallarının Tayin Ettiği Hukukun Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Bireysel İş Sözleşmeleri Hakkında Seçilen Hukuk Üzerindeki Sınırlayıcı Etkisi.....	262
4. Toplu İş Sözleşmelerinin Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisinin Tayininde Esas Alınacak Hukuku Gösteren Objektif Bağlama Kuralları...266	

C. Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukukta Yer Alan Toplu İş Sözleşmesi	
Hükümleri ile İşin Mutaden Yapıldığı İşyerinde ya da İşverenin Esas	
İşyerinde Yürürlükte Olan Toplu İş Sözleşmeleri Hükümleri Arasındaki	
Çatışma.....	268
D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Doğrudan Uygulanan	
Kural Olarak Bireysel İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi.....	271
III. Uygulanacak Hukukun Bağlama Kuralları Aracılığıyla Tayinini ve Uygulanmasını	
Engelleyen Kurallar.....	278
A. Doğrudan Uygulanan Kuralların Toplu İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi.....	278
B. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	278
SONUÇ.....	280
KAYNAKÇA.....	287
ÖZET.....	325
ABSTRACT.....	326

KISALTMALAR*

AB	: Avrupa Birliği
age.	: adı geçen eser
agm.	: adı geçen makale
AJCL	: American Journal of Comparative Law
AJCL Supp.	: American Journal of Comparative Law Supplement
AT	: Avrupa Toplulukları
Ark.L.Rev.	: Arkansas Law Review
aşd.	: Aşağıda
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B	: Bası
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
Bull.Austl. Soc. Leg. Phil	: Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy
C.	: Cilt
C	: Case
Case W.Res. J.Int'l. L.	: Case Western Reserve Journal of International Law
CMLR	: Common Market Law Review
COM	: Commission
Comp.Lab.L.	: Comparative Labour Law
Comp. Lab.L & Pol'y J.	: Comparative Labor Law and Policy Journal
Cornell L.Q.	: Cornell Law Quarterly
ev.	: eviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EBGBG	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EC	: European Community
ECOSOC	: European and Social Committee
E.C.R.	: European Court Reports
Ed.	: Edition

* Metinde yer alan eserlerin kısaltmaları, Kaynaka'da, ilgili kitapların yanında verildiğinden, burada ayrıca belirtilmemiştir.

ed.	: Editor/Editör
ed.by	: Edited by
Ga. J. Int'l & Comp. L.	: Georgia Journal of International and Comparative Law
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
Hofstra L.Rev.	: Hofstra Law Review
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ILO	: International Labour Organization
Indus. L.J.	: Industrial Law Journal
Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind.Rel.	: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
Int'l. Lab. Rev.	: International Labour Review
IPRG	: Gesetz über das Internationale Privatrecht
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.S.Afr.L.	: Journal of South African Law
J.Priv. Int'l L.	: Journal of Private International Law
K.	: Karar
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
No.	: Number
Nw. J. Int'l L.& Bus.	: Northwestern Journal of International Law and Business
OJ.	: Official Journal
Oxford J. Legal Stud.	: Oxford Journal of Legal Studies
p.	: Page
RG.	: Resmî Gazete
PWD	: Posted Worker's Directive
Rec. Des. Cours.	: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye
Rich. J. Global L. & Bus.	: Richmond Journal of Global Law & Business
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu

sz.	: son ziyaret tarihi
Tex. Int'l. L. J.	: Texas International Law Journal
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Victoria U.Wellington L.Rev	: Victoria University of Wellington Law Review
Vol	: Volume

GİRİŞ

Bütün dünyada, sınır aşan yatırımlar yapma eğilimi, ürünlerin işlenmesinin milletlerarası karakterinin artması, siyasî, ekonomik ya da sosyal amaçlarla bireylerin ülkelerarası ilişkilerinin yoğunlaşması, milletlerarası özel hukuka dair ilişkileri artırmıştır. Sınır aşıcı mal ve hizmet dolaşımı giderek artmaktadır. Bu gelişmelerin sonucu olarak; ekonomik, siyasî ya da sosyal nedenlerle, bireylerin birden fazla ülkeyle bağlantılı özel hukuk ilişkileri daha da karmaşık bir görünüm almaktadır. Bu durumun belki de en can alıcı yansıması, iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi sorunlarında görülmektedir. Çünkü çalışma hakkı, yaşama hakkını destekleyen bir temel hak olmanın yanında, yaşamsal gereksinimlerin karşılanması için dünyanın neresinde olursa olsun bir zorunluluktur.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, sınır aşıcı ticarî, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerin, emek hareketliliğine ilişkin görünümüdür. Günümüzde, milletlerarası unsurlu iş ilişkilerinde yaşanan çeşitlilik, mevcut bağlama kurallarının sorgulanmasına yol açmaktadır.

Türkiye açısından, iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi sorunlarının özel bir önemi bulunmaktadır. Ülkemiz, bir yanıyla dışa göç veren bir yapıya sahiptir. Özellikle Türkiye'den Almanya'ya giden Türk işçileri, iki ülke arasında, siyasî, ekonomik ve sosyal pek çok sorunun yanında, hukukî uyuşmazlıkları da beraberinde getirmiştir ve iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi sorunlarının yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur. Dışa göç veren bir ülke olduğu kadar Türkiye, aynı zamanda göç alan bir ülkedir. Türkiye'de çalışan yabancı işçilerin hukukî durumları, bu alandaki kanunlar ihtilâfi problemlerinin diğer yüzünü oluşturmaktadır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹, 2007 yılında yürürlüğe girmiştir. İsviçre hukukundan ve günümüzde Tüzük hâline gelmiş olan 1980'lerdeki Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma

¹ Kabul tarihi: 27.11.2007- RG. 12.12.2007- 26728. Bundan sonra MÖHUK olarak anılacaktır.

Sözleşmesi'nden² esinlenerek hazırlanan 5718 sayılı Kanun, kanunlar ihtilâfi hukuku ve milletlerarası usul hukukunun pek çok meselesi için, yürürlükten kaldırdığı³ 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ ile karşılaştırıldığında bambaşka yaklaşımlar getirmiştir. Özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda, temel prensiplerde değişim yaşanmıştır. Buna bağlı olarak, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 27. maddede özel olarak düzenlenmiştir.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, özel bir önem arz eden doğrudan uygulanan kuralların etkisi, 5718 sayılı Kanun ile yeni bir boyut kazanmıştır. 2675 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen fakat doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkça tartışılan bu konu, 5718 sayılı Kanunda, Genel Hükümler içinde, “*Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları*” başlıklı 6. maddede yer almıştır. Ayrıca “*Kanunlar İhtilâfi Kuralları*” başlıklı İkinci Bölüm dahilinde, sözleşmelere uygulanacak hukuk özelinde, 31. maddede, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması düzenlenmiştir.

Hukukumuzda henüz pozitif düzenlemeye kavuşan bu yaklaşımlar, milletlerarası özel hukukun neredeyse bütün meseleleri için Türk doktrinini harekete geçirecektir. Özellikle iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin madde 27, milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri özelinde, şekli düzenleyen madde 7, ehliyeti düzenleyen madde 9, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin madde 6 ve sözleşmeler özelinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları üzerine madde 31, bu yeni tartışmalar zemininin en karmaşık yanını oluşturmaktadır.

² *Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version)*, OJ 98/C/27/02-26.1.1998. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=OJ:C:1998:027:0034:0053:EN:PDF> (szt. 2.9.2009). Bundan sonra Roma Sözleşmesi olarak anılacaktır.

³ MÖHUK m.64/1.

⁴ Kabul tarihi: 20.5.1982- RG. 22.5.1982-17701.

4857 sayılı İş Kanunu⁵, 1475 sayılı İş Kanunu'nu⁶ yürürlükten kaldırmış ve iş ilişkileri bakımından yeni bir bakış açısının başlangıcı olmuştur. İş hukuku ile milletlerarası özel hukukun keşiştiği bu alanda, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un birlikte yeniden ele alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Avrupa Birliği hukuku bakımından, Roma Antlaşması'ndan bu yana iş sözleşmeleriyle ilgili çeşitli alanlarda, millî sınırlar aşılmıştır. AT Anlaşmasının 39-60. maddeleri, emeğin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlamaktadır. Bu özgürlüklerin hepsi, kanunlar ihtilâfi meseleleri doğurmaktadır ve iş hukukuna ilişkin düzenlemeler, büyük ölçüde Üye Devletlere bırakıldığı için hâlen birbirinden farklıdır.

Birden fazla devletle ve hukukla irtibatlı hukukî sorunlar, bireysel ve toplu iş hukukunun bütün alanlarında mevcut olmakla birlikte, bireysel iş ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfi sorunları daha fazladır. Özellikle Amsterdam Anlaşması'nın işçilerin serbest dolaşımını ve hizmetlerin serbest dolaşımını teşvik etmesi, hem birliğe Üye Devletler arasında hem de Türkiye gibi üyelik sürecindeki devletler ile Üye Devletler arasında, iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi sorunlarını artırmıştır. Bununla birlikte Üye Devletlerin dahi maddî iş hukuku sistemleri hâlâ büyük farklılıklar göstermektedir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayini, söz konusu sözleşme iş sözleşmesi ise genel düzenlemelerden ayrılmaktadır. İş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde çeşitli nedenlerle özel kanunlar ihtilâfi kuralları düzenlenmiştir. Bu nedenlerin başında, tartışmalar devam etmekle birlikte, zayıf tarafın korunması amacı yer almaktadır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini, diğer yandan doğrudan uygulanan kuralların, birden fazla ülke hukukuyla irtibatlı hukukî sorunlara etkisinin ayrıntılı bir tartışmasını gerektirmektedir. Gerek *forum*'un, gerek uygulanacak yabancı hukukun

⁵ Kabul tarihi: 22.5.2003- RG. 10.6.2003- 25134.

⁶ Kabul tarihi: 28.8.1971- RG. 1.9.1971-13943.

doğrudan uygulanan kurallarının etkisi; hatta uyuşmazlıkla sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü devletin bu kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı; tanınacaksa bu etkinin nasıl olacağı; milletlerarası özel hukukun en karmaşık düğümlerinden biridir.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk üzerine düzenlenen özel bağlama kurallarının günümüzün değişen iş ilişkilerinde yeniden yorumlanması ihtiyacı doğmuştur. Örneğin *take home* çalışma modellerinde, iş ve bağımlılık ilişkisinin nasıl düzenlendiği veya *internet* üzerinden yürüyen iş ilişkilerinin yapısı, işin mutaden yapıldığı yer hukuku (*lex loci laboris*) kavramının yeniden gözden geçirilmesini gerektirmektedir.

Toplu iş hukukunun, bireysel iş sözleşmelerini etkilediği kimi durumlarda, kanunlar ihtilâfi sorunlarının gündeme gelip gelmeyeceğidir tartışmalıdır. Toplu iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların, özel hukukun ve dolayısıyla milletlerarası özel hukukun dışında kaldığı yönündeki klâsik yaklaşım, zamanla bu alanda da kanunlar ihtilâfi sorunlarının tartışılabileceği modern yaklaşıma yerini bırakmaktadır. Tezin amaçlarından biri Türkiye için modern yaklaşımın benimsenip benimsenemeyeceğini belirlemektir.

Kanunlar ihtilâfi hukukunun bu karmaşık sorunundan kaçınmanın bir yolu, iş hukukunun yeknesaklaştırılmasıdır ve Avrupa Birliği'nde bu amaçla pek çok Tüzük ve Direktif yürürlüktedir. Sınır aşıcı iş ilişkilerinde kanunlar ihtilâfi problemlerinden kaçınmanın ikinci yolu ise bağımsız özel kurallar getirmektir. Amsterdam Anlaşması'nın 39. maddesinde yer alan işçilerin serbest dolaşımının detaylarını düzenleyen 1612/68 sayılı Tüzük⁷, Üye Devletlerin sosyal güvenlik sistemlerinde işbirliğinde kapsamlı bir

⁷ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ L 257, 19.10.1968, s. 2-12, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31968R1612&model=guichett (szt. 16.10.2011).

yetkilendirme getiren Amsterdam Anlaşması madde 42'ye ilişkin 1408/71⁸ ve 574/72⁹ sayılı Tüzükler bunlara birer örnektir. Fakat iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması devam etmektedir. Dolayısıyla maddî iş hukukuna ilişkin Avrupa Birliği Tüzük ve Direktifleri, ilke olarak araştırma konusunun dışında bırakılmıştır. Bu düzenlemeler, kanunlar ihtilâfına ilişkin hükümler içerdiği ölçüde, Türk hukukunun yorumlanması amacıyla dikkate alınmıştır.

Her biri ayrı bir tez konusunu oluşturacak denli kapsamlı alanlar olan, AT Antlaşmasınının 137. maddesi uyarınca yürürlüğe giren Avrupa sosyal güvenlik düzenlemeleri ve bunların Üye olmayan Devletlerle ilişkileri, m.39 gereğince AT'de serbest dolaşım hakkının Roma I Tüzüğü'yle¹⁰ ve Üye olmayan üçüncü devletlerin millî hukuklarıyla ilişkisi ve iş hukuku alanındaki diğer milletlerüstü kurumların, milletlerarası özel hukukla olan etkileşimi tezin kapsamı içinde değildir.

Tezin kapsamı dışında bırakılan bir diğer konu, iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, mahkemelerin milletlerarası yetkisi, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizidir. Milletlerarası usul hukukunun kendine özel adalet anlayışını ve düzenleme politikasını ayrıntılı bir şekilde incelemeyi zorunlu kılacak bu konu, iş sözleşmelerine uygulanacak hukukla özellikle yakından ilgilidir fakat ayrı bir tez konusu oluşturacak denli geniş bir alandır. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi üzerine milletlerarası özel hukuk

⁸ COUNCIL REGULATION (EC) No 1408/71 of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community (8) (9) (10) (11) (Consolidated version — OJ No L 28 of 30. 1. 1997, s. 1 (OJ L 149, 5.7.1971, s. 2, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1971R1408:20060428:en:PDF> (szt. 16.10.2011).

⁹ COUNCIL REGULATION (EEC) No 574/72 of 21 March 1972 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons, to self-employed persons and to their families moving within the Community OJ L 74, 27.3.1972, s. 1. (Consolidated version — OJ No L 28 of 30. 1. 1997, s. 1 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=CONSLEG:1972R0574:20060228:en:PDF> , (szt.16.10.2011).

¹⁰ Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ. L 177, 4.7.2008, s.6-16, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PD>, (szt. 17.8.2009) Bundan sonra Roma I Tüzüğü olarak anılacaktır.

ilkeleri, iş sözleşmesi ve iş ilişkisi dâvaları bakımından, tıpkı uygulanacak hukukta olduğu gibi özel düzenlemeler getirilmesinin gerekçeleri, milletlerarası usul hukuku kapsamında tartışılmalıdır.

Son olarak göçmen işçilerin hukukî durumu tezin kapsamı içinde değildir. Göçmen işçiler, göç ettikleri ülkenin çalışma hayatına entegre olmakta ve bu ülkenin hukukuna tâbi olmaktadır. Bu kişilerin göç ettikleri ülkelerin çalışma hayatına katılımları ve sosyal yaşam içindeki yerleri, milletlerarası, milletlerüstü düzenlemelerde ve tavsiye kararlarında düzenlendiği kadar; millî mevzuatta da ayrıntılı bir şekilde yer almaya başlamıştır. Ancak emek göçü ve göçmen işçilerin hukukî statüsü neredeyse ayrı bir hukuk disiplini hâline gelmiştir.

Bu çerçevede çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın Birinci Bölümü, “Milletlerarası Unsurlu Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle, bireysel iş sözleşmesi kavramı açıklanmaya çalışılacaktır. Bireysel iş sözleşmelerinin vasıflandırılması, uygulanacak hukukun tayini bağlamında *de facto* iş ilişkileri ve hizmet sözleşmeleri için karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak bağımsız vasıflandırma hususları tartışılacaktır. Vasıflandırma sürecine ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri ele alındıktan sonra, bireysel iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren kavramları açıklanmaya çalışılacaktır. Bundan sonra, bireysel iş sözleşmesine hâkim olan zayıf tarafın korunması ilkesi ele alınacaktır.

Bu bölümde daha sonra, ihtilâfçı metot dahilinde uygulanacak bağlama kuralları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bağlama kurallarının uygulanabilirliğinin önşartı olarak başlangıçta, bireysel iş sözleşmesine milletlerarası nitelik kazandıran unsurlar; objektif ve sübjektif irtibat noktaları açısından tartışılacaktır. Ardından bireysel iş sözleşmelerinin değişik veçhelerine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları incelenecektir.

Bu kapsamda, ehliyete uygulanacak hukuk, önce vasıflandırılmaya çalışılacak, devamında önerilen bağlama kuralları, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku bakımından

değerlendirilecektir. Türk hukukuna dair değerlendirme ve önerilerimize yer verilecektir.

Bireysel iş sözleşmelerinin şeklini idare edecek hukuk için vasıflandırma yapılmaya çalışılacak ve bağlama kuralları, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku bakımından incelendikten sonra, Türk hukukuna dair değerlendirmemiz yer alacaktır.

İş sözleşmelerinin esasını idare edecek bağlama kuralları için önce vasıflandırma sorunu ele alınacaktır. Özel bağlama kuralları ile işçinin korunması yaklaşımı açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesi, yabancı doktrinde ve Türk doktrinde mevcut tartışmalar dahilinde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ardından hukuk seçimi yapılmasının nedenleri, hukuk seçimi iradesinin açık ve örtülü olması, seçilen hukukun iş sözleşmesiyle irtibatlı olması gereği, seçilen hukukun niteliği ve belirli bir millî hukuk sisteminin seçimi ve belirli bir toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak tayini suretiyle seçimi, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku açısından ayrı ayrı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bu bölümde daha sonra, hukuk seçimini sınırlayan asgarî koruma kavramı, mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda yer alan pozitif düzenlemeler incelenerek açıklanmaya çalışılacak, asgarî koruma kuralının uygulanma koşullarına ve eleştirilere yer verilecektir. Asgarî korumanın tespitinde ortaya çıkan durumlar ve bu durumlarda yapılacak karşılaştırmaya ilişkin metodlara yer verildikten sonra, asgarî korumanın tespitinde esas alınacak hukuk sistemlerine ait kurallar değerlendirilmeye çalışılacaktır. Hukuk seçimi iradesi kapsamında, seçim zamanı ve seçimin değiştirilmesi, kısmî hukuk seçimi ve hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliliği, bireysel iş sözleşmeleri bakımından incelenmeye çalışılacaktır.

Hukuk seçimi iradesinin ardından, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama kuralları ele alınacaktır. Öncelikle, doktrin ve uygulamada tercih edilen bazı bağlama noktalarına yer verilecektir. Ardından mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tayin eden pozitif düzenlemeler değerlendirilmeye

çalışılacaktır. Bu bölümde daha sonra, objektif bağlama kuralının uygulanma koşulları ve eleştiriler ele alınacaktır.

İhtilâfçı metot dahilinde, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini kapsamında, son olarak atıf, asgarî koruma kuralı, objektif bağlama kuralı ve iş sözleşmelerinin varlığı ve maddî geçerliliğine dair değerlendirme ve önerilerimize yer verilecektir.

Çalışmamızın Birinci Bölümünün İkinci Kısımında, uygulanacak hukukun bağlama kuralları aracılığıyla tayinini ve uygulanmasını engelleyen kurallar kapsamında, önce doğrudan uygulanan kurallar, *forum'un*, *lex causae'nin* ve iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ardından asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki etkileşim, yabancı doktrinde ve Türk doktrinde mevcut görüşler ışığında tartışılacaktır. Devamında, bireysel iş sözleşmelerinde kamu düzeni müdahalesi ele alınacaktır. İkinci kısımda son olarak, *for* hukukunda yer alan niteliği tartışmalı bazı kurallara yer verilecektir.

Çalışmamızın İkinci Bölümü, “Milletlerarası Unsurlu Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, öncelikle, toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki gözardı edilemez ilişki açıklanmaya çalışılacaktır. Ardından, uygulanacak hukukun tayini kapsamında, toplu iş sözleşmeleri vasıflandırılmaya çalışılacaktır. Devamında, toplu iş sözleşmelerine milletlerarası nitelik kazandıran unsurlar ele alınacaktır. Toplu iş sözleşmelerinin tarafları, işçi ve işveren sendikaları ve işveren taraf bakımından açıklanmaya çalışıldıktan sonra; millî hukuklarda toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğuna yer verilecektir. Bu değerlendirmelerin sonucunda, kanunlar ihtilâfi hukukunun düzenleme alanına giren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin genel çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

İkinci Bölümde daha sonra, kanunlar ihtilâfi metodolojisi dahilinde, toplu iş sözleşmelerine uygulanması muhtemel bağlama kuralları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu

kapsamda önce, toplu iş sözleşmelerinde ehliyete uygulanacak hukuk vasıflandırılmaya çalışılacak ve toplu iş sözleşmesi ehliyeti ve yetkisi için önerilen bağlama kurallarına yer verilecektir. Ardından toplu iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuka ilişkin görüşler ele alınacaktır.

Bu bölümde, daha sonra toplu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun tayini kapsamında, önce vasıflandırma yapılmaya çalışılacaktır. Ardından toplu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk üzerine görüşler ele alınacaktır. Bu görüşlerden, toplu iş sözleşmelerine, sözleşmelere ait genel bağlama kurallarının uygulanmasını öneren görüşten başlanacaktır. Bu görüş dahilinde, hukuk seçimi şartına yer verildikten sonra, toplu iş sözleşmelerinde en sıkı irtibat ve karakteristik edim teorisi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Toplu iş sözleşmelerine de özel bağlama kurallarının uygulanmasını öneren görüşle devam edilecektir. Bu görüş dahilinde, asgarî koruma kuralı kapsamında, toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun seçilmesi değerlendirilmeye çalışılacaktır. Objektif bağlama kuralları açısından daha sonra, işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun uygulanması, işin mutaden yapıldığı bir yerin bulunmaması hâlinde işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması ve son olarak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, toplu iş sözleşmeleri bakımından incelenecektir.

Bu bölümde daha sonra, toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki ilişki ve bu ilişkinin uygulanacak hukukun tayinine etkisi tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda önce, toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra toplu iş sözleşmesinde, bireysel iş sözleşmesini idare edecek hukuka dair hukuk seçimi şartı bulunması ele alınacaktır. Her iki sözleşmede yer alan hukuk seçimi şartlarından birinin uygulanabilirlik önceliğinin tayini değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Daha sonra objektif bağlama kurallarının tayin ettiği hukukun toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bireysel iş sözleşmeleri hakkında seçilen hukuk üzerindeki sınırlayıcı etkisi tespit edilmeye çalışılacaktır. Toplu iş sözleşmelerinin bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinin tayininde esas alınacak hukuku gösteren objektif bağlama kurallarına dair tartışmalara yer verilecektir. Ardından toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri hükümlerini idare edecek hukuk arasındaki çatışma ele alınacaktır.

Devamında, bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukta yer alan toplu iş sözleşmesi hükümleri ile işin mutaden yapıldığı işyerinde ya da işverenin esas işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümleri arasındaki çatışma irdelenecektir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin, doğrudan uygulanan kural olarak bireysel iş sözleşmesi üzerindeki etkisi incelenecektir.

Çalışmamızın İkinci Bölümünde son olarak, uygulanacak hukukun bağlama kuralları aracılığıyla tayinini ve uygulanmasını engelleyen kurallar kapsamında, doğrudan uygulanan kuralların toplu iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi ele alınacaktır. Kamu düzeni müdahalesi ile İkinci Bölüm sona erecektir.

Çalışmamız, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini bağlamında incelediğimiz konuların genel değerlendirmesi ile ulaştığımız sonuçları içeren “Sonuç” kısmı ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI UNSURLU BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANACAK HUKUK

I. Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini

A. Bireysel İş Sözleşmesi Kavramı

1. Vasıflandırma

Vasıflandırma (*Classification- Characterization*), milletlerarası özel hukuka özel bir süreç olmayıp, bütün hukukî muhakeme ve yargısal belirlemelerin de temelinde yer almaktadır¹¹. Mahallî vasıflandırma ile milletlerarası vasıflandırma yöntemi arasında kesin bir ilişki bulunmamaktadır. Yöntemlerdeki benzerlik ancak tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralları¹² bakımından söz konusu olabilir¹³ fakat günümüzde kanunlar ihtilâfi kurallarının genellikle çok taraflı kurallardan¹⁴ oluştuğu görülmektedir.

Forum'un¹⁵ ile yabancı ülkenin, kanunlar ihtilâfi kuralları birbirinin aynı olabilir ve her ikisi de bağlama noktalarını aynı yollarla yorumluyor olabilirler; fakat hukukî sorunu farklı şekilde vasıflandırdıkları için aynı sonuca ulaşılmayabilir¹⁶.

¹¹ DOLINGER, Jacob, “**Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts**”, 283, Rec. Des. Cours, 2000, s. 245.

¹² Tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralları, her bir devletin kendi hukukunun uygulanacağı olayları belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. *Commission of the European Communities, 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, (presented by the Commission), Brussels, COM(2002)654finalof14.1.2003.*,s.45,http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf(szt 10.08.2009) (Bundan sonra “*Green Paper on the Conversion of Rome Convention*” olarak anılacaktır).

¹³ ALLAROUSSE, Vèronique, “**A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law**”, 23, Case W. Res. J. Int'l L., 1991, s. 479.

¹⁴ Çok taraflı kanunlar ihtilâfi kuralları, *Green Paper on the Conversion of Rome Convention* 'a göre, hem yabancı hukuku hem de *forum* hukukunu gösteren kurallardır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 45.

¹⁵ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da yapılan tanıma göre, *forum*, milletlerarası uyumsuzluğun görüldüğü mahkeme anlamına gelmektedir. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 44.

¹⁶ McAULIFFE, Valerie, “**Classification and Legal Reasoning in Conflict of Laws**”, Bull. Austl. Soc. Leg. Phil., 1978, s. 2; WATT, M. Horatia, “**Private International Law**”, in **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, ed. by Jan M. SMITHS, Massachusetts Northampton 2006, s. 575, (Private International Law).

Vasıflandırma sorununun çözümünde, doktrinde dört görüş tartışılmıştır: Bunlardan ilki, *for* devleti tarafından vasıflandırma yapılmasını öneren klâsik görüştür¹⁷. İkincisi, vasıflandırmanın *lex causae*'ye göre yapılmasıdır¹⁸.

Üçüncü görüşe göre vasıflandırma, evrensel ve bağımsız bir anlayış doğrultusunda; karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak yapılmalıdır¹⁹. Dördüncü ve son görüş ise vasıflandırma sorununu her bir olayın kendi özelliğine göre farklı yöntemlerle çözme eğilimindedir²⁰.

Her hukuk sisteminin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarını oluşturması nedeniyle, vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Diğer bir deyişle bir hukuk düzeninin parçası olan kanunlar ihtilâfi kuralı, ancak o millî hukuk düzeninin kavramlarıyla yorumlanabilir²¹. Böylece mahallî hukuk ile onun bir parçası olan milletlerarası özel hukuk arasında yeknesaklık sağlanacağı ifade edilmiştir²². Diğer yandan,

¹⁷ Vasıflandırma teorisini ilk ortaya atan BARTIN'e göre, uygulanacak hukuka karar verilmeden önce, *for* hukuku, hukukî ilişkinin niteliğini belirlemelidir. Vasıflandırma sorunuyla karşı karşıya olan mahkeme, istisnalar bulunmakla birlikte, kendi mahallî hukuk kavramlarını kullanarak hukukî meseleyi tespit etmelidir. BARTIN'den önce, Alman hukukçu KAHN tarafından da *for* hukukuna göre vasıflandırma yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ona göre, *forum*'un kendisi, hukukî ilişki, müessese veya kavramı tanımlama yetkisine sahiptir. ULUOCAK, Nihâl, **Kanunlar İhtilâfi (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul 1971, s. 195; SEVİĞ, Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargı Çatışmaları)**, İstanbul 1971, s. 122-124; ALLAROUSSE, agm., s. 481-482.

¹⁸ İlk olarak DESPAGNET tarafından ortaya atılan bu yaklaşım, daha sonra PACCHIONI ve WOLF tarafından taraftar bulmuştur. DESPAGNET'e göre, hukukî ilişkiyi idare eden hukuk, kendi vasıflandırmasını kontrol etmeliydi. WOLF'a göre yabancı hukuku dikkate almaksızın *lex fori*'ye göre yapılacak bir vasıflandırma, yabancı hukuku tahrif etmek anlamına gelecekti. ALLAROUSSE, agm., s. 485.

¹⁹ RABEL ve BECKETT tarafından savunulan bu görüş, her bir hukuk sistemindeki kuralın, diğer hukuk sistemlerinde ona tekabül eden kurullarla karşılaştırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Böylece evrensel hukuk kavramları yeknesak şekilde uygulanabilecektir. Ayrıca bu yöntemle, *forum* tarafından bilinmeyen hukukî müesseselerin tahrif edilmesi ya da yanlış yorumlamasının önüne geçilebilecektir. RABEL, Ernst, **“Comparative Conflicts Law”**, 24, Indiana Law Journal, 1948-1949, s. 353-362; ALLAROUSSE, agm., s. 487.

²⁰ ZOLL, Fryderyk, **“The Draft Common Frame of Reference as an Instrument of the Autonomous Qualification in the Context of the Rome I Regulation”**, in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s. 19. Bu görüşe ilişkin olarak Türk doktrininde bkz. TİRYAKIOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996, s. 84, (Taşınır Mallar); NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.17, İstanbul 2009, s.107.

²¹ AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)**, B.2, İstanbul 2008, s. 150.

²² ALLAROUSSE, agm., s. 483.

bağlama kuralının, bağlama konusunun belirlenmesinde; mahallî hukuklarda farklı ve çelişik çeşitli vasıflandırmaların bulunması ve *lex fori* ile yabancı müessese veya kural arasında hiçbir benzerliğin bulunmaması nedeniyle, *lex fori*'ye göre vasıflandırma teorisi olumsuz eleştirilere uğramaktadır²³.

a. Bireysel İş Sözleşmesinin Vasıflandırılması

Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma, kanunlar ihtilâfi sorunlarının çözümünü kontrol ettiği için büyük bir öneme sahiptir. Mahkemeler, mevcut vakiya uygulanacak hukuku tespit ederken, uygulanacak hukuku seçmeden önce doğru hukukî kategoriyi belirlemelidir²⁴. İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları değerlendirilmeden önce hangi sözleşmelerin iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceği sorunu ele alınmalıdır. Bu belirleme yapılmadan, iş sözleşmelerine dair kanunlar ihtilâfi kurallarını tartışmak olanaksızdır.

Her ne kadar olumsuz eleştirilere uğrasa da, vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması düşüncesi doktrine ve uygulamaya hâkimdir²⁵. Bu doğrultuda, iş sözleşmelerinin vasıflandırılmasında da, Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılacaktır²⁶ ancak milletlerarası özel hukuk adaletinin yerine getirilmesi amacıyla; bu çalışmada, iş sözleşmesi yaratan hukukî ilişkilerde yeri geldikçe diğer vasıflandırma yöntemlerine değinilmiştir.

²³ ALLAROUSSE, agm., s. 484; TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları**, B.10, İstanbul 2009, s. 39-40.

²⁴LEFLAR, A.Robert, “**Characterization in the Conflict of Laws- Arkansas**”, 4, Ark. L. Rev.,1949-1950, s. 2; FAWCETT, James/CARRUTHERS, M. Janeen, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Ed. Sir Peter North, 14th Ed., Oxford 2008, s. 44.

²⁵ ANTON,A.Elder/BEAUMONT,R.Paul, **Private International Law**, Edinburg 1990, s. 347.

²⁶ DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara 1996, s. 98, (İş Akdi); EKŞİ, Nuray, “**Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**”, Tunçomağ'a Armağan, 1997, s. 117, (İş Sözleşmeleri); TEKİNALP, age., s. 399; NÖMER/ŞANLI, age., s. 336; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.10, İstanbul 2010, s. 82; TARMAN, Zeynep Derya, “**Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**”, AÜHFD, S. 59/2, Yıl: 2010, s. 526, (İş Sözleşmesi).

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tayin edilirken; öncelikle “iş sözleşmesi” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Çünkü hukukî muamelenin sözleşme ve nihayet iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi, ona, sözleşmeleri düzenleyen genel kanunlar ihtilâfi kurallarının değil, iş sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemelerin uygulanması sonucunu doğuracaktır²⁷.

İş sözleşmesine dayanarak çalışma söz konusu olması için öncelikle özgür iradeyle akdedilmiş bir borç ilişkisi bulunmalıdır²⁸. İş görme edimi çoğunlukla bir sözleşmeden doğmaktadır. İş görme borcunun kaynağı sözleşme değilse, bir iş sözleşmesi de bulunmamaktadır. Örneğin evli kadının, ev hizmetlerini ifa etmesi, iş sözleşmesi olarak kabul edilmeyecektir²⁹. Dolayısıyla sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair kurallar uygulanmayacaktır.

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi; diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir (İş Kanunu m.8/1)³⁰. Türk hukuku bakımından bir iş sözleşmesinin unsurları, belirli veya belirsiz bir süre için bir işin görülmesi, bu işin ücret karşılığında görülmesi ve işin bağımlılık ilişkisine dayanması olarak özetlenebilir³¹. Yapılan işin bedenî veya düşünsel iş olmasının işçi sayılma bakımından

²⁷ DICEY, A.Venn/ MORRIS, J.H.Carlike, **The Conflict of Laws**, 12th Ed., Vol.2, London 1993, s. 1304.

²⁸ ZEVKLİLER, Aydın, **Özel Borç İlişkileri**, B.8, Ankara 2004, s. 314; GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, B.2, Ankara 2008, s. 87. Dolayısıyla, cezaevindeki tutuklu ve hükümlülere yaptırılan iş, iş sözleşmesine dayanmamakta ve bu kişiler işçi sayılmamaktadır. AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENAYEN-KAPLAN, Tuncay, **İş Hukuku**, Ankara 2006, s. 61; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008, s. 49; ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, B.22, İstanbul 2009, s. 34. Bu konuda yabancı doktrinde, FREEDLAND, R. Mark, **The Personal Employment Contract**, Oxford 2003, s. 5; PITT, Gwyneth, **Employment Law**, 5th Ed., Oxford 2004, s. 65.

²⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, age., s. 52.

³⁰ 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmeleri alanında özel kanun niteliğindedir. İş Kanunu ve diğer iş kanunları kapsamında bulunmayan hizmet sözleşmelerine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. ÇELİK, age., s. 16. İş Kanunu'nun hangi çalışma faaliyetlerine uygulanmayacağı ise 4. ve 10. maddelerinde belirtilmiştir. Bir hizmet sözleşmesinin unsurları ise; işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi, hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının ücret karşılığında olması, tarafların anlaşması veya hizmet ilişkisinin varlığı olarak özetlenebilir. YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)**, B.6, İstanbul 2008, s. 273-274.

³¹ ESENER, Turhan, **İş Hukuku**, B.3, Ankara 1978, (İş Hukuku), s.1; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, B.4, İstanbul 2008, s. 211-217; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, B.3, Ankara 2008, s.

önemi yoktur³². İşçiye, gördüğü iş karşılığında, işverence ücret ödenmesi nedeniyle iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir³³.

İşçinin işini görürken, işverenin yönetimi ve denetimi altında hareket etmesinden ötürü, bağımlılık ilişkisine dayanma³⁴, iş sözleşmesini, iş görme borcunu içeren diğer sözleşmelerden, özellikle istisna ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur³⁵. Günümüzde, işçinin, işverenin organizasyonu dahilinde ve işveren yararına çalışması; bağımlılık unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılmaktadır³⁶. Böylece, işçinin işyeri dışında gördüğü işler de daha esnek bir şekilde, iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir³⁷.

Sözleşme teorisine göre, bir iş ilişkisinin doğması için iş sözleşmesi yapılması gereklidir³⁸. İş sözleşmesinin geçersiz olması durumunda bile, işçi, edimini ifa etmeye başlamışsa, ifa edilen kısım, geçerliymiş gibi sonuçlarını doğurur; ifa edilmeyen kısım için ise ileriye dönük olarak geçersizlik ileri sürülebilir³⁹. Buna karşılık katılma teorisine göre, iş ilişkisinin başlaması, işçinin işyerinde fiilen işe başlamasına bağlıdır⁴⁰. Buna göre, iş sözleşmesi, tek başına bir iş ilişkisi yaratmamakta; işverene işçiyi işe alma, işçiye de

254-270; GÜNAY, age., s. 87; ÇELİK, age., s. 78-79; NOMER/ŞANLI, age., s. 330.

³² ZEVKLİLER, age., s. 312; SÜZEK, age., s. 2; ÇELİK, age., s. 78.

³³ ZEVKLİLER, age., s. 313; GÜNAY, age., s. 87; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 246; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.10, İstanbul 2008, s. 194; ÇELİK, age., s. 85.

³⁴ ESENER, İş Hukuku, s.2; EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku, Cilt I, Ferdî İş Hukuku**, B.3, İstanbul 1984, s.2; NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdî İş İlişkileri**, Ankara 1988, s. 4; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 37; SÜZEK, age., s. 2; GÜNAY, age., s. 88; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 262-266. Bu konuda yabancı doktrinde, FREEDLAND, age., s. 15.

³⁵ ESENER, İş Hukuku, s.2; NARMANLIOĞLU, age., s. 4; SÜZEK, age., s. 2; GÜNAY, age., s. 88; ÇELİK, age., s. 82. Uygulanacak hukukun tayini bakımından bu konuda yabancı doktrinde, STONE, Peter, **EU Private International Law, Harmonization of Laws**, Cheltenham 2006, s. 319.

³⁶ FREEDLAND, age., s. 20.

³⁷ PITT, age., s. 72. Bu konuda Türk doktrininde; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 100; SÜZEK, age., s. 18-19; SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, B.2, Ankara 2008, s. 1-2, (Toplu İlişkiler).

³⁸ Bu teoriye ilişkin görüşler için bkz. AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 80; ÇELİK, age., s. 76.

³⁹ AKYİĞİT, Ercan, “**Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1990, C.4, S.6, s. 18.

⁴⁰ DOĞAN, İş Akdi, s. 7; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 80; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 271.

işverenin hizmetinde çalışma borçlarını yüklemektedir⁴¹. Türk hukukunda, kural olarak sözleşme teorisi geçerli olmakla birlikte; İş Kanunu'nda bazı süreler, işçinin fiilen işe başlamasıyla işlemektedir. Örneğin yıllık ücretli izin hakkının kazanılması için gerekli bir yıllık süre, işçinin işe girdiği günden itibaren hesaplanmaktadır (m.53/1).

Doktrindeki diğer görüşe göre, taraflar arasında açıkça bir iş sözleşmesi yapılmadan, işçinin, işverenin bilgisi altında çalışması; örtülü olarak iş sözleşmesinin yapıldığı şeklinde yorumlanmalıdır⁴². 11. 01. 2011 tarihinde kabul edilmiş olan, yeni 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁴³ hizmet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin 394. maddesinin ikinci fıkrası, *“bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır”* ifadesiyle bu görüş ile benzerlik taşımaktadır.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri bakımından, Yargıtay'ın, katılma teorisini benimsediği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2006 tarihli bir kararında⁴⁴, dâvacı yabancı işçi ve dâvalı işveren arasında, 28.05.2004 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinde, iş ilişkisinin, 21.06.2004 tarihinde başlayacağı ve sözleşmenin 2 yıl süreli olduğu belirtilmiştir. İmza ile iş ilişkisinin başladığı süre içinde, yabancı işçinin, çalışma izni almak için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle, 21.06.2004 tarihinde, iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay, taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen, çalışma olgusunun gerçekleşmediği ve fiilen iş ilişkisinin kurulmadığını belirterek, sözleşmede öngörülen cezaî şartın, iş sözleşmesi kurulmaması nedeniyle dâvacı tarafça talep edilemeyeceğine karar vermiştir.

⁴¹ ÇELİK, age., s. 77.

⁴² AKYİĞİT, agm., s. 18.

⁴³ Kabul tarihi: 11.1.2011- RG.4.2.2011-27836. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ise 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiştir. RG. 4.2.2011- 2786.

⁴⁴ Yargıtay 9. HD., 26.09.2006 tarih, 2006/20061 E. ve 2006/24888 K. Karar özeti için bkz. RUHİ, Ahmet Cemal, **27.11. 2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun – Gereççeli- Açıklamalı – Yargıtay İçtihatlı**, B. 2, Ankara 2008, s. 317-318. Karar özetinde, uygulanacak hukukun tayinine ilişkin bilgi bulunmamaktadır.

b. Uygulanacak Hukukun Tayini Kapsamında *De Facto* İş İlişkileri

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, özel bağlama kurallarının, aynı zamanda hükümsüz (geçersiz) sözleşmelere ya da *de facto* iş ilişkilerine de uygulanıp uygulanmayacağı bir vasıflandırma sorunudur.

Giuliano – Lagarde Raporu'nda Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesinin, sadece geçerli iş sözleşmelerine değil, aynı zamanda *de facto* iş ilişkilerine de uygulanması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁵. Bu yaklaşım yabancı doktrinde de benimsenmiştir. Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, özel bağlama kurallarının, aynı zamanda hükümsüz (geçersiz) sözleşmelere ve özellikle işçiyi koruyan mevzuat tarafından bir sözleşme olarak vasıflandırılmayan *de facto* iş ilişkilerine de uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁶.

Karşılaştırmalı hukuk ve yabancı doktrinde mevcut yaklaşımı benimsemekteyiz. Türk hukuku bakımından, MÖHUK m.27'nin, *de facto* iş ilişkilerine de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

c. Hizmet Sözleşmeleri Bağlamında Karşılaştırmalı Hukuktan Yararlanarak

Bağımsız Vasıflandırma

Türk hukukuna göre vasıflandırmada, MÖHUK m.27'de düzenlenmiş olan özel bağlama kuralının, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri yanında İş Kanunu'nun kapsamı içinde bulunmayan ve BK m.313 anlamında diğer hizmet sözleşmelerine de uygulanıp uygulanamayacağı bir vasıflandırma sorunudur⁴⁷.

27. madde, “*İş Sözleşmeleri*” başlıklıdır ve madde metninde de açıkça ve sadece “iş sözleşmesi” terimi kullanılmıştır. Pozitif hukuk bakımından, MÖHUK m.27, *lex fori*'ye göre

⁴⁵ GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, **Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**, OJ C282, 31/10/1980, s. 18.

⁴⁶ DICEY/MORRIS, age., s. 1306; LIUKKUNEN, Ulla, **The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, a Comparative Study in the Conflict of Laws**, Talentum 2004, s. 111; EBRAHIMI, N. Seyed, **Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations (With Particular Reference to the Rome Convention, 1980)**, London 2005, s. 407.

⁴⁷ İş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kuralının, diğer hizmet sözleşmelerinde de uygulanıp uygulanamayacağı üzerine yabancı doktrinde bkz. EBRAHIMI, age., s. 407.

vasıflandırmanın katı bir şekilde yapılması durumunda, sadece İş Kanunu kapsamındaki “iş sözleşmeleri”ne uygulanacaktır⁴⁸.

Kanaatimizce burada, vasıflandırma, karşılaştırmalı hukuktaki benzer eğilimden yararlanarak⁴⁹, geniş bir şekilde yapılmalıdır. Hizmet sözleşmelerinde de bir tarafın ücret olarak ve bağımlı olarak çalışması esastan hareketle⁵⁰ zayıf olduğu ve korunması gerektiği fikriyle⁵¹, MÖHUK m.27 kapsamında kabul edilmesi gerekir⁵².

Lex fori'ye göre vasıflandırılmanın, esnek uygulanabilirliği gözönüne alınarak⁵³, milletlerarası özel hukuk adaletinin yerine getirebilmesi için, İş Kanunu kapsamı dışındaki diğer milletlerarası unsurlu hizmet sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda da MÖHUK m.27 uygulanmalıdır.

6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ile birlikte, bu tartışmanın biraz daha açıklığa kavuştuğunu söylemek mümkündür. “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı Altıncı Bölümün, “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” başlıklı Birinci Ayrımında, her ne kadar hizmet sözleşmesi

⁴⁸ Benzer yönde, Roma Sözleşmesi kapsamında, iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının sadece “iş sözleşmeleri”ni ifade ettiği ve diğer hizmet sözleşmelerini kapsam dışı bıraktığı yönünde görüş için bkz. HEPPLÉ, A. Bob, “**Conflict of Laws on Employment Relationships within the ECC**” in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 41.

⁴⁹ Örneğin Fransız hukuku iş sözleşmesini tanımlamamaktadır ve yargı kararlarında da nihaî ve tam bir tanım yapmış değildir. Ancak hukukçular iş sözleşmesinin, “bir gerçek kişinin ödeme veya ücret karşılığında gerçek veya tüzel bir başka kişinin tasarrufunda, onun emrine tâbi olarak hizmet verme yükümlülüğü altına girmesi” olarak tanımlanması konusunda fikir birliği içindedir. 11 Şubat 1994 tarihli Fransız İş Kanunu'nun 120. maddesinin 3. fıkrasında hangi sözleşmelerin iş sözleşmeleri olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Bunu takiben, Temyiz Mahkemesi, 13 Kasım 1996 tarihli *Société Générale v URSSAF de la Haute-Garonne* kararında, birinin emrine tâbi olarak çalışmayı, emir ve direktifler verme yetkisi olan bir işverenin otoritesi altında hizmet sağlamak olarak tanımlamıştır. Kararın İngilizce özeti için CAVALIER, Georges/UPEX, Robert, “**The Concept of Employment Contract in European Union Private Law**”, 55, ICLQ, 2006 , s. 596.

⁵⁰ Türk doktrinde iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında nitelik farkı bulunmadığı, her iki hâlde de verilecek bir ücret karşılığında hizmet taahhüdünün bulunduğuna dikkati çekilmiştir. BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971, s. 207; ESENER, İş Hukuku, s. 126 vd.; EKONOMİ, age., s. 74; NARMANLIOĞLU, age., s. 127; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 250-251. Aynı yönde yabancı doktrinde, FREEDLAND, age., s. 26.

⁵¹ BİLGE, age., s. 225-227; YAVUZ, age., s. 307-310.

⁵² Aynı yönde Türk doktrininde, TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 525-526.

⁵³ Bu konuda İngiliz doktrininde, BRIGGS, Adrian, **The Conflict of Laws**, 2nd Ed., Oxford 2008, s. 11. Bu yaklaşım, Fransız doktrininde, hukukî ilişkilerin dahil edileceği kategorilerin kapsamının aynı kavramla ifade edilmiş iç hukuk kategorilerine kıyasla daha geniş bir içeriğe sahip olabileceği şeklinde ifade edilmektedir. BATTIFFOL, Henri/LAGARDE, Paul, **Droit International Privé**, 8e éd., T.I, Paris, 1996, s. 486-487. AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 154. (naklen).

terimi kullanılmış ise de, sözleşmenin tarafları bakımından işçi ve işveren terimleri kullanılmıştır (m.393-447). Hizmet sözleşmesinin tanımlandığı 393. madde, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi üstlenmesi; ardından işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlenmesi ifadelerinde, eski Borçlar Kanunu döneminde yapılan tartışmalar doğrultusunda bir tanım yapılmış olması dikkat çekicidir. Nitekim madde gerekçesinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin gözönüne alındığı ifade edilmiş ve bağımlı çalışma unsuru vurgulanmıştır⁵⁴.

Ücret ve bağımlı olarak çalışma özelliklerinin vurgulandığı 6098 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında, MÖHUK m.27'nin, sadece iş sözleşmelerine değil, İş Kanunu kapsamı dışındaki diğer hizmet sözleşmelerine de uygulanması gerektiği yorumları kanaatimizce güç kazanmıştır. En uygun çözüm, yoruma yer vermeyecek şekilde, MÖHUK m.27 hükümlerinin, “İş ve hizmet sözleşmeleri” başlığıyla düzenlenmesi olurdu ancak kanun koyucu bu nüansa yer vermemiştir.

Hizmet sözleşmelerine de bireysel iş sözleşmelerine dair kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, karşılaştırmalı hukukta yer alan tartışmalara bakılacak olursa, Roma Sözleşmesi'nin hazırlandığı dönemde önerilen, Topluluk İçi İş İlişkilerinde Kanunlar İhtilâfına Dair 1976 tarihli Tüzük Önerisi⁵⁵nden başlamak gerekir. 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nin 1. maddesinde, Tüzüğün, Üye bir Devletin ülkesinde yerine getirilen bütün iş ilişkilerine uygulanacağı belirtilmişti. Ayrıca 2. maddede, Tüzüğün bütün hizmet ilişkilerine uygulanacağı hükmü yer almıştı.

⁵⁴ 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf> (szt. 28.01.2011).

⁵⁵ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Concerning the Conflict of Laws in Employment Relationships within the Community, Presented by the Commission, Brussels, 28.04.1976, Com (75), 653 final*, (Bundan sonra 1976 tarihli Tüzük Önerisi olarak anılacaktır.). 1976 tarihli Tüzük Önerisi, iş hukukçuları tarafından hazırlanmıştı, “*lois de police*” ve *lex fori* vurguluydu. İş hukukunun kamu hukuku karakterini ön planda tutmuştu. Pek çok taslak hükmü Roma Sözleşmesi ile çelişmekteydi. HEPPLÉ, agm., s. 41. Önemle belirtmek gerekir ki 1976 tarihli Tüzük Önerisi hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir ancak belirli konularda çözüm önerilerinin önemi nedeniyle çalışmamızda yer verilmiştir.

MÖHUK hazırlanırken, Avrupa Birliği ile uyum süreci için dikkate alınan, 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nde, sözleşmede yer alan kavramların evrensel bir şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir (m.18). Roma Sözleşmesi'nin henüz Tüzük olarak kabul edilmediği dönemde, ATAD'ın münhasıran sözleşmeyi yorumlama yetkisinin bulunmaması nedeniyle, çeşitli ATAD kararlarında işçi ve iş sözleşmesine ilişkin yapılan yorumların, Roma Sözleşmesi'nin uygulanması bakımından Üye Devletler için mutlak bir bağlayıcılığı bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁶.

Günümüzde, Roma Sözleşmesi, çeşitli değişikliklerle birlikte Tüzük olarak Avrupa Toplulukları müktesebatına dahil olmuştur ve doğrudan uygulanır bir niteliğe kavuşmuştur⁵⁷. Bu noktada artık, çeşitli kararlarda yer alan iş sözleşmesi ve işçi tanımları, en azından Üye Devletler için bağlayıcıdır⁵⁸. Avrupa Birliğine üyelik hedefinde olan Türkiye gibi devletlerin mahkemeleri için ise bu kararlar, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinin vasıflandırılmasında dikkate alınabilir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Amsterdam Antlaşması'nın 39.maddesi (eski 48. madde) anlamında, bir iş ilişkisinin karakteristik özelliklerini belirlemede üç faktör ortaya koymuştur. Buna göre bir iş ilişkisinin zorunlu unsurları: 1- Ekonomik bir değer için bir

⁵⁶ ATAD kararlarının etkisi konusunda, ayrıntılı olarak bkz. ARAT, Tuğrul, **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı**, Ankara 1998, s. 131-151.

⁵⁷ "Doğrudan uygulanabilirlik", bir topluluk normunun, herhangi bir tamamlayıcı millî norma ihtiyaç duymaksızın, Üye Devletin iç hukukuna dahil olması ve bu hukuk düzeninde uygulanması anlamına gelmektedir. Üye Devletler, bir çatışma olması durumunda, doğrudan uygulanan birlik hukukunu ortadan kaldıramamakta ve böylece birlik hukuku, bütün Üye Devletlerde aynı kapsamda etkili olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSAVA, Fusun, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara 1998, s. 72 vd. Roma I Tüzüğü, yürürlük tarihinden sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacaktır. Bu tarihten önce akdedilen sözleşmelere, Roma Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden önce akdedilmediği sürece, Roma Sözleşmesi uygulanacaktır. Ayrıca Roma I Tüzüğü hâlen Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'da uygulanmamaktadır. Bu nedenle yeri geldikçe Türk hukuku yorumlanırken, Roma I Tüzüğü, Roma Sözleşmesi ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. WILDERSPIN, Michael, **"The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention"**, 9, ERA Forum, 2008, s.260, (Rome I).

⁵⁸ PLENDER, Richard/WILDERSPIN, Michael, **The European Private Law of Obligations**, 3rd Ed., London 2009, s. 304.

kimsenin hizmet sağlaması; 2-Bu hizmeti gerçekleştiren kişinin bir başka kişinin direktifi altında çalışması ve 3- Çalışan kişinin bu hizmeti karşılığında ücret almasıdır⁵⁹.

Son olarak milletlerarası özel hukuk adaletinin yerine getirilmesi için ideal kabul edilen evrensel ve bağımsız bir vasıflandırma metodu, iş sözleşmelerinin vasıflandırılması bakımından, ILO Sözleşmeleri'nde ve Konferansları'nda yer alan tanımlardan yararlanılarak gerçekleştirilebilir⁶⁰.

Türkiye'nin taraf olduğu ILO Sözleşmeleri zaten biçimsel kaynağını milletlerarası hukukta bulan iç hukuk kuralları olarak dikkate alınmak zorundadır⁶¹. Türkiye'nin taraf olmadığı ILO Sözleşmeleri ise, madem ki zayıf tarafın korunması gerekliliği özel bağlama kuralları getirilmesinin amaçlarından biridir, *soft law* olarak yine vasıflandırma sürecinde gözönüne alınabilir⁶². ILO *Tavsiyeleri*'nin ise onaylanması söz konusu değildir. Bunlar her ülkenin sosyal politikasına yön verilmesinde yararlı olmaktadır⁶³. Her ne kadar onaylanmaları söz konusu olmasa da *Tavsiyeler*'de yer alan tanımların da dikkate alınması, evrensel ve bağımsız vasıflandırma metodu için yol gösterici olacaktır.

⁵⁹ Örnek kararlar için bkz. 27.06.1996, C-107/94, *H Asscher v Staatssecretaris von Financiën*; 03.07.1986, C-66/85, *Deborah Lawrie Blum v Land Baden – Württemberg*; 23.03.1982, C-53/81, *D.M.Levin v Staatssecretaris van Justitie*. Divan, “çalışan” terimini yorumlamış olmasına karşılık, “iş sözleşmesi”nin yorumunu Avrupa özel hukukuna bırakmıştır. CAVALIER/UPEX, agm., s. 597.

⁶⁰Uluslararası Çalışma Örgütü, 1919 yılında kurulmuştur ve Statüsünde, amacının, sürekli bir barışın temel taşı olan adaletin kurulması ve sefaletin önlenmesi için ulusların biraraya gelip, çalışma alanının düzenlenmesi için işbirliği yapmak olduğu belirtilmiştir. Türkiye, Örgüte, 1932 yılında üye olmuştur. ILO Statüsünün hükümleri için bkz. IŞIK, Rüçhan, **Türk İş Hukukunun Milletlerarası Kaynakları**, Ankara 1967, s. 5. ILO'nun kuruluş süreci ve günümüzdeki yapısı için ayrıntılı olarak bkz. SERVAIS, J. Michael, **International Labour Law**, Kluwer Law International, The Netherlands 2009, s. 21-33.

⁶¹ ILO Sözleşmelerinin hazırlanma süreci ve Üye Devletlerin bu sözleşmelere dahil olma prosedürü için ayrıntılı olarak bkz. SERVAIS, age., s. 69-84.

⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 86. Nitekim, 1998 yılında, Genel Konferans'ta, Çalışmada Temel Haklara İlişin ILO İlkeleri Bildirimi kabul edilmiştir. Bu Bildirimde, bazı temel haklar tüm Üye Devletler için bağlayıcı kabul edilmiş, ayrı bir izleme mekanizması kurulmuş ve Üye Devletler, temel haklara ilişkin milletlerarası sözleşmeleri onaylamasalar dahi bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu temel hak ve ilkeler, a) örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı, b) her türlü zorla ve zorunlu çalışmanın ilgası, c) çocukların çalışmasının fiilen ortadan kaldırılması, d) iş ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SUR, Toplu İlişkiler, s. 31.

⁶³ SÜZEK, age., s. 84; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 87; ÇELİK, age., s. 30. Bu konuda yabancı doktrinde, SERVAIS, age., s. 75.

ILO Konferansı'nın, 31 Mayıs 2006 tarihli 95. Toplantısında kabul edilen 198 sayılı Tavsiye Kararı, “İş İlişkisi” başlıklıdır⁶⁴. Bu kararda, bir iş ilişkisinin mevcudiyetinin tespit edilmesinde dikkate alınması gereken unsurlar belirtilmiştir. Buna göre, bir iş ilişkisinin varlığı için aşağıdaki koşullar aranmaktadır:

1-Görülen iş bakımından: İşin, bir başka tarafın kontrolü altında ve onun talimatları doğrultusunda yapılması, çalışanın işletmenin organizasyonuna dahil edilmesini içermesi, işin sadece veya tamamıyla bir başka kişinin yararına yapılması, işin çalışan tarafından bizzat ifa edilmesi, işin belirli çalışma saatlerinde veya işi talep eden tarafça belirlenen bir işyerinde yapılması, işin belli bir sürede ve belli bir süreklilikte yapılması, çalışanın hazır bulunmasının beklenmesi veya işi talep eden tarafın sağladığı araç, malzeme veya makineler ile gerçekleştirilmesi.

2-Çalışanın ücretinin periyodik olarak ödenmesi bakımından: ücretin çalışanın tek veya başlıca gelir kaynağı olması, ödemenin yemek, kalınacak yer, taşıma gibi çeşitli şekillerde yapılması, yıllık tatil ve haftalık izin gibi hakların tanınması, işin ifa edilmesi amacıyla çalışan tarafından üstlenilen seyahat için işi talep eden tarafından ödeme yapılması ve çalışanın malî riskinin bulunmaması.

Tavsiye kararında yapılan tanım, Türk iş hukuku alanında olduğu gibi bağımsız çalışmayı kapsam dışı bırakmaktadır ve hizmet sözleşmeleri ile hizmet sağlama sözleşmelerini birbirinden ayırmaktadır⁶⁵. İş ilişkisi, işin yapılma biçimi ve ödeme şekli eksenli tanımlanmıştır. Tavsiye kararında önerilen iş ilişkisi tanımı oldukça ayrıntılı ve kapsamlıdır. Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak bağımsız bir vasıflandırma yapıldığında, İş Kanunu kapsamı dışındaki hizmet sözleşmelerine de *lex fori*'ye göre vasıflandırmanın esnek uygulanarak, MÖHUK m.27'nin uygulanabileceği ortaya konmaktadır.

⁶⁴ 198 sayılı Tavsiye Kararı metni için bkz. <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm> (szt. 7.10.2008).

⁶⁵ SERVAIS, age., s. 225.

d. Vasıflandırma Sürecine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri

İş sözleşmelerinin hâkim görüş doğrultusunda, *lex fori*'ye göre vasıflandırılması durumunda, *lex causae*'ye göre iş sözleşmesi olarak kabul edilmeyen bir hukukî ilişki, *forum* için iş sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir⁶⁶. Diğer bir deyişle, *lex fori*, bir sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak kabul ettiğinde ve iş sözleşmelerine ilişkin özel kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanmasına karar verdiğiğinde, uygulanacak yetkili yabancı hukuk, söz konusu sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak kabul etmiyor olabilir⁶⁷. Bu durumda, doktrinde, uygulanacak yabancı hukukun intibak edilmesi ve o hukukta bulunan işçiyi koruyucu hükümlerin, *lex causae*'de işçi kabul edilmeyen bu kişiye de uygulanması gerektiği önerilmektedir⁶⁸.

Diğer yandan, *lex fori*, bir sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak kabul etmediğinde, iş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kurallarını uygulayamayacaktır ve genel hükümlere göre uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu kurallar uygulandığında, sözleşmeye uygulanacak yabancı hukuk, o sözleşmeyi, iş sözleşmesi olarak kabul etse bile⁶⁹, işçi, kendisini koruyan özel kanunlar ihtilâfi hükümlerine dayanamayacaktır ve bu nedenle *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapan bir mahkemenin seçilmesiyle işçinin korunması bertaraf edilebilecektir⁷⁰.

Lex Causae'ye göre vasıflandırma yapılması yaklaşımı ise, henüz *lex causae* tespit edilmeden, uygulanacak yetkili yabancı hukuka göre vasıflandırma yapmanın imkânsız olduğu, bunun bir çeşit kısır döngüye yol açacağı itirazına uğramıştır⁷¹. Ayrıca uygulanacak yabancı hukuk sayısının birden fazla olması hâlinde, bu hukuklardan hangisine göre vasıflandırma yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁷².

⁶⁶ ANTON/BEAUMONT, age., s. 347; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 305.

⁶⁷ MORSE, C. Geoffrey, "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention", 41, ICLQ, 1992, s. 13, (Employment Contracts); DICEY/MORRIS, age., s. 1306; LIUKKUNEN, age., s. 114.

⁶⁸ EBRAHIMI, age., s. 408; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 306.

⁶⁹ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 305.

⁷⁰ DICEY/MORRIS, age., s. 1305; EBRAHIMI, age., s. 408.

⁷¹ Bu eleştiriler için yabancı doktrinde, DICEY/MORRIS, age., s. 1306; EBRAHIMI, age., s. 408. Benzer eleştiriler için Türk doktrininde, AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 151; TEKİNALP, age., s. 40; NOMER/ŞANLI, age., s. 105.

⁷² ALLAROUSSE, agm., s. 486.

İş sözleşmelerinin vasıflandırılmasının *lex causae*'ye göre yapılması durumunda da aynı kısır döngü meselesi söz konusu olacaktır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin bir müessesenin varlığı ve uygulanacak hukukun tayini sürecinde, iş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kuralının uygulanması gerekliliği tespit edilmeden, *lex contractus*'a ve iş sözleşmeleri özelinde *lex loci laboris*'e göre vasıflandırmanın nasıl yapılacağı sorusu yanıtsız kalmaktadır⁷³.

Kanaatimizce, iş sözleşmeleri özelinde, *lex causae*'ye göre vasıflandırma yapılması durumunda karşılaşılabilecek ikinci sorun, iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralının düzenleniş biçimi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni, iş sözleşmelerinde irade muhtariyetini sınırlayan özel kanunlar ihtilâfi kurallarıdır.

MÖHUK m.27/1'de, bir iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri, fakat hukuk seçimi ile, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin işçiyi koruyan emredici düzenlemelerinin asgarî korumasının bertaraf edilemeyeceği belirtilmektedir. Tarafların seçtikleri hukukun bu asgarî korumayı sağlamadığı durumlarda, iş sözleşmesi, işçinin korunmasına ilişkin emredici hükümler bakımından mutad işyeri hukuku; diğer hususlarda tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilecektir. Böylece iki ayrı yetkili yabancı hukuk ortaya çıkmaktadır ki kanaatimizce vasıflandırmanın bunlardan hangisine göre yapılacağı belirsizdir.

Ancak yine de milletlerarası karar ahenginin sağlanması amacıyla hareket edilmekte ise sadece *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapmak yerine, ikinci aşamada, yani *lex fori*'ye göre vasıflandırma yaptıktan sonra, bu iş sözleşmesiyle irtibatlı olan ilgili hukuk düzenlerinden birine⁷⁴, örneğin *lex loci laboris*'e göre vasıflandırma yapılması daha iyi bir alternatiftir. Bu durumda, *forum*, uygulanacak hukuku tespit etmek için ilgili kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulamalı ve sonra bu hukuka göre belli bir ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabul edilip

⁷³ MORSE, Employment Contracts, s. 13; LIUKKUNEN, age., s. 114.

⁷⁴ ROBERTSON, H.Arthur, **Characterization in the Conflict of Laws**, Cambridge 1940, s. 235 vd.; ZOLL, agm, s. 23.

edilmediğine karar vermelidir⁷⁵. Eğer sonuç olumlu ise, *forum*, iş sözleşmesiyle irtibatlı olan uygulanacak hukukun kurallarını; eğer sonuç olumsuz ise, genel uygulanacak hukukun tayini kurallarını uygulamalıdır⁷⁶.

Son olarak, tarafların hukuk seçimi yapmış olması durumunda, artık vasıflandırma sorununun ortaya çıkmayacağı, vasıflandırmanın seçilen hukuka göre yapılacağı yaklaşımı⁷⁷, iş sözleşmelerinin vasıflandırılması noktasında değerlendirilmelidir. Bu yaklaşıma getirilecek birinci olumsuz eleştiri, her ne kadar taraflar hukuk seçimi yapmış olsalar da, bu seçimin yapıldığı hukukî ilişkinin, “sözleşme” olarak değerlendirilmesinin, yine bir vasıflandırma sorunu olduğudur. İş sözleşmeleri özelinde zikredilecek ikinci problem, tarafların hukuk seçimi yapmış olduğu bir uyuşmazlıkta, sözleşme olarak kabul edilen hukukî ilişkinin, “iş sözleşmesi” olarak kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel kanunlar ihtilâfi kuralları kapsamında olup olmadığı, yine bir vasıflandırma sorunu teşkil etmesidir.

İş sözleşmelerinin vasıflandırılmasında, bağımsız ve evrensel metodun izlenmesiyle hem ortak bir tanımla⁷⁸ hukukî kesinliğe; hem de millî iş sözleşmeleri tanımlarından daha geniş bir kapsama ulaşılabilecektir⁷⁹. İş sözleşmesi kavramının vasıflandırılmasında, bağımsız ve karşılaştırmalı metot izlenecek olursa, bir iş sözleşmesinin ilke olarak dört unsur taşıması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, ücret karşılığında hizmet sağlama yükümlülüğüdür. İkincisi, hizmet sağlamakla yükümlü olan tarafın emir ve direktiflerle bağlı

⁷⁵ Vasıflandırmanın iki aşamaya bölünmesi olarak ortaya çıkan bu yaklaşımda, ilk aşamada *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapılacaktır. Bu suretle uyuşmazlığa uygulanacak hukuk saptanacaktır. İkinci aşamada, *lex causae*'nin yaptığı nitelemeye göre hareket edilecektir. Bu kuralların hâkimin hukuku ile aynı nitelemeyi yapmaması, sonucu değiştirmeyecektir. Vasıflandırmanın ikinci aşaması, uygulanacak hukukun saptanmasını değil, bu hukuk tespit edildikten sonra onun olaya uygulanacak hükümlerinin ortaya konmasını sağlamaktadır. Bu tespit için Türk doktrininde, AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 151.

⁷⁶ DICEY/MORRIS, age., s. 1306; EBRAHİMİ, age., s. 408.

⁷⁷ BARATTA, Roberto, “**The Process of Characterization in the ECC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach**”, 6, Yearbook of Private International Law, 2004, s. 161. Aynı yönde satım sözleşmeleri özelinde Türk doktrininde, TIRYAKIOĞLU, Taşınır Mallar, s. 85. Benzer şekilde genel olarak sözleşmeler bağlamında Türk doktrininde, ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 93.

⁷⁸ DICEY/MORRIS, age., s. 1305.

⁷⁹ LIUKKUNEN, age., s. 114.

olmasıdır. Üçüncü unsur, hizmet vermekle yükümlü tarafın, işi sağlayan gerçek veya tüzel kişinin işyeri ve organizasyonu ile bağlı olmasıdır. Son unsur ise işi sağlayan ile hizmet vermekle yükümlü taraf arasında ekonomik ve kişisel bir bağımlılık ilişkisi kurulmuş olmasıdır⁸⁰.

Ancak günümüzde, hukukî kavramların geniş ölçüde karşılaştırılmasına yönelik evrensel bir uygulama bulunmamaktadır. Dolayısıyla bağımsız ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak vasıflandırma, mahkemeler için büyük bir yük anlamına gelmektedir. Karşılaştırmalı hukuk ise bu yöntemi sağlamada yeterince gelişmiş değildir⁸¹. Doktrinde bir diğer görüşe göre, önce işin mutaden yapıldığı yere göre vasıflandırma yapılmalı ancak bu ülke hukuku, ilişkiyi iş sözleşmesi olarak vasıflandırmamaktaysa, diğer bağlama kurallarında yer alan bağlama noktalarının gösterdiği ülkelere göre vasıflandırma gerçekleştirilmelidir. Bu şekilde yapılacak bir vasıflandırmanın, diğer alternatiflere göre daha az bir yük getireceği önerilmiştir⁸².

Bağımsız ve karşılaştırmalı vasıflandırmanın getirdiği bir başka sorun ise, bir devletin iş sözleşmesi olarak kabul etmediği bir sözleşmeye, bağımsız yaklaşımla iş sözleşmesi kabul edildiği için iş hukuku hükümlerinin; buna karşılık bir devletin iş sözleşmesi olarak değerlendirdiği bir sözleşmeye, bağımsız ve karşılaştırmalı metotla iş sözleşmesi olarak kabul edilmediği için genel hükümlerin uygulanması olasılığının bulunmasıdır⁸³.

⁸⁰ ESKO, Timo, **The Law Applicable to International Labour Relations**, Helsinki 1982, s. 2; LIUKKUNEN, age., s. 113; ZAALISHVILI, Vakhtang, “**Conflict of Laws Aspects of Consumer and Labour Contracts**”, 7/4, Georgian Law Review, 2004, s. 689.

⁸¹ DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, s. 136, (Milletlerarası); ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 87.

⁸² PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 307.

⁸³ DICEY/MORRIS, age., s. 1305; Özellikle Avrupa Birliği'ne Üye Devletler için yapılan yorumda, işçinin Nijerya'da işini mutaden yaptığı bir durumda, Roma I Tüzüğü, m.8'e göre, iş sözleşmesi olarak vasıflandırılan bir ilişkinin, Nijerya hukukunda, acentelik ilişkisi olarak nitelenebileceği örneği verilmiştir. Bu durumda, 8. maddenin, bir kişinin, onu işçi kabul etmeyen bir ülkede yapılan yargılamada koruma temin ettiğinin ya da iş ilişkisiyle ilgili olmayan bir hukukun hükümlerinin korumasından yararlanmasını temin ettiğinin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 1305.

Vasıflandırmanın evrensel ve bağımsız bir yöntemle yapılmasının, uygulayıcılar için çok uzun süreceği ve külfetli bir süreç olacağı eleştirisinin; en azından, iş sözleşmelerinin vasıflandırılması bakımından, çeşitli Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve ILO Konferansında kabul edilen 198 sayılı Tavsiye Kararı sayesinde büyük oranda aşıldığı kanaatindeyiz.

2. Bireysel İş Sözleşmesinin Tarafları

Vasıflandırmada üzerinde yoğunlaşılan nokta, hizmet sağlayan taraf ile bu hizmeti yerine getirmekle yükümlü taraf arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunup bulunmadığıdır. Mahkemeler öncelikle, işçinin koruma hukuklarına tâbi bir kişi mi olduğu yoksa serbest çalışan mı olduğuna karar vermelidir⁸⁴. Böylece iş sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri ve çıraklık ilişkisi⁸⁵ birbirlerinden ayrılacaktır.

Bireysel iş sözleşmesinin taraflarını oluşturan, işçi ve işveren kavramlarının vasıflandırılmasında da *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapılacak olursa, başlangıç olarak, Türk mahkemelerinde görülecek bir uyuşmazlıkta, Türk hukukuna göre vasıflandırma yapmak gerekir. Bununla birlikte, bireysel iş sözleşmelerinde, özellikle işçi taraf özelinde, bu çalışmada, her bir olayın özelliğine göre vasıflandırma önerisi de gözönüne alınacaktır.

a. İşçi

İş hukukunun esas konusunu işçi oluşturmaktadır⁸⁶. İşçinin, işverene bağlı olarak çalışması nedeniyle; işçiler kadar işverenlerin de önemli olduğu düşünülebilir ancak işveren için işçi çalıştırmak, tek başına bir amaç değildir. Başka ekonomik amaçlara ulaşmak için bir yoldur. İşçi ise belirli bir meslekî faaliyette bulunan kişidir ve bu nedenle iş hukuku kuralları işçinin taraf olduğu durumlarda uygulanmaktadır⁸⁷.

⁸⁴ SMITH, Raymond/CROMACK Valerie, “International Employment Contracts – The Applicable Law”, 22, Indus. L.J., 1993, s. 2.

⁸⁵ SMITH/CROMACK, agm., s. 2.

⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 4.

⁸⁷ GÜZEL, Ali, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1997, s. 18; GÜNAY, age., s. 70; ÇELİK, age., s. 2.

Türk iş hukukunda, iş ilişkisinin temel konusu işçidir ve İş Kanunu'nun 2. maddesi işçinin tanımıyla başlamaktadır. Buna göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye....işçi denir”. Çalışmayı konu alan istisna, vekâlet ve adı şirket sözleşmeleri bu tanımın dışında kalmaktadır⁸⁸.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu⁸⁹ ise 2. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında, iş sözleşmelerine ek olarak bedenen çalışmayı konu alan nakliye, neşir, adı şirket sözleşmelerine göre çalışanların da işçi sayılacağını belirterek, işçi kavramını genişletmiştir⁹⁰. İşçinin vasıflandırılmasında, Sendikalar Kanunu'nu da içerecek şekilde, kavramın geniş tutulması kanaatindeyiz.

İşçi kavramının tespit edilmesinde üzerinde durulması gereken bir konu da “işçi”, “çırak” ve “stajyer” ayrımıdır. Türk hukuku açısından çırak, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'na⁹¹ göre, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişidir (m.3/c)⁹². İş Kanunu'nun istisnalara ilişkin 4. maddesinde, çıraklar, iş sağlığı ve iş güvenliği hükümleri istisna olmak üzere, İş Kanunu kapsamı dışındadır⁹³.

Stajyer ise bir işyerinde, bilgisini geliştirmek için işveren yanında çalışan ve yapılan işleri izleyen kişidir⁹⁴. Staj ilişkisinde işverenin ücret ödeme borcu bulunmamaktadır; stajyer geçimini sağlamak için değil, bilgi ve deneyimini geliştirmek için faaliyette bulunmaktadır⁹⁵. İş Kanunu'nun 77. maddesine göre çıraklar gibi stajyerler de iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin hükümler istisna olmak üzere İş Kanunu kapsamı dışındadır.

⁸⁸ EKONOMİ, age., s. 41; GÜZEL, agm., s. 20-21; SÜZEK, age., s. 123; ÇELİK, age., s. 79-82.

⁸⁹ Kabul tarihi: 5.5.1983, RG. 7.5.1983-18040.

⁹⁰ SUR, Toplu İlişkiler, s. 20-21; SÜZEK, age., s. 124; ÇELİK, age., s. 33.

⁹¹ Kabul tarihi: 5.6.1986, RG. 9.6.1986-19139.

⁹² Çıraklık için ayrıca 14 yaşını doldurmuş olmak ve 19 yaşından gün almamış olmak koşulunu sağlamak gereklidir (m.10/1a).

⁹³ SÜZEK, age., s. 128-130; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., 149-152.

⁹⁴ SÜZEK, age., s. 130-131; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 152-153; ÇELİK, age., s. 40.

⁹⁵ SÜZEK, age., s. 131.

Bu noktada, vasıflandırmanın Türk hukukuna göre yapıldığı milletlerarası bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Türk hukukuna göre çırak ya da stajyer olarak kabul edilen bir kişi ve bu kişinin yaptığı çıraklık veya stajyer ilişkisi, MÖHUK m.27'de düzenlenen tartışmalı koruma hükümlerinin dışında kalacaktır.

Örneğin işin mutaden yapıldığı yer İngiltere ise, İngiliz hukukunda, iş sözleşmesi altında çalışan işçiler (*employees*) ve bir iş görme, hizmet sözleşmesi altında serbest çalışanlar (*self-employed*) ayrımı yapılmaktadır⁹⁶. Serbest çalışanlar grubu, “bağımsız sözleşme yapan kişiler” veya “konsültan” olarak ifade edilmekte ve onların sözleşmesel ilişkileri, hizmet veya iş görme sözleşmeleri tarafından idare edilmektedir⁹⁷. İşçi ve iş sözleşmesi kavramları ise 22 Mayıs 1996 tarihli *Employment Rights Act*'de tanımlanmıştır⁹⁸. 230. maddenin birinci fıkrasına göre “işçi”, iş sözleşmesi altında çalışan veya iş sözleşmesi akdeden kimsedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise “iş sözleşmesi”, sözlü veya yazılı; açık veya örtülü yapılmış olup olmamasına bakılmaksızın, hizmet veya “çıraklık” sözleşmesi olarak ifade edilmiştir. Böyle bir durumda, *lex fori*'ye göre yapılan vasıflandırma sonucunda, çırak olarak çalışan kişi, MÖHUK m.27 hükmü dışında tutulacak, işin mutaden yapıldığı yer olan İngiliz hukukuna göre vasıflandırma yapılması durumunda, işçi kabul edilerek, MÖHUK m.27 kapsamında kalacaktır.

İşçi kavramının vasıflandırılmasında, mukayeseli hukuktan yararlanılacak olursa, örneğin, Alman hukuk terminolojisinde, işçiler “*Arbeitnehmer*” olarak bilinmektedir oysa serbest çalışanlar, “*Freie Mitarbeiter*” olarak anılmaktadır. İşçi grupları, ‘*Arbeitnehmer*’, kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. ‘*Arbeiter*’ kategorisi, mavi yakalı işçilerdir veya beden işçileridir. ‘*Angestellter*’ler ise beyaz yakalı işçilerdir veya fikir işçileridir. Her iki kategorideki işçiler aynı haklara sahiptir. Alman hukukunda serbest çalışanlar ile bağımlı

⁹⁶ SELWYN, Norman, **Law of Employment**, Oxford 2006, s. 47-49.

⁹⁷ CAVALIER/UPEX, agm., s. 590; SELWYN, age., s.40.

⁹⁸ ‘Employment Rights Act’ metni için bkz.

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960018_en_21#pt14-ch3-11g230 (szt. 29.09.2008).

çalışanlar arasındaki çizgi belirsizdir. Fakat serbest çalışanlar, kendi işyeri ve çalışma saatlerini belirleyen kişiler olarak tanımlanmakta; buna karşılık işçiler, işverenin verdiği yükümlülükleri yapan ve işverene rapor veren kişiler olarak kabul edilmektedir. Dahası işçi, işverenin organizasyonuna dahildir, serbest çalışan ise müşterisi ile esnek bağlara sahiptir. Diğer bir ayırım da işçinin, işverenin telefonunu, bilgisayarını ve ofisini kullanmaktayken; serbest çalışan, müşterisinin bu gibi olanaklarını kullanmamaktadır. Serbest çalışanın sadece ondan talep edilen işi gerçekleştirmesi beklenirken, işçi pek çok ayrıntılı emirle karşı karşıyadır⁹⁹.

Avrupa Birliği hukukuna bakıldığında, ilgili bazı Direktiflerde “çalışan- *worker*”¹⁰⁰ terimi kullanılmakta, bazılarında ise “işçi- *employee*”¹⁰¹ terimine yer verilmektedir.

Bazı Direktifler, “çalışan” ve “iş ilişkisi” kavramlarını tanımlamayı Üye Devletlere bırakmıştır¹⁰². Fakat Üye Devletlerin mahallî hukuklarında “işçi” ve “çalışan” terimlerine verilen hukukî anlamla, Topluluk Direktiflerinde yer alan “işçi” ve “çalışan” deyimlerinin her zaman birbirini karşılamadığı görülmektedir¹⁰³.

Kimi Direktiflerde ise “çalışan” kavramı tanımlanmıştır. 12 Haziran 1989 tarihli 89/391/EC sayılı “Sağlık ve Güvenlik Direktifi”¹⁰⁴ bunun güzel bir örneğidir. Direktif’in 3. maddesinde, “çalışan”, “*ev hizmetçileri hariç olmak üzere, “stajyer ve çırakları” içerecek*

⁹⁹ CAVALIER/UPEX, agm., s. 597-599.

¹⁰⁰ Bu grup Direktiflerin daha çok iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin olduğu görülmektedir. Örneğin 12 Haziran 1989 tarihli 89/391/EC sayılı “Sağlık ve Güvenlik Direktifi” ve 19 Ocak 1992 tarihli ve 92/85/EEC sayılı “Hamile Çalışanlar Direktifi” ve 7 Nisan 1998 tarih ve 98/23/EC sayılı “Yarı Zamanlı Çalışmalar Direktifi” gibi.

¹⁰¹ Örneğin 20 Ocak 1980 tarihli 80/987/EEC Direktifi ve 12 Mart 2001 tarihli 2001/23/EC ve 11 Mart 2002 tarihli 2002/14/EC Direktifleri gibi.

¹⁰² Örneğin ana babanın izinlerine ilişkin 3 Haziran 1996 tarihli ve 96/34/EC Direktifi'nin “*her bir Üye Devlette yürürlükte olan uygulamalar, toplu sözleşmeler veya hukuka göre iş ilişkisi veya iş sözleşmesi altında çalışan bütün kadın ve erkek çalışanlara*” uygulanacağı belirtilmiştir. CAVALIER/UPEX, agm., s. 602.

¹⁰³ CAVALIER/UPEX, agm., s. 603.

¹⁰⁴ Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work Official Journal L 183 , 29/06/1989 P. 0001 – 0008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0391:en:HTML> (szt.16.10.2011).

şekilde, bir işveren tarafından çalıştırılan kişidir”. Bu Direktif’te bir Topluluk tanımı yapılması amaçlanmıştır.

Vasıflandırma sürecinde, tek bir metodun benimsenmesinin mümkün olmadığı ve dolayısıyla, olaydan olaya, her bir olayın özelliğine göre, farklı metotların uygulanabileceği önerisi, modern yaklaşımların ulaştığı son noktadır¹⁰⁵. Buna göre, vasıflandırma sorunu, tek bir yöntemle çözülemez¹⁰⁶.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, zayıf taraf kabul edilen işçinin korunmasının en temel çözümü, işçi kavramının vasıflandırılmasında, her bir olayın özelliğine göre farklı vasıflandırma metotlarını benimsemek olacaktır¹⁰⁷.

Örneğin, Türk mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlık bakımından, Türk iş hukuku mevzuatına göre işçi değil çırak olarak kabul edilen bir kişi; hukukî ilişki, iş sözleşmesi olarak kabul edilse idi uygulanacak yabancı hukuka göre işçi olarak vasıflandırılmakta ise, *lex fori*’ye göre vasıflandırma yapmaktan kaçınılmalı, aksine işçinin emredici mahallî hukuk korumasından yararlanabilmesi için bu kişi, söz konusu uyuşmazlıkta işçi kabul edilmelidir. Tam tersi bir durumda, Türk iş hukuku mevzuatına göre işçi olarak kabul edilen bir kişi, uygulanacak yabancı hukukta, işçi değil çırak olarak vasıflandırılmakta ise *lex fori*’ye göre vasıflandırma yapılmalıdır.

b. İşveren

İş Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasına göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren ...denir”. Bu tanımdan hareketle, işveren, gerçek kişi ya da şirket, dernek, vakıf, kooperatif, sendika, devlet veya kamu iktisadî teşebbüsü gibi özel hukuk ya da kamu hukuku

¹⁰⁵ BARATTA, agm., s. 166. Bu tespit için Türk doktrininde, TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 84; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 90; DOĞAN, Milletlerarası, s. 137.

¹⁰⁶ BARATTA, agm., s. 168; SIEHR, Kurt, “General Problems of Private International Law in Modern Codifications- *De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda*”, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s. 41.

¹⁰⁷ PLENDER, Richard, “Rome Convention – on the Law Applicable to Contractual Obligations” in *Angleichung des Materiellen und des Internationalen Privatrechts*, ed. by LANDO, Ole/MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 48.

tüzel kişisi olabileceği gibi, adi şirket gibi tüzel kişiliği olmayan bir kuruluş da olabilir¹⁰⁸. Sendikalar Kanunu'nuna göre işveren, gerçek veya tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları olabilir (m.2). Bunun dışında, adi şirkette emeğini koyarak ortak olanlar dışındaki ortaklar ile işveren vekili olan kişi, işveren sayılmaktadır¹⁰⁹.

İşveren kadar, işveren vekili kavramının vasıflandırılması da, milletlerarası iş sözleşmeleri alanında büyük bir öneme sahiptir. İş Kanunu'na göre, “*İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin, bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar, işveren vekili hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.*” (m. 2/4,5). Kanunda, işveren vekilleri için öngörülen sorumluluğun, her işveren vekilinin yetkisi ve göreviyle sınırlı olduğu kabul edilmektedir¹¹⁰. Türk iş hukukunda, fabrika müdürü, insan kaynakları yöneticisi, atölye şefi gibi kişiler ya da aynı işverene ait birden çok işyeri bulunmakta ise, genel müdür, genel müdür yardımcıları gibi işletme yönetiminde yer alanlar da işveren vekildir¹¹¹.

Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde ise, işveren sayılan gerçek veya tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe yönetmeye yetkili olanlar işveren vekili sayılarak, işveren vekili kavramı daha dar tutulmuştur¹¹².

¹⁰⁸ SELWYN, age., s. 35; GÜNAY, age., s. 71; ÇELİK, age., s. 41.

¹⁰⁹ ENGİN, Murat, “**İşveren Kavramı**”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1997, s. 122; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 64; SÜZEK, age., s. 132; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 154; ÇELİK, age., s.42.

¹¹⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 65; GÜNAY, age., s. 74; ÇELİK, age., s. 43.

¹¹¹ EKONOMİ, age., s. 54-55; NARMANLIOĞLU, age., s. 107-108; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 185-189.

¹¹² EKONOMİ, age., s. 56; SÜZEK, age., s. 133. İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu arasındaki, işveren vekili tanımındaki farklılık, bu kanunların amacı dikkate alındığında kaçınılmaz kabul edilmektedir. İş Kanunu'nda, işverenin her işe yetişemeyeceği düşüncesinden hareketle; işlerin zamanında yerine getirilebilmesi için, çok sayıda işveren vekiline yer verilmiştir. Buna karşılık Sendikalar Kanunu'nda, temel amaç, sendika hakkından kural olarak bütün işçilerin yararlanmasıdır ve İş Kanunu'na göre, işveren vekili sayılan kişilerin, bu haktan yoksun kalmaları önlenmek istenmiştir. ÇELİK, age., s. 44.

Milletlerarası unsurlu bir uyuşmazlıkta, davacının işçi mi işveren vekili mi olduğu, bir vasıflandırma meselesidir. Örneğin bir Amerikan şirketinin, İstanbul irtibat bürosunun, yabancı ülke vatandaşı eski müdürünün, işveren şirkete karşı, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği ile işe iade ve tazminat ödenmesi talebiyle açtığı dâvada; dâvacının, irtibat bürosu olan işyerinin bütününe sevk ve idare ediyor olması ve tek başına işçi alıp çıkarma yetkisine sahip olması nedeniyle, işveren vekili olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı görüşü ifade edilmiştir¹¹³.

Kanaatimizce, işveren vekilinin vasıflandırılmasında, işçi kavramında olduğu gibi her bir olayın özelliğine göre vasıflandırma yapılması gerekir. Danışma görüşüne konu olayda, işin mutaden yapıldığı işyeri İstanbul'dur. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde, Missouri Eyalet kanunlarının uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Seçilen hukuka göre, dâvacı, işveren vekili değil işçi olarak vasıflandırılmaktaysa, işçi kabul edilmeli ve iş güvencesi hükümlerinin ona sağladığı asgarî korumadan yararlanabilmelidir.

3. Bireysel İş Sözleşmesine Hâkim Olan Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Milletlerarası özel hukuk, her bir sözleşmenin, belli bir ülkenin hukukuna tâbi olduğu varsayımına dayanmaktadır¹¹⁴. *Lex obligationis* veya *lex contractus* olarak ifade edilen¹¹⁵, sözleşmeye uygulanacak hukuk prensibi, hukukî ilişkinin en yakın irtibatlı olduğu hukuk tarafından idare edilmesi ilkesine dayanmaktadır¹¹⁶. Bu irtibat, İngiliz hukukunda, “en

¹¹³ TUNCAY, Can, “İşe İade Davasında Yabancı Hukukun Uygulanması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.65-66, Yıl:2010, s. 189, (Yabancı Hukuk). Görüş bildiren yazar, ilgili makalesinde, dâvaya ilişkin Esas numarası belirtmemiştir.

¹¹⁴ Savigny'den bu yana, “hukukî ilişkinin yeri” olarak ifade edilen bu yaklaşım, modern terminolojide, “ağırlık merkezi” olarak ifade edilmektedir. DE BOER, Th.Margreet, “The ECC Contracts Convention and the Dutch Courts”, 54, *RabelsZ*, 1990, s. 27; GUTSELL, M.Linda, “Conflict of Laws Resolution in Employment Contracts: The West Virginia Approach”, 92, *West Virginia Law Review*, 1989-1990, s. 468. “Ağırlık merkezi” doktrini ile en önemli ilişkiyi haiz hukuk yaklaşımı arasındaki özdeşlik ve farklılıklara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007, s. 27 vd, (Yakınlık).

¹¹⁵ GUTSELL, agm., s. 472; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 10; EBRAHIMI, age., s. 75-76; MORRIS, John.H.C./ McCLEAN, David/ BEEVERS, Kisch, **The Conflict of Laws**, London 2009, s. 352-353.

¹¹⁶ GUTSELL, agm., s. 471; MALMBERG, Jonas, “The Legal Position of Employees’ in Cross-Border Transfers of Undertakings in the EU: A Question of Jurisdiction and Choice of Law”,

yakın ve en gerçek irtibat” (*closest and most real connection*), Amerikan hukukunda ise en sıkı irtibat (*most significant relationship*) olarak ifade edilmektedir¹¹⁷. Daha çok İngiliz hukukunda ve Commonwealth ülkelerinde kabul edilen *proper law* doktrini, açık ya da örtülü olarak hukuk seçimi şartı bulunmaması durumunda, sözleşmenin, en yakın ve en gerçek irtibatlı olduğu hukuk düzenine bağlanması prensibine dayanmaktadır. Buna karşılık özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde, Roma Sözleşmesi ile birlikte karakteristik edim olarak ifade edilen bazı kriterler kullanılarak, en sıkı irtibatlı hukuk daha kesin bir şekilde ele alınmak istenmiştir¹¹⁸.

Taraf menfaatlerinin ve tarafların iradelerinin değerlendirilerek sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesi subjektif yöntem olarak anılmaktadır. Açık veya örtülü bir seçim bulunmaması hâlinde ise, objektif ölçülerle uygulanacak hukuk belirlenmektedir¹¹⁹. Esnek olmayan yöntemlerde, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, taraflara ilişkin irtibatlar gibi bağlama noktaları esas alınmaktadır¹²⁰. Esnek yöntemlerde ise en çok kabul gören, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukuka tâbi olmasıdır¹²¹.

Sentetik (tümdengelim) metodunda, *lex obligationis* bütün işlemler için tercihan tek bir irtibat noktası temelinde tanımlanmaktadır. Diğer yandan, statü hükümleri söz konusu olduğunda, analitik (tümevarımsal) metot uygulanmakta ve *lex obligationis*, çeşitli hukukî işlemlerin kendine has ilişkileri ve özel hukukî niteliğine göre tanımlandığı için *a priori* genel prensiplerden hareket edilmemektedir¹²².

22/3, Int. J. Com. Lab. L. & Ind. Rel., 2006, s. 393, (The Legal Position); CALITZ, Karin, “Globalisation, the Development of Constitutionalism and the Individual Employee”, 2, PER, 2007, s. 7.

¹¹⁷ JUENGER, K.Friedrich, “Two European Conflicts Conventions”, 28, Victoria U. Wellington L.Rev., 1998, s. 540, (Two European).

¹¹⁸ RICHARDSON, Nicky, “The Concept of Characteristic Performance and Proper Law Doctrine”, 1/2, Bond Law Review, 1989, s. 284-285.

¹¹⁹ LANDO, Ole, “Contracts” in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol.III, Private International Law, s. 12, (Contracts); s.12; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 32.

¹²⁰ LANDO, Contracts, s. 53 vd.; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 33.

¹²¹ LANDO, Contracts, s. 68 vd.; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 38.

¹²² SZÁSZY, István, “The Proper Law of Labour Contracts”, 17, ICLQ, 1968, s.11.

Bir milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu bir kez tespit edildikten sonra, ona uygulanacak hukuk, sözleşmedeki koşullar; işçinin, işverenin işyerinde işe alınması, ücret ve diğer tazimatların nasıl alınacağı, iş sözleşmesinin sona ermesinde ihbarın etkili olup olmadığı, bir muafiyet klozunun geçerli olup olmadığı gibi iş sözleşmesiyle ilgili pek çok meseleyi idare etmektedir¹²³.

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti ve sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi, sözleşme özgürlüğü kavramının analiziyle mümkündür¹²⁴. Sözleşme özgürlüğü, kişilerin birbirleriyle olan hukukî ilişkilerini kendi iradelerine göre düzenleyebileceği ve bağımsız oldukları düşüncesini yansıtan liberal görüşün bir yansımasıdır¹²⁵. Liberalleşen 19. yüzyılda, sözleşme özgürlüğü; milletlerarası ilişkilerde irade muhtariyeti, bireyin özgürleşmesinin bir sonucu olarak görülmekteydi¹²⁶. Bu ilkeye göre, bir sözleşmeyi akdedecek taraflar, sözleşmenin akdedildiği sırada eşit seviyede kabul edilmektedir¹²⁷.

Zamanla sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte, sözleşmeden doğan ilişkilerde, zayıf olarak kabul edilen tarafların korunması yoluna gidilmiştir. Sözleşmenin zayıf tarafının, güçlü bulunan tarafın etkisiyle, kendisi için daha uygun olan normlardan

¹²³ DICEY/MORRIS, age., s. 1302.

¹²⁴ THAL, S. Nathan, “**The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness**”, 8, Oxford J.Legal Stud., 1988, s. 17.

¹²⁵ THAL, agm., s. 21; DOĞAN, Vahit, “**Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması**”, MHB, Yıl 15, S.1-2, 1995, s. 21, (Zayıf Taraf); SABIRAU-PEREZ, Marie-Agnès, “**Changes of the Law Applicable to an International Contract of Employment**”, 139/3, Int'l Lab. Rev., 2000, s. 337. Sözleşme özgürlüğü, kendi içinde üç unsurdan oluşmaktadır. Sözleşme yapma yapmamaya karar verme özgürlüğü; kiminle sözleşme yapılacağına karar verme özgürlüğü ve sözleşmenin tipini de içerecek şekilde, sözleşmenin koşullarını tespit etme özgürlüğü. WILLISTON, Samuel, “**Freedom of Contract**”, 6, Cornell L.Q., 1920-1921, s. 367; THAL, agm., s. 21; EBRAHIMI, age., s. 80; AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 249; EREN, age., s. 19.

¹²⁶ EBRAHIMI, age., s. 69; SÜZEK, age., s. 7.

¹²⁷ Bireylerin sözleşme yapma özgürlüğü, bu kapsamda, hiçbir yükümlülüğe karşı savunmaya, taraflar bunu istemedikçe izin verilmeyeceği anlamına gelmektedir. WILLISTON, agm., s. 373; EHRENZWEIG, A.Albert/JAYME, Erik, **Private International Law- Volume Three- Obligations (Contracts, Torts) an Outline**, Leyden 1977, s. 15; GROSHEIDE, F.Williem, “**Reflections on the Protection of the Weak Party in Dutch and EU Contract Law**”, in **The Future of European Contract Law: Essays in Honour of Ewoud Hondius to Commemorate His Retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht**, ed. by Katharina, BOELE-WOELKİ / Fredrik Willem, GROSHEIDE/ Ewoud Herman, HONDIUS, Kluwer Law International 2007, s. 250.

mahrum kalmasının ve bunun sonucunda, özgürlüklerinin sınırlanmasının önlenmesi için, zayıf tarafın korunması gerektiği kabul edilmiştir¹²⁸.

Sözleşmesel ilişkilere uygulanacak hukuk tespit edilirken, zayıf tarafın korunmasına ilişkin kanunlar ihtilâfi metotlarının incelenmesinden önce, bir sözleşmesel ilişkide zayıf tarafın kim olduğu ve bunun hangi kriterlere göre belirleneceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bir kişi duruma göre zayıf taraf olarak değerlendirilebilir; ancak her birey, her durumda zayıf taraf olamaz¹²⁹. Eğer bu karakterizasyon, günümüzde, bir özel kişinin, özel bir pozisyonuna uygulanıyorsa, bu zayıf olarak nitelendirme, objektif bir değerlendirmenin sonucu değildir; fakat politik bir seçimin veya toplumdaki insanların bazılarının korunması tercihinin bir sonucudur¹³⁰. Bu, zayıf taraf kavramının, her zaman, belirli durumlarda, politik seçimleri yansıttığı anlamına gelmektedir¹³¹.

Bir sözleşmesel ilişkide, bir tarafın, bilgisizlik, deneyimsizlik, ihtiyaç veya güven ilişkisi nedeniyle zayıf pozisyonda olduğu ve diğer tarafın bu avantajı kullanarak, zayıf tarafı sömürücü bir sözleşme yaptığı durumlarda eşit pazarlık gücünün bulunmadığı kabul edilmektedir¹³².

Mahkeme kararlarında ve hukukî literatürde, zayıf ve güçlü tarafın belirlenmesinde, bir tarafın deneyimli olması, buna karşılık karşı tarafın deneyimsiz olması belirleyici kabul edilmektedir¹³³. Ancak tüketici sözleşmeleri için dikkate alınabilecek bu ölçüt¹³⁴, iş

¹²⁸ LANDO, Ole/VON HOFFMANN, Bernd/SIEHR, Kurt, **European Private International Law of Obligations**, Tubingen 1975, s. 12.

¹²⁹ BEALE, Hugh, **“Inequality of Bargaining Power”**, 6, Oxford J. Legal Stud., 1986, s. 125.

¹³⁰ GROSHEIDE, agm., s. 251.

¹³¹ GROSHEIDE, agm., s.251. Genel sözleşme hukuku, ilke olarak, sözleşmenin taraflarının farklı makul tipleri arasında örneğin onların gücü veya statüsü gibi herhangi bir ayırım yapmamaktadır ve bir tarafın daha zayıf veya daha güçlü olmasını dikkate almamaktadır. Bu dogmatik bakış açısı, sözleşme akdetmede hâlen mevcut bir yaklaşımdır. Diğer yandan, bu durum, tarafların güçlerinin her zaman önemsiz olacağı anlamına da gelmemektedir. Aynı genel kuralın uygulaması, bir tip taraftan diğerine farklı etkilerde bulunacaktır. GROSHEIDE, agm., s. 252.

¹³² BEALE, agm., s. 128; THAL, agm., s. 25.

¹³³ GROSHEIDE, agm., s. 253.

¹³⁴ Ayrıntılı olarak bkz. GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara 2000, s.22-23, (Tüketici).

sözleşmeleri bakımından aynı etkiyi sağlamamaktadır. Bir iş sözleşmesinde, işveren kadar işçi de deneyimli kabul edilebilir.

İşveren ve işçi arasındaki ilişki, sosyo ekonomik bir perspektiften bakıldığında, bir tarafın eşit konumda bulunmadığı bir ilişkidir¹³⁵. İşçinin iş ilişkisini sürdürmesinin nedeni, kendisi ve aile üyelerinin hayatını devam ettirebilmektir¹³⁶. İşveren ise işçiyi, o işi yapabilecek pek çok kişiden herhangi biri olarak görmektedir ve pazarlık gücünün üstünlüğü bu gerekçeye dayanmaktadır¹³⁷.

İnşaat mühendisleri, *internet* uzmanları, yöneticiler gibi yüksek vasıflı işçilerin işveren karşısında üstün pazarlık gücünün bulunduğu ve küçük işletmelerin işverenlerinin, vergiler, sosyal güvenlik kesintileri, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler ve daha büyük sermayeli büyük girişimler karşısında ayakta durmaya çalıştığı görülmektedir¹³⁸. Ancak günümüzde, mevcut ekonomik bunalım da dikkate alındığında, işçilerin çoğunluğunun hâlen gündelik hayatlarını sürdürebilmek için çalıştıkları bir gerçektir ve işçinin korunması temel ilkesi varlığını sürdürmektedir¹³⁹. İşçiyi koruma ihtiyacının, işçinin işverene karşı olan kişisel ve ekonomik bağlılığından kaynaklandığı kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Bu eşitsizlik fikri, hem iç hukukun maddî hukuk ve usul hukukuna ait düzenlemelerinde hem de milletlerarası özel hukuk kurallarında bir dengelemeyi zorunlu

¹³⁵ WILLISTON, agm., s. 377; GÜNAY, age., s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 11.

¹³⁶ EKONOMİ, age., s. 14; SÜZEK, age., s. 15; GÜNAY, age., s. 66.

¹³⁷ BUURE- HÄGGLUND, Kaarina, “**Codification of Private International Law Rules on Employment Contracts**” 24, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1980, s. 146; POLAK, V. Maurice, “**Laborum Dulce Lanimen**”? **Jurisdiction and Choice of Law Aspects of Employment Contracts**”, in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s. 323-325; GÜNAY, age., s. 66; ÇELİK, age., s. 17.

¹³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 12.

¹³⁹ POLAK, agm., s. 325; SÜZEK, age., s. 19; ÇELİK, age., s. 17. İşçinin korunması ilkesi, milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri bakımından varlığını devam ettirmekle birlikte; uygulamada, işverenlerin, en nitelikli ve en iyi eğitilmiş işçilerini, yurt dışında çalışmak üzere gönderdikleri görülmektedir. Bu yüksek nitelikli iş sözleşmelerinde ortaya çıkan uyumsuzluklar, genellikle diğer dostane yollarla çözüme kavuşmaktadır. MANKOWSKI, Peter, “**Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation**” in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by FERRARI, Franco/ LEIBL, Stefan, Munich 2009, s. 172.

¹⁴⁰ CENTEL, Tankut, “**Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları**”, Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, 32. ve 33. Kitaplar, İstanbul 1983, s. 233, (Bağlama Kuralları); ZAALISHVILI, agm., s. 677.

kılmaktadır. Ancak bu dengelemenin, işletmenin, işletmeden doğan ihtiyaçları ve işçinin mevcut statüsünün devamı için işçinin menfaatleri ve olası hakları arasında yapılması gerekir¹⁴¹. Bu işlevsel gereklilikle bağlantısı olmayan amaçlar için dengelemenin işçi lehine kötüye kullanılması reddedilmektedir¹⁴². Diğer bir deyişle her iki tarafın menfaatleri, işin yerine getirildiği yerin toplumsal menfaatleri gözetilerek harmanlanmalıdır¹⁴³. İşçinin korunması amacı, toplum yararı ile çatışmamalıdır¹⁴⁴. Çünkü sosyal reformlar ile işçilere tanınan yeni haklar maliyet fiyatlarını yükseltmektedir. İşletme yararı ile hizmet arasında ortaya çıkan bu çelişkinin iyi düzenlenmemesi, ülkede ekonomik bir dengesizliğe yol açabilir¹⁴⁵. İşçinin korunması yönündeki sosyal görüşün, ülkenin ve işyerinin ekonomik koşullarıyla sınırlı olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶.

İş sözleşmeleri, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmelerdir. Diğer sözleşmeler gibi, iş sözleşmeleri de sözleşmeler hukukunun temel kuralları ve sözleşme özgürlüğü ilkesi tarafından idare edilmektedir. Ancak, iş sözleşmelerinde, maddî hukuk alanında emredici düzenlemeler ile zayıf taraf olduğu kabul edilen işçinin korunması amaçlanmıştır¹⁴⁷. Bu düzenlemeler, asgarî çalışma standartları olarak ifade edilen asgarî ücret, azamî çalışma saatleri, iş sağlığı ve güvenliğine, ayrımcılık yasağına ilişkin kurallarda olduğu kadar; toplu iş sözleşmeleri gibi sadece iş ilişkilerinde mevcut olan bağımsız iş hukuku alanında da görülmektedir¹⁴⁸. Milletlerarası

¹⁴¹ ESENER, İş Hukuku, s. 9; SÜZEK, age., s. 17; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 21.

¹⁴² MORGENSTERN, Felice, “**The Role of the Courts in the Evolution of Labour Law**”, 118/4, Int. Labour Rev., 1979, s. 431, (Evolution of Labour Law).

¹⁴³ LANDO, Ole, “**Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts, Party Autonomy and Center of Gravity**”, 6, AJCL, 1957, (Scandinavian Conflict of Law Rules), s. 21; GÜNAY, age., s. 68; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 21.

¹⁴⁴ EKONOMİ, age., s. 14; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 43.

¹⁴⁵ EKONOMİ, age., s. 15; ESENER, İş Hukuku, s. 9.

¹⁴⁶ EKONOMİ, age., s.16; ESENER, İş Hukuku, s. 9; GÜNAY, age., s. 68; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 21; ÇELİK, age., s. 17, 20.

¹⁴⁷ EBRAHİMİ, age., s. 79.

¹⁴⁸ MUNDLAK, Guy, “**Human Rights and the Employment Relationship: A Look Through the Prism of Juridification**”, in **Human Rights in Private Law**, ed.by. FRIEDMANN, Daniel/ BARAK-EREZ, Daphne, Oregon 2003, s. 301.

unsurlu iş sözleşmelerinde, zayıf tarafın korunmasına ilişkin bu yaklaşımın, kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki yansımaları ise tez çalışmasının ana eksenini oluşturmaktadır.

B. Kanunlar İhtilâfi Metodolojisi Dahilinde Uygulanacak Bağlama Kurallarının Tespiti

1. Bireysel İş Sözleşmesine Milletlerarası Nitelik Kazandıran Unsurlar

a. Milletlerarası Unsur Kavramı

Kanunlar ihtilâfi hukuku¹⁴⁹, belirli bir hukukî olay veya ilişkiyle irtibatlı birden fazla hukuk düzeninin hangisinin hukukunun uygulanacağını gösteren ya da tespit eden kurallardan oluşmaktadır. Hukukî ilişkiler ya da olaylar, milletlerarası unsur taşıdığına, pek çok ülkenin hukuku, hukukî sorunu çözmek üzere karşı karşıya gelmektedir¹⁵⁰. Böyle bir uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağına karar vermek için mahkemeler, kural olarak kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulamaktadır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kurallarının tartışma konusu olabilmesi için, iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı olması aranır. Diğer bir deyişle milletlerarası unsur taşıması gerekir¹⁵¹.

Doktrinde, bir hukukî olay, işlem veya ilişkinin milletlerarası unsur taşıması ile yabancılik unsuru taşıması arasında ayırım yapılmaktadır¹⁵². Buna göre, hukukî ilişkinin

¹⁴⁹ “Milletlerarası Özel Hukuk” terimi, farklı hukuk sistemlerinde, farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Örneğin Alman ve Portekiz hukukunda, sadece kanunlar ihtilâfi hukukunu içermektedirken, diğer hukuk sistemlerinde, mahkemelerin milletlerarası yetkisi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini de kapsamaktadır. Bu çalışmada, milletlerarası özel hukuk terimi, geniş anlamıyla kullanılmaktayken, kanunlar ihtilâfi hukuku, dar anlamıyla ele alınmıştır. Benzer ayırım için bkz. ULUOCAK, age., s. 1-2; SEVİĞ, age., s.2; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 18; *Green Paper on the Conversion of the Rome Convention*, s. 1.

¹⁵⁰ SIEHR, agm., s. 20.

¹⁵¹ PALAO-MORENO, Guillermo, “**Multinational Groups of Companies and Individual Employment Contracts in Spanish and European Private International Law**”, 4, Yearbook of Private International Law, 2002, s. 317.

¹⁵² LANDO, Ole, “**International Situations and “Situations Involving a Choice between the Laws of Different Legal Systems” in Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**”, ed. by LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 16, (International Situations); ÖZDEMİR, Hatice, “**MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları**”, İstanbul Barosu Dergisi, C.73, S.10-11-12, Yıl:1999, s. 927; SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002, s. 181-182. Milletlerarası unsur ile yabancılik unsurunu aynı anlamda kullanan görüş için bkz. ULUOCAK, age., s. 1-2; GÖĞER, Erdoğan, **Kanunlar İhtilâfi**

taraflarının vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni; ihtilâf konusu şeyin bulunduğu yer veya sözleşmenin ifa edileceği yer bakımından birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı bulunmadığı fakat dâvanın, hukukî ilişkinin bağlantılı olduğu hukuk düzeni dışında, başka bir ülkede açıldığı hâllerde¹⁵³, sadece dâvanın açıldığı ülkenin mahkemesi bakımından yabancılık unsuru taşıyan bu hukukî ihtilâfın¹⁵⁴, gerçek anlamda milletlerarası unsurlu sayılmayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Bu görüşe göre, kanunlar ihtilâfî kurallarının konusunu oluşturan milletlerarası unsurlu hukukî olay, işlem veya ilişkiler ise; dâvanın açıldığı yer neresi olursa olsun birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlıdır. Kanaatimizce, bu görüş, haklı olarak gerçek milletlerarası unsuru belirtmektedir, fakat pratik olarak sadece yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar bakımından da yetkili mahkemenin, uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulaması kaçınılmazdır¹⁵⁶. Bu çalışmada, yine de “milletlerarası unsur” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Milletlerarası unsurlu sözleşmeleri, edimlerin bir ülkeden diğerine nakli olarak tanımlayan bir diğer görüşe göre, edimleri aynı ülkede yerine getirilen bir sözleşme, o ülkenin iç ekonomisine ilişkindir¹⁵⁷. Ülke sınırlarını aşarak, mal, hizmet ve para transferini sağlayan, milletlerarası ticaret hayatının menfaatlerini ilgilendiren bir sözleşmenin, yer ve kişi bakımından, zayıf bir yabancılık unsuru taşısa bile, milletlerarası nitelikli olduğu kabul

(İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1974, s. 1, (Bağlama Kuralları); EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 116-117; NÖMER/ŞANLI, age, s. 5-7; TEKİNALP, age., s. 20.

¹⁵³ Ancak kabul etmek gerekir ki, tümüyle tek bir hukuka ait hukukî ihtilâflar için başka bir ülkede yetkili mahkeme tespit edebilmek günümüzde oldukça nadir görülmektedir. Dâvanın, hukukî ilişkinin bağlantılı olduğu hukuk düzeni dışında, başka bir ülkede açılması belirli şartlar altında aşkın yetki olarak nitelenmektedir. Uyuşmazlık ve *forum* arası irtibat bakımından aşkın yetkinin tahlili için ayrıntılı olarak bkz. DARDAĞAN, Esra, **Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı**, Ankara 2005, s. 214-217.

¹⁵⁴ LANDO, *International Situations*, s. 16; ÖZDEMİR, agm., s. 928; DOĞAN, *Milletlerarası*, s. 24.

¹⁵⁵ EKŞİ, Nuray, “**Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı**”, MHB., Yıl: 12, S.1-2, 1992, s. 4, (Yabancılık).

¹⁵⁶ LANDO, *International Situations*, s. 17.

¹⁵⁷ EKŞİ, *Yabancılık*, s. 4.

edilebilmektedir¹⁵⁸. Ancak iş sözleşmelerinde, sözleşmenin, ülke ekonomisine etkisinden çok, zayıf olduğu kabul edilen bir tarafın korunması ilkesinden hareket edilmesi nedeniyle, milletlerarası unsurun tespitinde, bu görüşe nazaran “kişi bakımından” milletlerarası unsur ön plana çıkmaktadır¹⁵⁹.

b. Bireysel İş Sözleşmesinin Objektif İrtibat Noktalarında Milletlerarası Unsur Bulunması

Bir iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesinin akdedildiği yer veya işin yapıldığı yere göre ya da sözleşmenin yarattığı etki sınır aşıcı ise bir başka deyişle mal, hizmet, sermaye transferi sağlıyorsa, milletlerarası unsurlu hâle gelebilir¹⁶⁰. Örneğin iş sözleşmesinin tarafları bakımından, işçinin mutad meskeni ya da ikametgâhı ile işverenin mutad meskeni, ikametgâhı ya da işyeri farklı ülkelerde bulunabilir. Ayrıca işçi ile işveren farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olabilir¹⁶¹.

İş sözleşmesi bir ülkede akdedildikten sonra, iş bir başka ülkede yapılıyor olabilir¹⁶². İşin yapıldığı yer ile işçinin mutad meskeni ya da ikametgâhı veya işverenin mutad meskeni, ikametgâhı ya da işyeri farklı ülkelerde bulunabilir¹⁶³.

Genel olarak sözleşmelerde, milletlerarası unsurun tespitinde, sözleşmenin taraflarının, farklı devletlerin vatandaşı olmasının, başka unsurlarla desteklenmedikçe,

¹⁵⁸ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 7; ÖZDEMİR, agm., s.934-938; SARGIN, age., s. 183; DOĞAN, Milletlerarası, s. 23.

¹⁵⁹ Genel olarak sözleşmelerde aynı yönde tespit için bkz. TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 212.

¹⁶⁰ FORDE, Michael, “**Jurisdiction to Adjudicate Disputes in Transnational Employment**”, 2, Comp. Lab. L., 1977, s. 186, (Disputes in Transnational Employment); DELAUME, R.Georges, “**What is an International Contract? An American and an Gallic Dilemma**”, 28, ICLQ, 1979, s. 268-269; GUTSELL, agm., s. 461. Aynı yönde Türk doktrininde, CENTEL, Bağlama Kuralları, s.217; TUNCAY, Can, “**Almanya’da İş Alan Türk Müteahhitlerin Türk İşçi Çalıştırmaları**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1993, C.7, S.3, s. 6, (Almanya). *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*’da, hukukî ilişkiyi idare edecek hukukun tespit edilmesinin zorunlu olması için milletlerarası unsur taşıması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, milletlerarası unsur, tarafların farklı vatandaşlıkta olması, farklı ülkelerde ikamet etmesi veya milletlerarası bir ticarî işlemidir. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 44.

¹⁶¹ MORGENSTERN, Felice, “**The Importance, in Practice of Conflicts of Labour Law**”, 124/2, Int’l Lab. Rev., 1985, s. 119, (Conflicts of Labour Law).

¹⁶² DELAUME, agm., s. 266; SABIRAU-PEREZ, agm., s. 336.

¹⁶³ DOĞAN, İş Akdi, s. 49.

milletlerarası unsuru sağlamada yetersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Daha çok milletlerarası ticarî sözleşmeler için kabul edilen bu yaklaşıma; sınır aşıcı mal transferinden çok işçinin menfaatlerinin değerlendirildiği iş sözleşmelerinde, aynı oranda etki tanımak mümkün değildir¹⁶⁵.

Türk doktrinde de katıldığımız görüşe göre, tarafların yabancı ülke vatandaşı olduğu fakat mutaden işin yapıldığı yerin Türkiye olduğu bir uyumsuzlukta, milletlerarası unsur bulunmaktadır¹⁶⁶. Aynı görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.07.1997 tarih, 1977/8206 E. ve 1997/13945 K. sayılı kararında, Fransız Kültür Merkezi'nde, Fransızca öğretmeni olarak çalışan Fransız vatandaşı dâvacının, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tazminat talebiyle açtığı dâvada, olayda kişi bakımından milletlerarası unsurun bulunduğu ve dâva konusu hukukî ilişkinin, özel hukuka girdiğinin kabulü hâlinde, MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁷.

İş sözleşmesinin tarafları ve işin yapıldığı yer bakımından milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, işverenin elçilik veya konsolosluk olduğu iş sözleşmelerinde tartışmalıdır. Devletler hukukunda, elçilik ve konsolosluk binaları farazî olarak ülke dışı sayılmaktadır¹⁶⁸, ancak iş sözleşmeleri ve onun özel hukuka ilişkin sonuçları bakımından, bu faraziye geçerli değildir¹⁶⁹. Bu gerekçeyle, işverenin elçilik veya konsolosluk olduğu iş sözleşmelerinde, işin yapıldığı yer bakımından milletlerarası unsur bulunmamaktadır, sadece iş sözleşmelerinin tarafları açısından milletlerarası unsur vardır¹⁷⁰.

¹⁶⁴ DELAUME, agm., s. 262-266; ÖZDEMİR, agm., s. 939.

¹⁶⁵ LANDO, International Situations, s. 19.

¹⁶⁶TUNCAY, Yabancı Hukuk, s. 184. Ayrıca 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kapsamında, Türkiye'de Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan yabancı sermayeli şirketler, Türk şirkettir. Dolayısıyla yabancı işveren kabul edilmemektedir.

¹⁶⁷Yargıtay 9. HD., 08.07.1997, 1977/8206 E. ve 1997/13945 K. Karar özeti için bkz. BOZKURT, H.Argun, **İş Davaları, Usul, İspat, Örnek Dilekçeler**, Ankara 2001, s. 766-769.

¹⁶⁸ VERDROSS, Alfred/BRUNO, Simma, **Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis**, Berlin 1984, s. 455-457.

¹⁶⁹ VERDROSS/BRUNO, age., s. 456.

¹⁷⁰ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 119.

Doktrinde bir görüşe göre, bu durumda, kanunlar ihtilâfına ilişkin bir sorun bulunmamaktadır¹⁷¹. Doktrinde savunulan ve katıldığımız karşı görüşe göre, bu iş sözleşmeleri, her ne kadar işin yapıldığı yer bakımından olmasa da, iş sözleşmelerinin tarafları bakımından milletlerarası unsur taşıdığı için, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması gereklidir¹⁷².

Son olarak, milletlerarası örgütlerde çalışan kişiler genellikle, vatandaşı oldukları ya da ikamet ettikleri ülkenin dışında çalışmaktadır ve iş sözleşmenin tarafları ve işin yapıldığı yer bakımından milletlerarası unsur ortaya çıkmaktadır. Ancak bu kişilerin, çalıştıkları milletlerarası örgütle olan iş sözleşmeleri, o örgütün iç işleyişine ilişkin kurallar tarafından idare edilmektedir¹⁷³. Kural bu olmakla birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.07.2007 tarih 2007/11591 E. ve 2007/22288 K. sayılı Kararında¹⁷⁴, İslâm Konferansı Örgütünde çalışan işçinin, iş sözleşmesinin, geçerli bir neden olmadan feshedildiği iddiasıyla işe iade ve tazminat talebiyle açtığı dâvada, işyerinin Türkiye'de bulunması, işçinin Türk vatandaşı olması, dâvalı işverenin Sosyal Sigortalar Kurumu'na kaydının yapılıp, dâvacının primlerinin yatırılmış olması nedeniyle, Türk hukukunun uygulanacağına karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararında, Sosyal Sigortalar Kurumu'na, dâvalının işveren olarak kaydının yapılıp, dâvacının primlerinin yatırılmış olması belirleyici olmuştur.

Sonuç olarak, bütün bu olası durumlarda, bir iş sözleşmesi, birden fazla hukuk düzeniyle bağlantılı hâle gelmektedir ve bu ilgili hukuk düzenlerinden hangisinin hukukunun uygulanacağı sorunu, bir başka deyişle kanunlar ihtilâfi problemi ortaya çıkmaktadır.

¹⁷¹ TUNCAY, Can, “Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 913, (Uygulanacak Kanun).

¹⁷² EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 119.

¹⁷³ Milletlerarası örgütlerde çalışanların, örgütün iç işleyişine ilişkin kurallara tâbi olması konusunda ayrıntılı olarak bkz. MORGENSTERN, Felice, “The Law Applicable to International Officials”, 18, ICLQ, 1969, s. 739-756.

¹⁷⁴ Yargıtay 9. HD., 09.07.2007 tarih 2007/11591 E. ve 2007/22288 K. Karar özeti için bkz. RUHİ, age., s. 318-319.

c. Bireysel İş Sözleşmelerinde Sübjektif İrtibatın Milletlerarası Unsur Yaratıp Yaratmayacağı

Genel olarak sözleşmeler bakımından, doktrinde bir görüşe göre, yabancı hukukun seçilebilmesi için sözleşmenin objektif irtibat noktaları bakımından, milletlerarası unsur taşıması şart değildir¹⁷⁵. Türk doktrininde de taraftar bulan bu görüşe göre, tarafların seçtiği yabancı hukuk dışında, objektif olarak bir milletlerarası unsur bulunmasa dahi, yabancı hukukun seçilmesi, genel olarak bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu kabul edilmesi için yeterlidir¹⁷⁶.

Türk doktrininde, diğer görüş uyarınca, milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren bir sözleşme, objektif irtibat noktaları bakımından, milletlerarası unsur taşımasa dahi, yabancı hukukun seçimi ile milletlerarası unsurlu hâle gelebilir. Fakat sözleşme, milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmiyorsa, yabancı hukukun seçilmiş olması, o sözleşmeyi milletlerarası unsurlu kabul etmede yeterli olmayacaktır¹⁷⁷.

Objektif irtibat noktaları bakımından milletlerarası unsur taşımayan bir iş sözleşmesinde, tarafların, aralarındaki iş sözleşmesine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmiş olmasının, bu iş sözleşmesini milletlerarası unsurlu bir sözleşme hâline getirip getiremeyeceği, bir de iş sözleşmeleri özelinde tartışılmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, objektif olarak milletlerarası unsur taşımayan bir iş sözleşmesinde, iş hukukunun emredici nitelik taşımayan alanlarında, işçi lehine olması şartıyla, yabancı bir devlete ait bir hukukun seçilmesi mümkündür¹⁷⁸.

Katıldığımız görüş uyarınca, bir iş sözleşmesinde, ilgili bütün objektif unsurlar, tek bir ülkeyle irtibatlı olduğunda, iş sözleşmesinin taraflarının yabancı bir hukuku seçmesi, tek başına bu sözleşmeyi milletlerarası unsurlu hâle getirmede yetersizdir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Bu yönde yabancı doktrinde, SIEHR, agm., s. 22.

¹⁷⁶ EKŞİ, Yabancılık, s.7; NOMER/ŞANLI, age., s.311.

¹⁷⁷ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 212.

¹⁷⁸ AKYİĞİT, agm., s. 19.

¹⁷⁹ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 899; CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 218; ÇİLİNGİRLİOĞLU, Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk

İlgili bütün objektif unsurları, tek bir ülkeyle ve dolayısıyla devletle irtibatlı olan sözleşmelerde, devlet, özel hukuk işlemlerini kontrol etmede, daha güçlü bir rol almak istemektedir¹⁸⁰. Bunun nedeni, devletin, özel hukuk düzeyinde gerçekleşen işlemlerin hakkaniyetini temin etme ve ekonomik ilişkileri koruma isteğidir¹⁸¹. İş sözleşmeleri alanında bu politika çok daha güçlüdür ve mahallî iş sözleşmelerini düzenleyen devlet, yabancı bir hukukun seçilmesi ile bu amaçların bertaraf edilmesine izin vermemektedir¹⁸².

Ayrıca, genel olarak milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, irade muhtariyetinin temelinde; birden fazla hukuk düzeninin uygulanma olasılığı karşısında, taraflara, kendi menfaatlerine uygun bir hukuku seçerek, diğer hukuk düzenlerinin kurallarının uygulanmasını engelleyerek, öngörülebilirlik ve kesinlik sağlamak bulunmaktadır¹⁸³. Bu nedenle, ilgili bütün objektif unsurları, tek bir ülkeyle ve dolayısıyla devletle irtibatlı olan sözleşmeler bakımından bu görüş kabul edilmez¹⁸⁴.

Son olarak, MÖHUK'un uygulama alanı bakımından subjektif irtibatı değerlendirmek gerekirse; 1. maddede, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun, kanunlar ihtilâfı kuralları ile düzenlendiği belirtilmiştir. Bu maddede, “yabancılık unsuru” ile kastedilenin, tarafların yabancı bir hukuku yetkili kılmasıyla ortaya çıkan yabancılık ögesi değil, hukukî işlem ve ilişkide objektif olarak mevcut olan yabancılık ögesi olduğu vurgulanmaktadır¹⁸⁵.

Seçimi: Subjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s. 113; DOĞAN, İş Akdi, s. 33. Aynı yönde yabancı doktrinde, SMITH/CROMACK, agm., s. 4.

¹⁸⁰ LANDO, *International Situations*, s. 17.

¹⁸¹ EBRAHIMI, age., s.77.

¹⁸² EBRAHIMI, age., s.77.

¹⁸³ LANDO, *International Situations*, s. 18.

¹⁸⁴ LANDO, *International Situations*, s. 18.

¹⁸⁵ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 250-251; TEKİNALP, age., s. 336.

2. Bireysel İş Sözleşmelerinin Değişik Veçhelerine Uygulanacak Hukuku Tayin

Eden Bazı Bağlama Kuralları

a. Ehliyeti İdare Edecek Bağlama Kuralları

aa. Ehliyetin Vasıflandırılması

Uygulanacak hukukun tayini anlamında ehliyet, bir kişinin haklardan yararlanabilmesine, hakları kullanabilmesine ve borç ve yükümlülük altına girebilmesine dolayısıyla genel olarak bir sözleşmenin tarafı olabilmesine dair hususları ifade etmektedir¹⁸⁶.

Doktrinde, iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin sınırlamaların, uygulanacak hukukun bir parçası mı olduğu yoksa kamu hukuku karakterli koruyucu kurallar içinde mi değerlendirilmesi gerektiği, vasıflandırma meselesi olarak ele alınmaktadır ve bu konuda vasıflandırmanın, kamu hizmetleri bu ilişkiyle ilgili olan devletin hukukuna göre yapılması önerilmektedir¹⁸⁷.

Milletlerarası unsurlu iş ilişkilerinde, işverenin kim olduğuna karar vermek, özellikle, işçinin, aynı grup içindeki bir bağımsız şirketten diğerine gönderilmesi, işverenin, birleşme ya da devralmalar nedeniyle değişmesi ve bağlı ortaklıklarda çalışan işçiler bakımından vasıflandırma güçlükleri yaratmaktadır¹⁸⁸. İşçinin, aynı grup içindeki bir bağımsız şirketten diğerine gönderildiği durumlarda; işverenin, geleneksel olarak *for* hukukuna göre vasıflandırılması yanında, iş ilişkisine uygulanacak hukuka göre vasıflandırılma yapılması önerilmiştir¹⁸⁹. Bağlı ortaklıklarda çalışan işçiler için, ana şirketin de işveren olarak sorumlu tutulabilmesi için vasıflandırmanın daha esnek yapılması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁹⁰.

¹⁸⁶ TEKİNALP, age., s. 61.

¹⁸⁷ GAMILLSCHEG, Franz, “**Rules of Public Order in Private International Labour Law**”, 181/3, Rec. Des. Cours, 1983, s. 302; BARATTA, agm., s. 159.

¹⁸⁸ MORGENSTERN, Felice, **International Conflicts of Labour Law. A Survey of the Law Applicable to the International Employment Relation**, Geneva 1984, s. 61.

¹⁸⁹ MORGENSTERN, age., s. 62.

¹⁹⁰ MORGENSTERN, age., s. 64.

İşverenin, birleşme ya da devralmalar nedeniyle değişmesi hâlinde ise; devreden işverenin de belirli sorumluluklarının devam etmesi amacıyla, devrin yapıldığı yer hukukunun da ehliyete uygulanacak hukukta dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁹¹.

bb. Bağlama Kuralları

aaa. Mukayeseli Hukuk

Sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuk, Kıta Avrupası hukuklarında ve diğer ülkelerde farklı şekilde belirlenmektedir. Kıta Avrupası ülkeleri daha çok, millî hukuku esas alırken¹⁹², Birleşik Devletler ve İngiliz hukukunda, sözleşme yapma ehliyeti, sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından idare edilmektedir¹⁹³. Örneğin Fransız, Alman, İtalyan, Avusturya, Yunan ve İspanyol hukuklarında ehliyete, kişinin vatandaşı olduğu devletin ülkesinin hukukunun uygulanması söz konusudur¹⁹⁴. Danimarka ve Norveç hukukunda, ikametgâh; İsveç hukukunda ise vatandaşlık, bağlama noktası olarak tercih edilmiştir¹⁹⁵.

İş sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukukun, özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. İstisnaî olarak, eski Demokratik Alman Cumhuriyetinde, uygulanacak hukuka dair 1975 tarihli Kanun'da, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunun ve aynı zamanda işçinin mutad meskeninin orada bulunması koşuluyla işin yapıldığı yer hukukunun, iş sözleşmesi yapma ehliyetine de uygulanması öngörülmüştür (m.27)¹⁹⁶.

¹⁹¹ MORGENSTERN, age., s. 64.

¹⁹² MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 385-386.

¹⁹³ EHRENZWEIG /JAYME, age., s. 48; GAMILLSCHEG, Franz/Franzen, Martin, “**Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations**”, in **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, Kluwer International Law, The Hague 2004, s. 227; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 750; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 386.

¹⁹⁴ SIEHR, agm., s. 37.

¹⁹⁵ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 25. Ehliyet, Roma I Tüzüğü'nün 13. maddesinde düzenlenmiştir ve Roma Sözleşmesi'nin 11. maddesini tekrar etmektedir. Buna göre, aynı ülkede bulunan taraflar arasında yapılan sözleşmede bu ülke hukukuna göre ehliyete sahip olan gerçek kişi, karşı tarafın sözleşme akdedildiği sırada kendisinin ehliyetsiz olduğunun farkına varmış veya ihmâli sonucunda farkına varamamışsa, diğer bir hukuka göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilir. MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 385-386.

¹⁹⁶ MORGENSTERN, age., s. 65.

İş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuk, Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Tasarısı'nda, özel olarak ele alınmıştır. Tasarıda, yasaklayıcı kurallar ve tedbirler hakkında ifa yeri kanununun uygulanması saklı kalmak şartıyla, iş sözleşmesi yapma ehliyetine tarafların millî hukukunun uygulanması önerilmiştir. Bununla birlikte, küçüklerin ve evli kadınların ehliyeti hakkında işin ifa yeri hukuku uygulanır meğer ki küçüğün yasal temsilcisi veya evli kadının kocası tarafından millî hukuklarına dayanan açık bir engel söz konusu olsun¹⁹⁷.

bbb. Türk Hukuku

Türk hukukunda, iş sözleşmelerinde, ehliyeteye uygulanacak hukuk, ne 2675 sayılı Kanun döneminde¹⁹⁸ ne de günümüzde MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiştir; genel düzenlemeye tâbi olacağı benimsenmiştir¹⁹⁹. MÖHUK m.9'a göre, iş sözleşmesi yapabilme ehliyeti, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan diğer ülkelerdeki gibi²⁰⁰ kural olarak, ilgilinin millî hukukuna tâbidir²⁰¹. 2675 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, ehliyeteye kural olarak millî hukukun uygulanması prensibi, MÖHUK m.9'da değişmeden devam etmiştir.

Ayrıca, MÖHUK m.4'e göre, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe, a- Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dâva tarihinde bulunduğu ülke hukuku; b- Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku; c- Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku uygulanır²⁰².

¹⁹⁷ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szászy.*, m.1.

¹⁹⁸ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 225; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 131.

¹⁹⁹ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 225; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 131.

²⁰⁰ GAMILLSCHEG, agm., s. 324.

²⁰¹ NOMER/ŞANLI, age., s. 219; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 186.

²⁰² 2675 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle benzerlik taşıyan düzenlemede, sadece (a) bendine “ve mülteciler” ibaresi eklenmiştir. Kanun gerekçesinde, bu değişikliğin amacının, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 22. maddesinde konuya ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte, Sözleşme'ye katılmamış ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da

Genel kural MÖHUK m.9 olmakla birlikte, bir hukukî işlemin yapılabilmesi için, genel olarak fiil ehliyeti için aranan şartlardan farklı şartların gerçekleşmesi gerekiyorsa, özel ehliyet için ehliyet statüsünün değil, *lex causae*'nin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁰³.

Geçerli bir iş sözleşmesinin mevcudiyeti için, iş sözleşmesinin taraflarının, sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olması zorunludur. İş sözleşmesi yapabilme ehliyeti ise, yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık gibi özel nedenlerle sınırlanabilmektedir²⁰⁴. Bunun nedeni iş hukuku kapsamında, sözleşme yapma ehliyeti bakımından, kişileri mutlak bir eşitlik içinde kabul etmenin, korunmak istenen kişi gruplarının ve dolayısıyla millî çıkarın ve kamu düzeninin aleyhine sonuçlar yaratacak olmasıdır²⁰⁵.

Türk maddî iş hukukunda, iş sözleşmesi yapma ehliyeti, yaş küçüklüğü, cinsiyet ve sağlık durumu nedenleriyle sınırlanabilmektedir²⁰⁶. Anayasa'nın 50. maddesine göre, "*kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhî yetersizliği olanlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*".

Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlakî gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak *hafif işlerde*, kanunda belirtilen sürelerle çalıştırılmaları mümkündür (İş Kanunu m.71). Yer altında ve su altında yapılacak işlerde, onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukların, sanayiye ait gece işlerinde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaktır (İş Kanunu m.72, 73/1).

düzenlenmesi olduğu ifade edilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

²⁰³ SARGIN, age., s. 42; TEKİNALP, age., s. 72; NOMER/ŞANLI, age., s. 224.

²⁰⁴ MORGENSTERN, age., s. 65; EKONOMİ, age., s. 95-96; SÜZEK, age., s. 274; ÇELİK, age., s. 118.

²⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 369.

²⁰⁶ SÜZEK, age., s. 274.

Her yaştaki kadınların, yer ve su altında çalıştırılmaları yasaktır (İş Kanunu m.72)²⁰⁷. Onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler, çocuklar ve çalıştığı iş ile ilgili meslekî eğitim almamış işçiler, *ağır ve tehlikeli* işlerde çalıştırılmaz²⁰⁸.

Doktrinde bir görüşe göre, biyolojik güçsüzlükleri nedeniyle, kadınlar, çocuklar ve gençleri özel bir korumaya kavuşturan ve onların belirli bazı işlerde çalışmalarını önleyen düzenlemeler, iş güvenliğine ilişkin, kamu hukukuna ait, ülkesel nitelikli kurallardır²⁰⁹. Bu nedenle, Türk iş mahkemesinde görülmekte olan bireysel bir iş uyuşmazlığında, kadınların, çocukların ve gençlerin iş güvenliğine ilişkin, Türk iş hukuku kuralları uygulanacaktır²¹⁰.

2675 sayılı Kanunun yürürlüğe girmeden önce, yaş küçüklüğü, hizmet sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından uyuşmazlık konusu olmuştur. Bir yıl süreyle mürebbiye olarak çalıştırılmak üzere, Türkiye'ye getirilen, İsviçre'li dâvalıdan, haklı bir sebep olmaksızın bir başka ailenin yanına gitmiş olması nedeniyle, dâvacı Türk vatandaşının, yapmış olduğu ödemenin iadesi istemiyle açtığı dâvada, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 13.10. 1959 tarih, 6346 E. ve 7158 K. sayılı kararında, kabul beyanının İstanbul'a gönderildiği ve akdin sonuçlarını doğurmaya başladığı tarihte, dâvalının, İsviçre hukukuna göre reşit olmaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vermiştir²¹¹. Bu karar, özel iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin olmayıp; genel olarak fiil ehliyetine ilişkindir ve ilgilinin millî hukuku uygulanmıştır.

²⁰⁷ Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı'ndan görüş alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir (İş Kanunu m.73/2).

²⁰⁸ Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri, Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikte gösterilir (İş Kanunu m.85/1,2). Ayrıca, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının resmî sağlık kurumlarından alınan hekim raporuyla sabit olması şarttır (İş Kanunu m.86). Ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocukların işe alınması durumunda, işin niteliğine ve koşullarına göre, yapılarının dayanıklı olduğunun resmî hekim raporuyla belirtilmesi gerekir (İş Kanunu m.87).

²⁰⁹ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 225. Bu yönde yabancı doktrinde; GAMILLSCHEG, agm., s. 324; MORGENSTERN, age., s. 68.

²¹⁰ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 225.

²¹¹ 4. HD, 13.10. 1959 tarih, 6346 E., 7158 K. Karar özeti için bkz. GÖĞER, Bağlama Kuralları, s. 201.

İş sözleşmelerinde, ehliyeteye ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlardan biri de bekarlık klozları olarak ifade edebileceğimiz “*celibacy clauses*”lar yani evli kadınların iş için elverişli olmadığına ya da işten alıkonulabileceğine ilişkin klozlardır²¹². İş sözleşmesinin taraflarından birinin evli kadın işçi olması hâlinde, sözleşme yapma ehliyetine, millî hukukun uygulanması sorunu çözmede yetersiz kalmaktadır.

İş sözleşmelerinde, ehliyeteye ilişkin olarak ortaya çıkan son sınırlama, yabancı işçi çalıştırma yasaklarıdır²¹³. Ülkedeki çalışma hayatının korunması için getirilmiş bu yasaklar, o derecede önemlidir ki, yabancı işçi çalıştırma yasağına karşın, bir yabancının çalıştırılması durumunda, geçerli bir iş sözleşmesinin kabulü mümkün olmamaktadır²¹⁴.

İş sözleşmeleri özelinde ortaya çıkan bir değer sorun, işlem güvenliğine ilişkin MÖHUK m.9/2'de yer alan hükümdür. Buna göre, millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise, yaptığı hukukî işlemle bağlıdır²¹⁵. Aile ve miras hukuku ile taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hüküm dışında tutulmuşken, iş sözleşmeleri için özel bir istisna getirilmemiştir. Daha çok, ülkede meydana

²¹²1960'dan bu yana kadınların ve aynı zamanda evli kadınların da çalışma hayatına yoğun katılımıyla birlikte, bu klozların geçerliliğine ilişkin tartışmalar, söz konusu şartların icra edilemez bulunmalarıyla sonuçlanmıştır. MORGENSTERN, *Evolution of Labour Law*, s. 432.

²¹³ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, *age.*, s. 107; ÇELİK, *age.*, s. 119. Yabancıların Türkiye'de çalışma şartları, 27.2.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kabul tarihi: 27.02. 2003, RG. 06.03.2003-25040.

²¹⁴ Bu konuda yabancı doktrinde, MORGENSTERN, *age.*, s. 68. Türk doktrininde, CENTEL, *Bağlama Kuralları*, s. 225; NARMANLIOĞLU, *age.*, s. 145; SÜZEK, *age.*, s. 288. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2.9.1957 tarih, 8477 E., 5478 K.; 11.8.1958 tarih 7336 E., 5560 K. sayılı kararlarında, Türk vatandaşlarına tahsis edilen işlerde çalışan yabancıların, geçerli bir iş sözleşmeleri bulunmadığı için kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Karar özetleri için bkz. BAŞARI, Orhan, **Türk İş Hukuku Mevzuatı**, İstanbul 1967, s. 63, 66. Benzer şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.4.1965 tarih, 2940 E., 3326 K. sayılı kararında, yabancılara yasak olmayan işte çalışan yabancının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağına karar vermiştir. Karar özeti için bkz. BAŞARI, *age.*, s. 49.

²¹⁵ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 123; TİRYAKIOĞLU, *Taşınır Mallar*, s. 251. 2675 sayılı Kanun'un 8/2. maddesinde işlem güvenliğine ilişkin olarak, “*millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı, Türk hukukuna göre ehil ise Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlıdır*” hükmü, tek yanlı bir bağlama kuralıydı. Bu hüküm MÖHUK m.8/2'de çok yanlılaşmıştır. NÖMER/ŞANLI, *age.*, s. 228; ÇELİKEL/ERDEM, *age.*, s. 206.

gelen ticarî işlemleri, üçüncü kişiler bakımından koruma amacı taşıyan bu düzenlemenin²¹⁶, iş sözleşmelerinde uygulanması düşünülemez²¹⁷.

Ayrıca, işyeri sahibinin hukukî işlem ehliyetine sahip olmadığı durumlarda, yasal temsilcisinin, ölümü hâlinde mirasçılarının işveren sıfatını kazanıp kazanamayacağı²¹⁸, milletlerarası unsurlu iş ilişkisi için değerlendirmelidir. MÖHUK m.10/1 hükmüne göre, vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Yabancıнын millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.10/2). Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılığa veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir (MÖHUK m.10/3)²¹⁹. İşverenin ölümü hâlinde, mirasçılarının, işveren sıfatı kazanıp kazanmayacağı, MÖHUK m.20/1 hükmüne göre, ölen işverenin millî hukukuna tâbi olacaktır²²⁰.

İş sözleşmelerinde işçi, her zaman gerçek kişi iken, işveren, tüzel kişi, kişi veya mal topluluğu olabilir. Bu durumda, işverenin, iş sözleşmesi yapma ehliyeti, statüsündeki idare merkezi hukukuna tâbi olacaktır²²¹. Ancak fillî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde, Türk hukuku uygulanabilir (MÖHUK m.8/4)²²². Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel

²¹⁶ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 36.

²¹⁷ Yabancı doktrinde bu yönde, GAMILLSCHEG, agm., s.324; MORGENSTERN, age., s. 66.

²¹⁸ ÇELİK, age., s. 42.

²¹⁹ Konuya ilişkin olarak ayrıntılı olarak bkz. TEKİNALP, age., s. 234-235; NOMER/ŞANLI, age., s. 281 vd; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 209.

²²⁰ NOMER/ŞANLI, age, s. 283. Mirasın açılması sebeplerine, iktisabı ve taksimine ilişkin hükümleri, terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılan MÖHUK m. 20/2 hükmünün dar yorumlanması gerektiği ve mirasın açılması sebeplerine, iktisabı ve taksimine ilişkin vasıflandırma için ayrıntılı olarak bkz. BARAN-ÇELİK, Neşe, **Milletlerarası Unsurlu Ölümüne Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini**, Ankara 2008, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 203 vd.

²²¹ NOMER/ŞANLI, age., s. 233.

²²² Doktrinde, bu hükmün çok yanlılaşması gerektiği belirtilmektedir. DOĞAN, Milletlerarası, s. 207. İşlem güvenliği ilkesinin, tüzel kişilerin ehliyeti bakımından, uygulanıp uygulanmayacağı ise, MÖHUK m.9/2'de, "millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi" ifadesi nedeniyle tartışılmıştır. Tüzel

kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti ise, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir (MÖHUK m.8/5).

cc. Türk Hukukuna Dair Değerlendirme ve Öneri

Sözleşme akdetme ehliyetini ele alan bağlama kuralları, daha çok yerel ticareti koruma amacıyla düzenlenmiştir. İş hukuku alanında, ehliyete uygulanacak hukuk açısından aynı kuralların uygulanması, özellikle çocuk işçiliği ve iş sözleşmelerinde cinsiyet, yaşlılık gibi sınırlar bakımından, yeterince etkili değildir²²³.

Kanaatimizce, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, ehliyete uygulanacak hukuk, Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Tasarısı'na benzer bir özel düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır ve işlem güvenliğine ilişkin düzenlemeden, iş sözleşmelerinin istisna edilmesi gerekmektedir.

Biyolojik güçsüzlükleri nedeniyle, kadınlar, çocuklar ve gençleri özel bir korumaya kavuşturan ve onların belirli bazı işlerde çalışmalarını önleyen düzenlemelerin, kamu hukukuna ait kurallar olduğundan bahisle, kanunlar ihtilâfi hukuku dışında bırakan görüş ise; kamu hukuku- özel hukuk ikiliği iş hukuku bakımından belirsizliğini koruduğu için sorunu çözmede yetersizdir.

Kanaatimizce, iş sözleşmelerinde ehliyete uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralı, “*yasaklayıcı kurallar ve tedbirler hakkında işin mutaden yapıldığı yer hukukunun aradığı özel ehliyet şartlarının işçiye sağladığı asgarî koruma saklı kalmak şartıyla, iş sözleşmesi yapma ehliyetine her bir tarafın millî hukuku uygulanır.*” şeklinde yeniden düzenlenmelidir.

kişilerin ehliyetinin, millî hukuk değil, statüdeki idare merkezine göre tespit edildiği vurgulanmıştır. Ancak amaçsal yorumla, işlem güvenliği ilkesinin, tüzel kişiler için de uygulanması gerektiği yönünde bkz. DOĞAN, Milletlerarası, s. 208.

²²³ GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 227.

b. İş Sözleşmelerinin Şeklini İdare Edecek Bağlama Kuralları

aa. Şeklin Vasıflandırılması

Genel anlamda şekil, hukukî işlemlerin yapılması için iradelerin kendisini anlaşılabilir hâle getirecek bir araçtır²²⁴. Sözleşmelerin şekli, yazılı belge, el yazısı, ciro veya senet gibi hukukî işlem yapan taraf için, hukuk tarafından aranan herhangi bir dış davranış anlamına gelmektedir²²⁵. Bir uyuşmazlığın iş sözleşmesinin şekline ilişkin bir uyuşmazlık mı yoksa esasına ilişkin bir uyuşmazlık mı olduğu yine bir vasıflandırma meselesidir²²⁶.

Milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesinde, uyuşmazlık, iş sözleşmesi akdeden taraflar için bu sözleşmenin ortaya konulmasında aranan bir dış davranışa ilişkin ise, bu uyuşmazlığın şekle ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Bazı sözleşmelerin yazılı yapılmadıkça edimin yerine getirilemeyeceğine ilişkin *forum*'un belirli emredici kuralları, usul kuralı olarak vasıflandırılabilir ve böylece, sözleşmeye uygulanacak hukuk başka bir ülkenin hukuku olsa bile, usule ilişkin bir mesele olduğu için *lex fori*'nin kurallarının uygulanacağı ileri sürülebilir. Geçerlilik şartı olarak yazılılığın aranmasının usulî bir şart kabul edilmesine günümüz yazarlarınca şiddetle karşı çıkmaktadır²²⁷.

bb. Bağlama Kuralları

aaa. Mukayeseli Hukuk

Pek çok millî iş hukuku düzenlemelerinde, bireysel iş sözleşmelerinin veya iş ilişkilerine bazı bildirimlerin yazılı yapılması öngörülmüştür. Bu gibi düzenlemelerin, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin hükümler olarak mı değerlendirileceği yoksa

²²⁴ TUĞ, Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, B.2, Konya 1994, s. 3 vd; DOĞANGÜN, Temel, **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996, s. 37.

²²⁵ HORLACHER, M. Matthew, “**The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**” 27, *Cornell International Law Journal*, 1994, s. 180; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 38; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 747. Benzer tespit için Türk doktrininde, AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 173.

²²⁶ DOĞAN, İş Akdi, s.124; AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 178; DOĞAN, Milletlerarası, s. 215.

²²⁷ HARTLEY, C.Trevor, “**Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach**”, 266 *Rec. Des. Cours.*, 1997, s. 356.

işçinin korunması amacının yerine getirilmesini sağlayan kurallar olarak mı kabul edilmesi gerektiği tartışılmalıdır. Örneğin iş sözleşmesinin, işveren tarafından sözlü olarak da feshedilmesini kabul eden bir ülkede bulunan işveren; işçisinin işini mutaden yerine getirdiği başka bir ülkede feshin yazılı olarak yapılmasını aramakta olsa bile iş ilişkisini, telefonla sona erdirebilecek midir²²⁸?

Bireysel iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması, bazı ülkelerde, bütün iş sözleşmeleri için öngörülmüştür²²⁹. Bazılarında, belirli bir süreden fazla devam eden iş sözleşmelerinin, evde çalışmaların, kısmî zamanlı çalışmaların ya da parça başı yapılan iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Yazılılık, bazı ülkelerde geçerlilik şartı iken; bazılarında, iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi için aranmakta; bazı ülkelerde ise, geçerlilik şartı olmamakla birlikte, işverenin cezaî sorumluluğuna yol açmaktadır²³⁰. Türk maddî iş hukukunda, iş sözleşmelerinin geçerliliği, kural olarak şekle bağlı değildir (İş Kanunu m.8/1)²³¹.

Common law doktrininde, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliği konusunda, sözleşmenin imzalandığı yerin, işin ifa edildiği yerden daha önemli olduğu görüşü de ileri sürülmektedir²³². Bununla birlikte, hazır olamayanlar arasında yapılan sözleşmeler

²²⁸ GAMILLSCHEG, agm., s. 325.

²²⁹ MORGENSTERN, age., s. 66.

²³⁰ MORGENSTERN, age., s. 66.

²³¹Süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin ise yazılı şekilde yapılması zorunludur (İş Kanunu m.8/2). Belirsiz süreli veya bir yıldan kısa süreli bir iş sözleşmesinin, yazılı olarak yapılmasına gerek yoktur. SÜZEK, age., s. 270; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 400. Bununla birlikte, yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hâllerde, işverenin, işçiye, genel ve özel çalışma koşullarının gösterildiği bir belge verme yükümlülüğü bulunmaktadır (İş Kanunu m.8/son). Ancak süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerine bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. İş Kanunu m.11/1'de ise, süresine bakılmaksızın tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması düzenlenmiştir. Doktrinde, bu düzenlemenin İş Kanunu m.8/2 ile çeliştiği ifade edilmektedir. SÜZEK, age., s. 270. Doktrinde diğer görüşe göre bu hüküm, süresi bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından, ispat şartı olarak kabul edilmelidir. MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 401. Bu hükmün, "*Tanım ve şekil*" başlığı altında düzenlenmiş olması nedeniyle, şekle ilişkin özel düzenleme olan 8. maddeye göre, sadece süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin ise yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır. SÜZEK, age., s. 271. Ayrıca, takım sözleşmelerinin (İş Kanunu m.16/2) ve çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinin (İş Kanunu m. 14/1) ve Deniz İş Kanunu (m.5) ve Basın İş Kanunu (m.4) kapsamındaki sözleşmelerin de yazılı yapılması gerekir.

²³² HERZOG, E. Peter, "**Private International Law Aspects of Labor Relations**", 10, AJCL. Supp., 1992, s. 149.

bakımından, örneğin faksla, e-postayla veya posta yoluyla yapılan sözleşmelerde, sözleşmedeki her bir taraf için sözleşmenin akdedildiği bir yer bulunmaktadır²³³.

Avrupa Birliği hukukuna bakılacak olursa, Roma I Tüzüğü, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin özel bir hüküm getirmemiştir. Bir sözleşme, esasına uygulanacak hukukun veya akdedildiği ülkenin hukukunun şekli gerekliliklerini yerine getiriyorsa, şeklen geçerlidir (m.11/1). Sözleşmenin taraflarının veya temsilcilerinin farklı ülkelerde bulunması hâlinde, sözleşme, esasına uygulanacak hukuk veya taraflarından veya temsilcilerinden birinin sözleşmenin akdedildiği sırada bulunduğu ülkenin hukuku veya sözleşmenin akdedildiği sırada mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukunun şekli gerekliliklerine uygunsuzsa, şeklen geçerlidir (m.11/2). Mevcut veya öngörülen bir sözleşmeyle ilgili tek taraflı bir davranış, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk veya davranışın ifa edildiği ülkenin hukuku veya sözleşmeyi kaleme alan kişinin o sıradaki mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukunun şekli gerekliliklerini taşımakta ise, şeklen geçerlidir (m.11/3)²³⁴.

İsviçre Hukukunda, IPRG m.124/2'de ise farklı devlet ülkelerinde bulunanlar arasında yapılan sözleşmelerin, sözleşmeye uygulanacak hukukun öngördüğü şekil yanında,

²³³ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da bu sorunun çözümü için, madde 9'a, sözleşmenin akdedildiği yer hukuku ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ek olarak, icapta bulunan tarafın mutad meskeninin hukukunun eklenmesi önerilmiştir. Bu kuralın, elektronik anlamda akdedilen sözleşmeler ayrımı yapılmaksızın uygulanacağı ifade edilmiştir. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 39. Bu yaklaşım, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu'nun Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğü Önerisi'nde de devam etmiştir. Buna göre, bir sözleşme, Tüzüğe göre esasa uygulanacak hukukun şekli gerekliliklerini taşıyorsa veya taraflardan birinin veya taraflardan birinin acentasının sözleşmenin akdedildiği sırada bulunduğu ülkenin hukuku veya sözleşmenin akdedildiği sıradaki mutad meskeni hukuklarından birinin şekli gerekliliklerini yerine getiriyorsa, şekli olarak geçerlidir. 2005 tarihli Öneri metni için bkz. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, Presented by the Commission, Brussels, 15.12.2005. COM (2005) 650 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf (szt. 17.8.2009) Bundan sonra Tüzük Önerisi olarak anılacaktır.

²³⁴ FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 749; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 384- 385. Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde, sözleşmelerin şeklen ayakta tutulması ilkesi bakımından, maddenin daha fazla alternatif içermesi gerektiği yönünde görüş için bkz. WEINTRAUB, J.Rusell, "How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The ECC Convention", 17, Tex. Int'l L.J., 1982, s. 162.

tarafların ülkesinde bulunduğu devletlerden birinin hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapıldığı takdirde de geçerli olacağı düzenlenmiştir²³⁵.

İsviçre hukukunda, sözleşmelerin şekli geçerliliği konusunda, m.124/3 dikkat çekicidir. Madde hükmüne göre, “*sözleşmeye uygulanacak hukukun, taraflardan birini korumak amacıyla belli bir şekle uyulmasını öngörmesi hâlinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun başka bir hukukun uygulanmasını kabul etmediği hâllerde, sözleşmenin şekli, münhasıran bu hukuka tâbidir*”²³⁶.

İş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda, Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Tasarısı'nda, iş sözleşmesinin, akdedildiği yer hukukuna göre şeklen geçerli olması durumunda bile; işin yapıldığı yer hukuku özel şekil şartları aramakta ise bunlara uyulması öngörmüştür²³⁷.

Doktrinde bir görüşe göre, iş hukuku alanında aranan şekil şartları, işçinin korunması amacına hizmet etmektedir. Bunun sonucu olarak, iş sözleşmelerinde aranan şekil şartlarındaki herhangi bir esneklik, doğrudan iş hukukunun amacına ters düşmektedir²³⁸.

Diğer görüşe göre, iş sözleşmelerinde aranan yazılılık şartı, şekli geçerliliği etkileyen kurallar olarak değerlendirilemez; fakat emredici karakterli maddî hukuk düzenlemeleri olarak göz önüne alınmalıdır²³⁹. Fakat bu görüş “emredici karakterli maddî hukuk düzenlemeleri” kavramını açıklamamaktadır.

²³⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun İngilizce metni için, UMBRICHT, P.Robert, **Switzerland's Federal Code on Private International Law**, Zurich 2010. Bu konuda ayrıca bkz. TURHAN, Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S.41, Yıl: 1991, s. 140; SYMEONIDES, C. Symeon: “**The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction**”, 37, AJCL, 1989, s.187-246.

²³⁶ TURHAN, agm., s. 141, (naklen).

²³⁷ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szász, m.2.*

²³⁸ GAMILLSCHEG, agm., s. 325; MORGENSTERN, age., s. 67; KREBBER, Sebastian, “**Conflict of Laws in Employment in Europe**”, 21, Com. Lab. L. &Pol'y J., 1999-2000, s. 530; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 227.

²³⁹ DICEY/MORRIS, age., s. 1313; STONE, age., s. 321.

bbb. Türk Hukuku

MÖHUK'ta, tüketici sözleşmelerinin aksine²⁴⁰, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk, 2675 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi; genel kural olan MÖHUK madde 7 hükmüne göre tespit edilecektir²⁴¹.

MÖHUK m.7'ye göre hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Sözleşmelerin şekli geçerliliğini desteklemek (*favor negotii*) amacıyla, MÖHUK madde 7'de, alternatif bir kural getirilmektedir²⁴². Buna göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre veya sözleşmenin akdedildiği yer hukukuna göre, sözleşmenin, şekli geçerlilik şartını taşıması yeterlidir²⁴³. Ayrıca hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukukta atıf reddedilmiştir²⁴⁴.

Türk doktrininde, 2675 sayılı Kanun döneminde, bir görüşe göre, iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk, sözleşmelerin şekli geçerliliğine ilişkin genel düzenlemeye tâbi olmalıdır²⁴⁵. Buna göre, bir iş sözleşmesinin şekli geçerliliği, akdedildiği yer hukukuna veya esasa uygulanacak hukuka tâbidir²⁴⁶.

Bu dönemde, doktrinde yer alan diğer görüşe göre, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine, sözleşmelerin şekli geçerliliğine ilişkin genel düzenlemeler uygulanamaz²⁴⁷. Fakat bu görüş, genel düzenleme yerine hangi hükümlerin uygulanması gerektiğini açıklamamaktadır.

²⁴⁰ MÖHUK m.26/3'e göre, tüketici sözleşmelerinin şekline, genel düzenleme olan 7. madde uygulanmaz, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, Tüketici, s. 126-130.

²⁴¹ 2675 sayılı Kanun döneminde bu tespit için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s. 124.

²⁴² TEKİNALP, age., s. 107; DOĞAN, Milletlerarası, s. 212; NÖMER/ŞANLI, age., s. 211.

²⁴³ *Favor negotii* amacıyla şekle uygulanacak hukukun genişletilmesi yönündeki Avrupa Birliği hukuku yaklaşımı Türk hukukunda benimsenmemiştir.

²⁴⁴ NÖMER/ŞANLI, age., s. 212; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 190.

²⁴⁵ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 226; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 130.

²⁴⁶ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 226; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 130.

²⁴⁷ AKYİĞİT, agm., s. 20.

cc. Türk Hukukuna Dair Değerlendirme ve Öneri

Kanaatimizce, iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukukun özel olarak düzenlenmemiş olması, Türk hukuku için büyük bir eksikliktir. İş sözleşmelerinin şekli, iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun işçiyi koruyan maddî hukuka ait asgarî emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, şekle uygulanacak hukuka dair genel düzenlemeye tâbi olmalıdır. Bunun gerekçesi, iş sözleşmelerinde aranan şekil şartının, işçi için asgarî bir koruma amacı taşıması²⁴⁸, bir ispat koşulu değil, geçerlilik koşulu olmasıdır²⁴⁹. Ancak işçiyi koruma amacıyla, şekle aykırılığın yaptırımının, uygulanacak hukukun maddî hukukuna göre, geçmişe etkili olmayıp, ileriye dönük hüküm ve sonuç yaratması²⁵⁰ veya iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşüp dönüşmeyeceği, her bir hukuk düzeninin maddî hukuk adaletine göre çözümlenmelidir.

Tartışılması gereken bir diğer konu, iş sözleşmelerinde, hukuk seçiminin şekli geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağıdır. Hukuk seçimi sözleşmesi, asıl sözleşmeden ayrı bir hukukî niteliğe sahiptir ve hukuk seçimi sözleşmesine uygulanacak hukuk da sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku gösteren genel düzenleme olan MÖHUK m.7'ye tâbi olacaktır²⁵¹.

Son olarak, tarafların şekle uygulanacak hukuku seçip seçemeyecekleri üzerinde durulmalıdır. İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir(MÖHUK m.27/1). O hâlde bir iş sözleşmesinde de kural olarak, tarafların şekle uygulanacak hukuku kararlaştırmalarına engel bir düzenleme bulunmamaktadır²⁵². Bu durumda tarafların hukuk seçimi iradesine göre tercih ettikleri hukukun şekil şartlarına

²⁴⁸ ESENER, İş Hukuku, s. 150; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 303.

²⁴⁹ SÜZEK, age., s. 272; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 406.

²⁵⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 114; SÜZEK, age., s. 272; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 403.

²⁵¹ DOĞAN, İş Akdi, s. 26.

²⁵² Genel olarak sözleşmelerde, bu yönde, DOĞANGÜN, age., s. 114.

uygun olarak akdedilmedikçe, bireysel iş sözleşmesinin şeklen geçerli kabul edilmesine olanak yoktur²⁵³.

Ancak iş sözleşmeleri özelinde, tarafların şekle uygulanacak hukuku seçebilmelerinin sınırını, yine işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma oluşturacaktır. Örneğin, Türk vatandaşı işçi ve işveren arasında, Türkiye'deki işyerinde akdedilen, işin mutaden yapılacağı yer bakımından milletlerarası unsurlu, bir yıl ve daha fazla süreli bir iş sözleşmesi, İş Kanunu m.8/2'ye aykırı olarak yazılı şekilde yapılmamışsa ve bu sözleşme, aynı zamanda şekle dair hukuk seçimi klozu da içermekteyse, seçilen hukuka göre şeklen geçerli olan iş sözleşmesi, şeklî olarak geçerli olacaktır. Katıldığımız görüşe göre, bu durumda, işçinin korunması ilkesi çerçevesinde, seçilen hukuka uygun olarak, iş sözleşmesinin, şeklî olarak geçerli olduğu kabul edilmelidir²⁵⁴.

c. İş Sözleşmelerinin Esasını İdare Edecek Bağlama Kuralları

aa. Akit Statüsünün Vasıflandırılması

İş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk, bir başka deyişle iş akdi statüsü, sözleşmenin akdedilmesinden sona ermesine kadar pek çok meseleyi idare edecektir. Ehliyet ve şekle ilişkin hususlar dışında, iş sözleşmeleri özelinde, esasa uygulanacak hukukun hangi iş ilişkilerini idare edeceği, iş hukukunun kendi dengelerine göre tespit edilmektedir²⁵⁵.

Bu kapsamda, uygulanacak hukuk, iş sözleşmesinin akdedilmesi, bir süreye bağlı olup olmaması, içeriği, hükümleri, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi şartları, iptal edilmesi, feshedilmesi, iş sözleşmesinin yorumlanması, sözleşmenin hükümsüz olması durumunda

²⁵³ Genel olarak sözleşmelerde, bu yönde, DOĞANGÜN, age., s. 114.

²⁵⁴ AKYIĞIT, agm., s. 19.

²⁵⁵ Roma I Tüzüğü'nün 12. maddesine göre, uygulanacak hukuk, sözleşmenin yorumuna, ifasına, usul hukuku tarafından mahkemeye verilen yetki ölçüsünde zararların değerlendirilmesi de dahil sözleşmenin kısmen ya da tamamen ihlâlinin sonuçlarına, borcun sona erme sebeplerine, zamanaşımına ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına uygulanır. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ilişkin bu düzenlemenin, sözleşmeden doğan yükümlülükleri tanımlamakta başarısız olduğu ve kapsamlı olmadığı dolayısıyla belirsizliklere yol açtığı yönünde görüş için bkz. HORLACHER, agm., s. 185.

yapılacak ödemeler, işçinin işi ifa yükümlülükleri ve sadakat yükümlülüğü, kusur sorumluluğunun sınırlanması, rekabet etmeme yükümlülükleri, işverenin özen sorumluluğu, ücret, işverenin eşit işlem yükümlülüğü, işçi buluşları²⁵⁶, ihbar süreleri, haksız ve haklı işten çıkarmalar, tazminat, geri ödemeli veya geri ödemesiz işe iade, işverenin işçilerin çalışma koşullarına ilişkin yetkileri, şirket lojmanları gibi esasa ilişkin bütün unsurları idare etmektedir²⁵⁷.

bb. Özel Bağlama Kuralları ile İşçinin Korunması Gereği

Taraflardan birinin sosyo-ekonomik bakımdan zayıf olduğu iş sözleşmelerinde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması, iş sözleşmesinin güçlü tarafı olan işveren lehine sonuçlar doğurabilir²⁵⁸. Böylece daha zayıf tarafın korunması gereken bu gibi sosyal içerikli sözleşmelerde, özel bağlama kuralları düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır²⁵⁹.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, politik (siyasal) ekol olarak anılan eğilim, JAYME, KEGEL; NEUHAUS, LORENZ ve SCHURING tarafından savunulmuştur²⁶⁰ ve

²⁵⁶ MÖHUK m.28/3'e göre, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanır. İşçinin buluş veya teknik gelişmelerden yararlanmasına dair sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşme hukuku kapsamı dışında kalmakla birlikte, koruyan ülke hukukuna da tâbi kılınmayan konular olarak kategorize eden görüş ve konuya ilişkin tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. SARGIN, age., s. 33 vd.

²⁵⁷ GAMILLSCHEG, agm., s. 326; MORGENSTERN, age., s.70-73; GAMILLSCHEG/ FRANZEN, agm., s. 229; Türk doktrininde, DOĞAN, İş Akdi, s. 121; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 129; NÖMER/ŞANLI, age., s. 331.

²⁵⁸ VISCHER, B.Frank, **“The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”** in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 28, (Typical Performance); SOLOMON, Dennis, **“Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”**, 82, Tulane Law Review, 2007-2008, s. 1717; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 726.

²⁵⁹ JAYME, Erik, **“The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)”** in **International Contracts and Conflicts of Laws: a Collection of Essays**, ed. by Petar Šarčević, London 1990, s. 48; LAJOLO DI COSSANO, Ferdinando, **“How the European Court of Justice Shaped the Brussels I Regulation: Individual Contracts of Employment”**, Sant'Anna Legal Studies, Stals Research Paper No.10/2008, s. 12-13.

²⁶⁰ MARTINEK, Michael, **“Codification of Private International Law – a Comparative Analysis of the German and Swiss Experience”**, 2, J.S.Afr.L., 2002, s. 243.

Keynezyen ekonomi politikasının, zamanla sorgulanması sonucunda, bireylerin hukukî durumlarının zayıflaması yeniden tartışılmıştır²⁶¹.

Bu çerçevede, taraflardan birinin daha zayıf olduğu ya da taraflardan birinin menfaatlerinin daha çok korunması gerektiği fikrinden hareketle, kanunlar ihtilâfi kuralları, bu amaca uygun şekilde düzenlenmektedir²⁶². Bu amaç için iki düzenleme politikası ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce ya da sonra, birden fazla devletin hukukundan birinin alternatif olarak uygulanması veya mahkemeye, zayıf olan taraf yararına bu hukuklardan birini uygulama yetkisi verilmesidir²⁶³. Diğer yol ise potansiyel olarak baskı altında ya da zayıf olan taraf bilgilendirilmeden yapılan hukuk seçimi karşısında bu tarafı koruyucu kanunlar ihtilâfi kuralları getirmektir²⁶⁴.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, sosyo-ekonomik görüşten hareketle, işçi, iş ilişkisinin zayıf tarafı kabul edilmektedir ve dolayısıyla gerek milletlerarası ve milletlerüstü düzenlemelerde²⁶⁵ gerekse millî kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarında, iş sözleşmeleri için, özel kanunlar ihtilâfi kuralları getirilerek, işçiyi korumak amaçlanmıştır²⁶⁶. Bu özel kanunlar ihtilâfi kuralları, uygulanacak hukukun tayinine ilişkin genel kuralların istisnasıdır ve onları belirli durumlarda sınırlamaktadır²⁶⁷.

²⁶¹ Kanunlar ihtilâfi kurallarının her alanında aynı etkiyi göstermeyen bu yaklaşım, günümüzde, işçilerin ve tüketicilerin korunması alanında hâlen etkilidir. EHRENZWEIG/JAYME, age., s. 14.

²⁶² JAYME, agm., s. 48; VISCHER, B.Frank, “**General Course on Private International Law**”, 232, Rec. Des Cours, 1992, s. 40(General Course); BRILMAYER, Lea, “**The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules**”, 252, Rec. Des. Cours. 1995, s. 70-71; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 301. Türk doktrininde DOĞAN, Milletlerarası, s. 314; GÖNGÖR, Yakınlık, s. 58.

²⁶³ SYMEONIDES, C. Symeon, **Private International Law at the End of the 20th Century: Progress of Regress?**, The Hague 2000, s. 56.

²⁶⁴ SYMEONIDES, age., s. 56; Türk doktrininde, DOĞAN, İş Akdi, s. 58 vd.

²⁶⁵ Özellikle Roma Sözleşmesi'nin, Topluluk Tüzüğü'ne dönüştürülmesi ve modernize edilmesinde gözetilen amaçlardan biri de zayıf taraflar için öngörülen korumanın daha güçlü bir şekilde sağlanmasıdır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 19.

²⁶⁶ DICEY/MORRIS, age., s. 1303; LIUKKUNEN, age., s. 115; SLATE, K. William, “**Business, Labor and Law in the Global Economy: Resolution of International Employment and Labor Disputes**”, 52, Rich. J. Global L. & Bus., 2005, s. 160. Türk doktrininde, DOĞAN, İş Akdi, s. 49; AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 257; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 355. Milletlerarası özel hukukta, işçini korunması için mevcut metotlar, hukukî politik bir tartışmadan çok, hukukî teknik bir tartışmadır. POLAK, agm., s. 326.

²⁶⁷ MORSE, Employment Contracts, s. 1; DICEY/MORRIS, age., s. 1303; SYMEONIDES, age., s. 60; MARTINEK, agm., s. 244; BRIGGS, age., s. 172; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 301.

cc. Bağlama Kuralları

aaa. Hukuk Seçimi İradesi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanındaki yansımaları olan irade muhtariyeti ilkesi; milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinden biridir²⁶⁸. Milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin tarafları, hukuk seçimi yaparak, sözleşmeden doğan ilişkilerini hangi hukukun idare edeceği üzerine anlaşabilirler²⁶⁹.

İrade muhtariyeti ilkesi, 19. yüzyılda gelişmiştir ve 20. yüzyılın ilk yarısında, tarafların farazî iradesi testi; özellikle İngiliz, Amerikan, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde, işlemin objektif irtibatları temelinde tekrar edilmiştir²⁷⁰. Taraflar, sözleşmeyi idare edecek hukuka dair açık bir irade ortaya koyduğunda; onların bu açık iradesi, kesinliği ve öngörülebilirliği sağlar²⁷¹. Sözleşmeyi idare edecek hukuka dair açık bir seçim yoksa, bu irade, sözleşmenin niteliğinden ve sözleşmede kullanılan terimlerden çıkarılabilir veya genel olarak hâlin icabından anlaşılabilir²⁷².

Bir sözleşmenin taraflarının, uygulanacak hukuku seçebilmesi, kanunlar ihtilâfi kuralı içeren milletlerarası sözleşmelerde de temel bir prensip hâline gelmiştir²⁷³. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü de, irade muhtariyetinin milletlerarası özel hukukun temel

²⁶⁸ VISCHER, General Course, s. 126; DOLINGER, agm., s. 250; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 359; HEISS, Helmut, “Party Autonomy” in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s. 1.

²⁶⁹ VERHAGEN, L.E.Hendrik, “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*”, 51 ICLQ, 2002, s. 135. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da yapılan tanıma göre, seçim özgürlüğü, özel kişilerin, hukukî durumlarına uygulanacak hukuku seçme hakkıdır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 44.

²⁷⁰ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 2-3; WEINBERGER, D.Allan, “Party Autonomy and Choice of Law: The Restatement (Second), Interest Analysis and the Search for a Methodological Synthesis”, 4, Hofstra L.Rev., 1975-1976, s. 606-607; DICEY/MORRIS, age., s. 1188; LANDO, Ole, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations”, 7, The King's College Law Journal, 1996-1997, s. 56-59, (Contractual Obligations).

²⁷¹ JUENGER, Two European, s. 539; DOLINGER, agm., s. 255.

²⁷² DICEY/MORRIS, age., s. 1189.

²⁷³ Örneğin 1955 tarihli Maddî Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi, 1986 tarihli Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi gibi. DOLINGER, agm., s. 254.

ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir²⁷⁴. Günümüzde, irade muhtariyetinin kabul edilmesi gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Hâlen tartışılmalan konu, irade muhtariyetinin sınırlanmasının gerekip gerekmediği ve gerekiyorsa, bu sınırlamanın, hangi sözleşmeler için ve ne ölçüde ortaya çıkacağı üzerindedir²⁷⁵.

aaaa. Hukuk Seçimi Yapılmasının Nedenleri

Milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin taraflarının, sözleşmeden doğan ilişkilerini idare edecek en elverişli hukuku tespit etmekte belirli bir donanımına sahip oldukları kabul edilmektedir²⁷⁶. Taraflar, sözleşmeyi idare edecek olan hukuka ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak için²⁷⁷ hukuk seçebilecekleri gibi, tarafsız bir hukuka sahip olmak istemiş de olabilirler²⁷⁸. Tarafları hukuk seçimi yapmaya iten bir başka neden, söz konusu sözleşmeyle irtibatlı başka sözleşmeler mevcut ise bütün sözleşmelerin aynı hukuk tarafından idare edilmesini sağlamaktır²⁷⁹. Hukuk seçimini elverişli kılan nedenlerden bir diğeri, seçilen hukuk sisteminin, tarafların seçim yaptığı sözleşme bakımından gelişmiş bir düzenleme ve uygulamaya sahip olmasıdır²⁸⁰. Ayrıca taraflar hukuk seçimi yaparak, aşına oldukları bir hukukun uygulanmasını sağlayabilirler²⁸¹.

Sayılan bu nedenler, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmasında da etkilidir. Ancak uygulamada, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin, büyük oranda yapılmadığı görülmektedir. Bunun çeşitli nedenleri olabilir. Birincisi, iş sözleşmesinin taraflarının, genellikle bir hukukçuya danışmadan sözleşme akdetmeleridir. İkinci olasılık, tarafların hukuk seçimi konusunda anlayamamalarıdır. Bir diğeri neden, objektif bağlama kuralına göre

²⁷⁴ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Basel -1991, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, 7th Commission, Rapporteur: Mr. Eric Jayme.*

²⁷⁵ EBRAHIMI, age., s. 73.

²⁷⁶ LANDO, *International Situations*, s. 18; EBRAHIMI, age., s.83.

²⁷⁷ WEINBERGER, agm., s.611; LANDO, *International Situations*, s. 18; GUTSELL, agm., s. 467; CALITZ, agm., s. 6;

²⁷⁸ LANDO, *International Situations*, s. 18; DICEY/MORRIS, age., s. 1213.

²⁷⁹ LANDO, *International Situations*, s. 18; VERHAGEN, agm., s. 143; EBRAHIMI, age., s. 85.

²⁸⁰ LANDO, *International Situations*, s.18; DICEY/MORRIS, age., s. 1214; EBRAHIMI, age., s. 83; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 701.

²⁸¹ FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 701.

uygulanacak hukukun, taraflardan birinin, daha çok işverenin, menfaatlerine daha uygun olması durumunda, işveren tarafın sessiz kalmayı tercih etmesidir²⁸².

bbbb. Bireysel İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi İradesine Dair Tartışmalar

(i) Yabancı Doktrinde Yer Alan Tartışmalar

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, yabancı doktrinde yer alan tartışmalar, irade muhtariyetini reddeden, kanuna karşı hile müessesesi içinde kabul eden ve irade muhtariyetini kabul eden görüş olarak üçe ayrılmaktadır.

İrade muhtariyetini, iş sözleşmeleri kapsamında reddeden görüşe göre, hukuk seçimine izin verilmesi durumunda, işçi, sözleşmenin zayıf tarafı olarak her zaman için, seçim olmasa idi uygulanacak hukukun sağlayacağı korumadan mahrum kalacaktır²⁸³. Bu görüş, seçim bulunmasaydı uygulanacak hukukun, tarafların seçtiği hukukla karşılaştırıldığında, her zaman işçinin daha lehine olacağı düşüncesinden hareket etmektedir²⁸⁴.

İrade muhtariyetini reddeden bir başka görüş uyarınca kapsamı muğlak olmakla birlikte, iş hukukunun ülkesel niteliği nedeniyle, bu alanda tarafların hukuk seçimi özgürlüğünün bulunamayacağı ileri sürülmüştü²⁸⁵. Ülkesellik ilkesinden hareket eden görüşe dahil bir kısım yazar ise iş hukuku alanının kamu hukukuna ait olması nedeniyle ülkesel olduğu görüşünden hareket etmiştir²⁸⁶. İş sözleşmelerinde, taraflarca seçilen hukukun, hukuk

²⁸² ÖZEL, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/2’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, MHB, Yıl 22, S.1-2, 2002, Prof. Dr. Ergin NÖMER’e Armağan, s. 579.

²⁸³ Bu görüşe ilişkin yabancı doktrinde, MORGENSTERN, age., s. 19; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 220; EBRAHİMİ, age., s. 84. Türk doktrininde, DOĞAN, İş Akdi, s. 50; DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, GÜHFD, C.21, S.1-2, 2009, s. 150-151, (Uygulanacak Hukuk); DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi -2, İstanbul 2010, s. 109-110, (Tespit).

²⁸⁴ Bu görüşe dair açıklamalar için bkz. MORGENSTERN, age., s. 19; KREBBER, agm., s. 517.

²⁸⁵ Bu görüşe ilişkin bilgi için bkz. GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 221.

²⁸⁶ YAMAKAWA, Ryuichi, “Transnational Employment Dimension of Japanese Labor and Employment Laws: New Choice of Law Rules and Determination of Geographical Reach”, 31, Comp. Lab. L. & Pol’y J., 2009-2010, s. 357.

seçimi bulunmasa idi objektif olarak uygulanacak hukukun asgarî korumasından işçiyi mahrum etmesinin, kamu düzeni müdahalesi ile önlenmesi gerektiği savunulmuştur²⁸⁷.

Son olarak, FRANCESCAKIS ve WINTER'in görüşleri doğrultusunda, iş hukuku normlarının, doğrudan uygulanan kurallar kategorisinin özel bir parçası olması nedeniyle, irade muhtariyetinin bu alanda mevcut olamayacağı fikri ortaya atılmıştır²⁸⁸.

İş sözleşmelerinde, hukuk seçimini reddeden görüşlerin bir kısmı uyarınca, zayıf tarafın korunması amacıyla; iş sözleşmelerinde hukuk seçimi, iç hukuk alanında tanınan sözleşme özgürlüğü kapsamında kalmalıydı²⁸⁹.

Diğer yandan, 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nde ise, yabancı bir ülkedeki işletmeye devamlı olarak gönderilen işçilerin, iş sözleşmelerinde ve yabancı bir ülkede hiçbir işletmenin bünyesine girmeden çalışmada, hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiş; buna karşılık diğer iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin yapılması imkânına yer verilmemiştir²⁹⁰.

Yabancı doktrindeki ikinci görüş, iş sözleşmelerinde, hukuk seçimi iradesini, kanuna karşı hile müessesesi içinde değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, taraflardan birinin ekonomik olarak daha güçlü olduğu sözleşmelerde, hukuk seçimi ile taraflardan güçlü olanın, kanuna karşı hile yapması olasılığı bulunduğu için gerçek bir hukuk seçimi bulunup bulunmadığı şüphelidir²⁹¹. Oysa meselenin, kanunlar ihtilâfi hukukunun çok eski ve iyi bilinen kanuna karşı hile müessesesi ile çözülmesi mümkündür²⁹².

İş sözleşmesinin taraflarının, iş sözleşmesine uygulanmak üzere bir hukuku seçmek amacı olmaksızın, özellikle işverenin ekonomik ve sosyal gücünü kullanarak, emredici kurallardan kaçınmak amacıyla hukuk seçimi yapılmış olması, bu görüşe göre, bir çeşit

²⁸⁷ YAMAKAWA, agm., s. 356-357.

²⁸⁸ Bu görüşe dair açıklamalar için bkz. GAMILLSCHEG/ FRANZEN, agm., s. 221; YAMAKAWA, agm., s. 357.

²⁸⁹ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 7.

²⁹⁰ 1976 tarihli Tüzük Önerisi m.7; TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 892.

²⁹¹ FAWCETT, J.James, "Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law", 49/1, Cambridge Law Journal, 1990, s. 52.

²⁹² LANDO, Ole, "The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", 24, CMLR, 1987, s.183, (ECC Convention).

kanuna karşı hiledir²⁹³. Uygulanması engellenen bir hukuk, uygulanmasından yararlanan bir hukuk, hukuka aykırı olmayan bir araç ve hileli maksat olarak sayılan²⁹⁴ kanuna karşı hilenin bütün koşulları ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmeleri özelinde ortaya çıkan kanuna karşı hile, sadece işverenin, bu hukukî sonucu istediği ve ekonomik gücünü kullanarak, diğer tarafın (işçinin) iradesini baskıladığı bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer hileli amaç tespit edilebilirse, hileli sonucu tanımama olarak önerilen çözüm²⁹⁵, aslında bağlama kuralı olarak sunulan hukuk seçiminin sınırlanması metodunun özüdür ve yeni bir uygulama değildir²⁹⁶.

Kanaatimizce, asgarî koruma kuralının, kanuna karşı hileye indirgenmesi mümkün değildir. Birincisi, kanuna karşı hilenin ortaya çıkması için aranan, hileli maksat, iş sözleşmelerinin sadece işveren tarafı bakımından bulunmaktadır. İkincisi, işverenin, çalışma politikası olarak işçiler için daha elverişli bir hukukun seçilmesini talep etmesi ya da idarî ve teknik personel gibi vasıflı işçilerin, hukuk seçiminde, kendileri için daha elverişli bir hukukun seçilmesi yönünde iradelerini ortaya koymaları da mümkündür²⁹⁷. Özellikle işçinin, işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderildiği durumlarda, tarafların daha aşına oldukları; gönderilmeden önce iş sözleşmesini akdettikleri ülkenin hukukunu seçmeleri durumunda, gerçek bir hukuk seçimi bulunmaktadır. İş sözleşmelerinde hukuk seçiminin, sadece kanuna karşı hileye ilişkin teorilerle aydınlatılabileceği görüşüne katılmamaktayız²⁹⁸. Kaldı ki Türk hukukunda, kanuna karşı hileyi dikkate almayı emreden bir pozitif hüküm bulunmamaktadır.

²⁹³ GAMILLSCHEG, agm., s. 316-317.

²⁹⁴ Türk doktrininde, kanuna karşı hilenin unsurları için bkz. ULUOCAK, age., s. 227-228; SEVİĞ, age., s. 145; AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 138; TEKİNALP, age., s. 48; NOMER/ŞANLI, age., s. 129; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 99; DOĞAN, Milletlerarası, s. 153-154.

²⁹⁵ ULUOCAK, age., s. 229; Doktrinde diğer görüşe göre, kanuna karşı hileden kaçınmanın diğer bir yolu da kamu düzeni müdahalesine başvurmaktır. GÖGER, Bağlama Kuralları, s. 20.

²⁹⁶ EBRAHİMİ, age., s. 242. Özellikle sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde, tarafların, sözleşmeyle hiçbir ilişkisi olmayan bir hukuku seçmiş olması ve hile kastının bariz olduğu durumlarda, seçilen hukukun dikkate alınmaması önerilmektedir. EBRAHİMİ, age., s. 242.

²⁹⁷ Aynı yönde 1976 tarihli Tüzük Önerisi m. 7.

²⁹⁸ Genel olarak sözleşmelerde hukuk seçimi konusunda Türk doktrininde aynı yönde, TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 93.

Günümüzde, milletlerarası özel hukukta, iş sözleşmelerinde, irade muhtariyetinin kabul edilmesi görüşü ağırlıktadır. İş sözleşmelerinde hukuk seçimin, taraflar için bazı avantajlar sağlayabileceği unutulmamalıdır. Öncelikle, hukuk seçimi ile uygulanacak hukukta, objektif bağlama kuralına oranla kesinlik sağlanabilir, işin mutaden yapıldığı yerin değişmesi durumunda uygulanacak hukukun da değişmesinin önüne geçilebilir, işçi ve işverenin vatandaşı olduğu ülkede iş sözleşmesi akdetmesi ve daha sonra işçinin işini mutaden yerine getirmek üzere ülke dışında çalışması hâlinde, tarafların ve mahkemenin aşına oldukları hukukun uygulanması amacı elde edilebilir²⁹⁹.

(ii) Türk Doktrininde Yer Alan Tartışmalar

İş sözleşmelerine ilişkin kuralların, kamu düzenine ilişkin kurallar (*lois d'ordre public*) olarak, *for* devletinin sosyal kurallarıyla çok yakın ilişki içinde olması ve uygulanmalarının, sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, emredici bulunması; bu nedenle tarafların hukuk seçimine yer verilemeyeceği³⁰⁰ görüşü, Türk doktrininde de 1330 tarihli Muvakkat Kanun³⁰¹ döneminde bazı yazarlarca taraftar bulmuştu³⁰². Bu dönemde, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesine yer verilebileceği yönünde karşı görüşü benimseyen yazarlar da bulunmaktaydı³⁰³.

5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce, 2675 sayılı Kanun döneminde de, iş sözleşmeleri alanında, irade muhtariyetinin sınırlı bir şekilde kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktaydı³⁰⁴. Bu görüşlerden birine göre, iş sözleşmeleri alanında,

²⁹⁹ GAMILLSCHEG, agm., s. 315-316.

³⁰⁰ Bu görüşe yönelik yabancı doktrinde yer alan tespit için bkz. BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 138; MORGENSTERN, age., s. 19. Türk doktrininde bu tespit için bkz. DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 26; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 150; DOĞAN, Tespit, s. 109.

³⁰¹ 23 Şubat 1330 (1915) tarihli Kanunu Muvakkat (Memaliki Osmaniye'de bulunan Ecnebilere Hukuk ve Vazaifi Hakkında Kanunu Muvakkat, Düstur, 2. Tertip, C.7, s. 458.

³⁰² SEVİĞ, Muammer Raşid, “Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir?”, İÜHFM, C.V, Yıl:1939, s. 107-125; SEVİĞ, age., s. 93; BERKİ, O. Fazıl, **Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları**, Ankara 1971, s. 181.

³⁰³ Karşı görüş için bkz. ULUOCAK, age., s. 171-172; GÖĞER, Erdoğan, **Devletler Hususî Hukuku**, B.3, Ankara 1975, s. 306-307.

³⁰⁴ AKINCI, Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1992, s.11; DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 26; ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.6, İstanbul 2000, s.253 vd.; TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel**

kamu hukuku ve özel hukuka ait kuralları birbirinden ayırmak gerekliydi. Kamu hukukuna ait sosyal ve ekonomik politika hakkındaki hükümler, hukuk seçimine imkân vermeyen ülkesel kurallardır. İş sözleşmelerinin özel hukuka ilişkin diğer alanlarında, örneğin ücrete ilişkin konularda, işçi lehine hükümler getiren hukuk seçimi mümkün olmalıdır³⁰⁵.

2675 sayılı Kanun döneminde, iş sözleşmelerinde irade muhtariyetinin sınırlı bir şekilde kabul edilmesini savunan diğer bir görüş, sadece açık hukuk seçimine imkân verilmesi gerektiğini vurgulamaktaydı³⁰⁶. Ayrıca bu görüş, taraflarca seçilen hukukunun hükümlerinin, işçinin aleyhine olarak işçinin işyerinin emredici hükümlerinden farklı olması durumunda uygulanmayacağını; lehe olan hükümlerin uygulanacağını savunmaktaydı³⁰⁷.

2675 sayılı Kanun döneminde ifade edilen diğer bir görüşe göre, iş sözleşmelerinde, tarafların seçtiği hukuk, işyeri hukukunun işçiyi koruyan emredici hükümlerine ters düştüğü ölçüde uygulanmayacaktır³⁰⁸. Başka bir görüşe göre, objektif iş sözleşmesi statüsü ile seçilen hukuk, işçiyi koruyucu emredici hükümler bakımından karşılaştırılmalıdır. Yapılacak karşılaştırma sonucunda, daha iyi şartlar taşımakta ise seçilen hukuk uygulanmalıdır. Objektif iş sözleşmesi statüsü daha iyi şartlar taşımakta ise bu hukukun ilgili hükümleri uygulanmalıdır³⁰⁹. Ancak bu görüş, karşılaştırmanın, tekli şekilde yapılması durumunda ortaya çıkabilecek menfaatlerin sadece işçi lehine toplanması olasılığına işaret etmekte ve her hükmün birbiriyle irtibatlı diğer hüküm gruplarıyla bir bütün teşkil edecek şekilde karşılaştırılması gerektiğini vurgulamaktadır³¹⁰.

Son olarak, 2675 sayılı Kanun döneminde, savunulan diğer bir görüşe göre, irade muhtariyeti ilkesi, iş sözleşmeleri alanında; kamu düzenini ilgilendirmeyen özel hukuka

Hukuk Bağlama Kuralları, B.8, İstanbul 2004, s.307 vd.; NÖMER,Ergin/ ŞANLI,Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.13, İstanbul 2005, s. 306.

³⁰⁵ TEKİNALP, Milletlararası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, B.8, s. 309.

³⁰⁶ NÖMER/ŞANLI, Devletler Hususî Hukuku, B.13, s. 306.

³⁰⁷ NÖMER/ŞANLI, Devletler Hususî Hukuku, B.13, s. 306.

³⁰⁸ AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, (Kanunlar İhtilâfı)**, İstanbul 2001, s. 233.

³⁰⁹ DOĞAN, İş Akdi, s. 76.

³¹⁰ DOĞAN, İş Akdi, s. 76.

ilişkin hükümlerle sınırlıdır. Kamu düzenine yönelik özel hukuka ilişkin hükümler alanında, hukuk seçimi ilkesi uygulanamaz. Bu görüş, kamu hukukuna ilişkin kurallarda, hukuk seçiminin reddedilmesini, ülkesellik ilkesine dayandırmıştır³¹¹. Aynı görüş, günümüzde doktrinde MÖHUK m.27 bakımından savunulmuştur. Buna göre, ülkede bulunan herkese uygulanan kamu hukukuna ait sosyal ve ekonomik politika hakkındaki hükümler, hukuk seçimine imkân vermemektedir³¹².

Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda, iş sözleşmeleri, özel olarak düzenlenmiştir (MÖHUK m.27) ve iş sözleşmesinin taraflarının seçtikleri hukukun uygulanması prensibine ilk fıkrada yer verilmiştir. Ancak iş sözleşmesi, kural olarak, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

MÖHUK'un 27. maddesinin birinci fıkrası, sosyo ekonomik bakış açısıyla, sözleşmesel ilişkinin daha zayıf tarafı kabul edilen işçi için daha yeterli bir koruma getirme amacıyla kaleme alınmıştır³¹³. Hukuk seçimine ilişkin genel kurallar, sosyal politikalar nedeniyle işçiyi korumak için düzenlenen emredici kuralların işçiyi koruyucu etkisini bertaraf edebilir³¹⁴. Bu nedenle, 27. madde ile, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin etkisi kontrol edilerek, işçiyi koruyan bu genel politikaya etki tanımak amaçlanmıştır³¹⁵.

cccc. Hukuk Seçimi İradesinin Açık ve Örtülü Olması

(i) Mukayeseli Hukukta

İş sözleşmelerinde, örtülü hukuk seçiminin, zayıf taraf olan işçinin menfaatlerini korumada yetersiz bulan ve sadece “açık” hukuk seçimine yer veren millî düzenlemeler bulunmaktadır³¹⁶. Roma Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden önce, Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 44. maddesinin üçüncü fıkrasında, iş sözleşmelerinde açık hukuk

³¹¹ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 230; AKINCI, age., s. 86.

³¹² TEKİNALP, age., s. 401.

³¹³ DOĞAN, Zayıf, s. 24; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 363; NOMER/ŞANLI, age., s. 332.

³¹⁴ ESKO, age., s. 8; DICEY/MORRIS, age., s.1303.

³¹⁵ TEKİNALP, age., s. 400; NOMER/ŞANLI, age., s. 333.

³¹⁶ DOĞAN, İş Akdi, s. 56.

seçimi aranmaktaydı³¹⁷. Benzer şekilde, 1974 tarihli İspanyol Kanunu'nda, sadece açık hukuk seçimi kabul edilmişti³¹⁸.

Ne yürürlükte olduğu dönemde Roma Sözleşmesi'nde³¹⁹ ne de Roma I Tüzüğü'nde, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin açık yapılması gerektiği düzenlenmiştir³²⁰. Fakat açık bir irade tespit edilmediğinde, mahkemenin tarafların seçmiş olabileceği hukuku tayin etmesine bir başka deyişle farazî iradenin uygulanmasına izin verilmemektedir. Roma Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden önce de Kıta Avrupası'nda, farazî hukuk seçimine sıcak bakılmamıştır³²¹. Üye devletlerin mahkemelerinde, iş sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin tespitine ilişkin kararlar bulunmaktadır.

Örneğin, Fransız Temyiz Mahkemesi, 1997 tarihli, *Piriou v. CIEC* kararında³²², iş sözleşmesinin tarafları, açık bir hukuk seçimi yapmış olmasa dahi, iş sözleşmesinin yapıldığı yer, tarafların vatandaşlığı, iş sözleşmesinin başlangıçta ifa edileceği ülke ve ödemede esas

³¹⁷ PALMER, Edith, “**The Austrian Codification of Conflicts of Law**”, 28, AJCL, 1980, s. 222-234.

³¹⁸ BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 141; DICEY/MORRIS, age., s. 1306.

³¹⁹ Giuliano- Lagarde Raporu, bütün unsurların ışığında, sözleşmede açıkça ifade edilmiş olmasa bile mahkemeye, tarafların gerçek bir hukuk seçimi yapmış olduğunu tespit etme olanağı tanındığını göstermektedir. GIULIANO/LAGARDE, s. 10.

³²⁰ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 310.

³²¹ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 20; LANDO, Contractual Obligations, s. 59. Roma Sözleşmesi'nde, tarafların hukuk seçimi açık veya sözleşmeden veya hâlin şartlarından kesin olarak belirlenebiliyor olmalıydı. Roma Sözleşmesi, sözleşmedeki terimlerin ve hâlin şartlarının neler olabileceğini göstermemiştir. Tarafların açıkça hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, yorumlardaki farklılık, genellikle örtülü bir seçim ile hukuk seçiminin bulunmadığı vakıalar ve irtibat noktaları temelinde tespit edilen uygulanacak hukukun tayini göstergeleri arasında ortaya çıkmıştır. DICEY/MORRIS, age., s. 1306. Giuliano- Lagarde Raporu, *common law* gibi, en yakın irtibat testi ile örtülü irade arasındaki ayrımı çizmektedir. Örtülü irade ile en yakın irtibat testleri birbirinin içine geçmiştir ve objektif en yakın irtibat testi mevcut bir iradeyi seçmek için değil fakat formüle edilmemiş bir iradeyi uygulamak için tasarlanmıştır. Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Latin Amerika için Sözleşme'nin 7. maddesinde ise, örtülü hukuk seçimi, tarafların davranışlarından ve sözleşmedeki ifadelerden çıkarılmak şartıyla kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin, farazî iradeyi de kapsayacak denli geniş olduğu yönünde görüş için bkz. JUENGER, K.Friedrich, “**The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons**”, 42, AJCL, 1994, s. 388, (Inter American Convention). Sözleşme metni için, http://www.oas.org/DIL/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm (szt.1.2.2010).

³²² *Cour de Cassation (F)*, 28 October 1997, *La Semanle Juridique, Entreprise et Affaires* 1998, s. 1039. *Cass. Soc.*, 28 October 1997, *RJS1/1998, No.13*. Bu kararın, Roma Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce, 1 Nisan 1991'den önce akdedilen bir iş sözleşmesine ilişkin olmasına karşın Roma Sözleşmesi'ndeki ilkelerin bir örneği olduğu yönünde görüş ve kararın İngilizce özeti için bkz. SABIRAU-PEREZ, agm., s. 340; WILDERSPIN, Michael, “**The Rome Convention: Experience to Date Before the Courts of Contracting States**” in *Angleichung des Materiellen und des Internationlen Privatrechts*, ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 128, (The Rome Convention).

alınan para birimi gibi çeşitli unsurların, tarafların, örtülü olarak işçinin daha lehine olan Fransız hukukunu seçtiklerini gösterdiği sonucuna varmıştır³²³. Olayda, Fransız işveren şirket tarafından, Pakistan'da çalışmak üzere, Fransa'da işe alınan, Fransız işçinin, ücretinin Frankla ödenmesi ve iş sözleşmesinin, işçinin Pakistan'a gönderilmesinden önce Fransa'da etkilerini doğurması hususları dikkate alınarak, Fransız hukukunun seçildiği kabul edilmiştir³²⁴.

Fransız Temyiz Mahkeme'sinin, 2004 tarihli, *Maes – pLace et New Mjorette Company* kararında³²⁵ ise, iş sözleşmesinin Singapur'da akdedildiği, işin mutaden Singapur'da yapıldığı, ödemenin Singapur parası ile yapıldığı, sadece işveren ve işçinin Fransız olduğu bir olayda, örtülü olarak Singapur hukukunun seçildiği sonucuna varmıştır³²⁶.

Milano Bölge Mahkemesi'nin, 1995 tarihli, *Giannantonio v. SII* kararında³²⁷, İtalyan işveren şirket ile Libya'da çalışmak üzere İtalya'da işe alınan, İtalyan işçi arasındaki iş sözleşmesinde, İtalyan hukukuna özgü kavramlara yapılan spesifik göndermeler nedeniyle, örtülü olarak İtalyan hukukunun seçildiğine hükmedilmiştir.

Doktrinde, bir iş sözleşmesi, hem ihbar süresinin altı hafta olduğu A ülkesi ve hem de ihbar süresinin dört hafta olduğu B ülkesiyle irtibatlı bulunduğu, tarafların sözleşmelerini A ülkesinin hukukuna tâbi kılmak konusunda bir iradelerinin olduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca vergi veya sosyal sigorta hukukuna yapılan göndermenin de örtülü hukuk seçiminin bir belirtisi olabileceği önerilmiştir³²⁸.

³²³ SABIRAU-PEREZ, agm., s. 340-342.

³²⁴ Buna karşılık, iki Rus vatandaşının, Moskova'da akdettikleri ve yıllardır aralarındaki iş ilişkisinde, Rus hukukuna tâbi oldukları bir olayda, Fransız İstinaf Mahkemesi, işin yapıldığı yerin Fransa olduğundan hareketle, Fransız hukukunun uygulanmasına karar vermiştir. *Paris Court of Appeals, 18th Chamber, 7 June 1996, RJS 4/1997, No. 385*, Kararın İngilizce özeti için bkz. SABIRAU-PEREZ, agm., s. 342.

³²⁵ *Judgment of Cour de Cassation of September 7, 2004, Maes – pLace et New Mjorette Company*. Karar özeti için bkz. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 310.

³²⁶ Bu karar, sonucu itibarıyla doğru bulunmakla birlikte, hukuk seçiminin hâlin şartlarından kesin olarak belirlenememesi nedeniyle, gerçek bir hukuk seçiminin bulunmadığı eleştirisine uğramıştır. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 310.

³²⁷ *Pretura di Milano, 5 January 1995, RIDI 1996, p.503*. Kararın özeti için bkz. WILDERSPIN, *The Rome Convention*, s. 128.

³²⁸ GAMILLSCHEG, agm., s. 308; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s.217; LIUKKUNEN, age., s. 117.

Giuliano- Lagarde Raporunda, örtülü hukuk seçimine dair pek çok örnek verilmiştir. Raporda ve doktrindeki ilk örnek, sözleşmenin, özel bir hukuk sistemince idare edildiği bilinen bir standart form içinde bulunmasıdır³²⁹. Özellikle çok uluslu şirketlerin, çeşitli ülkelerdeki bağlı ortaklıklarında çalışan işçilerle, standart form sözleşmeler yaptıkları gözönüne alındığında, iş sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin araştırılmasında, bir hukuk sistemince idare edildiği bilinen standart form sözleşmeleri özel bir öneme sahip olmaktadır.

İkinci örnek, aynı taraflar arasındaki önceki deneyimlerde, açık hukuk seçimi bulunan sözleşmelerde seçilen hukukun, taraflar arasındaki politikayı değiştirmeyen durumlarda, mevcut sözleşmeye uygulanmasıdır³³⁰. Kanaatimizce, iş sözleşmelerinde, işverenin, işçinin, mutaden çalışmak üzere, başka bir ülkeye her gönderilişinde yeni bir iş sözleşmesi akdettiği durumlarda, işçi ve işveren arasında daha önce akdedilmiş iş sözleşmelerinde, hep aynı hukukun seçilmiş olması durumunda, örtülü bir hukuk seçiminin varlığı araştırılmalıdır.

Raporda ve doktrinde yer alan üçüncü örnek, bazı olaylarda, belli bir mahkemenin seçilmesinin, tarafların, sözleşmelerinin bu mahkemenin hukukunca idare edilmesini istediklerini gösterebilmesidir³³¹. Fakat bu, her zaman sözleşmedeki diğer ifadelere ve olayın diğer şartlarına tâbi olmalıdır³³². Bir uyuşmazlığı çözmek için belli bir ülkenin mahkemesinin

³²⁹GIULIANO/LAGARDE, s.10; LANDO, *Scandinavian Conflict of Law Rules*, s.10; DICEY/MORRIS, age., s. 1224; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 23; EBRAHIMI, age., s. 89; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 702; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 361; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 142.

³³⁰ GIULIANO/LAGARDE, s. 10-11; DICEY/MORRIS, age., s. 1225; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 24; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 704; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 360; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 142.

³³¹LANDO, *Scandinavian Conflict of Law Rules*, s. 10; Tüzük Önerisi, s.14.

³³² DICEY/MORRIS, age., s. 1225; LANDO, *Contractual Obligations*, s. 66; MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I**, Oxford 2004, s. 12; WILDERSPIN, *Rome I*, s. 264; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 705; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 148.

seçilmesinin, bir hukuk seçiminin makul göstergesi olabileceği (*qui eligit iudicem eligit ius*) önerilmektedir³³³.

Bu konuda farklı bir görüş ise, taraflar açıkça bir başka hukuku seçmedikçe, tarafların yetki anlaşması yapmasının, mahkemesi yetkili kılınan Üye Devletin hukukunu seçtiklerine karine olmasının, *forum* ile uygulanacak hukukun birbiriyle uyumlu hâle getirilmesi çabası olduğu belirtilmiştir fakat böylesi kesin bir ifadenin, tarafların iradelerine müdahale edip etmeyeceğinin şüpheli olduğu da vurgulanmıştır³³⁴. Bu hükmün daha esnek ve yumuşak şekilde ifade edilmesi gerektiği önerilmiştir³³⁵. Benzer bir yorum iş sözleşmeleri için de yapılabilir.

Son örnek, açık bir hukuk seçimi bulunmamasına rağmen, bir hukuk sisteminin özel hükümlerine gönderme yapılmasıdır. Ancak tarafların sözleşmelerinin sadece bir parçasını

³³³LANDO, Ole/ NIELSEN, A.Peter, “**The Rome I Proposal**”, 3/1, Journal of Private International Law, 2007, s.35.

³³⁴ LEIN, Eva, “**Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final, 15.12.2005, a Short Commentary**”, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s. 399; KESSEDJIAN, Catherine, “**Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal**” in **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, ed. by BASEDOW, Juergen/BAUM, Harald/NISHITANI,Yuko, Hamburg 2008, s. 111.

³³⁵ Bu öneri, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi Görüşünde de desteklenmiştir. *Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 13 September 2006, COM (2005) 650 final – 2005/0261 (COD)*, s. 4. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:318:0056:0061:EN:PDF> (szt. 2.9.2009). Bundan sonra ECOSOC Görüşü olarak anılacaktır. Aynı yönde görüşe göre, tarafların sadece, karşı tarafın ülkesindeki mahkemeler önünde yargılama işlemlerinden kaçınmak için, tarafsız bir üçüncü ülkenin mahkemelerine ilişkin yetki anlaşması yapmış olmasının, aynı ülkenin hukukunun seçildiğine karine olamayacağı örneği verilmiştir. BOELE-WOELKİ, Katharina/LAZIĆ, Vesna, “**Where Do We Stand on the Rome I Regulation?**”, in **The Future of European Contract Law: Essays in Honour of Ewoud Hondius to Commemorate His Retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht**, ed. by BOELE-WOELKİ Katharina / GROSHEÏDE Fredrik Willem/ HONDIUS Ewoud Herman, Kluwer Law International 2007, s. 29. Karşı görüş için bkz. MORSE, Robin, “**The Substantive Scope of Application of Brussels I and Rome I**” in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s. 209. Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lâtin Amerika için Sözleşme'de ise, taraflarca yetki anlaşması yapılmış olmasının,zorunlu olarak uygulanacak hukukun seçilmesini gerektirmediği hükmü yer almaktadır (m.7/2). JUENGER, Inter American Convention, s. 388.

idare etmek üzere bir hukuk seçmiş olması bu hukukun tüm sözleşmeyi idare etmesinin istendiğine karine olmaz³³⁶.

Sonuç olarak milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, hiçbir hukuk sisteminin mükemmellik tekeline sahip olmadığı ve diğer hukuk sistemlerinin farklı değerleri kabul edebileceği temel prensibinden hareket edilmektedir³³⁷. Genel olarak sözleşmelerde irade muhtariyeti ilkesinin kabul edilmesi, *forum* yerine tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının taraflardan birini daha az koruyabileceği fikrinin kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır³³⁸. Farazî hukuk seçimi ile örtülü hukuk seçimi arasındaki ince çizgi hâlen devam etmektedir³³⁹.

Restatement II nin³⁴⁰ 96. maddesinin lafzına göre, genel Amerikan eğilimine uygun olarak, iş sözleşmelerinde, tarafların açık hukuk seçimine etki tanınması gerektiği vurgulanmakla birlikte³⁴¹ Amerikan mahkeme kararlarında; seçilen hukuk ile iş sözleşmesi arasında uygun bir ilişkinin arandığı görülmektedir. Benzer ilişki Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 32. maddesinde aranmaktaydı. Diğer yandan İsviçre hukuku, hâlin icabından veya sözleşmenin kendisinden şüpheye yer vermeyecek şekilde çıkarılabilen bir seçimi aramaktadır³⁴².

Bununla birlikte, 1941 tarihli *Hogstadius & Johansson v. Hammarin* kararında, iki İsveçli işverenin, üç İsveçli işçiyi, işverenlerin Londra'da, işçilerinse İsveçte imzaladığı iş

³³⁶ DICEY/MORRIS, age., s. 1227; EBRAHIMI, age., s. 89.

³³⁷ VISCHER, General Course, s. 28-29.

³³⁸ VERHAGEN, agm., s. 144.

³³⁹ Alman ve İngiliz mahkemeleri, Roma Sözleşmesi'nin lafzı nedeniyle, diğer Avrupalı Taraf Devletlere oranla, daha esnek davranmıştır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 24. Örtülü hukuk seçimi desteklenmekle birlikte, uygulamada, mahkemelerin, örtülü hukuk seçimini destekleyecek uygun deliller bulunmaksızın, tarafların farazî iradesini kurma girişiminde bulunabileceklerine dikkat çekilmiştir. ECOSOC Görüşü , s. 3; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 24. Örtülü hukuk seçimine ilişkin madde 3/1'de, Roma Sözleşmesi'nde yer alan, sözleşmedeki ifadelerden veya hâlin icabından “uygun şekilde” anlaşılacak ifadesi, Roma I Tüzüğü'nde bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü'nde, sözleşmelerdeki ifadelerden ve hâlin icabından “açıkça” anlaşılacak gereklidir. FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 706; KESSEDJIAN, agm., s. 110; WILDERSPIN, Rome I s. 263; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 360; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 144. Doktrinde bir görüşe göre, Roma Sözleşmesi ile Roma I Tüzüğü arasındaki ifade farklılığı, esasa ilişkin değildir, İngilizce, Almanca ve Fransızca versiyonları yeknesaklaştırma amacı taşımaktadır. HEISS, agm., s. 1.

³⁴⁰ Second Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute, St. Paul, Minn 1971.

³⁴¹ HERZOG, agm., s. 149.

³⁴² TURHAN, agm., s. 125; GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 217.

sözleşmesine göre, Güney Afrika'daki işyerinde psikoterapist olarak çalışmak üzere işe aldığı olayda, Güney Afrika hukukuna göre geçersiz, İsveç hukukuna göre geçerli olan rekabet etmeme yükümlülüğünü değerlendiren ilk derece mahkemesi; rekabet etmeme yükümlülüğünün işveren için çok önemli olduğunu, Güney Afrika hukukuna göre, bu klozun geçersiz olduğunu bilseydi, İsveç hukuku seçilmedikçe bu sözleşmeyi akdetmeyeceğini ve işçilerin de bu klozu, geçerli olan İsveç hukukuna göre kabul ettiklerini gerekçe göstererek, tarafların farazî iradesinin İsveç hukukunun seçilmesi yönünde olduğuna karar vermiştir³⁴³.

Örtülü hukuk seçimin, iş sözleşmelerinde dengelenen menfaatler bakımından pratik sorunlar taşıdığı bir gerçektir. Örneğin, işveren şirket, sözleşmenin akdedildiği sırada işçinin aşına olmadığı belli bir millî hukukun örtülü olarak seçilmesini isteyebilir. Bu gerçek karşısında, iş sözleşmelerinde, örtülü hukuk seçiminin, sadece, pazarlık gücünün daha dengeli olduğu toplu iş sözleşmelerinde kabul edilmesi gerektiği, doktrinde ileri sürülen görüşlerden biridir³⁴⁴. Uygulamada, iş sözleşmelerinde, örtülü hukuk seçiminin, işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu devletin hukukunu işaret ettiği görülmektedir³⁴⁵. Bu çekinceler yanında, örtülü hukuk seçimi, işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünü³⁴⁶ yerine getirmesinin ve böylece işçinin aşına olduğu koruyucu hükümlerin uygulanmasının bir aracı da olabilir³⁴⁷.

³⁴³ *Hogstadius & Johansson v. Hammarin* (*Nytt Juridiskt Arkiv 1941 p.350*), kararın İngilizce özeti için bkz. BOGDAN, Michael, “**Labor Relations in the Swedish Conflict of Laws**”, 51, *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1982, s.216, (Labor Relations).

³⁴⁴ EHRENZWEIG/JAYME, age., s. 32; GAMILLSCHEG, agm., s. 308.

³⁴⁵ PALAO-MORENO, agm., s. 320.

³⁴⁶ İşverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünün temelinde, eşitlik ilkesi, adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır. Türk hukukunda eşit işlem yapma yükümlülüğü, Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde, dil, din, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayanarak ayırım yapılamaz. Ayrıca, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, belirli veya belirsiz süreli ya da tam ve kısmî süreli iş sözleşmeleri yapılarak, işçi farklı işleme tâbi tutulamaz. SÜZEK, age., s. 396-400. Eşit işlem yapma yükümlülüğü, işe almadan, iş ilişkisinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin feshine dek varlığını sürdürmektedir. Ayrıntılı bilgi için EKONOMİ, age., s. 156-158; NARMANLIOĞLU, age., s. 223-224; SÜZEK, age., s. 402-413.

³⁴⁷ PALAO-MORENO, agm, s. 320.

(ii) Türk Hukukunda

2675 sayılı Kanun döneminde, genel olarak sözleşmeden borç ilişkilerine dair 24. maddede, sadece açık hukuk seçiminin yapılabileceği düzenlenmişti³⁴⁸ ancak doktrinde ve uygulamada, farazî hukuk seçimi kabul edilmemesine karşın örtülü hukuk seçiminin yapılabileceği görüşü hâkimdi³⁴⁹. 2675 sayılı Kanun döneminde, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu dönemde, doktrinde, iş sözleşmelerinde de hukuk seçiminin söz konusu olabileceği ancak bu seçimin, m.24/1, doğrultusunda, sadece “açık” yapılabileceği savunulmaktaydı³⁵⁰.

MÖHUK m.27/1'de, iş sözleşmelerinin, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacağı düzenlenmiş ancak bu seçimin açık ya da örtülü yapılması konusunda özel bir hüküm getirilmemiştir. İş sözleşmelerinde hukuk seçiminin, açık ya da örtülü yapıp yapılamayacağı, genel düzenleme olan 24. maddeden hareketle tartışılmalıdır³⁵¹.

Günümüzde, MÖHUK m.24/1, ikinci cümlesinde, örtülü hukuk seçimi kabul edilmiştir³⁵². Buna göre sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüte yer

³⁴⁸ 2675 sayılı Kanun'un, Öntasarısında, hukuk seçiminin, açık olarak yapılmasının tercih edildiği, örtülü hukuk seçiminin ise tespit edilmesinin güçlüğü nedeniyle benimsenmediği görülmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İ.Ü.H.F. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No.11, İstanbul 1978, s. 165-169. Bundan sonra “Öntasarı Sempozyumu” olarak anılacaktır.

³⁴⁹ TEKİNALP, Gülören, “**Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi**”, MHB, Yıl: 5, S.1, 1985, s. 28, (Hukuk Seçimi); TEKİNALP, Gülören, “**Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu**”, MHB Yıl: 1988, S.4, s.68, (Akdi Borç Statüsü); TURHAN, agm., s. 144; AKINCI, age., s. 18; DOĞAN, İş Akdi, s. 24; SARGIN, age., s. 195.

³⁵⁰ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 122; NOMER/ŞANLI, age., s. 333.

³⁵¹ DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 154; DOĞAN, Tespit, s. 113-114.

³⁵² TEKİNALP, Gülören, “**The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure**”, 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 329, (Turkish Code).

vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir³⁵³. O hâlde iş sözleşmelerinde de açık ya da örtülü olarak hukuk seçimi yapılabilecektir³⁵⁴.

Bir hukuk seçiminin açık olması, o sözleşmenin taraflarının, belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerini, yoruma gerek kalmayacak şekilde net ve anlaşılır olarak beyan etmiş olmalarıdır³⁵⁵. Türk hukukunda, bir hukuk seçiminin içeriği ve kapsamında yeterli bir açıklık bulunmadığında, bu meselenin bir yorum sorunu olduğu kabul edilmektedir. Yorumda ise *lex fori*'nin yetkili olduğu görüşü hâkimdir³⁵⁶. Türk maddî hukukunda, iş sözleşmelerinin yorumunda, işçi lehine yorum ilkesi geçerlidir³⁵⁷. Buna göre, iş sözleşmelerinde, üstün ekonomik gücü dolayısıyla, birkaç anlama gelebilen, çelişkili ifadelerin sonucuna, işçinin açık bir kötü niyeti olmadıkça, işveren katlanır³⁵⁸.

Doktrinde, işçinin korunması ilkesi gereğince, iş sözleşmelerinde, açık olarak yapılmış hukuk seçiminin aranmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür³⁵⁹. Ancak 27. maddede hukuk seçiminin açık olması gerektiği yönünde özel bir sınırlama bulunmamaktadır, bu yorum bir temenniden ibarettir.

Türk doktrininde, *internet* aracılığıyla kurulan milletlerarası iş sözleşmelerinde, işçinin korunması amacıyla, hukuk seçimine ilişkin klozun bulunduğu ikonunun ayrıca

³⁵³ Örtülü hukuk seçimine ilişkin bu düzenlemenin, “sözleşme hükümlerinde ... tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılma” ifadesinin, birinci cümledeki açık hukuk seçiminin bir tekrarı olduğu, bunun yanında “...hâlin şartlarından tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılma” ifadesinin ise örtülü hukuk seçimini işaret ettiği ifade edilmektedir. NOMER/ŞANLI, age., s. 313-314. Roma I Tüzüğü ile karşılaştırıldığında, MÖHUK, örtülü hukuk seçimi konusunda daha katı bir yaklaşım sergilemektedir. Roma I Tüzüğü'nde, sözleşmelerdeki ifadelerden ve hâlin icabından “açıkça” anlaşılacak yeterlidir ve Roma Sözleşmesi'ndeki uygun şekilde anlaşılacak, madde metnine dahil edilmemiştir. Buna karşılık MÖHUK, sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından “tereddüte yer vermeyecek biçimde” anlaşılabilmeyi aramaktadır. GÜNGÖR, Yakınlık, s. 192. Diğer görüşe göre, MÖHUK m.24/1'de yer alan ifade, Roma I Tüzüğü ile uyum hedefini gerçekleştirmiştir. TEKİNALP, age., s.348. Madde Gereğesinde, “...örtülü hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek bir iradeleri mevcuttur. Ancak bu irade açık olmayıp, olayın özelliklerinden veya hâl ve şartlardan “tereddüte yer vermeyecek şekilde” anlaşılmaktadır.” ifadesiyle yetinilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

³⁵⁴ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 364.

³⁵⁵ NOMER/ŞANLI, age., s. 313-314; DOĞAN, Milletlerarası, s. 290.

³⁵⁶ NOMER/ŞANLI, age., s. 313-314.

³⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 109-110.

³⁵⁸ SÜZEK, age., s. 27.

³⁵⁹ NOMER/ŞANLI, age., s. 333.

tıklanması ile açık hukuk seçiminin gerçekleştirilebileceği görüşü savunulan bir diğer görüştür³⁶⁰.

Kanaatimizce, iş sözleşmelerinde, hukuk seçiminin açık ya da örtülü yapılmış olmasından ziyade; seçilen hukukun, işçinin işini mutaden yaptığı ülke hukukunun işçiye sağladığı asgarî korumayı bertaraf edip etmediği önem kazanmaktadır³⁶¹. Örtülü bir şekilde seçilmiş olsa dahi, işin mutaden yerine getirildiği ülkenin hukukuna göre işçiye daha yüksek seviyede bir koruma sağlayan bir hukukun, iş sözleşmesini idare etmesi olasılığı da mümkündür ve bu durumda, sadece açık olarak seçilememesi nedeniyle bu hukukun uygulanmaması, işçinin lehine bir sonuç doğurmayacaktır.

dddd. Seçilen Hukukun İş Sözleşmesiyle İrtibatlı Olması Gereği

(i) Mukayeseli Hukukta

Genel olarak milletlerarası unsurlu sözleşmelerde irade muhtariyeti, önce, tarafların seçtiği hukukun sözleşmeyle bazı irtibatlarının bulunması şeklinde sınırlanmıştı³⁶². Seçilen hukukun, taraflar veya işlemle irtibatlı olması, *forum*'un bazı politikaları veya objektif olarak uygulanacak hukuktan kaçınmamayı sağlayacak şekilde ortaya çıkmaktadır³⁶³. Günümüzde irade muhtariyeti ilkesi bütün boyutlarıyla kabul edilmektedir³⁶⁴.

Ne Roma I Tüzüğü'nde ne de Roma Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce, millî hukuk düzenlerinde, iş sözleşmelerinde de seçilen hukukun iş sözleşmesiyle irtibatlı olması aranmıştır³⁶⁵. 1994 tarihli Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lâtin

³⁶⁰ ÖZDEMİR- KOCASAKAL, Hatice, “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 637.

³⁶¹ DOĞAN, İş Akdi, s. 89; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 364; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 529.

³⁶² LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 5.

³⁶³ DICEY/MORRIS, s.1212. Seçilen hukuk, genellikle işlem ile bazı irtibatlara sahip olsa da özellikle ticarî sözleşmelerde, seçilen hukuk, işlem ile hiçbir irtibatı olmayan veya açık bir irtibatı olmayan bir hukuk olabilmektedir. DICEY/MORRIS, age., s. 1213.

³⁶⁴ Birleşik Devletler'de, irade muhtariyetinin daha geç kabul edildiği görülmektedir. WEINBERGER, agm., s. 610.

³⁶⁵ Örneğin Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.32, Eski 1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.44 gibi. KREBBER, agm., s. 523. Lüksemburg İstinaf Mahkemesi'nin 1998 tarihli bir kararında, iş sözleşmelerinde, seçilen hukukun sözleşmeyle irtibatlı bir hukuk olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. 24.09.1998, Pas 31, s. 58, Karar özeti için bkz.

Amerika Ülkeleri için Sözleşme'de de (*Inter -American Convention on the Law Applicable to International Contracts*) irade muhtariyetinin bütün boyutlarıyla kabul edildiği görülmektedir (m.7/2).

Seçilen hukuk ile iş sözleşmesi arasında belirli bir irtibatı arayan ve bir anlamda sınırlayan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 121. maddesinin üçüncü fıkrası, bu noktada ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir. Madde hükmüne göre, iş ilişkisinin tarafları, hukuk seçimi özgürlüğüne sahip olmakla birlikte; işçinin mutad meskeni veya işverenin iş merkezi, işverenin mutad meskeni ya da işverenin ikametgâhı hukuklarından birini seçebilirler³⁶⁶. Bu düzenlemede, iş sözleşmesi, kanun koyucu tarafından öngörülen hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeniyle daha yakın irtibat içinde bulunsa ve bu hukuk düzeni işçinin daha lehine hükümler getirmiş olsa dahi, taraflar bu hukuku seçemezler³⁶⁷.

Restatement II'de³⁶⁸ ise, hukuk seçimine ilişkin genel düzenleme olan 187. maddesinin 2. fıkrasında, seçilen devletin, taraflarla ve hukukî işlemle esaslı bir ilişkisi yoksa ve tarafların seçimi makul bir temele dayanmamakta ise , tarafların seçiminin etkili olmayacağı düzenlenmiştir³⁶⁹. Bu düzenlemenin, irtibatları sayma yöntemi olduğu fakat bunun yanında, taraflara, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk dışında, esaslı ilişkili hukuku seçme imkânının getirildiğinin de göz önüne alınması gerektiği vurgulanmaktadır³⁷⁰. Buna göre *Restatement II*'nin yaklaşımı, bu süreci, yararını kaybetmeksizin, basitleştirmektedir³⁷¹.

KESSEDJIAN, agm., s. 114.

³⁶⁶GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 215; Türk doktrinde karşılaştırma için bkz. TEKİNALP, Akdi Borç Statüsü , s. 63; ÇİLİNGİRLİOĞLU, agm., s. 107; TURHAN, agm., s. 130; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 148; DOĞAN, Tespit, s. 106-107.

³⁶⁷ DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 27; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 152; DOĞAN, İş Akdi, s. 60; DOĞAN, Tespit, s. 111-112.

³⁶⁸ *Second Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute*, St. Paul, Minn 1971.

³⁶⁹ JUENGER, K.Friedrich, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", 22, Virginia Journal of International Law, 1981-1982, s. 126, (The European Convention); DOLINGER, agm., s. 355. WATT, Private International Law, s. 573.

³⁷⁰ WEINBERGER, agm., s. 613; SOLOMON, agm., s. 1723-1724.

³⁷¹ Diğer görüşe göre, genel olarak hukuk seçiminde Amerikan yaklaşımı, daha toleranslı ve açık olan Avrupa'ya göre daha sınırlıdır. REIMANN, Mathias, "Savigny's Triumph? Choice of Law in

Dolayısıyla, tarafların seçiminin makul bir temeli bulunmakta ise sözleşmeyle maddî bir ilişkisi olmayan bir hukuk da seçilebilir³⁷².

Son olarak, 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nde, iş sözleşmesiyle irtibatlı hukuklardan birinin seçimine yer verilmişti. 3. maddede, hukuk seçimi kural olarak mümkün değildi fakat, üç hâlde hukuk seçimi mümkündür. Bunlardan birincisi, işçinin bir başka ülkeye 12 aydan daha uzun süre gönderilmesi durumunda, tarafların, gönderen devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceği kabul edilmişti (m.5) fakat bu seçim, 8. maddede yer alan asgarî emredici kuralların uygulanmasına engel teşkil edemezdi. Gönderilme geçici ise veya 12 aydan daha kısa süreli ise, gönderen devletin hukuku uygulanmaya devam edecekti fakat bu durumda hukuk seçimi yapılmasına izin verilmemişti. Hukuk seçimine izin verilen ikinci durum, işçinin genellikle işini birden fazla ülkede yapması durumuydu. Bu hâlde, işin yapıldığı yer, işverenin ya da işçinin ikamet ettiği yer veya işyerinin tescilli olduğu ülkelerden birinin hukukunun seçilebilmesi mümkündür fakat yine bu seçim 8. maddede yer alan asgarî emredici kuralların uygulanmasına engel teşkil edemezdi (m.6). Ayrıca, teknik, idarî personel ve özellikli işçiler için hukuk seçimi tamamen serbesti (m.7). Hukuk danışmanları, ekonomik planlayıcılar, yönetici personel, yüksek vasıflı işçilerin, sosyal korunmaya ihtiyacı olmadığı belirtilmişti³⁷³.

(ii) Türk Hukukunda

2675 sayılı Kanun döneminde, iş sözleşmelerinde, sözleşmeyle irtibatlı bir hukukun seçilmesi yönünde herhangi bir sınırlama bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, doktrinde, taraflardan birinin zayıf durumda bulunduğu sözleşmesel ilişkilerde, sözleşme ile belirli bir irtibatı bulunan hukukların seçilebilmesi şeklinde bir sınırlamanın, zayıf tarafın menfaatine daha uygun olabileceği belirtilmiştir³⁷⁴. Bu yaklaşım dahilinde, iş sözleşmeleri özelinde

Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century", 39, Va. J. Int'l L., 1998-1999, s. 578.

³⁷² GÜNGÖR, Yakınlık, s. 34.

³⁷³ HEPPLER, agm., s. 42.

³⁷⁴ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 216; DOĞAN, İş Akdi, s. 35.

konuyu ele alan görüş, böyle bir sınırlamada, iş sözleşmesi, kanun koyucunun tespit etmiş olduğu hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeniyle daha sıkı irtibatlı bulursa ve hatta bu başka hukuk düzeni işçinin daha lehine koruyucu hükümler ihtiva etmese dahi, tarafların böyle bir hukuk düzenini seçmelerinin imkânsız olduğuna vurgu yapmıştır³⁷⁵.

Günümüzde, iş sözleşmelerinde, hukuk seçimini düzenleyen, MÖHUK m.27/1 hükmü, seçilen hukukun, iş sözleşmesiyle irtibatlı bir hukuk olması konusunda herhangi bir sınırlama içermemektedir. Genel düzenleme olan 24. maddede de seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir irtibat aranmamaktadır³⁷⁶.

O hâlde, Türk hukukunda, iş sözleşmesiyle irtibatlı olmayan herhangi bir devletin hukuku seçilebilir. Diğer bir deyişle hukuk seçimi klozu, sözleşmeyle irtibatlı olmasa da herhangi bir devletin hukukuna işaret edebilir. Ancak uygulamada, iş sözleşmelerinde, tarafların, iş sözleşmesiyle hiçbir ilişkisi bulunmayan bir hukuku seçmedikleri görülmektedir. Taraflar genellikle işin yapıldığı yer hukukunu veya işverenin işyerinin bulunduğu yerin hukukunu seçmektedir³⁷⁷.

Özellikle, çokuluslu şirket gruplarının vasıflı işçilerinin, bu grubun farklı ülkelerdeki bağlı ortaklıklarına gönderildiği iş ilişkilerinde, iş sözleşmesine, göndermeden önceki mutad işyeri hukukunun seçildiği görülmektedir³⁷⁸.

eeee. Seçilen Hukukun Niteliği ve Belirli Bir Millî Hukuk Sisteminin Seçimi

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, tarafların seçtiği hukuk, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde sözleşmeyi idare eden hukuk yerine, emredici kuralları da içerecek şekilde uygulanır³⁷⁹.

³⁷⁵ DOĞAN, İş Akdi, s. 75-76.

³⁷⁶ Seçilen hukuk, genellikle işlem ile bazı irtibatlara sahip olsa da özellikle ticarî sözleşmelerde, seçilen hukuk, işlem ile hiçbir irtibatı olmayan veya açık bir irtibatı olmayan bir hukuk olabilmektedir. 2675 sayılı Kanun döneminde bu tespit için bkz. ÇİLİNGİRLİOĞLU, agm., s. 106; SARGIN, age., s. 47; MÖHUK m. 24 bakımından benzer tespit için NOMER/ŞANLI, age., s. 312.

³⁷⁷ Yabancı doktrinde bu tespit için GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 218.

³⁷⁸ PALAO-MORENO, agm., s. 332.

³⁷⁹ VERHAGEN, agm., s. 135; DICEY/MORRIS, age., s. 1214. İrade muhtariyeti ilkesinin bütün boyutlarıyla kabul edilmesi yaklaşımı, Roma Sözleşmesi'nden bu yana, Roma I Tüzüğü'nde de devam etmiştir. Tüzüğün 3. maddesinin birinci fıkrasına göre, taraflar, sözleşmesel ilişkilerini idare etmek

Türk hukukunda, 2675 sayılı Kanunun kabulünden önceki dönemde, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, irade muhtariyeti, Muvakkat Kanununun 4. maddesi ve Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddelerine dayanılarak, Türk hukukunun emredici kuralları dışında tutulmak suretiyle kabul edilmekteydi³⁸⁰. Ancak irade muhtariyeti ilkesinin mutlak olarak uygulanması yaklaşımı, Türk doktrininde de taraftar toplamış³⁸¹ ve nihayet 2675 sayılı Kanunun 24. maddesinin birinci fıkrasında Türk hukukunun emredici kurallarına dair bir sınırlama bulunmaksızın kabul edilmiştir. Aynı yaklaşım, MÖHUK m.24/1'de devam etmiştir³⁸².

İş sözleşmelerinde de seçilen hukuk, emredici kurallarıyla birlikte, kural olarak, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde iş sözleşmesine uygulanacak hukukun emredici kurallarını bertaraf ederek, uygulanacaktır. Ancak iş sözleşmelerinde hukuk seçimi, özel bir sınırlamaya tâbidir ki bu konuya hukuk seçimini sınırlayan asgarî koruma kavramı başlığı altında ayrıntılarıyla değinilmiştir.

Hukuk seçimi üzerine yürütülen diğer bir tartışma, tarafların bir devletin hukukunu seçmek zorunda olup olmadıkları üzerinde yoğunlaşmaktadır³⁸³. Geleneksel olarak, pek çok yazar, bir devlete ait olmayan kuralların seçilmesini kabul etmemektedir³⁸⁴.

üzere, istedikleri hukuku seçebilirler. İsviçre hukukunda da hukuk seçimi bütün boyutlarıyla kabul edilmiştir (IPRG m.116). TURHAN, agm., s. 123.

³⁸⁰ ULUOCAK, age., s. 154; SEVİĞ, age., s. 90-91.

³⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “**Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akiidlere Tatbik Edilecek Kanun**”, İÜHF, Yıl:1957, C.XXI, S. 1-4, s. 358-365; SCHÖNENBERGER, Wilhelm, “**Devletler Hususî Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi**”, Çev. Erdoğan GÖGER, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, 1966, s. 304 vd.

³⁸² AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 250; TEKİNALP, age., s. 335; NOMER/ŞANLI, age., s. 311; DOĞAN, Milletlerarası, s. 289. Buna karşılık Yargıtay'ın, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, irade muhtariyetini, Türk maddî hukukun emredici kurallarıyla sınırlı olarak kabul eden kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay 11. HD., 03.06.2004, 2003/10602 E., 2004/6263 K. Karar özeti için bkz. RUHİ, age., s. 286-287. Yargıtay 11. HD., 05.04.1980, YKD 1/1981 s. 57-66.

³⁸³ Milletlerarası ticarete, genel uygulama, tarafların bir ya da diğer devletin hukukuna gönderme yapması değil fakat milletlerarası bir sözleşmeye gönderme yapmaları veya hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria* veya UNIDROIT İlkeleri gibi özel kodifikasyonlara yer vermesidir. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 23; LEIN, agm., s.401.

³⁸⁴ LANDO, Contractual Obligations, s. 60; BRIGGS, age., s. 169; LANDO, Ole, “**Nordic Group for Private International Law Proposal for Amendments to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 3, Comment 1-2**”,

Bunun yanında bazı yazarlar, bir devlete ait olmayan hukuk kurallarının, emredici kuralları bertaraf eden bir seçim olarak değil ancak sözleşme hükmü olarak seçilebileceğini kabul etmektedir³⁸⁵. Diğer yazarlar ise bir devlete ait olmayan hukuk kurallarının, emredici kuralları bertaraf eden bir seçim olarak da seçilebileceği görüşündedir³⁸⁶.

İş sözleşmeleri özelinde, iş sözleşmesinin taraflarının, bir devlete ait olmayan, iş hukuku kurallarını seçip seçemeyeceği tartışılmalıdır. Örneğin iş sözleşmesinin tarafları, ILO Tavsiye kararlarını uygulanacak hukuk olarak seçebilir mi?

Kanaatimizce, seçilen hukukun bir devlete ait olması bir zorunluluk değildir ve milletlerarası alanda çalışma hayatının düzenlenmesi amacıyla getirilen Tavsiye kararlarında yer alan hükümlerin, gerek sözleşme hükmü olarak iş sözleşmesine dahil edilmesi yoluyla olsun gerekse Tavsiye kararına genel atıf yapan bir klozla olsun seçilmesine kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır. Nitekim MÖHUK m.27/1, “iş sözleşmeleri....tarafların seçtikleri “hukuka” tâbidir” demekte ve seçilen hukukun bir “devletin hukuku” olması gerektiği yönünde bir ifadeye yer vermemektedir. Bu kuralların, iş sözleşmesine dahil edilerek, sözleşme hükmü hâline getirilmesi durumunda, hâkimin

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/nordic_group_private_international_law_en.pdf, (szt: 7.3.2009), s. 17, (Comment); PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 138; Aynı yönde Türk doktrininde, DOĞAN; İş Akdi, s. 39; NOMER/ŞANLI, age., s. 311; DOĞAN, Milletlerarası, s. 295.

³⁸⁵ Roma I Tüzüğü kapsamında bu yönde görüş için bkz. MARRELLA, Fabrizio, “The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?”, 19/1, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2008, s. 88; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 699.

³⁸⁶ JUENGER, Inter American Convention, s.84; BONOMI, Andrea, “Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the Commission”, 5, Yearbook of Private International Law, 2003, s. 66, (Rome Convention); BOELE-WOELKİ/LAZIĆ, agm., s. 29; HEISS, agm., s. 11. Tüzük Önerisi'nde, tarafların, bir devlete ait olamayan ancak Toplulukta ya da milletlerarası alanda aşına olunan hukuk kurallarını veya prensiplerini uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri önerilmiştir (m.3/2). Tüzük Önerisi'nde yer alan “toplulukta veya milletlerarası olarak tanınma” ifadesinin belirsizliklere yol açacağı eleştirisi için bkz. LEIN, agm., s. 402. “Ancak, bu gibi prensipler veya kurallarca idare edilmeye ilgili sorular, onların temelini oluşturan genel prensipler tarafından idare edilir, bu gibi prensiplerin bulunmaması hâlinde, bu Tüzüğe göre hukuk seçimi bulunmadığında uygulanacak hukuka göre idare edilir” hükmünün eklenmesi önerilmiştir. Tüzük Önerisi, s.14. ECOSOC Görüşü, s. 4. Ancak bu öneri, Roma Tüzüğü'nün 3. maddesinde yer bulmamıştır.

kanunlar ihtilâfi kuralına göre, yetkili yabancı hukukun, işçiyi koruyan emredici kurallarına aykırı olmamak şartıyla, bu seçim geçerli olacaktır³⁸⁷.

Ancak ILO sözleşmeleri ve Tavsiye kararlarının düzenleniş biçimi bakımından böyle bir seçimin yapılması mümkün değildir. Bu belgelerde yer alan hükümlerin, doğrudan uygulanır nitelikte düzenlenmemeleri karşısında, seçilmesi işlevli değildir. Bu düzenlemeler, genellikle, genel, soyut, program hükmü niteliğinde, esnek kurallardır³⁸⁸. Ancak istisnâî olarak, açık, kesin, somut olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin, seçilmesi mümkün olabilir.

Tartışılması gereken son mesele, bireysel iş sözleşmesinin taraflarının, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanmak üzere, yabancı bir ülkede yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini genel atıf yaparak seçip seçemeyecekleridir. Örneğin bireysel iş sözleşmesinde, “aramızdaki iş sözleşmesine, Almanya’da bu işkolunda yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulansın” şeklinde bir hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağıdır. Yabancı doktrinde, Roma I Tüzüğü bağlamında, böyle bir hukuk seçimi şartı, taraflar bir “hukuk” seçmek zorunda oldukları için mümkün değildir³⁸⁹.

Yabancı doktrinde yer alan tartışmalar ışığında Türk hukukunu yorumlayacak olursak, MÖHUK m.27/1 hükmüne göre, “iş sözleşmeleri...tarafların seçtikleri “hukuka” tâbidir”.Bu noktada, yabancı bir hukuk düzeninde yer alan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bir hukuk olarak genel atıf yapılması suretiyle seçimi mümkün değildir. Bunun nedeni, toplu iş sözleşmelerinin her ne kadar normatif etkileri bulunsa bile, bir devlete ait hukuk sisteminin parçası olarak kabul edilemeyeceğidir.

³⁸⁷ Genel olarak sözleşmelerde bu tespit için ayrıntılı olarak bkz. SARGIN, age, s.192.

³⁸⁸ SÜZEK, age., s. 86.

³⁸⁹ VAN HOEK, Aukje/ HENDRICKX, Frank, **Private International Law Aspects and Dispute Settlement Related to Transnational Company Agreements, Study Undertaken on Behalf of the European Commission Contract Number VC/2009/0157, Final Report 20 October 2009**, s. 23.

ffff. Belirli bir Toplu İş Sözleşmesinin Hükümlerinin Bireysel İş Sözleşmesi

Hükmü Olarak Tayini Suretiyle Seçimi

(i) Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Seçilebilmesini Reddeden Görüş

Türk doktrininde bazı yazarlar, belirli bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin, bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak tayini suretiyle bir seçim yapılmasının imkânsız olduğu görüşündedir³⁹⁰. Bu görüşe göre, kamu hukukuna ait sosyal ve ekonomik politika hakkındaki hükümler, ülkesel ve doğrudan uygulanan kurallar olduğu için bunların seçilebilmesi mümkün değildir³⁹¹. Doktrinde, bir başka görüş, bu konunun tartışmalı olduğunu belirtmekle yetinmiştir³⁹².

(ii) Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Seçilebilmesini Kabul Eden Görüş

Alman doktrininde, belirli bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin seçilebilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşler daha ağırlıktadır³⁹³. Bu görüşe göre, bir iş sözleşmesine uygulanacak hukuku bu şekilde belirlemenin geçerliliği; EGBGB'nin 30. maddesinde düzenlenmemiştir; fakat toplu iş sözleşmelerini idare eden hukukta düzenlenmiştir³⁹⁴. Belirli bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin, bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak tayini suretiyle seçilmesinin mümkün olduğu İngiliz doktrininde de benimsenmiştir³⁹⁵. Paralel görüş, Roma I Tüzüğü kapsamında ifade edilmiştir³⁹⁶.

Bir bireysel iş sözleşmesinin taraflarının açıkça veya örtülü olarak, belirli bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini, bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak tayini suretiyle seçmeleri katıldığımız görüşe göre mümkündür³⁹⁷. Örtülü bir seçimin bulunup bulunmadığı, seçimin

³⁹⁰ TEKİNALP, age., s. 401.

³⁹¹ TEKİNALP, age., s.401.

³⁹² NOMER/ŞANLI, age., s. 332-334.

³⁹³ LIUKKUNEN, age., s. 117.

³⁹⁴ LIUKKUNEN, age., s. 117.

³⁹⁵ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

³⁹⁶ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 23.

³⁹⁷ DICEY/MORRIS, age., s. 1307.

niteliğine ve toplu iş sözleşmesi idare eden hukukta, toplu iş sözleşmesinin statüsüne göre tespit edilmelidir³⁹⁸.

Teoride, sözleşmeyi veya sözleşmenin bir parçasını idare etmek üzere yabancı bir hukuka genel atıf yapmak ile bir sözleşmenin bir terimi veya şartı olarak yabancı bir hukukun bazı hükümlerinin sözleşmeye dahil edilmesi arasında açık bir ayrım vardır³⁹⁹. Uygulamada bu ayrımın çizgisini çizmek zordur⁴⁰⁰.

Taraflar, bir hukuku açıkça seçebilirler ya da sözleşmelerini yabancı bir statünün koşullarına dahil edebilirler. Ancak yabancı bir hükmün dahil edilmesi, sadece sözleşmenin bir meselesinde etkili olabilir⁴⁰¹. Açık bir hukuk seçimi bulunmadığında, tarafların yabancı bir hükme gönderme yapmış olması, yabancı hukukun seçildiği anlamına gelmeyeceği gibi⁴⁰², tarafların sözleşmelerini yabancı hukukun idare etmesini istedikleri anlamına da gelmez⁴⁰³.

Gönderme ve dahil etme arasındaki ayrımın iki pratik etkisi vardır. Birincisi, bir sözleşmeye dahil edilen yabancı statü dikkate alınırken, mahkemeler, yabancı hukuku uygulamamaktadır⁴⁰⁴. Diğer bir deyişle, yabancı bir ülkenin, özel bir hükmünün sözleşmeye dahil edilmiş olması, genel bir atıf olarak değerlendirilemez⁴⁰⁵.

³⁹⁸ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

³⁹⁹ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 4; LANDO, International Situations, s. 20; LANDO, ECC Convention, s. 169-170; BONOMI, Andrea, “**The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations**”, 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 170, (The Rome I Regulation); PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 135; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 363.

⁴⁰⁰ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 136. Giuliano – Lagarde Raporunda, örneğin, Fransız Medeni Kanununun özel bazı maddelerine gönderme yapılması, tarafların sözleşmelerini idare etmek üzere Fransız hukukunu seçtikleri sonucu olabilmektedir. Fakat her olayda bu kaçınılmaz bir sonuç değildir. GIULIANO/LAGARDE, s. 11.

⁴⁰¹ FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 701.

⁴⁰² LANDO, ECC Convention, s. 170.

⁴⁰³ BONOMI, The Rome I Regulation, s. 170.

⁴⁰⁴ BONOMI, The Rome I Regulation, s. 170.

⁴⁰⁵ LANDO, International Situations, s. 21; LIPSTEIN, Kurt, “**Introduction: the Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non- Contractual Obligations**” in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 1- 14; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 701.

İkincisi, eğer sözleşme yürürlüğe girdikten sonra seçilen hukukta bir değişiklik olursa, idare eden hukukun açıkça seçilmesi ile yabancı hukukun dahil edilmesi arasında temel bir farklılık ortaya çıkar. Hem *Common Law*'da hem de Kıta Avrupası hukukunda, taraflar uygulanacak hukuku seçmişse, bu hukuk, mevcudiyeti süresince hukukî ilişkiyi idare eder. Seçilen hukuktaki değişiklik tarafları bağlar⁴⁰⁶. Oysa bir sözleşmenin terimi olarak yabancı bir statü sözleşmeye dahil edildiğinde, bu statü düzeltilmiş veya yürürlükten kaldırılmış olsa bile, bu sözleşmenin parçası olarak kalır⁴⁰⁷. Bu ayırım Türk doktrininde de yapılmıştır⁴⁰⁸.

Kanaatimizce, bireysel iş sözleşmesinin taraflarının, bir toplu iş sözleşmesinin bireysel iş sözleşmesine ilişkin hükümlerini seçmeleri durumunda; toplu iş sözleşmesinin bu hükümleri, bireysel iş sözleşmesine dahil edilmektedir ve toplu iş sözleşmelerinin, kamu hukuku niteliğinden hareketle böyle bir seçimin yapılamayacağı yönündeki görüşe⁴⁰⁹ katılmak mümkün değildir.

gggg. Hukuk Seçimini Sınırlayan Asgarî Koruma Kavramı

(i) Mukayeseli Hukukta

İrade muhtariyetinin, bazı durumlarda sınırlanması ihtiyacının dayanağı, bu seçimin menfaatler dengesine bağlı olmasıdır. Bir yandan toplumun menfaatleri, emredici kuralların uygulanmasını; diğer yandan milletlerarası ticaret ve işlemlerin menfaati, belirli bir özgürlüğü gerektirmektedir. Toplumun menfaatleri, söz konusu sözleşmenin taraflarının menfaatinden daha güçlü ve itibarlı kabul edildiği için emredici düzenlemeler bulunmakta ve emredici kuralların uygulandığı ülkeyle daha yakın bir irtibatın bulunduğu kabul edilmektedir⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ MORRIS, J.H.Carlile, “**The Time Factor in the Conflict of Laws**”, 15, ICLQ, 1966, s.426 vd.; DICEY/MORRIS, age., s. 1222; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 364.

⁴⁰⁷ DICEY/MORRIS, age., s. 1223; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 364.

⁴⁰⁸ ÇİLİNGİRLİOĞLU, agm., s. 109; EKŞİ, Yabancılık, s. 10; SARGIN, age., s. 189.

⁴⁰⁹ TEKİNALP, age., s. 401.

⁴¹⁰ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 6.

Milletlerarası unsurlu bir sözleşme, emredici kurallarla ne kadar az sınırlanıyorsa, o kadar fazla milletlerarası niteliklidir, tarafların uygulanacak hukuku tespit etmesinde o kadar fazla özgürlüktür fakat emredici kurallar sınırlaması ne kadar fazlaysa, sözleşmenin ağırlık merkezinin tespiti o kadar belirlidir⁴¹¹. Asıl sorun, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin hangi politikada dengeleneceğidir⁴¹².

Uygulanacak hukukun emredici hükümleri, işçinin korunması için asgarî standardı koymaktadır⁴¹³. Hukuk seçimi ilkesi prensip olarak kabul edilmiştir fakat sınırlanmıştır. Bu sınırlama sayesinde, işverenin irade muhtariyetini kötüye kullanması engellenecektir⁴¹⁴. Böylece işçi, hukuk seçimi yapılmamış olsa idi uygulanacak hukukun işçi için daha lehe olan normlarının uygulanmasını talep edebilecektir⁴¹⁵. Bu yaklaşım, iş hukukunda, işçinin en lehine olan hukukun uygulanması ilkesinin, kanunlar ihtilâfi hukukuna aktarılmasıdır⁴¹⁶.

Bir başka görüşe göre burada, zayıf tarafın korunması ilkesi, yakınlık ilkesinin yerini almaktadır; zayıf tarafın korunmasından daha yakın bir durumun olamayacağı kabul edilmektedir⁴¹⁷. Bu çözümün Roma Sözleşmesi'ne taraf olmadan önce de bazı millî hukuk sistemlerinde düzenlendiği görülmektedir⁴¹⁸.

Roma Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce önerilen 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nde, hem belirli iş ilişkileri için iş sözleşmesiyle irtibatlı bir hukukun seçilmesi benimsenmişti hem de işin mutaden yapıldığı yerin emredici kurallarının uygulanmasının devam edeceği düzenlenmişti. Bu kurallar, 8. maddede, sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştı. Buna göre, asgarî ücret, ücretin ödenmesi, asgarî tatil süresi, azamî çalışma süresi, eşit ücret, iş sağlığı güvencesi, çocukların, yaşlıların, kadınların korunması, işçi temsilcilerinin korunması, ihbar süreleri gibi alanlarda, işin mutaden yapıldığı yerin kurallarının uygulanacağı belirtilmişti.

⁴¹¹ LANDO, *Scandinavian Conflict of Law Rules*, s. 6.

⁴¹² JUENGER, *Two European*, s. 538.

⁴¹³ HEPPLER, *agm.*, s. 43.

⁴¹⁴ HEPPLER, *agm.*, s. 45; EBRAHIMI, *age.*, s. 406.

⁴¹⁵ MEEUSEN/ PERTEGÁS/ STRAETMANS, *age.*, s. 17.

⁴¹⁶ GAMILLSCHEG/Franzen, *agm.*, s. 223.

⁴¹⁷ DOLINGER, *agm.*, s. 358.

⁴¹⁸ GAMILLSCHEG/ Franzen, *agm.*, s. 223.

Ancak bu asgarî koruma kurallarının, hukuk seçimi üzerindeki sınırlaması, teknik, idarî ve özellikli işçiler için uygulanmayacaktı, onlar için hukuk seçimi tamamen serbestti⁴¹⁹.

Roma I Tüzüğü'nde, “*Bireysel iş Sözleşmeleri*” başlıklı 8. maddenin birinci fıkrası, hukuk seçimine ilişkindir⁴²⁰. Taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı verilmesi görüşünü yansıtmaya devam eden düzenlemede, Roma Sözleşmesi ve Tüzük Önerisi'nden farklı olarak, iş sözleşmelerinde, tarafların seçmiş oldukları hukuk, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde, uygulanacak hukuka göre, bu hukukun “sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek” hükümlerinin işçiye sağladığı korumayı ortadan kaldıramaz⁴²¹.

Bu noktada, Roma I Tüzüğü'nün, “emredici kurallar” terimini kullanmaktan kaçındığı görülmektedir⁴²². Bireysel iş sözleşmelerinde, hukuk seçimine ilişkin kurallar, işçinin, işini mutaden yaptığı ülkenin işçiyi koruyan kurallarının uygulanmasını gerektirmektedir⁴²³. İkinci husus, böyle bir ülke yoksa, işçinin iş sözleşmesiyle bağlandığı işyerinin bulunduğu ülkenin emredici kuralları uygulanacaktır. Üçüncü durum, hâlin icabına göre iş sözleşmesiyle daha yakın irtibatlı bir hukuk bulunmakta ise uygulanacak daha yakın irtibatlı hukukun emredici kurallarının uygulanmasıdır⁴²⁴.

Hollanda ilk derece mahkemesinin, 1999 tarihli, *Del Rosario v. Republiek Kenia* kararı⁴²⁵, işin mutaden yapıldığı yer hukukunun işçiyi koruyan asgarî emredici kurallarının

⁴¹⁹ HEPPLE, agm., s. 43.

⁴²⁰ Roma Sözleşmesi madde 6/1'de, tarafların hukuk seçimi, hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı asgarî korumayı bertaraf edemezdi. İş sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi imkânı tamamen ortadan kaldırılmamıştı. Bu görüş, Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında da korunmuştur. Tüzük Önerisi'nin 6. maddesinin birinci fıkrası, iş sözleşmesinin taraflarının, 3.maddeye göre seçtikleri hukukun, hukuk seçimi bulunmadığında uygulanacak hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı korumayı bertaraf edemeyeceğini düzenlemektedir. Tüzük Önerisi, s. 16.

⁴²¹ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 311.

⁴²² Roma I Tüzüğü'nün, 35. açıklayıcı beyanında, işçilerin, sözleşmeyle bertaraf edilemeyen hükümlerin veya sadece onların lehine bertaraf edilebilen hükümlerin korumasından mahrum kalamayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde, lafzî olarak daha geniş görünen bu ifadenin; kuralın kendisinden de çıkarılabileceği vurgulanmıştır. MANKOWSKI, agm., s. 185.

⁴²³ LANDO/VON HOFFMANN/SIEHR, age., s. 15; VERHAGEN, agm., s.152.

⁴²⁴ MORSE, Employment Contracts, s. 14; SMITH/CROMACK, agm., s. 8; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 311.

⁴²⁵ *Kantongerecht's Gravenhage, 6 October 1998, NIP 1999, No. 73*. Karar özeti için bkz. WILDERSPIN, The Rome Convention, s. 126.

bertaraf edilemeyeceğine yönelik yalın bir örnektir. Olayda, La Haye'deki Kenya Büyükelçiliği'nde, temizlik işlerinde çalışan işçinin, iş sözleşmesinde, Kenya hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Elçiliğin köpeğinin, temizlik işçisini ısırması üzerine; işçi, yaralanmasından dolayı, hastalık izni almış ve izni sırasında işten çıkarılmıştır. Hastalık izni sırasında işten çıkarılmak, Kenya hukukuna göre mümkün iken Hollanda hukukunda mümkün değildir. Mahkeme, işin mutaden yapıldığı yer olan Hollanda hukukunun, işçiye sağladığı asgarî korumanın bertaraf edilemeyeceğini belirterek, Hollanda hukukunu uygulamıştır.

Restatement II'nin 187. maddesinin ikinci fıkrasında, genel olarak sözleşmelerde; tarafların seçtikleri hukukun, geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde, hukuku uygulanacak devletin temel politikasına aykırı olmadıkça uygulanacağı düzenlenmiştir⁴²⁶. Geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde, hukuku uygulanacak devletin, temel politikasına uygunluğun; hukuk seçiminde bir sınır teşkil etmesinin koşulu ise; bu hukukun, uygulanmak bakımından, seçilen hukuka göre, daha fazla menfaatinin bulunmasıdır⁴²⁷.

(ii) Türk Hukukunda

MÖHUK m.27/1'e göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Bu düzenlemenin arkasında yatan politika, daha az koruyucu olan ya da hiç koruyucu olmayan bir hukuku seçerek, işverenin, işin mutaden yapıldığı işyerinin emredici hükümlerini istisna etmesinin önüne geçmektir⁴²⁸.

Doktrinde bir görüşe göre, MÖHUK m.27/1, Roma I Tüzüğü ile paralel şekilde, hukuk seçimi bulunmaması hâlinde, uygulanacak hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı asgarî korumanın bertaraf edilemeyeceği şeklinde düzenlenmiştir⁴²⁹. Bu görüş

⁴²⁶ GÜNGÖR, Yakınlık, s. 32.

⁴²⁷ GÜNGÖR, Yakınlık, s. 34.

⁴²⁸ NÖMER/ŞANLI, age., s. 332; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 533;

⁴²⁹ TEKİNALP, Turkish Code, s. 332; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 533; TARMAN, Zeynep Derya, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılar Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATİDER, C.XXVI, S.1,

uyarınca, MÖHUK m.27/1 ile Roma I Tüzüğü ve EGBGB m.30/1 paralel hükümler içermektedir⁴³⁰.

Kanaatimizce, MÖHUK m.27/1, Roma I Tüzüğü'ne göre daha sınırlı bir asgarî koruma getirmektedir. Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde, uygulanacak olası hukukların hepsi değil; sadece işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgarî koruma tercih edilmiştir. Kanun Gerekçesinde⁴³¹ de, “mutad işyeri hukukunun” işçiyi koruyan hükümlerinin, asgarî koruma standardı olarak kabul edildiği ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesinin engellendiği belirtilmektedir.

Bu durumda, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunun emredici hükümlerinin işçiye sağladığı asgarî koruma kapsam dışı kalmıştır. Daha geniş olarak, işçi, hiçbir ülkenin korumasından yararlanamayacaktır.

Doktrinde, diğer görüşe göre, daha sıkı ilişkili olan hukukun, işçiyi koruyucu emredici hukuk kurallarının, seçilen hukukun uygulama alanını sınırlandırması söz konusu olabilir. Bu görüşe göre, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması zorunlu olmadığından, işçiyi koruma amacıyla, hangi hukukun işçiyi koruyucu asgarî standardı yüksek ise, o hukukun emredici kurallarının hâkimce temel alınması mümkündür⁴³².

(iii) Asgarî Koruma Kuralının Uygulanma Koşulları ve Eleştiriler

Seçilen hukuk, işçinin daha lehine düzenlemelere sahipse, asgarî koruma kuralının uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Asgarî koruma kuralının getirilmesindeki amaç, işverenin, ekonomik olarak güçlü pozisyonunu kullanarak, hukuk seçimini kötüye

Yıl:2010, s. 158 (dn. 62), (Hukuk Seçimi).

⁴³⁰ DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 152; DOĞAN, Tespit, s. 111; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 158.

⁴³¹ 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010). Vurgu tarafımızdan eklenmiştir.

⁴³² GÜNGÖR, Yakınlık, s. 244.

kullanmasının önüne geçmektir⁴³³. Ancak işverenin, milletlerarası camiada, çalışma koşulları bakımından izlediği politikanın bir gereği olarak, işçi için daha elverişli bir hukuku seçmek istemesi de mümkündür⁴³⁴.

Bu sınırlama metodunda, uygulanacak hukuka rağmen emredici hükümler, ancak *lex causae*'den daha elverişliyse uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, objektif olarak uygulanacak hukuk, tarafların seçtiği hukuka nazaran işçinin daha lehine ise uygulanacaktır⁴³⁵.

Ayrıca bu durumda, katıldığımız görüşe göre, tarafların yapmış olduğu seçim tamamen geçersiz olmayacak, sadece işçinin daha lehine olan hükümler bakımından, objektif akit statüsü uygulanacaktır⁴³⁶. Doktrinde, diğer görüşe göre, seçilen hukuk, işçiyi koruduğu ölçüde geçerli olacak; işçiyi korumuyorsa, tarafların seçtikleri hukuk geçersiz olacak, bunun yerine işçinin mutad işyeri hukuku uygulanacaktır⁴³⁷.

Asgarî koruma kavramı dahilinde zikredilen emredici kurallar, objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukukun işçiyi koruyucu maddî kurallarıdır⁴³⁸. Diğer bir deyişle, bu kuralların, doğrudan uygulanan kurallar kapsamında olması zorunlu değildir⁴³⁹.

⁴³³ HEPPLÉ, agm., s. 45; EBRAHİMİ, age., s. 98.

⁴³⁴ Tüketici sözleşmeleri bakımından benzer yorum için bkz. EBRAHİMİ, age., s. 86.

⁴³⁵ PHILIP, Allan, “**Contracts of Employment in the Law of Conflict of Laws of the ECC**”, in **Internationales Recht und Wirtschaftsordnung**, F.A.Mann-1977, ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL, Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, s. 260, (Contracts of Employment); DICEY/MORRIS, age., s. 1308; EBRAHİMİ, age., s. 100; MALMBERG, The Legal Position of Employees, s. 394; BOELE-WOELKİ/LAZIĆ, agm., s. 34; CALITZ, agm., s. 7. Türk doktrininde benzer belirleme için, NOMER/ŞANLI, age., s. 327; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 363; DOĞAN, Milletlerarası, s. 315.

⁴³⁶ DOĞAN, İş Akdi, s. 67; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 162; 2675 sayılı Kanun döneminde, Roma Sözleşmesi bakımından, Türk doktrininde bu tespit için bkz. AYGÜL, Musa, “**Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi**” SÜHFD, C.9, S.3-4, Yıl:2001, s. 249.

⁴³⁷ RUHİ, age., s. 301; ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları**, B.9, İstanbul 2008, s. 290. Kanun Gerekeçesi'nde de, “*objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun, işçiyi koruyan hükümlerinden, daha elverişsiz hükümler içermesi hâlinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir*” denilmektedir.

⁴³⁸ PHILIP, Contracts of Employment, s. 259; MORSE, Employment Contracts, s. 14; DICEY/MORRIS, age., s. 1307; MALMBERG, The Legal Position of Employees, s. 394; ZAALISHVILI, agm., s. 691; POCAR, Fausto, “**Protection of Weaker Parties in the Roma Convention and the Rome I Proposal**” in **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, ed. by BASEDOW, Juergen/BAUM, Harald/NISHITANI, Yuko, Hamburg 2008, s. 127.

⁴³⁹ KREBBER, agm., s. 531; LIUKKUNEN, age., s. 123.

İşçiyi koruyucu hükümlerin emredici niteliği, söz konusu ülkenin hukukunun kendi kriterleri tarafından tespit edilmelidir⁴⁴⁰. Bu hukukun tanımları dikkate alınmalıdır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da, işçiler, tüketiciler veya küçükler gibi daha zayıf tarafın korunmasını amaçlayan bu kuralların, taraflarca bertaraf edilemeyeceği belirtilmekle birlikte, bu millî emredici kuralların devletin sosyal ve ekonomik düzenini korumayı temin ettiği vurgulanmıştır⁴⁴¹.

Bununla birlikte, uygulamada, bu emredici kuralların araştırılması yok denecek kadar azdır. Bunun çeşitli nedenleri olabilir. Birincisi, iş sözleşmelerinde, tarafların açık hukuk seçimi yapmaları nadiren görülmektedir ve örtülü hukuk seçimi için yapılan araştırma genellikle, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukla aynı olmaktadır.

İkincisi, seçilen hukuk ya da *for* hukuku, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuka göre, genellikle işçinin daha lehine hükümler içermektedir⁴⁴².

Bir diğer neden, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici hükümleri, özel hukuk karakterli olmaktan çok kamu hukuku karakterlidir ve yabancı kamu hukuku kurallarının uygulanması, her durumda genel bir ilke değildir, hatta idarî düzenlemelerin ülke dışında uygulanması neredeyse imkânsızdır⁴⁴³.

Yine de, *lex fori* ve *lex causae* gibi diğer hukukların farklılıkları göz önünde tutulmalıdır. Örnek olarak, objektif olarak uygulanacak hukuk, maddî hükümlerinde, işçiyeye

⁴⁴⁰ MORSE, *Employment Contracts*, s. 14; SMITH/CROMACK, *agm.*, s. 3; DICEY/MORRIS, *age.*, s. 1307; LIUKKUNEN, *age.*, s. 123; PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 312.

⁴⁴¹ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 44. Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesiyle birlikte, iş sözleşmelerinde, irade muhtariyetine getirilen sınırlamanın kapsamı konusundaki tartışmalar belli oranda açıklığa kavuşmuştur. Hukuk seçiminin sınırlanmasına ilişkin, 8. maddenin birinci fıkrası, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde, uygulanacak hukuka göre, bu hukukun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerinin işçiyeye sağladığı korumayı bertaraf edemeyeceğini ifade ederek hem bu kuralların madde 9 anlamında, doğrudan uygulanan kural olmalarının gerekmediğini ortaya koymaktadır hem de işçiyi koruyucu hükümlerin emredici niteliğinin söz konusu ülkenin kendi hukuku tarafından tespit edileceğini açıklamaktadır. FAWCETT/CARRUTHERS, *age.*, s. 726-727.

⁴⁴² MORGENSTERN, *age.*, s. 41; MORSE, Robin, “**Choice of Law, Territoriality and National Law: The Case of Employment**”, in *Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet – Tallon*, ed. by. ANCEL, Jean -Pierre, Paris 2008, s. 764, (Case of Employment).

⁴⁴³ MORGENSTERN, *age.*, s. 41; MORSE, *Case of Employment*, s. 764.

ilişkin bir hakkı tanınmakta fakat seçilen hukuka göre işçinin bu hakkı bulunmamakta ise objektif olarak uygulanacak hukuk dikkate alınmalıdır. Bu noktada objektif olarak uygulanacak hukuk ile seçilen hukukun işçinin korunmasına ilişkin kuralları karşılaştırılmalıdır⁴⁴⁴.

Bu noktada, hem objektif olarak uygulanacak hukuk hem de seçilen hukuk, işçinin korunmasına yönelik bir hüküm içermiyorsa, hukuk seçiminin sınırlanması metoduna göre, o hak işçiye tanınmayacaktır⁴⁴⁵. Bu durumda, işçinin korunması ilkesi asgarî bir düzeyde kalmakta, iş sözleşmesiyle irtibatlı diğer hukuklar karşılaştırma kapsamı dışında tutularak, asgarî korumadan fazlasının işçiye sağlanması tercih edilmemektedir⁴⁴⁶.

Katıldığımız görüş uyarınca, iş sözleşmelerinde hukuk seçimini, işçiyi korumak amacıyla sınırlayan bu metodun zayıf tarafı, asgarî koruma ilkesi nedeniyle, uygulanacak hukukun bölünmesine neden olmasıdır. Hatta objektif bağlama kuralları ile tespit edilen hukukun, iş sözleşmesinin bütününe uygulanmasının, belirsizliği bertaraf etmesi bakımından, işçiyi daha iyi koruyacağı bile söylenebilir⁴⁴⁷.

Doktrinde, irade muhtariyetine getirilen bu sınırlamaya yönelik bir diğer olumsuz eleştiri, uygulanacak hukukta belirsizliklere yol açmasıdır. Bu görüşe göre, taraflara, uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmakta fakat taraflar, seçtikleri hukukun iş sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağından emin olamamaktadır⁴⁴⁸. Gerek sözleşmenin akdedilmesi, gerek ifa edilmesi gerekse sona ermesinde, tarafların, hangi hukukun

⁴⁴⁴ DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 28; NOMER/ŞANLI, age., s.333. Alman hukukunda, EGBGB m.30/1 anlamında, bir kuralın işçiyi koruyan emredici kurallar olup olmadığının, işçinin sözleşmedeki pozisyonuna göre söz konusu hükmün, işçiyi, seçilen hukuktan daha iyi bir pozisyona getirip getirmediğine göre tespit edilmesi gerektiği önerilmiştir. LIUKKUNEN, age., s. 124-125.

⁴⁴⁵ LIUKKUNEN, age., s. 125.

⁴⁴⁶ LIUKKUNEN, age., s. 125.

⁴⁴⁷ LANDO, ECC Convention, s. 184; LIUKKUNEN, age., s. 124; VAN EECKHOUTTE, Willy, **“The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations and Labour Law (1980)”** in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, Ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 173.

⁴⁴⁸ LANDO, Ole, **“The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts”**, 11, Tex. Int'l L.J., 1976, s. 514, (Rules in the Conflict of Laws); KREBBER, agm., s. 527; SABIRAU-PEREZ, agm., s.349; EBRAHIMI, age., s. 431. Bu tespit için Türk doktrininde, DOĞAN, Zayıf Tarafın Korunması, s. 28.

uygulanacağı konusunda basit yanıtlar bulmasının yolunun, kanunlar ihtilâfi metodundan uzaklaşmak değil, çok taraflı kanunlar ihtilâfi kurallarıyla sağlanacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁹.

Özellikle emredici kurallar, menfaat analizinde, devlete ait menfaatlerin korunmasını sağlamaktadır⁴⁵⁰. İş sözleşmelerinde, taraflardan birini, zayıf tarafı koruma amacı, emredici kuralların işçiye sağladığı korumayla elde edilmeye çalışıldığında, emredici kuralları uygulanacak olan ilgili devletin/devletlerin, devlete ait menfaatlerinin içinde; işçinin diğer bir deyişle zayıf tarafın korunması sosyal politikası da bulunmakta ise, olaydan olaya, işçinin korunduğu sonuçlara ulaşmak mümkündür⁴⁵¹. Ancak emredici kuralları uygulanacak ya da dikkate alınacak olan devlet/devletlerin, zayıf tarafın korunması yönünde bir devletsel menfaati bulunmayabilir ya da bu politika hukukî, sosyal ve ekonomik gelişmişlik düzeyi bakımından primitif kalabilir⁴⁵². Bu durum, iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralı düzenlenirken, uygulanacak hukukun maddî hukuk adaletinin dikkate alınmadığını göstermektedir⁴⁵³.

Emredici kurallar karşılaştırmasının nasıl yapılacağı ve doğrudan uygulanan kurallar da göz önüne alındığında bu kuralların birbirlerine göre yeri ne uygulamada ne de teoride kesin olarak tespit edilebilmiştir⁴⁵⁴. Hâkimin, yabancı devletin emredici kurallarını belirlemek gibi muazzam bir görevle karşı karşıya olduğu ve işçinin, bu asgarî koruma kuralına rağmen hiçbir kesinliği olmayan bir kuralla karşı karşıya olduğu için savunmasız pozisyonunun devam ettiği ifade edilmektedir⁴⁵⁵.

Bu metodun verimsizliğini ileri süren diğer bir görüşe göre, objektif olarak uygulanacak hukukun emredici kurallarının asgarî koruması, tamamıyla doğru bir değerlendirme değildir. Çünkü bu kurallar her zaman işçinin korunmasını

⁴⁴⁹ LANDO, Rules in the Conflict of Laws, s. 516.

⁴⁵⁰ SARGIN, agm., s. 87.

⁴⁵¹ DE BOER, agm., s. 43.

⁴⁵² DE BOER, agm., s. 44.

⁴⁵³ SYMEONIDES, age., s.60.

⁴⁵⁴ HORLACHER, agm., s. 188.

⁴⁵⁵ HORLACHER, agm., s. 188.

amaçlamamaktadır; daha çok devletin kendi hukuksal rejiminin devamı için düzenlenmişlerdir⁴⁵⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer olumsuz eleştiri ise, bazı hukuk sistemlerinde, işçiyi koruyucu emredici kuralların, iş sözleşmesinin mevcudiyetinden bağımsız olarak, öncelikle statülerde bir başka deyişle genel ve soyut düzenlemelerde bulunması, sözleşmeden doğan haklar niteliğinde olmamasıdır. Sadece sözleşmeden doğan nitelikteki bir hak ileri sürüldüğünde bunun mevcudiyeti, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir. Fakat hukuk seçimini emredici kurallarla sınırlayan düzenlemelere göre, bu kuralların sadece sözleşmesel nitelikli olması gerekmediği gibi çoğunlukla statülerde düzenlendikleri görülmektedir⁴⁵⁷. Bu durumda mahkemeler, yabancı hukukun hangi kurallarının emredici olduğunu araştırmak gibi muazzam bir görevle karşı karşıya kalacaktır⁴⁵⁸.

Genelde, iş hukuku alanındaki koruyucu kurallar değerlendirilirken, bu kuralların bireyleri öncelikli olarak koruduğu dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, sadece işçiyi koruyucu hükümlerin uygulanmasıyla, devletin menfaatlerinin karşılanıp karşılanmayacağı değil; bununla birlikte bu kuralların uygulanmasında ve bu kurallar ile getirilen korumada, bireyin haklı beklentisinin olup olmadığı sorulmalıdır⁴⁵⁹.

Bu noktada tartışılması gereken, mahkemenin asgarî koruma kurallarını re'sen mi uygulayacağı yoksa sadece işçi tarafından talep edildiğinde mi uygulayacağıdır.

Doktrinde, asgarî koruma kuralının işçiyi koruma amacının, işçinin onun uygulanması konusunda, haklı beklentisi olduğu için önemi vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre, mahkemeler, objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukukun işçiyi koruyan emredici hükümlerini, re'sen uygulamalıdır⁴⁶⁰. Ancak uygulamada, sadece işçi talep ederse mahkemenin bu kuralları uygulamasının mümkün olduğu görülmektedir⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ KREBBER, agm., s. 519.

⁴⁵⁷ MORSE, Case of Employment, s. 764.

⁴⁵⁸ LANDO, ECC Convention, s. 184.

⁴⁵⁹ LIUKKUNEN, age., s. 124.

⁴⁶⁰ KREBBER, agm., s. 528.

⁴⁶¹ LIUKKUNEN, age., s. 125.

Karşı görüşe göre, mahkemenin seçilen hukuk ile objektif olarak uygulanacak hukuku karşılaştırmasına gerek yoktur. İşçi ya da onun hukukî danışmanı bu karşılaştırmayı yapacaktır ve mahkeme sadece seçilen hukuka veya objektif olarak uygulanacak hukuka dayanılıp dayanılmadığını kontrol edecektir⁴⁶².

Türk hukuku bakımından, MÖHUK m.2/1'in, hâkimin yetkili yabancı hukuku re'sen uygulayacağına ilişkin açık hükmü karşısında, hâkimin, yetkili yabancı hukuku bir "hukuk" olarak re'sen araştırıp bulma görevi bulunmaktadır⁴⁶³.

(iv) Asgarî Korumanın Tespitinde Ortaya Çıkan Durumlar

MÖHUK m.27/1'de yer alan asgarî koruma kuralı, işçinin en lehine olan hükümlerin uygulanması prensibine dayanmaktadır ve bir karşılaştırma yapılmasını öngörmektedir. Oysa farklı iş hukuku düzenlemeleri her zaman birbiriyle uyum içinde değildir. Sağlanan koruma bakımından hangi iş hukuku hükümlerinin işçinin daha lehine olduğuna karar vermek oldukça güçtür. Bu noktada üç farklı durumla karşılaşılabilir.

Birinci durum, ihtilâf konusu aynı hukukî meselede, seçilen hukukun, hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici kurallarından daha az koruma sağlamasıdır. Örneğin seçilen hukuk, iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi konusunda, daha kısa ihbar süresi getirmektedir⁴⁶⁴. Bu durumda, seçilen hukuk uygulanmaz. Çünkü seçilen hukuk uygulanırsa, işçi, seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici kurallarının korumasından mahrum kalacaktır⁴⁶⁵.

İkinci durum, seçilen hukukun, hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuktan daha elverişli bir koruma sağlamasıdır. Örneğin, seçilen hukuk, iş sözleşmesinin

⁴⁶² POLAK, agm., s. 335. Hatta 2006 yılında yürürlüğe giren Japon kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarında, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi kabul edilmiş buna karşılık, objektif olarak uygulanacak hukukun asgarî korumasının sadece işçinin bunu talep etmesi hâlinde söz konusu olacağı açıkça düzenlenmiştir. YAMAKAWA, agm., s. 358.

⁴⁶³ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 114; NOMER/ŞANLI, age., s. 192; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 174; DOĞAN, Milletlerarası, s. 160-163.

⁴⁶⁴ EBRAHİMİ, age., s. 420.

⁴⁶⁵ MORSE, Employment Contracts, s. 15; DICEY/MORRIS, age., s. 1308; SMITH/CROMACK, age., s.3.

işveren tarafından sona erdirilmesi konusunda, daha uzun ihbar süresi getirmektedir. Bu durumda seçilen hukuk uygulanacağı şüphesizdir⁴⁶⁶.

İlk iki durumda, seçilen hukuk ile hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuk arasında, ihtilâf konusu hukukî müessese bakımından bir farklılık bulunmaktadır⁴⁶⁷. Üçüncü durumda ise, seçilen hukukun emredici kuralları ile seçim bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici kuralları aynı mesele üzerinde farklı müesseseler öngörmektedir⁴⁶⁸. Örneğin haksız işten çıkarmayla ilgili bir olayda, seçilen hukuk işe iade hakkı tanımakta, fakat tazminat öngörmemektedir. Buna karşılık hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuk, haksız işten çıkarılmadan sonra sadece tazminat talep etme hakkı getirmektedir⁴⁶⁹.

Bir başka örnek, seçilen hukukun, haksız işten çıkarmaya karşı daha az koruyucu hükümler getirmesi fakat bu riski azaltmak için daha yüksek standartlı ücret öngörmesi; objektif olarak uygulanacak hukukta ise haksız işten çıkarmaya karşı iş güvenliğini sağlayan kuralların bulunması, ancak ücretlerin düşük olması durumudur⁴⁷⁰. Ayrıca seçilen hukuk ile seçim yapılmasa idi uygulanacak hukuk, haksız işten çıkarılma karşısında, işçiyi korumak için tazminat öngörmüş, fakat bu tazminat müessesesi farklı biçimlerde düzenlenmiş olabilir⁴⁷¹.

(v) Asgarî Korumanın Tespitinde Yapılacak Karşılaştırmaya İlişkin Metodlar

Uygunluk karşılaştırmasını yapan tarafa göre, subjektif değerlendirme ölçütü uyarınca, iş sözleşmesinin zayıf tarafı, hangi hukukun kendisi için elverişli olduğuna en iyi kendisi karar verebilir⁴⁷². Ancak bu görüş doğrultusunda hareket edilecek olursa, kendisi için

⁴⁶⁶ MORSE, Employment Contracts, s. 15; DICEY/MORRIS, age., s. 1308.

⁴⁶⁷ MORSE, Employment Contracts, s. 15.

⁴⁶⁸ EBRAHIMI, age., s. 421.

⁴⁶⁹ MORSE, Employment Contracts, s. 15; DICEY/MORRIS, age., s. 1308; ZAALISHVILI, agm., s. 691.

⁴⁷⁰ GAMILLSCHEG, agm., s. 319; GAMILLSCHEG/ FRANZEN, agm., s. 224; EBRAHIMI, age., s. 422; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 173.

⁴⁷¹ WILLIAMS, P.Ross, "The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", 35, ICLQ, 1986, s. 26.

⁴⁷² DOĞAN, İş Akdi, s. 71; DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 28; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 158; DOĞAN, Tespit, s. 118.

daha elverişli olan hukuku zaten belirleyebilen işçinin, irade muhtariyetinin sınırlanması yoluyla neden korunduğu; bir başka deyişle, hukuk seçiminin sınırlanması metodunun benimsenmesinin amacı temelsiz kalmaktadır⁴⁷³.

Diğer ölçüt, objektif değerlendirmedir. Buna göre, hâkim, karşılaştırma yaparken, makûl ve akıllı bir kişinin (işçinin) aynı koşullarda, tercih edeceği elverişliliği tespit etmelidir⁴⁷⁴.

(vi) Asgarî Korumanın Tespitinde Esas Alınacak Hukuk Sistemlerine

Ait Kurallar

Asgarî korumanın tespitinde, yapılacak karşılaştırmada esas alınacak hukuk sistemleri ilişkin olarak üç farklı görüş ortaya konmuştur.

Bu görüşlerden birincisine göre, seçilen hukukun ve objektif bağlama kuralı esaslarına göre tespit edilen hukukun, iş hukukuna ilişkin bütün mevzuatı karşılaştırılmalıdır⁴⁷⁵. “Toplu karşılaştırma” olarak anılan bu görüş, objektif olarak uygulanacak hukukun sadece, işçiyi koruyan emredici kurallarıyla yapılmasını amaçladığını, bütün bir iş hukuku sisteminin karşılaştırılmasının bu amacı aşacağı itirazına uğramıştır⁴⁷⁶.

Ayrıca her ne kadar işçinin lehine ve aleyhine olan normları tespit edebilmek için iş hukuku sistemlerinin tümüyle karşılaştırılması gerekse de, bu karşılaştırmanın, özellikle gelişmişlik düzeyi ve hukuk kültürü farklı batı ve doğu ülkeleri arasında yapılması imkânsızdır⁴⁷⁷.

⁴⁷³ DOĞAN, İş Akdi, s. 71; DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 28; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 158; DOĞAN, Tespit, s. 118.

⁴⁷⁴ DOĞAN, İş Akdi, s. 71; DOĞAN, Zayıf Taraf, s. 28; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 158; DOĞAN, Tespit, s. 118.

⁴⁷⁵ Bu tartışmalar için yabancı doktrinde bkz. PHILIP, Contracts of Employment, s. 260; LIUKKUNEN, age., s. 126. Türk doktrininde konuya ilişkin tartışmalar için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s. 68; DOĞAN, Milletlerarası, s. 316.

⁴⁷⁶ LIUKKUNEN, age., s. 126; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 312; DOĞAN, İş Akdi, s. 69.

⁴⁷⁷ GAMILLSCHEG, agm., s. 320; GAMILLSCHEG/ FRANZEN, agm., s. 224.

Karşılaştırmanın bütün iş hukuku sistemini içerecek şekilde yapılması görüşüne getirilen bir diğer olumsuz eleştiri, karşılaştırma yapılacak hükümlerin kapsamının genişledikçe, uygunluk karşılaştırmasının o kadar zorlaşacağı yönündedir⁴⁷⁸.

İkinci görüş, “grup karşılaştırması” yapılmasını önermektedir. Buna göre sadece söz konusu meseleye özel kurallar değil, aynı zamanda o meseleyle ilişkili kural grupları karşılaştırılmalıdır⁴⁷⁹. Örneğin işten çıkarmaya ilişkin kurallar, işverenin haklı fesih koşullarından, kıdem tazminatına kadar çeşitli konularla ilişkili olabilir. Diğer bir örnek, yıllık izin süresinin, yıllık izne hak kazanmak için aranan çalışma süresi, yıllık izin ücretinin yüksekliğine ilişkin kurallarla birlikte değerlendirilmesidir⁴⁸⁰. Bu karşılaştırma yöntemine göre, yanıtı aranan soru, bir alandaki üst seviyedeki korumanın, diğer alandaki daha alt seviyedeki korumayı telâfi edip edemeyeceğidir⁴⁸¹.

Bu görüş kapsamında, hangi kural gruplarının, hangi olayda karşılaştırılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁴⁸². Örneğin Alman hukukunda, haksız işten çıkarılmaya karşı getirilen güvencelerin, maddî tazminattan çok daha öncelikli ve işçi lehine olduğu fikri benimsenmekteyken, Avusturya hukukunda tam tersi bir yaklaşım vardır⁴⁸³. Belki de her olayın özelliğine göre olayla ilgili farklı kural gruplarının karşılaştırılması gerekmektedir.

Belirli kural gruplarının, kendi kategorisi içinde karşılaştırılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁸⁴. Örneğin işçi, objektif olarak uygulanacak hukukun, iş sözleşmesinin sona ermesine dair emredici hükümlerini; yıllık ücretli tatil izinlerinde ise seçilen hukukun kendisi için daha lehe olan hükümlerinin uygulanmasını isteyebilir. Fakat iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine, hem objektif olarak uygulanacak hukukun emredici

⁴⁷⁸ DOĞAN, İş Akdi, s. 68. DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 155; DOĞAN, Tespit, s. 114-115.

⁴⁷⁹ DOĞAN, İş Akdi, s. 70; DOĞAN, Milletlerarası, s. 316.

⁴⁸⁰ DOĞAN, Zayıf Taraf, s.29, (dn. 39); DOĞAN, Tespit, s.117; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s.157.

⁴⁸¹ KREBBER, agm., s. 528.

⁴⁸² LIUKKUNEN, age., s. 127.

⁴⁸³ KREBBER, agm., s. 529.

⁴⁸⁴ DOĞAN, İş Akdi, s. 69; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 532.

hükümlerini hem de seçilen hukukun düzenlemelerini kombine edemez⁴⁸⁵. Çünkü her bir hukuk rejimi, iş sözleşmesinin sona ermesi konusunda, kendi içinde uyumludur ve her iki hukukun seçip toplanması, bu uyum ve dengeyi bozabilir⁴⁸⁶.

Bazı yazarlar ise, bağlama kuralında öngörülen karşılaştırmanın çok daha sınırlı olduğu görüşündedir. “Tekli Karşılaştırma” olarak anılan üçüncü görüşe göre, uygunluğun karşılaştırılması, ihtilâf konusu olan özel konu ile sınırlıdır⁴⁸⁷. Örneğin ihbar süresi gibi. Her bir spesifik olayda, daha uygun olan hukuk uygulanmalıdır. Buna göre eğer karşılaştırmadaki kural grupları çok fazla sınırlıysa, kural kurala karşılaştırma, her iki hukuk sisteminin en iyi parçalarının seçildiği bir vakıayı kolaylıkla ortaya çıkaracaktır⁴⁸⁸. Bu kapsamda, örneğin iki farklı kanun, asgarî ücret konusunda birbirinden farklı sınırlar tespit ediyorsa, bu sınırı diğerine göre daha yüksek seviyede tespit eden kanun uygulanmalıdır⁴⁸⁹.

Bu görüşün, işçinin korunması için düzenlenmiş olan özel bağlama kuralının amacına ters düştüğü ileri sürülmüştür⁴⁹⁰. Örneğin asgarî ücrete dair düzenlemelerde, karşılaştırma altında pek çok kural ortaya çıkacaktır. Benzer amaçlar için farklı ülkeler, işçiye, farklı başlıklar altında ödeme yapıyor olabilir. Karşılaştırmanın çok sınırlı olması hâlinde, çifte ödeme gündeme gelebilir ki bu, amaçlanan asgarî korumayı aşmaktadır⁴⁹¹.

Seçilen hukuk, hukuk seçilmemesi hâlinde, uygulanacak hukukun işçiyi koruyucu emredici hükümlerinden işçiyi mahrum etme sonucu doğuramaz; fakat işçinin, seçilen hukukun emredici hükümlerinin korumasına da sahip olduğu da söylenmemektedir. Örneğin hem tazminat hem de işe iade hükümleri işçiyi koruduğu için, işçinin her iki hakkı da elde

⁴⁸⁵ ANTON/BEAUMONT, age., s. 349; ZAALISHVILI, agm., s. 691; EBRAHIMI, age., s. 421; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 313.

⁴⁸⁶ GAMILLSCHEG, agm., s. 320; MORSE, Employment Contracts, s.16; POLAK, agm., s. 335.

⁴⁸⁷ ÖZDEMİR- KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001, s. 73; NOMER/ŞANLI, age., s. 333.

⁴⁸⁸ Bu görüşün tespiti için bkz. DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 156; DOĞAN, Tespit, s. 116.

⁴⁸⁹ ÖZDEMİR- KOCASAKAL, age., s. 73.

⁴⁹⁰ DOĞAN, Milletlerarası, s. 316.

⁴⁹¹ LIUKKUNEN, age., s. 127.

etmesine izin vermemektedir. Buna göre, işçinin, sadece hukuk seçimi bulunması nedeniyle iki kere korunması, asgarî koruma ilkesinin sınırlarını aşmaktadır⁴⁹²

Asgarî koruma ilkesinin aşılmasına bir başka örnek, ortak vatandaşlığa sahip olan gönderen işveren ve bir başka Müslüman ülkeye çalışmak üzere gönderilen işçinin, iş sözleşmesinin yapıldığı ve tarafların hukukunu uygulanmak üzere seçtiği ülkede, 12 günlük ücretli Hristiyan bayramının öngörülmesi, buna karşılık, işçinin işini mutaden yaptığı Müslüman ülkede de 10 günlük, ücretli Ramazan ve Kurban bayramı tatilinin bulunmasıdır. Bu durumda işçinin 22 günlük bayram tatili talep etmesi, asgarî koruma ilkesinin aşılması anlamına gelecektir⁴⁹³.

Benzer bir durum, seçilen hukukta haftalık tatil gününün pazar günü olmasına karşılık, işin mutaden yapıldığı ülkede, cuma gününün haftalık tatil günü olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bu durumda, işçinin hem seçilen hukuka göre pazar gününü hem de işin mutaden yapıldığı ülkenin hukukuna göre cuma gününü, yani haftada iki günü haftalık tatil günü olarak talep etmesi düşünülemez⁴⁹⁴. İşçinin en lehine olan hukukun uygulanması prensibinin bu kadar katı uygulanması, işverenin, hukuk seçimindeki bütün menfaatlerinin feda edilmesi ve fazladan masrafa girmesi anlamına gelecektir⁴⁹⁵.

Doktrinde diğer görüşe göre, her iki ülkenin hukuku birlikte uygulanmalıdır. Bu görüş uyarınca, Türkiye'den Almanya'ya geçici olarak gönderilen Türk işçilere, şeker ve kurban bayramlarının ilk günleri ile Almanya'nın tüm resmî ve dinî bayram günleri tatili uygulanacaktır⁴⁹⁶.

İş sözleşmelerinde, tarafların seçtiği hukuk ile hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde objektif bağlama kuralı esaslarına göre tespit edilen hukukun emredici hükümlerinin karşılaştırılması için önerilen bütün görüşlerin haklı olduğu noktalar bulunmaktadır.

⁴⁹² DICEY/MORRIS, age., s. 1308; EBRAHİMİ, age., s. 423-424. Türk doktrininde bu yönde, DOĞAN, İş Akdi, s. 69; DOĞAN, Milletlerarası, s. 316.

⁴⁹³ GAMILLSCHEG, agm., s. 320.

⁴⁹⁴ GAMILLSCHEG, agm., s. 320; GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 224.

⁴⁹⁵ GAMILLSCHEG, agm., s. 320.

⁴⁹⁶ TUNCAY, Almanya, s. 8.

Her iki hukukun bütün iş hukuku sistemlerinin karşılaştırması, bu karşılaştırmayı yapacak mahkemeler için çok uzun bir araştırmayı gerektirecektir. Sadece ihtilâf konusu olaya ilişkin müessesenin karşılaştırması ise millî hukukların farklı iş hukuku sistemleri nedeniyle yanıltıcı olabilecektir ve asgarî koruma ilkesini aşabilecektir. Katıldığımız görüş uyarınca, işçiyi korumak, işverenin cezalandırılması anlamına gelmediği gibi, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, uygunluğun karşılaştırılması her zaman “sadece” işçinin menfaatlerinin korunması amacına hizmet etmemektedir⁴⁹⁷. Daha uygun olan metodu, ihtilâf konusu olayla ilgili kural gruplarının karşılaştırılması olduğu görülmektedir. Hangi kural gruplarının karşılaştırılması gerektiği ise her bir olayın kendi özelliğine göre belirlenmelidir.

hhhh. Kısmî Hukuk Seçimi İmkânı

İş sözleşmelerinde, taraflar, seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmasını kararlaştırabilirler⁴⁹⁸. Örneğin, iş sözleşmesinin çalışma saatleri bakımından seçilen hukuka tâbî olacağı; yıllık izin açısından seçilen hukuka tâbî olmayacağı kararlaştırılabilir⁴⁹⁹. Ancak iş hukuku alanında bunun iyi bir çözüm olmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁰⁰. Tarafların farklı hukuk sistemlerinin parçalarını seçmesi ve bu mozaikte kendi beğenilerini oluşturması, genel olarak tarafların eşit ekonomik güce sahip olduğu

⁴⁹⁷ DOĞAN, İş Akdi, s. 76; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 156; DOĞAN, Tespit, s. 116.

⁴⁹⁸ Roma I Tüzüğü m. 3/1'e göre, taraflar, seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamına veya bir parçasına uygulanmasını kararlaştırabilirler. DICEY/MORRIS, age., s. 1220. Roma Sözleşmesi'nde, madde 3/1'in lafzına göre, sözleşmenin bir parçasına veya tamamına uygulanmak üzere tek bir hukuk seçiminden söz edilse bile, tarafların iki veya daha fazla hukuku, sözleşmenin farklı parçalarını idare etmek için seçebileceklerinin kuşkusuz olduğu belirtilmekteydi. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 154. Roma I Tüzüğü'nün 8. maddesi özel bir hüküm içemediği için, m.3 kapsamında, iş sözleşmelerinde bölünmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 310. Benzer yaklaşım, 1994 tarihli Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lâtin Amerika için Sözleşme'nin (*Inter -American Convention on the Law Applicable to International Contracts*) 7. maddesinin ilk fıkrasında da yer almıştır. JUENGER, *Inter American Convention*, s. 388.

⁴⁹⁹ LIUKKUNEN, age., s. 116.

⁵⁰⁰ LANDO/VON HOFFMANN/SIEHR, age., s. 14; GAMILLSCHEG, agm., s. 307.

sözleşmeler için uygun görülebilir⁵⁰¹. İş hukuku alanında ise irade muhtariyetinin bu şekilde kullanılmasının, adil olamayan sonuçlara yol açması olasılığına dikkat çekilmektedir⁵⁰².

İş sözleşmelerinde, kısmî hukuk seçiminin yapılmış olduğu durumlarda, işçiyi koruma işlevi olan kuralların bulunup bulunmadığı bir sorun teşkil etmektedir⁵⁰³. İş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında tarafların pazarlık gücünün eşit olmadığı doğrudur ancak bir hukuk seçimi klozunun, uygulanacak hukukun bölünmesi belirsizliklere yol açsa da, bir işçinin menfaatini koruyacak sonuçlar doğurması da mümkündür⁵⁰⁴. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi'nin, 1988 tarihli *Wuting v. International Harvester Corporation* kararında⁵⁰⁵, bir Amerikan şirketinin, Fransa'daki bağlı 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 kısmî hukuk seçimine dayanılarak, işçinin seçimi doğrultusunda, işin yapıldığı yer olan Fransız hukukunun uygulanmasına karar verilmiştir⁵⁰⁶.

MÖHUK m.27'de, iş sözleşmelerinde, kısmî hukuk seçimine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla MÖHUK m.24/2 hükmü, iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK madde 24/2'ye göre, taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler⁵⁰⁷. Kısmî hukuk seçiminin tek sınırı,

⁵⁰¹ LANDO, ECC Convention, s. 184; VISCHER, General Course, s. 140.

⁵⁰² KREBBER, agm., s. 524; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 218; Tüketici sözleşmeleri bakımından aynı yönde görüş için ayrıca bkz. HEISS, Helmut/ DOWNES, Noemi, “**Non- Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective**”, 5, European Review of Private Law, 2005, s. 703. Roma Sözleşmesi'nin Dibacesinde, işçilerin, hangi hukuk seçiminin kendileri için en uygun hukuk olacağını ve *de facto* farklı hukukların parçalı uygulamasının ne gibi farklı sonuçlar getirebileceğini takdir edebileceği söylenmektedir. Fakat bu gibi kararlar, işçi açısından avantaj sağlamada kolay kararlar değildir. Bunun sonucunda, madde 8/1'e göre, işçiye yine de uygulanacak hukuk tarafından sağlanan asgarî koruma hakkı sağlanmıştır. KREBBER, agm., s. 524.

⁵⁰³ LANDO, ECC Convention, s. 184.

⁵⁰⁴ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 310.

⁵⁰⁵ 21th November 1986, 75 *Revue critique de droit international privé* (1988) 314. Karar özeti için bkz. PLENDER, agm., s. 29; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 155.

⁵⁰⁶ Bu kararın aynı zamanda alternatif bir hukuk seçime “ilginç” bir örnek teşkil ettiği yönünde bkz. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 155.

⁵⁰⁷ TEKİNALP, age., s. 338; NOMER/ŞANLI, age., s. 316.

sözleşmenin ekonomik ve hukukî bakımdan, birbirinden ayrılabilen kısımlarının, farklı ülke hukuklarına, tâbi tutulmasıdır⁵⁰⁸.

Türk doktrininde, bir sözleşmeyi aynı zamanda iki hukuka birden tâbi tutan hukuk seçiminin geçersiz olacağı görüşü hâkimdir. Bir başka deyişle, birden fazla hukuk düzeninin hükümlerinin aynı anda sözleşme için geçerli olmasını ifade eden bir hukuk seçimi yapılamaz⁵⁰⁹. Ayrıca kısmî hukuk seçiminin açık olarak yapılması gerektiği bir başka deyişle hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmî hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılamayacağı da savunulan görüşler arasındadır⁵¹⁰.

Özellikle iş sözleşmelerinde kısmî hukuk seçiminin açık olarak yapılmasının aranması, işçinin koruması amacına daha uygun bir düzenleme olurdu. Ancak, 24. maddede, örtülü kısmî hukuk seçimine izin veren genel ifade karşısında, iş sözleşmelerinde kısmî hukuk seçimi örtülü olarak da yapılabilecektir.

MÖHUK m.27'de, kısmî hukuk seçimine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat iş sözleşmelerinde, diğer milletlerarası unsurlu sözleşmelerden farklı olarak, kısmî hukuk seçimi, uygunluğun karşılaştırılması bakımından, ayrıca karmaşıklığa yol açacaktır. Kısmî hukuk seçiminin, bu açıdan, belirsizlikleri arttırma olasılığı gözönüne alınmalıdır⁵¹¹. Objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukukun asgarî koruması, kısmî hukuk seçimi yapıldığında, birden çok hukuk için ayrı ayrı araştırılacaktır ki bu, mahkemeler için muazzam bir yük anlamına gelmektedir.

iii. Seçim ve Seçimin Değiştirilmesi Zamanı

Kural olarak hukuk seçimi, sözleşmenin kuruluşundan, uyuşmazlığın ortaya çıkmasına, hatta yargılama aşamasına dek her zaman yapılabilir ya da değiştirilebilir. Uygulanacak hukukla ilgili olarak tarafların yapacağı değişikliklerin, şekli geçerliliği ve

⁵⁰⁸ DOĞAN, Milletlerarası, s. 295.

⁵⁰⁹ NOMER/ŞANLI, age., s. 316.

⁵¹⁰ NOMER/ŞANLI, age., s. 316.

⁵¹¹ Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde yabancı doktrinde aynı yönde, EBRAHİMİ, age., s. 93.

üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmemesi prensibi kabul edilmiştir.⁵¹². Şeklî geçerlilikle ilgili vasıflandırmanın amacı, idare eden hukuku değiştirmek üzerine yapılan bir anlaşmanın geçerlilikle ilgili şüphe yaratmasından kaçınmaktır⁵¹³. Bir diğer amaç da, hukuk seçimi yapılıncaya dek, bu sözleşme altında haklar kazanmış olan üçüncü kişilerin haklarını korumaktır⁵¹⁴.

Bazen taraflar, farklı durumlar için alternatif hukuk seçimleri tercih etmiş olabilirler. Bu gibi seçimler çok seyrek ortaya çıkar fakat pratikte görüldüğü olmuştur⁵¹⁵. Alternatif bir hukuk seçimi de etkili bir hukuk seçimi kabul edilmelidir⁵¹⁶. Fakat alternatif seçenek, belli bir süreye veya şarta bağlı ise, bu seçenek mevcut oluncaya kadar, sözleşmeyi idare eden hukuk, objektif bağlama kuralına göre tespit edilmelidir⁵¹⁷.

MÖHUK m.27'de, iş sözleşmesinin taraflarının, seçtikleri hukuku değiştirebilmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır; o hâlde genel düzenleme olan madde 24/3 uygulanacaktır. Buna göre hukuk seçimi, taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir⁵¹⁸. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir⁵¹⁹.

Doktrinde bir görüşe göre, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan hukuk seçimi ve tarafların seçtikleri hukuku değiştirmeleri, tarafların isteğine göre *ex nunc* veya *ex tunc* etkili olabilir. Ancak aksi kararlaştırılmamışsa, hukuk seçimi geçmişe etkili olacaktır⁵²⁰ ve bu durumda üçüncü kişilerin hakları saklı kalacaktır.

⁵¹² Roma Sözleşmesi, Madde 3/2'ye göre, taraflar, her zaman sözleşmeyi, bu madde kapsamında önceden yapılan seçim sonucunda veya Roma Sözleşmesi'nin diğer hükümlerine göre daha önce onu idare eden hukuktan başka bir hukuka tâbi kılabilirlerdi. FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 693.

⁵¹³ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 157.

⁵¹⁴ DICEY/MORRIS, age., s. 1220; Tüzük Önerisi, s. 15; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 362. Benzer bir düzenleme IPRG m.116/3 hükmünde yer almaktadır. TURHAN, agm., s. 127.

⁵¹⁵ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 139.

⁵¹⁶ BRIGGS, age., s. 167-168.

⁵¹⁷ DICEY/MORRIS, age., s. 1221; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 700; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 140; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 361.

⁵¹⁸ NOMER/ŞANLI, age., s. 316.

⁵¹⁹ DOĞAN, İş Akdi, s. 43; DOĞAN, Milletlerarası, s. 296.

⁵²⁰ NOMER/ŞANLI, age., s. 316; TEKİNALP, age., s. 340.

Kanaatimizce, 24. maddenin 3. fıkrasında yer alan pozitif düzenleme karşısında, bu görüşe katılmak olanaksızdır. Söz konusu hüküm, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gibi bir istisnaya yer vermeksizin, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimin, sadece geriye etkili olarak geçerli olacağını emretmektedir.

Roma I Tüzüğü'nde, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin tâbi olduğu hukuka ilişkin hiçbir değişikliğin, sözleşmenin şekli geçerliliğine veya üçüncü kişilerin haklarına hâle getirmeyeceği ayrı ayrı belirtilmiş olmasına karşın; MÖHUK'da sözleşmenin şekli geçerliliğine hâle gelmeyeceğine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, MÖHUK m.24/3'ün sözleşmenin şekli geçerliliğine de hâle getirilmeyeceği şeklinde yorumlandığı görülmektedir⁵²¹.

İş sözleşmelerinde de hukuk seçimi herhangi bir zamanda yapılabilir veya değiştirilebilir. Kanaatimizce, işçinin korunması ilkesine paralel olarak, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılan veya değiştirilen hukuk seçimlerinin ihtiyatla karşılanması gerekmektedir. Ancak uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce fakat iş sözleşmesi akdedildikten sonra yapılan hukuk seçimlerinin, işçinin ve işverenin menfaatlerinin göz önüne alınmasında olumlu etkilerinin olabileceği de unutulmamalıdır. Örneğin, iş sözleşmesi akdedildikten sonra, işçinin geçici olarak çalışmak üzere bir başka ülkeye gönderilmesi durumunda, işçinin işini muteden yaptığı ülkeye dönmelerinden sonra da geçici olarak çalıştığı ülkenin hukukunun uygulanması kararlaştırılabilir⁵²². Böyle bir seçim, iş ilişkisinin çeşitli çalışma dönemlerinde, farklı hukuklara tâbi olmasını önleyecektir⁵²³.

⁵²¹ NOMER/ŞANLI, age., s. 316; DOĞAN, İş Akdi, s. 42.

⁵²² VAN EECKHOUTTE, agm., s. 168.

⁵²³ VAN EECKHOUTTE, agm., s. 168.

iii. İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi İradesinin Varlığı ve Geçerliliğini İdare

Eden Hukukun Tayini

Bir hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukuk için pek çok öneri getirilmiştir. Bunlar *lex fori*, tarafların seçtiği hukuk ve hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuktur⁵²⁴.

2675 sayılı Kanun döneminde, hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmemiştir. Hukuk seçiminin geçerliliğine de seçilen hukukun uygulanmasını öneren görüş yanında⁵²⁵, doktrinde, asıl akit statüsü ve tarafların müşterek bir hukuku bulunmakta ise bu hukuka göre geçerli bir seçimin de kabul edilmesi gerektiği görüşü bulunmaktaydı⁵²⁶.

MÖHUK hükümleri içinde, genel olarak hukuk seçiminin ve iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin, varlığı ve geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, Roma I Tüzüğü'ne ve Roma Sözleşmesi'ne benzer bir yorum yapılarak⁵²⁷, hukuk

⁵²⁴ WEINTRAUB, J. Russell, **Commentary on the Conflict of Laws**, 5th ed. , Texas 2006, s. 482; Türk doktrininde, konuya ilişkin tartışmalar için, TURHAN, agm., s. 123. DOĞAN, İş Akdi, s.28; İngiliz doktrininde, hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliği arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırma göre, hukuk seçiminin bulunup bulunmadığına *lex fori*'ye göre karar verilmesi gerektiği hâkim görüştür. Fakat hukuk seçiminin geçerliliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. DICEY/MORRIS, age., s. 1228; WEINTRAUB, age., s. 486. İsviçre hukukunda ise hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliliğinin, seçilen hukuka tâbi olacağı kabul edilmiştir. TURHAN, agm., s. 124.

⁵²⁵ ÇİLİNGİRLİOĞLU, agm., s. 105. İş sözleşmelerinde, hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliliği de, iş sözleşmesinin geçerli olması hâlinde uygulanacak hukuka tâbi olacaktır. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumda, iş sözleşmesine objektif olarak uygulanacak hukukun, işçinin korunmasına yönelik asgarî hükümleri bertaraf edilmemek koşuluyla, hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliliği, seçilen hukuka tâbi olacaktır. AKYİĞİT, agm., s. 18.

⁵²⁶ DOĞAN, İş Akdi, s. 30.

⁵²⁷ JAYME, agm., s. 39; DICEY/MORRIS, age., s. 1229. Roma I Tüzüğü'ne göre, uygulanacak hukukun seçiminde, tarafların rızasının varlığı ve geçerliliği, maddî geçerliliğe ilişkin 10.madde, şekli geçerliliğe ilişkin 11. madde ve ehliyetsizliğe ilişkin 13. maddeye göre tespit edilmektedir (m.3/5). Roma Sözleşmesi'ndeki çözüm, meselenin, tarafların seçtiği hukukça çözülmesiydi. Madde 3/4'de, uygulanacak hukukun seçimi olarak, tarafların rızasının varlığı ve geçerliliği, maddî geçerliliğe ilişkin 8.madde, şekli geçerliliğe ilişkin 9. madde ve ehliyetsizliğe ilişkin 11. maddeye göre tespit edilir hükmü yer almaktaydı. FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 707. Bu çözüm Roma I Tüzüğü önerisinde de aynen kabul edilmiştir. Tüzük Önerisi, s. 15. Fakat bir sözleşmenin varlığı ve geçerliliğini ele alan 10. madde, her ikisinin hukuk seçimlerinin ihtilâflı olduğu veya birinin açık hukuk seçimi içermesine rağmen diğerinin içermediği, sözleşmesel standart form ihtilâfi bulunduğu, hangi hukukun uygulanacağı sorusunu yanıtlamamaktadır. Bu durumda sorunu çözebilecek tek hukuk *lex fori* veya hukuk seçimi olmasa idi uygulanacak hukuktur. JAYME, agm., s. 39; DICEY/MORRIS, age., s. 1229.

seçiminin şekli geçerliliğine 7. maddenin, ehliyet 9. maddenin ve hukuk seçiminin maddî geçerliliğine 32. maddenin uygulanacağı görüşü ifade edilmektedir⁵²⁸.

Kanaatimizce, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliğinin, genel olarak şekle, ehliyet ve maddî geçerliliğe ilişkin hükümlere tâbi olması, iş sözleşmeleri özelinde, bu düzenlemelere yönettiğimiz eleştirilerle sınırlı olarak kabul edilebilir.

bbb. Objektif Bağlama Kuralları

aaaa. Doktrin ve Uygulamada Tercih Edilen Bazı Bağlama Noktalarına Bakış

(i) İş Sözleşmesinin Taraflarının Millî Hukuku

Bir iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinin taraflarının farklı vatandaşlıkta olmaları veya işin yapıldığı yer veya iş sözleşmesinin akdedildiği yer ile iş sözleşmesinin taraflarının müşterek vatandaşlığının farklı ülkelerin hukukuna işaret etmesi söz konusu olabilir.

Özellikle yabancı sermayeyle kurulmuş ortaklıklar, geçici ya da sürekli olarak yabancı personel çalıştırmakta, hatta yabancı personeli öncelikle işe alabildikleri gibi, yabancı işçilerini, temsilciliklerine yönetici pozisyonlarında geçici biçimde gönderebilmektedir⁵²⁹. Diğer yandan müşterek vatandaşlığa sahip olan işçi ve işveren yabancı bir ülkede görülecek iş için iş sözleşmesi akdedebilir.

Kişiler hukuku, aile hukuku gibi taraf menfaatinin korunduğu ilişkiler bakımından bağlama noktası olarak kabul edilen millî hukuk⁵³⁰, işlem menfaatinin vurgulandığı sözleşmeler hukuku alanında, tercih edilmemektedir⁵³¹.

⁵²⁸ NOMER/ŞANLI, age., s. 315. Sözleşmenin geçerli olduğunun kabulüyle, tarafların edimlerini karşılıklı olarak kısmen veya tamamen yerine getirmiş olması durumunda, hukuk seçimi iradesinin geçerliliğinin, dürüstlük kuralı çerçevesinde, taraflar arasındaki maddî hukuk sözleşmesinin ve onun hükümlerinin korunması amacına uygun olarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. NOMER/ŞANLI, age., s. 313.

⁵²⁹ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 218.

⁵³⁰ DOLINGER, agm., s. 255-257; BRIGGS, age., s. 27. Aynı yönde Türk doktrininde, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, agm., s. 371; ULUOCAK, age., s. 11; AKINCI, age., s. 24; AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 37; TEKİNALP, age., s. 35; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 34; DOĞAN, Milletlerarası, s. 127.

⁵³¹ BARIATTI, Stefania, "Restrictions Resulting from the EC Treaty Provisions for Brussels I and Rome I", in *Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence*

Genel olarak sözleşmeler hukuku, özel olarak da iş sözleşmeleri alanında, tarafların millî hukuku, bir başka deyişle farklı vatandaşlıklara sahip olunması, elbette hukukî ilişkiyi tarafları açısından milletlerarası unsurlu hâle getirmektedir; fakat bağlama noktası olarak dikkate alınan bir unsur değildir. Gerçekten pek çok millî düzenlemede, iş sözleşmelerinin taraflarının farklı vatandaşlıkta olması, iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kurallarında tercih edilen bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkmamaktadır⁵³².

Buna karşılık istisnâî bir örnek olarak, Roma I Tüzüğü yürürlüğe girmeden ve Roma Sözleşmesi'ne taraf olunmadan önce, İtalyan Medenî Kanunu'nda, iş sözleşmeleri bakımından, tarafların ortak vatandaşlığını bağlama noktası olarak kabul edilmiştir ve ortak vatandaşlığın bulunmaması durumunda, akdın inikadı yeri esas alınmıştır (m.25)⁵³³. İş sözleşmesinin taraflarının ortak vatandaşlığını esas alan diğer millî hukuklara örnek olarak, Costa Rica ve Tayland hukuku gösterilebilir⁵³⁴. Alman hukukunda ise geçmişte, iş sözleşmesinin taraflarının millî hukuku, işverenin işyeri veya iş sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku ile örtüşmekteyse göz önüne alınmıştır⁵³⁵.

Bağlama noktasının millî hukuk olarak tespit edildiği hâllerde, vatandaşlığın tayininin, *lex fori*'ye göre değil, ilgili devletin hukukuna göre yapılması gerekir⁵³⁶.

Türk doktrininde, 2675 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, Türk vatandaşı işçi ve işveren arasında, yabancı ülkede çalışmak üzere yapılan bir iş sözleşmesine, Türk hukuku uygulanmasının düşünülebileceği ifade edilmiştir⁵³⁷.

and divergence between Brussels I and Rome I, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s. 87-88; TEKİNALP, age., s. 36.

⁵³² GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s.216.

⁵³³ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 887; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 218; MONTANARI, Alberto/NARCISI, A.Vincent, **Conflict of Laws in Italy – The Text an English Translation of Italian Law No. 218 of May 31, 1995 (Reform of the Italian System of Conflict of Laws**, Kluwer Law International, The Hague 1997, s. 55.

⁵³⁴ MORGENSTERN, age., s. 54.

⁵³⁵ SZÁSZY, agm., s. 15.

⁵³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 94; NÖMER/ŞANLI, age., s. 113.

⁵³⁷ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 908.

2675 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ileri sürülen bir diğer görüşe göre, işin yapıldığı yabancı ülkenin işçiye daha fazla koruma getirmesi hâlinde, sadece tarafların aşına olması gerekçesiyle müşterek millî hukuk olan Türk hukukunun uygulanması yerinde olmayacaktır⁵³⁸.

Tarafların farklı vatandaşlıklara sahip olması durumunda, menfaati üstün olan tarafın millî hukukunun uygulanması yaklaşımı⁵³⁹ ise, iş sözleşmelerinde taraftar toplamamıştır.

Genel olarak sözleşmeler hukuku alanında, sözleşmenin taraflarının ortak vatandaşlığının bulunmaması hâlinde, taraflardan birinin vatandaşı olduğu devletin hukukunun uygulanması, diğer taraf bakımından ayrımcılık oluşturacağı için tercih edilmemektedir⁵⁴⁰.

(ii) İş Sözleşmesinin Taraflarının İkametgâhları, Mutad Meskenleri ya da İşyerleri

İş sözleşmesinin taraflarının ikametgâhlarının, mutad meskenlerinin⁵⁴¹ ya da işverenin işyeri ile işçinin mutad meskeni veya ikametgâhının aynı ülkede bulunması durumunda, kimi millî hukuklarda, bu yer, bağlama noktası olarak tercih edilmiştir. Örneğin Mısır ve Kuveyt hukukunda, tarafların ortak ikametgâhı, Fas Hukukunda tarafların ortak vatandaşlığı yanında ortak ikametgâhı, Portekiz hukukunda ise tarafların ortak ikamet yeri, bağlama noktası olarak kabul edilmiştir⁵⁴². Buna karşılık Gürcistan hukukunda, sadece zayıf tarafın ikamet ettiği yer hukukunun uygulanması söz konusudur⁵⁴³.

⁵³⁸ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 235.

⁵³⁹ ULUOCAK, age., s. 53.

⁵⁴⁰ BARIATTI, agm., s. 91-92. Bu tespit için Türk doktrininde, AKINCI, age., s. 24.

⁵⁴¹ “Mutad Mesken- *Habitual Residence* ” Roma I Tüzüğü'nün 19. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, şirketlerin, tüzel kişiliği olan ya da olmayan diğer yapıların mutad meskeni, idare merkezinin bulunduğu yerdir. Kendi iş faaliyetlerini yürüten gerçek kişilerin mutad meskeni ise, esas işyerinin bulunduğu yerdir. Sözleşmenin, şube, acente veya diğer bir kuruluş faaliyetlerince yapılması durumunda veya sözleşmeye göre ifa, şube, acente veya diğer bir kuruluşun sorumluluğu dahilinde ise şube, acente veya diğer bir kuruluşun bulunduğu yer mutad meskenin bulunduğu yer kabul edilir. Mutad meskenin tespitinde sözleşmenin akdedildiği an dikkate alınır.

⁵⁴² MOERGENSTERN, age., s. 54.

⁵⁴³ ZAALISHVILI, agm., s. 693.

Bazı olaylarda, işverenin işyerinin bulunduğu yer hukuku çok büyük bir öneme sahip olabilmektedir. İşverenin işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunu, bağlama noktası olarak kabul eden millî hukuklara da rastlamak mümkündür. Örneğin 1961 tarihli Kuveyt Kanunu, endüstriyel, ticarî ya da tarımsal girişimlerin işçileriyle ilişkilerinde, girişimin bulunduğu yeri bağlama noktası olarak kabul etmekte, fakat girişimin sicil yeri yabancı bir ülkede bulunmakla birlikte iş sözleşmesi onun bir temsilciliğince Kuveyt'te akdedilmişse, Kuveyt hukukunun uygulanmasını aramaktadır⁵⁴⁴. Benzer şekilde, 1965 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Polonya'da, işverenin esas işyeri ile işçinin mutad meskeni aynı ülkede ise bu ülkenin hukukunun uygulanması kabul edilmişti⁵⁴⁵.

Eski Batı Almanya'da ise, esas bağlama noktası işverenin işyeri iken, bunun istisnası, işin yapıldığı yer ile işçinin mutad meskeninin aynı ülkede bulunması hâlinde, bu yer hukukunun uygulanmasıydı⁵⁴⁶.

Son olarak, Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Tasarısında⁵⁴⁷, iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk için önerilen bağlama kuralı, teşebbüsün veya işverenin ikametgâhının bulunduğu yer hukukunun uygulanmasıdır⁵⁴⁸.

Bağlama noktası olarak işyerinin yorumlanması da vasıflandırma sürecinde olduğu gibi hâkim görüşe göre, *for* hukuku esas alınarak yapılacaktır. Türk mahkemeleri önünde görülen milletlerarası unsurlu bir uyumsuzlukta, işyeri, İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, “işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla, maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim”dir. Ayrıca “işverenin, işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan veya aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır”. İşyeri,

⁵⁴⁴ MOERGENSTERN, age., s. 24.

⁵⁴⁵ BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 143; MORGENSTERN, age., s. 24.

⁵⁴⁶ BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 143.

⁵⁴⁷ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szász.*

⁵⁴⁸ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 891.

işyerlerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür⁵⁴⁹.

Bağlama noktasının yorumunda, üzerinde durulması gerekli bir diğer sorun, işyeri-işletme ayrımıdır. İşyerinin, daha dar ve teknik; işletmenin ise, daha geniş ve iktisadî bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁰.

Türk hukukunda, milletlerarası özel hukuk alanında, ayrı bir işyeri tanımı bulunmamaktadır. İş Kanunu'ndaki işyeri ve Ticaret Kanunu'ndaki işletme kavramları, milletlerarası özel hukuk bakımından yetersizdir. İsviçre hukukunda, IPRG m.20/c'de işyerinin, milletlerarası özel hukuk bakımından tanımlandığı görülmektedir. Buna göre işyeri, iş faaliyetlerinin merkezi olan ülkedir. İş faaliyetleri ise meslekî ve ticarî faaliyetleri ifade etmektedir⁵⁵¹.

(iii) İş Sözleşmesinin Akdedildiği Yer

İş sözleşmesinin akdedildiği yerin, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde, belirli bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir. Örneğin Arjantin, Brezilya, Costa Rica, Mısır, İtalya Japonya, Fas, Peru ve Tayland hukuklarında bağlama noktası olarak iş sözleşmesinin akdedildiği yer dikkate alınmıştır⁵⁵². Lâtin ve Anglo Sakson hukuk sistemlerinin aksine, Alman hukukunda, *lex loci contractus*'a çok az önem verilmiştir, sadece diğer bağlama noktalarını desteklemek için dikkate alınmıştır⁵⁵³.

İş sözleşmesinin akdedildiği yerin bağlama noktası olarak benimsenmesi, genellikle tesadüfî bir bağı ortaya koyduğu için olumsuz eleştirilere uğramıştır⁵⁵⁴. Özellikle standart form sözleşmelerinde, iş sözleşmesinin akdedildiği yer, çok az bir öneme sahip olmaktadır.

⁵⁴⁹ ESENER, İş Hukuku, s. 83; SÜZEK, age., s. 176; GÜNAY, age., s. 77; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 190.

⁵⁵⁰ ESENER, İş Hukuku, s. 87; SÜZEK, age., s. 178-179; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 191-192; ÇELİK, age., s. 57.

⁵⁵¹ ÖZKAN, Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara 2003, s. 91.

⁵⁵² MORGENSTERN, age., s. 22.

⁵⁵³ SZÁSZY, agm., s. 14.

⁵⁵⁴ MORGENSTERN, age., s. 23.

Diğer yandan, *internet* aracılığıyla akdedilen iş sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların, sözleşmenin akdedildiği sırada aynı yerde bulunmamaları hâlinde, farklı hukuk sistemleri, sözleşmenin akdedildiği yerle irtibatlı olabilmektedir⁵⁵⁵.

Bununla birlikte, herhangi bir yerdeki bir iş için, evinde iş arayan bir işçi açısından, iş sözleşmesinin akdedildiği yer hukuku, işçinin en aşına olduğu ve güvende olduğu hukuku gösterebilmektedir. Örneğin 1974 tarihli Arjantin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, iş sözleşmesinin akdedildiği yer ile işin yapıldığı yer arasından, işçinin en lehine olan hukukun mahkemece seçilmesini benimsemiştir. Buna karşılık, işçilerin çalıştığı yerde, işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğü bakımından, iş sözleşmesinin akdedildiği yer hukukunun uygulanması, işlevsiz kalmaktadır⁵⁵⁶.

(iv) İşin Yapıldığı – Yerine Getirildiği Yer

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken en çok benimsenen bağlama noktası, işin yapıldığı - yerine getirildiği ülkedir. “*Locus Laboris*”, işçinin çalışma hayatına katıldığı yerdir ve bu yer çoğunlukla aynı zamanda işverenin işyeridir⁵⁵⁷. Ayrıca işin yapıldığı yer hukukunun uygulanması, o yerde birlikte çalışan işçilere, işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünün sağlanması bakımından da önemlidir⁵⁵⁸.

Son olarak, özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetimler bakımından, *locus laboris*'in önemi ve uygulanabilirliği bir kez daha vurgulanmaktadır. Böylece, işin yapıldığı ülkede çalışan bütün işçilere uygulanan emredici hükümlerin, işçiye sağladığı koruma da bertaraf edilmemektedir⁵⁵⁹. Millî hukuklarda olduğu kadar, milletlerarası ve bölgesel, sosyal güvenliğe ilişkin pek çok sözleşmede işin yapıldığı yerin bağlama noktası olarak benimsendiği görülmektedir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ MORGENSTERN, age., s. 23.

⁵⁵⁶ MORGENSTERN, age., s. 23.

⁵⁵⁷ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 219.

⁵⁵⁸ MORGENSTERN, age., s. 80-81; LANDO, ECC Convention, s. 200.

⁵⁵⁹ MORGENSTERN, age., s. 24.

⁵⁶⁰ Örneğin Türkiye'nin sosyal güvenliğe ilişkin olarak imzaladığı ikili sözleşmelerde, işçilerin, kural olarak çalıştıkları ülkenin hukukuna tâbi olmaları düzenlenmiştir. Almanya ile 30.4.1964 tarihli sözleşme m.5,6, (RG. 10.4.1965- 11976); Avusturya ile 12.10.1966 tarihli sözleşme m.7,8,

Objektif bağlama kuralında, ilke olarak işin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanması, özellikle Roma Sözleşmesi'nin taslak olarak tartışıldığı dönemde, kişilerin, gelişmişlik düzeyi yüksek olmayan ülkelere, gelişmiş ülkelere çalışmak üzere gitmesi düşünülmüş olarak tasarlanmıştır. Oyda, gelişmişlik düzeyi yüksek bir ülkeden, gelişmekte olan ya da gelişmemiş bir ülkeye de çalışmak üzere gitme olasılığı da bulunmaktadır⁵⁶¹. Bu durumda, işin mutaden yapıldığı yer, işçiyi daha az koruyucu hükümler öngörüyor olabilir⁵⁶². Bu durumda, iş sözleşmesinin tarafları, işçinin daha lehine olan bir hukuk seçimi yapmadıkça, objektif bağlama kuralı, kendisinden beklenen, zayıf tarafın korunması işlevini yerine getiremeyecektir.

(v) Değerlendirmemiz

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kuralları düzenlenirken, iş sözleşmesinin taraflarından, işyerine; iş sözleşmesinin akdedildiği yerden, işin mutaden yapıldığı yere kadar pek çok farklı bağlama noktası gözönüne alınabilir. Her bir iş ilişkisinin özelliğine göre, dengelenmeye çalışılan menfaatleri sağlamada, bağlama noktalarının biri diğerinden daha işlevli olabilir. Ayrıca, milletlerarası özel hukuk adaleti, özellikle iş sözleşmelerinde, her bir millî kanun koyucunun, millî politikası, sosyal ve ekonomik değerlerine göre biçimlenmektedir.

Kanaatimizce, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, tek bir kanunlar ihtilâfi kuralı öngörmek ve bütün iş ilişkileri için tek bir bağlama noktasını tercih etmek, günümüz karmaşık iş ilişkilerinde neredeyse imkânsızdır. Her bir iş ilişkisinin, kendine özgü

(RG.12.7.1969-13247); Birleşik Krallık ile 9.9.1959 tarihli sözleşme, m.4, (21.12.1960-10686); Belçika Krallığı ile 4.6.1966 tarihli sözleşme, m.4, (RG.21.12.1967-12782); Hollanda Krallığı ile 5.4.1966 tarihli sözleşme, m.7,8, (RG. 16.12.1967-12778); İsviçre ile 1.5.1969 tarihli sözleşme, m.4,5, (RG.19.10.1971-13991); Fransa ile 20.1.1973 tarihli sözleşme, m.1-6, (RG.23.7.1973-14603).

⁵⁶¹ İş gücü hareketliliğinin, Güney İtalya'dan Kuzey İtalya'ya, Avrupa'nın diğer bölgelerinden Almanya ve Fransa'ya iş bulmak için gitmekte olduğu gibi daha yoksul ya da gelişmemiş bölgelerden, refah seviyesi daha yüksek bölgelere doğru olduğu kadar; tersi yönde olduğu da görülmektedir. Örneğin İngiliz ve Fransızların, pek çok eski sömürgeleri bugün bağımsızlıklarını kazanmış olsa da Afrika, Asya ve Karayipler'de hâlen çalışmakta oldukları bilinmektedir. FORDE, *Disputes in Transnational Employment*, s.186.

⁵⁶² PHILIP, *Contracts of Employment*, s. 263.

nitelikleri gözönüne alınarak, farklı kanunlar ihtilâfi kuralları geliştirilmeli ve bu kuralların her biri için, korunmak istenen menfaatler ve bu menfaatleri dengeleme politikasına göre, farklı bağlama noktaları tercih edilmelidir.

bbbb. Pozitif Düzenlemeler

(i) Mukayeseli Hukuk

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine dair objektif bağlama kuralları, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren kurallardan ayrılmaktadır. Bu özel düzenlemelere bazı millî ve milletlerüstü hukuk düzenlerinden örnek vermek gerekirse; Roma I Tüzüğü'ne göre, iş sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukuk, genel düzenleme olan 4.maddeye göre değil özel bağlama kuralına göre tespit edilecektir (m.8/2).

ABD'de milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri, *Restatement II*'de, genel olarak hizmet sözleşmelerini düzenleyen 196. maddeye tâbidir. Buna göre, tarafların etkili bir hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, hizmet sözleşmelerinin geçerliliği ve sözleşmeden doğan haklar bir başka devletle daha sıkı ilişkili olmadığı takdirde, hizmetin ifa edileceği devletin mahallî hukuku tarafından tespit edilir⁵⁶³.

EGBGB m.30/2-1'de ve IPRG m.121/1'de işçinin, işini mutaden yaptığı ülkenin hukukunun uygulanması kabul edilmekte ve işçinin geçici olarak bir başka ülkede işini yapması hâlinde, işin mutaden yapıldığı ülkenin hukukunun uygulanması devam etmektedir⁵⁶⁴. Japonya'da 2006 yılında kabul edilen yeni kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemesinde ise, işin yapıldığı yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür fakat işin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanması özel olarak vurgulanmamıştır⁵⁶⁵.

⁵⁶³ GUTSELL, agm., s. 480; HERZOG, agm., s. 148.

⁵⁶⁴ TURHAN, agm., s. 139.

⁵⁶⁵ YAMAKAWA, agm., s. 352. Ancak doktrinde, Japon hukukunda, iş sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemenin, en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasını öngören genel düzenlemeyle birlikte yorumlanarak, işçinin işini zaman zaman başka bir ülkede yapması durumunda da işin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı sonucuna varılacağı yönünde görüş için bkz. YAMAKAWA, agm., s. 354.

İş sözleşmelerinde en yakın irtibatlı hukukun, işin yapıldığı yer hukuku (*lex loci laboris*) olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁶. Doktrinde bir görüşe göre, burada karakteristik edim teorisi uygulanmamaktadır. İşçinin işini yaptığı yerdeki emredici kuralların uygulanması için özel bir bağlama kuralı getirilmiştir⁵⁶⁷.

Diğer görüşe göre, fonksiyonel bağlama olarak anılan bu metoda göre, işçi, iş sözleşmesiyle ilgili maddî hukukun baş aktörü kabul edilmekte ve en yakın irtibat ilkesi, coğrafi olmaktan çok fonksiyonel açıdan ele alınmaktadır⁵⁶⁸. Zayıf tarafı koruma felsefesinin, kanunlar ihtilâfi kurallarına etkisi, bağlama noktasının, zayıf tarafın en lehine olan hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla biçimlendirilmesinde kendisini göstermektedir⁵⁶⁹. Taraflardan birinin korunması ihtiyacının bulunduğu sözleşmelerde, sözleşmeye korunması istenen taraftan daha yakın bir irtibatın bulunamayacağı kabul edilmektedir⁵⁷⁰.

Burada, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin akdedildiği sırada mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması prensibinden ayrılma söz konusudur⁵⁷¹. Bununla birlikte, işin yapıldığı yer, uygulamada çoğunlukla işçinin mutad meskeni ya da ikametgâhının bulunduğu ülke ile aynıdır⁵⁷².

(ii) Türk Hukuku

MÖHUK'un 27. maddesinin 2. fıkrası, hukuk seçimi bulunmadığında, iş sözleşmelerine uygulanmak üzere özel bir bağlama kuralı getirmiştir. Böylece iş sözleşmelerine genel kural olan 24. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Günümüzde, MÖHUK m.27/2'ye göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin

⁵⁶⁶PHILIP, *Contracts of Employment*, s. 261; KREBBER, *agm.*, s. 524; SABIRAU-PEREZ, *agm.*, s. 348; POLAK, *agm.*, s. 326; GAMILLSCHEG/Franzen, *agm.*, s. 219.

⁵⁶⁷ LAJOLO DI COSSANO, *agm.*, s. 12.

⁵⁶⁸ DE BOER, *agm.*, s. 42.

⁵⁶⁹ DOLINGER, *agm.*, s. 260.

⁵⁷⁰ DOLINGER, *agm.*, s. 415.

⁵⁷¹ FORDE, Michael, “**Transnational Employment and Employment Protection**”, 7, *Indus. L.J.*, 1978, s. 234, (Employment Protection); POCAR, *agm.*, s. 127.

⁵⁷² PALAO-MORENO, *agm.*, s. 32; MEEUSEN/ PERTEGÁS/ STRAETMANS, *agm.*, s. 16.

işini geçici olarak bir başka ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (m.27/3). Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir (m.27/4).

2675 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, iş sözleşmelerinin, emniyet ve asayişe ilişkin olduğu için mecburen işyeri hukukuna tâbi olacağı görüşü bulunmaktaydı⁵⁷³.

2675 sayılı Kanun döneminde, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmemiştir. Bu dönemde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine, hukuk seçimi yapılmamışsa, borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması hâlinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hâllerde ise sözleşmenin en yakın irtibatlı bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmişti (m.24).

Bu dönemde, doktrinde, iş sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinden hareketle, borcun ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerine bakılması gerektiği ifade edilmekteydi⁵⁷⁴. İş sözleşmesinin karakteristik unsurunun, işçinin edimi olduğu ve dolayısıyla, işçi edimini hangi ülkede yerine getiriyorsa, bu ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmekteydi⁵⁷⁵. İşin sürekli olarak birden fazla ülkede ifa edilmesi hâlinde ise, iş sözleşmesinin, en yakın irtibatlı bulunduğu yer hukukunun uygulanması önerilmekteydi⁵⁷⁶.

MÖHUK madde 27/2'ye göre, hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde, işçi bir başka ülkeye geçici olarak gönderilmiş olsa bile, uygulanacak hukuk, işçinin sözleşmede yer alan

⁵⁷³ SEVİĞ, age., s. 93.

⁵⁷⁴ DOĞAN, İş Akdi, s. 80.

⁵⁷⁵ AKINCI, age., s. 86; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 126.

⁵⁷⁶ AKINCI, age., s. 88; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 127-128.

yükümlülüklerini yerine getirmek için işini mutaden yaptığı işyeri hukukudur. Başlangıç noktası *lex loci laboris*'dir⁵⁷⁷. Bir başka deyişle, iş sözleşmelerinde en yakın irtibatlı hukuk, işin yapıldığı yer olarak kabul edilmektedir⁵⁷⁸.

İşçinin işini mutaden yaptığı bir ülke yoksa, madde 27/3'e göre, uygulanacak hukuk, işverenin esas işyeri hukukudur. Bu iki düzenleme, uygulanacak hukuka ilişkin karineler getirmektedir ve bu karineler çürütülebilir nitelikte olduğu için⁵⁷⁹, bir kaçış kuralı ile bertaraf edilebilir. İş sözleşmesi bir başka ülke ile daha yakın irtibatlı ise, o ülkenin hukuku uygulanabilir.

cccc. Objektif Bağlama Kuralının Uygulanma Koşulları ve Eleştiriler

(i) İşin Mutaden Yapıldığı Yer/İşyeri Hukukunun Uygulanması

İşin mutaden yapıldığı ülke, her iki taraf için, bir iş sözleşmesinin en tipik irtibat noktasıdır⁵⁸⁰. İşçinin menfaatini dikkate almanın en iyi yolu, işin mutaden yapıldığı yer hukukunun ona sağladığı asgarî korumayı dikkate almaktır. Çünkü işçiler, mutaden çalıştıkları yerin, çevresel, politik ve çalışmaya dair koşullarından etkilenmektedir⁵⁸¹. Diğer yandan, işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından da elverişlidir⁵⁸². İşin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanmasıyla, aynı yerde çalışan işçilere, iş sözleşmeleri milletlerarası unsur içersin içermesin, aynı hukuk uygulanacaktır. Bir başka deyişle, milletlerarası unsurun, “yabancı hukuk bonusu” vermesinin önüne geçilmiştir⁵⁸³.

⁵⁷⁷ NOMER/ŞANLI, age., s. 334.

⁵⁷⁸ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 266; TEKİNALP, age., s. 403; NOMER/ŞANLI, age., s. 335; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 535.

⁵⁷⁹ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 266; TEKİNALP, age., s. 403; NOMER/ŞANLI, age., s. 335; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 535.

⁵⁸⁰ DOĞAN, Milletlerarası, s. 317.

⁵⁸¹ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 316.

⁵⁸² MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 121; PALAO-MORENO, agm., s.322; POLAK, agm., s. 326.

⁵⁸³ DE BOER, agm., s. 42.

İşin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanması, bir başka yaklaşıma göre, hem işin mutaden yapıldığı yerin işçiyi koruyan kamu hukuku kurallarının uygulanabilmesinin⁵⁸⁴ hem de bir başkası ile kolaylıkla ikame edilebilen işçiye göre, girişimde bulunan ve yatırım yaparak bir çalışma organizasyonu kuran işverenin, daha fazla risk aldığını kabul eden eğilimin bir sonucudur⁵⁸⁵.

Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında, 6. maddenin 2. fıkrasının, “3. madde uyarınca hukuk seçimi yapılmamışsa, bir iş sözleşmesi, işçi işini mutaden hangi ülkede yerine getiriyorsa veya işçi işini mutaden hangi ülkeden yerine getiriyorsa, o ülkenin hukuku tarafından idare edilir.” şeklinde düzenlemesi önerilmiştir⁵⁸⁶. Bunun değişikliğin gerekçesi, işin organize edildiği veya kayıt, güvenlik kontrolü gibi personelin işverenle ilgili yükümlülüklerini yerine getirdiği sabit bir temel bulunmakta ise özellikle uçakta çalışan personele bu hükmün uygulanmasının sağlanmasıdır⁵⁸⁷.

Bu yaklaşım, Roma I Tüzüğü'nün 8. maddesinin ikinci fıkrasında, ufak bir değişiklikle yer almıştır. Buna göre, “iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması hâlinde, sözleşme, işçi işini mutaden hangi ülkede yerine getiriyorsa o ülkenin hukuku, bunun bulunmaması hâlinde, işçi işini mutaden hangi ülkeden yerine getiriyorsa, o ülkenin hukuku tarafından idare edilir⁵⁸⁸”. Bu hükme göre, işçi, işini, birden

⁵⁸⁴ HEPPLÉ, agm., s. 45.

⁵⁸⁵ D'OLIVEIRA, H.J. Ulrich, “**Characteritic Obligation**” in the Draft ECC Obligation Convention”, 25, AJCL, 1977, s. 324.

⁵⁸⁶ “A contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed; a) by the law of the country in or from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract” Tüzük Önerisi, s. 16.

⁵⁸⁷ Tüzük Önerisi, s. 7; LEIN, agm., s. 406; ECOSOC Görüşü, s. 5; LAJOLO DI COSSANO, agm., s. 14; MANKOWSKI, agm., s. 177. Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde, işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukunun uygulanmasının, Topluluğa üye devletlerde yerleşim yeri bulunan ve bu ülkelerde çalışan işçiler bakımından bir sorun taşımadığı fakat Topluluğa üye olmayan üçüncü devletlerde çalışan fakat yerleşim yeri üye devletlerde bulunan işçilerin, yüksek koruma standartlarından mahrum kalması ihtimâli karşısında olumlu bir düzenleme olmadığı yönünde görüş için bkz. WEINTRAUB, agm., s. 163.

⁵⁸⁸ Doktrinde bir görüşe göre, bu düzenlemeyle birlikte, pilotlar ve diğer personel arasında ayırım yapılmaksızın aynı hüküm uygulanacak ve kesinlik sağlanacaktır. MANKOWSKI, agm., s. 181. Diğer görüşe göre, bu düzenleme madde metninden kaldırılmalı ve yerine uçak personeli için kesin ve açık bir hüküm konulmalıdır. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 71, RabelsZ, 2007, s. 283,

fazla ülkede yapmakta olsa bile, bir ülkede ofisi ve mutad meskeni varsa ve her seyahatinden sonra buraya dönüyorsa, bu ülke, işin mutaden yapıldığı yer kabul edilecektir⁵⁸⁹. Bu yeni düzenlemeyle, işçinin daha irtibatlı ve aşına olduğu hukukun uygulanmasıyla, menfaatlerinin daha çok korunacağı öngörülmüştür⁵⁹⁰.

Bu amaç doğrultusunda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 15 Mart 2011 tarihli, *Koelzsch v. Luxembourg*⁵⁹¹ kararında, Roma I Tüzüğü'nde yer alan değişikliğe atıf yapılarak, “işin mutaden yapıldığı ülke” kavramını yorumlanmıştır. Olayda, yerleşim yeri Almanya'da bulunan ağır vasıta sürücüsü işçi *Koelzsch* dâvacıdır. Dâvalı taraf, Danimarka'dan Avrupa'nın çeşitli ülkelerine çiçek nakleden Danimarkalı şirketin, dâvacı işçiyi işe alan Lüksemburg'daki bağlı ortaklığı *Gasa*'dır. *Gasa*'nın Almanya'da bir ofisi veya yeri bulunmamaktadır. Kamyonlar Lüksemburg tescillidir ve sürücüler Lüksemburg'un sosyal güvenlik sistemine dahildir. Dâvacının iş sözleşmesinde Lüksemburg hukuku seçilmiştir ve Lüksemburg mahkemeleri yetkili kılınmıştır. 2001 yılında dâvacı, *Gasa*'nın işçi temsilcisi seçilmiştir ve bir hafta sonra işten atılmıştır. Bu uyuşmazlıkta Lüksemburg mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan “işin mutaden yapıldığı ülke” kavramını yorumlamasını istemiştir. Divan, bu kavramın geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiş, Roma I Tüzüğü'nde yer alan ufak değişikliğe gönderme yapmış ve işçi işini birden fazla ülkede ifa ediyorsa, bu ülkelerden hangisinin bu faaliyeti karakterize ettiğinin tespitinin önemini, işçinin işverenine karşı yükümlülüklerinin büyük bir kısmını ifa ettiği yere itibar edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, işin mutaden yapıldığı ülkenin Almanya olduğuna karar vermiş, olayda

Bundan sonra *Max Planck Comments* olarak anılacaktır.

⁵⁸⁹ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 316.

⁵⁹⁰ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 316. Diğer görüşe göre, bu personelin, mutaden uçakta çalıştığı düşünülebilir, bu durumda, uçağın tescilli olduğu ülkenin hukuku uygulanmalıdır. Eğer uçak birden fazla ülkede tescilli ise, işçinin, işini mutaden yaptığı tek bir ülkenin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, uçak personelinin, işe alındığı yer ya da çalışma faaliyetlerine katıldığı yerin esas alınması gerektiği önerilmiştir. *Max Planck Comments*, s. 286-187.

⁵⁹¹ *Koelzsch v. Luxembourg* (case C-29/10).

Alman hukukunun emredici hükümlerinin asgarî korumasının dikkate alınması söz konusu olduğunu belirtmiştir⁵⁹².

Roma I Tüzüğü madde 8/2, işçinin, bir başka ülkede geçici olarak çalıştırılrsa bile, işini mutaden yaptığı belli bir ülkeyi ele almaktadır. İşin mutaden yapıldığı yere ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. İşin mutaden yapıldığı yer, işin o anda yerine getirildiği yer ile aynı anlama gelmediği gibi, işin belli bir devlette yerine getirilmediği durumları da içermemektedir⁵⁹³.

İşin mutaden yapıldığı ülkeye karar vermek için, sadece iş sözleşmesinin sona ermesinden önce meydana gelen olaylar değil sözleşmenin bütün seyri boyunca, açık ve örtülü olarak belirlenen koşullarına bakılması önerilmektedir⁵⁹⁴. İşçinin nereye yolculuk edip nereye döndüğü, işçinin yerleşim yeri, işçinin denetlendiği yer, ücretin ödendiği yer gibi bütün unsurlara bakılmalıdır. Ayrıca her bir olayın kendi özelliğine göre başka unsurlar da gözönüne alınabilir⁵⁹⁵.

Önemli olan, işçinin, çalışma faaliyetlerinin işlevsel merkezinin nerede toplandığıdır⁵⁹⁶. Örneğin, 2003 tarihli *Base Metal Trading Ltd v. Shamurin* kararında⁵⁹⁷, İngiliz Mahkemesi, işverenin Rusya'dan batıya metal satışı koordine etme görevi olan ve bazen müşterilerin yabancı ülkelerdeki merkez ofislerine gitmesi istenen yönetici pozisyonundaki işçinin, genel olarak işverenin Rusya'daki ofisinde çalıştığını gözeterek, Rusya hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.

⁵⁹² Divanın kararında, Almanya'nın neden işin mutaden yapıldığı yer olduğunun açıklanmamasını eleştiren görüş için bkz. CUNIBERTI, Gilles, “**ECJ Rules on Law Applicable to Employment Contracts**”, <http://conflictoflaws.net/2011/ecj-rules-on-the-law-applicable-to-employment-contracts/> (szt. 28.05.2011).

⁵⁹³ PALAO-MORENO, agm., s. 322.

⁵⁹⁴ FORDE, Employment Protection, s. 235; DICEY/MORRIS, age., s. 1310; EBRAHIMI, age., s. 416-417.

⁵⁹⁵ FORDE, Employment Protection, s. 235; MORSE, Employment Contracts, s. 18; DICEY/MORRIS, age., s. 1310.

⁵⁹⁶ STONE, age., s. 320; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 315.

⁵⁹⁷ *Base Metal Trading Ltd v. Shamurin* (2003) EWHC 2149. Karar özeti için bkz. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 314.

İşin mutaden yapıldığı yerin her zaman kolayca tespit edilmesinin mümkün olmadığı, ATAD'ın, 1973 tarihli *Hakenberg* kararında görülmektedir⁵⁹⁸ *Hakenberg*, Fransız şirketler grubunun, seyyah ticarî temsilcisi olarak, on beş yıldır çalışmaktadır. Bir yıllık çalışma süresi içinde, abone veya sipariş toplamak için dokuz ayını Almanya'da geçirmektedir ve sonra idarî yükümlülüklerini yerine getirmek için Fransa'ya dönmektedir. Almanya'da bulunduğu zamanlarda, Fransa tescilli bir arabada, karavan şehrinde kalmaktadır ve kaldığı yerde bir posta kutusu almıştır. Bunun yanında Fransa'da düzenli bir adresi de bulunmaktadır. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bu ihtilâfta, ATAD, fiziksel çalışma yerinin Almanya olduğuna, Fransa'da sadece idarî yükümlülüklerin yerine getirildiğine dikkati çekerek, *locus laboris*'in Almanya olduğuna karar vermiştir.

Roma I Tüzüğü'nün 8/2. maddesinin uygulanabilmesi için işinin işçini sadece bir ülkede mutaden yerine getirmesi gerekir. İşçinin işini birden fazla ülkede mutaden yerine getirmesi durumunda madde 8/3'ün uygulanması söz konusu olacaktır⁵⁹⁹.

Doktrinde, işin mutaden yapıldığı yerin tespitindeki güçlükler nedeniyle, işin mutaden yapıldığı yer hukuku terimi yerine, “ *tarafların, işin yapılmasını öngördükleri yer hukuku*” terimi önerilmiştir⁶⁰⁰. Bu yerin, işin mutaden yapıldığı yer olmasının zorunlu olmaması bakımından, hakkaniyete daha uygun olacağı ileri sürülmüştür⁶⁰¹.

Mukayeseli hukukta yer alan tartışmalar ışığında Türk hukukunu değerlendirecek olursak, MÖHUK m.27/2'de, hukuk seçiminin yapılmamış olması hâlinde, Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak, *işçinin işini mutad olarak yaptığı “ülke”* yerine, *işçinin işini mutad olarak yaptığı “işyeri”* hukukun uygulanması öngörülmüştür. Kanun Gereğesinde, iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin

⁵⁹⁸ (1973) E.C.R.935 (Case 13/73). Karar özeti için bkz. FORDE, *Employment Protection*, s. 231.

⁵⁹⁹ MORSE, *Employment Contracts*, s. 17; DICEY/MORRIS, *age.*, s. 1311; PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 314-315.

⁶⁰⁰ EBRAHIMI, *age.*, s. 419.

⁶⁰¹ EBRAHIMI, *age.*, s. 419.

edimini orada yerine getirmesi nedeniyle, işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasının zorunlu kılındığı belirtilmiştir⁶⁰².

Doktrinde, madde metninde yer alan işyeri, işçinin işini mutad olarak yaptığı yer olarak tanımlanmıştır⁶⁰³. Buna tanıma göre, işçinin işini fiilen yerine getirdiği yer, işyerini belirleyici tek unsurdur. Bir işletmenin iç teşkilatlanması, ticaret siciline kayıtlı bir firmanın bulunup bulunmaması, bütün veya kısmî bir işletmenin mevcut olup olmaması, işyerinin tespitinde göz önüne alınmayacaktır⁶⁰⁴. Doktrinde, diğer görüşe göre, mutad işyerinin tespitinde, fiili iş yeri rol oynamaz. Bu görüşe göre, nerenin mutad işyeri olacağını taraf iradeleri belirleyecektir⁶⁰⁵.

Mutad işyeri, yapılacak işin ağırlık merkezinin bulunduğu yer olarak ifade edilmekte, bunu tarafların iradesinin belirleyeceği, tarafların iradesinin tespit edilemediği hâllerde, hizmetin niteliği ve özelliğine göre ağırlık merkezinin tespit edileceği vurgulanmaktadır⁶⁰⁶. Bu noktada mutad işyerinin belirlenmesinde, fiilî işyerinin dikkate alınmayacağı belirtilmektedir. Bu durumda, “*fiilî işyeri*” ve “*işin fiilen yerine getirildiği yer*” kavramlarının birbirinden farklı olduğu ileri sürülmektedir⁶⁰⁷.

Kanaatimizce, “*fiilî işyeri*” ve “*işin fiilen yerine getirildiği yer*” kavram karmaşası, madde metninde yer alan ifadeden kaynaklanmıştır. Roma I Tüzüğü'nde yer alan “*işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke*” ifadesi tercih edilmiş olsaydı ve daha çok işverene yakınlığı işaret eden “*işyeri*” terimi hiç kullanılmasaydı, bu karmaşanın da baştan önüne geçilebilirdi.

Doktrinde, “*işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke*” ile “*işin mutaden yapıldığı işyeri*” kavramları arasındaki nüans, yorum yoluyla giderilmeye çalışılsa da uygulamada

⁶⁰² 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

⁶⁰³ NOMER/ŞANLI, age., s. 334. 2675 sayılı Kanun döneminde bu yönde görüş için, ÖZKAN, age., s. 137.

⁶⁰⁴ NOMER/ŞANLI, age., s. 334-335.

⁶⁰⁵ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 361.

⁶⁰⁶ NOMER/ŞANLI, age., s. 334-335.

⁶⁰⁷ NOMER/ŞANLI, age., s. 334-335.

ortaya çıkacak farklılıkları ortadan kaldıramayacaktır. Örneğin işçinin, işverenin fabrikasının bulunduğu A ülkesinde yılın altı ayı çalıştığı ve diğer altı aylık sürede, B ülkesinde, bir otelde işini ifa ettiği bir iş ilişkisi düşünelim. Bu durumda, işveren tarafından devamlı bir faaliyet ile teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddî olan ve olmayan araçlarla beşerî işgücünün bir araya getirilerek örgütlendiği bir ünite olarak tanımlanan⁶⁰⁸ işyeri, A ülkesinde kabul edilecektir. B ülkesindeyken iş akdinin feshedilmesi durumunda, işinin işini mutad olarak ifa ettiği ülke olan B ülkesi değil, “işin mutaden yapıldığı işyeri” olan A ülkesi hukuku uygulanacaktır. Bu örnek göstermektedir ki Türk kanun koyucusu, işverenin daha aşına olduğu, işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunu uygulayarak, işverenin menfaatlerini korumayı tercih etmiştir.

Son olarak, işin mutaden yerine getirildiği işyerinin tespitinde, iş sözleşmesinde belirtilen işyerinin mi yoksa işin fiilen yerine getirildiği işyerinin mi dikkate alınacağı tartışmalıdır⁶⁰⁹. Kanaatimizce bu durumda, işin halihazırda mutaden yerine getirildiği yere riayet etmek gereklidir; nitekim m.27/2'de de işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir.

(ii) İşçinin İşini Mutaden Yapmak Üzere Bir Başka Ülkede Çalıştırılması

İşin mutaden yapılması amacıyla, işçinin bir başka ülkede çalıştırılması, özellikle şirket gruplarının yabancı ülkelerdeki faaliyetlerinde, yöneticilik görevi olan personel ve teknik personelde ortaya çıkmaktadır⁶¹⁰. Bu, günümüzde daha global hâle gelen ekonomideki üretim sürecinin yerinden yönetimi ve parçalanmasının doğrudan bir sonucudur. İş sözleşmelerinde yer alan “*mobility clause*”lar, genellikle işverenin, iş koşullarındaki değişiklik gerekli kıldığında, işçilerini transfer etmesine izin vermektedir⁶¹¹.

⁶⁰⁸ EKONOMİ, age., s. 59; NARMANLIOĞLU, age., s. 116; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 70-71.

⁶⁰⁹ GAMILLSCHEG, agm., s. 321.

⁶¹⁰ MORGENSTERN, age., s. 28; MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 120; PALAO-MORENO, agm., s. 326; EBRAHIMI, age., s. 415.

⁶¹¹ PALAO-MORENO, agm., s. 326.

Bir şirket grubu, başka bir ülkede bağlı ortaklık kurduğunda ya da zaten mevcut bir şirketi bağlı ortaklığı olarak edindiğinde, grubun diğer şirketlerinde uygulanan personel politikasını devam ettirmek istemektedir⁶¹².

Diğer yandan, şirket grubu, bireysel iş sözleşmesinin sadece belirli boyutlarını düzenleyebilir ve iş sözleşmesinin diğer koşulları, bağlı ortaklığın kurulduğu ülkenin hukukuna tâbi olabilir. Ayrıca, şirket grubunun çok uluslu grubun şirketlerinde yeniden yapılanmaya gitme kararı, farklı ülkelerde kurulmuş olan bağlı ortaklıklarda akdedilmiş iş sözleşmelerini etkilemektedir⁶¹³.

İşçinin işini bir ülkede mutaden yerine getirdiği ve daha sonra işini muteden yerine getirmek üzere bir başka ülkeye taşındığı durumlarda, uyumsuzluğun ortaya çıktığı tarihte, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukukunun uygulanacağı anlaşılmaktadır⁶¹⁴.

Bu durum, 1981 tarihli, *Mc. Cluney v. Jos. Schlitz Brewing Co.* dâvasında ele alınmıştır⁶¹⁵. Kararda, yöneticilik görevleri olan bir işçi, Missouri’de ücretle çalışmak üzere işe alınmıştır. Daha sonra, önemli görevleri yerine getirmek için Kuzey Kaliforniya’ya gönderilmiş ve ardından, son olarak, işverenin işyeri olan Wisconsin’e gönderilmiştir. İşçinin çalıştığı her bir yerde, ayrı bir iş sözleşmesi, belirli bir süre için akdedilmiştir. İşçi, son sözleşmenin sona ermesinden önce işten çıkarılmıştır. İşçi, bu işten çıkarmanın, Missouri’nin belli kurallarını ihlâl ettiği ve zarar gördüğünü iddia ettiğinde, Federal Temyiz Mahkemesi, Missouri düzenlemesinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Buna gerekçe olarak, Missouri’de yapılan önceki sözleşme ile işveren tarafından sona erdirilen sözleşmenin farklı

⁶¹² MORGENSTERN, Felice/KNAPP, Blaise, “**Multinational Enterprises and the Extraterritorial Application of Labour Law**”, 27, ICLQ, 1978, s. 770; MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 121.

⁶¹³ MORGENSTERN, Evolution of Labour Law, s. 432; PALAO-MORENO, agm., s. 318.

⁶¹⁴ MORGENSTERN, age., s. 28; MORSE, Employment Contracts, s. 17; DICEY/MORRIS, age., s. 1311; SABIRAU-PEREZ, agm., s. 337; EBRAHIMI, age., s. 415; MORSE, Case of Employment, s. 770. Benzer tespit için Türk doktrininde, TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 911; DOĞAN, Milletlerarası, s. 317.

⁶¹⁵ *Mc. Cluney v. Jos. Schlitz Brewing Co.*, 649 F. 2d 578 (1981), Karar özeti için bkz. HERZOG, agm., s. 148.

olması, tarafların Missouri ile başka bir irtibatının bulunmaması gösterilmiştir⁶¹⁶. Bu kararda da Kıta Avrupası yaklaşımına paralel olarak, uyumsuzluğun ortaya çıktığı tarihte, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukukunun uygulanması eğilimi görülmektedir⁶¹⁷.

Öngörülen çözüm, uygulanacak hukukun, sözleşmenin akdedildiği zamana göre tespit edilmesi ilkesinden farklıdır⁶¹⁸. İşçinin, bağlı olduğu işyerinin bulunduğu yer, ikincil irtibat noktası olarak bir seçenek olamaz; ancak uygulamada çokuluslu şirketler buna riayet etmektedir⁶¹⁹. Özellikle işçi, gönderen devletin vatandaşı ise, hatta daha kuvvetli bir seçenek olarak gönderen devletteki işveren ve işçi ortak vatandaşlığa sahip ise, işçinin bağlı olduğu işyerinin bulunduğu yer hukuku çekici bir bağlama noktası hâline gelmektedir⁶²⁰. Bunun nedeni işin yapıldığı yerdeki hukuk sisteminin taraflarca bilinmemesi veya aşına olmayan bir hukuk olmasıdır⁶²¹.

İşçinin, işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderilmesi ve daha sonra yine işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderilmesi durumunda, işçinin, bağlı olduğu işyerinin bulunduğu yer hukuku, değişmemesi bakımından da işçi için cazip hâle gelmektedir⁶²².

Türk doktrininde, iş ilişkisi devam ederken, işin mutaden yapıldığı yerin değişmesi hâlinde, iş sözleşmesinin akdedilmesi de dahil olmak üzere, iş ilişkisinin tamamlanmış kısımlarının değişiklikten önceki mutad işyeri hukukuna, devam eden iş ilişkisinin ise iş

⁶¹⁶ HERZOG, agm., s. 148.

⁶¹⁷ Ancak unutulmamalıdır ki, birbirinden ayrı ve süreli iş sözleşmelerinin bulunması dikkate alınarak verilmiş olan bu karar, tek bir iş sözleşmesine bağlı olarak işçinin işini mutaden yapacağı yerin değişmesi, diğer bir deyişle, işçinin işini mutaden yapmak üzere başka bir yere gönderilmesi durumunda, Federal Temyiz Mahkemesinin yaklaşımın nasıl olacağını göstermemektedir.

⁶¹⁸ MORSE, *Employment Contracts*, s. 18; DICEY/MORRIS, age., s. 1311; BRUUN, Nikas, “**The Proposed Directive on Services and Labour Law**”, in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 25.

⁶¹⁹ MORGENSTERN/KNAPP, agm., s. 770-771; MORGENSTERN, age., s. 28.

⁶²⁰ MORGENSTERN/KNAPP, agm., s. 770; GAMILLSCHEG, agm., s. 323.

⁶²¹ GAMILLSCHEG, agm., s. 323; GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 220. Örneğin Fin Hukukunda, Finlandiya vatandaşı işçi, yine Finlandiya vatandaşı işveren tarafından, yabancı bir ülkede çalıştırılmak üzere işe alındığında, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukuku değil, ortak anavatan olan Fin hukukunun uygulanması, istisnaî olarak kabul edilmiştir. ESKO, age., s. 6-9; GAMILLSCHEG, agm., s. 312.

⁶²² MORGENSTERN/KNAPP, agm., s. 772.

sözleşmesinin sona ermesi dahil yeni hukuka tâbi olması gerektiği önerilmektedir. Ancak bu durumda bile intibak meselelerinin ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁶²³.

Doktrinde, diğer bir görüşe göre, işçi ve işverenin iradesi, işçi bir başka ülkeye uzun süre gönderilse bile mutad işyerinin değişmemesini sağlayabilir⁶²⁴. Ancak işçi, sadece yabancı bir ülkede çalışmak üzere işe alınmışsa ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye yolladığı işçisini geri alma niyetinden veya işçi dönme niyetinden vazgeçerse, işçinin fiilen çalıştığı yer mutad işyeri hâline gelecektir⁶²⁵.

Kanaatimizce, milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri için düzenlenmiş olan özel bağlama kuralı, olaydan olaya, koruyucu niteliğini sağlayabilse de; işçinin, koruyucu iş hukuku düzenlemeleri yeterince gelişmemiş olan ülkelerde, mutaden işini yaptığı durumlarda, aynı etkiyi sağlayamamaktadır. İşçinin işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderilmesi durumunda, Türk hukukunda, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına başvurmadan başka çözüm bulunmamaktadır.

(iii) İşçinin İşini Geçici Olarak Başka Bir Ülkede Yapması

İşçinin korunmasına ilişkin özel bağlama kurallarında, işçi işini geçici olarak bir başka ülkede yapsa bile işçinin, işini mutaden yaptığı yer hukukunun uygulanmaya devam etmesi benimsenmiştir⁶²⁶. Yayılma teorisi adıyla anılan bu yaklaşım⁶²⁷, *lex loci laboris* kuralının aslında bir istisnasıdır. Çünkü işçinin, geçici bir süre için de olsa halihazırda işini yaptığı yer, kısa bir süre önce işini yapmakta olduğu yer ve gelecekte de işini yapacağı yer tarafından istisna edilmektedir⁶²⁸. Bu nedenle teoriye, “*dışarıya*” *yayılma ilkesi* denilmektedir⁶²⁹.

⁶²³ NOMER/ŞANLI, age., s. 337.

⁶²⁴ TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 536.

⁶²⁵ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 362.

⁶²⁶ MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 120.

⁶²⁷ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 909; DOĞAN, İş Akdi, s. 80 vd; TEKİNALP, age., s. 403; NOMER/ŞANLI, age., s. 335.

⁶²⁸ POLAK, agm., s. 327.

⁶²⁹ TUNCAY, Almanya, s. 6. Yayılma teorisi, Fin hukukunda ise ülke dışında geçici olarak çalışan işçilere Fin hukukunun uygulanmaya devam etmesi ve Finlandiya'da geçici olarak çalışan işçilere de yabancı normların uygulanması şeklinde iki yanlı olarak tanımlanmaktadır. BUURE- HÄGGLUND,

Doktrinde bir diğer görüşe göre, bu düzenleme, işin yapıldığı yerin değişmesi olasılığı karşısında, değişken ihtilâfın (*conflict mobile*), bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir⁶³⁰.

Asıl sorun, çalışma süresinde yer alan “geçici” ve “mutad” arasındaki dönüm noktasının nerede olduğu, böyle bir dönüm noktasının bulunup bulunmadığıdır. İşin bir başka ülkede geçici olarak yapılmasının tanımlanmasında, farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İşin ülke dışında geçici olarak ifa edilmesinde, doktrinde 1-3 yıllık süreler önerilmiştir. Bu görüşe göre, işin bir başka ülkede geçici olarak ifa edilmesinde bir yılın sonunda, daha sonraki ülkenin iş hukuku kuralları, iş sözleşmesini idare etmelidir; meğer ki hâlin icabından önceki ülke iş sözleşmesiyle hâlen daha yakın irtibatlı olsun⁶³¹. Bu görüşün dayanağı, özellikle sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde, altı ay ile bir yıllık zaman aralıklarının bulunmasıdır⁶³². Bu noktada, Topluluk içi sosyal güvenlik uygulamasını düzenleyen ve 1 yıllık süreyi temel dönüm noktası kabul eden 1408/71 sayılı Tüzük, özellikle model alınmaktadır⁶³³. Böylece, gönderilme veya bir başka ülkede geçici çalışma, bir yılın sonunda, hâlen önceki mutaden çalışılan yer, iş sözleşmesiyle daha yakın ilişkili olmadıkça, mutad çalışmaya dönüşecektir⁶³⁴.

Doktrinde diğer görüşe göre, her bir olayın kendi özelliği dikkate alınmalıdır. Hem sözleşmenin tarafları hem de objektif duruma göre işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke

agm., s. 139.

⁶³⁰ WATT, M. Horatia, “**European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws**”9, Edinburgh L.Rev., 2004-2005, s.19, (European Integration).

⁶³¹ MEEUSEN/PERTEGÁS/STRAETMANS, age., s. 16; POLAK, agm., s. 327; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 169.

⁶³² Örneğin Belçika'da sosyal güvenlik düzenlemelerinde, geçici çalışma, altı aylık süreye bağlı olarak tanımlanmıştır. BLANPAIN, Roger, “**Implementation of the Posting Directive in Belgium**”in **Freedom of SeVICES in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 209.

⁶³³ VAN EECKHOUTTE, agm., s. 169. Afrika ve Moritanya Ortak Organizasyonu ise altı aylık süre öngörmektedir. EBRAHIMI, age., s. 415.

⁶³⁴ POLAK, agm., s. 329. Ancak Roma I Tüzüğü madde 8, ne spesifik bir zaman aralığı aramaktadır ne Topluluğun sosyal güvenlik hükümlerine göndermede bulunmaktadır.

tespit edilmelidir⁶³⁵. Bir başka ülkede kısa zaman faaliyet göstermek, işin mutaden yapıldığı yeri değiştirmeyecektir⁶³⁶. İş ilişkisinin yerine getirilmesi anlamında, en son yere göre, işin mutaden yapıldığı yer geçici kabul edilmelidir⁶³⁷.

“Geçici olarak çalışma” kavramının, milletlerarası özel hukukta yarattığı sorunlar, Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında tartışılmıştır. Bu kavramın, *Posted Workers Directive* (Gönderilen İşçiler Direktifi) olarak anılan, 16 Aralık 1996 tarihli 1996/71 sayılı Direktifte⁶³⁸ kullanılan “gönderilen- (*posting*)” kavramıyla birlikte ele alınması gerektiği vurgulanmıştır⁶³⁹. Direktifin 2. maddesine göre gönderilen işçi, sınırlı bir süre için, normal olarak çalıştığı Üye Devletten başka bir Üye Devletin ülkesinde çalışan işçidir.

Özellikle şirket gruplarının çalışanları bakımından geçici çalışma sorunu, daha da çözümsüz hâle getirmektedir. İşçiler, mahallî bir iş sözleşmesi akdederek aynı grup içindeki bir şirkete gönderilebildiği gibi, kimi zaman da işçinin nakledilmesiyle birlikte, gerçek bir bağımsızlığı olan bir grubun şirketi, yeni bir sözleşme akdetmektedir⁶⁴⁰. Diğer durumlarda ise aynı grubun kararı tarafından transferden önce işçi, grubun yönetimince işe alınmakta, yeni iş sözleşmesi sadece çalışma izni alabilmek gibi idarî gereklilikler nedeniyle yapılmaktadır⁶⁴¹. Doktrinde, bu gibi durumlarda, yeni iş sözleşmesinin, çalışmayı geçici kabul etmeye engel olmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁴².

⁶³⁵ MORGENSTERN, *Conflicts of Labour Law*, s. 120; VAN EECKHOUTTE, *agm.*, s. 170; LIUKKUNEN, Ulla, “**Nordic Group for Private International Law Proposal for Amendments to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 6**”, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/nordic_group_private_international_law_en.pdf, (szt: 7.3.2009), s. 41; PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 318. Örneğin belirli süreli iş sözleşmeleri için, çalışma süresi, geçiciliği tespit etmede, belirsiz süreli iş sözleşmelerine kıyasla daha önemlidir. MANKOWSKI, *agm.*, s. 187. Türk doktrininde aynı yönde, DOĞAN, *Milletlerarası*, s. 317.

⁶³⁶ LIUKKUNEN, *age.*, s. 118.

⁶³⁷ LIUKKUNEN, *age.*, s. 119; MANKOWSKI, *agm.*, s. 189.

⁶³⁸ *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*, O.J. No. L 18/1, 21.1.1997.

⁶³⁹ POLAK, *agm.*, s. 327; ECOSOC Görüşü, s. 5.

⁶⁴⁰ PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 318.

⁶⁴¹ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 36; LIUKKUNEN, *agm.*, s. 41.

⁶⁴² PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 318.

Geçici çalışma kavramının yarattığı sorunları gidermek amacıyla, *Green Paper on the Conversion of Rome Convention* 'da üç öneri tartışılmıştır⁶⁴³. Önerilen birinci çözüm, tarafların iradesine göre, göndermenin belirli bir süre için planlanması veya verilen geçici bir proje için planlanmasıdır. Göndermenin süresi anlamına gelen bu çözüm, Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Grubu tarafından da önerilmiştir⁶⁴⁴.

İkinci çözüm, mahkeme için, her bir olayda ayrı ayrı, *ex post* olarak süreyi değerlendirmektir. Ancak Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Grubu, öngörülebilirlik avantajına rağmen, bu çözümün, farklı durumlarda, kaçınılmaz olarak keyfi ve belki de çok fazla katı olacağını vurgulamaktadır⁶⁴⁵. Üçüncü ve son öneri, Roma Tüzüğü'nde, aynı grubun işvereni ile yeni bir iş sözleşmesi akdedilmesinin göndermenin geçiciliğine halel getirmeyeceğinin açıkça belirtilmesidir⁶⁴⁶.

Tüzük Önerisi'nde, işçi, bir başka ülkede geçici olarak çalıştırılmakta ise, ifa yerinin değişmiş sayılmayacağı önerilmiştir (m.6/2-a). Başka bir ülkede işi yerine getirmenin ne zaman “geçici” sayılacağına ilişkin olarak, madde 6/2-a'ya yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre “eğer işçinin, yabancı ülkede işini yerine getirdikten sonra orijin ülkesinde işe yeniden başlayacağı bekleniyorsa, bir başka ülkede işi yerine getirme, geçici kabul edilir”⁶⁴⁷. Özellikle şirket gruplarının çalıştırdığı işçiler bakımından, Tüzük Önerisi şöyle bir çözüm bulmaktadır. “Orijinal işverenle veya aynı şirket grubunun mensubu bir işverenle yeni bir iş

⁶⁴³ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*., s. 37; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 170.

⁶⁴⁴ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 37; BONOMI, Rome Convention, s. 85; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 171; *European Group for Private International Law, 11th Meeting, Lund 2001, Proposal for the Amendment of Articles 6 and 9 of the Rome Convention of 16 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations*, <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documnets-13pe.html> (szt. 12.9.2010).

⁶⁴⁵ BONOMI, Rome Convention, s. 86.

⁶⁴⁶ LIUKKUNEN, agm., s. 42.

⁶⁴⁷ Bu düzenlemenin günümüz kompleks iş ilişkileri nedeniyle, daha esnek bir şekilde kaleme alınması gerektiği yönünde bkz. *Max Planck Comments*, s. 283, 289. Geçici gönderilme kavramının her bir olayın özelliğine göre tespit edilmesi gerektiği ve tanım yapılmasının esnekliği önleyeceği yönünde, MAGNUS, Ulrich/MANKOWSKI, Peter, **Joint Response to the 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 Com. (2002) 654 Final**, University of Hamburg 2002, s. 33.

sözleşmesinin akdedilmiş olması, işçinin işini bir başka ülkede geçici olarak yerine getirdiğinin kabulüne engel olmaz⁶⁴⁸. Geçici olarak çalışma kavramının yarattığı güçlükleri gidermek için Tüzük Önerisi'nde yer alan açıklama, aynen Uzlaşma Teklifi'nde⁶⁴⁹ de önerilmiştir. Ancak bu öneri, Roma I Tüzüğü'ne dahil edilmemiştir. Roma I Tüzüğü'nde, işçinin işini geçici olarak bir başka ülkede yapması hâlinde, işçinin işini mutad olarak yaptığı ülkenin değişmeyeceğinin ifade edilmesiyle yetinilmiştir⁶⁵⁰.

Mukayeseli hukuk ve yabancı doktrindeki tartışmalar ışığında, Türk hukukunu yorumlamak gerekirse; MÖHUK m.27/2, ikinci cümlesinde de benzer şekilde, işçinin işini geçici olarak bir başka ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağını belirtmektedir. İşin geçici olarak bir başka ülkede yapılmasından ne anlaşılması gerektiği, maddede açıklanmamıştır. Doktrinde, iş seyahatleri, montaj faaliyetleri, fuar ve sergilerde hizmet ifası gibi aynı işveren için yerine getirilen kısa süreli hizmetler, mutad işyerinin yayılması kabul edilmekte ve bunun mutad işyerini değiştirmeyeceği ifade edilmektedir⁶⁵¹.

Buna karşılık, sadece fuar ve sergi gibi geçici nitelikli mahallî işçiler için fuar veya serginin bulunduğu yer işin fiilen yerine getirildiği yer hâline gelecektir⁶⁵². Ayrıca işçinin birden fazla işverene sahip olması hâlinde, her bir hizmet ilişkisi için mutad işyerinin ayrı ayrı tespit edileceği belirtilmektedir⁶⁵³.

⁶⁴⁸Tüzük Önerisi, s. 17; BONOMI, Rome Convention, s.86; MANKOWSKI, agm., s. 188-189. Düzenlemenin, sadece orijinal işverenle veya aynı şirket grubunun mensubu bir işverenle yeni bir iş sözleşmesi akdetmekle sınırlanmaması gerektiği yönünde görüş için bkz. *Max Planck Comments*, s. 283, 291.

⁶⁴⁹ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), Compromise Package by the Presidency, Brussels, 13 April 2007, 8022/07 ADD 1 REV 1*, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st08/st08022-ad01re01.en07.pdf>, (szt. 20.8.2009), Bundan sonra Uzlaşma Teklifi olarak anılacaktır.

⁶⁵⁰ Buna karşılık, Tüzük Önerisi ve Uzlaşma Teklifi'ndeki öneri, Roma I Tüzüğü'nün açıklayıcı beyanları arasında, 36. maddede aynen ifade edilmiştir. Kuralın uygulama alanına ilişkin, bu şekilde kural yerine açıklayıcı beyanlarda düzenleme yapılmasının belirsizliklere yol açacağı fakat 36. açıklayıcı beyanın yine de işlevli olduğu yönünde görüş için bkz. MANKOWSKI, agm., s. 182-184; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 317.

⁶⁵¹ NOMER/ŞANLI, age., s. 335.

⁶⁵² NOMER/ŞANLI, age., s. 335.

⁶⁵³ NOMER/ŞANLI, age., s. 335.

Bir başka görüş uyarınca, hizmetin kısa veya uzun süreli olmasından çok işçinin işverence başka bir devlete gönderilmesi hâlinde, gönderilmeden önce mutad bir işyeri bulunmakta ise ve işverenin işçiyi geri alma ve işçinin de geriye dönme niyeti bulunmakta ise mutad işyerinin değişmeyeceği savunulmaktadır⁶⁵⁴. Katıldığımız bu görüş, Roma I Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında önerilen tanıma çok yakındır, ancak bu belirlemenin madde metnine yansımamış olması, şüphesiz geçici çalışma kavramının mahkemelerce farklı şekillerde yorumlanmasına neden olacaktır.

İşçinin geçici olarak işini bir başka ülkede ifa etmesinin, işin mutaden yapıldığı yeri değiştirmeyeceği, işin mutaden yapıldığı yerin, hâlen yakın bir irtibatı taşımaya devam ettiğinin kabulü anlamına gelmektedir⁶⁵⁵. Ancak bu yaklaşım, işçinin, işini mutaden yaptığı yerde yeterli bir korumaya sahip olduğu ön kabulüyle ortaya konulmaktadır. Oysa işin geçici olarak yerine getirildiği ülkede, işini mutaden yaptığı ülkenin hukukuna kıyasla işçinin daha lehine koruyucu hükümler bulunması da olasıdır. Bu durumda, işçinin daha lehine olan hukuk araştırılmaksızın, işçinin işini geçici olarak yaptığı yer hukukunun uygulanmamasını haklı kılan bir neden bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, işçinin işini geçici olarak bir başka ülkede yapması hâlinde, tıpkı hukuk seçimi klotunda olduğu gibi, işin mutaden yerine getirildiği ülkenin emredici kurallarının, işçiye sağladığı asgarî koruma ile işçinin işini geçici olarak yaptığı ülkenin emredici kurallarının, işçiye sağladığı asgarî koruma karşılaştırılabilir.

Bu noktada, iş sözleşmeleri açısından, 1999 yılında yürürlüğe giren, *Posted Workers Directive(PWD)* incelenmelidir. Direktif, bir Üye Devlette faaliyet gösteren işletmeyle, merkezi başka bir Üye Devlette bulunan işletme arasında, işçi gönderme veya kiralamayı taahhüt eden hizmet sözleşmelerine ilişkindir⁶⁵⁶. Direktif, bir başka Üye Devlete gönderilen

⁶⁵⁴ DOĞAN, İş Akdi, s.81; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 160; DOĞAN, Tespit, s. 120; ; DOĞAN, Milletlerarası, s. 317. Aynı yönde yabancı doktrinde, KREBBER, agm., s. 525; SABIRAU-PEREZ, agm., s. 345; BRUUN, agm., s. 20.

⁶⁵⁵ PALAO-MORENO, agm., s. 328.

⁶⁵⁶ DAVIES, Paul, "Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?", 34, CMLR, 1997, s. 571; TEKİNALP, Gülören, "Avrupa Topluluğunda Ferdî İş

işçilere üç durumda uygulanmaktadır. Birincisi, işverenin, bir başka Üye Devlette hizmet talep eden işletme ile yaptığı sözleşme uyarınca, kendi direktifi altındaki işçileri, bir başka Üye Devlete göndermesidir. İkinci durum, işverenin, bir Üye Devletin ülkesindeki bir gruba ait bir işletmeye işçi göndermesi hâlidir. Üçüncü durum, geçici işe alan işletme veya iş bulma bürosu olan işverenin, bir başka ülkede faaliyet gösteren veya kurulmuş olan işletmeye işçi kiralamasıdır⁶⁵⁷.

İşveren, işçilerini, düşük seviyede koruma standartları olan bir ülkeden, yüksek seviyede koruma standartları olan bir ülkeye gönderdiğinde; işçilerin, çalışmak üzere işe alındıkları, gönderilmeden önceki orijin devletin daha düşük seviyedeki standartlarına tâbi olmaya devam etmesi beklenmektedir⁶⁵⁸. Oysa işçilerin gönderilmiş olduğu, yüksek seviyede korumaya sahip olan devletlerin kamu otoriteleri, işçilerin kendi yüksek standartlarına tâbi olmasını istemektedir. Yabancı işçilerin, kabul edilemez çalışma koşullarında çalıştırılmayacağı fikrinden hareket edilmektedir⁶⁵⁹.

Direktif, ev sahibi devletin, çalışma süresi ve iş koşulları konusunda, uygulamak zorunda olduğu hususları listelemektedir. Bu listede yedi iş hukuku kategorisi sayılmıştır. Bunlar, a- azamî çalışma süreleri ve asgarî dinlenme süreleri, b- asgarî yıllık ücretli izin, c- asgarî ücret, d- gönderilen işçilerin çalışma koşulları, e- işyeri sağlık, güvenlik ve hijyen koşulları, f- hamile kadınların veya çocuklu kadınların veya çocukların ve gençlerin çalışma

Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK” MHB, Yıl: 22, S.2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 842, (Gönderilen İşçiler).

⁶⁵⁷ DAVIES, agm., s. 576.

⁶⁵⁸ HOUWERZIJL, Mijke, “Towards a More Effective Posting Directive” in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 179; WATT, Private International Law, s. 19.

⁶⁵⁹ GIESEN, Richard, “Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?” 40/1-3, CMLR, 2003, s. 145. Özellikle inşaat sektöründe, belli başlı inşaat şirketleri, iş hukuku hükümlerini elverişli gördükleri Üye Devletlerde alt işletmeler kurarak ya da buralarda işçi kiralayan veya gönderen işletmelerle kısa süreli işçi gönderme anlaşmaları yaparak, gönderen devletin hukukuna tâbi olan işçileri, inşaatın yapıldığı yerlerde çalıştırarak, haksız bir avantaj elde etmişlerdir. DAVIES, agm., s. 573; DEINERT, Olaf, “Posting of Workers to Germany- Previous Evolutions and New Influences through EU Legislation Proposals”, 16/3, Int'l J. Comp. L. ab. L. & Ind'l Rel., 2000, s. 218; WEISS, Manfred, “Convergence and/or Divergence in Labor Law Systems?: A European Perspective”, 28, Com. Lab. L. & Pol'y J., 2006-2007, s. 474; BRUUN, agm., s. 25; WATT, Private International Law, s. 26.

koşulları ve çalışma saatleri, g- kadın ve erkeklere eşit işlem yapma ve diğer ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerdir (m.3/1)⁶⁶⁰.

Bu açık uçlu liste, *lex causae* dikkate alınmaksızın, gönderilen işçilere, ev sahibi ülkenin uygulayacağı kurallardır⁶⁶¹. Diğer yandan Direktif, açıkça, işçinin gönderildiği Üye Devlette yürürlükte olan kurallardan, daha lehine olan çalışma koşullarının uygulanmasına izin vermektedir (m.3/7). İşin halihazırda yapıldığı yerin iş hukuku kuralları yerine, gönderilen ülkenin iş sağlığı, güvenliği ya da hijyene ilişkin koşullarının nasıl uygulanacağı ise Direktifte ele alınmamıştır⁶⁶².

PWD hükümlerine göre, bir başka Üye Devletin ülkesinde geçici olarak çalışmaya gönderilen işçi, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, asgarî haftalık çalışma saati, asgarî tatil ve saat ücreti gibi kabul eden devlette çalışma için uygulanan değişmez (*hard core*) iş koşullarını talep etme hakkına sahiptir⁶⁶³.

Bu değişmez çalışma koşulları, madde 7/2 anlamında doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir⁶⁶⁴. PWD, işçi oraya geçici olarak gönderilmiş olsa bile, orijin ülkesi

⁶⁶⁰ DAVIES, agm., s. 579; HOUWERZIIL, agm., s. 188. Bununla birlikte teslimde dayalı sözleşmelerde, ilk montaj ve tesisat işlerinde gönderilen malların, gönderen işletmenin uzman işçileri tarafından yapılması gerekiyorsa ve bu süre sekiz günden fazla değilse, m.3/1'de düzenlenen ücretli asgarî tatil ve asgarî ücret hükümleri inşaat işleri dışında istisna edilmiştir. Ayrıca gönderme bir ayı geçmiyorsa, Üye Devletlerin idareleri veya olağan uygulamaları buna imkân tanıyor veya taraflar anlaşmışsa, asgarî ücret bu uygulamadan istisna edilmiştir. Bazen de yapılan işin kapsamı küçükse, Üye Devletler, ücretli izin konusunu da istisna edebilmektedir (m.3/2,3,4). DAVIES, agm., s. 584; NEAL, C.Alan, “**The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model**” in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 61.

⁶⁶¹ DAVIES, agm., s. 574; LIUKKUNEN, agm., s. 39.

⁶⁶² POLAK, agm., s. 328; WEISS, agm., s. 474; HOUWERZIIL, agm., s. 190.

⁶⁶³ LIUKKUNEN, agm., s. 40.

⁶⁶⁴ SMITH/CROMACK, agm., s. 11; BONOMI, Rome Convention, s. 83; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 215; MEEUSEN/PERTEGÁS/STRAETMANS, agm., s. 19; POLAK, agm., s. 328; PERUZZETTO, P. Sylvaine, “**European Public Policy and Other Restrictions on the Normal Operation of the Choice of Law and Choice of Jurisdiction Rules**” in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s. 352-353.

ilkesinden hareket ederek⁶⁶⁵, ev sahibi Üye Devletin belirli kurallarının uygulanmasını garanti altına almaktadır⁶⁶⁶.

Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında, genel kanunlar ihtilâfi kuralı ile PWD hükümlerinin birlikte yürürlükte olabileceği kabul edilmiştir. PWD, uygulanacak hukuku tespit etmek gibi bir amaç taşımamaktadır; fakat iş ilişkisine uygulanacak hukuk ne olursa olsun ev sahibi Üye Devletin bazı değişmez kurallarının uygulanması için bir merkez noktası tespit etmektedir. PWD hükümlerinin, madde 7 anlamında doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi görüşü⁶⁶⁷, Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında da benimsenmiştir⁶⁶⁸.

Direktifin birinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Direktif hükümleri, gönderme süresi içinde, işçi ile işveren arasında mevcut iş ilişkisine uygulanır. Buna karşılık, yeni bir iş sözleşmesi akdedildiğinde, Direktif anlamında bir gönderme bulunmamaktadır (m.1/3).

Direktifin dikkate aldığı iş hukuku kuralları kategorisi için, göndermenin süresi önem taşımamaktadır. İşçinin halihazırda çalışmakta olduğu bu iş hukuku kuralları kategorisi için, bir gün, bir hafta, bir ay gibi sınırlı bir zaman için bile olsa, ev sahibi ülkenin kurallarının uygulanması tercih edilmiştir⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ STONE, age., s. 323; WEISS, agm., s. 474.

⁶⁶⁶ Direktifteki yaklaşım, Direktifin yürürlüğe girmesinden önce, 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nde görülmektedir. Tasarıda, geçici göndermelerde, işin görüldüğü yer ülkesinin asayiş ve güvenliğe ilişkin kuralları saklı kalmak şartıyla, teşebbüs merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır hükmü önerilmiştir (m.7). TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 892.

⁶⁶⁷ COMMISSION COMMUNICATION ON THE IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE 96/71/EC: “**Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions- the Implementation of Directive 96/71/EC in the Member States**” in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 291.

⁶⁶⁸ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 36; Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde, Direktifin, belirlenen alanlarda, Roma Sözleşmesi'nden öncelikli olarak uygulanacağı yorumu yapılmıştır. TEKİNALP, Gönderilen İşçiler, s. 844-845.

⁶⁶⁹ POLAK, agm., s. 328; HOUWERZIJL, agm., s. 180. Bu noktada PWD ve Roma Tüzüğü aynı amacı taşımamaktadır. KREBBER, agm., s. 519; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 37; LIUKKUNEN, agm., s. 40. Direktifte sayılmamış olan iş hukuku kuralları için, Roma I Tüzüğü yine uygulanacak hukuku belirlemeye devam edecektir. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 331.

Geçici çalışma hâlinde, iş sözleşmesinin bir yandan Direktifte belirlenen iş hukuku alanlarında, ev sahibi ülkenin hukukuna; diğer yandan Direktifte sayılmamış olan alanlarda, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukukuna tâbi olması, doktrinde, bir sorun olarak görülmemekte hatta işçinin menfaatlerinin böylece daha etkili şekilde korunacağı ifade edilmektedir⁶⁷⁰.

Son olarak, Direktifin, 1. maddesinin 4. fıkrasına göre, merkezi Üye olmayan Devletlerde bulunan işletmeler, Üye Devletlerde merkezi bulunan işletmelerden daha elverişli şartlara sahip olamazlar. Bu hükmün amacı, ucuz işçi ithalini ve haksız rekabeti engellemektir. Bu durumda, Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde, 7. maddede düzenlenmiş olan doğrudan uygulanan kuralların uygulanabileceği yorumu yapılmıştır⁶⁷¹.

(iv) İşin Mutaden Yapıldığı Bir Yerin Bulunmaması

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, işçi işini mutaden birden fazla ülkede yerine getiriyor veya belirli bir ülkede mutaden yerine getirmiyorsa, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukukunun uygulanması mümkün olmayacaktır⁶⁷². Bu gibi durumlarda, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku, karine olarak uygulanacak hukuktur⁶⁷³. Çeşitli bölgesel sosyal güvenlik sözleşmelerinde⁶⁷⁴, millî ve milletlerarası düzenlemelerde⁶⁷⁵ de bu durumda, işverenin işyerinin hukukunun uygulanması kabul edilmiştir.

⁶⁷⁰ POLAK, agm., s. 328-329; HOUWERZIJL, agm., s. 184.

⁶⁷¹ SMITH/CROMACK, agm., s. 11; LIUKKUNEN, agm., s. 41.

⁶⁷² MORSE, *Employment Contracts*, s. 19; DICEY/MORRIS, age., s. 1311.

⁶⁷³ VAN EECKHOUTTE, agm., s. 171. Bununla birlikte, ağırlık merkezi yaklaşımı doğrultusunda, işçinin işini en çok yaptığı yer hukuku ya da özellikle iş sözleşmesi orada akdedilmişse işverenin ülkesinin hukukunun uygulanması da önerilmiştir. BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 138.

⁶⁷⁴ Örneğin 1956 tarihli Uluslararası Nakliyat İşçilerinin Sosyal Güvenliklerine Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, 1408/71 sayılı AT Tüzüğü, Afrika ve Moritanya Ortak Organizasyonu Sözleşmesi gibi.

⁶⁷⁵ EGBGB m.30/2 ve IPRG m.121/2 gibi. Roma Sözleşmesi madde 6/2(a), işçinin işini sadece bir ülkede mutaden yaptığı durumları göz önüne almaktaydı. Eğer böyle bir ülke yoksa, madde 6/2(b) uygulanıyordu. Benzer bir düzenleme, 2006 tarihli Japon Kanunlar İhtilâfi Hukuku Kanunu'nun 12. maddesinde yer almaktadır. YAMAKAWA, agm., s. 355; BRUUN, agm., s. 22.

İşin mutaden yapıldığı yerin bulunmamasına bir örnek, 1972 tarihli *Gillies v. Aeronaves de Mexico* kararıdır⁶⁷⁶. Olayda, Miami havaalanını evi olarak kullanan ve Florida ile İspanya arasındaki uçuşlarda çalışan, Meksika havayolu şirketi işçisinin iş sözleşmesinin, Meksika hukuku tarafından idare edileceğine karar verilmiştir.

İşçinin işini mutaden yaptığı bir yerin bulunmaması, bazı durumlarda, belirsizliklere yol açmaktadır. Örneğin, işçinin işini mutaden birden fazla ülkede yerine getirdiği fakat bu işin önemli bir kısmını, örneğin raporların verilmesini, işveren karşısında yaptığı hâllerde⁶⁷⁷, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması, her zaman yakın bir irtibata işaret edecek midir?

Doktrinde bir görüşe göre, işçinin işe alındığı işyerinin, işin yapıldığı yer ile hiçbir makûl bağlantısı bulunmaması ve işveren tarafından daha düşük seviyede koruma sağlayan bir ülkede işçinin işe alınması yoluyla kötüye kullanılma olasılığı nedeniyle, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku, sadece, işin yapıldığı farklı yerlerden bir tanesinin, iş faaliyetlerinin merkezi olarak nitelenemediği durumlarda uygulanmalıdır⁶⁷⁸. Hatta doktrinde, işçinin işe alındığı işyerinin, işçinin işini yaptığı ülkelerin hiçbiriyle bir bağlantısı bulunmamakta ise, daha yakın irtibatlı hukukun uygulanmasına başvurmak gerektiği bile ileri sürülmektedir⁶⁷⁹.

İşçinin işini mutaden yaptığı bir yerin bulunmaması veya tespit edilememesine ilişkin güncel sorunlardan biri de, sınır aşıcı evde çalışma (*cross-border home-working*) durumunda, işin ifa edildiği yer hukukunun sözleşmeyle olan bağlantısında ortaya çıkmaktadır⁶⁸⁰. Sınır aşıcı evde çalışma, eskiden beri bilinmesine karşın, son yıllarda

⁶⁷⁶ *Gillies v. Aeronaves de Mexico*, 468 F.2d 281(5th Cir. 1972), Karar özeti için bkz. HERZOG, agm., s. 148.

⁶⁷⁷ POLAK, agm., s. 330.

⁶⁷⁸ KREBBER, agm., s. 525.

⁶⁷⁹ WILLIAMS, agm., s. 26.

⁶⁸⁰ Geleneksel bir bakış açısıyla, sınır aşıcı evde çalışma, işverenin çalışma yeri ve zamanını belirlemesi ve işin ifasını doğrudan yönetmesi şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iş ilişkisi kabul edilmemektedir. Fakat sosyal bakış açısının gelişmesiyle, sınır aşıcı evde çalışan kişilerin de sosyal güvenlik ve sosyal refahtan yararlanma kapsamında kabul edilmeleri gerektiği görüşü hâkimiyet kazanmıştır. MORGENSTERN, *Evolution of Labour Law*, s. 428; SÜZEK, age., s. 251-254.

dünyada ve ülkemizde yaygınlaşmıştır. Tekstil, konfeksiyon, reklamcılık, çeviri ve programcılık gibi çalışma alanlarında daha sık görülmektedir⁶⁸¹. Ayrıca son yıllarda, evde çalışmaya benzer nitelikte, iletişim teknolojileri veya *online* olarak tele çalışma sistemi, artmıştır⁶⁸². *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da bu mesele ele alınmış ve iş ilişkilerinin bulunduğu yerin veya işin teslim edildiği yer ile irtibatın, işçilerin menfaatleri için daha koruyucu olabileceği önerilmiştir⁶⁸³.

Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında, işçinin işini mutaden tek bir ülkede yerine getirmemesi durumunda işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması prensibi korunmuştur. Ancak işçinin işini, hiçbir millî egemenliğe tâbi olmayan bir yerde yerine getirmesi bakımından daha açık bir hüküm önerilmiştir. Buna göre, “*işçi işini bir ülkede veya bir ülkeden mutad olarak yerine getirmiyorsa veya hiçbir millî egemenliğe tâbi olmayan bir alanda veya bir alandan yerine getiriyorsa, iş sözleşmesi, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku tarafından idare edilir*”⁶⁸⁴.

Bu ifadenin milletlerarası sulardaki sondaj platformlarını gösterdiği yorumu yapılmıştır⁶⁸⁵. Bu terimin, açık denizler ve hava sahasını da içerecek şekilde geniş yorumlanıp yorumlanamayacağını ise mahkeme kararlarının göstereceği ifade edilmiştir⁶⁸⁶.

Ancak Tüzük Önerisi'ndeki bu yaklaşım, Roma Tüzüğü'nde yer bulmamıştır. Tüzüğe göre, uygulanacak hukuk, ikinci fıkra hükmüne göre tespit edilemiyorsa, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku, iş sözleşmesini idare eder (m.8/3). Roma I

⁶⁸¹ SÜZEK, age., s. 251.

⁶⁸² SÜZEK, age., s. 254.

⁶⁸³ Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesinin son fıkrasının, bu sonuncu hukuklarla irtibata izin verdiği fakat bazı yazarlara göre bu maddenin evde çalışma durumunu açıkça dikkate almak için sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu ülkeyle ilgili olarak, daha açık göstergeler içermesi gerektiği vurgulanmıştır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 38.

⁶⁸⁴ Tüzük Önerisi, s. 17.

⁶⁸⁵ ECOSOC Görüşü, s. 5.

⁶⁸⁶ Deniz iş sözleşmeleri için ayrıca ve daha açık bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. *Max Planck Comments*, s. 283, 293. Buna göre, gemi çalışanları, mutaden gemide çalışmaktadır ve kural olarak bayrak ülkesi hukukunun uygulanması gerekir ancak *flag of convenience* söz konusu ise, iş sözleşmesinin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku uygulanmalıdır. *Max Planck Comments*, s. 294.

Tüzüğü'ndeki bu düzenleme, Tüzük Önerisi'nde yer alan ifadeden çok daha geniş kapsamlıdır. İşçinin işini bir ülkede veya bir ülkeden mutad olarak yerine getirmemesi veya hiçbir millî egemenliğe tâbi olmayan bir alanda veya bir alandan yerine getirmesi, *lex loci laborise* göre uygulanacak hukukun tespit edilememesine birer örnektir⁶⁸⁷ fakat *lex loci laborisin* tespit edilememesi bunlarla sınırlanmamıştır⁶⁸⁸. Doktrinde bir görüşe göre, ilgili hükmün metni değişmiş olsa bile, Roma I Tüzüğü, Tüzük Önerisi'nden önemli bir farklılık göstermemektedir⁶⁸⁹.

Kanaatimizce, Tüzük Önerisi'nden farklı bir şekilde kaleme alınan Roma I Tüzüğü esaslı bir değişikliği yansıtmaktadır. Artık işçinin işini mutaden yaptığı yerin bulunup bulunmadığının veya işçinin işini mutaden tek bir ülkede yerine getirip getirmediğinin mahkemece araştırılmasına gerek yoktur. Hatta işçi işini mutaden tek bir ülkede yerine getirmekte olabilir fakat bu yer tespit edilememiş olabilir. Bütün bu olası durumlar, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması için yeterlidir. Bu düzenlemeyle iş sözleşmesini karakterize ettiğine mutlak olarak bakılan *lex loci laborisden* vazgeçme eğilimini daha güçlü bir şekilde ortaya çıkarmıştır.

Bağlama noktası olan “işyeri”, yabancı doktrinde geniş olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, işyeri, işverenin bulunduğu yer olmak zorunda değildir⁶⁹⁰. Örneğin bir Texas şirketinin Alman bağlı ortaklığının Alman temsilcisi, yine aynı Texas şirketinin, İngiliz bağlı ortaklığının binasında, bir İngiliz işçiyi işe alırsa, işçinin işe alındığı yerin İngiltere olduğu söylenebilecek midir? Bu hükmün, ilgili işyerinin, işverenin işyeri şeklinde anlaşılması durumunda, sonuç farklı olacaktır. Karşıt bir yaklaşımla, aynı şirketler grubunun bir parçası olan İngiliz şirketinin işyerinde, bir İngiliz temsilciliğine sahip olmak, Alman şirketinin işyerini İngiltere kılmak için yeterli olacaktır⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ MANKOWSKI, agm., s. 182.

⁶⁸⁸ BOELE-WOELKİ/LAZIĆ, agm., s. 34.

⁶⁸⁹ BOELE-WOELKİ/LAZIĆ, agm., s. 34.

⁶⁹⁰ MORSE, Employment Contracts, s. 19; DICEY/MORRIS, age., s. 1312.

⁶⁹¹ MORSE, Employment Contracts, s. 19; DICEY/MORRIS, age., s. 1312.

İşyerinin amacının sadece “*mailbox*” olmadığı fakat aktif olarak işçinin işe bağlandığı yer olarak anlaşılması gerektiği önerilmiştir⁶⁹². Dahası işin mutaden yapıldığı yer ve işyerine karar verilirken işçinin iş akdiyle bağlandığı an esas alınarak farklı zaman kriteri uygulanmalıdır⁶⁹³. Böylece, işyerinin değişmesi, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku ve işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi değiştirmeyecektir⁶⁹⁴.

Bu kapsamda tartışılması gereken diğer bir konu, işyerinin bir ülkede temsilciliğinin bulunması veya bir devamlılığı gerektirmesidir⁶⁹⁵. İşyeri, mutlaka her zaman işçinin işe alındığı işyeri olmalıdır. Bu durumda herhangi bir ülkenin hukuku, kolaylıkla madde kapsamında uygulanabilir. Örneğin bir işçi, İngiltere’de bir otelde, yabancı bir şirketin temsilcisiyle, iş görüşmesi sonucunda işe alınmışsa, bu yabancı şirketin İngiltere’de işyeri bulunmamakta ise ve temsilcisinin de orada kalıcı bir varlığı bulunmamakta ise, işçinin işe alındığı yerin İngiltere olduğu sonucuna varmak zordur. Bu yabancı şirketinin, yabancı ülkedeki ilgili işyerinin hukukunun uygulanması daha uygundur⁶⁹⁶.

İşverenin işçiyi işe aldığı işyerinin tanımlanmasındaki güçlükler Roma I Tüzüğü’nde de devam edecektir. Nitekim, madde 8/3’de, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin nasıl tespit edileceğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Doktrinde, işçinin işe alındığı işyerinden, tesadüf olması ve işverenin bu yeri menfaatlerine uygun olarak belirleyebilmesi olasılığına karşı, iş sözleşmesini akdettiği yerin değil, işçinin çalışma organizasyonuna katıldığı yerin anlaşılması gerektiği yorumu yapılmıştır⁶⁹⁷. Benzer bir yorum Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından da ifade edilmiştir⁶⁹⁸.

Yabancı doktrinde yer alan bu görüşler ve mukayeseli hukukta mevcut tartışmalar ışığında Türk hukukunu yorumlamak gerekirse, MÖHUK m.27/3’de, işçinin işini belirli bir

⁶⁹² PALAO-MORENO, agm., s. 323; LIUKKUNEN, age., s. 117; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 171; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 319.

⁶⁹³ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 320.

⁶⁹⁴ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 320.

⁶⁹⁵ PALAO-MORENO, agm., s. 323.

⁶⁹⁶ MORSE, Employment Contracts, s. 19.

⁶⁹⁷ MAGNUS/MANKOWSKI, age., s. 35; MANKOWSKI, agm., s. 194-195.

⁶⁹⁸ 19 September 2002, Case C-437/00.

ülkede, mutad olarak yapmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde, iş sözleşmesinin, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, bir görüşe göre, MÖHUK m.27/3'de, Roma I Tüzüğü'ne paralel olarak, işçinin işini mutaden bir ülkede yapmadığı durumlarda, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması söz konusudur⁶⁹⁹.

Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak, MÖHUK m.27/3'de, *lex loci laboris'e* bağlı kalma eğilimi çok daha güçlüdür. Buna göre işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanabilmesi için hem iş belirli bir ülkede mutad olarak yapılmamalı hem de buna ek olarak, iş, devamlı olarak birden fazla ülkede yapılmalıdır. Ancak kanaatimizce, bu düzenleme, işin devamlı olarak birden fazla “ülkede” yapılmasını arayarak, işin açık denizlerde, uzayda veya hiçbir millî egemenliğe tâbi olmayan bölgelerde ifasını kapsam dışı bırakmaktadır. Doktrinde karşı görüşe göre, bu hüküm, hiçbir millî egemenliğe tâbi olmayan açık denizleri, uzayı ve devletsiz bölgeleri de kapsamaktadır⁷⁰⁰.

Kanaatimizce, MÖHUK m.27/3'ün, farklı olan yanı, işin mutaden belirli bir ülkede yapılmadığı durumlarda, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını değil, işverenin “*esas işyerinin*” bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasının özellikle benimsenmiş olmasıdır. Kanun Gerekçesinden, “*her iki tarafı da belirsizlik ve zorluklardan korumak üzere, işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülke anlamında*”, işverenin esas işyerinin özellikle tercih edildiği anlaşılmaktadır⁷⁰¹.

MÖHUK m.27/3 hükmünde kullanılan “esas işyeri” kavramının, iş hukuku terminolojisine değil, daha ziyade, ticaret hukuku terminolojisine ait olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁷⁰². Esas işyerinin ise işletme merkezini işaret ettiği, işverenin birden fazla

⁶⁹⁹ TEKİNALP, Turkish Code, s. 332.

⁷⁰⁰ NÖMER/ ŞANLI, age., s. 336; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 537.

⁷⁰¹ 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

⁷⁰² DOĞAN, Milletlerarası, s. 318.

işletme merkezinin bulunması hâlinde, işçinin işe alındığı işletme merkezinin hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁰³.

Doktrinde diğer görüşe göre, m.27/3'de yer alan esas işyeri, MÖHUK m.9'da ifade edilen idare merkezi hukukudur⁷⁰⁴. Kanaatimizce, sadece tüzel kişiler için özel olarak düzenlenmiş olan bu hükmün, hem gerçek kişi hem de tüzel kişi işverenlerin hepsine uygulanması mümkün değildir. Katıldığımız görüşe göre, “esas işyeri” kavramı, iş hukuku terminolojisine ait olmamakla birlikte yine iş hukukuna ait kavramlar içinde açıklanabilir.

MÖHUK m.27/3'de yer alan bağlama noktasının vasıflandırılması son derece önemlidir ve hâkim görüşten hareket edilecek olursa, Türk hukukuna göre vasıflandırıldığında, İş Kanunu'nun işyerini tanımlayan 2. maddesinden hareket etmek gerekecektir. Bağlama noktasının yorumunda tartışılmış olması nedeniyle, tekrara yer vermemek için, burada, sadece uygulanacak hukukun tayini anlamında yapılan yorumlara yer vermekle yetiniyoruz.

İşyerinin tespit edilmesinde, işin teknik bir amaç için organize edilmesi üzerinde durmak gereklidir⁷⁰⁵. İşletme ise daha çok iktisadî bir kavramdır ve ticaret hukuku alanında önem taşır⁷⁰⁶. İşletme, işyerini kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bazen işletme tek işyerinden ibaret olabilir. Bazı durumlarda ise bir işletmeye bağlı birden fazla işyeri bulunabilir. Örneğin şubeleri olan bir banka işletme, onun şubeleri ise işyerleridir. Bu anlamda işletme, ekonomik bir amaç için işverene ait bir veya birden fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün olarak tanımlanmaktadır⁷⁰⁷.

Bu durumda, MÖHUK m.27 anlamında “esas işyeri”, işverenin, aynı iş için iş organizasyonu, ücret, çalışma politikası gibi önemli faaliyetleri yürüttüğü işyeri olarak yorumlanabilir.

⁷⁰³ DOĞAN, İş Akdi, s. 83; DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 161; DOĞAN, Tespit; s. 121;

⁷⁰⁴ TEKİNALP, age., s. 404.

⁷⁰⁵ ESENER, İş Hukuku, s. 83; NARMANLIOĞLU, age., s. 115-116; ÇELİK, age., s. 58.

⁷⁰⁶ İş hukuku alanında işletmenin önemi sadece Sendikalar Kanunu'ndaki işveren vekili kavramında ortaya çıkmaktadır. ESENER, İş Hukuku, s. 87; ÇELİK, age., s. 66.

⁷⁰⁷ ÇELİK, age., s. 66.

Kanaatimizce, işverenin “işçiyi işe aldığı işyeri” yerine “esas işyerinin” tercih edilmiş olması, uygulamada büyük bir farklılık ortaya çıkaracaktır. Bu durumda örneğin, bir Alman şirketi, bir Türk işçiyi, Türkiye'deki temsilciliğinde akdetmiş olduğu iş sözleşmesiyle, devamlı olarak birden fazla ülkede çalışmak üzere işe aldığı anda; uygulanacak hukuk, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu Türk hukuku değil, esas işyerinin bulunduğu Alman hukuku olacaktır.

İşçinin işini mutaden yaptığı bir yerin bulunmadığı durumlarda, işverenin herhangi bir işletmesinin bulunduğu yer hukukunun değil de işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasının tercih edilmiş olması, yine aşına olduğu bir hukuku uygulamak suretiyle işçiyi koruma fikrine dayanmaktadır. Oysa işçiyi bazı durumlarda nerede olduğunu bile bilmediği “esas işyeri”nin bulunduğu ülke hukukuna tâbi kılarak, Türk kanun koyucusu, işverenin menfaatlerini korumayı tercih etmiştir.

MÖHUK m.27/3'de, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması için işin belirli bir ülkede mutaden yapılmaması ve devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması gereklidir. Buna örnek olarak, dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası faaliyet gösteren turne toplulukları, devamlı olarak sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülerini, hava, deniz ve demir yolunda çalışan personel, felaketlerde milletlerarası yardımlaşmada kullanılan personel, bir firmanın yabancı ülkelerdeki şubelerini denetleyen müfettiş gösterilmektedir⁷⁰⁸.

Doktrinde, bir işyerine bağlı olarak çalışmayan sirk ve buz revülerinde, işverenin de esas işyerinin bulunmaması durumunda, bu maddenin uygulama imkanının kalmayacağından söz edilmektedir. Bu olasılıkta, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasından başka çözüm bulunmamaktadır⁷⁰⁹. Kanaatimizce bu durumda, işçinin iş akdiyle bağlandığı ülke de dikkate alınmalıdır.

⁷⁰⁸ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 910; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 128; NOMER/ŞANLI, age., s.336; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 364.

⁷⁰⁹ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s.128; NOMER/ŞANLI, age., s. 336.

Gemi çalışanlarının iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu işçilerin de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ilgili bağlama kurallarınca tespit edilmelidir⁷¹⁰. Yabancı doktrinde genel olarak, hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde, gemi çalışanlarına uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği konusunda tartışma vardır. Almanya’da EGBGB m.30/2-1 anlamında, gemi çalışanlarının işini mutaden yaptıkları yer gemidir. Buradan hareket edilirse, geminin taşıdığı bayrak ülkesinin hukuku başlangıç noktasıdır⁷¹¹. Ancak bayrağın, sadece bayrağı temsil ettiği ülke ile irtibatlı olduğu vakıalarda, iş sözleşmesinin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku, örneğin tarafların ortak vatandaşlığı ya da işçinin ve işverenin ortak yerleşim yeri, tercih edilebilmektedir⁷¹².

Zamanla, *flag of convenience*'in her zaman iş sözleşmesiyle yakın irtibatlı bir hukuka işaret etmediği sonucuna varılmıştır⁷¹³. Doktrinde bir görüşe göre, deniz iş sözleşmeleri bakımından, uygulanacak hukuku sağlamada tartışmalı kabul edilen *flag of convenience*, istisna kuralı ile etkisizleştirilebilir. Buna göre, gemi, sadece, bayrak devletiyle irtibatlı ise ve diğer daha önemli bağlantılar bir başka devlette (özellikle eski bayrak devletinde) görülmekte ise eski devletin hukuku uygulanabilir. Pek çok Avrupa ülkesinde, örneğin Danimarka, Fransa, Almanya, Norveç, Finlandiya ve Birleşik Krallık hukukunda, milletlerarası gemi sicilleri, esneklemeye yönünde bir araç olmaktadır⁷¹⁴. Tescil yerinin uygulanması, Türk doktrininde de taraftar bulmuştur⁷¹⁵.

⁷¹⁰ Bu yönde yabancı doktrinde yapılan tespit için bkz. DICEY/MORRIS, age., s. 1314.

⁷¹¹ GAMILLSCHEG, agm., s. 323.

⁷¹² MORGENSTERN, age., s. 30; MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 122; LIUKKUNEN, age., s. 120. Örneğin bir gemi Alman Gemi Siciline kaydedildiğinde, Alman bayrağıyla seyahat etmektedir fakat tayfa Almanya'da mutad mesken veya ikametgâh sahibi değilse, bayrak bağlama noktası olarak dikkate alınmamaktadır. Eğer olay deniz iş sözleşmesinin, daha yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku tarafından idare edilmesiyle ilgili ise, önemli bağlama noktaları tayfanın ikametgâhı, mutad meskeni veya vatandaşlığı olmalıdır. GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 220.

⁷¹³ MORGENSTERN, age., s. 32. Türk doktrininde, AKINCI, age., s. 88.

⁷¹⁴ MORGENSTERN, age., s. 32; POLAK, agm., s. 331.

⁷¹⁵ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 128.

Uçak ve tren personelinin, (otobüs veya milletlerarası lotarilerin sürücülerinin) iş ilişkilerine de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralı uygulanmaktadır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da, bu işçiler bakımından, mahkemelerin, bir ülke veya diğerinde işin yapıldığı yer yerine, işçinin işe alındığı işyerini uygulamayı tercih ettiği belirtilmektedir⁷¹⁶. Bu görüş Türk doktrininde de taraftar bulmuştur ancak aynı görüş uyarınca, şube müdürü, istasyon şefi, muhasebeci, satın alma şefi gibi idarî görevi olan personel, merkezden gönderiliyor ise teşebbüsün merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır⁷¹⁷.

Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Tasarısı'nda ise, deniz taşımacılığı ile ilgili iş sözleşmelerinin bayrak kanununa, nehir ve hava taşımacılığına ilişkin iş sözleşmelerinin ise tescil yeri hukukuna tâbi olması önerilmiştir. Ancak bayrak kanunun işlevsizliği gözetilerek, geminin işletilmesi sicil yeri dışında gerçekleşiyorsa, geminin esas olarak hareket ettiği yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür⁷¹⁸.

(v) İş Sözleşmesiyle Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

Çeşitli millî ve milletlerüstü kanunlar ihtilâfi kurallarında, uygulanacak hukukun tayininde, daha esnek bir hüküm içeren bir kaçış kuralına yer verildiği görülmektedir. EGBGB m.28/1, IPRG m.117/1, Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.1/1, Roma I Tüzüğü m.8 gibi. Daha sıkı ilişkili hukukun neye göre dikkate alınacağı mahkemelere kalmıştır. Ancak hem hukukî kesinlik hem de işçiyi koruma politikası, bu kuralının göz önüne alınmasında etkilidir⁷¹⁹.

İşçinin korunması ilkesinin her bir olayın kendi özelliğine göre işlevli bir şekilde işletilebilmesi için, daha yakın ilişkili hukukun uygulanması bir zorunluluktur⁷²⁰. Roma I

⁷¹⁶ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s.37.

⁷¹⁷ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 911.

⁷¹⁸ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szászy*; TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 891.

⁷¹⁹ SABIRAU-PEREZ, agm., s. 352.

⁷²⁰ Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde de, iş sözleşmelerinde işçinin korunması amacına ulaşmada, kaçış klozunun, çok daha önemli bir işlevi olduğu savunulmuştur. LANDO, Contractual

Tüzüğü m.8/son'a göre, hâlin icabından, sözleşmenin ikinci veya üçüncü fıkralarda belirtilen ülkelerden bir başka ülkeyle daha yakın irtibatlı olması hâlinde, sözleşmeye bu ülke hukuku uygulanır⁷²¹.

Alman doktrinde, daha yakın ilişkili hukukun uygulanmasında ihtiyatlı olunması gerektiği vurgulanmıştır. Uygulanan hukukun işçinin menfaatini sağlayan bir hukuk olup olmadığı şüpheli ise daha yakın ilişkili hukukun uygulanmasını destekleyen unsur artık kesin değildir⁷²². Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında, hâkimin değerlendirmesinde etkili olabilecek en önemli unsurun işçinin menfaati olduğu Türk doktrinde de ifade edilmektedir⁷²³.

Bununla birlikte, daha sıkı ilişkili hukukun sıklıkla uygulanmasının, büyük bir belirsizliğe yol açabileceği uyarısında bulunulmakta ve *lex fori*'nin uygulanmasının bir aracı olarak kullanılması olasılığının altı çizilmektedir⁷²⁴.

Daha yakın irtibatlı hukukun uygulanmasında dikkate alınacak faktörler, örtülü hukuk seçiminin bulunup bulunmadığını tespitte dikkate alınan unsurlardan farklıdır. Daha yakın irtibatlı hukukun uygulanma koşulları değerlendirilirken, objektif ve böylece taraflardan bağımsız koşullar önceliklidir⁷²⁵. İş sözleşmesiyle daha yakın irtibatlı olan hukuk, diğer

Obligations, s. 71. Özellikle işçinin, Topluluk üyesi olmayan bir ülkede mutaden çalışması durumunda; istisna klozu sayesinde, yerleşim yeri olan Üye Devlet hukukunun uygulanmasının sağlanabileceği belirtilmiştir. WEINTRAUB, age., s. 164. Bu nedenle Roma Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında, hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğe ulaşmak adına, genel düzenleme olan 4. maddeden kaçış hükmünün kaldırılması önerilmektedir; iş sözleşmeleri bakımından, hukukî kesinlik ve öngörülebilirlikten çok daha öncelikli olarak dikkate alınan işçinin korunması ilkesi için, aksine kaçış hükmünün korunması amaçlanmıştır. Tüzük Önerisi, s. 17; *Max Planck Comments*, s. 297.

⁷²¹ Bu hükmün, “açıkça” daha yakın irtibatı araması gerektiği ve “uygulanabilir” şeklinde düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. *Max Planck Comments*, s. 297; MAGNUS/MANKOWSKI, age., s. 35.

⁷²² DICEY/MORRIS, age., s. 1313; LIUKKUNEN, age., s. 119; LIUKKUNEN, agm., s. 42; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 171.

⁷²³ NOMER/ŞANLI, age., s. 336.

⁷²⁴ PALAO-MORENO, agm, s. 323; POLAK, agm., s. 331; MARTINY, Dieter, “**The Applicable Law to Contracts in the Absence of Choice (Art. 4 Rome Convention)- Old Problems and New Dilemmas**” in *Estudios Sobre Contratación Internacional*, ed. by, CARAVACA , C.L. Alfonso/GONZÁLEZ, J. Carrasco, Madrid 2006, s. 21.

⁷²⁵ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 321.

hükümlere göre uygulanacak hukuka nazaran işçinin daha az lehine olsa bile, daha yakın irtibatlı hukukun uygulanmasına kural olarak bir engel bulunmamaktadır⁷²⁶.

İş sözleşmesiyle irtibatlı ve daha sıkı ilişkili bir ülkenin hukukunun uygulanmasına örnek olabilecek durum, 1975 tarihli, *Dailey v. Transitron Electronic Corp.* kararında karşımıza çıkmaktadır⁷²⁷. Olayda, Meksika'nın, Texas sınırına yakın bir bölgesinde, bağlı ortaklığı bulunan bir Amerikan şirketi ile bir Amerikan vatandaşı arasındaki iş sözleşmesinde, Amerikan vatandaşı işçinin, Meksika'da, yöneticilik niteliğinde hizmetler ifa etmesi kararlaştırılmıştır. Diğer bir deyişle *lex loci laboris* ve işçinin işe alındığı işyeri Meksika'dadır. Bu iş sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkta, Federal Temyiz Mahkemesi, tarafların, Texas ile pek çok ilişkisinin bulunması ve vergi gibi amaçlar için, iş ilişkisini Amerikan iş ilişkisi olarak kabul ettikleri gerekçesiyle, uygulanacak hukukun Texas hukuku olduğuna karar vermiştir. Bu kararda, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, işverenin ve işçinin her ikisinin de Amerikan vatandaşı olması, *lex loci laboris*'in yerine daha sıkı ilişkili olan Texas hukukunun uygulanmasında etkili olmuştur⁷²⁸.

Alman Federal İş Mahkemesinin, 1992 tarihli kararı⁷²⁹, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına bir başka örnektir. Olayda, Amerikan havayolu şirketi, Almanya'da mutad mesken sahibi Amerikan vatandaşı pilotları, işi Almanya'da yerine getirmek üzere işe almıştır. Bu olayda mahkeme, havayolu şirketinin bulunduğu New York hukukunun iş sözleşmeleriyle daha yakın irtibatlı olduğuna karar vermiştir⁷³⁰.

Daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanmasına bir diğer örnek de, Batı Virginia İstinaf Mahkemesi'nin, 1987 tarihli, *New v. TAC & C Energy, Inc.* kararında⁷³¹ görülmüştür.

⁷²⁶ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 321.

⁷²⁷ *Dailey v. Transitron Electronic Corp.*, 475 F.2d 12 (5th Cir. 1975), Karar özeti için bkz. HERZOG, agm., s. 148.

⁷²⁸ HERZOG, agm., s. 148.

⁷²⁹ Hoge Raad, 25 September 1992/SNP/BOA, N.J., 1992, 750, N.I.L.R., 1995, 259. Kararın İngilizce özeti için bkz. WILDERSPIN, The Rome Convention, s. 127; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 223; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 321.

⁷³⁰ GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 223.

⁷³¹ 355 S.E. 2d 629 (W.Va. 1987), karar özeti için bkz. GUTSELL, agm., s. 478-483.

Davacı karı koca işçi, Batı Virginia'da ikamet etmektedir ve yine Batı Virginia'da kurulmuş ve maden çıkarma faaliyetlerinin bir kısmını Kentucky'de yapan bir şirket tarafından işe alınmıştır. İş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine talep edilen tazminatlara ilişkin uyuşmazlıkta, *Restatement II* m.196'ya göre, işçiler ve işverenin ikamet ettikleri yer ve sözleşmenin yapıldığı yerin Batı Virginia'da bulunması nedeniyle, iş sözleşmesinin, işin mutaden yapıldığı yer olan Kentucky'ye kıyasla, daha sıkı ilişkili olduğuna karar verilmiştir⁷³².

Güney Afrika İş Mahkemesi'nin, 2002 tarihli *Kleynhans v. Parmalat* kararında⁷³³ da benzer bir sonuca varılmıştır. Güney Afrikalı dâvalı işveren *Parmalat SA*, Güney Afrikalı işçiyi, Güney Afrika'da, Mozambik'de bulunan temsilciliğinde, üç yıl çalışmak üzere işe almıştır. İş sözleşmesinin, bir yıl sonunda feshedilmesi üzerine, işçi, Güney Afrika İş Mahkemesinde, tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, işin mutaden yapıldığı ve bundan başka bir irtibatı bulunmayan Mozambik'e nazaran, Güney Afrika'nın, milletlerarası unsurlu bu iş sözleşmesiyle daha yakın irtibatlı olduğuna karar vermiştir⁷³⁴. Mahkeme, daha yakın irtibatlı hukuka karar verirken, ödemenin, ifa yerinin, iş sözleşmesinin akdedildiği yerin, her iki tarafın müşterek vatandaşlığının, vergilerin ödendiği yerin Güney Afrika olduğunu dikkate almıştır⁷³⁵.

Roma I Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında, daha yakın ilişkili hukukun uygulanmasına örnek olarak, Fransız işveren ve Fransız işçi arasında Fransa'da, bir Afrika ülkesinde iki yıllığına çalışması ve bu sözleşme sona erdiğinde daha sonraki iş ilişkisinin Fransa'da yapılması konusunda söz verildiğine dair bir iş sözleşmesi gösterilmektedir. Bu

⁷³² İşin mutaden yapıldığı yerin, ödemelerin Kentucky'de olması ve işçilerin iki yıldır orada bulunmasının gözönüne alınmamış olması ve işçilerin işe alınmasındaki idarî işlemlerin Batı Virginia'da yapılmasının önemli bir unsur olmadığı ve uyuşmazlığın Kentucky'de ortaya çıkmış olması gerekçeleriyle, mahkemenin, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde hatalı olduğu yönünde görüş için bkz. GUTSELL, agm., s. 481-482.

⁷³³ *Kleynhans v. Parmalat*, 2002, 9 BLLR 879 (LC), karar özeti için CALITZ, agm., s. 9-11.

⁷³⁴ CALITZ, agm., s. 11.

⁷³⁵ FREDERICKS, Eesa Allie, "The Proper Law of the International Contract of Employment Interpreting the *Kleinhans* Decision", 18, South African Mercantile Law Journal, 2006, s. 78.

durumda iş sözleşmesini, işin ifa edildiği yer olan Afrika ülkesinin hukuku değil, en yakın irtibatlı olan Fransız hukukunun idare edeceği belirtilmektedir⁷³⁶.

Bireysel iş sözleşmesinde, ilgili toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına dair bir hukuk seçimi bulunmasa bile, bazı olaylarda, toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, objektif olarak bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuktan daha yakın irtibatlı hukuk olarak değerlendirilebilir⁷³⁷. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin, 2006 tarihli kararında⁷³⁸, açık bir hukuk seçimi bulunmayan fakat işçinin mutaden Suudî Arabistan'da çalışmasını gerektiren bir bireysel iş sözleşmesinin, Fransa'yla daha yakın irtibatlı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kararında, işçinin Fransız olması ve işveren şirketin Fransa'da kurulmuş olması, ücretin Fransa'da ödenmesi, işçinin Fransız sosyal sigortasından yararlanması ve işverenin, çeşitli Fransız sosyal sigorta sistemlerine ödemedede bulunmasını göz önüne alınarak, bireysel iş sözleşmesinin, Fransız toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi olmasına karar vermiştir.

Türk hukukuna bakacak olursak, MÖHUK'un 27. maddesinin son fıkrasına göre, hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Böylece, objektif bağlama kuralı ile sağlanamayan hakkaniyet, hâkime daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi yetkisinin tanınması ile sağlanmaya çalışılmıştır⁷³⁹.

⁷³⁶ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 35.

⁷³⁷ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 303.

⁷³⁸ *Société Défense conseil international et M. Chuiton*, Judgement of March 14, 2006, in the *Chambre Sociale*. Karar özeti için bkz. PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 303.

⁷³⁹ RUHİ, age., s. 301; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 539.

27. maddenin son fıkrası, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen 24. madde⁷⁴⁰, fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka dair 28. madde⁷⁴¹ ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeleri düzenleyen 29. maddeden⁷⁴² farklı olarak, hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Doktrinde, bu takdir yetkisi, daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilse dahi; işin mutaden yapıldığı yerin işçiyi koruyan sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri işçiyi daha fazla korumakta ise hâkimin, daha sıkı ilişkili hukuku uygulamama konusunda takdir hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır⁷⁴³.

Kanaatimizce, işin mutaden yapıldığı yerin sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri, doğrudan uygulanan kurallar kapsamındadır ve iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığında, doğrudan uygulanan kuralların, devlete ait menfaatlerinin araştırılması doğru değildir.

Sonuç olarak, MÖHUK m.27/4 bir karinedir ve iş sözleşmesi bir başka ülke ile daha sıkı irtibatlı ise *lex loci laboris*'e bağlı kalmak zorunlu değildir⁷⁴⁴. Yabancı doktrinde, iş sözleşmeleri için karineden ayrılma nedeni olarak, uzatılmış bir dönem için olsa bile, bir şirketin, kıdemli bir işçisini bir bağlı ortaklıkta çalışmaya göndermesi örnek gösterilmektedir⁷⁴⁵. Bir başka örnek, söz konusu iş sözleşmesinin örneğin emeklilik ve bunun

⁷⁴⁰ MÖHUK m.24/4'e göre, "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur".

⁷⁴¹ MÖHUK m. 28/2'ye göre, "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur".

⁷⁴² MÖHUK m. 29/3'e göre, "Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır".

⁷⁴³ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 365.

⁷⁴⁴ GÜNGÖR, Yakınlık, s. 140; DOĞAN, Milletlerarası, s. 318.

⁷⁴⁵ POLAK, agm., s. 331.

dereceleri bakımından, işin yapıldığı ülke ile değil de diğer bir ülkedeki kurallar ile bağlantılı olmasıdır⁷⁴⁶.

Başka bir ülkede, işyeri bulunan işveren tarafından işe alınan ve kendi mutad meskeni ülkesinde veya bir ya da iki komşu ülkede işi yerine getiren işçinin mutad meskeninin hukukunun daha yakın irtibatlı hukuk olarak değerlendirilebileceği bir diğer öneridir⁷⁴⁷.

Dikkate alınabilecek diğer unsurlar, işçinin ve işverenin ortak vatandaşlığı⁷⁴⁸, ücretin ödendiği para birimi⁷⁴⁹, iş sözleşmesinin millî bir iş hukukundaki özel bir temelde düzenlenmiş olması veya bu ülkenin hukukunda uygulanan daha önceki bir sözleşmeye gönderme yapılmış olması, işçinin yerleşim yeri, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, işverenin yerleşim yeri ya da mutad meskeni ve sözleşmede kullanılan dil veya sözleşmenin şeklidir⁷⁵⁰.

Diğer bir örnek, Türkiye'de işe alınan bir Türk işçisinin, çalışmak üzere yabancı bir ülkeye gönderilmesinde, mutad işyeri hukukunun asgarî koruma hükümlerinin Türk hukukundan daha düşük seviyede kalmasıdır. Bu durumda işçinin menfaati göz önüne alınarak, daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Benzer şekilde, kendi ülkesinde işe alınan yabancı işçinin, işini mutaden Türkiye'de yerine getirdiği bir iş sözleşmesi için de yabancı işçinin işe alındığı ülke daha sıkı ilişkili bir hukuk olarak kabul edilebilecektir⁷⁵¹.

Unutulmamalıdır ki, işçinin bağlı olduğu işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması, kimi olaylarda, işçi için avantajlı hâle de gelebilir. Örneğin işçinin daha az

⁷⁴⁶ MALMBERG, *The Legal Position of Employees*, s. 401.

⁷⁴⁷ PHILIP, *Contracts of Employment*, s. 261; PALAO-MORENO, *agm.*, s. 324; VAN EECKHOUTTE, *agm.*, s. 172.

⁷⁴⁸ PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 320.

⁷⁴⁹ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 85-87; DOĞAN, *Uygulanacak Hukuk*, s. 162; DOĞAN, *Tespit*, s. 122;

⁷⁵⁰ MORSE, *Employment Contracts*, s. 20; DICEY/MORRIS, *age.*, s. 1312; KREBBER, *agm.*, s. 526; VAN EECKHOUTTE, *agm.*, s. 171.

⁷⁵¹ NOMER/ŞANLI, *age.*, s. 336-337.

koruyucu hükümleri olan bir ülkeye gönderilmesi hâlinde, *lex loci laboris*'in mutlak şekilde uygulanması, işverene kötüye kullanma konusunda aynı olanağı sağlayacaktır⁷⁵².

dd. Türk Hukukuna Dair Eleştiri ve Öneri

aaa. İşçinin Daha Lehine Olan Hukuka Ulaşmada Atfın Kabul Edilmesi Önerisi

Genel olarak atf, kanunlar ihtilâfi kurallarının, yabancı bir hukuka yetki tanıdığı durumlarda; yetkili yabancı hukukun, söz konusu uyuşmazlık konusunda, kendi maddî normlarını değil, başka bir devletin maddî normlarını yetkili görmesidir⁷⁵³. Bu hukuk üçüncü bir devletin hukuku olabileceği gibi, mahkemenin hukuku da olabilir⁷⁵⁴. İlk durumda, devam eden atf bulunmaktayken, ikinci durumda, iade atf olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁵.

Daha çok kişinin hukuku ve aile hukukunda kabul gören atf, genel olarak borçlar hukuku alanında ve dolayısıyla iş sözleşmelerinde de reddedilmektedir⁷⁵⁶. Özellikle, bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesinin, kanunlar ihtilâfi kurallarını uyumlaştırdığı durumlarda, yabancı mahallî hukukun sözleşmeden farklı bir çözüm kabul etmesi mümkün olmadığından, atfın işlevi kalmamaktadır⁷⁵⁷. Evrensel uygulanırlığı bakımından, yürürlükte olduğu dönemde, Roma Sözleşmesi'nde (m.15) ve günümüzde Roma I Tüzüğü'nde (m.20), atf reddedilmiştir. Bunun gerekçesi, atfın, hukukî kesinliği önleyecek olmasıdır⁷⁵⁸.

Türkiye ise, iş sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair kanunlar ihtilâfi kuralları içeren çok taraflı bir milletlerarası sözleşmeye taraf değildir.

⁷⁵² WILDERSPIN, The Rome Convention, s. 126; GAMILLSCHIEG/Franzen, agm.,222.Bu durumda bu görüşe göre, Roma I Tüzüğü madde 8/3'deki hüküm ancak iş, bir devletin egemenliği altında olmayan bir yerde yerine getiriliyorsa uygulanabilir hâle gelmektedir. LIUKKUNEN, age., s. 117.

⁷⁵³ KRAMER, Larry, "Return of the Renvoi", 66/4, New York University Law Review, 1991, s. 980; DOLINGER, agm., s. 241-242; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 57-58; DOĞAN, Milletlerarası, s. 143.

⁷⁵⁴ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 113.

⁷⁵⁵ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 118-119.

⁷⁵⁶ BRIGGS, age., s. 17; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 71. Bu yönde Türk doktrininde, TEKİNALP, Gülören, "Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve <En Yakın İrtibatlı Hukuk> Uygulaması", Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, s.450, (En Yakın İrtibatlı Hukuk); TEKİNALP, age., s. 41. İsviçre hukukunda ise genel bir hükümlerle düzenlenen IPRG m.14'de atf bütün alanlarda ve bütün boyutlarıyla reddedilmiştir. TURHAN, s. 132.

⁷⁵⁷ DOLINGER, agm., s. 407.

⁷⁵⁸ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 89.

Ülkesellik esasından hareket eden ve devlete ait menfaatlerin vurgulandığı yaklaşımlarda, atfın reddedilmesi eğilimi daha güçlüdür⁷⁵⁹. İş sözleşmeleri ise bu eğilimin en fazla tartışıldığı alanlardan biridir.

2675 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrası atıf konusunda, “*uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının, başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde, bu hukukun maddî hükümleri uygulanır*” hükmünü içermekteydi. Buna göre, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarınca, yabancı bir hukuk yetkili olduğu takdirde, bu yabancı hukukun, kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılacağı; yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili görmesi hâlinde, bu hukukun iç maddî hukuk kurallarının uygulanması öngörülmüştü. Bu hüküm, hâkime takdir yetkisi vermemekteydi ve bütün hukukî ilişkiler için kabul edilmişti⁷⁶⁰.

Genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukukta⁷⁶¹, özel olarak iş sözleşmelerinde, tarafların, hukuk seçimi yapması durumunda, seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanacağı bir başka deyişle atfın reddedildiği kabul edilmektedir⁷⁶². 2675 sayılı Kanunun döneminde, seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanmasına yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktaydı ancak doktrinde bu durumda atfın reddedildiği görüşü hâkimdi⁷⁶³.

MÖHUK m.2/3 ve 2/4 atfa ilişkin hükümlerdir. Buna göre, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının, başka bir hukuku yetkili kılması; sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınacaktır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır⁷⁶⁴. Ayrıca hukuk seçimine imkân verilen hâllerde, taraflarca açıkça

⁷⁵⁹ KRAMER, agm., s. 997-1002. Bu tespit için Türk doktrininde, GÖĞER, Bağlama Kuralları, s. 7; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 124.

⁷⁶⁰ DOĞAN, Milletlerarası, s. 150.

⁷⁶¹ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 87.

⁷⁶² NOMER/ŞANLI, age., s. 154; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 126; TEKİNALP, age., s. 43.

⁷⁶³ TEKİNALP, Hukuk Seçimi, s. 30; ÇİLİNGİRLİOĞLU, age., s. 112; AKINCI, age., s. 70; NOMER/ŞANLI, age., s. 154.

⁷⁶⁴ Kanun Gereğesinde, kişinin hukuku ve aile hukuku alanı dışında atfın reddedilmesi, uygulamada mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorlukların dikkate alındığı ifade edilmektedir. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.2/4). Bu hükme göre, hukuk seçimine izin verilen hâllerde taraflar, atfın uygulanabilirliğini kabul edebilirler.

Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ve dolayısıyla özel bir hüküm bulunmadığı için iş sözleşmelerinde, atfı reddedilmiştir⁷⁶⁵. En sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayan objektif bağlama kurallarının, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin yerine getirilmiş olacağı ve atfa yer olmayacağı ifade edilmektedir⁷⁶⁶.

Oysa, objektif bağlama kuralının, esnek olamayan yöntemlere göre düzenlendiği durumlarda, zayıf tarafın korunması amacına hizmet etme, atfın kabul edilmesiyle elde edilebilir⁷⁶⁷.

İşçinin asgarî korunması amacı için, atfı tüm dereceleriyle kabul edilmeli ve hâkime, asgarî korumanın sağlandığına ikna olduğu noktada atfı kesme konusunda takdir yetkisi tanınmalıdır⁷⁶⁸. Böylece hâkim, diğer yandan yabancı hukuku kendisini yetkisiz saydığı bir alanda uygulamayarak, yabancı hukukun gerçek niteliğini ve kendi hukukunun uygulama alanını belirleme hakkını da inkâr etmemiş olacaktır⁷⁶⁹.

bbb. Asgarî Koruma Kuralına Dair Öneri

İş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m.27/1'de düzenlenmiş olan asgarî koruma kuralının daha açık bir şekilde kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca hukuk seçimi bulunmaması durumunda uygulanacak hukuku tespit eden objektif kuralların hepsinin asgarî koruma kuralı kapsamına alınması gerekir.

⁷⁶⁵ NOMER/ŞANLI, age., s. 158-159.

⁷⁶⁶ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 125. Bu yönde yabancı doktrinde ayrıntılı olarak bkz. KRAMER, agm., s. 1043.

⁷⁶⁷ GÖĞER, Bağlama Kuralları, s. 71; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 87. Atfın kabul edilmesiyle, devlet menfaatinin dikkate alınması için bir esneklik sağlama özelliğinin bulunduğu yönünde yabancı doktrinde görüş için bkz. SYMEONIDES, age., s. 73.

⁷⁶⁸ Hâkime bu konuda takdir yetkisi verilmesine karşı olan görüşe göre, sonucu belirsiz bir kaos yaratacağı için hâkime takdir yetkisi tanınmamalıdır. Bu yönde, ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 136.

⁷⁶⁹ SEVİĞ, age., s. 116. Türk doktrininde atfı bütün dereceleriyle kabul edilen bu görüşe göre, üçüncü devletten daha uzaklara gitmek gerekiyorsa çekinmeden gidilmelidir. Çifte atfı, atfın reddi, geri çevirme gibi durumlarla karşılaşırsa, bunlar da hukuk güvenliğinin sağlanması adına gözönünde bulundurulmalıdır. SEVİĞ, age., s. 121.

Kanaatimizce, MÖHUK m.27/1'in, "İş sözleşmeleri, hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun sözleşmeyle bertaraf edilemeyen maddî hukuka dair emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir" şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu. Ancak yakın zamanda yeni bir Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kabul edilemeyeceğinden ve mevcut düzenlemeye ilişkin bir değişiklik önerisi de bulunmadığından, 27. maddeyi uygulayacak olan makamların, önerimizi dikkate alması temennisindeyiz.

ccc. Alternatif Bağlama Kurallarının Her Bir Olayın Özelliğine Göre Seçilmesi Yoluyla İşçinin Korunması Önerisi

Genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukukta, çürütülebilir karinelerin bulunmasının, öngörülebilirliği zedelediği buna karşılık çok esnek ve genel düzenlemelerin ise mahkemelerin, *lex fori*'nin uygulanmasına yönelik eğiliminin önünü açacağı, tartışılmaktadır⁷⁷⁰.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen objektif bağlama kuralının, işçinin korunmasını, her olayda destekleyen bir mekanizma olmadığı, işçiyi daha çok koruyan bir hukukun uygulanmasını her zaman sağlamadığı uygulamada ve doktrinde de bazı yazarlarca ortaya konulmuştur⁷⁷¹.

Doktrin ve uygulama da göstermektedir ki, özel bağlama kuralının sağladığına inanılan korumanın işlevsiz kaldığı durumlarda, yeni bağlama kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu da mevcut kuralın işlememesi hâlinde⁷⁷², daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına başvurulması önerisidir⁷⁷³. Oysa taraflarla ve sözleşmeyle irtibatlı ve

⁷⁷⁰ LANDO, Scandinavian Conflict of Law Rules, s. 23-24.

⁷⁷¹ LANDO, ECC Convention, s. 212; DE BOER, agm., s. 32. Yazar, bu metodun, sadece, uygulanacak hukuk, bizimki gibi benzer veya aynı bir maddî politikayı yansıttığında işlediğini vurgulamaktadır. DE BOER, s. 33. Doktrinde diğer bir görüşe göre, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair objektif bağlama kuralı, özünde emredici kurallar ilkesine nazaran yakınlık ilkesinin üstünlüğünün bulunduğu bir düzenlemedir. DOLINGER, agm., s. 407.

⁷⁷² LANDO, ECC Convention, s. 212.

⁷⁷³ GAMILLSCHEG, agm., s. 314-315; DE BOER, agm., s. 51-52.

koruyucu özel hukuk kuralları bulunan bir devletin hukuku zaten baştan sözleşmenin uygun hukuku olarak çoktan tespit edilebilmiş olmalıdır⁷⁷⁴.

Diğer yandan, işin mutaden yerine getirildiği yerin göz önüne alınması, işçinin ediminin karakteristik edim olarak kabul edildiğini göstermektedir. Fakat birbiriyle ikame edilebilir işçiler ile kıyaslandığında, işverenin endüstriyel faaliyetlerinin değeri ve aldığı risk gözönüne alındığında, söz konusu sözleşmesel ilişkide, işverenin faaliyetleri de bir o kadar karakteristik kabul edilebilir.

Sadece işin mutaden yapıldığı yer hukukunun bağlama noktası olarak tercih edilmesinin, işçinin korunmasını yeteri kadar sağlamadığı LANDO ve LIPSTEIN tarafından da savunulmuştur⁷⁷⁵. Bu görüşe göre, bu yetersiz koruma yerine, genel olarak zayıf tarafın korunduğu sözleşmeler, “onları düzenlemede en fazla menfaati olan ülkenin hukuku tarafından idare edilir” şeklinde daha geniş bir şekilde düzenlemelidir⁷⁷⁶.

SZÁSZY tarafından önerilen kanunlar ihtilâfi kuralı⁷⁷⁷, LANDO'ya yakın bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Katıldığımız bu görüşe göre, iş sözleşmeleri için işin yapıldığı yer hukuku, iş sözleşmelerine genel olarak uygulanmalıdır. *Lex laboris generalis*'e ek olarak ve onun uygulanmasını sınırlamaksızın, çeşitli iş sözleşmelerinin her birinin kendine has niteliğinin değerlendirilebilmesi için, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, *lex laboris speciales* olarak tespit edilmelidir. Yazarın önerdiği özel iş sözleşmesi kanunlar ihtilâfi kuralları şu şekildedir:

1- İş sözleşmesi a) çalışma saatleri bakımından çeşitli ülkelerde yapılmaktaysa veya b) çalışma saatleri bakımından hangi ülkede yapıldığı tespit edilememişse veya c) sadece geçici

⁷⁷⁴ LANDO, Rules in the Conflict of Laws, s. 523.

⁷⁷⁵ LANDO, ECC Convention, s. 212. Hatta, kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları üzerinde “hokkabazlık” yapmanın daha iyi bir hukuku meydana getirmeyeceğini ifade edilmektedir. LIPSTEIN, agm, s. 5.

⁷⁷⁶ LANDO, ECC Convention, s. 213.

⁷⁷⁷ SZÁSZY, agm., s. 11-23.

nitelikteyse, işverenin ikametgâhı veya onun binası veya merkezinin bulunduğu yer hukuku, *lex loci delegationis* uygulanır⁷⁷⁸.

2- İş sözleşmesinin, ilişki içinde olduğu iş hukukuna göre, konusu, işin denizde veya iç nehirdaki gemide veya uçakta yerine getirmesi ise, geminin bayrak ülkesinin hukuku veya uçağın kayıtlı bulunduğu ülkenin hukuku veya geminin ya da uçağın sicil yeri hukuku,

3- İşçinin idarî veya kilit bir pozisyonu bulunmaktaysa, işverenin ikametgâhı veya onun binası veya merkezinin bulunduğu yer hukuku⁷⁷⁹,

4- İşçi ticarî temsilciyse, serbest çalışan tacirse ve kendi nam ve hesabına çalışmaktaysa, işverenin ikametgâhı veya onun binası veya merkezinin bulunduğu yer hukuku, serbest çalışan tacir değilse *lex loci laboris* uygulanmalıdır.

5- İşveren, yabancı bir devlet başkanıysa veya diplomatik veya konsüler dokunulmazlığı veya muafiyeti olan bir kişi ise ve işçi de onunla aynı vatandaşlığa sahipse, tarafların ortak vatandaşlıkları hukuku,

6- İşveren, yabancı bir devlet veya devlet yetkilisiyse ve işçi bu devletin vatandaşı veya resmî çalışanıysa, işveren Devletin veya yetkili biriminin hukuku⁷⁸⁰,

7- İş ilişkisi, evli taraflar arasındaysa, tarafların ortak ikametgâhı veya ortak mutad meskeni,

8- İşveren, mahallî tacirse ve örneğin işveren, dahili taciri, geçici olarak bulunması için yurt dışına göndermişse, tarafların ortak vatandaşlığı hukuku,

9- Hâlin icabına göre, 1-8. bentler arasında yer alan ne *lex loci generalis* ne de *lex loci speciales* uygulanabiliyorsa, son çare olarak, yargısal uygulamada başvurulması zorunluysa, *lex loci contractus* uygulanmalıdır.

⁷⁷⁸ Doktrinde işyerinin belirsiz olduğu işçilere uygulanacak hukuka ilişkin olarak aynı yönde görüş için bkz. GAMILLSCHEG, agm., s. 323.

⁷⁷⁹ Aynı yönde görüş için bkz. GAMILLSCHEG, agm., s. 323.

⁷⁸⁰ Doktrinde, işverenin bir devlet olması durumunda, aynı yönde görüş için bkz. GAMILLSCHEG, agm., s. 32. Ancak yazar, önerilen bağlama kuralına bir de istisna getirmektedir. İşin yapıldığı yer hukuku, işveren devletin iş hukuku ile karşılaştırıldığında işçinin daha lehine ise, işin yapıldığı yer hukuku uygulanmalıdır. GAMILLSCHEG, agm., s. 32.

Lex loci generalis ile *lex loci speciales*'in bu şekilde, alternatif olarak formüle edilmesiyle⁷⁸¹, işçi için aranan asgarî korumanın ve menfaatler dengesinin sağlanması için, iş ilişkisinin somut olaydaki özelliğine göre, çeşitli bağlama kuralları arasında, hâkime, bir serbesti sağlanmış olacaktır⁷⁸².

Sonuç olarak, kanaatimizce, MÖHUK m.27 düzenlenirken, günümüzün karmaşık iş ilişkilerinde, işin mutaden yapıldığı yer hukuku (*lex laboris generalis*) yanında, her bir iş ilişkisinin kendine özgü özelliklerinin gözetildiği, alternatif bağlama kuralları (*lex laboris speciales*), bunların uygulanmasında hâkime takdir yetkisi tanınarak düzenlenebilirdi. Ne yazık ki kısa zaman içinde, yeni bir kanunun kabulü öngörülememektedir ve mevcut düzenlemeye dair bir değişiklik önerisi bulunmamaktadır. MÖHUK m.27'yi uygulayacak olan makamların, mevcut düzenlemenin, günümüzün karmaşık iş ilişkilerinde yetersiz kaldığı durumlarda, önerimizi dikkate alması temennisindeyiz.

ddd. İş Sözleşmesinin Varlığı ve Maddî Geçerliliğini İdare Eden Hukukun

Tayinine Dair Öneri

Genel olarak sözleşmelerin varlığına veya maddî geçerliliğine uygulanacak hukuk, o sözleşme geçerli olsa idi uygulanacak hukuka tâbidir⁷⁸³. Bir iş sözleşmesi, maddî olarak geçerli olmadığında ya da bulunmadığında, özellikle işçi belirli bir süre çalışmışsa, onun haklarının ne olacağı tartışması gündeme gelmektedir. Bazı ülkelerde, çalışıldığı kadar

⁷⁸¹ Korunmak istenen taraf için daha iyi olan hukuk bulununcaya dek diğer bağlama noktalarının bulunduğu basamakları dikkate almak, tümüyle iç hukuka ait bir uyumsuzlukta, daha az korunmasına rağmen, bir milletlerarası unsurun elde edilmesi sebebiyle, bir tarafa daha fazla koruma sağlanmasının adaletsiz olduğu eleştirisine uğramaktadır. DE BOER, agm., s .35. Ancak önerdiğimiz bağlama kuralı, bütün bağlama noktalarını alternatif olarak sıralamamakta, her bir iş sözleşmesinin kendine has irtibatlarının dikkate alınmasına ve böylece işçi için her zaman daha lehine olan hukukun değil, “asgarî” korumayı sağlayan hukukun tespit edilmesine hizmet etmektedir.

⁷⁸² *Forum*'un doğrudan uygulanan kuralları ise kanunlar ihtilâfî kurallarını düzenleyen kanunların ya da diğer düzenlemelerin içinde hüküm altına alınmış olsun olmasın, zayıf tarafın korunması sonucunu doğursun doğurmasın, çalışma hayatındaki barışın korunması ve devletin ekonomik, siyasal, sosyal ve hukukî düzeninin devamı için zaten kendiliğinden uygulanacaktır. DE BOER, agm., s. 58-59.

⁷⁸³ LIBLING, F.David, “**Formation of International Contracts**”, 42, *Modern Law Review*, 1979, s. 170.

işçinin ücrete hak kazanacağı öngörülmekte; bazen de işçinin, geçerli olmayan iş sözleşmesindeki hükümlere yine de dayanabileceği kabul edilmektedir⁷⁸⁴.

Türk hukukunda, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir (MÖHUK m.32/1). Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır (m.32/2)⁷⁸⁵. İrade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanması, bir anlamda yakınlık ilkesinden vazgeçilmesi olarak yorumlanmaktadır⁷⁸⁶.

Doktrinde, taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olup olmayacağını, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki hâl ve şartlara göre değerlendirilmesi gerektiği ve değerlendirilecek bu davranışın, hukukî ilişkiye ait bir beyan değeri taşıması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸⁷.

İş sözleşmesinin varlığı ve maddî geçerliliğine uygulanacak hukuk da, bu konuda özel bir hüküm bulunmadığı için, genel olarak sözleşmelerin varlığı veya maddî geçerliliğine uygulanacak düzenlemelere tâbidir⁷⁸⁸. Buna göre, bir iş sözleşmesinin varlığı ve maddî geçerliliği de, o iş sözleşmesi geçerli olsaydı, hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ MORGENSTERN, age., s. 69.

⁷⁸⁵ Gerek Roma Sözleşmesi, gerekse Roma I Tüzüğü'ne göre bir sözleşmenin veya sözleşmedeki herhangi bir hükmün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir. Ancak rızanın varlığının sözleşmenin geçerli olması hâlinde uygulanacak hukuka göre belirlenmesinin makul olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılıyorsa, taraflardan biri iradesinin olmadığını mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna göre ileri sürebilir. FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 744-745.

⁷⁸⁶ DOLINGER, agm., s. 408.

⁷⁸⁷ Bu bağlamda, sözleşmenin hükümlerine veya sözleşmenin feshi veya sözleşmeden rücu gibi sözleşmenin bağlayıcı unsurlarına ilişkin konular bu fıkranın kapsamında değildir. NOMER/ŞANLI, age., s. 326.

⁷⁸⁸ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 270.

⁷⁸⁹ DOĞAN, İş Akdi, s.125. Yabancı doktrinde bu tespit için, MORGENSTERN, age., s. 69; LANDO, ECC Convention, s. 212.

32. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hükmün, sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia eden tarafı korumak amacıyla getirilmiş olduğu belirtilmiştir⁷⁹⁰. Doktrinde diğer görüşe göre, söz konusu tarafın bu korunmadan yararlanmak için sözleşmenin diğer tarafına oranla zayıf durumda olması şartının aranması gereklidir⁷⁹¹. Bu görüşe göre, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk hakkında bilgisi bulunmayan tarafın aynı zamanda sözleşmenin zayıf tarafı olması yönünde daraltıcı yorum yapılmalıdır⁷⁹².

İş sözleşmeleri açısından da taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak bu düzenlemedeki bağlama noktasını, iş sözleşmeleri için, işçinin mutad meskeni ve işverenin işyeri olarak yorumlamak gereklidir.

Bir iş sözleşmesinin varlığı ve maddî geçerliliğinin, o iş sözleşmesi geçerli olsa idi uygulanacak hukuka göre tespit edilmesinde; işçinin işini mutaden yerine getirdiği işyeri ülkesinin hukukunun emredici kuralları, iş sözleşmesinin varlığı ve maddî geçerliliği için de işçiyi koruyucu işlevini yerine getirmektedir.

İşçinin veya işverenin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağının anlaşılması hâlinde, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden işçi ve işveren için sadece mutad mesken hukukunun uygulanması, iş sözleşmelerinde aranan asgarî koruma politikası bakımından özel bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Nitekim, Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Tasarısında, iş sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin olarak özel bir düzenleme önerilmiştir. Tasarıya göre, iş sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğinin şartları, iş sözleşmesinin yapıldığı yer

⁷⁹⁰ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 270.

⁷⁹¹ PERÇİN- ERSEN, Gizem, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında “Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği”, MHB, Yıl:28, S.1-2, 2008, s. 60.

⁷⁹² PERÇİN-ERSEN, agm., s. 63.

hukukuna tâbi olmalıdır. Tarafların özgürlüklerini kısıtlayan veya bazı kayıtları geçersiz kılan hükümler, işverenin sınaî, ticarî veya sanat merkezinin veya ikametgâhının bulunduğu yer veya işin yapıldığı yer hukukuna tâbidir⁷⁹³.

Kanaatimizce, irade beyanının varlığına rızası bulunmadığını iddia eden işveren için, mutad meskeni yerine işçiyi işe aldığı işyeri hukuku veya işin mutaden yerine getirildiği ülkenin hukuku önerilebilir. Bunun yanında, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden işçi için durum ikiye ayrılarak incelenmelidir:

Birinci durum, iş sözleşmesine, işin mutaden yerine getirildiği ülkenin hukukunun uygulanmasıdır. İşçinin davranışına hüküm tanınmasının, işin mutaden yerine getirildiği ülkenin hukukuna tâbi kılınması, hakkaniyete uygun olmayacaksa; işçinin mutad meskeni, millî hukuku veya işverenin işçiyi işe aldığı işyeri hukukunun, işçiyi koruyucu emredici hükümlerinden işçinin en lehine olan seçilmelidir. Böylece, işçi için amaçlanan asgarî koruma yerine getirilebilir.

İkinci durum, iş sözleşmesine, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin veya Türk hukukunda işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasıdır. İşçinin davranışına hüküm tanınmasının, işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin veya esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi kılınması, hakkaniyete uygun olmayacaksa; işçinin mutad meskeni, millî hukuku veya işin mutaden yapıldığı yer hukukunun, işçiyi koruyucu emredici hükümlerinden yine işçinin en lehine olan seçilmelidir.

II. Uygulanacak Hukukun Bağlama Kuralları Aracılığıyla Tayinini ve

Uygulanmasını Engelleyen Kurallar

Hem milletlerarası hem de millî düzeyde, işçinin korunmasının, uygulanacak hukukun, emredici hükümleriyle sağlandığı görülmektedir. Buna ek olarak, doğrudan uygulanan kurallar, uygulanacak hukukun bağlama kuralları aracılığıyla tayinini

⁷⁹³ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szász.*

engellemektedir. Ayrıca kamu düzeni istisnası, işçinin korunması ilkesinin işlevli bir şekilde uygulanması için bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Doğrudan Uygulanan Kuralların Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Pek çok hukuk sisteminde, hukuk seçimiyle veya objektif bağlama kurallarıyla bertaraf edilemeyecek doğrudan uygulanan kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tespit edilen yetkili hukuk dikkate alınmaksızın uygulanmaktadır⁷⁹⁴.

İş sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlanması, işçiye asgarî bir koruma sağlamaktadır. Diğer yandan mahkemeler, tarafların hukuk seçimini dikkate almadan *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarını da uygulayabilir. Hatta belirli durumlarda, yabancı doğrudan uygulanan kurallar da gözönüne alınabilir⁷⁹⁵. Bu yabancı doğrudan uygulanan kurallar, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları olabileceği gibi iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları da olabilir⁷⁹⁶.

Doğrudan uygulanan kurallar, niteliği gereği, kanunlar ihtilâfi kuralı dikkate alınmaksızın, uygulanan kurallardır⁷⁹⁷. Bu noktada doğrudan uygulanan kuralların, iki amacı

⁷⁹⁴KUNDA, Ivana, **Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation**, Rijeka 2007, s. 21.

⁷⁹⁵ EBRAHIMI, age., s. 297.

⁷⁹⁶ KUNDA, age., s. 171. İş sözleşmelerinde benimsenen asgarî koruma kuralının, doğrudan uygulanan kurallarla desteklenmesini belki de WINTER'in ifadesiyle değerlendirmek gerekmektedir. Yazara göre, sözleşme özgürlüğünün sınırları (uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünün sınırları), -mahallî – emredici hükümler tarafından belirlenmemiştir. Bu, uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü üzerinde çok fazla sınırlayıcı olacaktır. Kamu düzeni tarafından da belirlenmemiştir. Bu da çok geniş olacaktır fakat “uluslararası olaylarda bile feda edilmemesi gereken çok önemli sosyal bir işleve sahip olan emredici kurallardan oluşan acil bir kategori” tarafından belirlenmiştir. İngilizce çeviri için bkz. HARTLEY, agm., s.357, (naklen).

⁷⁹⁷ PHILIP, Allan, “Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law”, in **Multum Non Multa Festschrift Für Kurt Lisptein Aus Anlass Seiness 70 Gebustutages**, Heidelberg 1980, ed. by FEUERSTEIN, Von Peter/ PARRY, Cilve, s.242, (Mandatory); GUEDJ, G.Thomas, “The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories”, 39, AJCL, 1991, s.662; VISCHER, General Course, s. 153; BONOMI, Andrea, “Mandatory Rules in Private International Law”, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 219, (Mandatory Rules); LIUKKUNEN, age., s. 128; CHONG, Adeline, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, 2, J.Priv. Int'l L., 2006, s.31.

vardır. Birincisi, “devletin kendisine ait menfaatleri koruma” amacıdır. İkincisi, “devletin korumak istediği özel menfaatleri koruma”⁷⁹⁸ amacıdır.

Devletin kendisine ait menfaatlerini korumak, devlet organizasyonunun bekasını garanti eden temel yapıları temin etmek anlamına gelmektedir⁷⁹⁹. Devletin korumak istediği özel menfaatleri koruyarak, ulaşılmak istenen sonuç ise yine ülkenin ekonomik ve politik menfaatlerinin korunmasıdır⁸⁰⁰. FRANCESCAKIS'den, MAYER'e ; BATTIFOL'den LAGARDE'a kadar, pek çok yazar, doğrudan uygulanan kuralların, kolektif bir menfaati koruma amacını vurgulamıştır⁸⁰¹.

Bu kuralların özelliği, uygulama alanına giren bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilâfi kuralı dikkate alınmaksızın, mahkemelerin bu kuralları uygulamasını gerektirmesidir⁸⁰². Türk hukukunda, MÖHUK m.6 ve m.31'de yer alan kurallar, doğrudan uygulanan kurallardır.

Doğrudan uygulanan kurallar, millî ekonomik sistemi korumak ve devletin sosyal, ekonomik ve politik hedeflerini desteklemek için getirilmiş olabilir. Rekabete, kartellere, kamulaştırmalara, döviz kontrolüne, vergilere, cezaî şartlara ilişkin hükümler buna örnek olarak gösterilebilir⁸⁰³. Özel menfaatleri koruyan doğrudan uygulanan kurallar ise, taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözmekten çok özellikle sözleşmeler hukuku alanında, kişi gruplarını

⁷⁹⁸ CHONG, agm., s. 31. Bunlardan ilki “*eingriffsnormen*” olarak ifade edilmekte, ikinci kategori için ise “*parteischutzvorschriften*” terimi kullanılmaktadır. BONOMI, Andrea, “**Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts**”, 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 294, (Overriding Mandatory Provisions).

⁷⁹⁹ *Retatement II* kapsamında devlet menfaatinin tahlili için ayrıntılı olarak bkz. MENEKŞE, Ayhan, “**Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu**”, Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, 529 vd.

⁸⁰⁰ VISCHER, General Course, s. 184; LANDO, Ole, “**Mandatory Rules and Ordre Public**” in **Angleichung des Materiellen und des Internationales Privatrechts**, ed. by. LANDO, Ole/MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 99, (Mandatory Rules); KUNDA, age., s. 151.

⁸⁰¹ GUEDJ, agm., s. 682; EBRAHIMI, age., s. 271; KUNDA, age., s. 150.

⁸⁰² WATT, M. Horatia/ RADICATI DI BROZOLO, G. Luca, “**Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World**”, 6, International Law FORUM Du Droit International, 2004, s. 90; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 731.

⁸⁰³ PHILIP, Allan, “**Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**”, 49, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1980, s. 130, (The EC Convention); EBRAHIMI, age., s. 277-279; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 291.

koruyarak yine millî ekonomik sistemi koruma amacını taşımaktadır⁸⁰⁴. Tüketici, iş, sigorta, kira sözleşmelerine ilişkin bazı düzenlemeler bu kategori içindedir⁸⁰⁵.

1. Forum'un Doğrudan Uygulanan İş Hukuku Hükümlerinin Tespiti

Forum'un doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK'ta, "Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları" başlıklı 6. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.

Madde 6'da sözü edilen kurallar, *forum*'un kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmaksızın, doğrudan doğruya uygulanmaktadır⁸⁰⁶. Bu gibi kuralların, *for* ülkesinin dahilî menfaatlerini koruduğu kabul edilmektedir⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ PHILIP, The EC Convention, s. 130; FAWCETT, agm., s. 60; VISCHER, General Course, s. 184; EBRAHİMİ, age., s. 281; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 292.

⁸⁰⁵ EBRAHİMİ, age., s. 282. Bu kuralları tanımlama görevi, kanun koyucuya veya yürürlükte olduğu dönemde, Roma Sözleşmesi'ni uygulayan mahkemelere verilmişti. Bu dönemde, doktrinde, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer önemli menfaatlerini korumayı amaçlayan kamu hukuku nitelikli kurallar olarak tanımlanmıştı. VERHAGEN, age., s. 144. Doğrudan uygulanan kurallar, "Üstünlüğü Olan Emredici Hükümler" başlığı altında, Roma I Tüzüğü'nde tanımlanmıştır. Buna göre, "uluslararası emredici kurallar, sosyal, ekonomik veya politik organizasyonda, kamu menfaatinin korunmasında, bir ülke tarafından çok önemli olduğu kabul edildiği için riayet edilen, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanacak hukuk göz önüne alınmaksızın, uygulama alanına giren herhangi bir durumda, uygulanan hükümlerdir". Bu tanımda, bir ülkenin, sosyal, ekonomik veya politik organizasyonu için çok önemli kabul edilme bakımından, bir menfaat kriterinden hareket edilmiş, buna karşılık, sözleşmeye uygulanacak hukuk göz önüne alınmaksızın uygulanma bakımından ise üstünlük kriterinden yararlanmıştır. KUNDA, age., s. 147; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 289. Türk hukukunda, MÖHUK m. 31'in madde Gereğesinde, doğrudan uygulanan kuralların benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, "Bunlar, ilişkide mevcut yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın uygulanan "genel kamu menfaatine" ilişkin oldukları kabul edilen kurallar olup, politik, sosyal, toplumsal ve ekonomik alanlardaki devlet politikasını aksettirirler". 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

⁸⁰⁶ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 13; AYGÜL, agm., s. 266; SARGIN, age., s. 248; ERTEN, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007, s. 253; DOĞAN, Milletlerarası, s. 186.

⁸⁰⁷ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 141. Bu tespit için yabancı doktrinde, LANDO, Ole, "New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts" 30, AJCL, 1982, s. 33, (Conflict of Laws of Contracts); HAY, Peter, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", 226/1, Rec. Des. Cours, 1991, s. 381; LIUKKUNEN, age., s. 129; KUNDA, age., s. 150.

Asıl sorun, hangi iş hukuku hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceğini yorumlamaktır. Bu gibi hükümleri tanımlayan açık düzenlemeler bulunmamaktadır ve bu görev mahkemelere bırakıldığı tespiti daha zordur.

İş ilişkisi hakkındaki maddî hükümlerinin hepsi ilk bakışta doğrudan uygulanan kural gibi görünmektedir ancak iş sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kuralların tespitinde, irade muhtariyetinin ve en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının, sözleşmelere uygulanacak hukukun temel ilkesi olduğu unutulmamalıdır⁸⁰⁸. Mahkemeler, bu temel ilkeye riayet etmek zorundadır ve bu ilke doğrultusunda, doğrudan uygulanan kuralların sadece özel istisnaî niteliğini gözönüne almalıdır⁸⁰⁹.

Doğrudan uygulanan kuralların güçlü niteliği ve amacı nedeniyle, uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanmalarının zorunlu olduğu⁸¹⁰ ve bunun önemi olduğu söylenmektedir. Bu özelliği onun kamu menfaati ile olan güçlü bağından ileri gelmektedir⁸¹¹.

Diğer bir deyişle, doğrudan uygulanan kurallar, toplumun kamu menfaatini harekete geçirmekte veya güçlü şekilde korumaktadır⁸¹². Buna göre, bireylerin menfaatlerini koruma işlevi veya sözleşmenin tarafları arasındaki dengeyi kurma amacı tek başına bir hüküm, doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmede yeterli değildir⁸¹³. Dolayısıyla iş hukuku hükümleri, her zaman için hem bireysel menfaatleri hem de kamu menfaatlerini korumayı seçebilir⁸¹⁴.

⁸⁰⁸ Doktrinde, Roma Sözleşmesi'nin 7/2. maddesinin, bir anlamda, Sözleşme'nin temel amacı olan kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarını yeknesaklaştırmasına ters düştüğü belirtilmektedir. Diğer yandan, Sözleşme'nin geniş uygulama alanı karşısında, taraf Devletlere esneklik ve istisnalar tanınması gerekliliği yönünde, PHILIP, *Mandatory*, s. 245.

⁸⁰⁹ Bu yönde yabancı doktrinde, HORLACHER, *agm.*, s. 179; LIUKKUNEN, *age.*, s. 130.

⁸¹⁰ TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallar*, s. 79.

⁸¹¹ BONOMI, *Mandatory Rules*, s. 232.

⁸¹² DOLINGER, *agm.*, s. 309; LIUKKUNEN, *age.*, s. 130.

⁸¹³ NOMER/ŞANLI, *age.*, s. 187-189; DOĞAN, *Milletlerarası*, s. 187. Aynı yönde yabancı doktrinde, VISCHER, *General Course*, s. 154; LEIN, *agm.*, s. 407. Özellikle Alman İş Mahkemelerinde, sadece sözleşmenin taraflarından birini koruma amacı, yabancı hukukça idare edilen bir iş sözleşmesine Alman iş hukukunun hükümlerini uygulamak için yeterli bir neden değildir. VERHAGEN, *agm.*, s. 144.

⁸¹⁴ LIUKKUNEN, *age.*, s. 130.

Bu kapsamda kamu menfaati tanımlanmalıdır. Başlangıç olarak, iş hukuku, zayıf tarafı koruma ihtiyacından gelen genel bir amaçla harekete geçirilen kamu menfaatini koruduğu için, büyük oranda emredicidir. İş hukuku hükümleri, kamu düzeni kuralları (*lois d'ordre public*)'gibi karakterize edilmiştir⁸¹⁵. Böyle düşünülecek olursa, kamu menfaati her zaman emredici iş hukuku kurallarına iliştilerilebilir⁸¹⁶. Yani kamu menfaatini koruyan bütün kuralların, doğrudan uygulanan kural kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, bunlar kamu hukuku hükümleri değildirler ama bir kısmının kamu düzenini ilgilendirdiği ileri sürülebilir⁸¹⁷. Fakat bu hükümlerin kamu düzenini ilgilendirmeleri, onların özel hukuk hükmü olma niteliklerini kaybettirmez⁸¹⁸.

Burada ulaşılan kamu menfaati tanımı, kamu ve özel hukuk kuralları arasındaki geleneksel ikilik değildir⁸¹⁹. Bu ikilik, uygulanacak hukukun tayinindeki temel önemini yitirmiştir ve asıl olarak, her bir iş hukuku kuralı, bir kamu hukuku “özüne” sahiptir⁸²⁰.

Kamu menfaati tanımının, iş hukuku ve onun amaçlarının arkasındaki politika üzerinden bir noktada toplanarak yapılabilmesi mümkün değildir. Bunun belirgin örneği çalışma saatlerinde görülmektedir. Çalışma saatleri düzenlemeleri, kamu menfaatini sağlamaktadır. Ancak bu düzenlemenin bazı parçaları, geniş ölçüde tarafların menfaatine hizmet etmektedir. İş saatlerine ilişkin hükümler, güçlü şekilde kamu menfaatini koruyan amaçlarla, işçinin korunmasına işaret etmektedir⁸²¹.

⁸¹⁵ GUEDJ, agm., s. 681, (dn.94); EBRAHIMI, age., s. 275.

⁸¹⁶ MORGENSTERN, age., s. 35.

⁸¹⁷ AKIN, Şefika, “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s. 100.

⁸¹⁸ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 901.

⁸¹⁹ Bu yönde yabancı doktrinde, GAMILLSCHEG, agm., s. 329; MARTINEK, agm., s. 251; EBRAHIMI, age., s.360; YAMAKAWA, agm., s. 361. Aynı yönde Türk doktrinde, EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 138; DOĞAN, Milletlerarası, s. 186. Doktrinde diğer görüşe göre, burada klâsik kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapılmalıdır. Kamu hukukuna ait ve işçiyi koruyan hükümler doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmalıdır. TEKİNALP, age., s. 405.

⁸²⁰ LIUKKUNEN, age., s. 130;EBRAHIMI, age., s. 275-276; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 175.Aynı tespit için Türk doktrinde, AKIN, agm., s. 101; NOMER/ŞANLI, age., s. 188.

⁸²¹ LIUKKUNEN, age., s. 131.

Doğrudan uygulanan kurallar özellikle buldukları hukuk sistemi için önemlidir. Bu bağlamda, bazı iş hukuku hükümleri, diğerlerinden daha emredici niteliğe sahiptir⁸²². Kanun koyucunun özel olarak önemli kabul ettiği bu maddî kurallara, idarî ya da cezaî yaptırımların eklenmesi bunun tipik örneğidir⁸²³.

Bu kurallar açık olarak bir sosyal amaca hizmet etmektedir ve açıkça güçlü kamu menfaatlerini harekete geçirmektedir⁸²⁴. O hâlde, bir iş hukuku düzenlemesi bu gibi bir amaç içerdiğinde, onun “*emredici niteliğinin güçlü olduğu*”, “*olağandan daha güçlü olduğu*” ve aynı zamanda “*kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet ettiği*” söylenebilir. Bu sırayla, bir hükmün, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceği söylenebilir⁸²⁵.

Bu noktada bir iş ilişkisinin tâbi olduğu kuralları, ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi, iş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinin bir parçası olarak oluşturduğu kurallardır ki bunlar genel sözleşme hukukunun bir parçasıdır⁸²⁶. Bu kuralların da bir kısmı iş ilişkisinin taraflarınca bertaraf edilemeyen millî emredici kurallardır ve işçinin dâva açarak veya diğer şikayet yollarını kullanarak haklarını ileri sürmesi için ayrılmış kurallardır. Kıta Avrupası hukukunda bu kurallar, özel hukukun bir parçası kabul edilmektedir⁸²⁷. Buna göre, işçinin borçları, özellikle işçinin taahhüt ettiği hizmeti yerine getirme borcu, sadakat yükümlülüğü, tehlike doğurucu davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, işverenin borçları, özellikle işçinin ücreti ve işçiye ödenmesi gereken diğer ödemeler, iş sözleşmesinin bir parçasıdır⁸²⁸.

⁸²² VAN EECKHOUTTE, agm., s. 175.

⁸²³ GAMILLSCHEG, agm., s. 296; LIUKKUNEN, age., s. 131; Türk maddî iş hukukunda bu tespit için, SÜZEK, age., s. 112.

⁸²⁴ AKIN, agm., s. 100.

⁸²⁵ Diğer bir deyişle, burada kamu menfaati, bu kuralların, emredici olarak, normal kapsamının ötesinde uygulanacağı amacına gönderme yapılarak, özel bir şekilde yorumlanmıştır. LIUKKUNEN, age., s. 131; KUNDA, age., s. 123. Türk doktrininde bu tespit için, DOĞAN, İş Akdi, s. 115.

⁸²⁶ BOGDAN, Labor Relations, s. 211; GAMILLSCHEG, agm., s. 295; MORGENSTERN, age., s. 36.

⁸²⁷ GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 215.

⁸²⁸ LÖWISCH, Manfred, “**Labor Law in Europe**”, 20, Ritsumeikan Law Review, 2003, s. 105. Türk doktrininde milletlerarası özel hukuk bakımından bu tespit için, DOĞAN, İş Akdi, s. 128-129; NOMER/ŞANLI, age., s. 333.

Diğer yandan, iş güvenliği⁸²⁹, çocukların, gebe kadınların ve özürli kişilerin korunması, doğum izni, azamî çalışma saatleri⁸³⁰, minimum ücretli tatil süresi⁸³¹, ayrımcılık yasağı, sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, sosyal güvenlik kuralları, yabancıların çalışma izinleri gibi temel öneme sahip olduğu kabul edilen kurallar⁸³², koruyucu kurallardır⁸³³ ve cezaî yaptırımlarla veya cezaî tedbirlerle desteklenmektedir⁸³⁴. Roma hukukundan bu yana bu kurallar kamu hukukunun bir parçası kabul edilmektedir ve *Anglo Sakson* ülkelerinde de bu kategori benimsenmiştir⁸³⁵.

Bu kurallar, işçinin korunması sonucuna ulaşmakla beraber, temelde, devletin ekonomik, siyasî ve sosyal barışının korunması amacına hizmet etmektedir⁸³⁶. Bu noktada, FRANCESKAKIS'in ortaya koyduğu, doğrudan uygulanan kuralların ayırıcı niteliği olan “örgütlenme” kıstası karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, “devletin temel örgütlenmesine” dair kurallar, kapsamına giren milletlerarası unsurlu uyumsuzluğa, doğrudan doğruya uygulanırlar⁸³⁷.

⁸²⁹ İşçi ve işveren arasındaki çalışma ilişkisinin varlığını korumak, işçinin işini güvence altına almanın, bunun sonucu olarak işverenin hizmet sözleşmesini feshetme hakkının sınırlandırılmasının, işçi kadar toplum çıkarları açısından da gerekli olduğu vurgulanmaktadır. ÇELİK, Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul 2003, s. 9-10.

⁸³⁰ MORGENSTERN, age., s. 75. Türk maddî iş hukukunda benzeri tespit için bkz. ÇELİK, age., s. 121 vd.

⁸³¹ MORGENSTERN, age., s. 75.

⁸³² TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 543.

⁸³³ GAMILLSCHEG, agm., s. 328; MORGENSTERN, age., s. 70; MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 123; ZIMMERMAN, M.James, “**The Overseas Private Investment Corporation and Worker Rights: The Loss of Role Models for Employment Standarts in the Foreign Workplace**”, 14, Hastings Int'l & Comp. L. Rev, 1990-1991, s. 610; MORSE, Case of Employment, s. 773; KREBBER, agm., s. 534; LÖWISCH, agm., s. 105; STEWART, Andrew/GREENE, Janey, “**Choice of Law and the Enforcement of Post -Employment Restraints in Australia**”, 31, Comp. Lab. L. & Pol'y J., 2009-2010, s. 322. Türk doktrininde bu tespit için DOĞAN, İş Akdi, s. 118.

⁸³⁴ MORGENSTERN, Evolution of Labour Law, s. 435; MORGENSTERN, Felice, “**Some Reflections on Legal Liability as a Factor in the Promotion of Occupational Safety and Health**”, 121/4, Int'l Labour Rev., 1982, s. 393-395, (Occupational Safety and Health); KREBBER, agm., s. 534.

⁸³⁵ BOGDAN, Labor Relations, s. 211; GAMILLSCHEG/FANZEN, agm., s. 213; EBRAHIMI, age., s. 272.

⁸³⁶ ULUOCAK, age., s. 172; CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 228; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 543. Türk maddî iş hukukunda bu tespit için bkz. SÜZEK, age., s. 291.

⁸³⁷ FRANCESKAKIS, Philippe, “**Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois**”, Revue critique du droit international privé, 1996, s.3, AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 141, (naklen).

Örneğin İş Kanunu'nda, işçilerin hayatı bakımından, tehlikeli iş güvenliği eksikliklerinin bulunması hâlinde, bir idarî yaptırım olarak, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması öngörülmüştür(m.79). Ayrım yapmama ilkesine aykırılık durumunda, idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir (m.99). Ayrıca ayrım yapılması, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine göre, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası gerektirmektedir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin, doğrudan uygulanan kurallar içinde değerlendirilmesi kural olmakla birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.2.2007 tarih ve 2007/32297 E. ve 2007/3272 K.⁸³⁸ ve 28.12.2006 tarih, 2006/19182 E. ve 2006/35138 K⁸³⁹. sayılı kararlarında, bu hükümlerin uygulanma koşullarının tespitinde, milletlerarası unsurun dikkate alınabileceğini göstermiştir. Kararlar, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması için aranan 30 işçi sayısının tespitinde, aynı işkolu işyerlerinde, yurt dışında çalışan işçilerin de bu sayıya dâhil edilmesinin kabul edilmesi yönündedir. Kararlar, İş Kanunu'nda, yurt dışında çalışanların dikkate alınmayacağına açıkça düzenlenmemiş olması ve işçi lehine yorum ilkesine dayanmaktadır. Kararlardan çıkarılacak sonuç, iş güvencesi hükümlerinin uygulanma koşulları bakımından, örneğin işçi sayısının tespiti bakımından, *for* hukukunun ilgili hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması; ancak bu koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, milletlerarası unsurun dikkate alınması, diğer bir deyişle ülkesellik anlayışının, işçi lehine esneyebilmesinin mümkün olduğudur. Bu kararı olumsuz yönde eleştiren görüşe göre, 30 işçi ölçütünün, işverenin yabancı ülkelerdeki diğer işçilerini hesaba katarak uygulanması, yasaların uygulama alanına ilişkin temel kural olan ülkesellik esasına aykırıdır⁸⁴⁰.

Asgarî ücrete, tatil ve bayram izinlerine, feshi ihbara, feshi ihbar sebeplerine, ikramiye ve tazminata ilişkin konuların, kamu menfaatiyle ilgili olduğu ve bu nedenle

⁸³⁸ 9. HD, 12.2.2007 tarih; 2007/32297 E. ve 2007/3272 K., Karar özeti için bkz. Çalışma ve Toplum, 2007/4, S.15, s. 328.

⁸³⁹ 9. HD, 28.12.2006 tarih, 2006/19182 E. ve 2006/35138 K. Karar özeti için bkz. www.kazanci.com.tr (s.z.t. 06.09.2010).

⁸⁴⁰ TUNCAY, Yabancı Hukukun, s. 186.

forum'un doğrudan uygulanan kurallarına dahil olacağı belirtilmektedir⁸⁴¹. Ancak iş hukukunun bu alanlarına, millî mahkemelerin her zaman aynı derecede etki tanımadığı görülmektedir. Örneğin Fransız ve İtalyan uygulamasında, feshi ihbar süreleri ve haksız işten çıkarmaya ilişkin hükümler, doğrudan uygulanan kural kabul edilmekteyken, Alman mahkemeleri haksız işten çıkarmaya dair hükümlerin her zaman doğrudan uygulanan kurallar olarak uygulanmayabileceğini ortaya koymaktadır⁸⁴². Asgarî ücret ise Fransa ve İtalya'da, genel olarak düzenlenmekteyken, Almanya'da toplu iş sözleşmeleri ile belirlenmesi esası kabul edilmiştir⁸⁴³. Alman mahkemeleri ayrıca, geçici çalışan işçilerin çalışma saatleri ve işyerinin devri hâlinde işçilerin haklarına ilişkin hükümleri de, iş sözleşmesinin taraflarının özel menfaatlerini dengelemeyi amaçladıkları gerekçesiyle, doğrudan uygulanan kural kabul etmemektedir⁸⁴⁴.

Hollanda uygulamasında ise, Hollanda'nın iş piyasasının bundan etkilenmesi şartıyla, haksız işten çıkarmaya ilişkin millî kuralların uygulanacak hukuku bertaraf edebileceği kabul edilmiştir⁸⁴⁵. Örneğin, *Sorensen v. Aramco* dâvasında⁸⁴⁶, dâvacı *Sorensen*, idare merkezi Texas'ta olan fakat Hollanda'da bulunan bir Amerikan şirketi olan *Aramco*'nun, ücreti dolarla ödenen işçisidir. İş sözleşmesinde, açıkça, Texas hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. *Sorensen* işten çıkarıldıktan sonra, Hollanda'da kalmaya karar vermiş; çalışma ve sosyal güvenlik işlemleri için başvurmuş ve haksız işten çıkarma nedeniyle eski işvereniye karşı dâva açmıştır. Mahkeme, kararında, *lex causae* ve doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişkiye değinmiştir. Haksız işten çıkarılmada işçinin menfaati kadar, Hollanda iş piyasasının da menfaati olduğunu vurgulamış ve Hollanda'nın doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmeyi idare eden yabancı hukuku bertaraf edeceğine karar vermiştir.

⁸⁴¹ MORGENSTERN, age., s. 74; EBRAHIMI, age., s. 282. Aynı yönde Türk doktrininde, NÖMER/ŞANLI, age., s. 333.

⁸⁴² MORGENSTERN, age., s. 86.

⁸⁴³ LÖWISCH, agm., s. 105.

⁸⁴⁴ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 341.

⁸⁴⁵ MORGENSTERN, age., s. 82.

⁸⁴⁶ H.R. 23 October 1987, Ned. Jur. 1988 no. 842. Karar özeti için bkz. DE BOER, agm., s. 60-61.

Bununla birlikte, toplu işten çıkarma ya da ekonomik gerekçelerle işten çıkarma, çalışma pazarının korunmasını gerektiren düzenlemelerdir ve iş sözleşmesine uygulanacak hukuktan bağımsız olarak işin yerine getirildiği ülkenin hukukunun uygulanmasını zorunlu kılmaktadır⁸⁴⁷. Kanaatimizce, Yargıtay 9. Hukuk dairesi'nin 2007 tarihli kararına paralel olarak, toplu işten çıkarma hükümlerinin uygulanma koşulları bakımından, örneğin işçi sayısının tespiti bakımından, *for* hukukunun ilgili hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması; ancak bu koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, milletlerarası unsurun dikkate alınması gerekir.

Sosyal güvenliğe ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural olup olmadığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.6.1989 tarih, 1989/10-316 E. ve 1989/411 K. sayılı Kararına⁸⁴⁸ konu olmuştur. Olayda, dâvacı işçi, Suudî Arabistan'ın Mekke Şehrinde, bu ülke vatandaşı olan Abdülaziz isimli kişinin taahhüt ettiği okul inşaatında çalışmaktayken, uğradığı trafik kazası sonucu, beden gücü kaybına uğramıştır. Uyuşmazlık, dâvacının, dâva sırasında yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında, sigortalı sayılıp sayılmayacağı, bunun sonucu olarak da, aynı Kanunun 11. maddesi kapsamında, olayın trafik iş kazası olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Sosyal Sigortalar Kurumu, olayın iş kazası sayılmayacağı sonucuna varmıştır. Ankara 5. İş Mahkemesi, 25.11.1987 tarih, 1987/690 Esas, 1987/1988 Karar sayılı kararında, olayın iş kazası olduğuna ve dâvanın kabulüne karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 17.3.1988 tarih, 1987/7383 Esas ve 1988/1655 sayılı Kararında, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir.

Yargıtay bozma kararında öncelikle işverenin, Suudî Arabistan vatandaşı olan Abdülaziz mi yoksa, aralarındaki sözleşmeye göre, işveren Abdülaziz adına, onun Mekke

⁸⁴⁷ GAMILLSCHEG, agm., s. 328; MORGENSTERN, age., s. 83-84. Örneğin İş Kanunu'nun 29. maddesinde, işyerinde çalışan işçi sayısına göre, belirtilen oranlardan fazla sayıda işçinin, bir aylık süre içinde işten çıkarılması toplu işten çıkarma kabul edilmektedir. SÜZEK, age., s. 555; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 775-782.

⁸⁴⁸ Karar özeti için bkz. YKD S. 16, Yıl:1990, s.179.

şehirindeki inşaat işyerinde çalıştırılmak üzere, ilgili mercilerin izinleriyle, resmî kanaldan Türk işçisi temin edip, göndermekle yükümlü bulunan Türk firması K... İnşaat ve Ticaret Ltd. Şirketi mi olduğuna karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. K... firmasının Suudî Arabistan'da işyeri bulunmamaktadır. Yargıtay, resmî yollardan ve ilgili mercilerin izniyle sadece işçi temin edilip gönderilmesinin, K... firmasını işveren kabul etmek için yeterli neden oluşturmadığına karar vermiştir. 506 sayılı Kanun'un, Türkiye dışında uygulanamayacağına ve bu nedenle dâvacının, Kanun'un 2. maddesi anlamında sigortalı sayılması ve 11. maddesi kapsamında olayın bir iş kazası kabul edilemeyeceğine karar veren Yargıtay; gerekçesinde, devletin hükümlerlik hakları nedeniyle, 506 sayılı Kanun'un, ülke dışında uygulanamayacağına dayanmıştır.

Yeniden yapılan yargılama sonunda, ilk derece mahkemesinin önceki kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel kurulu, temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, önce, iş sözleşmesinin, dâvacı Türk vatandaşı işçi ile Suudî Arabistan vatandaşı Abdülaziz arasında yapıldığını tespit etmiştir. Buna göre, dâvacı, Suudî Arabistan'a gitmeden önce, Türkiye'de sigortalı olarak değişik işyerlerinde çalışmıştır. Dâvacı, Suudî Arabistan'daki okul inşaatı işyerinde çalışmak üzere iş sözleşmesi yaptığı sırada, K... şirketinin, Türkiye'deki işçisi değildir. Kazanın, dâvacı işçinin, Suudî Arabistan vatandaşı Abdullah adına tescilli minibüsle, şantiyeden Mekke şehrine gelmekteyken gerçekleştiği ve dâvacının bu kazada, yaralanarak meslekte kazanma gücü kaybına uğradığı belirtilmiştir.

Bu belirlemelerden sonra Hukuk Genel Kurulu, taraflardan en az birisinin yabancı tâbiyetli olması, işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması açısından olayda kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun bulunduğu dikkati çekerek karar tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğini belirtmiştir. 2675 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre öncelikle, Türkiye ve Suudî Arabistan Krallığı arasında, bu konuda

milletlerarası bir sözleşmenin bulunmadığının tespitinden sonra, 24. maddenin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Bu tespitten sonra, 24. maddenin uygulanması koşullarını inceleyen Hukuk Genel Kurulu, tarafların aralarındaki sözleşmenin 18. maddesine göre, ihtilâflarda, Suudî makamlarının yetkili olduğu ve Suudî hukukunun uygulanacağı, bu mümkün olmazsa, ikinci planda Türk makamlarının yetkili olacağı ve Türk kanunlarının uygulanacağı konusunda anlaşığına dikkati çekmiştir. Bu nedenle 2675 sayılı kanunun 24.maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak bir hukuk seçimi yapıldığını kabul etmiştir⁸⁴⁹. Hukuk Genel Kurulu, bir an için aksi düşünülse bile, 2675 sayılı Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borcun ifa yerinin Suudî Arabistan olduğunu ve bu devlet hukukunun uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.

Uygulanacak hukukun, Suudî Arabistan hukuku olduğunu böylece tespit eden Hukuk Genel Kurulu, sosyal güvenliğe ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural olduğunu, Suudî Arabistan'daki işyerinde görülen hizmetler için Suudî sosyal güvenlik hükümlerinin uygulanması gerektiğini, K.. firmasının işveren kabul edilmesi hâlinde bile, iş yabancı ülkede ifa edildiği için, 506 sayılı Kanunun, Türk millî sınırları içinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ve Kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabileceği gerekçesiyle, direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun söz konusu kararı Türk doktrininde farklı yorumlara neden olmuştur.

Yargıtay kararına katılan görüşe göre, hizmetin ifa edildiği yer yabancı ülke ise, işçi Türk vatandaşı olsa bile, ülkesel nitelik taşıyan ve doğrudan uygulanan kural olan sosyal güvenlik mevzuatının uygulanması mümkün değildir⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ İş sözleşmesi ile diğer sözleşmeler arasında ayırım yapılmaksızın hukuk seçiminin değerlendirildiği bu kararda, 2675 sayılı Kanun döneminde iş sözleşmeleri konusunda özel bir hüküm bulunmadığı ve diğer sözleşmelerden ayrı tutulmamasına dayanılmıştır. TEKİNALP, age., s .400, dn. 213.

⁸⁵⁰ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 140-141. Yazara göre, Yargıtay kararında, ülkesellik kavramını kullanmasa da “506 sayılı Kanun, Türk millî sınırları içerisindeki işverenler ve Kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabilir” şeklindeki ifadeyle, ülkesellik esasını kastetmiştir. EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 140, dn. 102.

Doktrinde diğer bir görüŖe göre, karar, sonucu itibariyle doğru fakat gerekçe itibariyle yanlıŖtır. Bu görüŖe göre, içinde yabancılık unsuru bulunan bu olayda, en önemli normlar çatıŖması kuralı ülkesellik ilkesidir. Bu kural, devletlerin egemenlik haklarını ilgilendiren kuralların, kendi topraklarında meydana gelen tüm olaylara uygulanması anlamına gelmektedir⁸⁵¹. Yazar, ülkesellik prensibinin uygulanmasında dikkate alınacak bağlama noktalarını, ilgilinin ikametgâhı, çalışma yeri, işverenin ikametgâhı, iş merkezinin bulunduğu yer veya zararın meydana geldiği yer olarak saymakta; sosyal güvenlik hukukunda, temel kuralın sigortalının çalışma yeri olmakla birlikte, olaya göre, bazen işçinin oturma yeri, işveren firmanın merkezi veya sigortalının yakınlarının bulunduğu yerin de kabul edilebileceğini belirtmektedir⁸⁵². Ayrıca ülkesellik kuralının, ilgilinin millî hukukunun uygulandığı, kişisel ve yayılma prensipleri gibi bazı istisnalarının da bulunabileceğini vurgulayan bu görüŖ, Hukuk Genel Kurulu kararını, kamu hukukuna ait olan sosyal güvenlik hukukuna iliŖkin bir ihtilâfta, özel hukuka iliŖkin işlem ve iliŖkilerde uygulanması gereken 2675 sayılı Kanunun uygulanmıŖ olmasını olumsuz eleŖtirmektedir. Yazara göre, mahkeme, 2675 sayılı kanunun 24. maddesi uyarınca borcun ifa yeri hukukunun Suudî Arabistan olduğu gerekçesiyle değil, kamu hukukuna ait 506 sayılı Kanunun ülkesel niteliği nedeniyle dâvayı reddetmelidir⁸⁵³.

Kanaatimizce, bu olayda, kamu hukuku özel hukuk ayırımından hareket etmek ne kadar çözümsüzse, ülkesellik doğrultusunda gitmek de bir o kadar işlevsizdir. Günümüzde, doğrudan uygulanan kuralların, devletin korumak istediği özel menfaatleri koruyarak, yine kendi toplumsal ve ekonomik barıŖını devam ettirme amacı vurgulamaktadır. Bu noktada, eğer Türk vatandaŖı işçi, Türkiye'de ikâmet edecekse, sosyal korumadan yararlanamaması,

⁸⁵¹ TUNCAY, Can, “**Karar İncelemesi**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1990, C.4, S.2, s. 17, (Karar); 2675 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, ülkesellik ilkesi, kanunların genellik ve daimilik niteliklerine göre açıklanmıŖtır. Bu doğrultuda, kanunun amacı kişiyi korumak ise daimî olmalıdır ve ülke aşıcı olup uyuğu izlemelidir, eğer amacı genel yarar ise genel olmalıdır ve ülkesel olup ülkede bulunan herkese uygulanmalıdır. SEVİĞ, age., s. 14.

⁸⁵² TUNCAY, Karar, s. 17.

⁸⁵³ Ayrıca bu görüŖe göre, işverenin Türk olması hâlinde de, 506 sayılı Kanun ülke dışında uygulanamayacağı için sonuç deđiŖmeyecektir. TUNCAY, Karar, s. 18.

yine Türkiye'nin kamu menfaatinin etkileyecektir. Sosyal güvenlik hukukunda, temel kural sigortalının çalışma yeri olmakla birlikte, olaya göre, bazen işçinin oturma yeri, işveren firmanın merkezi veya sigortalının yakınlarının bulunduğu yerin de kabul edilebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, zayıf tarafın korunmasından ziyade, korunmaması durumunda, *for* ülkesinin kamu menfaatinin önemli ölçüde etkileneceğinden hareketle, dâvacının sosyal güvenceden yoksun bırakılmayacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak *forum*'un doğrudan uygulanan iş hukuku hükümleri tespit edilirken, kuralın maddî hukuka göre emredici ya da nisbi emredici niteliği değil, her bir kuralın, düzenleme politikası tespit edilmelidir⁸⁵⁴. Bu noktada aşağıdaki kriterlerden hareket edilmelidir.

- a- devletin, daha zayıf olan pazarlık gücünü destekleme ve böylece iş piyasası etkilerini rahatlatma politikası bulunup bulunmadığı,
- b- kuralın, işverenin devlete karşı olan sorumluluklarına ilişkin olup olmadığı,
- c- kuralın idarî ya da cezaî yaptırımlarla desteklenip desteklenmediği ve
- d- kuralın ülkesel uygulanırlığına ilişkin bir açıklama bulunup bulunmadığı⁸⁵⁵.

Dolayısıyla, zayıf taraf olan işçiyi koruma amacı, bir hükmü tek başına doğrudan uygulanan iş hukuku hükmü olarak nitelendirmede yeterli görülmemelidir. Aksi hâlde, her iş hukuku hükmü, işçiyi koruyucu bir “öze” sahip olduğundan, bu alanın kanunlar ihtilâfi hukuku içinden çıkarılması gerekecektir ki milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, bu, milletlerarası özel hukuk adaletini yerine getirmekten çok uzaktır.

2. *Lex Causae*'nin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi

Milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesine uygulanacak yetkili yabancı hukukun, doğrudan uygulanan kurallarının, iş sözleşmesine etkisi tartışılması gereken ikinci konudur.

⁸⁵⁴ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 340.

⁸⁵⁵ VAN EECKHOUTTE, agm., s. 175-178; YAMAKAWA, agm., s. 362.

Lex causae'nin doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmeyi idare eden hukukun bir parçası olarak uygulanacağını savunan yazarlardan bir kısmı, sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımaya ilişkin hükmün, *a contrario* yorumuyla bu sonuca ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, madem ki sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak belirli bazı şartlar altında mümkündür ve bu kurallar otomatik olarak uygulanmamaktadır; o hâlde, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları, uygulanacak hukukun bir parçası olarak, doğrudan doğruya uygulanmalıdır⁸⁵⁶.

Karşı görüşe göre, bir doğrudan uygulanan kural, bir devletin kültürel, politik, sosyo-ekonomik temellerine göre belirlenmektedir. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar, klâsik çok taraflı kanunlar ihtilâfi kurallarınca belirlenemez. Çünkü kanunlar ihtilâfi kuralları, sadece özel hukuk kurallarına işaret etmektedir⁸⁵⁷. Bu gerekçeye göre *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları, sadece sözleşmeyle irtibatlı olan devletin kurallarına etki tanıma altında uygulanabilir⁸⁵⁸.

MÖHUK'un 6. maddesi, sadece Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını ele almaktadır ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk doktrinde hâkim görüşe göre, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları, sözleşmeyi idare eden hukukun bir parçası olarak uygulanır⁸⁵⁹. Bu görüş uyarınca, tarafların seçimiyle ya da objektif bağlama yoluyla tespit edilen ve uygulanması gereken yabancı hukukun maddî hukuk kuralları ile bu kuralların içinde bulunan ve yabancı hukukun

⁸⁵⁶ Bu görüşe dair tartışmalar için bkz. KUNDA, age., s. 202.

⁸⁵⁷ Bu görüşün tespiti için bkz. KUNDA, age., s. 200.

⁸⁵⁸ HAY, agm., s. 382; VERHAGEN, agm., s. 135; KUNDA, age., s. 128.

⁸⁵⁹ AKIN, s. 100; DOĞAN, İş Akdi, s. 105; TİRYAKIOĞLU, Taşınır Mallar, s. 79; SARGIN, age., s. 248; NOMER/ŞANLI, age., s. 331; TEKİNALP, age., s. 362. Aynı yönde yabancı doktrinde, LANDO, Mandatory Rules, s. 100; BONOMI, Mandatory Rules, s. 234; LEIN, agm., s. 409; YAMAKAWA, agm., s. 354.

doğrudan uygulanma niteliği verdiği maddî hukuk kuralları arasında bir fark yoktur⁸⁶⁰ meğer ki bu kurallar *forum*'un kamu düzenine açıkça aykırı olsun⁸⁶¹.

Bu görüş doğrultusunda, yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları da diğer iş hukuku kuralları gibi iş sözleşmesine uygulanacaktır. Bu noktada uygulanan iş hukuku hükümlerinin doğrudan uygulanan kural niteliği, yetkili yabancı hukukun kendi değerlendirilmesine göre tespit edilmelidir⁸⁶². Ancak çeşitli iş hukuku sistemleri, hangi iş hukuku hükümlerinin doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olduğunu farklı kriterlere göre tespit etmektedir. Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse:

İsveç'te işçilerin dernek kurma özgürlüğü üzerine hükümler ve bir toplu iş sözleşmesi yapılırken görüşme hakkına ilişkin düzenlemeler, doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir. Sadece iş hukuku alanında değil, daha genel koruma amacı olan borçlar hukukunun bazı genel hükümleri, doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir⁸⁶³. Diğer yandan, milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri için, sosyal koruma sağlayan hükümler, İsveç'te ifa edilen bütün işlere uygulanabilir⁸⁶⁴.

Danimarka'da, Çalışma Koşulları Kanunu, kamu hukuku niteliklidir. Böylece bu kanunlardaki hükümler, Danimarka'da ifa edilen bütün çalışmalara uygulanacaktır⁸⁶⁵.

Almanya'da, milletlerarası iş hukuku alanındaki bu mesele oldukça geniş kapsamlı tartışılmıştır. Buna göre, iş hukuku alanında, sadece taraflar arasındaki menfaati değil, açıkça kamu menfaatini koruyan hükümler, doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir⁸⁶⁶.

Genellikle bireysel koruma sağlayan kurallar ile kamu menfaatini yerine getiren kurallar arasında açık ve kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Önemli olan kuralların amacıdır.

⁸⁶⁰ NOMER/ŞANLI, age., s. 332; TEKİNALP, age., s. 364; DOĞAN, Milletlerarası, s. 190; Benzer tespit için yabancı doktrinde, GUEJ, agm., s. 671; VISCHER, General Course, s. 167; LANDO, Mandatory Rules, s. 100; EBRAHIMI, age., s. 303; KUNDA, age., s. 170.

⁸⁶¹ KUNDA, age., s. 198; EBRAHIMI, age., s. 303. Bu tespit için Türk doktrininde, DOĞAN, Milletlerarası, s. 190.

⁸⁶² PHILIP, Mandatory, s. 248.

⁸⁶³ LIUKKUNEN, age., s. 139.

⁸⁶⁴ LIUKKUNEN, age., s. 139.

⁸⁶⁵ LIUKKUNEN, age., s. 140.

⁸⁶⁶ DOĞAN, İş Akdi, s. 106-107.

Alman iş hukukunda, EGBGB m.34 alanındaki emredici kurallar, Alman iş hukukundaki emredici kuralların küçük bir parçasıdır⁸⁶⁷.

Alman doktrini, Alman iş hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının ayrıntılı bir listesini vermektedir⁸⁶⁸. Bunlar: işçi temsilcilerini haksız işten çıkarmalara karşı koruyan kurallar, işçileri toplu işten çıkarmalara karşı koruyan kurallar, hamile kadınlar ve özürlülerin haksız işten çıkarılmalarına karşı kurallar, doğum izinlerinde, işverenin işçiye ek ödeme yapması yükümlülüğüne ilişkin kurallar ve işçinin hastalığı sırasındaki ücret ödeme koşullarına ilişkin kurallardır. Ayrıca İşçilerin Gönderilmesi Hakkında Kanunun bazı hükümleri doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir⁸⁶⁹.

Sonuç olarak, bir bütün olarak ele alındığında, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen iş hukuku hükümleri için millî iş hukuku sistemlerinin hepsinde geçerli bir kriter getirmek imkânsızdır. Yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının da diğer iş hukuku hükümleri gibi milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesine uygulanacağı açıktır. Ancak *lex causae*'nin hangi hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak ele alındığının tespiti, her bir yabancı iş hukuku sisteminin kendi nitelendirmelerine göre ve uyumsuzluk konusu iş ilişkisine göre yapılmalıdır.

⁸⁶⁷ LIUKKUNEN, age., s. 140.

⁸⁶⁸ Örneğin EICHENHOFER, iş hukuku alanında, doğrudan uygulanan kurallar kavramının bir tanımını yapmaya çalışmıştır. Yazara göre, bu kurallar, toplumun temel politik değerlerini garanti altına alma amaçındadır. Dahası bu kurallar kamu otoritelerince idare edilmektedir ve sözleşmenin tarafları bu kurallardan sapamazlar. Yazar, Almanya'nın doğrudan uygulanan iş hukuku hükümlerine örnek olarak şu kuralları sıralamaktadır: işyeri sağlığı ve iş güvenliği kuralları, günlük ve haftalık çalışma saatleri, çocukların, gençlerin, kadınların, hamile kadınların, özürlülerin korunması, tatillere ilişkin bütün hükümler, işteki çalışma saatleri, asgarî çalışma koşulları ve asgarî ücret. Yazara göre, kamu otoritelerince idare edilmedikçe, işçinin haksız işten çıkarılmasına ilişkin konularda, işçinin korunmasına ilişkin kurallar, doğrudan uygulanır değildir. Ona göre resmî ve kamusal olarak idare edilebilir olmadığı için toplu iş sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulanan kural değildir. Yazarın vasıflandırması spesifik değildir ve iş hukuku normlarının, doğrudan uygulanır nitelikli kabul edilmesinde kesin şartlar getirmemektedir. LIUKKUNEN, age., s. 140, (naklen).

⁸⁶⁹ Örneğin Kanun'un 1 ve 7. maddelerinde çalışma süresi ve koşullarına ilişkin kurallar ve ayrımcılıktan kaçınmaya ilişkin kurallar, doğrudan uygulanan kural kabul edilmektedir. LIUKKUNEN, age., s. 141.

3. İş Sözleşmesiyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin, diğer ülkelerde etkilerinin bulunması ve bu etkilerin taraflar veya bu ülkelerin kendisi için önemli kabul edilmesi; sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin menfaatlerinin dikkate alınması anlamına gelecektir⁸⁷⁰. Diğer bir deyişle, sözleşmeye irtibatlı üçüncü devletin, doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasında, *for* devleti kadar, tarafların ve yabancı devletin de bu kuralların uygulanmasındaki menfaati araştırılmalıdır⁸⁷¹. *Forum*'un ya da *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları kadar, iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının da bireysel iş sözleşmesi üzerinde etkisi olabilir.

Genel olarak, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, Türk hukukunda, MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır⁸⁷².

MÖHUK m.31, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını ele almaktadır fakat onlara etki tanınmasını zorunlu kılmamaktadır⁸⁷³. *Forum*, bu kurallara etki tanıyıp tanımamaya karar verirken, bu kuralların yapısı, amaçları ve uygulandıkları veya uygulanmadıkları durumda ortaya çıkan sonuçları dikkate alacaktır.

⁸⁷⁰ CHONG, agm., s. 35.

⁸⁷¹ BONOMI, Mandatory Rules, s. 237; ERKAN, Mustafa, “**MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**”, GÜHFD, C.XV, Yıl:2011, S.2, s. 92.

⁸⁷²31.maddenin ilk cümlesinde, “etki tanımak” kabul edilmekteyken, ikinci cümlede “uygulayıp uygulamamaktan” söz edilmesi, doktrinde yanıltıcı bir ifade olarak eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, taraflarca tayin edilmiş ya da objektif bağlama yoluyla belirlenmiş olsun, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının *lex causae* yerine uygulanması söz konusu olamaz. NOMER/ŞANLI, age., s. 328. 2675 sayılı Kanun döneminde, “*etki tanıma*” ile “*uygulanma*” arasındaki farklılık konusunda ayrıntılı olarak bkz. TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 270. 5718 sayılı MÖHUK m.31 kapsamında konuya ilişkin olarak bkz. BAYATA- CANYAŞ, F.Aslı, “**5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara 2009, s.160 vd.

⁸⁷³ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 273.

Sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma konusunda, MÖHUK'un aradığı koşullar, Roma I Tüzüğü'nden oldukça farklıdır⁸⁷⁴ ve uygulama alanı daha geniştir. Başlangıç olarak, bu devletin hukukunun, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olması gerekmektedir. İkincisi söz konusu kurallara etki tanıyabilmek için bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları, Türk hukukuna göre taraflardan birinin korunmaya değer menfaati için değerlendirilmeli ve etkinin kapsamı belirlenmelidir⁸⁷⁵.

Doktrinde, bu kurallara etki tanımada, özellikle, verilecek mahkeme kararının bu ülkede tanınması ve tenfizinin sağlanmasının bir ölçüt olabileceği önerilmektedir⁸⁷⁶. Aynı görüşe göre, 31. madde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisinin belirlenmesinin güçlüğü karşında, uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkumdur⁸⁷⁷.

Madde 31'in uygulama alanı, iş sözleşmeleri açısından, hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakterli olan iş hukukunun kendi özelliği nedeniyle daha önemlidir⁸⁷⁸. Bu noktada, iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımanın, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan maddî ilişkiyi kapsadığı ölçüde mümkün ve gerekli olabileceği ifade edilmektedir. Hatta işçinin korunması amacının yerine getirilebilmesi için bu hükmün iş sözleşmeleri bakımından özel bir önemi olduğu vurgulanmaktadır⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ Roma I Tüzüğü m.9/3'de, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları alanı daraltılmış ve sözleşmenin ifa yeri hukukunun veya ifa yeri hukuklarının doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bu doğrudan uygulanan kurallara, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılıyorsa etki tanınabileceği düzenlenmiştir. Türk hukuku ile olan farklılığa ilişkin olarak bkz. 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, Yıl: 28, S.1-2, 2008, s.170-171; BAYATA-CANYAŞ, agm., s. 164 vd; ERKAN, agm., s.113.

⁸⁷⁵ NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

⁸⁷⁶ NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

⁸⁷⁷ NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

⁸⁷⁸ NOMER/ŞANLI, age., s. 331.

⁸⁷⁹ WEINTRAUB, agm., s. 164-165; EBRAHIMI, age., s. 427-428.

Yabancı doktrinde, iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları için, pek çok hukuk sisteminde, işyeri güvenliğinin sağlanması sorumluluğundan, işyerinde yazılı sorumsuzluk ihbarıyla olsun, iş sözleşmesinde olsun, işverenin muaf tutulmasının yasaklaması örnek verilmiştir⁸⁸⁰. İşveren, bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse, haksız fiil sorumluluğu ya da işçilere karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Eğer bu kural işveren ile sözleşmesel ilişki içinde bulunmayan ve işyerinde bulunan herkes için getirilmişse, bu kişilere karşı, işyeri güvenliğini sağlama yükümlülüğünün, sözleşmenin gereken ifası veya sözleşmenin yerine getirilen ifasından ortaya çıktığını söylemenin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁸⁸¹.

Türk doktrininde, tatillerde ve resmî bayram günlerinde çalışma, azamî çalışma saatleri, küçükleri, gençleri ve kadınları çalıştırma yasakları, iş kazalarının önlenmesi ve risklerden korunma, pazar ekonomisine ait sebeplerle iş sözleşmesinin feshi, asgarî ücret ve ücretin güvence altına alınması, asgarî izin süresi, bazı özel şartların iş sözleşmelerinde hükümsüzlüğü, işletmenin çalışma düzeni veya örf ve adet hukukuna ait hükümler, iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü devletin hukukuna etki tanınabilecek alanlara örnek olarak gösterilmektedir⁸⁸². Örneğin iş sözleşmesine uygulanacak hukukun, taraflarca seçilen hukuk olması durumunda, işyeri hukukunun bu nitelikli hükümlerinin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁸⁸³.

Doktrinde, diğer bir görüşe göre, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, m.27'de öngörülen istisna kuralı, daha sıkı ilişkili bir hukukun uygulanmasını zorunlu kılmadığı için, sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin 31. madde, daha sıkı ilişkili hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması,

⁸⁸⁰ HARRIS, Jonathan, “**Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation**” in Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.313.

⁸⁸¹ Roma I Tüzüğü ile getirilen düzenlemenin bu noktada olumsuz eleştirisi için bkz. HARRIS, agm., s. 313.

⁸⁸² AKIN, agm., s. 101-102; NOMER/ŞANLI, age., s. 331-332.

⁸⁸³ AKIN, agm., s. 102.

problematik konuların çözümü için yeterli olduğu ölçüde, özel objektif bağlama kuralından bütünlüyle sapmayı önleyecek bir fonksiyona sahiptir⁸⁸⁴.

Kanaatimizce, m.31'in, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde özel önemi, özellikle işçinin, geçici olarak bir başka ülkeye gönderilmesinde ortaya çıkmaktadır⁸⁸⁵. İşin mutaden yapıldığı yer Türkiye'de ise; Türk hâkimi, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacak ancak iş sözleşmesiyle irtibatlı geçici olarak gönderilen yerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilecektir.

4. İdarî Makamlara Denetim Yetkisi Veren Kamu Hukuku Nitelikli Kurallar

Bir iş ilişkisinin hak ve yükümlülükleri, sadece iş sözleşmesinde değil, bazen toplu sözleşmeler bazen işyeri işçi temsilcileriyle işverenler, kimi zaman da işverenle ile hükûmet denetçileri arasındaki kamu hukuku karakterli düzenlemelerle belirlenmektedir⁸⁸⁶.

Kamu hukukuna ait hükümlerin uygulanması, milletlerarası özel hukukun kendine özgü adalet anlayışı ışığında değerlendirilmelidir. İskandinav ülkelerinde, merkez Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, genelde özel hukuk ile kamu hukuku arasında, kesin bir çizgi çizilmektedir⁸⁸⁷. Milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının, özel hukuk normlarının uygulamasını düzenlediği kabul edilmektedir⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ GÜNGÖR, Yakınlık, s. 245.

⁸⁸⁵ Aynı yönde Türk doktrininde, TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 544.

⁸⁸⁶ GAMILLSCHEG, agm., s. 329; SELWYN, age., s. 18-19; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 322. En gelişmiş hukuk sistemlerinde bile bu düzenlemelerin; yabancı işverenlerin, yabancı işçileri tarafından yapılan işleri kapsayıp kapsamadığı, işçi temsilcilerinin bir başka ülkedeki girişimin işçilerini temsil etme yetkisinin bulunup bulunmadığı ya da yabancı bir ülkede çalışan işçilerin, orijin ülkesindeki temsilcilerin seçiminde oy hakkının bulunup bulunmadığı belirsizdir. MORGENSTERN, Conflicts of Labour Law, s. 125. Ülkemizde, çalışma hayatının denetimi ve teftişinde, devlet yetkilidir. 5690 sayılı Kanun ile iç hukukumuzla aktarılmış olan, Sanayi ve Ticarete İş Teftişi hakkında 81 sayılı ILO Sözleşmesi'nin; iş teftişinin, merkezî bir makamın denetimi altında yapılacağına ilişkin 4. maddesine uygun olarak, Türkiye'de bu görev, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve diğer resmî mercilere verilmiştir. SÜZEK, age., s. 44; ÇELİK, age., s. 28.

⁸⁸⁷ BUURE- HÄGGLUND, agm.,s. 139; MORGENSTERN, age., s. 46; LANDO, ECC Convention, s. 208.

⁸⁸⁸ LANDO, ECC Convention, s. 209; KREBBER, agm., s. 514.

Bu ayrıma göre, maddî hukukta, iş hukukuna ilişkin düzenlemelerin önemli bir bölümünün, kamu hukuku karakterli ve ülkesel uygulanırlığı olduğu⁸⁸⁹ veya yayılma teorisinin bulunduğu benimsenmektedir⁸⁹⁰.

Özel hukuk kuralları genellikle, çok taraflı kanunlar ihtilâfi kurallarıyla düzenlenirken, kamu hukuku kurallarının tek taraflı kanunlar ihtilâfi kurallarından oluşmaktadır. Ancak, özel hukuk- kamu hukuku arasında kesin bir çizgi çizmek zordur⁸⁹¹ ve iş hukuku kurallarının çoğu her iki kategoriye yayılmıştır⁸⁹². Kanunlar ihtilâfi kurallarının kamu hukuku- özel hukuk kuralları olarak ayrılması, iş sözleşmeleri açısından zayıf bir fonksiyona sahiptir⁸⁹³.

Bazı yazarlar, özel hukuk ile kamu hukuku karakterli kuralları birbirinden ayırma yoluna gitmiştir. Onlara göre, emredici kamu hukuku hükümleri, tarafların sözleşmedeki pozisyonlarını etkilememektedir. Bu gibi hükümler, işteki güvenlik ve hijyenin yetkili makamlarca kaydedilmesi yükümlülüğüne ilişkindir. Kural olarak, ülkesellik prensibi, bu gibi düzenlemelerin uygulanmasına hizmet etmektedir⁸⁹⁴. Bazı millî iş hukuku düzenlemelerinde ülkesellik prensibinin aşıldığı uygulamalar da bulunmaktadır⁸⁹⁵.

Genel olarak, yabancı kamu hukukunun uygulanması yönündeki tutumlar yumuşamıştır. Örneğin IPRG m.13'de, *'Bu kanunun yabancı bir hukuka atfı, yabancı hukukun maddî ilişkiye uygulanabilecek bütün hükümlerini kapsar. Yabancı hukukun bir*

⁸⁸⁹ TUNCAY, Almanya, s. 6; TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 902.

⁸⁹⁰ BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 139; ESKO, age., s. 7; LIUKKUNEN, age., s. 147.

⁸⁹¹ ERKAN, agm., s. 91.

⁸⁹² SÜZEK, age., s. 40.

⁸⁹³ KREBBER, agm., s. 516; LIUKKUNEN, age., s. 148.

⁸⁹⁴ MORGENSTERN, *Conflicts of Labour Law*, s. 125; LIUKKUNEN, age., s. 148; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 131.

⁸⁹⁵ Örneğin Finlandiya'da işçilerin emekli maaşlarına ilişkin Kanun'un, belli şartlar altında, iş yabancı bir ülkede yapılmış olsa bile uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu şartlar, mutad meskeni Finlandiya'da bulunan işverenin Finlandiya vatandaşı olması veya şirketin ikametgâhının Finlandiya'da bulunması ve yabancı bir şirketin bağlı ortaklığı olmaması ve işçinin mutad meskeni nerede olursa olsun, Finlandiya vatandaşı olması veya işçinin mutad meskeninin Finlandiya'da bulunması ve yabancı ülkede geçici olarak bulunmasıdır. ESKO, age., s. 10.

hükümünün uygulanırılığı yalnızca ona kamu hukuku niteliğinin isnat edilmesiyle istisna edilemez.' hükmü yer almaktadır⁸⁹⁶.

Bir kamu hukuku hükmünün, özel hukuk esasını taşıyabileceği de değerlendirilmelidir⁸⁹⁷. Diğer yandan kamu hukuku özel hukuk ayrımı oldukça belirsizdir ve tartışmaya açıktır. Bu kriterin sistematik olarak kullanılıp kullanılmayacağı, uygulanacak hukukun tayininde, kesin olarak belirlenememiştir.

MÖHUK, özel hukuk ilişkilerine ele almaktadır ve kamu hukuku hükümlerinin uygulanmasına yönelik bir hüküm içermemektedir. Günümüze kadar, iş hukuku alanında özel hukuk- kamu hukuku ayrımı da pek ele alınmamıştır. Fakat bu konunun önemi, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında artmaktadır⁸⁹⁸.

Lex causae bakımından, uygulanacak hukuk alanının, aynı zamanda, kamu hukuku nitelikli kuralları da içerip içermeyeceği sorunu tartışılmalıdır. PHILIP'e göre, *lex causae*'nin bir parçası olarak yabancı kamu hukuku kurallarının uygulanması, istisna edilmiştir⁸⁹⁹. Örneğin A devletinin, fabrika müfettişi, A devletindeki işverenin, B devletinde çalışan işçilerinin iş sağlığı koşulları için denetim yapamaz⁹⁰⁰.

PHILIP'e göre, yabancı kamu hukuku kurallarının uygulanması, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma anlamında mümkündür⁹⁰¹ ancak uygulanacak hukukun bir parçası olarak yabancı kamu hukuku kurallarının uygulanması söz konusu

⁸⁹⁶ SIEHR, agm., s. 49; VON OVERBECK, E. Alfred, "The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law", 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 121.

⁸⁹⁷ PHILIP, The EC Convention, s. 130; ESKO, age., s. 7.

⁸⁹⁸ Roma I Tüzüğü'nde yer alan kurallarının, kamu hukuku nitelikli hükümlere de uygulanması görüşü genel olarak kabul edilmemektedir. Bazı yazarlar, geleneksel görüşten hareketle, Roma I Tüzüğü hükümlerinin sadece özel hukuk karakterli hükümlere uygulanacağını söylemektedir ve yabancı kamu hukukunun uygulanmasını kapsam dışı tutmaktadır. LIUKKUNEN, age., s. 149. Fakat karşı görüşler de ileri sürülmüştür. KREBBER, agm., s. 515; DORSSEMONT, Filip, "Labour Law Issues of Transnational Collective Action – Comparative Report", in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/JASPERS, Teun/VAN HOEK, Aukje, Oxford 2007, s. 257-260.

⁸⁹⁹ PHILIP, The EC Convention, s. 130.

⁹⁰⁰ Aynı yönde, ESKO, age., s. 11; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 213.

⁹⁰¹ PHILIP, Contracts of Employment, s.259; PHILIP, The EC Convention, s.131.

olamaz⁹⁰², çünkü kanunlar ihtilâfi kuralları, kamu hukuku kurallarının *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulamasını sağlamamaktadır⁹⁰³.

Bazı yazarlar, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasını, *forum*'un, yabancı ülkenin hukukunda yer alan kamu hukuku hükümlerini dikkate alabileceği şeklinde yorumlamıştır⁹⁰⁴. Bu görüşün *a fortiori* yorumlanması, *lex causae*'nin kamu hukuku hükümlerinin uygulanmasıyla aynı olacaktır. Bu argüman, *Giuliano-Lagarde* raporuna dayanmaktadır⁹⁰⁵. Buna göre iş hukuku alanında uygulanacak hukuk, kamu hukuku kurallarını da içermektedir. LANDO'ya göre, uygulanacak hukukun tayini anlamında, özel hukuk ve kamu hukuku nitelikli kurallar arasında yarım yapılmamaktadır⁹⁰⁶.

İş sözleşmeleri açısından, uygulanacak hukukun, kamu hukuku karakterli unsurları içerip içermediği önemsiz kalmaktadır. PHILIP'e göre bu sonuç, maddeden açıkça anlaşılmaktadır. PALSSON ise, asgarî koruma kuralı altında, kamu hukuku hükümlerinin uygulanmasına daha kuşkulu bakmaktadır. MAGNUS ise Giuliano –Lagarde Raporunu desteklemektedir⁹⁰⁷.

Bütün olarak bakıldığında, bir kuralın kamu hukuku veya özel hukuk niteliği taşıyıp taşımadığı önemsizdir. Öncelikle, kuralların niteliğine göre, yeknesak olarak, özel hukuk ile kamu hukuku arasında kesin bir çizgi çizmek imkânsızdır. İkincisi, kategorik bir ayırım yapmak MÖHUK'un uygulanması bakımından işlevli değildir. Bu ayırma vurgu yapmanın bir anlamı yoktur. Böylece *forum*, madde 27/1 veya madde 31 altında, bu kuralların niteliğine bakmadan, yabancı bir ülkenin kurallarını uygulayabilir⁹⁰⁸.

⁹⁰² PHILIP, Mandatory, s. 243.

⁹⁰³ PHILIP, Mandatory, s. 247.

⁹⁰⁴ BUURE- HÄGGLUND, agm., s. 145.

⁹⁰⁵ GIULIANO/LAGARDE, s. 19.

⁹⁰⁶ LANDO, Mandatory Rules, s. 105; LANDO, ECC Convention, s. 214. Aynı yönde, LIPSTEIN, agm., s. 10; SIEHR, agm., s. 50.

⁹⁰⁷ Giuliano- Lagarde Raporuna göre, emredici kurallar, aynı zamanda, Üye Devletlerin kamu hukuku hükümlerinde kabul edilen endüstriyel güvenlik ve hijyen hükümlerini de idare etmektedir. GIULIANO/LAGARDE, s. 18. Bu görüşe göre, EGBGB m.30'un altındaki koruyucu kurallar için, bu kuralların özel hukukun veya kamu hukukunun bir parçası olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu tartışmalar için bkz. LIUKKUNEN, age., s.150.

⁹⁰⁸ Yabancı doktrinde, bu yönde, LIPSTEIN, agm., s. 10; LIUKKUNEN, age., s. 150.

MÖHUK m.31, hiç olmazsa, kamu karakterli hükümlere etki tanınmasını yasaklamamıştır⁹⁰⁹. Bu yorum, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olsa bile, yabancı devletin kamu hukuku kurallarının uygulanmayacağı şeklindeki geleneksel yaklaşımın değişmeye başladığını ifade etmektedir⁹¹⁰.

Geleneksel görüşten hareket edilirse, sorun büyüyecektir çünkü kamu hukuku ile özel hukuk arasında yer alan gri alandaki hükümler giderek artmaktadır⁹¹¹. Kamu hukuku kuralları ile özel hukuk kuralları arasında ayırım yapmak, özellikle iş hukuku açısından çok zordur. Uygulamada bu gerekli de değildir. Bir kuralın kamu hukukunun mu özel hukukun mu bir parçası olduğunu vasıflandırmak önemli değildir çünkü her iki türlü iş hukuku kuralları, uygulanacak hukuktan sapma imkânı olarak değerlendirilecektir⁹¹².

Koruyucu kamu hukuku kuralları, genellikle, işverenin yükümlülüklerine yöneliktir. Örneğin, işverenin fabrika müfettişinin inceleme yapmasına izin vermesi yükümlülüğü ya da belirli işyeri sağlık standartlarının kontrol edilmesi gibi⁹¹³. Ancak bu yükümlülükler ve yasaklar işçinin yararınadır ve iş sözleşmelerini de etkilemektedir. Örneğin, günlük çalışma süresinin sekiz saatten fazla olamaması yasağı gibi⁹¹⁴.

Kamu hukuku nitelikli olduğu kabul edilen bir diğer alan, iş ilişkilerinde, toplu ilişkilerin bir parçası olan grevler ve lokavtlardır⁹¹⁵. Grev ve lokavt hakkı uyuşmazlığın

⁹⁰⁹ Bu tespit için yabancı doktrinde, LIPSTEIN, agm., s. 10. 2675 sayılı Kanun döneminde bu tartışma için, TİRYAKIOĞLU, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara 1997, s. 26, (Rekabet).

⁹¹⁰ TİRYAKIOĞLU, Rekabet, s. 34. Benzeri tespit için yabancı doktrinde, LIUKKUNEN, age., s. 149.

⁹¹¹ LANDO, Rules in the Conflict of Laws, s. 523.

⁹¹² LIUKKUNEN, age., s. 150.

⁹¹³ GAMILLSCHEG, agm., s. 329; Bu yükümlülük Türk maddî iş hukukunda da bulunmaktadır. Bkz. İş Kanunu, m.91-93.

⁹¹⁴ GAMILLSCHEG/Franzen, age., s. 226. Çalışma süresine ilişkin verilen bu örnek yayılma teorisinin her millî uygulamada aynı şekilde kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin Fin İş Konseyi, 511 sayılı kararında, Fin İş Saatleri Kanununun, ülke dışında ifa edilen işlere uygulanamayacağına karar vermiştir. Bunun yanında, işin ifa edildiği yer Finlandiya ise, yabancı bir işverenin yabancı işçilerine de bu kanunun uygulanabileceği kabul edilmektedir. ESKO, age., s. 7.

⁹¹⁵ VENTURI, Paolo, **“Italian Private International Law Report”** in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 332-333; HERGENRÖDER, C. Wolfgang, **“German Private International Law Report”** in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions**

ortaya çıktığı yerin kamu düzeniyle çok yakın ilişkilidir ve kural olarak bu alanda bir başka hukuk sistemini uygulamak söz konusu değildir⁹¹⁶.

Bu noktada bir grevin ya da lokavtın hukuka uygun olup olmadığına, şartlarına, grev ve lokavtın işçi ve işverenin hak ve yükümlülüklerine olan etkisine, hangi hakların ve yükümlülüklerin, askıda olacağı, hangilerinin devam edeceğine , grevde geçen sürenin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınıp alınmayacağına, grev süresinde, fesih bildirim sürelerinin işleyip işlemeyeceğine, tatil ve izinlere hak kazanılıp kazanılmayacağına ve grev ve lokavtın hukukî sonuçlarına, yasa dışı grevin, derhal ve tazminatsız fesih hakkı doğurup doğurmayacağına ilişkin uyumsuzluklar ülkeseldir⁹¹⁷.

Grev ve lokavtın, bireysel iş sözleşmelerine etkileri bakımından ise, kanunlar ihtilâfi sorunları gündeme gelebilir ve bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuka itibar edilmesi gerekir⁹¹⁸. Buna göre, işçinin daha lehine olan düzenlemeye öncelik verilmesi gerekmektedir⁹¹⁹. Örneğin, grevin yapıldığı ve büyük olasılıkla işin mutaden yapıldığı ülke hukukunda, greve katılma, katılmaya teşvik etme, karara katılma ve teşvik nedeniyle iş akdinin feshedilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmasına karşılık; tarafların bireysel iş sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukukta işçi lehine böyle bir düzenleme

from a Labour Law and Private International Law Perspective, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 312-313.

⁹¹⁶ PATAUT, Etienne, “**French Private International Law Report**” in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 300; HERGENRÖDER, agm., s. 318; VAN HOEK, Aukje, “**Private International Law Aspects of Collective Actions- Comparative Report**”, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 443.

⁹¹⁷ GAMILLSCHEG, s. 335; MORGENSTERN, *Conflicts of Labour Law*, s. 125; KREBBER, agm., s. 539; HERGENRÖDER, agm., s. 322.

⁹¹⁸ EVEN, Jozef, “**Dutch Private International Law Report**” in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.377.

⁹¹⁹ BOGDAN, *Labor Relations*, s. 219; MORGENSTERN, *Conflicts of Labour Law*, s. 125; MORGENSTERN, agm., s. 113; GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 229; PATAUT, agm., s. 305; VENTURI, agm., s. 349; EVEN, agm., s. 382.

bulunmuyorsa, grevin yapıldığı yer hukuku, asgarî koruma kuralı nedeniyle uygulanacaktır⁹²⁰.

Unutulmamalıdır ki grev ve lokavtın bireysel iş sözleşmelerine etkileri konusunda, asgarî koruma ilkesi, işvereni cezalandıracak boyutta işletilmemelidir. Örneğin işin mutaden yapıldığı yer hukukunda, grev süresince, işverenin ücret ve diğer sosyal yardımları ödemeyeceğine ilişkin bir kural; bireysel iş sözleşmesinde aksine bir seçim yapılmış olsa dahi, asgarî koruma ilkesine rağmen uygulanacaktır. Kanaatimizce burada, iş barışının korunması, işçinin bireysel menfaatlerinin korunmasından üstün tutulacak ve doğrudan uygulanan kural olarak, devlete ait menfaatlerin korunması amacıyla uygulanacaktır.

Sonuç olarak, iş sözleşmesini idare eden hukukun kamu hukuku kuralları, teorik olarak yabancı *lex causae*'nin bir parçası olarak da uygulanabilir veya aynı zamanda madde 27/1 ve 31 anlamında, doğrudan uygulanan kurallar olarak da uygulanabilir. Ancak uygulamada, iki devlet arasında bu konuda yürürlükte olan bir anlaşma bulunmadıkça, ne yetkili otoriteler, yabancı ülkede idarî denetim yapmaktadır ne de yerel yetkililer yabancı otoriteler adına ülkelerinde bu denetimi yapmaktadır⁹²¹. Kamu hukuku karakterli kabul edilen ve özellikle idarî denetimleri gerektiren bu düzenlemeler, işveren ve devlet arasındaki ilişkilerde yoğunlaşmaktadır. Bu koruyucu ilişkilerin, iş sözleşmelerine etkisi, bir özel hukuk özü taşımaktadır ve mümkün olduğunca uygulanacak hukukun bir parçası olarak değerlendirilmeye çalışılmalıdır⁹²².

⁹²⁰ BOUZOUMITA, Sammy, “**Belgian Private International Law Report**”, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 283.

⁹²¹ MORGENSTERN, age., s. 47; VISCHER, General Course, s. 151; KREBBER, agm., s. 539; GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 226; YAMAKAWA, agm., s. 367. Bu tespit için Türk doktrininde, TİRYAKIOĞLU, Rekabet, s. 25; SARGIN, age., s. 250.

⁹²² GAMILLSCHEG, agm., s. 330-331.

5. Objektif Bağlama Kuralına Göre Uygulanacak Hukukun Emredici

Kurallarının Asgarî Koruması ile Doğrudan Uygulanan Kurallar Arasındaki İlişki

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde, işçinin korunması ilkesinin bir gereği olarak, irade muhtariyetinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu noktada, tarafların hukuk seçimi yapmış olduğu milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesinde, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin işçiye sağladığı asgarî koruma ile doğrudan uygulanan kuralların birbirlerine göre etkisinin nasıl olacağı tartışılmalıdır.

Asgarî koruma kuralının uygulanmadığı hâllerde bile, *forum, lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarını her zaman uygulayabilir⁹²³. Buna göre, *forum*, sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulayabileceği bu kuralları, kendi hukuku, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuk olmasa dahi uygulayabilir. Doğrudan uygulanan kuralların işçinin korunmasını amaçlaması gerekmez⁹²⁴. Ayrıca, iş sözleşmesiyle yakın irtibatlı üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının bazı koşullarda uygulanması da mümkündür. Doğrudan uygulanan kurallar, asgarî koruma kuralının işlemediği noktada son çaredir. Asıl sorun, asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki çatışmanın nasıl değerlendirileceğidir.

a. Asgarî Koruma Kuralını Aynı Zamanda Doğrudan Uygulanan Kural

Kabul Eden Görüş

Bir görüşe göre, iş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kuralında, sözü edilen asgarî koruma kuralları; aynı zamanda doğrudan uygulanan kural kabul edilebilir⁹²⁵. Bu görüşe göre, doğrudan uygulanan kuralların hem kamu hukuku hem de özel hukuk niteliği olduğu kabul edilmektedir⁹²⁶. Bir kural bazı durumlarda doğrudan uygulanan kural olabileceği gibi,

⁹²³ DICEY/MORRIS, age., s. 1309.

⁹²⁴ DICEY/MORRIS, age., s. 1309; MORSE, Employment Contracts, s. 16.

⁹²⁵ LANDO/VON HOFFMANN/SIEHR, age., s. 18; BONOMI, Mandatory Rules, s. 233.

⁹²⁶ Bir hükmün emredici niteliği, ülkede mevcut olan hukuk kuralları ve uygulamaya göre belirlenmektedir. DICEY/MORRIS, age., s. 1307; BONOMI, Mandatory Rules, s. 233.

bazı durumlarda da olamaz. Bu yaklaşım, doğrudan uygulanan iş hukuku kurallarının bazı durumlarda; asgarî koruma kuralı altında kabul edilebileceği anlamına gelmektedir⁹²⁷.

Bu görüşe göre, çalışma saatleri, asgarî ücret, iş sağlığı ve güvenliği, grev hakkı, ihbar süreleri, haksız işten çıkarmaya karşı getirilen hukukî bütün olanaklar, iş kazaların için öngörülen tazminatlar, doğum izninden sonra işe iade hakkı, emekli aylığı kazanma hakkı, günlük, haftalık ve yıllık tatiller, cinsel ayrımcılık ve sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeler, hem asgarî koruma kuralı altında hem de doğrudan uygulanan kurallar olarak uygulanabilir⁹²⁸.

Örneğin, Güney Afrika İş Mahkemesi, 2005 tarihli *Parry v. Astral Operations*, kararında⁹²⁹, bu görüş doğrultusunda bir karar vermiştir. Dâvacı Güney Afrikalı işçi, Güney Afrikalı işveren için Malawi'de çalışmaktayken, haksız işten çıkarılma ve kıdem tazminatının ödenmemesi nedeniyle, Güney Afrika İş Mahkemesinde, dâva açmıştır. Mahkeme, haksız işten çıkarılmaya karşı işçinin korumasına ilişkin Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasal ilkelerini, bir yandan, asgarî koruma kuralları olarak tanımlamış, diğer yandan, “her ülke, kendi kamu hukuku kurallarını uygular ve bu kurallar otomatik olarak iş sözleşmesinin bir parçası kabul edilir” ifadesiyle, doğrudan uygulanan kurallar tanımını yapmıştır⁹³⁰.

Günümüzde, asgarî koruma kurallarını aynı zamanda doğrudan uygulanan kurallar kabul eden bu görüş, Roma I Tüzüğü'nde yer alan doğrudan uygulanan kurallar tanımını, sınırlayıcı bulmakta ve devletin özel menfaatleri ve daha çok zayıf tarafı korumak istediği kuralları bu kapsamdan çıkardığı için amacını aşacak denli sınırlayıcı ve kabul edilemez bulmaktadır⁹³¹.

⁹²⁷ VISCHER, Typical Performance, s. 29; LIUKKUNEN, age., s. 139; EBRAHIMI, age., s. 412; STONE, age., s. 321.

⁹²⁸ EBRAHIMI, age., s. 412.

⁹²⁹ *Parry v. Astral Operations*, 2005, 10 BLLR 989 (LC). Karar özeti için bkz. CALITZ, agm., s.12 vd

⁹³⁰ CALITZ, agm., s. 14.

⁹³¹ BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 293-294; FAWCETT/CARRUTHERS, age.,s. 739.

Türk doktrininde de bu görüşe yakın yazarlar bulunmaktadır⁹³². Asgarî koruma kurallarını, doğrudan uygulanan kurallar kabul eden bir görüşe göre; iş güvencesine ilişkin hükümlerin kamu düzeni niteliğinin bulunduğu, bu nedenle hem MÖHUK m.27/1 tanımına dahil olduğu hem de çalışan yerli de olsa yabancı da olsa, bu hükümlerin, onun aleyhine değiştirilemeyeceği, ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir⁹³³.

Asgarî koruma kuralında ifade edilen hükümleri, aynı zamanda doğrudan uygulanan kural kabul eden bir diğer görüşe göre, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler ve yasal greve ilişkin hükümler, hem emredici hükümlerdir, hem de doğrudan uygulanan kurallardır⁹³⁴.

Son olarak, asgarî koruma kuralını iki yanlı doğrudan uygulanan kural olarak tanımlayan görüşe göre; iş hukuku alanında bugün, işçiyi koruyucu hükümlere yer verilmiş ve bu hükümler açısından işin yapıldığı yer hukuku bağlama kriteri olarak kabul edilmiştir. Bu alandaki amaç ve kriter birliğinin iki yanlı bir doğrudan uygulanan kuralın kabulüne imkân tanıdığı söylenebilir⁹³⁵.

b. Asgarî Koruma Kuralı ile Doğrudan Uygulanan Kuralları

Birbirinden Ayıran Görüş

Diğer bir görüşe göre, asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar kesin olarak birbirinden ayrılmalıdır⁹³⁶. Bu ikinci görüşe göre, doğrudan uygulanan kurallar, kamu menfaatini korumaktadır ve her zaman işçinin korunması amacını taşıması gerekmez⁹³⁷.

⁹³² GÜNGÖR, Yakınlık, s. 241; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 365.

⁹³³ TUNCAY, Yabancı Hukuk, s. 185.

⁹³⁴ TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 161 (dn. 74). 2675 sayılı Kanun döneminde bu görüş için, ÖZKAN, age., s. 136-137.

⁹³⁵ ÖZDEMİR-KOCASAKAL, age., s. 66.

⁹³⁶ ANTON/BEAUMONT, age., s. 348; PLENDER, agm., s. 33; WILDERSPIN, The Rome Convention, s. 130; *Max Planck Comments*, s. 314; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 303, 333.

⁹³⁷ MANN, F.Alexander, “**Contracts: Effect of Mandatory Rules**” in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 35; MORSE, Employment Contracts, s. 16; VAN EECKHOUTTE, agm., s. 175; KUNDA, age., s. 153; POCAR, agm., s. 127;

Zayıf tarafı koruma amacı olan her emredici hükmün de kamu menfaatiyle ilgili olması gerekmez⁹³⁸.

Asgarî koruma kuralı ile işçinin korunması amaçlanmaktadır. Bu, en yakın irtibatlı hukukun dahilî emredici hükümleri demektir. Maddî iş hukukunda, bu gibi hükümler genellikle asgarî emredici niteliğe sahiptir fakat bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği her zaman kabul edilmemektedir⁹³⁹.

Öncelikle, en yakın irtibatlı hukukun dahilî emredici hükümleri, işçinin korunması amacını taşıyan hükümler olmalıdır⁹⁴⁰. Buna karşılık, *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının, işçiyi koruma amacı taşıması zorunlu değildir⁹⁴¹. Bu iş hukuku kuralları, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin akdî yapısını kurmamakta fakat millî kanun koyucu tarafından; devletin menfaatlerini iş ilişkileri alanında korumak için yürürlüğe konulmaktadır⁹⁴². Bu durumda, doğrudan uygulanan kurallar, işçinin daha lehine olmasa dahi uygulanabilir⁹⁴³.

Kritik kriter, kuralın, kamu menfaatini güçlü şekilde koruyup korumadığıdır. PHİLİP'in analizi, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını layıkıyla ele almaktadır. Ona göre, uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanan kurallar, her zaman kanunlar ihtilâfi kurallarının asgarî koruma kuralı kapsamında değildir. Kanun koyucu sadece bazı kuralları doğrudan uygulanır yapmıştır⁹⁴⁴. Diğer yandan, bu gibi düzenlemeler esnek olmalı ve istisnalara izin verilebilir olmalıdır⁹⁴⁵.

⁹³⁸ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 340.

⁹³⁹ LIUKKUNEN, age., s. 135.

⁹⁴⁰ POLAK, agm., s. 336.

⁹⁴¹ DICEY/MORRIS, age., s. 1309.

⁹⁴² POLAK, agm., s. 337.

⁹⁴³ MORGENSTERN, agm., s. 42.

⁹⁴⁴ PHILIP, Mandatory, s. 244; Benzer şekilde LORENZ'e göre, bir normun doğrudan uygulanan kural niteliği, normun kamu hukuku ya da özel hukuk karakterine ya da toplum menfaatlerine veya devletin iktisadî veya sosyal politikası sebebi ile çıkarılmış olmasına bağlıdır. DOĞAN, İş Akdi, s. 102, dn. 53, (naklen).

⁹⁴⁵ PHILIP, Mandatory, s. 244.

Daha çok Alman hukukunda etkilerini gösteren bu görüşe göre, EGBGB madde 30/1 ile madde 34 arasında kesin bir ayrım vardır. EGBGB m.30/1'in seçilen yabancı hukuk ile objektif esaslara göre uygulanacak hukuk arasında bir uygunluk karşılaştırması istediği fakat madde 34'de bu uygunluk karşılaştırmasının aranmadığı düşünülmektedir⁹⁴⁶.

Asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ayrım, Fransız hukukunda, işten çıkarmaya ilişkin hükümlerde görülmektedir. Fransız mahkemelerine göre, bu hükümler açıkça, Fransız işveren ile Fransız işçi arasında, işverenin işten çıkarma tazminatına ilişkin haklarını genişlettiği veya tazminat ödenmeksizin normal ihbar sürelerinden daha kısa ihbar süreleri konusunda anlaştıkları bir iş sözleşmesinin hükümsüz ve geçersiz olacağı anlamına gelen iç kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Diğer yandan bu kurallar, doğrudan uygulanan kural niteliği taşımamaktadır. Buna göre, iş sözleşmesinin geçerliliği yabancı bir hukuka tâbi olan bir Fransız işçi, otomatik olarak Fransız işten çıkarma düzenlemelerinin uygulanmasını bekleyemez⁹⁴⁷.

İkinci görüş doğrultusunda, iş sözleşmelerinde, asgarî koruma kuralının amacını yerine getirmek için, burada sözü edilen kuralların, sözleşmeyle bertaraf edilemeyen işçinin korunmasıyla ilgili kurallar olduğu kabul edilmelidir⁹⁴⁸. Dolayısıyla, asgarî koruma kurallarının, sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanmak zorunda olan, doğrudan uygulanan kurallardan olması zorunlu değildir⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ LIUKKUNEN, age., s. 135. Alman iş hukukundaki bir hüküm, hem objektif olarak uygulanacak hukukun emredici hükmü hem de madde 34 anlamında "*eingriffnorm*" kabul edildiğinde, madde 30/1 ile madde 34 arasında bir ihtilâf ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Ancak Alman doktrinindeki hâkim görüş, bu iki hükmün, her ne kadar uyumlu olmasalar da, birbirleriyle örtüşerek uygulanmasının mümkün olduğu yönündedir. LIUKKUNEN, age., s. 134. Yine de Alman doktrininde, *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarına, objektif esaslara göre uygulanacak hukukun emredici hükümlerinden biraz daha fazla öncelikli bakılmaktadır. LIUKKUNEN, age., s. 135. EGBGB m.34'ün uygulama alanı, emredici iş hukuku kuralları kategorisi üzerinden tartışılmıştır. Buna göre tek taraflı emredici bir kural; sözleşmeye uygulanacak hukuk işçinin daha lehine ise, EGBGB m.34 altında uygulanamaz. Ancak asgarî standardın dikkate alınmasına imkân vermeyen, doğrudan uygulanan kuralların uygulanması gerekli olduğunda, doğaldır ki, en yakın irtibatlı hukuk prensibi uygulanamaz. LIUKKUNEN, age., s. 137.

⁹⁴⁷ *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 33.

⁹⁴⁸ MORSE, *Employment Contracts*, s. 16; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 334.

⁹⁴⁹ DICEY/MORRIS, age., s. 1307. *Giuliano – Lagarde Raporu*'nda da, asgarî koruma kuralında yer alan emredici kuralların, sadece iş sözleşmesinin kendisiyle ilgili hükümlerden ibaret olmadığı, aynı zamanda, Üye Devletlerde kamu hukuku hükümleri olarak kabul edilen iş güvenliği ve sağlığına

c. Asgarî Koruma Kuralı ile Doğrudan Uygulanan Kurallar Arasındaki

Etkileşim

Asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişki bakımından üç farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır.

aa. Doğrudan Uygulanan Kurallara Öncelik Tanıma Yaklaşımı

FAWCETT, MORSE ve MANKOWSKI'nin savunduğu bu görüşe göre, asgarî koruma kuralı ile *forum*'un doğrudan uygulanan kuralları arasında ihtilâf varsa, asgarî koruma kuralı terk edilebilir⁹⁵⁰. Bu yaklaşım, *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarına vurgu yapmak anlamına gelmektedir⁹⁵¹ ve Türk doktrininde de taraftar bulmuştur⁹⁵².

Bu görüşe göre, *forum*'un doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda, bu kuralın asgarî veya bertaraf edilemez olup olmadığı, onun kendi koşulları ve yorumuna bağlıdır. Bu kuralların uygulanması, hem tarafların seçtiği hukuka hem de hukuk seçimi bulunmadığında uygulanan yabancı hukuka etki etmektedir⁹⁵³. Hatta doktrinde, iş sözleşmesiyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, asgarî koruma kuralına karşın uygulanacağına ilişkin görüşlere bile rastlamak mümkündür⁹⁵⁴.

bb. Asgarî Koruma Kuralına Öncelik Tanıma Yaklaşımı

PLENDER ve WILDERSPIN tarafından ileri sürülen ikinci görüşe göre, asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar karşı karşıya geldiğinde, işçiyi koruma amacı temelinde, asgarî koruma kuralına öncelik verilmelidir⁹⁵⁵. Bu görüşe göre, *lex fori* ile karşılaştırıldığında, asgarî koruma kuralı, işçinin daha lehine ise; *for* hukukunun doğrudan

ilişkin kuralları da içerdiği vurgulanmıştır. GIULIANO/LAGARDE, s. 18.

⁹⁵⁰ MORSE, *Employment Contracts*, s. 18; DOLINGER, *agm.*, s. 315; MAGNUS/MANKOWSKI, *age.*, s. 31-32; KUNDA, *age.*, s. 190; FAWCETT/CARRUTHERS, *age.*, s. 738.

⁹⁵¹ PALAO-MORENO, *agm.*, s. 325; LIUKKUNEN, *age.*, s. 134; EBRAHIMI, *age.*, s. 430; FAWCETT/CARRUTHERS, *age.*, s. 738.

⁹⁵² DOĞAN, *İş Akdi*, s. 120.

⁹⁵³ MORGENSTERN, *age.*, s. 42; VAN EECKHOUTTE, *agm.*, s. 178; KUNDA, *age.*, s. 190.

⁹⁵⁴ CHONG, *agm.*, s. 51.

⁹⁵⁵ WILDERSPIN, *The Rome Convention*, s. 129; PLENDER/WILDERSPIN, *age.*, s. 353. Aynı yönde görüş için bkz. WILLIAMS, *agm.*, s. 24; BONOMI, *Mandatory Rules*, s. 233; EVEN, *agm.*, s. 384.

uygulanan kurallarından vazgeçilebilmelidir⁹⁵⁶. Ayrıca iş, yabancı bir ülkede ifa edilmekte ise ve iş sözleşmesi bu ülkenin hukukuna tâbi ise, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına zaten gerek kalmamaktadır⁹⁵⁷.

cc. Her Bir Olayın Kendi Özelliğine Göre Etkileşim Kurma Yaklaşımı

Üçüncü ve katıldığımız görüşe göre ise, asgarî koruma kuralına veya doğrudan uygulanan kurallara öncelik verilirken, her bir olayın kendi özelliğine göre hareket edilmesi gerekir. Bu çözüm, her bir olayda, karşı karşıya kalan menfaatler dengesine bağlıdır⁹⁵⁸.

Bu görüş doğrultusunda, kanaatimizce, asgarî koruma kuralı ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişkinin kategorik olarak ayrılarak değerlendirilmesi yerinde değildir. İş sözleşmesine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları, öncelikli olarak işçiyi koruma amacını taşımaktadır. Tam da bu nedenle bu hükümlerde yer alan emredici hükümler, her bir olayın özelliğine çözümlenmelidir⁹⁵⁹. Doğrudan uygulanan kurallar ile asgarî koruma kuralları karşı karşıya ise, yine her bir olayın özelliğine göre, menfaatler dengesi araştırılmalıdır. Bir olayda, devlete ait menfaatler daha öncelikli iken, diğerinde, zayıf tarafın korunması daha öne çıkabilir.

İş hukuku alanında, işçiyi koruyan bazı hükümler, bazı olaylarda, asgarî koruma kuralı altında, hukuk seçiminin bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun emredici bir hükmü olarak kabul edilirken; bazı diğer olaylarda doğrudan uygulanan kural kabul edilebilir⁹⁶⁰. Örneğin fazla mesaiye ilişkin işçiyi koruyan temel hükümler, ikili rolü olan iş hukuku hükümleridir.

B. Kamu Düzeni Müdahalesi

Kanunlar ihtilâfi kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra; mahkeme, bu hukukun uygulanmasını, *forum* değerlerine göre bağdaşmaz bulabilir.

⁹⁵⁶ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 354.

⁹⁵⁷ KREBBER, agm., s. 531; PALAO-MORENO, agm., s. 325.

⁹⁵⁸ LIUKKUNEN, age., s. 134; EBRAHIMI, age., s. 430.

⁹⁵⁹ LIUKKUNEN, age., s. 135; EBRAHIMI, age., s. 430.

⁹⁶⁰ LIUKKUNEN, age., s. 136.

Gözönüne alınacak değerler, *forum*'un millî kamu menfaatinin ve temel değerlerinin korunması kadar adalet ve ahlâk anlayışının korunmasını içermektedir⁹⁶¹. Buna göre, mahkeme, yetkili yabancı hukuku uygulamaz ve gerekli ise kendi hukukunu uygular⁹⁶².

1. Kamu Düzeninin Menfî Etkisi

Kamu düzeni müdahalesi, zayıf tarafın korunmasında da uygulama alanı bulabilir⁹⁶³. İş sözleşmeleri alanında, kamu düzeni müdahalesinin, menfî etkisini gösterdiği durumlara şu örnekler verilebilir:

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, aynı sektörde, makul kabul edilemeyecek çalışma yasakları⁹⁶⁴, işçinin kazanılmış haklardan mahrum kalması nedeniyle tazminat ödenmesinin öngörülmemesi⁹⁶⁵, hayat boyu çalışma sözleşmesi, aşırı faiz hükümleri, aşırı ihbar süresi, haksız işten çıkarmaya karşı yetersiz koruma, aşırı para cezaları, kadının iş sözleşmesine kocanın engel olması hakkı, iş kazalarından dolayı işçilerin özel hukuk dâvası açma hakkının sınırlanması, her türlü ayrımcılık içeren iş ilişkisi hükümleri⁹⁶⁶. Ancak bu alanlarda dahi kamu düzeni müdahalesinin gerekip gerekmeyeceğinin, her bir olayın kendi özelliğine göre yetkili yabancı hukukun uygulanmasının sonucunda, değerlendirilmesi

⁹⁶¹ LAGARDE, Paul, “Public Policy” in *International Encyclopedia of Comparative Laws*, Vol.3/2, Boston 1994, s. 4; EBRAHİMİ, age., s. 172.

⁹⁶² *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 45; EBRAHİMİ, age., s. 153; CHONG, agm., s. 30. Kamu düzeni müdahalesi, son çare silahı olarak tanımlanmaktadır çünkü, yabancı hukuk kuralının kendisi değil, onun uygulanması sonucunda, kanunlar ihtilâfı metodunun ulaştığı son noktada, *forum* değerleriyle bağdaşmaz ve kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkmaktadır. HAY, agm., s. 377-378; VISCHER, General Course, s. 100-101; DOLINGER, agm., s. 279; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 140; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 391.

⁹⁶³ HAY, agm., s. 380. Tüketicinin korunması alanında örnekler için bkz. LAGARDE, agm., s. 16-19.

⁹⁶⁴ MORGENSTERN, age., s. 45. Örneğin 1880 tarihli *Rousillon & Rousillon* kararda, Fransa'da bir şampanya ticareti firmasında işe alınmış İsveçli işçi ile yapılan iş sözleşmesinde yer alan ve Fransız hukukuna göre geçerli olan işin sona ermesinden sonra, iki yıl süreyle başka bir şampanya firmasında çalışmama yasağı, dâvalı işçinini ikamet ettiği İngiliz mahkemesince, durumu göre makul olduğu gerekçesiyle uygulanmıştır. Muhalefet şerhinde ise, Fransız hukukunda bu sınırlama geçerli olsa dahi, İngiliz hukukunda uygulanamayacağı için kamu düzeni müdahalesine uğraması gerektiği belirtilmiştir. (1880) *Rousillon & Rousillon*, 14 Ch.D. 351 (U.K.), karar özeti için bkz. STEWART/GREENE, agm., s. 323-324.

⁹⁶⁵ DOLINGER, agm., s. 292.

⁹⁶⁶ GAMILLSCHEG, agm., s. 303; MORGENSTERN, age., s. 46; CALITZ, agm., s. 7. Türk doktrininde benzer örnekler için, DOĞAN, İş Akdi, s. 132.

gerektiği⁹⁶⁷ ve istisnaî niteliğini ortadan kaldıracak denli kategorizasyonlara gitmekten kaçınmak gerektiği vurgulanmalıdır⁹⁶⁸.

Unutulmamalıdır ki, yetkili yabancı hukukun, işçinin daha az lehine olması, kamu düzeni müdahalesinin uygulanması için yeterli değildir. Kamu düzeni müdahalesinin etkili olabilmesi için, yetkili yabancı hukukun, işçi için açıkça dezavantajlı olması gerekmektedir⁹⁶⁹. Örneğin ihbar sürelerinin, yabancı hukukta farklı düzenlenmiş olması tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmemelidir. Fakat ihbar süresinin hiç öngörülmemiş olması ya da işçinin menfaatlerini zedeleyecek denli kısa bir süre getirilmiş olması durumunda, kamu düzeni müdahalesini söz konusu olacaktır⁹⁷⁰.

İngiliz mahkemeleri, iş sözleşmelerinde, rekabet etmeme klozlarını, kamu düzenine açıkça aykırı bulmakta ve uygulamamaktadır. Bu konuda, 2007 tarihli, *Duarte v. Black & Decker Corp.* kararı⁹⁷¹ olayın özelliği nedeniyle dikkat çekicidir. Dâvalı, *Black & Decker*'in yüksek düzeyde kıdemli işçisidir. Dâvacı *Black & Decker*, Maryland'da bulunan büyük bir ortaklığın, bağlı ortağıdır. Grubun faaliyetleri, global olarak bütünleşme esasıyla idare edilmektedir. Dâvalı Duarte, İngiltere'de ikamet etmektedir ve mutad olarak İngiltere'de çalıştığı için iş sözleşmesi, İngiliz hukukunca idare edilmektedir. Ancak *Black & Decker*'in dünya çapında faaliyet gösteren, Uzun Süreli Teşvik Planı (USTP)'na seçilmiştir. USTP'na katılım, uygulanacak hukuk olarak Maryland hukukunun seçildiği ayrı bir sözleşme tarafından idare edilmektedir. Bu sözleşmede, sözleşmenin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, *Black & Decker*'in ismi sayılan on rakibi ile çalışmama şeklinde rekabet etmeme klozu ve *Black & Decker*'in hiçbir işçisini çalıştırmama ve hiçbirinin işten ayrılmasına neden

⁹⁶⁷ LAGARDE, agm., s. 21.

⁹⁶⁸ EBRAHIMI, age., s. 159.

⁹⁶⁹ GAMILLSCHEG, agm., s. 304; GAMILLSCHEG/FRANZEN, agm., s. 228.

⁹⁷⁰ VAN EECKHOUTTE, agm., s. 178.

⁹⁷¹ *Duarte v. Black & Decker Corp.* 2007, EWHC 2720 (Q.B.); (2008), 1 All ECR 401. Karar özeti için bkz. GOULDING, Paul/ VINALL, Mark, "The English Approach to Jurisdiction and Choice of Law in Employment Covenants not to Compete", 31, Comp. Lab. L. & Pol'y. J., 2009-2010, s. 380-388.

olmama klozu bulunmaktadır. Duarte, *Black & Decker*'ın rakiplerinden birinden teklif almıştır ve İngiltere'de, rekabet etmeme klozunun İngiltere'de makul ve icra edilebilir bulunmayacağından hareketle, bu firmayla sürece başlamıştır. Aleyhine açılan dâvada, Duarte, Roma Sözleşmesi m.6/1'deki asgarî koruma hükmüne ve Roma Sözleşmesi'nin 16. maddesindeki kamu düzeni müdahalesine dayanmıştır.

Dâvacı işveren, bonus anlaşmasının, m.6 anlamında iş sözleşmesi olmadığını, çünkü iş görme yükümlülüğü içermediğini ileri sürmüştür. İstinaf Mahkemesi, bonus sözleşmelerinin, iş sözleşmelerinin bir parçası olduğu sonucuna vararak, 6. maddenin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Rekabet etmeme klozları, İngiliz hukukunda, taraflar ve kamu menfaati için makul ise geçerli kabul edilmektedir. Duarte, mutad olarak İngiltere'de çalıştığı için, objektif olarak iş akdine uygulanacak hukuk, İngiliz hukukudur.

Mahkeme kararında, asgarî koruma kuralı anlamında, emredici kuralların; üstün amacı çalışma hayatını korumak olan 1996 tarihli *Employment Rights Act* ve *Factories Act* gibi kanunlarda bulunduğu, rekabet etmeme klozunun geçerliliğinin, genel anlamda bir ticaret sınırlaması olduğuna ve genel sözleşmeler hukukunun bir parçası olduğuna vurgu yapılmıştır. Fakat rekabet etmeme klozunun uygulanması için yine de makul bir sınırlama içermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada, Roma Sözleşmesi'nin 16. maddesi anlamında, objektif olarak uygulanacak hukuk İngiliz hukuku olduğu için ve İngiltere ile olayın irtibatı göz önüne alınarak, bu klozun kamu düzenine açıkça aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Son olarak, iş sözleşmelerinde irade muhtariyetine de, kamu düzeni ile bazı sınırlamalar getirilebilir. Öncelikle, *forum*'un kamu düzeniyle açıkça bağdaşmayacaksa, tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının reddedilmesi mümkündür⁹⁷².

⁹⁷² VERHAGEN, agm., s. 135. *For*'un hukuk sisteminin esaslı değerleri açıkça çiğnenecekse, kamu düzeninin emniyet supabı haklı olarak uygulanmış olacaktır. VERHAGEN, agm., s. 135.

Türk hukukunda, kamu düzeninin menfi etkisi, MÖHUK m.5'te, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz” şeklinde yer almıştır⁹⁷³. Buna göre, Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince, uygulanması gereken yabancı hukuk kuralı, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğuracak nitelikte ise, o yabancı kuralın uygulanmasından kaçınılır⁹⁷⁴, bir başka deyişle o kural ihmâl edilir⁹⁷⁵. MÖHUK m.5'de, “açıkça aykırı” olmanın aranması, istisnaî bir uygulamasının olduğu⁹⁷⁶ ve yabancı hukukun, Türk hukukundan farklı düzenlenmiş olmasının tek başına açık bir aykırılık oluşturmayacağı anlamına gelmektedir⁹⁷⁷.

Örneğin, süreli fesih hakkında, fesih bildirim süresinin, yetkili yabancı hukukta farklı düzenlenmiş olması tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmemelidir. Nitekim İş Kanunu'nda da işçinin çalışma süresine göre farklı bildirim süreleri öngörülmüştür (İş Kanunu m.17). Öngörülen ve somut olayda uygulanan bildirim süresinin, süreli fesih hakkının temelinde yatan kişilik hakkının korunmasını⁹⁷⁸ ortadan kaldıracak denli farklı olması durumunda, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmalıdır.

Ayrıca, iş sözleşmesinin taraflarının, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak koşuluyla, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku seçebilecekleri kabul edilmelidir⁹⁷⁹. Diğer bir deyişle, tarafların iş sözleşmelerinin özel hukuka ilişkin yönü üzerindeki irade muhtariyeti, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile pekiştirilmiş bir kamu düzeni düşüncesiyle sınırlıdır⁹⁸⁰. Kanaatimizce, iş sözleşmesinde, sadece işverenin, sözleşmenin

⁹⁷³ Aynı düzenleme 2675 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer almıştır ve 5718 sayılı MÖHUK m.5, bu konuda bir değişiklik içermemiştir.

⁹⁷⁴ NOMER/ŞANLI, age., s. 169; DOĞAN, Milletlerarası, s. 170.

⁹⁷⁵ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 128.

⁹⁷⁶ TEKİNALP, age., s. 49; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 153; 2675 sayılı Kanun döneminde, TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 263.

⁹⁷⁷ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 129; NOMER/ŞANLI, age., s. 173; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 156; 2675 sayılı Kanun döneminde, TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 264.

⁹⁷⁸ SÜZEK, age., s. 456.

⁹⁷⁹ CENTEL, Bağlama Kuralları, s. 228.

⁹⁸⁰ TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 905.

akdedilmesinden ya da uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra hukuk seçimi yapabileceğine ilişkin bir hüküm, eşitliğe aykırı olduğu için kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır.

Unutulmamalıdır ki kamu düzeni kavramı zamana ve yere göre değişmektedir⁹⁸¹. Ayrıca, yabancı hukukun, olaya uygulanan bir hükmünün, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmeyeceği, o hükmün, olaya uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuca göre takdir edilmelidir⁹⁸². Milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri bakımından da, belirli iş hukuku kurallarının, kamu düzeninden ve kamu düzeninden olmayan kurallar olarak kategorize edilmesi, MÖHUK m.5'in istisnâ niteliğine aykırı düşecektir⁹⁸³.

2. Kamu Düzeninin Müspet Etkisi

Kamu düzeni müspet etkisini gösterdiğinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk, yabancı bir ülkenin hukuku olsa bile, *forum*'un kurallarının uygulanmasına izin verilmektedir⁹⁸⁴.

Kuralın istisnâ olarak uygulanacağı vurgulanmasına rağmen, kamu düzeni kuralının hukukun pek çok farklı alanında uygulandığı görülmektedir. Zayıf tarafın korunması alanında, kamu düzeninin müspet etkisi, eğer *lex fori*, zayıf kabul ettiği tarafın korunmasına yönelik bir düzenlemeye sahipse ve olay ile *for*'un belirli bir ilişkisi varsa söz konusu olmaktadır⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ DOĞAN, Milletlerarası, s. 169.

⁹⁸² DOĞAN, Milletlerarası, s. 171. 2675 sayılı Kanun döneminde, TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 265.

⁹⁸³ DOĞAN, Milletlerarası, s. 169.

⁹⁸⁴ *Forum*'un hükümleri yazılı hukuk kuralı olabileceği gibi örf ve adet hukuku kuralı da olabilir. LAGARDE, agm., s. 53; HARTLEY, agm., s. 351; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 45. Roma Sözleşmesi'nin 16. maddesinde kamu düzeninin müspet etkisi düzenlenmemiştir. Doktrinde bir görüşe göre, kamu düzeninin müspet etkisi m. 7/2'de yer almaktadır. HARTLEY, agm., s. 353; SIEHR, agm., s. 56. Emredici kuralların tanımlandığı *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*'da, bu kavramın, hem milletlerarası özel hukuk özelinde madde 7 anlamında üstünlüğü olan emredici kuralları kapsadığı hem de millî hukukun kamu düzeni kurallarını ifade ettiği belirtilmektedir. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 45.

⁹⁸⁵ LAGARDE, agm., s. 22-24.

İş hukukunda, temel çalışma hayatı haklarını düzenlediği kabul edilen bir kural, bu kapsamda kabul edilebilir⁹⁸⁶. Ancak Belçika Temyiz Mahkemesi'nin, 1975 tarihli kararı⁹⁸⁷, temel çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninin müdahalesi altında mı doğrudan uygulanan kurallar içinde mi değerlendirilmesi gerektiğinin kolay olmadığını göstermiştir. Olay, Birleşik Devletler vatandaşı işveren ve onun Belçika'da çalışan Birleşik Devletler vatandaşı işçisi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkindir. İş sözleşmesinin akdedildiği Missouri hukukunda, asgarî ihbar süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Belçika hukukunda ise asgarî ihbar süresi düzenlenmiştir. Belçika İstinaf Mahkemesi, uygulanacak yabancı hukukun ilgili hükmünün Belçika'nın kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiş iken Belçika Temyiz Mahkemesi, asgarî ihbar süresini doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirmiş ve uygulamıştır.

Kamu düzeni müdahalesi söz konusu ise, öncelikle yetkili yabancı hukukun, belirli bir olaya uygulanabilecek başka bir hükmünün bulunup bulunmadığı araştırılmalı, böyle bir hükmün bulunamaması hâlinde, *for* hukukunun uygulanmasına başvurulmalıdır⁹⁸⁸. Örneğin Arjantin İş İstinaf Mahkemesi, 1975 tarihli kararında⁹⁸⁹, Norveç bayraklı gemide meydana gelen iş kazasında, uygulanacak hukukun Norveç hukuku olduğuna karar vermiştir. Ancak Norveç hukukuna göre, Norveç vatandaşları ile yabancılara verilecek tazminat farklı düzenlenmiştir. Arjantin mahkemesi, bu düzenlemeyi, ayrımcı olduğu için kamu düzenine açıkça aykırı bulmuştur fakat *for* hukuku olan Arjantin hukukunu uygulamak yerine; Norveç hukukunda, vatandaşlara uygulanan hükümleri uygulamıştır.

⁹⁸⁶ LIUKKUNEN, age., s. 147.

⁹⁸⁷ Cass. 23.6.1975, Pas. 1975 I 1038. (Belçika İstinaf Mahkemesi kararı yayımlanmamıştır.) Kararın İngilizce özeti ve kamu düzeni müdahalesi çerçevesinde İstinaf Mahkemesi gerekçesinin daha uygun olduğu yönünde görüş için bkz. VAN HECKE, Georges, “**International Contracts and Domestic Legislative Policies**” in **Internationales Recht und Wirtschaftsordnung**, F.A.Mann-1977, ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL, Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, s.187.

⁹⁸⁸ LAGARDE, agm., s. 55; DOLINGER, agm., s. 290, 298; SIEHR, agm., s. 54; EBRAHIMI, age., s. 169.

⁹⁸⁹ Kararın İngilizce özeti için bkz. MORGENSTERN, age., s. 46.

Türk hukukunda, MÖHUK m.5'de, kamu düzeninin müspet etkisi, “...*gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*” hükmüyle sınırlı bir şekilde kabul edilmiştir. O hâlde, kamu düzeni müdahalesi söz konusu ise, öncelikle yetkili yabancı hukukun, belirli bir olaya uygulanabilecek başka bir hükmünün bulunup bulunmadığı araştırılmalı⁹⁹⁰, böyle bir hükmün bulunamaması hâlinde, Türk hukukunun uygulanmasına başvurulmalıdır⁹⁹¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 06.07.1992 tarih, 1992/1621 E., 1992/7890 K. sayılı kararında⁹⁹², milletlerarası unsurlu bir iş sözleşmesine, kamu düzeni müdahalesinin müspet etkisi uygulanmıştır. Olayda, dâvacı Türk vatandaşı işçi, dâvalı Türk işveren şirketinin, Libya'daki işyerinde çalışmıştır. İşçi Libya'daki işyerinden, kıdem tazminatı olarak ayrılmıştır. Dâva konusu ihtilâf, kıdem tazminatının, hangi ülkenin hukukuna göre ödeneği konusundadır. Dâvacı şirket, kıdem tazminatının fazla ödendiğini, kıdem tazminatının hesabına Libya hukuku uygulanarak, fazla ödenmiş olan kısmının iadesi için icra yoluna başvurmuştur. Dâva, icra takibine yapılan itiraz sonucunda açılmıştır. Yerel mahkeme, dâvacının talebini haklı bularak, dâva konusu değer bir kısmını hüküm altına almıştır.

Dâvalı işçi tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, kararı bozmuştur. Bozma kararının gerekçesinde, 2675 sayılı Kanunun 24. ve 5. maddelerine dayanılmıştır. Kararda, “*Kıdem tazminatı Türk kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla taraflar arasındaki uyuşmazlığın, Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerekir.*” ifadesi kullanılmıştır.

Yargıtay kararını, Türk doktrininde olumsuz yönde eleştiren görüşlerden biri, kıdem tazminatı miktarının Libya hukukunda farklı düzenlenmiş olmasını, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektiren derecede bir aykırılık olarak görmemektedir⁹⁹³. Bu görüşe göre, istisnaî niteliği nedeniyle, kamu düzeni müdahalesinin uygulanmasında ihtiyat ve

⁹⁹⁰ TEKİNALP, age., s. 49; DOĞAN, Milletlerarası, s. 171.

⁹⁹¹ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 129; NOMER/ŞANLI, s. 184. Doktrinde, diğer görüşe göre, yetkili yabancı hukukun uygulanması, kamu düzeni ile engellendiğinde, o ilişkiyi düzenlemek için bir hukukun uygulanması gerekli olduğunda, uygulanacak hukuk sadece Türk hukukudur. ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 156.

⁹⁹²Yargıtay 9. H.D., 06.07.1992 tarih, 1992/1621 E., 1992/7890 K. Karar için bkz. YKD., C.19, S.2, Şubat 1993, s. 208-209.

⁹⁹³ ÇELİKEL/NOMER, age., s. 290.

çekimsizlik gösterilmelidir. Kamu düzeninin müspet etkisinin uygulanmasını gerektiren sebepler, yabancı hukukun uygulanmasını haklı kılan sebeplerden daha güçlü olmalıdır⁹⁹⁴.

Yabancı hukukun Türk hukukundan farklı kurallar taşıyor olmasının, kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmadığını ileri süren görüşe göre, emredici, yani tarafların iradesine bırakılmamış olan her hukuk prensibi kamu düzeni esasının uygulanmasını haklı göstermemektedir⁹⁹⁵. Bunun yanında, yabancı ülkede etkisini gösteren ve yabancı ülkede, yabancı hukuka tâbi olarak yapılan işlemlerin, Türk hukukunu ve Türk kamu düzenini ilgilendirmeyeceğini savunmaktadır. Olayda, akdin yapıldığı, ifa edildiği ve iş sözleşmesiyle ilgili bütün uygulamaların gerçekleştiği yerin Libya olmasından hareketle, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin de Libya İş Kanununa tâbi olacağı ifade edilmiştir⁹⁹⁶.

Kıdem tazminatına ilişkin kuralların, emredici niteliğine rağmen vazgeçilmez nitelikli olmadığı; dolayısıyla kamu düzeni müdahalesini gerektirmediğini vurgulayan bu görüş, Yargıtay kararını diğer yandan, Türkiye ile Libya arasında 17.2.1975 tarihinde, 7/9453 sayılı Kararname ile imzalanmış olan ikili İşgücü Anlaşması'nın⁹⁹⁷, Anayasa'nın 90. maddesi ve 2675 sayılı Kanunun 1. maddesine karşın gözardı edilmesi yönünden de eleştirmektedir⁹⁹⁸.

Olayda kamu düzeni müdahalesinin uygulanmasının yerinde olmadığını savunan görüşe göre, kıdem tazminatının hukukî niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

⁹⁹⁴ DOĞAN, Derya, “Kıdem Tazminatı Ödenmesinde Türk ve Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanma Koşulları ve Karar İncelemesi” İntes İşveren Dergisi, Yıl: 1992, S.12, s. 23, (Karar).

⁹⁹⁵ ÇELİKEL/NOMER, age., s. 290; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 545. Bu görüş, hile ve ikrah sebebiyle, iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümleri, ailenin temel yapısına ilişkin hükümleri, Anayasa'da yer alan temel hak ve ilkeleri, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği alanlar olarak sıralamaktadır. ÇELİKEL/NOMER, age., s. 290; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 545.

⁹⁹⁶ DOĞAN, Karar, s. 24.

⁹⁹⁷ RG. 13.5.1975- 15235. Türkiye ile Libya arasında imzalanan ikili işgücü Anlaşması'na göre; Libya Arap Cumhuriyetinde çalışan Türk işçilerin çalışma şartları ve iş sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülükleri, Libya Çalışma Mevzuatına tâbidir (m.1). İş sözleşmesinin sona ermesi, feshi veya işçinin deneme süresinde başarılı olamaması veya Libya makamlarınca istenilmemesi hâlinde, Libya İş Kanununda tanınan hakları (tazminat, prim vs.) ödenmek şartıyla dönüşleri sağlanır (m.7). İş sözleşmesinin sona ermesinde Libya İş Kanunu'nda öngörülen hükümler uygulanır (m.10.).

⁹⁹⁸ DOĞAN, Karar, s. 25.

Bu görüş, Libya kanunlarında kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması hâlinde Türk kamu düzeni müdahalesinin kabul edilebileceğini ileri sürmektedir⁹⁹⁹.

Doktrinde savunulan diğer görüşe göre, kıdem tazminatı, asgarî norm olması açısından, işçiler için vazgeçilmezdir. Bu asgarî güvence bakımından kıdem tazminatına ilişkin hükümler, kamu düzenine yöneliktir. Kıdem tazminatı bakımından, daha az koruma getiren, Libya hukuku, Türk hukukunun temel ilkelerinden biri olan, işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı için kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, Libya hukuku, daha yüksek miktarda kıdem tazminatı öngörmüş olsaydı, artık asgarî norm güvencesi ihlâl edilmeyeceğinden, kamu düzeni müdahalesi gerekmeyecekti¹⁰⁰⁰.

Son olarak, doktrinde, tarafların Türk vatandaşı olması, dâvanın Türk mahkemesinde açılmış olması, sözleşme dilinin büyük olasılıkla Türkçe olması, işçinin işe alındığı yerin Türkiye olması fakat sadece işin yapıldığı yerin Libya olmasından hareketle, bağlama kuralı olarak, sıkı ilişkili yer hukuku kabul edilseydi, önce Libya hukukunun uygulanıp ardından kamu düzeni müdahalesine başvurmaya gerek kalmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁰¹. Ancak bu görüş, olaya Libya hukuku uygulansa bile, bu hukuka göre, daha az kıdem tazminatı ödenmesinin, kamu düzeni müdahalesi için aranan açık ve tahammül edilemez aykırılık koşullarını yerine getirmede yetersiz olduğunu yeniden vurgulamaktadır¹⁰⁰².

Kararı, günümüzde yürürlükte olan MÖHUK m.27 bağlamında tartışmak gerekirse; MÖHUK m.1 hükmü gereğince, öncelikle, Türkiye ile Libya arasında imzalanan ikili işgücü Anlaşmasına göre, Libya hukukunun uygulanması gerekir. İkili işgücü anlaşmasının bulunmadığı varsayılırsa, iş sözleşmesinin objektif irtibat noktaları değerlendirildiğinde, daha sıkı ilişkili ülkenin Türkiye olduğu ve uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu sonucuna ulaşılabilir.

⁹⁹⁹ DOĞAN, İş Akdi, s. 90; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 545.

¹⁰⁰⁰ CENTEL, Tankut, “Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk- Kamu Düzeni”, İş Hukuku Dergisi, Yıl:1992, S.1, s.605-607; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 136.

¹⁰⁰¹ DOĞAN, İş Akdi, s. 90.

¹⁰⁰² DOĞAN, İş Akdi, s. 133.

Bir an için, istisna hükmü yerine, işçinin işini mutaden yaptığı yer olan Libya hukukunun uygulandığını düşünecek olursak; Libya hukukuna göre daha az kıdem tazminatı ödenmesi, kanaatimizce kamu düzeni müdahalesini gerektirecek denli “açık” ve tahammül edilemez bir aykırılık olarak görülmemelidir¹⁰⁰³. Katıldığımız görüşe göre, hukukî niteliği konusunda bile görüş birliği bulunmayan bir müessesenin¹⁰⁰⁴, yetkili yabancı hukukta farklı bir şekilde düzenlendiğinden bahisle kamu düzeni müdahalesine uğraması, kabul edilemez¹⁰⁰⁵.

Tartışılması gerekli bir diğer husus, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelerin, m.6 anlamında doğrudan uygulanan kural niteliğidir. Kanaatimizce, iş sözleşmeleri alanında, doğrudan uygulanan kurallar, ülkenin çalışma barışı ve toplumsal düzenini korumak amacıyla, devlete ait menfaatleri koruyan hükümler bakımından söz konusu olabilir. Kıdem tazminatı ödenmesi ise bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Yargıtay kararında yer alan *“Kıdem tazminatı Türk kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla taraflar arasındaki uyuşmazlığın, Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerekir.”* ifadesi, kamu düzeni müdahalesinde, menfi etkiye başvurulmadan müspet etkiye dayanılmış olduğunu, adeta doğrudan uygulanan kural muhakemesinin yürütüldüğünü göstermektedir ki; karar bu yönden de eleştirilmelidir.

Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Yalnızca, Geçici 6. maddede, kıdem tazminatı için kıdem tazminatı fonu

¹⁰⁰³ Kıdem tazminatının hukukî niteliği konusunda, ücret görüşü, tazminat görüşü, ikramiye görüşü, sigorta görüşü gibi çeşitli öneriler bulunmakta ise de bu görüşlerin hiçbirinin diğerinden daha etkili bulunmadığı ve kıdem tazminatının, iş hukukunun kendisine özgü bir kurumu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. GÜNAY, age., s. 162. Kıdem tazminatının hukukî niteliği üzerine ayrıntılı olarak bkz. EKONOMİ, age., s. 230; GÜNAY, Cevdet, İlhan, **“Kıdem Tazminatının Hukukî Niteliği ve Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi”**, Yargıtay Dergisi, S.20, 1994, s. 109-114; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 219-220; MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 785-787. Nitekim Türk iş hukuku mevzuatında bile kıdem tazminatının hesabında düzenleme birliği bulunmamaktadır. Örneğin, İş Kanunu bakımından, kıdem tazminatı hesabı, işçinin sadece yanında çalıştığı işverenin işyerindeki çalışma süresine göre hesaplanmakta iken; Basın İş Kanunu'na göre (m.6,21), gazetecinin kıdemi meslekteki hizmet süresine göre hesaplanmaktadır. ÇELİK, age., s.16.

¹⁰⁰⁴ ÇELİK, age., s. 96.

¹⁰⁰⁵ DOĞAN, İş Akdi, s. 133.

kurulması öngörülmüştür¹⁰⁰⁶. Bu noktada, *forum* için kamu düzeni müdahalesi gerektiren bir hukukî meselenin, zamanla kamu düzeni müdahalesini zorunlu kılan bir alan olarak kabul edilmeyebileceği, yani kamu düzeni anlayışının, zamanla değişebilen geçici karakteri öne çıkmaktadır¹⁰⁰⁷. 1475 sayılı kanunun döneminde, mahkemelerin, kamu düzeni müdahalesi gereken bir konu olarak ele aldığı kıdem tazminatının; 4857 sayılı Kanun ile ve özellikle ileride kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanun yürürlüğe girdikten sonra, aynı değerde muhakeme edilemeyeceği de ortadadır.

Son olarak, MÖHUK m.5'de düzenlenmiş olan kamu düzeni müdahalesi, iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk dışında kalan ehliyet ve şekil alanında da söz konusu olabilir. Örneğin kadının iş sözleşmesi akdetmesine kocanın müdahalesini kabul eden, çocukların, gençlerin, kadınların ve yaşlıların korunmasına dair özel ehliyet şartları taşımayan yetkili yabancı hukuk, somut olayın özelliğine göre, *for* için tahammül edilemez bulunabilir ve bu durumun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Örneğin, Türk hukukuna göre on dört yaşını doldurmamış bir Türk vatandaşı, yabancı bir ülkede onu çocuk işçi kabul etmeyen hukuka göre iş sözleşmesi akdettiğinde; yaptığı hukukî işlemle bağlı olmasını beklemek, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamada yeterli olmayacaktır. Bu durumda, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacak ve ancak yetkili yabancı hukukta bu duruma ikame edilebilecek başka bir kural bulunamaz ise Türk hukuku uygulanacaktır.

C. *For* Hukukunda Yer Alan ve Niteliği Tartışmalı Bazı Kurallar

Çalışma hayatına dair hak ve özgürlüklere yer veren, temel haklara dair milletlerarası kurallar ile çalışma hayatını konu alan anayasal güvencelerin, uygulanacak hukukun tayini ve uygulanması üzerinde etkisinin bulunup bulunmadığı; bu kuralların

¹⁰⁰⁶ Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanun'un, yürürlüğe gireceği tarihe kadar, işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hükümleri uyarınca kıdem tazminatı hakkı saklıdır. ÇELİK, age., s. 298.

¹⁰⁰⁷ LAGARDE, agm., s. 45.

uygulanacak hukuk üzerinde bir etkisi bulunmakta ise, bu etkinin nasıl söz konusu olacağı tartışılmalı bir konudur.

Öncelikle, Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, özellikle ILO sözleşmeleri, iş ilişkileri açısından bazı temel hakları ele almaktadır ve milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, kaynağını milletlerarası hukuktan bulan iç hukuk kuralları olarak zaten uygulanmak zorundadır¹⁰⁰⁸. MÖHUK m.1 gereğince, sözleşmelerde yer alan bu hükümlerin, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine, öncelikli olarak uygulanması zorunludur. Bunun yanında her ne kadar Türkiye taraf olmasa da, örneğin, 156 sayılı Ailevî Sorumlulukları Olan İşçiler Sözleşmesi, 117 Sayılı Sosyal Politika (Temel Amaçlar ve Standartlar) Sözleşmesi de ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler içermektedir ve *soft law* olarak dikkate alınmak zorundadır.

Genel olarak bakıldığında, temel haklar üzerine milletlerarası kurallar, uygulanacak hukukun tayinine etkide bulunabilir¹⁰⁰⁹. Çalışma hayatı ve işçinin korunmasını temel alan pek çok milletlerarası kural, Birleşmiş Milletler, ILO, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından hazırlanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, işçilerin temel sosyal hakları üzerine milletlerarası kuralların gelişmesinde önemli rol oynamışlardır¹⁰¹⁰. Hem Avrupa Sosyal şartı hem de AİHS, Avrupa Toplulukları iş hukuku üzerinde etkilidir¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 53; ÇELİK, age., s. 25. Örneğin 122 Sayılı İstihdam Politikası Sözleşmesinin, 111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek Sözleşmesi), 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi, 118 Sayılı Muamele Eşitliği (Sosyal Güvenlik) Sözleşmesi, 142 Sayılı İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi Sözleşmesi, çalışma hayatında ayrımcılık yasağına ilişkindir. Bu Sözleşmelerde, ayrımcılık yasağının düzenleniş biçimi ve iş ilişkileri özelinde önemi için ayrıntılı olarak bkz. VOGEL-POLSKY, Eliane, “**Unlawful Discrimination in Employment- International Law and Community Law: Their Interrelationship with Domestic Law**”, 20, Ga. J. Int'l &Comp. L., 1990, s. 6-8.

¹⁰⁰⁹ LAGARDE, agm., s. 49.

¹⁰¹⁰ SÜZEK, age., s. 90-92.

¹⁰¹¹ VOGEL- POLSKY, agm., s. 8. Örneğin AİHS'nin 4, 8,9,10,11 ve 14. maddeleri doğrudan çalışma hayatına ilişkindir. LÖWISCH, agm., s. 102.

Milletlerarası organizasyonların, temel çalışma haklarının neler olduğuna ilişkin bir konsensusa vardıkları görülmektedir. Bunlar, 1- örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakkı¹⁰¹² 2- angarya ve zorla çalıştırma yasağı¹⁰¹³, 3- ayrımcılık yasağı¹⁰¹⁴ ve 4- Çocuk işçiliğinin önlenmesidir¹⁰¹⁵.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, 1996 tarihli görüşünde¹⁰¹⁶, genel prensiplerin bir parçası olan temel hakların mahkeme tarafından korunduğunu ifade etmiştir. Kararda, AİHS'nin özel bir önemi olduğunu vurgulamaktadır. İnsan haklarının rolünün ve Topluluğun bu yapı ve amacı koruma çabasının önemi vurgulanmıştır. Amsterdam Anlaşması'na göre, temel sosyal hakların hepsi, birincil hukuktur¹⁰¹⁷.

Temel sosyal haklara ilişkin milletlerarası kurallar iki açıdan ele alınmalıdır. Birincisi, çalışma koşulları ve süresinin asgarî sınırını belirleyen bu kurallar, maddî iş hukukunu etkilemektedir. Bu noktada, bu kuralların avantajı, iş sözleşmelerinin milletlerarası asgarî standartlarının kabul edildiği bir uygulamaya ulaşmaktır¹⁰¹⁸.

İkincisi, sosyal haklar ya da genel olarak temel haklar, uygulanacak hukuku etkilemektedir. Bu kapsamda, Avrupa Sosyal Şartı ve AİHS'nde yer alan düzenlemelerin, doğrudan uygulanan kurallar olup olmadığı tartışılmalıdır¹⁰¹⁹. Bir başka alternatif ise, bu temel hakları, kamu düzeni klozu içinde incelemektir ve yabancı hukukun bunlara aykırı hükümlerinin uygulanmasının engellenmesidir¹⁰²⁰. Kamu düzeni müdahalesi açısından, bu

¹⁰¹² Örgütlenme, toplu pazarlık ve grev haklarına dair uluslararası standartlar için ayrıntılı olarak bkz. SERVAIS, age., s. 110-129.

¹⁰¹³ SERVAIS, age., s. 130-134.

¹⁰¹⁴ Çalışma hayatında ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliğinin sağlanması, kadın erkek eşitliği pek çok farklı kategoride tartışılmaktadır. SERVAIS, age., s. 146-184.

¹⁰¹⁵ STONE, V.W. Katherine, "A New Labor for a New World of Work: the Case for a Comparative- Transnational Approach", 28, Comp.Lab. L. & Pol'y J., 2006-2007, s. 579-580. Çocuk işçiliğinin önlenmesi, çalışma yaşından, gençlerin çalışma hayatı içinde korunmasına, çalışma saatlerinden, tehlikeli işlerin tespitine pek çok farklı alanda ortaya çıkmaktadır. SERVAIS, age., s. 135-144.

¹⁰¹⁶ *Opinion of the Court of 28.3.1996, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Opinion 2/94, 1996, ECR I-1759.*

¹⁰¹⁷ LIUKKUNEN, age., s. 159.

¹⁰¹⁸ KREBBER, agm., s. 512.

¹⁰¹⁹ BRIGGS, age., s. 51.

¹⁰²⁰ KREBBER, age., s. 512; LIUKKUNEN, age., s. 160.

gibi temel sosyal haklar üzerine milletlerarası kuralların, hukuk düzeninin temel prensiplerinin bir parçası olarak kabul edilip edilemeyeceği sorulmalıdır¹⁰²¹.

Son olarak çalışma hayatını koruma altına alan Anayasal güvenceler de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka etkide bulunmaktadır¹⁰²². Bunlar, doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirilebileceği gibi kamu düzeni müdahalesi içinde de tartışılabilmektedir¹⁰²³. Alman hukukunda bunların doğrudan uygulanan kurallar olarak etki doğurması benimsenmişken, Amerika Birleşik Devletlerinde, kamu düzeni müdahalesi içinde değerlendirildikleri görülmektedir¹⁰²⁴.

Türk hukukunda, kamu düzeni müdahalesi içinde değerlendirilmektedir¹⁰²⁵. Kamu düzenine aykırılık da anayasaya aykırılık da sonuç olarak, uygulanacak hukukun uygulanmasını engellemektedir¹⁰²⁶. Hem kamu düzenine hem de anayasaya aykırı olan *lex causae*'nin, uygulamasından kaçınmanın, Türk hâkiminin görevi olduğu ifade edilmektedir¹⁰²⁷.

Önemli olan Anayasal güvencelerin, hangi kategori içinde uygulanacak hukuku etkilediği değil, her bir somut olayda, etkilerini nasıl göstereceğidir. Katıldığımız görüş uyarınca, kamu düzeni müdahalesi içinde değerlendirilecek olsa dahi, yabancı hukukta yer alan ve Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere aykırı hükümler içeren her düzenlemenin, kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmasından vazgeçilmemelidir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulması durumunda, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmalıdır¹⁰²⁸.

¹⁰²¹ WATT, Private International Law, s. 576.

¹⁰²² SÜZEK, age., s. 53.

¹⁰²³ LAGARDE, agm., s. 46; MARTINEK, agm., s. 246; CALITZ, agm., s. 8.

¹⁰²⁴ VISCHER, General Course, s. 97-98.

¹⁰²⁵ NOMER/ŞANLI, age., s. 175-176; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 163.

¹⁰²⁶ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 131. Ancak anayasaya aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce tespit edildiği buna karşılık kamu düzenine aykırılığın dâvaya bakan mahkemece saptandığı vurgulanmaktadır. AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 131.

¹⁰²⁷ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 132.

¹⁰²⁸ NOMER/ŞANLI, age., s. 176-177; DOĞAN, Milletlerarası, s. 173-174. Anayasa'ya göre, Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı, demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir (m.2). Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (m.12).

Temel hak ve hürriyetlerin korunması özellikle çalışma hayatında işçiler bakımından büyük öneme sahiptir. Anayasa'da yer alan ilgili temel hak ve hürriyetler ise şunlardır: Eşitlik (m.10), kişi dokunulmazlığı (m.17), özel hayatın gizliliği (m.20), haberleşme hürriyeti (m.22), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), toplantı hak ve hürriyetleri (m.33 vd.), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), çalışma hakkı ve ödevi (m.49), dinlenme hakkı (m.50), sendika hakkı (m.51), toplu iş sözleşmesi hakkı (m.53), grev ve lokavt hakkı (m.54), sosyal güvenlik hakları (m.60 vd) ve sağlık hakkı (m.56).

Temel hak ve hürriyetler, Anayasada belirtilen nedenlerle, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir (m.13).

İKİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI UNSURLU TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANACAK HUKUK

I. Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulanacak Hukuk

Toplu iş sözleşmeleri, bir yanı ile, mevcut ya da muhtemel bireysel iş sözleşmelerini doğrudan etkilemekte hatta değiştirebilmektedir. Diğer yandan toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmesinden farklı tarafları olan bir hukukî ilişkiye işaret etmektedir. Bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki bu etki, toplu iş sözleşmelerinin de mutlaka bireysel iş sözleşmeleri ile birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

A. Toplu İş Sözleşmelerine Genel Bakış

1. Vasıflandırma

Toplu iş sözleşmeleri, toplu iş ilişkilerinin bir kısmını oluşturmaktadır. Bireysel iş hukuku alanında devletin müdahalesi daha fazla görülmektedir. Buna karşılık, toplu iş ilişkileri, işçi ve işverenlerin kendi kurdukları örgütler aracılığıyla, kendine özgü yöntemler kullanarak aralarındaki ilişkileri düzenlemeleriyle biçimlenmiştir¹⁰²⁹. Toplu iş sözleşmesi, iş hukukuna özgü bir kavramdır¹⁰³⁰.

İşçi kuruluşları ile işveren ya da işveren kuruluşları arasında yapılan toplu pazarlık, gönüllülük esasına dayanır¹⁰³¹. Sosyal tarafların kendi kendini yönettiği bu süreçte, devletin zorlaması ya da müdahalesi kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle, toplu pazarlığın yarattığı bir özel hukuk düzeni ortaya çıkmaktadır¹⁰³². Diğer bir deyişle, devletin kamusal

¹⁰²⁹ AKTAY, Nizamettin, **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara 2000, s. 15; TUNCAY, A. Can, **Toplu İş Hukuku**, B.2, İstanbul 2010; HEKİMLER, Alpay, “**Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemi**”, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 347.

¹⁰³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, age., s. 17; SUR, Toplu İlişkiler, s. 224; ÇELİK, age., s. 504.

¹⁰³¹ WERGIN, Niels-Eric/ WHITE, Geoff, “**Britanya’da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Elif Gezgin, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 110.

¹⁰³² TUNCAY, age., s. 131; KILIÇOĞLU, Mustafa, **Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları**, İstanbul 2007, s. 29.

hukuk düzeni yanında serbest toplu pazarlığın yarattığı bir özel hukuk düzeni oluşmaktadır¹⁰³³.

Her bir millî hukuk sisteminde, yıllar içinde, toplu sözleşme gelenekleri farklı biçimlerde gelişmiştir. Toplu pazarlık süreci farklı düzeylerde yürütüldüğü gibi akdedilen toplu iş sözleşmeleri de ülkeden ülkeye büyük farklılıklar göstermektedir. Toplu iş sözleşmelerinin, tarafları kadar uygulama alanı ve bağlayıcılığı da çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin vasıflandırılması, uygulanacak hukukun tayini bakımından son derece önemlidir. Milletlerarası özel hukuk adaletine uygun bir vasıflandırma yapılmadıkça, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit etmek de olanaksızdır¹⁰³⁴. Milletlerarası özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, *lex fori*'ye göre, *lex causae*'ye göre vasıflandırma, vasıflandırmanın karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak bağımsız şekilde yapılması ve her bir olayın kendi özelliğine göre vasıflandırılma yapılması toplu iş sözleşmelerinin vasıflandırılmasında da tartışılabilir. Toplu iş sözleşmeleri bakımından da Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta, başlangıç olarak Türk hukukuna göre vasıflandırma yapmak gerekecektir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na¹⁰³⁵ göre, toplu iş sözleşmesi, "*iş koşullarını ve özellikle iş sözleşmesine ilişkin hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşme*"dir (m.1, m.2).

Toplu iş sözleşmeleri için bazı millî hukuk düzenleri incelenecek olursa; örneğin Alman Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre toplu iş sözleşmesi, toplu sözleşme taraflarının haklarını ve borçlarını, hizmet sözleşmelerinin içeriği, yapılması ve sona ermesine dair hukuk kurallarını, ayrıca istenirse, işletme ve işletme temel düzenine ilişkin sorunları da

¹⁰³³ TUNCAY, age., s. 131.

¹⁰³⁴ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s.6.

¹⁰³⁵ Kabul tarihi: 5.5.1983, RG. 7.5.1983-18040.

düzenleyen bir sözleşme tipidir¹⁰³⁶. Toplu iş sözleşmesinin karakteristik özelliğinin, sözleşen taraflar dışındakilere haklar bahşetmesi ve onların durumlarını düzenleyen hükümler içermesi olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmelerine, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen normatif etkili sözleşme olarak bakılmaktadır¹⁰³⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre toplu iş sözleşmesi, bir veya birden çok işveren veya bu işverenlerin birlikleriyle, işçi sendikaları arasında yapılan ve aralarındaki bireysel iş ilişkilerinin kurulması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler içeren sözleşmedir¹⁰³⁸. Birleşik Devletlerde ve İsveç'te de benzer şekilde, toplu iş sözleşmelerinin, işçilerin çalışma koşullarına ve işyerine dair hükümler içeren, bağlayıcı güce sahip bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁰³⁹.

Belçika'da, Toplu İş Sözleşmeleri ve Ortak Komiteler Kanunu'na göre, toplu iş sözleşmesi, bir veya birden fazla işçi örgütü ile bir veya birden fazla işveren topluluğu ya da işveren arasında imzalanan ve işverenler ile işçiler arasında şirket veya sanayi kolu düzeyindeki bireysel ve toplu ilişkileri düzenleyen; aynı zamanda sözleşme taraflarının hakları ile yükümlülüklerinin de tanımlandığı anlaşmadır¹⁰⁴⁰.

Toplu iş sözleşmeleri, hizmet sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesini düzenlemesi ve tarafların karşılıklı iradeleriyle hak ve borçlar doğurması nedeniyle, hem

¹⁰³⁶ RIEBLE, Volker, “**Federal Almanya'da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 36.

¹⁰³⁷ TUNCAY, age., s. 147.

¹⁰³⁸ TUNCAY, age., s. 147; KILIÇOĞLU, age., s. 376.

¹⁰³⁹ TUNCAY, age., s. 147.

¹⁰⁴⁰ HENDRICKX, Frank, “**Belçika'da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Duygu Doğan, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 93; Litvanya hukukunda benzer tanım için bkz. DAVULIS, Tomas, “**Litvanya'da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 258.

Türk hukukunda hem de çeşitli millî hukuk sistemlerinde¹⁰⁴¹, hukukî nitelik itibariyle, şüphesiz “sözleşme” olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴².

Uygulanacak hukukun tayini anlamında, toplu sözleşmeler iki şekilde kabul edilebilir: Normatif sözleşmeler ya da borçlar hukuku sözleşmeleri¹⁰⁴³. Toplu iş sözleşmelerinin normatif niteliği, işçi ve işveren ilişkilerini, hizmet sözleşmelerini toplu olarak düzenlemesinden gelmektedir¹⁰⁴⁴. Her toplu iş sözleşmenin zorunlu olarak normatif hükümleri bulunmaktadır¹⁰⁴⁵.

Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri, iş sözleşmesine ilişkin hükümler olabileceği gibi işyeri düzeni ve iş koşullarını düzenleyen hükümler de olabilir¹⁰⁴⁶. Bir toplu iş sözleşmesinin, iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler, iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler olabilir¹⁰⁴⁷. İş sözleşmesine ilişkin hükümler, yasal oranın üzerinde işçi alınması, süresi ne olursa olsun yazılı şekle tâbi tutulmaları, ücret, prim, ikramiye artışları, ek sosyal yardımlar, iş sözleşmesinin sona ermesi

¹⁰⁴¹ Çeşitli millî hukuk sistemleri için bkz. RIEBLE, agm., s. 47; LÖSCHNIGG, Günther, “Avusturya’da Toplu Sözleşme Sistemi”, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 70; HENDRICKX, agm., s. 92; WERGIN/WHITE, agm., s.119; KAUFMANN, Otto, “Fransa’da Toplu Sözleşme Sistemi”, Çev. Alpay HEKİMLER, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 186.

¹⁰⁴² SUR, Melda, **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil**, Ankara 1991, s. 3,(Teşmil); AKTAY, age., s.1; SUR, Toplu İlişkiler, s. 224; GÜNAY, age., s. 266.

¹⁰⁴³ KAUFMANN, agm., s.186; HENDRICKX, agm., s. 95; WERGIN/ WHITE, agm., s. 119; GERHARD, Ring/ Line OLSEN-RING, “Danimarka’da Toplu Sözleşme Sistemi”, Çev. Alpay HEKİMLER, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 157.

¹⁰⁴⁴ Bu anlamda, toplu iş sözleşmeleri kanun gibi etkiye sahiptir hatta toplu iş sözleşmelerinin normatif etkisinden söz edildiğinde, maddî içerikli kanun kavramı bile kullanılmaktadır. LÖSCHNIGG, agm., s. 71; KAUFMANN, agm., s. 186.

¹⁰⁴⁵ SUR, Teşmil, s. 3; AKTAY, age., s.30; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 418; ÇELİK, age., s. 505; RIEBLE, agm., s. 47; TUNCAY, age., s. 133; SEVER, Hatice, **Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti**, Ankara 2010, s. 22. Karşı görüş için bkz. REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri**, Ankara 1967, s. 25.

¹⁰⁴⁶ AKTAY, age., s.31; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 422-426; ÇELİK, age., s. 506; TUNCAY, age., s. 149; RIEBLE, agm., s. 48; HENDRICKX, agm., s. 95; KAUFMANN, agm., s. 186; ALES, Edoardo, “İtalya’da Toplu Sözleşme Sistemi”, Çev. Elif Gezgin, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 226.

¹⁰⁴⁷ AKTAY, age., s.32 vd.; KILIÇOĞLU, age., s. 383; TUNCAY, age., s. 151-152.

kapsamında fesih bildirim sürelerinin ya da ücretli izin sürelerinin artırılmasına yönelik olabilir¹⁰⁴⁸.

Toplu iş sözleşmelerinin işyeri düzeni ve iş koşullarına ilişkin hükümleri ise, ek işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını sağlayan, çalışma ortamını iyileştirmeye yönelik, spor tesisleri, kreş, yemekhane gibi sosyal amaçlı tesislere, iş süreleri, vardiyalar, yıllık izinlerin kullanılma zamanı gibi işyeri organizasyonuna ilişkin hükümler olabilir¹⁰⁴⁹.

Unutmamak gerekir ki bu hükümlerin bir kısmı parasaldır ve sadece sendika üyelerine uygulanır. Buna karşılık işyeri düzenine ilişkin hükümler, kural olarak bütün işçilere uygulanmaktadır¹⁰⁵⁰. İşyeri düzenine ilişkin hükümlerin, bütün işçilere uygulanmasının nedeni, bireysel menfaatlerin üstünde, işçilerin ortak çıkarları için öngörülmüş olmasıdır. Bu hükümlerin birey olarak işçiyi etkilemesi, toplu iş sözleşmesinin, bireysel iş sözleşmesi üzerindeki normatif etkisinden değil, onun işyerinde bulunan işçi topluluğunun bir üyesi olmasından kaynaklanır. İşverenin yükümlülüğü, sendikaya karşı değil, işyerindeki işçi topluluğuna karşıdır¹⁰⁵¹. Bu nedenle işçilerin sendikalı olup olmadıkları ikinci planda kalır¹⁰⁵².

Toplu iş sözleşmelerinin, borçlar hukuku sözleşmesi niteliği ise tarafların karşılıklı hak ve borçlarını ifade eder¹⁰⁵³. Her toplu iş sözleşmesinde, borç ilişkisi hükümlerine açıkça yer verilmeyebilir¹⁰⁵⁴; fakat özellikle toplu sözleşme hükümlerini iyi niyetle yerine getirme ve iş barışını koruma yükümlülükleri gibi konularda, taraflar arasında, bir borç ilişkisi

¹⁰⁴⁸KILIÇOĞLU, age., s. 387. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler ise yasal düzenlemeleri tekrarlayabilir ya da mevzuata gönderme yapabilir. “Nötr” hükümler olarak nitelendirilen bu hükümler, işçi ve işverenin tâbi oldukları kuralların birlikte gösterilmesi veya anımsatılması işlevini görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKTAY, age., s.30-31; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 421; SUR, Toplu İlişkiler, s. 225.

¹⁰⁴⁹ SUR, Toplu İlişkiler, s. 227; ÇELİK, age., s. 511; TUNCAY, age., s. 153-154.

¹⁰⁵⁰ Parasal hükümlerden, sendika üyesi olmayan işçilerin yararlanması, dayanışma aidatı ödeyerek, teşmil veya sendikanın yazılı onayı gibi bazı şartlarla mümkün olabilir. AKTAY, age., s. 92-93; SUR, Toplu İlişkiler, s. 226; HEKİMLER, agm., s. 364.

¹⁰⁵¹ TUNCAY, age., s. 154.

¹⁰⁵² TUNCAY, age., s. 155.

¹⁰⁵³ RIEBLE, agm., s. 48; ALES, agm., s. 227.

¹⁰⁵⁴ AKTAY, age., s. 37.

bulunduğu kuşkusuzdur¹⁰⁵⁵. Burada söz konusu olan hak ve borçlar, sadece toplu iş sözleşmesinin tarafları arasındadır¹⁰⁵⁶.

Toplu iş sözleşmesinin, hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, normatif etkileri bakımından, kamu hukuku alanına girmektedir. Bu görüşe göre, normatif hükümlerin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi, ancak kamu hukuku karakteriyle açıklanabilir¹⁰⁵⁷. Hatta borç ilişkisi hükümleri bile sadece tarafları değil toplumu ilgilendirmektedir¹⁰⁵⁸. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmeleri, bireysel menfaatleri değil, toplum menfaatlerini gözetmektedir¹⁰⁵⁹.

Diğer görüşe göre, toplu iş sözleşmeleri, bir özel hukuk sözleşmesidir¹⁰⁶⁰. Tarafları (sendikalar ve işverenler) özel hukuk kişileridir¹⁰⁶¹. Sözleşme özgürlüğü ilkesi dahilinde, taraflar, toplu iş sözleşmesi yapıp yapmamakta özgürdür ve hükümleri, gerçek bir pazarlığa dayanmaktadır¹⁰⁶². Normatif hükümleri koymaya yetkili taraflar özel hukuk kişisidir¹⁰⁶³.

Karma görüş olarak ortaya konan üçüncü görüşe göre, toplu iş sözleşmeleri *sui generis* sözleşmelerdir¹⁰⁶⁴. Hem bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak hem de normatif niteliği bakımından, çifte hukukî nitelik taşımaktadır¹⁰⁶⁵.

Almanya ve Fransa'da, toplu iş sözleşmelerinin özel hukuk yönü daha etkin iken¹⁰⁶⁶; Türk hukukunda, Yüksek Hakem Kurulu kararıyla oluşturulması ve teşmil yoluyla taraf iradelerinin ikincil kalması nedeniyle, toplu iş sözleşmelerinin kamu hukuku niteliği daha

¹⁰⁵⁵ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 428; SUR, Toplu İlişkiler , s. 225; SEVER, age., s. 24.

¹⁰⁵⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 426-427; TUNCAY, age., s. 157.

¹⁰⁵⁷ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı olarak bkz. ESENER, Turhan, **İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri**, İstanbul 1964, s. 71, (Toplu İş Sözleşmeleri); REİSOĞLU, age., s. 25; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 414-416.

¹⁰⁵⁸ SUR, Teşmil, s. 9-10; AKTAY, age., 23-24; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 415.

¹⁰⁵⁹ Bu görüşün ayrıntılı açıklaması için bkz. AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 412-414; KILIÇOĞLU, age., s. 378-379; SUR, Toplu İlişkiler, s. 233.

¹⁰⁶⁰ Bu görüşün açıklaması için bkz. SUR, Teşmil, s. 7; AKTAY, age., s. 20-23.

¹⁰⁶¹ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı olarak bkz. ESENER, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 71; REİSOĞLU, age., s. 26 vd.

¹⁰⁶² Yabancı doktrinde ayrıca bkz. LIUKKUNEN, age., s. 139.

¹⁰⁶³ REİSOĞLU, age., s. 26; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 413.

¹⁰⁶⁴ ESENER, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 72; EKONOMİ, age., s. 21; SUR, Teşmil, s.12; KILIÇOĞLU, age., s. 30; TUNCAY, age., s. 148.

¹⁰⁶⁵ EKONOMİ, age., s. 21; SUR, Teşmil, s.13; AKTAY, age., s. 25; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 418; ÇELİK, age., s. 512; SEVER, age., s. 27.

¹⁰⁶⁶ AKTAY, age., s. 25.

öndedir¹⁰⁶⁷. Ancak doktrinde, normatif hükümlere sahip olmasının, bir toplu iş sözleşmesini, kamu hukukuna yaklaştırmakla birlikte, kamu hukuku sözleşmesi ya da düzenlemesi olarak kabul etmede yeterli olmadığı, kaldı ki hiçbir Kıta Avrupası sisteminde, tarafları toplu iş sözleşmesi yapmaya mecbur tutan bir kuralın bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁶⁸.

Normatif hükümlerin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ise, çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır. Alman hukukunda, üçüncü kişi lehine sözleşme teorisi¹⁰⁶⁹; toplu iş sözleşmesinin, işyerinde üyelerini bağlayıcı bir topluluk oluşturduğu temelinde topluluk teorisi; tarafların üyelerin yasal temsilcisi olduğu temelinde temsil teorisi¹⁰⁷⁰; tarafları oluşturan birliklerin, devletten bağımsız şekilde çalışma şartlarını oluşturdukları gerekçesiyle birlik teorisi bulunmaktadır¹⁰⁷¹. Delegasyon kuramı olarak ifade edilen bir başka görüşe göre, norm oluşturma yetkisi, devlet tarafından sendikalara aktarılmıştır¹⁰⁷². Fakat devir olunan yetkinin, kamu hukuku karakteri devam etmektedir¹⁰⁷³. Bir başka teoriye göre, devletin sosyal tarafların bağımsız kural koyma yetkisini tanıdığı bir sosyal hukuk düzeni oluşmaktadır. Kendi düzenini kendinin belirlemesi (*auto determination*) prensibi uyarınca, sosyal taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkları, devlet müdahalesinden uzak bir biçimde, kendilerine özgü yöntemlerle çözmektedir¹⁰⁷⁴.

Milletlerarası unsurlu bir toplu iş sözleşmesi vasıflandırılırken, *lex fori*'ye katı bir şekilde riayet edilecek olursa, borçlar hukuku sözleşmesi yanı Türk hukukunda daha zayıf olduğu için, kanunlar ihtilâfi hukukunun dışında kabul edilecektir¹⁰⁷⁵. Oysa özel hukuk niteliğinin daha belirgin olduğu ülkelerde, toplu iş sözleşmelerinin milletlerarası unsur

¹⁰⁶⁷ SUR, Toplu İlişkiler, s. 234.

¹⁰⁶⁸ AKTAY, age., s. 26-27; TUNCAY, age., s. 160; Toplu iş sözleşmelerinin hukukî niteliğinin Yargıtay tarafından da özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesi ve karar özetleri için ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, age., s. 379-383.

¹⁰⁶⁹ SUR, Teşmil, s.16-17; KILIÇOĞLU, age., s. 377.

¹⁰⁷⁰ SUR, Teşmil, s.21; Ancak normatif etkilerin sendikaya üye olamayanlar üzerindeki etkilerini açıklamada, temsil ilişkisi yetersiz kalmaktadır. SUR, Toplu İlişkiler, s. 34.

¹⁰⁷¹ TUNCAY, age., s. 133.

¹⁰⁷² SUR, Teşmil, s.36; AKTAY, age., s. 22; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 414.

¹⁰⁷³ KILIÇOĞLU, age., s. 378; SUR, Toplu İlişkiler, s. 34; TUNCAY, age., s. 133.

¹⁰⁷⁴ TUNCAY, age., s. 134.

¹⁰⁷⁵ Bu yönde görüş için, TEKİNALP, age., s. 401; AYGÜL, agm., s. 249.

taşıması hâlinde, kanunlar ihtilâfi hukukunun konusunu oluşturması mümkündür. Ayrıca vasıflandırmanın, Türk hukukuna göre yapılması durumunda da, TSGLK m.66/1 hükmünün, bu Kanun'da hüküm olmayan hâllerde, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen diğer kanunlara gönderme yapması nedeniyle, özel hukuk sözleşmesi niteliği ağırlıklı¹⁰⁷⁶ *sui generis* bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılabacaktır¹⁰⁷⁷.

Toplu iş sözleşmeleri, kuruluşu, şekli, geçerliliği, hata ve hile nedeniyle sakatlanması, hükümsüzlüğü, değiştirilmesi, yorumu ve sona ermesiyle ilgili pek çok konuda sözleşmelere uygulanan hukuka tâbi olmalıdır¹⁰⁷⁸. Vasıflandırmanın bu şekilde yapılması, bizi, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinde de kanunlar ihtilâfi sorunlarının ortaya çıkabileceği sonucuna götürmektedir¹⁰⁷⁹.

Sonuç olarak milletlerarası özel hukuk bakımından, bir toplu iş sözleşmesi, genel olarak, işveren ve onun işçileri veya onların çalışma süresi ve koşullarını müzakere eden veya müzakere etmeyi isteyen temsilcileri veya kuruluşları arasındaki çalışma şartları ve süresine ilişkin bir süreç olarak tanımlanabilir¹⁰⁸⁰.

2. Toplu İş Sözleşmesine Milletlerarası Nitelik Kazandıran Unsurlar

İşverenler, işveren sendikaları ya da daha geniş anlamda işveren organizasyonları ile işçi sendikaları ya da işçi temsilcileri arasındaki ilişkiler, iş ilişkisinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu sendikaların pek çoğu kuruldukları ülke ile faaliyetlerini sınırlamıştır. Ancak işçi sendikaları ve işverenler ya da işveren sendikaları, sınır aşıcı toplu iş sözleşmeleri yapmak istediklerinde, şekle, ehliyete ve esasa uygulanacak hukuka dair sorunlar ortaya çıkmaktadır¹⁰⁸¹.

Sınır aşıcı toplu iş sözleşmelerinde, kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin üç durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, çok nadiren, farklı ülkelerden sendikalar ve

¹⁰⁷⁶ ENGİN, Murat, **Toplu İş Sözleşmesi Sistemi**, İstanbul 1999, s. 101.

¹⁰⁷⁷ SUR, Toplu İlişkiler, s. 235.

¹⁰⁷⁸ TUNCAY, age., s. 161.

¹⁰⁷⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 10.

¹⁰⁸⁰ SLATE, agm., s. 157.

¹⁰⁸¹ MORGENSTERN, age., s. 95.

işverenler ya da onların temsilcileriyle toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır¹⁰⁸². Örneğin, Milletlerarası Nakliye Çalışanları Federasyonu ile gemi sahibi işverenler arasında toplu iş sözleşmesi yapılması durumunda, toplu iş sözleşmeleri ne işveren şirketin ne de milletlerarası faaliyet gösteren sendikanın bulunduğu yerde yapılmaktadır¹⁰⁸³. Milletlerarası şirket grupları ile bir ülkenin coğrafi sınırlarını aşarak faaliyet gösteren ya da çeşitli ülkelerde temsilcilikleri, şubeleri bulunan işçi sendikaları arasında toplu iş sözleşmesi yapılması çok nadirdir¹⁰⁸⁴. Gerçek ulusötesi toplu iş sözleşmeleri olarak tanımlanan bu toplu iş sözleşmelerinin, işçi sendikalarının milletlerarası federasyonları ile işveren federasyonları arasında yapılması gerekir¹⁰⁸⁵ ancak bu konuda ne milletlerarası bir anlaşma ne de Avrupa Birliği düzenlemesi bulunmaktadır ve işin mutaden yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun, bu toplu iş sözleşmelerini tanıması koşuluyla etkili olabilecekleri bir gerçektir¹⁰⁸⁶.

Doktrinde, bir görüşe göre, gerçek ulusötesi bu sözleşmeleri, millî hukuklara göre toplu iş sözleşmesi olarak nitelemek işlevsel değildir çünkü millî hukuklar, toplu iş sözleşmesi düzenlemelerini milletlerarası unsura göre, yani milletlerarası alanda faaliyet gösteren sendikalara ve çok uluslu işveren gruplarına göre henüz adapte etmemiştir¹⁰⁸⁷.

Avrupa Birliği'ne Üye Devletleri kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yapma düşüncesi, Maastricht Anlaşması'na ek 14 No.lu Sosyal Politika Protokolüyle ivme kazanmıştır ve Avrupa Birliği düzeyinde toplu pazarlık yapılması tartışılmıştır ancak bunun teknik

¹⁰⁸² BOGDAN, Labor Relations, s. 218; GAMILLSCHEG, agm., s. 332-333; MORGENSTERN, age., s. 97-98; KREBBER, agm., s. 536; DORSSEMONT, agm., s. 257; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s.7. Deniz iş hukuku alanında, *International Transport Worker's Federation* gemi çalışanlarının çalışma koşullarını düzenlemek için sınır aşıcı toplu iş sözleşmeleri yapmaya çalışmaktadır. AT Antlaşması'nın sosyal diyaloga ilişkin 138 ve 139. maddeleri ise, bu konuda milletlerarası özel hukuk meselelerini çözecek bir öneri getirmemiştir. KREBBER, agm., s. 536.

¹⁰⁸³ MORGENSTERN, age., s. 105.

¹⁰⁸⁴ Örneğin 1967 tarihinde, Chrysler firmasının hem Kanada da hem de Birleşik Devletler'de çalışan işçilerini temsil eden işçi sendikası, bu işverenle toplu iş sözleşmesi yapmıştır. MORGENSTERN, age., s. 105.

¹⁰⁸⁵ KREBBER, agm., s. 536.

¹⁰⁸⁶ GAMILLSCHEG, agm., s. 334; KREBBER, agm., s. 536.

¹⁰⁸⁷ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 7.

zorlukları bulunduğu bir gerçektir¹⁰⁸⁸. Öncelikle Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerin, çok uluslu şirketlere ve toplu iş sözleşmesine dair mevzuatı yeknesaklaştırmaları gerekir. Ne Avrupa Birliği Anlaşmasında ne de Sosyal Politikaya Dair Anlaşmada toplu iş sözleşmesi yapılmasına yönelik açık bir hüküm bulunmaktadır. Yalnızca, Çalışanların Sosyal Hakları Temel Şartı'nda¹⁰⁸⁹, işveren ve işçi kuruluşlarının Avrupa düzeyinde sosyal diyalogu geliştirmeleri düzenlenmiştir (m.12). Bununla birlikte, 2001 tarihinde, Avrupa Birliği'nde şirket birleşmelerini ve Avrupa tipi şirket kurulmasını düzenleyen 2157/ 2081 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü kabul edilmiştir¹⁰⁹⁰. Avrupa tipi şirketteki işçi hakları ise 2001 tarihli Konsey Direktifinde¹⁰⁹¹ düzenlenmiştir. Bu direktifte, Avrupa Şirketi'nin değişik üye devletlerden seçilen temsilcilerinden oluşan pazarlık üniteleriyle nasıl görüşme yapacağı ve şirket hakkında bu üniteleri nasıl bilgilendireceği düzenlenmiştir¹⁰⁹². Sadece Direktifin 6. maddesinde, görüşme usulüne, Avrupa Şirketinin tescilli ofisinin bulunduğu Üye Devletin hukukunun uygulanacağı hükmü bulunmakta; Direktif başkaca bir kanunlar ihtilâfı kuralı içermemektedir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği düzeyinde de Avrupa Şirketine ilişkin maddî hukuk düzenlemeleri dışında, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk hâlen belirsizliğini korumaktadır¹⁰⁹³.

İkinci durum, bir ülkede, herhangi bir temsilciliği, bağlı ortaklığı ya da şubesi olmayan ama o ülkede faaliyet gösteren yabancı şirket ile, o ülkede kurulmuş işçi sendikası

¹⁰⁸⁸ TUNCAY, age., s. 144.

¹⁰⁸⁹ *Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers*, http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions/%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf (szt.16.10.2011).

¹⁰⁹⁰ *Council Regulation (EC) No. 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company*, OJ., L294, 10/11/2001 P 0001-0021. Bu şirket halk tipi sınırlı sorumlu bir şirket tipidir ve ayrı ülkelerde faaliyette bulunan en az iki şirketin birleşmesinden oluşan ve değişik ülkelerin kanunlarına göre yönetilen bir şirkettir. TUNCAY, age., s. 145.

¹⁰⁹¹ *Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 Supplementing the Statute for a European Company with Regard to the Involvement of Employees*, OJ., L294, 10/11/2001, P22-32.

¹⁰⁹² Ayrıntılı bilgi için ALES, Edoardo/ENGBLOM, Samuel/JASPERS, Teun/LAULOM, Sylvaine/SCIARRA, Silvana/SOBCZAK, Andre/VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, **Transnational Collective Bargaining Past, Present and Future, Final Report**, European Commission, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2 Manuscript completed in February 2006.

¹⁰⁹³ WERGIN/ WHITE, agm., s. 121; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 14.

arasında toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır. İşveren taraf bakımından milletlerarası unsur taşıyan bu toplu iş sözleşmeleri, daha çok nakliye ve havayolu iş ilişkilerinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁴.

Üçüncü durum, işçi organizasyonları, işverenler ve onların arasındaki toplu görüşme sürecinin temelde ülkesel, millî olması fakat sınır aşıcı etkilerinin bulunmasıdır¹⁰⁹⁵. Örneğin işveren ve işçi sendikasının, işin mutaden yapıldığı işyerinde akdettikleri bir toplu iş sözleşmesinde, geçici olarak yabancı bir ülkede çalışılacak olan dönemde de bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmış olabilir¹⁰⁹⁶. Gerçekten bu üçüncü durumda, millî hukuklar, işçi sendikasının temsil yetkisi bulunması ya da diğer resmî gerekliliklerin yerine getirilmesi gibi bütün millî koşullar sağlandıysa, bu toplu iş sözleşmelerini, millî hukuka uygun kabul etmektedir. Örneğin Fransız hukuku böyledir¹⁰⁹⁷.

Benzer şekilde, İngiliz hukuku, bir toplu iş sözleşmesinin, bir veya birden fazla işçi sendikası ile bir veya birden fazla işçi kuruluşu arasında yapılmasını ve tespit edilen hususlara ilişkin hükümler içermesini ve hukuken icra edilebilir sözleşme yapma niyetini aramaktadır¹⁰⁹⁸. Almanya ve Hollanda'da ise toplu iş sözleşmelerinin, işçileri temsil eden tek bir çalışma konseyi ile işverenler arasında yapılması ve çalışma konseyinin toplu iş sözleşmesini imzalaması aranmaktadır¹⁰⁹⁹.

Akdedilme süreci ve tarafları bakımından millî karakterli bir toplu iş sözleşmesinin, ülkede bulunan yabancı işçiler ve yabancı işverenler bakımından bağlayıcı olup olmadığı ve yabancı ülkede bulunan işçilere yukarıda verilen örnekte olduğu gibi ülkesel sınırlarını aşarak uygulanıp uygulanamayacağı, toplu iş sözleşmelerinin kendine özgü yapısına bağlıdır¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁴ MORGENSTERN, age., s. 105.

¹⁰⁹⁵ BOGDAN, Labor Relations, s. 218; GAMILLSCHEG, agm., s. 332-333; MORGENSTERN, age., s. 97-99; KREBBER, agm., s. 536; DORSSEMONT, agm., s. 257; YAMAKAWA, agm., s. 371.

¹⁰⁹⁶ MORGENSTERN, age., s. 98-99; KREBBER, agm., s. 536.

¹⁰⁹⁷ KAUFMANN, agm., s. 181; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 7.

¹⁰⁹⁸ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 7-8.

¹⁰⁹⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

¹¹⁰⁰ MORGENSTERN, age., s. 100.

3. Toplu İş Sözleşmesinin Tarafları

a. Sendika- İşçi ve İşveren Sendikaları

Sendika kavramının içeriği, ülkelerin, ekonomik, sosyal ve politik düzeninde; sendikaların rolüne ve hatta zamana göre değişiklik göstermektedir. Türkçe “sendika” sözcüğü, hem işçi hem de işveren birliklerini ifade etmektedir. Buna karşılık, Almanya, İngiltere ve Birleşik Devletler'de, işçi ve işveren sendikaları için farklı terimler vardır¹¹⁰¹.

Genel olarak toplu iş hukukunda, işveren taraf sendika olabileceği gibi bazen tek başına işveren de olabilir; işçi taraf ise her zaman sendikadır¹¹⁰². Bazı ülkelerde sadece işçi sendikaları taraf olabilirken, diğer ülkelerde, işçi tarafın niteliğinde sınırlama getirilmemiştir¹¹⁰³. Örneğin Alman Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre, toplu iş sözleşmesinin bir tarafı işçi sendikası iken, diğer tarafı işveren sendikası ya da tek başına işveren olabilir (m.2). İsviçre Borçlar Kanunu'na göre, toplu iş sözleşmelerinin bir veya birden çok işveren veya bu işverenlerin birlikleriyle, işçi sendikaları arasında yapılabileceği kabul edilmiştir. Birleşik Devletler'de, toplu iş sözleşmelerinin işveren ile işçilerin seçilmiş temsilcisi sayılan sendika arasında yapılması gerekir¹¹⁰⁴. İsveç Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre toplu iş sözleşmeleri işçi kuruluşları ile işveren veya işveren kuruluşları arasında yapılabilir (m.23).

Türk hukukunda, Sendikalar Kanunu'nun 3. maddesinde, işçi ve işveren sendikalarının, bir işkolunda, örgütlenme alanı olarak da “Türkiye çapında” faaliyette bulunmak amacıyla o işkolunda çalışan işçi ve işverenler tarafından kurulacağı öngörülmüştür.

¹¹⁰¹ Örneğin Almanya'da, işçi sendikası için “*gewerkschaft*”, işveren sendikası için “*arbeitgebersverband*”; İngiltere ve Birleşik Devletler'de, işçi sendikası için “*trade union*”, işveren sendikası için “*employers association*” terimleri kullanılmaktadır. TUNCAY, age., s. 3.

¹¹⁰² SUR, Teşmil, s.58-59; TUNCAY, age., s. 1. Anayasa'nın 53. maddesinde ve Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde, işçilere ve işverenlere, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tanınmıştır.

¹¹⁰³ SUR, Teşmil, s. 62.

¹¹⁰⁴ TUNCAY, age., s. 147.

İşçi ya da işveren sendikası olsun, genel olarak sendikaların, diğer meslek kuruluşlarından büyük farklılıkları bulunmaktadır. Sendikaların serbest irade ile kurulmaları esastır¹¹⁰⁵ oysa meslek kuruluşları genellikle yasa ile kurulur ve üyelik zorunluluğu vardır¹¹⁰⁶. Ayrıca her meslek grubu için tek bir meslek kuruluşu oluşturulabilir. Buna karşılık aynı işkolunda birden fazla sendika kurulabilir. Sendikalar, aynı meslek mensupları tarafından kurulabileceği gibi bir işyerinde ya da bir işyerini de içine alan bir işkolunda çalışanlarca da kurulabilir¹¹⁰⁷.

Anayasa'nın 51. maddesi ve Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinden hareketle, sendika, işçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve yararlarını korumak ve geliştirmek için serbestçe meydana getirdikleri ve demokratik ilkelere uygun olarak işleyen ve faaliyette bulunan bağımsız özel hukuk tüzel kişisidir¹¹⁰⁸. Bu tanımda, işçilerin ya da işverenlerin, çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve yararlarını korumak ve geliştirmek amacı, serbestçe kurulabilmesi¹¹⁰⁹ ve siyasi partilere¹¹¹⁰ ve diğer sosyal taraflara yani işçi sendikalarının işverenlere, işveren sendikalarının da işçilere karşı bağımsız olması¹¹¹¹ sendikaların en önemli unsurlarıdır¹¹¹².

Türk hukukunda sendikalar ve üst kuruluşları tüzel kişiliğe sahiptir¹¹¹³ (Sendikalar Kanunu m.2). Sendikalar, kamu hukukuna dair bazı hak ve yetkilere sahip olmakla birlikte, serbest iradeyle kurulma, devlete karşı bağımsız olma ve kendi kendine yönetim ilkeleri

¹¹⁰⁵ SEVER, age., s. 33.

¹¹⁰⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 275; KILIÇOĞLU, age., s. 36.

¹¹⁰⁷ TUNCAY, age., s. 3-4.

¹¹⁰⁸ HEKİMLER, agm., s. 352; TUNCAY, age., s. 17.

¹¹⁰⁹ Anayasa'nın 51. maddesine göre, çalışanlar ve işverenler, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilirler.

¹¹¹⁰ Sendikalar Kanunu'nun 40. maddesinde, devlet, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların iştiraklerinin, sendika ve konfederasyonlara malî yardım ve bağışta bulunamayacağı ve bu kurum ve kuruluşlardan yardım ve bağış kabul edemeyecekleri düzenlenmiştir.

¹¹¹¹ İşverenlerin işçi kuruluşlarına, işçi kuruluşlarının da işveren kuruluşlarına üye olmalarına izin verilmemesine, "sendikaların saflığı ilkesi" denilmektedir. Sendikalar Kanunu'nu m.38, m.40. Sendikaların saflığı ilkesi üzerine ayrıntılı olarak bkz. KILIÇOĞLU, age., s. 37; SEVER, age., s. 33.

¹¹¹² TUNCAY, age., s. 18-19.

¹¹¹³ Sendikalar Kanunu'nun 6. maddesine göre, sendika ve konfederasyonlar, tüzüklerini ve diğer belgelerini, ilgili valiliğe tevdi etmekle tüzel kişilik kazanırlar.

bakımından, özel hukuk tüzel kişisi kabul edilmektedir¹¹¹⁴. Sendika şubelerinin ise tüzel kişiliği bulunmamaktadır¹¹¹⁵.

Bazı millî hukuk sistemlerinde, sendikaların tüzel kişiliğe sahip olmadıkları görülmektedir. Örneğin İngiltere'de sendikaların tüzel kişiliği yoktur. Ancak bir tüzel kişiliğin sahip olabileceği neredeyse bütün haklara sahip oldukları ve borçlar edinebildikleri görülmektedir¹¹¹⁶. Birleşik Devletler'de, işçi sendikalarının tüzel kişiliği vardır. Ayrıca mavi yakalı işçilerin üye oldukları işçi sendikaları yanında, daha çok belirli bir meslek grubunu ya da fikir işçilerini örgütleyen işçi dernekleri (*employee associations*) vardır. İşçi derneklerinin de toplu iş sözleşmesi yapma hakkı vardır. Sendikaların, özel hukuk tüzel kişisi oldukları kabul edilmektedir¹¹¹⁷. Fransa'da hem işçi hem de işveren sendikalarının tüzel kişiliğe sahip oldukları kabul edilmekte, buna karşılık Almanya'da işveren kuruluşları tüzel kişiliğe sahip dernek statüsünde, işçi sendikaları ise adi ortaklık statüsündedir¹¹¹⁸. Belçika'da da Alman hukukuna benzer şekilde işçi sendikalarının tüzel kişiliğinin bulunmadığı, işveren sendikalarının ise dernek statüsünde olduğu benimsenmiştir. İsviçre'de, hem işçi hem de işveren sendikaları, Medenî Kanununun derneklerle ilgili hükümlerine tâbidir ve tüzel kişiliğe sahiptir¹¹¹⁹.

b. İşveren

Bir toplu iş sözleşmesinin taraflarından biri millî hukuk düzenlerinde, genellikle işçi sendikası ya da işçi kuruluşları iken diğer taraf, bir işveren sendikası ya da kuruluşu olabileceği gibi tek başına işveren de olabilir. İşveren tarafın vasıflandırılması önceki bölüm de bireysel iş sözleşmesinin tarafı olarak yapıldığından, bu başlıkta, toplu iş sözleşmelerinde, işveren tarafın vasıflandırılmasında önem arz eden konulardan biri olan , holding veya şirket topluluklarının işveren niteliği vasıflandırılacaktır.

¹¹¹⁴ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 269-270; TUNCAY, age., s. 22.

¹¹¹⁵ KILIÇOĞLU, age., s. 44.

¹¹¹⁶ PITT, age., s. 320.

¹¹¹⁷ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 269-270; TUNCAY, age., s. 23.

¹¹¹⁸ TUNCAY, age., s. 23.

¹¹¹⁹ TUNCAY, age., s. 23.

Örneğin Alman hukukunda, holdingler, işveren kabul edilmedikleri için şirketler topluluğu olarak toplu iş sözleşmesi akdetme ehliyetleri bulunmamaktadır. Şirketlerinde işçi istihdam eden şirketler topluluğu, işveren sayılmadığı için bağlı şirketlerinde çalışanlarla toplu sözleşme yapması mümkün değildir. Holdingin tümünü kapsayabilecek düzeyde kapsama sahip olan bir toplu sözleşme için, ancak holdinge bağlı işletmelerin bir işveren örgüte üye olmaları ve işletmelerin paralel işletme toplu iş sözleşmeleri imzalamaları gerekir¹¹²⁰.

Türk hukukunda, bir holding her ne kadar çalışanların aidiyet duygusu, personel organizasyonu, insan kaynakları vs. konularda ortaya çıkan ilkeler ve uygulamalar açısından bütünlük taşısa da, bu holdinge ya da bu şirket grubuna bağlı her şirket, hukukî yapısı bakımından ayrı birer işveren niteliği taşır¹¹²¹. Dolayısıyla bu holdinglere bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni, holding veya şirket topluluğu değil, iş sözleşmesinin tarafı olan şirket olduğu için¹¹²²; toplu iş sözleşmesinin tarafı da ancak holdinge bağlı olan şirket kabul edilmektedir.

4. Millî Hukuklarda Toplu İş Sözleşmesi Yapılması Zorunluluğu

İşçi kuruluşları ile işverenler ya da işveren kuruluşları arasındaki toplu pazarlık süreci ve nihayetinde toplu iş sözleşmelerinin akdedilmesi, günümüzde neredeyse bütün ülkelerde gönüllülük esasına dayanır. Bir toplu iş sözleşmesinin de iki tarafın karşılıklı ve özgür iradeleriyle haklar elde etmesi ya da borçlar altına girmesi olarak vasıflandırılması sonucunda; toplu iş sözleşmelerinin bir “sözleşme” olduğu sonucuna varılmaktadır.

Ancak geçmiş tarihlerde bazı ülkelerde ve günümüzde kimi iş ilişkilerinde, toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğunun bulunduğu istisnaî örneklere rastlamak mümkündür. Bu ülkelerde, toplu iş uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulmasında, taraflara grev ya da

¹¹²⁰ RIEBLE, agm., s. 36.

¹¹²¹ SÜZEK, age., s. 139.

¹¹²² SÜZEK, age., s. 139.

lokavta başvurma olanağı tanınmamıştır¹¹²³. Uyuşmazlıkların devletin atayacağı kişi veya kişiler ya da zorunlu hakem aracılığıyla çözümlenmesi benimsenmiştir¹¹²⁴.

Daha çok otoriter siyasî rejimlerle idare edilen ülkelerin hukuk sistemlerinde, toplu iş uyuşmazlığını çözecek kişi ya da kurulların kararları kesin ve bağlayıcıdır. İkinci dünya savaşı öncesinde, faşist İtalya ve Nazi yönetimi altında Almanya bu sisteme örnek gösterilebilir. Örneğin, 1938 yılında, Avusturya'nın Almanya'ya bağlanmasının ardından, 1939 tarihli, Millî Düzeyde İşin Düzenlenmesi Kanunu ile özgür koalisyon haklarının yerini, nasyonal işletme birliği düzeni almıştır. Bu kanun ile, çalışma ilişkileri devlet tarafından dikte ettirilmiş ve toplu iş sözleşmelerinin yerini, toplu sözleşme emirleri almıştır¹¹²⁵. Toplu iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getiren sistemlere bir diğer örnek komünist rejimle yönetilen ülkelerdir¹¹²⁶.

Ülkemizde, 1963'de yürürlüğe giren 275 sayılı Kanun ile toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu hakem sistemi kaldırılmıştır¹¹²⁷. 1980 askeri müdahalesiyle, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kısıtlanarak, bu hakların kullanımı bir süre devlet denetimine alınmıştır. Aynı yıl 2364 sayılı Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yeniden Yürürlüğe Konulması Hakkında Kanun uyarınca, tarafların iradesine başvurmaksızın süresi sona eren toplu iş sözleşmeleri zorunlu tahkim yoluyla yeniden yürürlüğe konulmuştur¹¹²⁸. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen 1983 tarihli 2822 sayılı TSGLK ile grev ve lokavta gitmeden önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.

Günümüzde, Türk hukukunda, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde, grev ve lokavtın uygulanmasının önşartı olarak olağan arabuluculuk esası kabul edilmiştir (TSGLK m.22 vd.). Ancak aracılucunun tarafları zorlama ve bağlayıcı karar alma yetkisine sahip

¹¹²³ KOCAOĞLU, Mehmet, **Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu**, Ankara 1999, s. 13.

¹¹²⁴ KOCAOĞLU, age., s. 13; TUNCAY, age., s. 257.

¹¹²⁵ LÖSCHNIGG, agm., s. 61.

¹¹²⁶ KOCAOĞLU, age., s.13; TUNCAY, age., s. 257.

¹¹²⁷ KOCAOĞLU, age., s.14.

¹¹²⁸ TUNCAY, age., s. 259.

olmadığını belirtmek gerekir¹¹²⁹. Bu noktada arabuluculuk, toplu görüşme sürecinde anlaşma sağlanamamışsa, gidilmesi zorunlu fakat tarafların kabulüne yönelik bir süreçtir¹¹³⁰.

Türk hukukunda mevcut ikinci durum, olağanüstü arabuluculuk¹¹³¹ ya da siyâsî kişilerin arabuluculuğu¹¹³² olarak anılan, karar verilmiş veya başlamış grev veya lokavtın genel sağlık ya da millî güvenlik nedeniyle Bakanlar Kurulu'nca ertelenmesi hâlinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın bizzat ya da resmî arabulucu listesinden seçeceği bir arabulucu ile uyuşmazlığın çözümlenmeye çalışılmasıdır (TSGLK m.33 vd.). Bu durumda resmî arabulucunun çabası olumlu sonuçlanmazsa veya taraflar uyuşmazlığı anlaşarak özel hakeme intikal ettirmese, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kuruluna başvuracaktır. Bu noktada tarafların grev ve lokavta başvurma hakkı kalmayacaktır¹¹³³.

Son olarak, grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve işyerleri için, grev ve lokavtın geçici bir süre yasaklanması, grevin oylanması sonucunda grevin reddedilmesi durumlarında, arabuluculuk aşaması da başarısız kalmışsa¹¹³⁴, Yüksel Hakem Kuruluna zorunlu tahkim başvurusu söz konusu olmaktadır. Yüksek Hakem Kurulunun kararı kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir (TSGLK m.55).

5. Kanunlar İhtilâfı Hukukunun Düzenleme Alanına Giren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Genel Çerçevesinin Belirlenmesi

Toplu iş sözleşmeleri, bir yandan tarafları arasında hak ve yükümlülükler doğurmakta, diğer yandan toplu iş sözleşmesinde imzası olmayan işçiler için hak ve yükümlülükler yaratmaktadır¹¹³⁵. Uygulanacak hukukun tayininden önce, milletlerarası unsur

¹¹²⁹ KOCAOĞLU, age., s. 14-15; KILIÇOĞLU, age., s. 576; TUNCAY, age., s. 261.

¹¹³⁰ TUNCAY, age., s. 266.

¹¹³¹ ÇELİK, age., s. 500 vd.

¹¹³² TUNÇOMAĞ/CENTEL, age., s. 336 vd.

¹¹³³ KOCAOĞLU, age., s. 15; TUNCAY, age., s. 267.

¹¹³⁴ TUNCAY, age., s. 275.

¹¹³⁵ MORGENSTERN, age., s. 100. Örneğin Fransa'da toplu iş sözleşmelerinin, işvereneler ve işçi temsilcileri arasında karşılıklı taahhütler içerdiği kabul edilmektedir ve içeriğine bağlı olarak bazı taahhütlerin, işçiler için mahkemeler önünde dayanılabilecek, hak ve yükümlülükler garanti altına alan karşılıklı davranışlar olduğu belirtilmiştir. VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

taşıyan toplu iş sözleşmelerinin hangilerinin kanunlar ihtilâfi hukukunun düzenleme alanına girdiği tespit edilmelidir. Bu tespit için üç unsur değerlendirilmelidir. Öncelikle, özel hukuka ilişkin bir işlem ya da ilişkinin bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Ardından, tarafların özgür iradeleriyle akdedikleri bir sözleşmenin mevcut olup olmadığı tartışılmalıdır. Son olarak, tarafların özgür iradeleriyle akdedilmiş olsa bile bağlayıcı bir sözleşmesel ilişkinin meydana gelip gelmediği tespit edilmelidir.

MÖHUK'un, “Kapsam” başlıklı birinci maddesine göre, “*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuk... bu Kanunla düzenlenmiştir*”. Milletlerarası özel hukukta, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere uygulanma, kamu hukuku kişilerinin talepleri ve kamu hukuku kişilerine karşı ileri sürülecek talepleri kural olarak kapsam dışı bırakmaktadır¹¹³⁶.

Toplu iş sözleşmelerinin, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler kapsamında olup olmadığının tespitinden başlamak gerekirse; MÖHUK'ta, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, toplu iş sözleşmeleri, kamu hukukuna ait bir alan içinde değerlendirilmiş ve bu alanda kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasının söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir¹¹³⁷. Ancak millî hukuk düzenlerinde, bir sözleşmenin mevcudiyeti için aranan özel gereklilikler, milletlerarası özel hukuka göre bir ilişkiyi sözleşme olarak vasıflandırmada belirleyici olmamalıdır¹¹³⁸. Ayrıca bir sözleşmenin varlığı ve maddî geçerliliği de yine sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir¹¹³⁹.

Teorik olarak, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler, kamu menfaatiyle yapılan ya da kamu gücünü kullanarak gerçekleştirilen işlem ve ilişkileri kapsam dışı bırakmaktadır¹¹⁴⁰. İş hukuku gibi sosyal hukuka dair alanların, milletlerarası özel hukukun kapsamı dışında

¹¹³⁶ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

¹¹³⁷ TEKİNALP, age., s. 401.

¹¹³⁸ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

¹¹³⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

¹¹⁴⁰ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 8.

kaldığını söylemek güçtür. Bir tarafın devletin sağladığı imtiyazlara dayanarak hareket etmesi, bu alanı özel hukuka dair işlem ve ilişkiler dışında tutmak için yeterli kabul edilmemelidir. Bir toplu iş sözleşmesinde, özel hukuk kişisi olan taraflar, özel hukuk kuralları yapmaya çalıştıklarına göre, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler içinde olduklarının kabul edilmesi gerekir¹¹⁴¹. Kaldı ki Türk doktrininde de, milletlerarası özel hukuk kurallarının, çeşitli menfaatleri dikkate alarak, kişiler arasındaki özel hayat ilişkilerini düzenlemeye çalıştığı, bu menfaatler arasında kamu hukukuna ait olanların da bulunabileceği, menfaatler arasında kamu hukukuna ait menfaatlerin de yer almasının, özel maddî hukuk için de söz konusu olabileceği belirtilmiştir¹¹⁴².

Değerlendirilmesi gereken ikinci husus, toplu iş sözleşmelerinin, tarafların özgür iradesiyle akdedilen bir sözleşmesel ilişki kapsamında olup olmadığının tespitidir. Bir ilişkinin sözleşmeden doğan ilişki olması için tarafların iradesinin, karşılıklı olarak ve özgür bir şekilde ortaya çıkması gerekir. Toplu iş sözleşmesini akdeden tarafların da gerek imza yetkisi gerekse temsil ettikleri taraflar bakımından özgürce biraraya gelmesi gerekir.

Bu noktada, millî hukuk düzenlerinde, toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğu bulunan durumlar gözardı edilemez. Sendikalar ya da işçi konseyleri ile işverenlerin, özgür iradeleri söz konusu olmaksızın taahhüt altına girmeleri “sözleşme” olarak nitelenemez. O hâlde, millî hukuk düzenlerinde, toplu iş sözleşmesi yapılmasını zorunlu kılan durumlar, şüphesiz, kanunlar ihtilâfi hukukunun kapsamı dışındadır¹¹⁴³.

Son olarak toplu iş sözleşmelerinin, bağlayıcı bir sözleşmesel ilişki yaratıp yaratmayacağını tespiti gereklidir. Milletlerarası özel hukuka göre, “sözleşmeden doğan” bir ilişkinin söz konusu olması için iki tarafın karşılıklı olarak ve özgür iradeleriyle borç ilişkisi içine girmeleri gerekir fakat bu ilişkinin millî hukuklara göre mutlaka “sözleşme” olarak

¹¹⁴¹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 9.

¹¹⁴² NOMER/ŞANLI, age., s. 14.

¹¹⁴³ Sendikalar ya da işçi konseyleri ile işverenlerin, özgür iradeleri söz konusu olmaksızın borç altına girmeleri durumunda, bu ilişkinin, sözleşme dışı ilişkilere dahil olacağı yönünde görüş için bkz. VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 10.

vasıflandırılması gerekmez¹¹⁴⁴. Bu, vasıflandırmanın genişletilerek yapılmasıdır. O hâlde, işçiler ve işverenler arasındaki bu ilişkilerin, hukukî olarak bağlayıcı olduğu ölçüde şüphesiz sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir¹¹⁴⁵.

Bu noktada örneğin İngiliz hukukunda yer alan toplu iş sözleşmesi süreci ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir. İngiliz hukukunda toplu iş sözleşmeleri kural olarak bağlayıcı değildir, “*centilmenlik sözü*” olarak tanımlanabilen, sözlü temellere dayanarak oluşturulan bir yapıdadır¹¹⁴⁶. Bağlayıcılık ölçütü bakımından İngiliz hukukunda toplu iş sözleşmeleri, çalışma şartlarını ve işçi ile işveren arasındaki diğer konuları da düzenleyen fakat hukukî bağlayıcılığı ve uygulanma zorunluğu bulunmayan sözleşmelerdir¹¹⁴⁷. Kıta Avrupası ülkelerinin tam tersine, yalnız ahlakî bağlayıcılık gerçeği, yaptırımların mahkemelerde değil işveren ve sendikalarda bulunması anlamına gelmektedir¹¹⁴⁸. Toplu iş sözleşmesinin, üçüncü kişileri de bağlaması isteniyorsa, bunun ya toplu iş sözleşmesinde açıkça yazılması gerekir ya da bireysel iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesine dair somut bir göndermenin bulunması gerekir¹¹⁴⁹.

Milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde, bu gibi sözleşmelerin borçlar hukuku sözleşmeleri olarak kabul edilmesi gerekir. Millî karakterli bir toplu iş sözleşmesinin hangi hükümlerinin, ülkedeki yabancı işçilere ve işverenlere uygulanabileceği ya da sınır aşıcı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı ise toplu iş sözleşmesinin normatif ve genel etkisinin belirlenmesine yani bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki etkisine bağlıdır¹¹⁵⁰.

Sözleşmesel taahhütler, doğrudan toplu iş sözleşmesini imza eden taraflar üzerinde doğmaktadır. Aynı zamanda toplu iş sözleşmesinde imzası bulunmayan üçüncü kişiler

¹¹⁴⁴ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 9.

¹¹⁴⁵ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 18.

¹¹⁴⁶ WERGIN/ WHITE, agm., s. 110.

¹¹⁴⁷ PITT, age., s. 130.

¹¹⁴⁸ WERGIN/ WHITE, agm., s. 111.

¹¹⁴⁹ WERGIN/ WHITE, agm., s. 111.

¹¹⁵⁰ LIUKKUNEN, age., s. 120; DORSSEMONT, agm., s. 270; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 15.

yararına sonuçlar da doğurmaktadır. Bu durumda, işverenin taahhüdünün, bundan faydalanan üçüncü kişiler açısından, karşılıklı bir taahhüt olduğu söylememiz. Ancak bu gibi tek taraflı taahhütlerin de sözleşmeden doğan bir borç olduğunun kabulü gerekir¹¹⁵¹. Bu gerekçeyle, bireysel olarak işçinin, işçi konseylerinin ya da sendikaların talepleri bağlayıcı olduğu sürece, sözleşmeden doğan taleplerdir.

B. Kanunlar İhtilâfı Metodolojisi Dahilinde Toplu İş Sözleşmelerine

Uygulanması Muhtemel Bağlama Kurallarının Tespiti

Toplu iş sözleşmesi hakkının kullanılabilmesi için sendika özgürlüğünün tanınması temel bir şarttır. Örgütlenme hakkı, milletlerarası düzeyde tanınmış bir haktır ve sendika hakkının temelinde de serbestçe örgütlenme hakkı bulunmaktadır. Günümüzde, bir insan hakkı olarak neredeyse bütün milletlerarası belgelerde ve pek çok millî anayasada düzenlenmiştir¹¹⁵². Türkiye'nin tarafı olduğu, 11, 87,98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri¹¹⁵³, Avrupa Sosyal Şartı¹¹⁵⁴ (m.5-6), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹¹⁵⁵ (m.23), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹¹⁵⁶ (m.11), Medenî ve Siyasî Haklara Dair Birleşmiş Milletler

¹¹⁵¹ Tek taraflı taahhütlerin, sözleşmeden doğan bir ilişki ortaya çıkarması için, icabın yeterli açıklıkta yapılması gerekir fakat icabın kabul edilmek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. VAN HOEK/HENDRICKX, age., s. 9.

¹¹⁵² AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 287; TUNCAY, age., s. 24.

¹¹⁵³ *Convention concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers Convention:C011;* *Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention:C087*, *Convention concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively Convention:C098*; *Convention concerning Protection of the Right to Organise and Procedures for Determining Conditions of Employment in the Public Service Convention:C151*, <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, (szt.17.10.2011).

¹¹⁵⁴ *European Social Charter*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/035.htm>, (szt.17.10.2011).

¹¹⁵⁵ *The Universal Declaration of Human Rights*, <http://www.un.org/en/documents/udh>, (szt.17.10.2011).

¹¹⁵⁶ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>, (szt.17.10.2011).

Sözleşmesi¹¹⁵⁷ ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin¹¹⁵⁸ sendikal haklar bakımından ayrı bir önemi vardır¹¹⁵⁹.

Sendikaların görüşmede bulunma hakkı vardır ve gerektiğinde bu müzakereleri etkilemek için sendikalar, toplu hareketlerde bulunmaktadır. Bu hak milletlerarası alanda mutlak olarak tanınmıştır ancak milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinin, ehliyeti, şekli ve esasına uygulanacak hukuka dair iki ya da çok taraflı bir sözleşme ya da millî hukuklarda yer alan hukukî bir düzenleme bulunmamaktadır.

Milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti ise millî hukuklara bırakılmıştır¹¹⁶⁰. Milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerini hangi millî hukukun idare etmesi gerektiği, hâlen kanunlar ihtilâfi hukukunun konusunu oluşturmaktadır¹¹⁶¹.

1. Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyete Uygulanacak Hukuk

a. Ehliyetin Vasıflandırılması

Toplu iş sözleşmelerinde ehliyete uygulanacak hukuk, bir derneğin ya da daha geniş anlamda özel hukuk tüzel kişinin “sendika” olup olmadığı, sendika ise toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığı, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin kaybedilip kaybedilmediği gibi konuları idare edecektir¹¹⁶². Benzer şekilde, işverenin, toplu iş sözleşmesinin tarafı olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı, tek başına mı yoksa işveren

¹¹⁵⁷ *The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights*, <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html>, (sz. 17.10.2011).

¹¹⁵⁸ *The United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, (sz. 17.10.2011).

¹¹⁵⁹ EYRENCİ, Öner/ BAKIRCI, Kadriye, “**Sendika Özgürlüğünün Uluslararası Dayanakları ve Türk Hukukunun Uyumu**”, Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1999 Yılı Toplantısı, İstanbul 1999, s. 15-16; KOÇ, Yıldırım, “**ILO Uygulamaları Açısından Sendikal Özgürlük**”, Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1999 Yılı Toplantısı, İstanbul 1999, s. 215-225.

¹¹⁶⁰ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 13.

¹¹⁶¹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 14.

¹¹⁶² GAMILLSCHG, agm., s. 333.

sendikası ya da daha geniş bir ifadeyle işveren temsilcilikleriyle mi toplu pazarlık sürecine dahil olacağı yine ehliyete uygulanacak hukuk kapsamındadır¹¹⁶³.

b. Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyeti İdare Edecek Hukuk Üzerine Görüşler

Toplu iş sözleşmelerinde, ehliyete uygulanacak hukuk konusunda, toplu pazarlık sürecinde, işçi ve işveren sendikalarının (ya da bulunduğu ülkeye bağlı olarak daha geniş anlamda işçi ve işveren temsilcilerinin), toplu iş sözleşmesi yapabilme ehliyetinin bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise bunun kapsamı, bireysel iş sözleşmelerini etkilediği kadar, toplu iş sözleşmesinin yapıldığı ülkenin ekonomik ve sosyal barışını da ilgilendirmektedir.

Bu nedenle, toplu iş sözleşmesi ehliyet ve yetkisinin bu noktada birbirinden ayrılması gerekir. Bir toplu iş sözleşmesi, ehliyet ve yetkiye sahip olan sosyal taraflar arasında yapılabilir¹¹⁶⁴. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen kişi ya da kuruluşun öncelikle, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olup olmadığı tespit edilir, daha sonra toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı araştırılır¹¹⁶⁵.

Toplu iş sözleşmesi yapabilme ehliyeti, genel olarak hak ve fiil ehliyetinden bu noktada ayrılmaktadır¹¹⁶⁶. Buradaki ehliyet terimi, özel bir anlam taşımakta; toplu sözleşmeye taraf olabilecek nitelikte, bir kişi veya kuruluş olmayı ifade etmektedir¹¹⁶⁷. Diğer bir deyişle, toplu iş sözleşmesinin tarafı olarak toplu iş sözleşmesini akdedebilmek demektir¹¹⁶⁸.

Yetki ise bir anlamda toplu sözleşme sistemi içerisinde yer alabilme yetkisidir. Diğer bir deyişle, toplu sözleşmelerin imzalanması konusunda, işlem yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır¹¹⁶⁹. Uygulamada ancak güçlü sendikalar, işverenler üzerinde baskı

¹¹⁶³ GAMILLSCHEG, agm., s. 333.

¹¹⁶⁴ SUR, Teşmil, s.84-85; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 439.

¹¹⁶⁵ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 443; AKTAY, age., s. 54; HEKİMLER, agm., s. 348; SEVER, age., s. 49; TUNCAY, age., s. 172.

¹¹⁶⁶ SUR, Teşmil, s. 85.

¹¹⁶⁷ AKTAY, age., s. 50; KILIÇOĞLU, age., s. 393; SUR, Toplu İlişkiler, s. 254; GÜNAY; age., s. 286; TUNCAY, age., s. 172; SEVER, age., s. 28.

¹¹⁶⁸ TUNCAY, age., s. 173.

¹¹⁶⁹ SUR, Teşmil, s. 89; RIEBLE, agm., s. 37.

yaratabilecek ve işçileri için en uygun şartları oluşturabilecektir. İş hukukuna özgü bu denge ilkesi nedeniyle¹¹⁷⁰, toplu iş sözleşmesi yapılmasında güçlü sendikaların yetkili sayılması gereklidir¹¹⁷¹.

Yetki şartının aranması bakımından millî hukuk düzenleri farklılıklar göstermektedir¹¹⁷². Örneğin, Avusturya, İngiltere ve İrlanda'da toplu iş sözleşmesi yetkisi, yetkili makamlarca önceden verilmekteyken; Fransa, Almanya ve Lüksemburg'da sonradan kontrol edilmektedir¹¹⁷³.

Bu gerekçeyle, yabancı doktrinde ifade edilen katıldığımız görüşe göre, toplu iş sözleşmelerinde işçi sendikaları için ehliyeteye uygulanacak hukuk, bu sendikaların hukuken var oldukları yer hukuku olmalıdır¹¹⁷⁴. Örneğin işin mutaden yapıldığı Türkiye'deki işyerinde, Türk işverene bağlı olarak çalışan yabancı işçilerin, iş akdiyle bağlandıkları ülkede üye oldukları işçi sendikasının, Türk işverenle toplu iş sözleşmesi yapabilme ehliyeti, bu işçi sendikasının, hukuken var olduğu ülkenin hukukuna tâbi olmalıdır¹¹⁷⁵. İşçi sendikasının hukuken var olduğu ülkenin hukukuna göre, coğrafi faaliyet alanının tespiti gerekir¹¹⁷⁶. Örneğin bu işçi sendikası, Almanya'da kurulmuş ise, işçi sendikalarının görev alanı, Federal Almanya ile sınırlı olduğu için¹¹⁷⁷, toplu iş sözleşmesi akdetme ehliyetinin de bulunmadığı sonucuna varılacaktır.

¹¹⁷⁰ ENGİN, age., s. 104-108.

¹¹⁷¹ KILIÇOĞLU, age., s. 395; SEVER, age., s. 24.

¹¹⁷² SUR, Teşmil, s. 63; ENGİN, age., s. 108-109.

¹¹⁷³ KILIÇOĞLU, age., s. 395.

¹¹⁷⁴ GAMILLSCHEG, agm., s. 333; MORGENSTERN, age., s. 98.

¹¹⁷⁵ Yabancı işçi sendikasının, Türkiye'de faaliyet gösterip gösteremeyeceği ise, yabancılar hukukuna ilişkin bir meseledir. Sendikalar Kanunu'nda yabancı ülkelerde kurulmuş olan sendikaların, Türkiye'de faaliyet gösterip gösteremeyeceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Sendikalar Kanunu'nun 63. maddesine göre, bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, Medenî Kanun'un ve Dernekler Kanunu'nun Sendikalar Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Medenî Kanunu'nun 92. maddesi ve Dernekler Kanunu'nun 5/2. hükmüne göre, yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilir, şube açabilir, üst kuruluşlar kurabilir, kurulmuş olan üst kuruluşlara katılabilirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Bülent, **Yabancılar Hukuku**, Ankara 2007, s. 144-145; AYBAY, Rona, **Yabancılar Hukuku**, B.2, İstanbul 2007, s. 182; ÇELİKEL, Aysel/ ÖZTEKİN- GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, B.16, İstanbul 2010, s. 214.

¹¹⁷⁶ RIEBLE, agm., s. 40.

¹¹⁷⁷ RIEBLE, agm., s. 40.

İşçi sendikası bakımından, yetki şartı aranıp aranmayacağı, aranacaksa bu yetki şartlarının kapsamına, toplu iş sözleşmesinin akdedileceği işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun uygulanması gerekir¹¹⁷⁸. Kanaatimizce, işin, havayolu, tren personeline olduğu gibi, o işverene bağlı bütün işçiler için belirli bir ülkede mutaden yapılmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması hâlinde ise, toplu iş sözleşmesi yetkisine, işverenin esas işyerinin ya da işverenin işçiyi işe aldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması gerekir. İşin, o işverene bağlı bir grup işçi için belirli bir ülkede mutaden yapılmayıp, devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması hâlinde, işin mutaden yapıldığı işyeri hukuku uygulanmaya devam etmelidir.

Türk hukukunda, yetkili sendikanın belirlenmesi doğrudan doğruya Çalışma Bakanlığı'na bırakıldığı için sendikanın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, idarî makamların denetim yetkisini sağlayan kamu hukuku kuralı olarak, bir zorunluluk hâlini almaktadır. Özellikle işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olup olmadıkları, sendikaya üye işçilerin sayısı ile tespit edilmektedir¹¹⁷⁹.

İşçi sendikasının hukuken var olduğu yer hukukunun, özel bir yetki aramaksızın işçi sendikalarına pazarlık yetkisi vermesi endişesi ve kalıcı bir süreç ancak toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti ile yetkisine farklı bağlama kurallarının uygulanması yoluyla sağlanabilir¹¹⁸⁰. Böylece, bir işçi sendikasının, hukuken var olduğu ülkeden başka bir ülkede toplu iş sözleşmesi sürecine katılabilmesi, toplu iş sözleşmesi sürecinin başlayacağı ülkenin kurallarına tâbi olacaktır¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ MORGENSTERN, age., s. 98. Örneğin TSGLK m.12'de, işkolundaki işçilerin, yüzde onunu ve işyerinde çalışan işçilerin, yarıdan fazlasını sağlamak, yetki şartı olarak aranmaktadır. Fakat tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolunda, yüzde on üyelik şartı aranmaz. SUR, Toplu İlişkiler, s. 255; GÜNAY, age., s. 286; HEKİMLER, agm., s. 348.

¹¹⁷⁹ KAUFMANN, agm., s.187. Çok az ülkede işçi sendikalarının sadece o ülkenin vatandaşı olan işçilerin üyeliğine açık olması kabul edilmiştir. Bu mesele, yabancılar hukuku ile ilgilidir. Kanunlar ihtilâfi meselesi değildir. MORGENSTERN, age., s. 97.

¹¹⁸⁰ GAMILLSCHEG, agm., s. 333

¹¹⁸¹ MORGENSTERN, age., s. 97.

İşveren tarafın ehliyetine uygulanacak hukuka bakılacak olursa; doktrinde bir görüşe göre, işveren, işveren federasyonları ya da işveren sendikalarının, toplu iş sözleşmesinin tarafı olma ehliyetine sahip olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinin ve işin mutaden yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olmalıdır¹¹⁸².

Doktrinde, katıldığımız, diğer görüşe göre, işveren, işveren federasyonları ya da işveren sendikaları için de, bunların toplu iş sözleşmesinin tarafı olma ehliyetine sahip olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinin ve işin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna değil, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olmalıdır¹¹⁸³. Ancak işverenin, toplu iş sözleşmesinin ve işin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkede temsilciliğinin ya da şubesinin bulunması hâlinde, toplu iş sözleşmesinin ve işin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması gerekir¹¹⁸⁴.

Türk hukukunda, işçi ve işveren sendikaları, bir toplu sözleşmenin tarafını teşkil edebilir¹¹⁸⁵. Bunun yanında sendika üyesi olmayan işverenler de bizzat taraf olabilmektedir¹¹⁸⁶. Bu durumda, örneğin yabancı işverenin, işin mutaden yapıldığı Türkiye'deki işyerinde çalışan işçileriyle toplu iş sözleşmesi yapabilme ehliyeti, bu işverenin Türkiye'de temsilciliğinin ya da şubesinin bulunması hâlinde Türk hukukuna tâbi olmalı; Türkiye'de temsilciliğinin ya da şubesinin bulunmaması hâlinde, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olmalıdır. Ancak bu işverenin, eğer yetki şartı aranmakta ise, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, toplu iş sözleşmesinin akdedileceği işin mutaden yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olmalıdır.

Sınır aşıcı toplu iş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuk konusunda, karşılaştırmalı hukukta yer alan bazı mahkeme kararları incelenecek olursa; konunun, 2009

¹¹⁸² GAMILLSCHEG, agm., s. 333

¹¹⁸³ YAMAKAWA, agm., s. 371-372.

¹¹⁸⁴ YAMAKAWA, agm., s. 372.

¹¹⁸⁵ AKTAY, age., s. 50 vd.; HEKİMLER, agm., s. 348.

¹¹⁸⁶ TSGLK m.1 ve m.2. Toplu iş sözleşmesinin işveren tarafının sadece işveren sendikalarıyla sınırlandırılmamasının nedeni, işverenin işçi karşısında ekonomik ve sosyal bakımdan üstün olmasıdır ve kötü niyetli işverenlerin sendikalaşma yoluna gitmemesi endişesinin giderilmesi amaçlanmıştır. SEVER, age., s. 36.

tarihli Japon Temyiz Mahkemesi kararında tartışıldığı görülmektedir¹¹⁸⁷. Olay, Toyota Motors'un, Filipinler'deki bağlı ortaklığında çalışan işçileri, Filipinler'de organize eden işçi sendikası ile Filipinler'deki bağlı ortaklık arasındaki uyuşmazlıkla ilgilidir. Toplu iş sözleşmeleri görüşmelerinin olumsuz sonuçlanması üzerine, Filipinler'deki işçi sendikası, Japonya'daki işçi sendikaları birliğine bağlanmıştır ve Japon işçi sendikası, asıl şirket olan Toyota Motors ile toplu iş sözleşmesi yapma talebinde bulunmuştur. Toyota'nın bu talebi reddetmesi üzerine, sendika, Bölge İş Komisyonu'na şikâyetinde bulunmuştur. Bölge İş Komisyonu, bu olayda, Japon Sendika Kanunu'nun uygulanmayacağına karar vermiştir. Merkez İş Komisyonu'nun da kararı¹¹⁸⁸ aynı yöndedir. Sendikanın yargı yoluna başvurması sonucunda, ilk derece mahkemesi ile temyiz mahkemesi kararları da Bölge İş Komisyonu kararıyla paraleldir. Bu olayda, ehliyete uygulanacak hukuk bakımından, işverenin, Filipinler'de faaliyet gösteren bağlı ortaklık olması, işçilerin ve işçilerin bağlı olduğu sendikanın, Filipinler'de bulunması nedeniyle, bağlı ortaklığın asıl şirketi Japonya'da bulunsa bile, toplu iş sözleşmesi ehliyetine, Japon Sendika Kanunu'nun uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır¹¹⁸⁹.

İsveç İş Mahkemesi'nin, 2007 tarihli *The Rickmers Tianjin* kararında¹¹⁹⁰, gemi çalışanlarına ilişkin sınır aşıcı bir toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisine uygulanacak hukukun tespiti gündeme gelmiştir. *Rickmers Tianjin* bir kargo gemisidir ve dâvacı Kıbrıs şirketi tarafından 1 Ağustos 2001'den, 11 Temmuz 2003'e kadar tahsis edilmiştir. Gemi, Bahama'da tescillidir ve Bahama bayrağı taşımaktadır. Gemi mürettebatı, yedi Polonyalı memur ve on sekiz Filipinli gemi çalışanından oluşmaktadır. 2 Aralık 2001'de, gemi, yükünü boşaltmak ve yüklemek için İsveç limanına bağlanmıştır. Gemi limana gelmeden önce,

¹¹⁸⁷ *Supreme Court of Japan, July 17 2009*, Karar özeti için bkz. YAMAKAWA, agm., s. 372.

¹¹⁸⁸ *Toyota Motors, K.K., Central Labour Commission, Dec. 20, 2006*, Karar için bkz. <http://www.mhlw.go.jp/churoi/houdou/shiryo-01-219.html> . Karar özeti için bkz. YAMAKAWA, agm., s. 372.

¹¹⁸⁹ YAMAKAWA, agm., s. 373.

¹¹⁹⁰ *The Rickmers Tianjin* (AD 2007 Nr. 2). Karar özeti için bkz. SAF, Carolina, “**The Validity of a Collective Agreement Resulting from a Swedish Blacking - The Rickmers Tianjin** (AD 2007 Nr. 2)”, 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 483-493.

dâvalı İsveç Nakliye Çalışanları Sendikası, şirket ile Milletlerarası Nakliye Çalışanları Federasyonu (*International Transport Workers' Federation*) tarafından onaylanan yeni standart toplu iş sözleşmesini görüşmek üzere bağlantı kurmuştur; fakat Şirket bunu kabul etmemiştir. Bir gün sonra gemi İsveç limanına vardığında, şirketin yeni toplu iş sözleşmesi yapmayı reddetmesi üzerine, mürettebat greve başlamış, gemiyi ve kargoyu izinsiz olarak terk etmiştir¹¹⁹¹. Bu, mevcut durumun devamı hâlinde şirketin, büyük malî kayıplara maruz kalacağı anlamına gelmektedir ve Şirket, toplu iş sözleşmesi yapmaya ikna olmuştur. Toplu iş sözleşmesine göre, Şirket, hem sendikalara hem de mürettebata toplam 7,475 Amerikan doları ödemiştir. 9 Ocak 2002'de, Şirket, toplu iş sözleşmesinin, ekonomik baskı altında yapıldığı için geçersiz olduğu ve yapılan ödemenin kendisine iadesi talebiyle dâva açmıştır¹¹⁹².

Mahkeme, bu olayda, toplu iş sözleşmesine uygulanacak yetkili hukukun, geminin tescilli olduğu ve bayrağını taşıdığı ülke hukuku olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında, *flag of convenience* olsa bile bayrak ülkesi hukukunun uygulanmasından vazgeçilemeyeceğini ve başka bir ülke ile daha yakın bir irtibatın bulunmadığını belirtmiştir. Bahama hukukuna göre, sendikanın, toplu iş sözleşmesi yapabilmesi yetkisi için çalışanların yarısından fazlasının, bu sendikaya üye olması gerekmektedir. Olayda, mürettebatın hiç biri İsveç Nakliye Çalışanları Sendikasına üye değildir. Dolayısıyla Bahama hukukuna göre, toplu iş sözleşmesi geçersizdir¹¹⁹³.

2. Toplu İş Sözleşmelerinde Şekli İdare Edecek Hukuk Üzerine Görüşler

Milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinin şekli geçerliliği ve toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun tayininde,

¹¹⁹¹ SAF, agm., s. 482.

¹¹⁹² SAF, agm., s. 483.

¹¹⁹³ SAF, agm., s. 486. Ayrıca, bu kararda, mahkeme, Bahama hukukundaki toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin sınırlamanın, İsveç kamu düzenini doğrudan etkilemediği için ve tahammül edilemez kabul edilemeyeceği için, yetkili yabancı hukukun, kamu düzeni müdahalesine uğramayacağına karar vermiştir. SAF, agm., s. 486.

toplu olarak pazarlık eden tarafları gözönüne alan görüşe göre; şekli geçerliliğe genel düzenleme uygulanamaz, bunların, zaten genellikle yazılı olarak yapılması zorunludur¹¹⁹⁴.

Örneğin Alman ve İsviçre hukukunda toplu iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekir¹¹⁹⁵. Birleşik Devletler ve İsveç'te de toplu iş sözleşmelerinde yazılılık aranmaktadır¹¹⁹⁶. İstisnai bir örnek olarak Danimarka'da toplu iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunlu değildir¹¹⁹⁷.

Kanaatimizce, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinin şekline genel düzenleme olan MÖHUK m.7'nin uygulanmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Madem ki, toplu iş ilişkileri, işçi ve işverenlerin kendi kurdukları örgütler aracılığıyla, kendine özgü yöntemler kullanarak aralarındaki ilişkileri düzenlemeleriyle biçimlenmiştir¹¹⁹⁸ ve sosyal tarafların kendi kendini yönettiği bu süreçte, devletin zorlaması ya da müdahalesi kural olarak söz konusu değildir; toplu pazarlığın yarattığı bu özel hukuk düzeninin ortaya koyduğu sözleşmesel ilişkiye¹¹⁹⁹ de, işlemin ayakta tutulması ilkesine paralel olarak, MÖHUK m.7 uygulanmalıdır.

Buna göre milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmelerinin akdedildiği ya da esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli ise geçerli kabul edilecektir. Ancak, toplu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk, hangi görüş benimsenirse benimsensin, (gerek en sıkı irtibatlı hukuk olarak 24. madde uyarınca gerekse 27. madde uyarınca), genellikle kural olarak, işin mutaden yapıldığı işyeri olacaktır ve akdedildiği yer de pratik olarak aynı ülkede olacağı için şekli geçerliliğe uygulanacak hukuk uygulamada çoğunlukla aynı ülkenin hukukunu gösterecektir.

¹¹⁹⁴ AKYİĞİT, agm., s. 20. Ülkemizde, TSGLK'da, toplu iş sözleşmelerinin beş nüsha olarak, yazılı biçimde düzenlenmesi aranmaktadır (m.20). Yazılı şekil, geçerlilik koşuludur (m.4). Türkiye'de akdedilen toplu iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Bu konuda yabancı doktrinde, MORGENSTERN, age., s. 98.

¹¹⁹⁵ TUNCAY, age., s. 147. Benzer şekilde Litvanya hukukunda toplu iş sözleşmelerinin yazılı olarak akdedilmesi gereklidir. DAVULIS, agm., s. 258.

¹¹⁹⁶ TUNCAY, age., s. 147.

¹¹⁹⁷ GERHARD/ OLSEN-RING, agm., s. 156.

¹¹⁹⁸ AKTAY, age., s. 15; TUNCAY, age., s.131; HEKİMLER, agm., s. 347.

¹¹⁹⁹ TUNCAY, age., s. 131; KILIÇOĞLU, age., s.29.

Toplu iş sözleşmesini akdeden tarafların, toplu iş sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuka dair hukuk seçimi yapmaları mümkündür¹²⁰⁰. Bu durumda, tarafların hukuk seçimi iradesine göre tercih ettikleri hukukun şekil şartlarına uygun olarak akdedilmedikçe, toplu iş sözleşmesinin şeklen geçerli kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır¹²⁰¹.

Toplu iş sözleşmesi akdedildikten sonra, tescil, tevdi ya da ilânı gerekiyorsa¹²⁰², bu işlemleri, üçüncü kişilerin işlem hakkında bilgi edinmelerini sağlayan, kamu menfaatini korumayı amaçlayan aleniyet işlemleri olarak kabul etmek gerekir¹²⁰³. Aleniyet işlemlerinde, üçüncü kişilerin korunması amaçlandığı için toplu iş sözleşmesinin akdedildiği yerin ilgili hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır¹²⁰⁴.

3. Toplu İş Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

a. Akit Statüsünün Vasıflandırılması

Toplu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk, bir başka deyişle akit statüsü de bu kapsamda, toplu iş sözleşmesinin süresi¹²⁰⁵, süresinin değiştirilip değiştirilemeyeceği¹²⁰⁶, yürürlüğe girme anı, geçmişe etkili olup olmayacağı, eski-yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişki, eski toplu iş sözleşmesinin işçiye kazanılmış hak sağlayıp sağlamayacağı, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi, sona ermesi durumunda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edip etmeyeceği, yani art etkilerinin bulunup bulunmadığı, işverenin toplu iş sözleşmesiyle bağlılığı ve işçilerin toplu

¹²⁰⁰ Genel olarak sözleşmelerde, bu yönde, DOĞANGÜN, age., s. 114.

¹²⁰¹ Genel olarak sözleşmelerde, bu yönde, DOĞANGÜN, age., s. 114.

¹²⁰² Türk hukukunda, toplu iş sözleşmeleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na gönderilmeli ve burada bir sicil tutulmalıdır (TSGLK m.24/2). Ayrıca, toplu iş sözleşmesinin, işverence, işyerinin işçiler tarafından görülebilecek uygun bir yerine asılarak ilân edilmesi gerekir (m.63). Buna uyulmaması cezaî yaptırımlara bağlanmıştır (m.80).

¹²⁰³ Genel olarak sözleşmelerde bu tespit için bkz. DOĞANGÜN, age., s. 157.

¹²⁰⁴ DOĞANGÜN, age., s. 158.

¹²⁰⁵ Örneğin uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu bir uyuşmazlıkta, TSGLK m.7/1 hükmüne göre toplu iş sözleşmelerinin bir yıldan az ve üç yıldan uzun süreli olamayacağı düzenlenmiştir. Faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde ise toplu sözleşmenin süresi bir yıldan az olabilir. Şu kadar ki, işin bitmemesi hâlinde, bu sözleşmeler, bir yılın sonuna kadar uygulanır. (m.7/2).

¹²⁰⁶ TSGLK'na göre, toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra, taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (m.7).

iş sözleşmesinden yararlanmaları ve bunun şartları, toplu iş sözleşmesinin yorumu, ifası ve hükümsüzlüğü gibi hususların hepsini idare edecektir¹²⁰⁷.

b. Toplu İş Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerine Görüşler

aa. Toplu İş Sözleşmelerine Sözleşmelere Ait Genel Bağlama Kurallarının

Uygulanmasını Öneren Görüş

Toplu sözleşme düzeninde, tarafların özerkliği ilkesine dayanılmaktadır ve uyuşmazlıkların çözümünde, devletin değil, tarafların birbirlerini grev ve lokavt ile zorlamaları esası öngörülmüştür¹²⁰⁸. Bu gerekçeyle, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun, başlangıç olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair genel hükümlere tâbi olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁰⁹.

Roma I Tüzüğü bağlamında, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tartışan yabancı doktrinde, “bireysel iş sözleşmeleri” başlıklı 8. maddenin, başlığındaki sınırlama nedeniyle, toplu iş sözleşmelerine kıyasen uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır¹²¹⁰. Benzer bir yorum, Roma Sözleşme'sinin yürürlükte olduğu dönemde de yapılmıştır¹²¹¹.

Yabancı doktrinde yer alan, toplu iş sözleşmelerine, sözleşmelere ait genel bağlama kuralının uygulanması önerisi, Türk hukukunda benimsenecek olursa; MÖHUK m.24 bağlamında konunun tartışılması gerekir.

aaa. Hukuk Seçimi Şartı

Toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun, genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair hükümlere tâbi olacağı önerisi kabul edilecek

¹²⁰⁷ GAMILLSCHEG, agm., s. 334; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 14-15.

¹²⁰⁸ EHRENZWEIG/JAYME, age., s. 29; ÇELİK, age., s. 24.

¹²⁰⁹ MORSE, Employment Contracts, s.14; DICEY/MORRIS, age., s. 1304; MALMBERG, Jonas, “Swedish Private International Law Report”, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed.by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 422, (Swedish Private International Law Report); LIUKKUNEN, agm., s. 38; MANKOWSKI, agm., s. 200; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

¹²¹⁰ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 22.

¹²¹¹ LIUKKUNEN, age., s. 120.

olursa, öncelikle uygulanacak hukuk, sözleşmenin taraflarınca belirlenen hukuktur¹²¹². Toplu iş sözleşmesinin tarafları, hukuk seçerken, bireysel iş sözleşmeleri için aranan sınırlamalara tâbi olmayacaktır. Bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde, işçi, bireysel olarak tek başına işverenle karşı karşıya değildir. O hâlde, bir toplu iş sözleşmesinde, hukuk seçimi şartı, genel düzenlemeye tâbi olmalıdır¹²¹³.

Türk hukukunda hukuk seçimine uygulanacak genel düzenleme, MÖHUK m.24/1 vd.'da yer almaktadır. MÖHUK m.24 hükmüne göre, toplu iş sözleşmesinin tarafları, açık ya da örtülü olarak hukuk seçimi yapabilecek, hukuk seçimi her zaman yapıp değiştirilebilecek ve kısmî hukuk seçimi yapılabilecektir. Ayrıca, seçilen hukuk ile toplu iş sözleşmesi arasında bir irtibatın bulunması zorunlu değildir¹²¹⁴. Tekrara yer vermemek için burada, MÖHUK m.27/1'deki asgarî koruma sınırlaması bulunmaksızın, hukuk seçiminin yapılabileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

Toplu iş sözleşmelerinde de kısmî hukuk seçiminin yapılabilir ancak bu, toplu iş sözleşmesinin ayrılabilir kısımları için mümkündür. Bu noktada, toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında borç doğuran hükümleri ile normatif etkiye sahip hükümlerinin birbirinden ayrılması söz konusu olabilir¹²¹⁵.

bbb. Objektif Bağlama Kuralları

aaaa. Toplu İş Sözleşmelerinde En Sıkı İrtibatın Tespiti

Toplu iş sözleşmelerine, sözleşmelere ait genel bağlama kuralının uygulanması görüşü benimsenecek olursa; öncelikle toplu iş sözleşmeleri için en sıkı irtibatın tespit edilmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak Türk hukuku incelenecek olursa; 2675 sayılı Kanun döneminde, tarafların açık bir hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, sözleşmelere

¹²¹² LIUKKUNEN, age., s. 121; MALMBERG, Swedish Private International Law Report, s. 422; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²¹³ LIUKKUNEN, age., s. 121; MALMBERG, Swedish Private International Law Report, s. 422; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²¹⁴ Toplu iş sözleşmelerinde, hukuk seçimi şartını Roma I Tüzüğü m.3 bağlamında tartışan yabancı doktrin için ayrıntılı olarak bkz. VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 22.

¹²¹⁵ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

uygulanacak hukuk, borcun ifa yeri hukukuydu¹²¹⁶. İfa yerinin bağlama noktası olarak tercih edilmesinde, öngörülebilirlik, işlem güvenliği ve taraf menfaatlerinin gözetilmek istenmesi etkili olmuştur¹²¹⁷.

Borcun ifa yerinin birden fazla olması hâlinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilememesi hâlinde, sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştü (2675 sayılı Kanun m.24/2)¹²¹⁸.

MÖHUK m.24/4'e göre, 2675 sayılı Kanundan farklı olarak, sözleşme, en sıkı ilişkili olduğu hukuk tarafından idare edilecektir¹²¹⁹. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır¹²²⁰. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan “ülke” yerine “hukuk”un uygulanacağına benimsenmiş olması, coğrafi irtibattan ziyade, hukukî irtibatın esas alınacağı anlamına gelmektedir¹²²¹.

Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî ve meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa, söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku kabul edilir.

¹²¹⁶ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 259; NOMER/ŞANLI, age., s. 319; TEKİNALP, age., s. 348; TEKİNALP, Turkish Code, s. 329.

¹²¹⁷ Öntasarı Sempozyumu, s. 166. Bununla birlikte, 2675 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, sözleşmenin ekonomisi ve taraf menfaatleriyle sıkı ilişkili hukuku hâkimin tespit etmesi önerisi tartışılmıştır. Öntasarı Sempozyumu, s. 177.

¹²¹⁸ Borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin, karakteristik edim olduğu kabul edilmekteydi. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. TEKİNALP, Hukuk Seçimi, s. 29; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 235; GÜNGÖR, Yakınlık, s. 194; ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 331.

¹²¹⁹ AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 261; TEKİNALP, Turkish Code, s. 330. Madde gerekçesinde, pek çok sözleşmede borcun ifa yerinin tesadüfî olması, sözleşmeden doğan sorunlara sözleşmeyle ve taraflarla ilgisi zayıf bir hukukun uygulanması sonucunu doğurması nedeniyle, borcun ifa yeri hukuku yerine söz konusu değişiklik ile sözleşmeden doğan borç ilişkisine en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanmasının sağlandığı belirtilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

¹²²⁰ GÜNGÖR, Yakınlık, s. 229.

¹²²¹ DOĞAN, Milletlerarası, s. 298.

Madde metninde, ticarî ve meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunun uygulanması benimsenmiştir¹²²² ancak işyeri kavramının MÖHUK'da tanımlanmamış olduğu görülmektedir¹²²³.

Bu durumda, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, MÖHUK madde 24'de belirlenen uygulanacak hukuk, toplu iş sözleşmesinin en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin hukukudur. Karine kuralları karakteristik edim ilkesine dayanmaktadır. Oysa toplu iş sözleşmelerinde her iki tarafın edimi de karakteristik kabul edilemez¹²²⁴. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin en sıkı irtibatlı olduğu hukuku her bir olayda ayrı ayrı değerlendirme zorunluluğu bulunmaktadır¹²²⁵.

Bir toplu iş sözleşmesinin en sıkı irtibatlı olduğu ülkeyi belirlemek çok zor değildir. Toplu iş sözleşmeleri genellikle işin mutaden yerine getirildiği işyerinde yapılmaktadır¹²²⁶. Buna karşılık işçi sendikaları ile işveren organizasyonları ve şirketler arasında, yabancı ülkedeki çalışma koşullarını düzenleyen toplu iş sözleşmeleri hiç de az değildir¹²²⁷. Böylece, toplu iş sözleşmesi, ülke aşıcı bir nitelik kazanmaktadır¹²²⁸.

Görüldüğü üzere, pek çok devleti içeren toplu iş sözleşmeleri, en yakın irtibatı belirlemede oldukça karmaşıktır. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin en sıkı ilişkili olduğu hukuk, tarafların ortak vatandaşlığına ya da mutad meskenine¹²²⁹ veya alternatif olarak

¹²²² Kanun Gerekçesinde, objektif bağlama esasları belirlenirken, ehliyet kuralında kabul edilen, idare merkezi bağlama kriterinin, tüm tüzel kişileri genel anlamda ilgilendiren bir kural olduğu, m.24/4'de ise, özel olarak ekonomik ve ticarî hayatta yer alan tüzel kişilere ilişkin bir kural getirildiği, bu bağlama kriteri, ticarî ve mesleki faaliyetler gereği yapılan sözleşmeleri hedeflediğinden, sadece tüzel kişileri değil gerçek kişileri de kapsayan “işyeri” kavramının tercih edildiği belirtilmektedir. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

¹²²³ Tanımın yapılmamış olması, Kanun Gerekçesinde, “doktrin ve tatbikatın yolunun açık bırakılması” olarak açıklanmıştır.

¹²²⁴ Bu tespit için yabancı doktrinde, VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²²⁵ Konuya ilişkin yabancı doktrinindeki tartışmalar için, LIUKKUNEN, age., s. 121; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s.24.

¹²²⁶ GAMILLSCHEG, agm., s. 334.

¹²²⁷ GAMILLSCHEG, agm., s. 334.

¹²²⁸ GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 229.

¹²²⁹ MALMBERG, Swedish Private International Law Report, s. 422; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 26.

sözleşmenin özel ağırlık merkezine göre belirlenebilir¹²³⁰. Örneğin 1976 tarihli 580 sayılı İsveç *Co- Determination Act*, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinde, İsveç ile sıkı bir irtibat bulunduğunda bu kanunun uygulanacağını ifade etmektedir. Bu durumlar, işin mutaden İsveç'te yapılması veya hem işveren hem de işçinin İsveç vatandaşı olmasıdır¹²³¹.

Diğer yandan toplu iş sözleşmelerinin tarafları çoğunlukla işveren (veya işveren temsilcisi) ve işçi sendikasıdır. Bunlar tüzel kişilerdir ve çoğunlukla aynı ülkede bulunmaktadır. Bu nedenle doktrinde, toplu iş sözleşmelerine, tarafların tescilli oldukları ülkenin, böyle bir tescil yeri yoksa buldukları ülkenin hukukunun uygulanması¹²³², taraflar aynı ülkede bulunmamakta ise işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun, ancak hâlin icabından toplu iş sözleşmesinin bir başka ülkeyle daha yakın irtibatlı olduğu anlaşılırsa, bu ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği önerilmektedir¹²³³.

Yabancı doktrinde, Roma I Tüzüğü bağlamında, toplu iş sözleşmelerine en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının, esneklik sağlaması yanında belirsizliklere de neden olduğu uyarısında bulunulmuştur¹²³⁴. Özellikle çok uluslu şirket gruplarının, çeşitli ülkelerde bulunan bağlı ortaklıklarında çalışan işçileriyle toplu iş sözleşmesi akdetmesi hâlinde, ana şirketin yönetim merkezinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanacağına dair kesin bir hükmün düzenlenmesi gerektiği fakat başka bir hukukun açıkça daha yakın irtibatlı olması hâlinde, bu hukukun uygulanması önerilmiştir¹²³⁵.

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmelerinde en yakın irtibatlı hukukun tespitinde, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku tayin eden hüküm uygulanacaksa bile, toplu iş sözleşmesinin coğrafi irtibatları kadar, *Restatement II* m.6'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde, dahilî ve milletlerarası sistemin ihtiyaçları, *forum*'un ilgili politikaları, ilgili diğer

¹²³⁰ GAMILLSCHEG, agm., s. 334; LIUKKUNEN, age., s. 121; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 38.

¹²³¹ BOGDAN, Labor Relations, s. 218.

¹²³² GAMILLSCHEG, agm., s. 333; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 26.

¹²³³ BOGDAN, Labor Relations, s. 219.

¹²³⁴ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 40.

¹²³⁵ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 40.

devletlerin politikaları ve menfaatleri, tarafların haklı beklentileri, toplu iş hukukunun kendine has temel politikası da dikkate alınmalıdır¹²³⁶. Nitekim, MÖHUK m.24'de, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan “ülke” yerine “hukuk”un uygulanacağı ifadesi, coğrafi irtibatın ziyade, hukukî irtibatın esas alınacağı anlamına gelmektedir¹²³⁷.

bbbb. Toplu İş Sözleşmelerinde Karakteristik Edimin Tayini

Bir toplu iş sözleşmesinde, *sui generis* yapısı nedeniyle, sözleşmenin her iki tarafının da ediminin, karakteristik olduğu görülmektedir¹²³⁸. Toplu iş sözleşmeleri ayrıca karşılıklı taahhütler içeren karmaşık bir yapıya sahiptir ve bu taahhütlerin hiç biri basitçe para ödemekten ibaret değildir¹²³⁹.

Hem işçi sendikası hem de işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren karşılıklı yükümlülükler altına girmektedir. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bazılarının, ücrete yönelik olması ve işverenin ödeme yapacak olması da işverenin risk üstlenmesi dikkate alındığında, diğer tarafın edimini karakterize etmeye yetmemektedir¹²⁴⁰.

İstisnaî olarak, sadece asıl işveren şirketin tek taraflı olarak taahhüt altına girdiği ve tek taraflı bir deklarasyonla yapılan bir toplu iş sözleşmelerinde; sadece işveren taraf borç altına girdiği için onun edimi karakteristik kabul edilebilir¹²⁴¹. Ancak sadece asıl işveren borç altına girmiş olsa bile, edim, çok uluslu bir işveren şirketin bağlı ortaklıklarınca yerine getirilecekse, karakteristik edim teorisi yine uygun bir çözüm bulmaktan uzak kalacaktır¹²⁴².

¹²³⁶ Bu noktada, Avrupa yaklaşımına karşıt olarak, Amerikan metodunun, devlet politikasını ve menfaatlerini dikkate almayı ve mahkemelere, her bir olayın kendine özgü özelliklerine yanıt vermede boşluklar bırakmayı sağlayan daha açık uçlu düzenlemelerinin, işlevselliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. REIMANN, agm., s. 588. Amerikan metodunun, İngiliz ve Avrupa hukukuyla karşılaştırmalı olarak tarihsel gelişimi ve günümüz yaklaşımı için ayrıntılı olarak bkz. GÜNGÖR, Yakınlık, s. 29-32.

¹²³⁷ DOĞAN, Milletlerarası, s. 298.

¹²³⁸ LIUKKUNEN, age., s. 120-121; SAF, agm., s. 491.

¹²³⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²⁴⁰ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²⁴¹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

¹²⁴² VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24.

Karakteristik edimin tespit edilememesi nedeniyle, kanaatimizce, sınır aşıcı toplu iş sözleşmelerinde, en yakın irtibatlı hukukun uygulanması zorunluluğu bulunmaktadır¹²⁴³. Bir başka deyişle, karakteristik edim teorisi, toplu iş sözleşmelerinde işlevsel değildir¹²⁴⁴.

bb. Toplu İş Sözleşmelerine Özel Bağlama Kurallarının Uygulanmasını

Öneren Görüş

Doktrinde bir görüşe göre, toplu iş sözleşmeleri de bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tarafından idare edilmelidir¹²⁴⁵. Bu görüşün gerekçelerinden biri, her ne kadar toplu pazarlık sürecinde olsa da, işçi sendikalarının, işveren sendikaları ya da sendika üyesi olmayan işverenler ve özellikle çok uluslu şirketler karşısında, yine de eşit pazarlık gücüne sahip olduğunun kabul edilemeyeceğidir¹²⁴⁶.

Bu görüşün dayandığı diğer bir gerekçe, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerini idare edecek olan hukukun aynı olmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamasına karşın bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmeleri arasındaki yakın etkileşim nedeniyle; her birine farklı hukukların uygulanmasının pratikte sorun yaratabileceğidir¹²⁴⁷. Bu noktadan bakıldığında, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerini idare edecek hukukların aynı olması, ancak her ikisine de iş sözleşmelerine uygulanacak özel bağlama kuralının uygulanmasıyla mümkün görünmektedir.

Yabancı doktrinde yer alan tartışmalar ışığında Türk hukuku değerlendirilecek olursa, MÖHUK m.27, “İş Sözleşmeleri” başlıklıdır ve bu düzenlemenin, bireysel iş sözleşmeleri yanında toplu iş sözleşmelerine de uygulanıp uygulanmayacağını açıklayıcı değildir. Madde gerekçesinde, sınırlı bir hukuk seçiminin getirilmiş olmasının, bireysel iş sözleşmeleri için benimsendiği açıkça vurgulanmış olmakla birlikte, objektif bağlama kuralı

¹²⁴³ LIUKKUNEN, age., s. 120-121; SAF, agm., s. 491.

¹²⁴⁴ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 24. Genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk bağlamında karakteristik edim teorisine yönelik Türk doktrininde eleştirel bir yaklaşım için ayrıntılı olarak bkz. SARGIN, Fügen, “**Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım**”, AÜHFD, C.50, S.2, Yıl: 2001, s.37-95.

¹²⁴⁵ KREBBER, agm., s. 537; EBRAHIMI, age., s. 432.

¹²⁴⁶ KREBBER, agm., s. 537; EBRAHIMI, age., s. 432.

¹²⁴⁷ BOGDAN, Labor Relations, s. 214.

bakımından aynı açıklık gerekçede yer almamıştır. Ancak, MÖHUK hazırlanırken, kanun koyucunun gözönüne aldığını ifade ettiği günümüzde yürürlükte olmayan Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesi, “*Bireysel İş Sözleşmeleri*” başlıklıdır ve bundan, maddenin amacının, sadece bireysel iş sözleşmeleri için bir koruma getirilmesi olduğu, toplu iş sözleşmelerinin istisna edildiği anlaşılmaktadır¹²⁴⁸. Ayrıca Giuliano- Lagarde Raporunda, bu amaç açıkça ifade edilmiştir¹²⁴⁹.

Kanaatimizce, Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda yaşanan belirsizlik, madde başlığı ve gerekçesinde bu ayrımın açıkça yapılmamasından kaynaklanmıştır. Oysa, maddenin düzenlenmesindeki hukuk politikası incelendiğinde açıkça görülmektedir ki, burada zayıf olarak kabul edilen taraf, işveren karşısında bireysel iş sözleşmesi akdeden tek bir işçidir.

Toplu iş sözleşmelerinde ise, toplu olarak hareket eden işçilerin, işveren ya da işveren temsilcileri kadar sosyal, ekonomik ve hukukî avantajlara sahip olduğu ve bir o kadar güçlü olduğu ileri sürülebilir. Ancak bazı yabancı ülkelerde, işverenlerin maddî desteği ile kurulan ve işverenlerin denetiminde faaliyet gösteren işçi sendikaları da bulunmaktadır. Bu sendikalara, sarı sendika (*yellow union*) ya da gözde sendika (*sweat- heart union*) denilir. Örneğin İngiliz hukukunda, bir işçi sendikasının işveren kontrolünde olması ve işverenden yardım alması hukuka aykırı değildir. Ancak bir sendika belirli bir ücret ödeyerek Sendikalar Sicil Memurluğu'na (*Certification Officer*) başvurarak, işverene karşı bağımsız olduğunun tescilini isteyebilir¹²⁵⁰. Bu noktadan bakıldığında, sarı sendikalara karşı, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından, asgarî bir korumanın gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Toplu iş sözleşmelerine, genel olarak sözleşmelere uygulanacak bağlama kuralının uygulanması, asgarî koruma ilkesinin delinmesi anlamına gelecektir.

¹²⁴⁸ ANTON/BEAUMONT, age., s. 348; EBRAHIMI, age., s. 410.

¹²⁴⁹ GIULIANO/LAGARDE, s. 25.

¹²⁵⁰ PITT, ege., s. 321-322; TUNCAY, age., s. 21.

Son olarak, toplu iş sözleşmelerinin, bireysel iş sözleşmelerini değiştiren hükümlerinin, bir başka deyişle yararlılık ilkesinin hangi hukuka tâbi olacağı sorunu da uygulanacak hukukun yeknesaklaşmasıyla giderilecektir.

– Kanaatimizce, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda, Türk hukukunda, günün koşullarına uymayan bir örtülü boşluk bulunmaktadır. MÖHUK m.27, sınır aşıcı toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde kıyasen uygulanmalıdır. Bu doğrultuda 27. maddenin, toplu iş sözleşmelerine nasıl uygulanacağını tartışmak gerekecektir.

aaa. Asgarî Koruma Kuralı

Milletlerarası unsurlu bir toplu iş sözleşmesinin taraflarının, toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuku, hukuk seçimi şartı ile belirlemeleri mümkündür. Toplu iş sözleşmelerinde, hukuk seçimi şartının, objektif olarak uygulanacak hukukun, asgarî emredici hükümlerine tâbi olması, yani hukuk seçimi şartının, özel bağlama kuralına tâbi olması, bu noktada ayrı bir öneme sahiptir.

Toplu iş sözleşmeleri, sadece sözleşmenin tarafları arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlememektedir; bunun yanında, işçilerin ve işverenlerin hak ve yükümlülüklerini biçimlendirme amacı taşır¹²⁵¹. Tam da bu gerekçeyle, toplu iş sözleşmeleri, işçilerin, hukuk seçiminin yapılmamış olması hâlinde uygulanacak hukukun, emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tâbi olmalıdır. Bir başka deyişle, asgarî koruma ilkesi uygulanmalıdır¹²⁵². Çünkü toplu iş sözleşmelerine dair özellikle anayasalar ya da kamu hukuku karakterli kurallarda yer alan sınırlamalar, işçileri koruyan asgarî emredici hükümler içerebileceği gibi toplu iş sözleşmesinin yapıldığı mutad işyerinin çalışma barışı ve toplumsal menfaatlerini de korumayı hedefleyebilir.

¹²⁵¹ KREBBER, agm., s. 537.

¹²⁵² KREBBER, agm., s. 537.

Son olarak, asgarî koruma ilkesinin, daha açık bir şekilde düzenlenmesi ve hukuk seçiminin bulunmaması durumunda, sadece mutad işyerinin değil, objektif olarak uygulanacak bütün hukukları kapsamı önerimizi; toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi şartı için de vurgulamaktayız.

bbb. Objektif Bağlama Kuralları

aaaa. İşin Mutaden Yapıldığı İşyeri Hukukunun Uygulanması

Toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde, kural olarak işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun uygulanması, hem bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile yeknesaklık sağlayacak hem de pratik olarak elverişli olacaktır. İşin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun uygulanması, ayrıca özellikle, toplu iş sözleşmelerinin hukukî niteliğinin, bireysel iş sözleşmesine etkilerinin, toplu iş sözleşmelerinin yarattığı hak ve yükümlülüklerin genellikle anayasalarda ya da kamu hukuku karakterli kurallarda düzenlenmiş olması bakımından da işlevli olacaktır¹²⁵³.

Bu nedenle doktrinde, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun, toplu iş sözleşmesinin ele aldığı iş ilişkisinin temel olarak ortaya çıktığı yer hukuku, yani işin mutaden yapıldığı işyeri hukuku olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵⁴.

İşin mutaden yapıldığı işyerindeki işçilerin, geçici olarak, başka bir yabancı ülkede çalışmaya gönderilmesi durumunda, işin mutaden yapıldığı işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümleri, geçici olarak yabancı ülkede çalışan işçilere de yayılma ilkesi doğrultusunda, uygulanmaya devam edecektir¹²⁵⁵. Bu durumda da geçici olarak çalışma kavramının yarattığı tanım güçlükleri yine gündeme gelecektir.

Mahkeme kararlarına bakıldığında, geçici olarak yurt dışında çalışmak üzere gönderilen işçilerin, orijin ülkesinin toplu iş sözleşmelerine tâbi olması gerektiği kabul

¹²⁵³ KREBBER, agm., s. 537.

¹²⁵⁴ KREBBER, agm., s. 537.

¹²⁵⁵ KREBBER, agm., s. 537.

edilmektedir¹²⁵⁶. Örneğin Fin İş Mahkemeleri, Finlandiya'da akdedilen, Fin işçi ve Fin işverenler arasında, Finlandiya dışında geçici olarak çalışmak üzere yapılan inşaat sözleşmelerine, Finlandiya'da akdedilen toplu iş sözleşmelerinin uygulanacağına karar vermiştir¹²⁵⁷.

bbbb. İşin Mutaden Yapıldığı Bir Yerin Bulunmaması Hâlinde İşverenin

Esas İşyerinin Bulunduğu Ülkenin Hukukunun Uygulanması

İşçi işini ev sahibi ülke dışında, sürekli olarak farklı ülkelerde yerine getirmekteyse, toplu iş sözleşmesinde, bu durumlara uygulanmak üzere özel bir hüküm bulunabilir ya da taraflar, toplu iş sözleşmesinin etkisi için özel bir anlaşma yapabilir¹²⁵⁸.

Böyle bir belirleme yapılmışsa, işin mutaden yapıldığı yerin bulunmaması hâlinde, MÖHUK m.27 hükmüne göre, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku uygulanacaktır. Kanaatimizce, bu hükmün uygulanması, somut olayın özelliğine göre, bir yönü ile işçinin korunması ilkesini sağlayabileceği gibi diğer yönden işçinin korunması amacının önlenmesine neden olabilir. İki örnekle açıklamaya çalışırsak:

Birinci örneğimizde, A ülkesinde esas işyeri bulunan işveren havayolu şirketi, çeşitli ülkelerdeki tüzel kişi temsilciliklerinde ya da sadece temsilcisi bireylerin bulunduğu ülkelerde, pilotlar, hostesler ve diğer havayolu çalışanlarıyla, nitelik itibariyle işin mutaden yapıldığı işyerlerinin bulunmadığı iş sözleşmeleri akdetmektedir. Bu havayolu şirketinin çalışanlarının, işveren havayolu şirketiyle toplu iş sözleşmesi yapmak istemeleri hâlinde, A ülkesi hukukunun uygulanması, işçilerin iş akdiyle bağlandıkları pek çok ülke bulunduğu için avantajlı olacaktır. Böylece bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk arasında da yeknesaklık sağlanacaktır.

İkinci örneğimizde, A ülkesinde, esas işyeri bulunan işveren, B ülkesindeki temsilciliğinde, pilotlar, hostesler ve diğer havayolu çalışanlarıyla, nitelik itibariyle işin

¹²⁵⁶ MORGENSTERN, age., s. 104.

¹²⁵⁷ MORGENSTERN, age., s. 104.

¹²⁵⁸ MORGENSTERN, age., s. 103; PALAO- MORENO, agm., s. 319.

mutaden yapıldığı işyerlerinin bulunmadığı iş sözleşmeleri akdetmektedir. Bu durumda, havayolu işçilerinin iş akdiyle bağlandıkları işyeri hukuku, aşına oldukları ülke olduğu için işçiler bakımından avantajlı olacaktır. Diğer bir deyişle, birinci bölümde değindiğimiz, işçinin iş akdiyle bağlandığı işyeri bağlama noktası ile işverenin esas işyeri bağlama noktası arasındaki farklılık ortaya çıkmaktadır.

cc. Toplu İş Sözleşmelerine Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

Toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuka dair hangi görüş benimsenirse benimsensin, hâlin icabına göre, toplu iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmakta ise toplu iş sözleşmesinin bu hukuka tâbi olması gündeme gelebilir.

Toplu iş sözleşmelerine, genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak bağlama kuralının uygulanmasını öneren görüş benimsenecek olursa, MÖHUK m.24 kapsamında, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanma koşulları araştırılmalıdır.

2675 sayılı Kanunun döneminde, 24. maddede, önce ifa yeri hukukunu uygulanması, bu tespit edilemiyorsa, karakteristik edimin ifa yeri hukukunun uygulanmasını, bu da tespit edilemiyorsa, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan devletin hukukunun uygulanmasını öngörmekteydi¹²⁵⁹. Doktrinde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan devletin hukukunun uygulanması; karakteristik edimin ifa yeri hukukunun tespit edilememesine bağlı olması nedeniyle olumsuz eleştirilere uğramaktaydı¹²⁶⁰; 24.maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekteydi¹²⁶¹.

Günümüzde, MÖHUK'da 24. maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesine göre, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olacaktır¹²⁶². MÖHUK'da, Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi, sözleşmenin belirtilen hukuklardan başka bir hukukla açıkça daha sıkı irtibatlı olması ve

¹²⁵⁹ TEKİNALP, En Yakın İrtibatlı Hukuk, s. 450.

¹²⁶⁰ ÇELİKEL/ERDEM, age., s. 332.

¹²⁶¹ TEKİNALP, Akdi Borç Statüsü, s.70; TURHAN, agm., s.146; GÜNGÖR, Yakınlık, s. 200.

¹²⁶² TEKİNALP, Turkish Code, s. 330; NOMER/ŞANLI, age., s. 323.

karakteristik edim borçlusunun tespit edilememesi ayrımı yapılmamaktadır. Ayrıca İsviçre hukukunda olduğu gibi genel bir kaçış kuralı değil, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak bir kaçış kuralıdır.

Toplu iş sözleşmelerinde, karakteristik edimin tespit edilememesi gerçeği karşısında, uygulanacak hukukun tespitinde, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması özel bir önem kazanmaktadır. Özellikle, gemilerde çalışan nakliye işçileri için, bayrak ülkesi hukukunun ya da geminin tescil yeri hukukunun uygulanması yerine, toplu iş sözleşmesinin taraflarının mutad meskeni ya da işyeri, geminin bulunduğu yer, genellikle iş yaptığı yerler ve endüstriyel hareketin örneğin grevin meydana geldiği yerin de göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁶³.

Toplu iş sözleşmelerine, katıldığımız görüş uyarınca, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama kuralının kıyasen uygulanması görüşü benimsenecek olursa; daha sıkı ilişkili hukukun uygulanma koşullarını MÖHUK m.27/4 kapsamında araştırmak gerekecektir. Bu durumda, m.24/4 son cümlesinden farklı olarak, toplu iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması zorunlu değildir. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Toplu iş sözleşmelerine, hâlin icabına göre, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması söz konusu olabilir. Özellikle, işçilerin iş akdiyle bağlandıkları yer, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer, işveren ve işçilerin müşterek vatandaşlıkları A ülkesi ile irtibatlı ise fakat işin mutaden yapıldığı işyeri B ülkesi ise, toplu iş sözleşmelerine, daha sıkı ilişkili hukuk olan A ülkesi hukukunun uygulanması düşünülebilir.

İşçilerin mutaden çalışmak üzere yabancı bir ülkeye gönderilemeleri durumunda, işçinin iş sözleşmesiyle bağlandığı ve işverenin bulunduğu işyerinde yapılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, mutaden çalışılan yabancı ülkede etkili olup olamayacağı, işin

¹²⁶³ SAF, agm., s. 491.

mutaden yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin, bu toplu iş sözleşmelerinin geçerliliğini kabul edip etmemesine göre değişecektir.¹²⁶⁴

Ancak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, toplu iş sözleşmeleri bakımından özel bir ayrımı gerektirmektedir. İşçinin işini yabancı bir ülkede ifa etmek üzere bir şirket tarafından işe alınması ve iş sözleşmesi akdetmesi ile asıl şirkette işe alınan işçinin yabancı bağlı ortaklık için işini ifa etmesi durumunda, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti farklı olacaktır.¹²⁶⁵

İlk durumda, ülkesellik prensibi nedeniyle, iş sözleşmesinin akdedildiği yerdeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı görüşleri bulunmakla birlikte; Alman, Fransız, İtalyan ve Japon hukuklarında, bu durumda toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin ülke aşıcı şekilde uygulanabileceği yaklaşımı daha ağırlıklıdır.¹²⁶⁶ Çünkü bu durumda, işçi, örneğin A ülkesinde işe alınmıştır ve iş sözleşmesi akdetmiştir ve herhangi bir bağlı ortaklığın bulunmadığı B ülkesinde, işini mutaden yapmaktadır.

İkinci durumda ise, asıl şirkette işe alınmış olsa bile, bu şirketin yabancı bağlı ortaklığı ve onun organizasyonunda çalışan işçiler arasındaki ilişkilere, asıl şirketin bulunduğu ülkede yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması düşünülemez.¹²⁶⁷ Bu durumda, şirketin yabancı bağlı ortaklığında çalışan işçilerin, işin mutaden yapıldığı bağlı ortaklığın bulunduğu işyeri hukukuna göre toplu iş sözleşmeleri akdetmeleri gerekir.¹²⁶⁸

¹²⁶⁴ KREBBER, agm., s. 537; YAMAKAWA, agm., s. 371.

¹²⁶⁵ PALAO-MORENO, agm., s. 319.

¹²⁶⁶ YAMAKAWA, agm., s. 371.

¹²⁶⁷ PALAO-MORENO, agm., s. 319; YAMAKAWA, agm., s. 372.

¹²⁶⁸ PALAO-MORENO, agm., s. 319; YAMAKAWA, agm., s. 372.

II. Toplu İş Sözleşmeleri ile Bireysel İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki ve Bu İlişkinin Uygulanacak Hukukun Tayinine Etkisi

A. Bireysel İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki

Toplu iş sözleşmelerine ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki ilişki ve bu ilişkinin uygulanacak hukukun tayinine etkisi konusunda, pozitif düzenlemeler açık değildir ve doktrinde de fikir birliğine varılmış değildir. Bu belirsizlik, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmeleri arasındaki etkileşimle ilgilidir.

Uygulanacak hukukun tayininde, bu etkileşim, sadece toplu iş sözleşmeleri değil aynı zamanda bireysel iş sözleşmeleri açısından dikkate alınmalıdır. Bunun nedeni, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bireysel iş sözleşmesinin taraflarının ilişkileri üzerinde etki doğurmasıdır¹²⁶⁹.

Toplu iş sözleşmeleri değerlendirilirken, toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kurallar ve bu kurallara göre yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin, bireysel iş sözleşmesine etki eden hükümleri birbirinden ayrılmalıdır¹²⁷⁰.

Forum'un toplu iş sözleşmesi hükümleri, devlet kontrolüne mutlak olarak tâbi olmamaları nedeniyle, iş ilişkisini düzenleyen diğer kamu hukuku karakterli kurallardan ayrılmaktadır ve ne özel hukuk ne de kamu hukuku karakteri kesin olarak ifade edilmektedir¹²⁷¹. Toplu iş sözleşmelerinin normatif etkisi, maddî hukukta, bireysel iş sözleşmelerine, emredici ve doğrudan bir etkiyi ifade etmektedir¹²⁷² ve yararlılık ilkesi bu etkiyi biçimlendirmektedir¹²⁷³. Bir başka ifadeyle, “yararlılık karşılaştırması”, maddî iş

¹²⁶⁹ MORGENSTERN, age., s. 96-97; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 30 vd.; YAMAKAWA, agm., s. 369.

¹²⁷⁰ ESKO, age., s. 12.

¹²⁷¹ GAMILLSCHEG/Franzen, agm., s. 214.

¹²⁷² SOYER, Polat, **Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi**, Ankara 1991, s. 15.

¹²⁷³ SUR, Toplu İlişkiler, s. 282. TSGLK'nun 6. maddesinde, bu emredici ve doğrudan etki düzenlenmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini, toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akitlerinde düzenlenmeyen hususlarda, toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır. Başka bir deyişle, işçiler, toplu iş sözleşmelerinden, *de jure* yararlanmaktadır. SUR, Toplu İlişkiler, s. 282.

hukuku alanında, emredici hükümlerle akit serbestisinin sınırlanması yanında toplu iş sözleşmelerinin, bireysel iş sözleşmesine etkisiyle birlikte değerlendirilmektedir¹²⁷⁴.

Bir toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi, işveren ve işçi arasındaki bireysel ilişkiyi etkilemektedir ve bireysel iş ilişkisine uygulanacak yetkili yabancı hukuk üzerinde etkilerini göstermektedir¹²⁷⁵. Milletlerarası unsurlu bireysel iş sözleşmeleri üzerinde, toplu iş sözleşmelerinin rolü, bir de kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından incelenmelidir¹²⁷⁶.

B. Toplu İş Sözleşmeleri ve Bireysel İş Sözleşmeleri Hükümlerini İdare

Edecek Hukuklar Arasındaki Çatışma

1. Toplu İş Sözleşmesinde Bireysel İş Sözleşmesini İdare Edecek Hukuka

Dair Hukuk Seçimi Şartı Bulunması

Toplu iş sözleşmesinde, bireysel iş sözleşmelerini idare edecek hukuk seçilmiş olabilir. Özellikle Alman doktrininde taraftar bulan bir görüşe göre, bireysel iş sözleşmesini idare edecek hukuk, toplu iş sözleşmesi yoluyla seçilebilir¹²⁷⁷.

Bu görüşe göre, hukuk seçiminin toplu iş sözleşmesi yoluyla yapılması hâlinde, hem aynı işyerinde çalışan ve aynı işi yapan işçiler arasında uygulanacak hukukun yeknesak olması sağlanacaktır¹²⁷⁸ hem de işveren karşısında bireysel olarak zayıf olan işçinin, toplu hareket ettiği bu daha güçlü pozisyonda, hukuk seçimiyle zarar görmesinin önüne geçilebilecektir¹²⁷⁹.

Alman doktrininde, bireysel iş sözleşmeleri bakımından, bir toplu iş sözleşmesinin, bireysel iş sözleşmesini idare edecek hüküm içerebileceği kabul

¹²⁷⁴ DOĞAN, Uygulanacak Hukuk, s. 153; DOĞAN, Tespit, s. 113; Maddî hukuk bakımından bu tespit için, ENGİN, age, s. 93.

¹²⁷⁵ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 20.

¹²⁷⁶ EHRENZWEIG/JAYME, age., s. 14.

¹²⁷⁷ ESKO, age., s. 13; KREBBER, agm., s.523; HERGENRÖDER, agm., s. 317-318; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

¹²⁷⁸ MORGENSTERN/KNAPP, agm., s. 302; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

¹²⁷⁹ GAMILLSCHEG, agm., s. 333. Türk doktrininde bu tespit için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s. 53; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 529; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 160. Maddî iş hukuku bakımından, konuya ilişkin olarak bkz. SOYER, age., s. 2-3.

edilmektedir¹²⁸⁰. Örneğin işçilerin ve işverenin aynı ülkeden geldiği bir iş ilişkisinde, aralarındaki toplu iş sözleşmesinde, orijin ülkesinin hukukunun uygulanacağına ilişkin hüküm konulmuş olabilir¹²⁸¹. Böylece toplu iş sözleşmelerinin veya diğer hükümlerin, ev sahibi ülkede tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir¹²⁸².

Hukuk seçiminin, toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla yapılabileceğini savunan bu görüşün Türk doktrinindeki taraftarlarına göre, işçinin korunması amacına paralel olarak, toplu iş sözleşmesi yoluyla ancak işçi için daha elverişli olan bir hukuk seçimi yapılabilir¹²⁸³.

Türk doktrininde, hukuk seçiminin toplu iş sözleşmesi yoluyla yapılmasına karşı olan görüşe göre, hukuk seçimi ancak belirli bir iş sözleşmesi için yapılabilir ve iş sözleşmelerinde hukuk seçimini düzenleyen kanunlar ihtilâfi kuralları, sadece bireysel iş sözleşmelerini kapsamaktadır¹²⁸⁴.

Kanaatimizce hukuk seçiminin toplu iş sözleşmesi yoluyla yapılmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak, işçinin korunması amacıyla, seçilen hukukun, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun işçiye sağladığı asgarî korumanın bertaraf edilememesine ilişkin sınırlama, toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi şartı için de uygulanmalıdır. Bunun gerekçesi ise, kanaatimizce, maddî iş hukukunda, iş kanunlarında yer alan işçi lehine olan asgarî emredici kuralların, işçi aleyhine toplu iş sözleşmeleriyle değiştirilememesi ilkesinin¹²⁸⁵, kanunlar ihtilâfi kuralına yansıtılması zorunluluğudur.

Burada tartışılması gereken, toplu iş sözleşmesinde yer alan imzaların, bireysel iş sözleşmesinin tarafları olan üçüncü kişi konumundaki işçileri nasıl etkileyeceğidir. Bu

¹²⁸⁰ LIUKKUNEN, age., s. 120.

¹²⁸¹ MORGENTERN, Conflicts of Labour Law, s. 123.

¹²⁸² MORGENTERN, Conflicts of Labour Law, s. 123.

¹²⁸³ AKYİĞİT, agm., s. 20; DOĞAN, İş Akdi, s. 53; TARMAN, İş Sözleşmesi, s. 530; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 160.

¹²⁸⁴ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 123.

¹²⁸⁵ AKTAY, age., s. 17.

soruya verilecek yanıt, işin mutaden ifa edildiği ve toplu iş sözleşmesinin yapıldığı yere, bir başka deyişle toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuka göre değişecektir¹²⁸⁶.

Türk hukukunda, TSGLK m.6'da, hizmet sözleşmelerinde düzenlenmeyen konularda, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. O hâlde, Türkiye'de, toplu iş sözleşmesinde yapılan hukuk seçimi, kural olarak bireysel iş sözleşmesine de uygulanacaktır. Ancak toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin, üçüncü kişi olan işçileri bağlayabilmesi için, taraf işçi sendikasının üyesi olması gerekir (TSGLK m.9).

Buna göre, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte, taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir¹²⁸⁷. İmza tarihinden sonra işçi sendikasına üye olanlar bakımından, bireysel iş sözleşmesinin akdedilmesinden sonra hukuk seçimi etkili olacaktır. Bu durumda, MÖHUK m.27'de, iş sözleşmesinde hukuk seçiminin zamanına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için, MÖHUK m.24 uygulanacaktır. Buna göre, hukuk seçimi, taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir.

Ayrıca, toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında, taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinden önce taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar ya da çıkarılanların, taraf işçi sendikasına dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi mümkündür (TSGLK m.9/3). Unutulmamalıdır ki toplu iş sözleşmesinin taraflarının, sendikalı ya da sendikasız bazı işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları yönünde hüküm getirmesi de söz

¹²⁸⁶ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302. Klâsik sözleşme kuramına göre, sözleşmeler sadece tarafları arasında etkilidir ve üçüncü kişileri bağlamazlar. Üçüncü kişileri, iradeleri dışında bağlayan, objektif kural koyma yetkisi devletindir. Oysa toplu iş sözleşmesinin normatif kuralları, taraf olanlar dışındaki, üçüncü kişilere de haklar ve yükümlülükler getirmektedir. AKTAY, age., s. 19-20; SÜZEK, age., s. 43.

¹²⁸⁷ GÜNAY, s. 328; HEKİMLER, s. 363-364.

konusu olabilir. Bu kişilere kapsam dışı personel denilmektedir¹²⁸⁸ ve bu durumda toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi şartının, bireysel iş sözleşmesine etki etmesi mümkün değildir.

2. Her İki Sözleşmede Yer Alan Hukuk Seçimi Şartlarından Birinin

Uygulanabilirlik Önceliğinin Tayini

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde, ortaya çıkabilecek durumlardan biri, hem bireysel iş sözleşmesinde hem de toplu iş sözleşmesinde, hukuk seçimi klozunun bulunmasıdır. Her iki sözleşmede de aynı ülkenin hukukunun uygulanması kararlaştırılmışsa, seçilen bu hukukun uygulanacağına kuşku yoktur. Sorun, bireysel iş sözleşmesinde seçilen hukukun, toplu iş sözleşmesinde seçilen hukuktan farklı olması hâlinde, seçilen hukuklardan hangisinin esas alınacağına ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda öncelikle, toplu iş sözleşmesinin bireysel iş sözleşmesine ilişkin konuları ile bireysel iş sözleşmesi ile düzenlenmeyen ya da düzenlenemeyen konularının birbirinden ayrılması gerekir¹²⁸⁹. Bireysel iş sözleşmesinde yer alan her konu toplu iş sözleşmesinde düzenlenmeyeceği gibi, toplu iş sözleşmesinde bireysel iş sözleşmesinde yer almayacak hükümler de bulunabilir¹²⁹⁰. Toplu iş sözleşmesinin, örneğin işyeri sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümleri bakımından, şüphesiz toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi esas alınacaktır.

Toplu iş sözleşmesinin, bireysel iş sözleşmelerine ilişkin hükümleri bakımından, bireysel iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi şartı ile toplu iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi şartının hangisinin esas alınacağı tespit edilmelidir.

¹²⁸⁸ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 493; AKTAY, age., s. 111-114; KILIÇOĞLU, age., s. 526; GÜNAY, age., s. 328; HEKİMLER, agm., s. 364.

¹²⁸⁹ SOYER, age., s. 43 vd.

¹²⁹⁰ KILIÇOĞLU, age., s. 388.

Doktrinde bir görüŖe göre, bu durumda, toplu iŖ sözleşmesinde seçilen hukuk esas alınmalıdır¹²⁹¹ ancak bu görüŖ, neden toplu iŖ sözleşmesinde seçilen hukukun esas alınması gerektiğini açıklamamaktadır.

Katıldığımız diğer görüŖe göre, bu durumda, seçilen hukuklardan iŖçinin lehine olan hukukun uygulanması gerekir¹²⁹². Bu çözüm, maddî iŖ hukukunda benimsenen, toplu iŖ sözleşmesinde, bireysel iŖ sözleşmesine aykırı hükümler bulunması hâlinde, bireysel iŖ sözleşmesinin, iŖçi lehine olan hükümlerinin geçerli olması ilkesine de uygundur¹²⁹³.

Bireysel iŖ sözleşmesinde, iŖçi için daha elverişli bir koruma sağlayan bir hukukun seçilmiş olması hâlinde, bireysel iŖ sözleşmesinde seçilen hukuk uygulanmalıdır. Bu durumda, toplu iŖ sözleşmesinin, bireysel iŖ sözleşmesine ilişkin olmayan konuları bakımından; toplu iŖ sözleşmesinde seçilen hukuk ile bireysel iŖ sözleşmesinde seçilen hukuk, kendi alanında kısmî seçim olarak uygulanmaya devam edecektir.

Bireysel iŖ sözleşmesinde, seçilen hukuk, iŖçinin daha lehine koruma hükümleri içermeyen bir hukuk ise, toplu iŖ sözleşmesinde seçilen hukuka itibar edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, bu durumda da, toplu iŖ sözleşmesinde seçilen hukuk ile bireysel iŖ sözleşmesinde seçilen hukukun, yararlılık bir başka deyiŖle uygunluk karşılaştırılması yapılmalıdır ki, bu konudaki tartışmalar ve sorunlara ilk bölümde değinilmiştir.

3. Objektif Bağlama Kurallarının Tayin Ettiği Hukukun Toplu İŖ Sözleşmesi

Hükümlerinin Bireysel İŖ Sözleşmeleri Hakkında Seçilen Hukuk

Üzerindeki Sınırlayıcı Etkisi

Objektif bağlama kurallarının tayin ettiği hukukun toplu iŖ sözleşmesi hükümlerinin bireysel iŖ sözleşmeleri hakkında seçilen hukuk üzerindeki sınırlayıcı etkisi değerlendirilirken, ortaya Ŗöyle bir durum çıkmaktadır: Örneğin toplu iŖ sözleşmesi, iŖin mutaden yapıldığı ülkede bulunan iŖçi sendikası ve iŖveren ya da iŖveren sendikası arasında

¹²⁹¹ ESKO, age., s. 13.

¹²⁹² AKYİĞİT, agm., s. 20.

¹²⁹³ AKYİĞİT, agm., s. 20; SOYER, age., s. 43 vd.

akdedilmiştir ve işin mutaden yapıldığı işyerinde mevcut iş ilişkilerine dair hükümler içermektedir. Ancak aynı çalışma alanında, milletlerarası unsurlu bir bireysel iş sözleşmesinde, hukuk seçimi şartı ile yabancı bir hukuk seçilmiştir. Böyle bir olayda, toplu iş sözleşmesi, akdediliş süreci ve uygulama alanı bakımından ülkeseldir yani millî karakterlidir ancak bireysel iş sözleşmesine, işin mutaden yapıldığı işyerinin hukuku değil taraflarca seçilmiş olan yabancı bir hukuk uygulanmaktadır.

İş sözleşmelerinde hukuk seçimi alanında, toplu sözleşmelerin bir diğer rolü, tarafların seçtiği hukuk yerine, objektif olarak uygulanacak hukukun, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasındadır. Tarafların seçtiği hukuk yerine toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için, bu hükümlerin ya MÖHUK m.27/1 anlamında dahilî emredici kurallar olması veya *lex causae* dikkate alınmaksızın uygulanan doğrudan uygulanan kurallar olması gereklidir¹²⁹⁴.

İskandinav ülkeleri ve Almanya'daki genel söylemde, iş hukuku alanında, emredici ve yarı emredici iki tür kural bulunmaktadır. Türk hukukunda da kamu düzeni hükümleri ve sosyal kamu düzeni hükümleri olarak ifade edilen benzer bir ayırım yapılmaktadır¹²⁹⁵. Türk hukukunda bir diğer ayırım, taraflarca uyulması zorunlu olan ve değiştirilmesi olanağı bulunmayan mutlak emredici kurallar ve işçi yararına değiştirilebilen nispi emredici kurallar ayırımıdır¹²⁹⁶.

Emredici hükümler, işçi için asgarî korumayı sağlamaktadır ve işte daha iyi koşullar altında çalışmayı sağlamaktadır¹²⁹⁷. Ayrıca iş hukukunun, üzerinde anlaşmaya varılmamış olması hâlinde uygulanan, yardımcı hükümleri vardır. Bu yardımcı hükümler, bireysel iş

¹²⁹⁴ Yabancı doktrinde bu tespit için bkz. MORGENSTERN/KNAPP, agm., s. 776; Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddelerinin yorumunda aynı yönde görüş için bkz. LIUKKUNEN, age., s. 120.

¹²⁹⁵ EKONOMİ, age., s. 17; TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s. 900; SÜZEK, age., s. 29.

¹²⁹⁶ EKONOMİ, age., s. 16-17; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 44; ÇELİK, age., s. 19.

¹²⁹⁷ Örneğin İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen iş güvencesi hükümleri, bir başka deyişle işe iade ve tazminatlar, işçiye arada geçen süreye ilişkin ödenecek doğmuş ücret ve diğer hakları, mutlak emredici bir düzenlemedir. SUR, Toplu İlişkiler, s.226.

sözleşmelerinde, sadece işçinin daha lehine bir çalışma ortamı yaratmak için işçi ve işveren arasında düzenlenebilen kurallardır¹²⁹⁸.

Bir de emredici ve yardımcı hükümler arasında, statü hükümleri olarak kabul edilen üçüncü bir grup vardır. Bu hükümler iş sözleşmesinin tarafları için emredicidir fakat sosyal taraflar tarafından değiştirilebilmektedir¹²⁹⁹. Bu statü hükümlerine yarı emredici kurallar denilmektedir. Bunlar iş sözleşmesinin taraflarınca değiştirilememesine rağmen, toplu iş sözleşmeleri gibi sosyal taraflarca değiştirilebilmektedir. Hatta, bazı ülkelerde, yarı emredici hükümler ile mevzuat tarafından sağlanan korumanın zayıflaması bile mümkündür¹³⁰⁰.

Türk doktrinde de, toplu iş sözleşmeleri, iş hayatının korunmasına ilişkin hükümler olarak kabul edilmekte ve toplu iş sözleşmeleri hükümlerinin, MÖHUK m.27/1 anlamında, hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyeceği ifade edilmektedir¹³⁰¹. Kanaatimizce, madde 27/1, sadece bazı toplu sözleşme hükümlerinin, seçilen hukuk tarafından bertaraf edilemeyerek uygulanmasını gerektirmektedir¹³⁰². Bunun nedeni, toplu iş sözleşmesiyle elde edilmeye çalışılan kolektif yararın, nihaî amacı, bireyin korunması olduğu için, bu hükümlerin ancak bireyin hukukî durumunu güçlendirme amacını taşıdığı ölçüde dikkate alınabileceğidir¹³⁰³.

Temel ilke olarak, madde 27/1 anlamında, hem emredici hem de yarı emredici hükümler dikkate alınmalıdır. Bir yarı emredici hükmün, toplu iş sözleşmeleri ile

¹²⁹⁸ POLAK, agm., s. 325; SUR, Toplu İlişkiler , s. 3; SÜZEK, age., s. 28. Örneğin, İş Kanunu'nun, 44. maddesinin ilk fıkrasında, işçilerin genel tatil günlerinde çalışıp çalışamayacaklarına ilişkin düzenleme, bireysel iş sözleşmeleriyle ya da toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılabileceğinden, yardımcı bir kuraldır. SÜZEK, age., s. 32.

¹²⁹⁹ ESENER, İş Hukuku, s. 34 vd.; SOYER, age., s. 18; SÜZEK, age., s. 30.

¹³⁰⁰ MORGENSTERN, Evolution of Labour Law, s. 429; GAMILLSCHEG/ FRANZEN, agm., s. 224; LIUKKUNEN, age., s. 125. Örneğin Finlandiya'da, yarı emredici kuralların kullanılmasının altında yatan genel politika, toplu sözleşmelerde taraflar arasında eşit pazarlık gücünün bulunmasıdır. Hatta farklı sektörlerin farklı ihtiyaçları nedeniyle, değişiklik için bir boşluk bırakmanın zorunlu olduğu vurgulanmaktadır. Toplu sözleşmeler tarafından yarı emredici hükümlerin değiştirilmesi çeşitli konularda olabilir. Örneğin çalışma zamanının belirlenmesi veya işçinin hastalığı sırasında alacağı ücret gibi. LIUKKUNEN, age., s. 126.

¹³⁰¹ TEKİNALP, age., s. 401.

¹³⁰² Bu yönde yabancı doktrinde, HEPPLER, agm., s. 46.

¹³⁰³ ENGİN, age., s. 141.

değiştirilebilir niteliği, onun madde 27/1'den istisna edildiği anlamına gelmez. Katıldığımız görüşe göre, işçiye daha zayıf koruma getiren toplu iş sözleşmeleri ile yarı emredici hükümlerden işçi aleyhine sapma söz konusu ise, bu durumda bu toplu sözleşme hükümleri, madde 27/1'den istisna edilebilmelidir¹³⁰⁴.

Ayrıca objektif olarak uygulanacak hukukun, örneğin işin mutaden yapıldığı yerde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde yer alan bütün hükümlerin, asgarî koruma ilkesi kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. İşçinin sosyal korunması kavramında, potansiyel problemler, asgarî koruma hükümleri gibi dahilî hükümlerin emredici niteliği ile çok fazla ilişkili değildir. Bunların kamu menfaati ile geniş olarak desteklenen açık bir sosyal amacı vardır¹³⁰⁵. Asgarî koruma hükümleri müzakere edilirken, ihtiyatlı bir araştırmayı gerektirmektedir. Bir toplu iş sözleşmesinin genel uygulanabilir niteliği, güçlü bir kamu menfaatine dayanmadıkça, bu hükmü asgarî koruma kuralı olarak nitelemeye yetmemektedir. Yine şu açıktır ki, genel olarak uygulanabilir hükümlerin hepsi aynı kapsamda kamu menfaatini sağlamamaktadır¹³⁰⁶.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler, örneğin işyeri sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, o çalışma alanındaki bütün işçilere uygulanabilir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu hükümlerin, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olmayan işçilere de genişletilerek uygulanmasında, işverenin yabancı olması ya da bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukun hangi ülkenin hukuku olduğu önem arz etmemektedir¹³⁰⁷. İşte sadece bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, asgarî koruma kuralı olarak sınırlayıcı bir etkiye sahip olup olmadığı araştırılmalıdır¹³⁰⁸.

Diğer yandan sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye işçilere uygulanacak toplu iş sözleşmesi hükümleri, ülkede çalışan işçilerin korunması

¹³⁰⁴ LIUKKUNEN, age., s. 126.

¹³⁰⁵ SOYER, age., s. 19 vd.

¹³⁰⁶ LIUKKUNEN, age., s. 138.

¹³⁰⁷ MORGENSTERN, age., s. 101; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 21.

¹³⁰⁸ MORGENSTERN, age., s. 101.

amacıyla asgarî bir koruma amacı taşımamaktadır. Bu hükümlerden, bireysel iş sözleşmesinde hukuk seçimi şartı bulunan işçinin yararlanıp yararlanamayacağı, o işçinin sendika üyesi olup olmamasına göre belirlenmelidir¹³⁰⁹.

4. Toplu İş Sözleşmelerinin Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisinin

Tayininde Esas Alınacak Hukuku Gösteren Objektif Bağlama Kuralları

Toplu iş sözleşmelerinin bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinin tayininde, esas alınacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralları araştırılırken, genel olarak uygulanabilir olup olmadıkları, işçinin korunmasını ve aynı zamanda kamu menfaatinin korumayı amaçlayan asgarî iş koşullarını içerip içermediğine bakılmalıdır¹³¹⁰.

Toplu iş sözleşmelerinin bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinin tayininde esas alınacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralının araştırılması, 1977 tarihli *International Transport Workers Federation v. Assinou Shipping Co. Ltd.* dâvasında¹³¹¹ ele alınmıştır. Olayda, İsveçli tayfalar, deniz nakliyatı yapan Kıbrıs şirketine ait ve Kıbrıs gemi siciline kayıtlı bir gemide çalışmak üzere, İsveç'te, söz konusu gemideyken, iş sözleşmesi akdetmiştir. Şirket ve sendika, bu tayfalara uygulanmak üzere, İsveç'te bir toplu iş sözleşmesi akdetmiştir. Sendika, bazı ödemelerin kısıtlanmasının toplu iş sözleşmesine aykırı olduğu iddiasıyla, şirkete dâva açmıştır. Sendika, hem işçilerin ücretlerinin ödenmesini hem de toplu iş sözleşmesinin şirket tarafından ihlâl edilmesi nedeniyle, sendikaya ödeme yapılmasını talep etmiştir. İsveç iş mahkemesi, iş ilişkisine uygulanacak hukuku tespit ederken, şu irtibat noktalarını değerlendirmiştir: Tayfalar İsveç vatandaşıdır, iş sözleşmesini, İsveç'te gemi üzerindeyken akdetmiştir ve gemi kısmî olarak, İsveç sularında bulunmuştur. Diğer yandan, toplu iş sözleşmesinin taraflarının İsveçli olmadığını, geminin hiçbir zaman İsveç bayrağı taşımadığını ve her zaman Kıbrıs gemi siciline tescilli olduğunu

¹³⁰⁹ MORGENSTERN, age., s. 101.

¹³¹⁰ LIUKKUNEN, age., s. 132; DEINERT, agm., s. 222.

¹³¹¹ *International Transport Workers Federation v. Assinou Shipping Co.Ltd, Arbetsdomstolens Domar* 1977 no. 9, kararın İngilizce özeti için bkz. BOGDAN, Labor Relations, s. 217.

belirtmiştir. Ayrıca tayfalar İsveç gemisinde işe alınmamıştır ve İsveç sendikalarına üye olamazlar. Sonuç olarak mahkeme, Kıbrıs ile olan irtibatın daha güçlü olduğuna ve Kıbrıs hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.

Kıbrıs hukukuna göre, işçilerin ücretlerindeki kesinti nedeniyle, sendikaya ödeme yapılması söz konusu olmamaktadır. Fakat mahkeme, Kıbrıs hukukuna göre, toplu iş sözleşmesi hükümleri, bireysel iş sözleşmesinin bir parçası hâline geldiği için, toplu iş sözleşmesine göre, tayfaların ücretlerinin ödenmesine karar vermiştir. İsveç iş mahkemesi bu kararında, bireysel iş sözleşmesine ve toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukukları ayrı ayrı araştırmamıştır.

Bir görüşe göre, bir toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi, sadece toplu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından tespit edilir¹³¹². Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Tasarısında, toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri ilişkilerinin, işin yapıldığı yer hukukuna tâbi olması gerektiği ifade edilmiştir¹³¹³. Milletlerarası Hukuk Enstitüsüyle aynı görüşü paylaşan yabancı doktrinde, toplu iş sözleşmesindeki bir normun hukukî niteliği, toplu iş sözleşmesinin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olmalıdır¹³¹⁴.

Doktrinde ifade edilen diğer görüşe göre, toplu iş sözleşmesinin lehe olan hükümlerinin, bireysel iş sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı, bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuka göre tespit edilmelidir¹³¹⁵. Giuliano – Lagarde Raporuna göre, bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, bir toplu iş sözleşmesinde yer alan bir koşulun, bireysel iş sözleşmesini etkileyip etkilemediğini de belirleyecektir. Eğer, objektif kurala göre öngörülen ülkenin hukuku, toplu iş sözleşmelerini işveren için bağlayıcı kılmışsa; bireysel iş

¹³¹² PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

¹³¹³ *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szászy*, m.6.

¹³¹⁴ GAMILLSCHEG, agm., s. 333; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 32.

¹³¹⁵ MORSE, Employment Contracts, s. 14.

sözleşmesinde, hukuk seçimi ile, bu toplu iş sözleşmesinin işçiye sağladığı koruma bertaraf edilemeyecektir¹³¹⁶.

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmelerine de bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama kurallarının uygulanmasıyla sorun basitçe çözülebilir. Bu durumda, her iki sözleşmeye de uygulanacak hukuk kural olarak işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olacaktır. İşçinin işini devamlı olarak birden fazla ülkede yapması durumunda, m.27'ye göre işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku her iki sözleşmeye de uygulanacaktır. Ancak özel bağlama kuralının uygulanmasına karşın bireysel iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesine farklı hukukların uygulanması durumunda, kanaatimizce işçinin en lehine olan hukuka itibar edilmesi, zayıf taraf olarak işçinin korunması amacıyla olan milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayacaktır.

C. Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukukta Yer Alan Toplu İş

Sözleşmesi Hükümleri ile İşin Mutaden Yapıldığı İşyerinde ya da İşverenin Esas İşyerinde Yürürlükte Olan Toplu İş Sözleşmeleri Hükümleri Arasındaki Çatışma

Bireysel bir iş sözleşmesinin, işin mutaden yapıldığı işyeri hukuku dışında bir hukuk tarafından idare edilmesi iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi, bireysel iş sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmiş olabilir. İkincisi, bireysel iş sözleşmesine objektif olarak uygulanacak daha yakın irtibatlı bir hukuk bulunabilir. Örneğin işçi ve işverenin vatandaşı olduğu ya da işveren tarafın işyerinin bulunduğu ülke, bireysel iş sözleşmesinin ve toplu iş sözleşmesinin akdedildiği ülke A ülkesidir, işçi mutaden çalışmak üzere B ülkesine gönderilmiştir ve B ülkesinde, işverenin başka bir temsilciliği, şubesi ya da bağlı ortaklığı da bulunmamaktadır.

¹³¹⁶ GIULIANO/LAGARDE, s. 18; MORGENSTERN, age., s. 21; DICEY/MORRIS, age., s. 1304; Roma Sözleşmesi'nin taslak olarak tartışıldığı dönemde yabancı doktrinde aynı yönde görüş için bkz. GAMILLSCHEG, agm., s. 334.

Daha çok yabancı doktrinde ifade edilen görüşe göre, toplu iş sözleşmeleri, tarafların seçtikleri hukukun bir parçasıdır ve onun bireysel iş sözleşmesiyle ilgili hükümleri, böylece uygulanır hâle gelmektedir¹³¹⁷. Taraflar, yabancı bir hukuku seçtiğinde, seçilen hukukta yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin, bireysel iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, bu hukukun bir parçası olarak uygulanacaktır. Fakat bu durumda dahil etme değil, seçilen hukukun bir parçası olarak uygulanma söz konusu olacaktır ve dahil etme ile genel atıf yapma arasındaki farklılık ortaya çıkacaktır.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin *lex causae*'nin bir parçası olabileceği kabul edilmektedir. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü önerisinde ve Roma Sözleşmesi'nde, uygulanacak hukukun toplu iş sözleşmelerini de kapsadığı ifade edilmiştir¹³¹⁸. 1976 tarihli Tüzük Önerisi'nin 2. maddesinde, iş hukukuna dair bütün hükümlerin, idarî hükümler, iş sözleşmesinin tarafları tâbi ise toplu iş sözleşmeleri ve *case law* ile birlikte uygulanacak hukukun bir parçası olduğu belirtilmiştir¹³¹⁹. Bu görüş, Türk doktrininde de taraftar bulmuştur¹³²⁰.

Toplu iş sözleşmelerinin *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulanacağını belirtmek, pratikte ortaya çıkan temel sorunları çözmede yeterli değildir. Bir toplu iş sözleşmesinin *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulanıp uygulanamayacağı, o toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına bakılarak belirlenebilir¹³²¹.

Birinci sorun, toplu iş sözleşmesinin akdedildiği ülkenin hukukunun, toplu iş sözleşmelerinin, işin mutaden yapıldığı yabancı ülkede uygulanmasına izin verip vermediğidir¹³²². Örneğin Birleşik Devletlerde, İş İlişkileri Kanunu ve Demiryolu İş Kanunu'na göre, ülke dışında bulunan işçilerin, toplu pazarlık sürecinin bir parçası olamadığı düzenlenmiştir ve yapılan toplu iş sözleşmelerinin, ülke dışında uygulanmayacağı kabul

¹³¹⁷ MORGENSTERN, age., s. 20; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302.

¹³¹⁸ MORGENSTERN, age., s. 102.

¹³¹⁹ 1976 tarihli Tüzük Önerisi, m. 2/1.

¹³²⁰ NÖMER/ŞANLI, age., s. 332; DOĞAN, İş Akdi, s. 62-63.

¹³²¹ PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 302; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 21.

¹³²² MORGENSTERN, age., s. 102; VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 36.

edilmiştir. Sadece istisnaî olarak, geçici olarak yurt dışında bulunan işçilerin, toplu iş sözleşmesine tâbi olacakları belirtilmiştir¹³²³. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin de benzer kararları vardır. Bazı ülkelerde, toplu iş sözleşmeleri, bölgesel ya da millî kabul edilebilmektedir. Örneğin İsrail İş Mahkemesi kararlarında, genel toplu iş sözleşmelerinin, “devletin” bütün ülkesinde uygulanan toplu iş sözleşmeleri olduğu belirtilmiştir¹³²⁴.

İkinci sorun bir toplu iş sözleşmesinin kendisinin, uygulama alanını belirlemesidir¹³²⁵. Bir toplu iş sözleşmesinin sınır aşıcı şekilde uygulanabileceğine dair çok az örnek vardır. Fransa, Eski Demokratik Federal Almanya, İtalya ve İskandinav ülkelerinde, akdedildikleri ülke dışında yapılacak işleri kapsayan toplu iş sözleşmeleri de yapılmaktadır¹³²⁶. Bu toplu iş sözleşmeleri daha çok nakliye ve inşaat sektörüyle ilgilidir ya da işi gereği sıklıkla yurt dışında çalışan teknikerler ve banka çalışanlarıyla ilgilidir¹³²⁷.

Bir toplu iş sözleşmesinde, çok uluslu bir gruba bağlı bir şirket tarafından, işe alındığı ülkeden başka bir ülkede çalışmak üzere gönderilmiş işçiler arasındaki ilişkiler veya yabancı bir şirket tarafından işe alınan yabancı işçiler kapsam dışı bırakılmış olabilir¹³²⁸. Anahtar nokta elbette toplu iş sözleşmesinin akdedildiği ülkede, ülke aşıcı uygulanabilirliğinin tespit edilip edilmediğidir¹³²⁹. Daha açık bir ifadeyle bağlayıcı olup olmadığı ve kimleri bağladığıyla ilgili bir meseledir¹³³⁰.

Üçüncü sorun, işin mutaden yapıldığı ülkenin, yabancı bir ülkede akdedilen bir toplu iş sözleşmesinin, ülke aşıcı şekilde uygulanabileceği kabul edip etmediğidir. Örneğin İngiltere'de, İngiliz tarafların, Almanya'daki bağlı ortaklıkta mutaden yapılan işler için toplu iş sözleşmesi yapmak istemeleri hâlinde, sadece Almanya'daki işyerinde bulunan sendika üyelerinin yararlanabileceği bir toplu iş sözleşmesi yapmaları mümkün değildir ancak

¹³²³ MORGENSTERN, age., s. 102.

¹³²⁴ MORGENSTERN, age., s. 102.

¹³²⁵ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 21.

¹³²⁶ MORGENSTERN, age., s. 103.

¹³²⁷ MORGENSTERN, age., s. 103.

¹³²⁸ MORGENSTERN, age., s. 97; PALAO- MORENO, agm., s. 319.

¹³²⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 36.

¹³³⁰ MORGENSTERN, age., s. 103.

Almanya'da hukuka aykırı kabul edilmediği sürece böyle bir toplu iş sözleşmesi geçerli kabul edilebilir. Fakat Almanya'da, tam tersine böyle bir toplu iş sözleşmesinin sadece İngiltere'de geçerli olacağı kabul edilebilir¹³³¹.

Toplu iş sözleşmesinin akdedildiği ülkede, ülke aşıcı şekilde uygulanabileceği kabul edilmiş olsa bile, işin mutaden yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkede yürürlükte olan toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukun bir parçası kabul edilen toplu iş sözleşmeleri arasında bir çatışma ortaya çıkacaktır. Yani aynı bireysel iş sözleşmesini etkileyecek iki farklı toplu iş sözleşmesi söz konusu olabilir¹³³².

Bu noktada, iş ilişkisinin en yakın irtibatlı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması önerilebileceği gibi işçinin en lehine olan toplu iş sözleşmesinin uygulanması da tartışılabilir¹³³³. Ancak bu tartışmalar, zayıf tarafın korunması amacıyla teorik olarak ifade edilebilirse de kabul etmek gerekir ki, uygulamada, toplu iş sözleşmelerinin ülke aşıcı etkisi ancak millî hukuk düzenlerinde tanınmasıyla sınırlı şekilde gerçekleşebilir.

D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Doğrudan Uygulanan Kural Olarak Bireysel İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

Doktrinde bir görüşe göre, *forum*'un yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hepsi doğrudan uygulanan kurallardır ve milletlerarası unsurlu bir ilişki bulunsun bulunmasın, ihtilâfçı metodu bertaraf ederek uygulanır¹³³⁴. Bu kurallar, buldukları ülkenin toplu iş ilişkilerini düzenlemeyi amaçladığı için ülkeseldir¹³³⁵. Her ülkenin, kendi tarihi ve toplu iş ilişkileri gerçeği gözetilerek, devletlerin iş pazarı politikasına ilişkin iktisadî siyasetlerine göre belirlenmektedir.

¹³³¹ GAMILLSCHEG, agm., s. 333.

¹³³² MORGENSTERN, age., s. 104.

¹³³³ MORGENSTERN, age., s. 104.

¹³³⁴ YAMAKAWA, agm., s. 362.

¹³³⁵ YAMAKAWA, agm., s. 370.

Bir başka açıdan bakılacak olursa, toplu iş sözleşmelerinin, koruyucu işlevi, mutlaka işçilerin daha lehine olan hükümler getirilmesini değil; tek başına işçinin, işveren karşısındaki güçsüzlüğünün dengelenmesini amaçlar. Bu gerekçeyle, toplu iş sözleşmesi, işçinin korunması amacına hizmet etmekle birlikte, toplu iş sözleşmesinin hükümleri, işçinin daha lehine olup olmamasına göre değerlendirilemez. Çalışma koşullarının içeriğini saptamak, artık tarafların pazarlık gücüne bağlıdır¹³³⁶.

Bazı iş hukuku sistemleri, toplu iş sözleşmeleri ile sosyal taraflara, statü hükümlerinden sapma yetkisi vermektedir. Bu yasama metodu, iş koşulları ve iş süresinin düzenlenmesinde, sosyal tarafların asli bir rolü olduğu ve kanun koyucunun rolünün sadece tamamlayıcı bir düzeyde olduğu ön kabulünden hareket etmektedir¹³³⁷. Bu düzlemde, yarı emredici hükümler ve toplu iş sözleşmesi hükümleri, prensip olarak doğrudan uygulanır kabul edilebilir¹³³⁸. Örneğin, *for* ülkesinde, daha yüksek ücret getiren bir toplu iş sözleşmesi hükmü, bu durumda, uygulanacak hukuk göz ardı edilerek, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır¹³³⁹.

Katıldığımız görüş doğrultusunda, yarı emredici hükümlerden farklı olarak, işçinin korunmasını daha zayıflatan bir toplu iş sözleşmesi hükmünün, doğrudan uygulanan kurallardan istisna edilmesi de mümkündür¹³⁴⁰. Ayrıca, TSGLK'nun 6. maddesinde, toplu iş sözleşmesinde, aksi belirtilmedikçe, ifadesinden, bizzat toplu sözleşme taraflarının, aksini kararlaştırarak, toplu sözleşmenin emredici etkisini kaldırmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹³⁴¹. Emredici etkinin bu şekilde bertaraf edilebilmesine olanak tanıyan bu maddî hüküm karşısında, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, hepsinin, her zaman doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelenmesi mümkün değildir.

¹³³⁶ TUNCAY, age., s. 136.

¹³³⁷ LIUKKUNEN, age., s. 138.

¹³³⁸ KREBBER, age., s. 538.

¹³³⁹ MORGENSTERN, age., s. 36.

¹³⁴⁰ LIUKKUNEN, age., s. 138.

¹³⁴¹ SUR, Toplu İlişkiler, s. 283.

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Tasarına göre, işin yapıldığı yer hukuku, toplu iş sözleşmelerine genel bir zorlayıcılık tanıyorsa, buna bağlı olarak yerine getirilecek iş sözleşmesi, uygulanacak hukuk ne olursa olsun, işin yapıldığı yer hukukuna tâbi olmalıdır. Buna karşılık eğer, işin yapıldığı yer hukukuna göre, toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı gücü bu sözleşmeye taraf olanlar yönünden sınırlanmışsa, bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesine tâbi olamayacaktır¹³⁴².

1999 tarihli *Arblade* dâvasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olma niteliğini ele almıştır¹³⁴³. Olayda, iki Fransız teşebbüsü, çalışanlarını Belçika'ya göndermiştir. Buna göre bazı ödemelerin Belçika fonlarından yapılması yükümlülüğü bulunmaktadır. Olayın ilgili bulunduğu toplu iş sözleşmesi hükümleri, Belçika'da, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmiştir. Belçika, yardımlara ilişkin hükümleri, doğrudan uygulanan kural kabul ettiği için, Divan'dan "kamu düzeni"ni yorumlaması istenmiştir.

Divan, kamu düzenini, Üye Devlette ekonomik, sosyal ve politik düzenin korunması için kesin olarak uyulması gereken ulusal hükümlerin, devletin ülkesinde bulunan bütün kişilere ve devletteki bütün hukukî ilişkilere, uygulanması olarak tanımlamıştır¹³⁴⁴. Bu tespite göre daha çok özel bir menfaati koruma amacı olan bir millî kural, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyecektir. Kamu menfaatinin yeterli gücü bulunmalıdır¹³⁴⁵. *Arblade* dâvasında, devletin ekonomik, sosyal ve politik düzeninin temel korumasının doğrudan uygulanan kurallarla sağlandığına yapılan gönderme vurgulanmalıdır¹³⁴⁶.

¹³⁴² GAMILLSCHEG, agm., s. 333; MORGENSTERN, age., s. 100-101. *Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szászy, m.6.*

¹³⁴³ 23.11. 1999, C-369/96. Karar özeti için bkz. BLANPAIN, agm., s. 199-201.

¹³⁴⁴ KUNDA, age., s. 143; DEINERT, agm., s. 227.

¹³⁴⁵ LIUKKUNEN, age., s. 133.

¹³⁴⁶ CHONG, agm., s. 31. Bununla birlikte, mahkemenin kararında, doğrudan uygulanan kuralların geniş ve ayrıntılı bir tanımının yapılmasından kaçınılmıştır. Bu nedenle, bu husus, AB sosyal politikasıyla eşit seviyede ele alınarak değerlendirilmelidir. PERUZZETTO, agm., s. 349; LIUKKUNEN, s.133.

Doktrinde bir görüşe göre, Divan'ın kararına paralel olarak, sadece genel olarak uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri, doğrudan uygulanan kural kabul edilmelidir¹³⁴⁷. Bu açıdan, bütün toplu iş sözleşmesi hükümleri, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilemez¹³⁴⁸. Bu göre, bir toplu iş sözleşmesinin, taraf işçi sendikasının üyesi olsun olmasın, ülkedeki bütün iş ilişkilerine uygulanacaksa, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi gerekir¹³⁴⁹.

Kanaatimizce, bir toplu iş sözleşmesinde yer alan ve taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin de faydalandığı hükümlerin hepsinin kategorik olarak doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Çünkü sosyal taraflarca düzenleme, devletin, iş ilişkisini sosyal taraflarına bıraktığı bir alandır. Bu şekilde genişletilerek uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri, yürürlükte olduğu dönem için geçerlidir, yeni bir toplu iş sözleşmesinin hükümleri eskisine nazaran işçinin daha aleyhine hükümler ihtiva etse bile eskisinin yerini alır¹³⁵⁰. O hâlde bu toplu iş sözleşmesi hükümleri, doğrudan uygulanan kurallar için aranan; devletin, sosyal, ekonomik ve politik organizasyonu gibi kamu menfaatinin bekası için kritik öneme sahip olan kurallar değildir¹³⁵¹.

Yabancı doktrinde ifade edilen katıldığımız görüşe göre, tarafların özgür iradesi ve gönüllülük esasına göre yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin, genel olarak bağlayıcı etkisi, devlet düzeyinde bir deklarasyonla gerçekleşmişse, o zaman bu toplu iş sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulanan kural kabul edilmelidir¹³⁵².

Örneğin Almanya'da Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 5. maddesine göre, devlet, teşmil aracını kullanmak suretiyle, bir toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş çalışma koşullarını, kamu yararını gözeterek, toplu sözleşmeye taraf olmayanlara yönelik olarak da uygulanacak

¹³⁴⁷ LIUKKUNEN, age., s. 138.

¹³⁴⁸ LIUKKUNEN, age., s. 139.

¹³⁴⁹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 21.

¹³⁵⁰ TUNCAY, age., s. 199.

¹³⁵¹ VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 34.

¹³⁵² VAN HOEK/ HENDRICKX, age., s. 34.

bir biçimde yayabilmektedir¹³⁵³. Avusturya hukukunda, Federal Ekonomi ve Çalışma Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapan Federal Uzlaştırma Kurumu teşmil kararı almaktadır ve teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin ya da onun bir kısım hükümlerinin, devletin ekonomik barışı için belirli bir öneme sahip olması aranmaktadır¹³⁵⁴.

Belçika hukukunda ise toplu iş sözleşmesinin teşmili, Kraliyet kararı ile gerçekleşmektedir ve herkes için bağlayıcı kılınan toplu iş sözleşmelerinin ihlali cezaî yaptırımlara tâbidir¹³⁵⁵. Benzer şekilde Litvanya hukukunda, toplu iş sözleşmelerinin teşmili için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı eliyle mümkündür ve teşmilin amacı, o işkolunda ya da bölgede faaliyet gösteren işverenler arasında haksız bir rekabet ortamının yaratılmasına engel olmaktır¹³⁵⁶. Buna karşılık İngiliz hukukunda, toplu iş sözleşmelerinin resmî emirler ya da Bakanlık Kararnameleriyle teşmil edilmesi yöntemi bulunmamaktadır¹³⁵⁷.

Türk hukukunda teşmil müessesesi düzenlenmiştir ancak geniş bir uygulama alanı bulmamıştır¹³⁵⁸. TSGLK m.11'e göre, bir toplu iş sözleşmesi, üyelerinin sayısı bağlı olduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, Bakanlar Kurulu, o işkolunda işçi veya işveren sendikaları veya ilgili işverenlerden birinin veya Çalışma Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen veya zorunlu değişiklikleri yaparak o işkolunun toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine veya bir kısmına teşmil edebilir¹³⁵⁹. Teşmil kararnamesinde kararın gerekçesi açıklanır.

Mukayeseli hukuk ve Türk hukukunun maddî iş hukuku sistemlerinde görüldüğü üzere, bir toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin, genel olarak bağlayıcı etkisi, devlet düzeyinde bir deklarasyonla gerçekleşmişse, devletin ekonomik barışının korunması amacı

¹³⁵³ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 497; AKTAY, age., s. 177; RIEBLE, agm., s. 35.

¹³⁵⁴ LÖSCHNIGG, agm., s. 73.

¹³⁵⁵ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, age., s. 497; HENDRICKX, agm., s. 97.

¹³⁵⁶ DAVULIS, agm., s. 261.

¹³⁵⁷ WERGIN/ WHITE, agm., s. 111.

¹³⁵⁸ SUR, Teşmil, s. 145.

¹³⁵⁹ SUR, Teşmil, s.137-144; KILIÇOĞLU, age., s. 534.

öne çıkmaktadır¹³⁶⁰. Bir toplu iş sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin teşmili yönünde karar verilebilmesi için kamu yararı bulunmalıdır¹³⁶¹. Diğer bir deyişle, kabul edilmeyecek düzeyde kötü çalışma koşullarının oluşmasına izin vermeme veya toplu sözleşme taraflarının getirmiş oldukları düzenlemelerin, tüm işkolundakiler için geçerli kılınmasına ilişkin bir yararın bulunması gerekir¹³⁶². Örneğin yabancıların Almanya'da çalışmak üzere gönderilemelerine ilişkin hükümleri düzenleyen Kanun kapsamında, bu yabancı çalışanlara da bazı toplu iş sözleşmesi hükümlerinin teşmil edilmesi benimsenmiştir. Bu yönde bir düzenlemenin amacı, yurt dışından işçi getirilmesi suretiyle, haksız rekabet ortamının yaratılmasını önlemek ve sendikaların gelişmelerden olumsuz yönde etkilenmesinin önüne geçmektir. Ancak bu uygulamanın kapsamına sadece isimleri açıkça belirtilmiş sektörler dahil olmaktadır. Bunlar, inşaat, posta ve temizlik iş kollarıdır¹³⁶³.

Bu noktada teşmil müessesesinin hem haksız rekabetin olumsuz şartlarını ortadan kaldırma hem de aynı işi yapan işçilerin farklı koşullara tâbi olmalarının yol açtığı sosyal zararı bertaraf etme niteliği vurgulanmalıdır¹³⁶⁴. Bu gerekçeyle, kanaatimizce sadece devletin müdahalesiyle ve kamu gücüyle teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, doğrudan uygulanan kural olarak nitelenmesi gerekir.

Son olarak, toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümlerin, doğrudan uygulanan kural olarak bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuka etki etmesi, ülkede geçici olarak çalışan işçiler için ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir.

2001 tarihli *Mazzoleni* dâvası¹³⁶⁵, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın toplu iş sözleşmelerinin ülkede geçici olarak çalışan işçilere uygulamasına ilişkin diğer bir kararıdır. Olay, Fransa'dan Belçika'ya gönderilen, güvenlik görevlilerine ödenecek asgarî ücrete ilişkindir. Fransa'da, özel güvenlik işleri üstlenen bir şirket, Belçika'da da bu tür işler

¹³⁶⁰ SUR, Teşmil, s. 107.

¹³⁶¹ SUR, Teşmil, s. 108-109.

¹³⁶² RIEBLE, agm., s. 53.

¹³⁶³ RIEBLE, agm., s. 53.

¹³⁶⁴ AKTAY, age., s. 120.

¹³⁶⁵ C-165/98, *Mazzoleni v. ISA*, 2001 ECR I-2189.

yapmakta ve kendi işçilerini Belçika'ya göndermektedir. Fransız işletmesinde çalışan işçilerden, görevlendirilenler, Belçika'da gündüz çalışmakta ve işleri bitince Fransa'daki evlerine dönmektedir. Bir Üye Devletin kamu yararına koyduğu bir kuralın veya toplu iş sözleşmesinde yer alan millî asgarî ücret hükümlerinin kısa süreli çalışanlara uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bu olayda; Divan, işçilerin korunmasında, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına vurgu yapmıştır. Fransa'da asgarî ücret düşük olmasına karşılık, vergi ve sosyal avantajların eşdeğer bir korumayı sağlayıp sağlamadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir¹³⁶⁶. Kararda, vergi ve sosyal avantajların sağladığı dengeleme, geçici çalışan işçiler bakımından, adil ve ölçülü bulunmuş; olayda, asgarî ücrete ilişkin kuralların uygulanması zorunlu görülmemiştir.

Toplu iş sözleşmesinin uygulandığı ülkede sadece belirli özel bir işi ifa eden bir işçi bulunmakta ise ve onun işvereni yabancı bir devlet vatandaşı ise ve işverenin, işin yapıldığı yerde başka bir bağlı ortaklığı ya da temsilciliği de bulunmuyorsa, işin yapıldığı yerin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bu işçiye uygulanması olasılığı, bu iş bir de ülkede geçici olarak yapılmakta ise çok zayıflamaktadır. Örneğin, Almanya Federal İş Mahkemesi'nin 1977 tarihli kararında¹³⁶⁷, inşaat endüstrisine uygulanan ve tatil ve kötü hava ödemelerine ilişkin hükümleri olan bir toplu iş sözleşmesinin, Yugoslav alt sözleşmecinin, Almanya'da geçici olarak çalışan Yugoslavyalı işçilerine uygulanamayacağına karar verilmiştir. Kararda gerekçe olarak, kötü hava koşullarında çalışmaya devam etmenin, onların orijin ülkesinin bir sorunu olduğunu ve Almanya'nın kamu düzenini ilgilendirmedeği belirtilmiştir¹³⁶⁸.

¹³⁶⁶ TEKİNALP, Gönderilen İşçiler, s. 851.

¹³⁶⁷ A.P., Case No. 30 under section 1 of the Collective Agreements Act (TVG) “(Tarifverträge: Bau)”. Karar özeti için bkz. MORGENSTERN, age., s. 101.

¹³⁶⁸ MORGENSTERN, age., s. 102. Buna karşılık, geçici olarak ülkede çalışan işçilerin ücretlerinin, geçici de olsa buldukları ülkenin hukukuna tâbi olmaları kararlaştırılabilir. Örneğin Türkiye ile Almanya arasında, Türk müteahhit firmaları tarafından, istisna sözleşmesi çerçevesinde alınan işlerin yerine getirilmesinde, Türkiye'den Almanya'ya geçici götürülecek işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen, Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akdi Çerçevesinde İstihdamına İlişkin İkili Sözleşme'ye göre, işçilere verilecek ücretin, Alman toplu iş sözleşmelerinde öngörülen ücrete tekabül etmesi aranmıştır. (m.5). RG: 20.12.1991- 21087.

III. Uygulanacak Hukukun Bağlama Kuralları Aracılığıyla Tayinini ve Uygulanmasını Engelleyen Kurallar

A. Doğrudan Uygulanan Kuralların Toplu İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Uygulanacak hukukun bağlama kuralları aracılığıyla tayinini engelleyen doğrudan uygulanan kurallar, toplu iş sözleşmeleri üzerinde de etkide bulunabilir. Bu kurallar *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları olabileceği gibi, toplu iş sözleşmesiyle irtibatlı üçüncü bir devletin ya da *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları da olabilir.

Hangi kuralların toplu iş sözleşmelerine doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacağı ya da etkide bulunacağı, bu kuralların yürürlükte olduğu her bir millî hukuk düzenine göre değişecektir. Türk hukuku için birkaç örnek vermek gerekirse, Anayasa m.53/4 ve TSGLK m.3/4'de düzenlenmiş olan teklik ilkesi, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılmasına ve uygulanmasına izin vermemektedir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikalar için öngörölmüş olan saflık ilkesi gereğince, işçilerin ve işverenlerin aynı sendika içinde örgütlenmesi mümkün değildir. Bu düzenlemelerde amaç, işin yapıldığı yerin iş barışını korumaktadır ve işin yapıldığı yerdeki iş barışının korunması, işçinin korunması menfaatinden üstün tutulmuştur.

Dolayısıyla, uygulanacak hukuk hangi ülkenin hukuku olursa olsun, işin mutaden yapıldığı işyerinin Türkiye'de bulunması hâlinde, teklik ve saflık ilkeleri, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır.

B. Kamu Düzeni Müdahalesi

Milletlerarası unsurlu bir toplu iş sözleşmesinde, uygulanacak yetkili yabancı hukukta yer alan ilgili hükümler, MÖHUK m. 5 uyarınca Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayabilir. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerinin, *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulanması durumunda, yabancı bir ülkede akdedilmiş toplu iş sözleşmelerinin, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda da olayın özelliğine göre, Türk kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir.

Özellikle Türkiye'de geçici olarak çalışmakta olan dâvacı işçilerin bireysel iş sözleşmeleri, işin mutaden yapıldığı işyerinin hukukuna tâbi olacaktır. Bu yabancı hukuk düzeninde yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerinde yer alan kimi hükümlerin, MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzeni müdahalesine uğraması gündeme gelebilir.

Örneğin *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulanacak olan toplu iş sözleşmesinde, genel ahlâka ya da genel sağlığa aykırı hükümler bulunması¹³⁶⁹, toplu iş sözleşmesi özerkliği uğruna temel hak ve özgürlüklere tecavüz edilmiş olması Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır. Örneğin, işçilerin ücretlerini nasıl harcayacağına, eğitimlerini nerede yapacaklarına, paralarını hangi bankada saklayacaklarına, izinlerini ve boş zamanlarını nasıl geçireceklerine dair hükümler ya da işçilerin sadece işverenin ürettiği malları satan dükkanlardan alışveriş yapmalarına, benzer şekilde işverenin sermayesini nereye yatıracığına ve hangi tür faaliyetlerde bulunacağına yönelik toplu iş sözleşmeleri hükümleri¹³⁷⁰, Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır.

Ayrıca Anayasanın 10. maddesi uyarınca, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı toplu iş sözleşmesi hükümleri Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır. Örneğin, sadece erkek işçiler için ya da çocuksuz kadın işçiler için ücret artışı öngören bir toplu iş sözleşmesi hükmü, *lex causae*'nin bir parçası olsa dahi, uygulanmayacaktır.

¹³⁶⁹ TSGLK m.5'e göre, "Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, cumhuriyete, millî güvenliğe, kamu düzenine gene asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz".

¹³⁷⁰ TUNCAY, age., s. 141.

SONUÇ

“İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı” başlıklı bu çalışmamızda, milletlerarası unsur taşıyan bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile ilgili ortaya çıkabilecek hukukî sorunlar ve bu sorunlara dair kanunlar ihtilâfi kuralları tartışılmıştır.

“Milletlerarası Unsurlu Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlıklı Birinci Bölüm, milletlerarası unsurlu bireysel iş sözleşmesi kavramının açıklanması ve uygulanacak hukukun tayinine ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle, bireysel iş sözleşmesi vasıflandırıldıktan ve onu milletlerarası unsurlu hâle getiren, olası objektif irtibat noktaları tespit edildikten sonra; sübjektif irtibatın, tek başına milletlerarası unsuru sağlamada yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Vasıflandırmanın esnek uygulanırlığı gözönüne alınarak, *de facto* iş ilişkilerinin ve karşılaştırmalı hukuktan yararlandığında hizmet sözleşmelerinin de iş sözleşmelerine uygulanacak özel bağlama kuralı kapsamında kabul edilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Özel bağlama kurallarının amaçlarından biri olan zayıf tarafın korunması ilkesinin, sınır aşıcı iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfi meselelerinde, gerçekten zayıf tarafın korunmasını sağlayıp sağlamadığı, hem doktrindeki çeşitli görüşler hem de çeşitli millî ve milletlerüstü yargı kararları ışığında tartışılmıştır.

Bu kapsamda, iş sözleşmelerinin değişik veçhelerine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları incelenmiştir. Bu bölümde önce, bireysel iş sözleşmelerinde ehliyeti idare edecek bağlama kuralları ele alınmıştır. Bu konuda önce hangi meselelerin ehliyete ilişkin olduğu vasıflandırılmış, ardından, özel bağlama kuralları düzenlenmemiş olmasının eksikliği ve işlem güvenliğe dair hükmün milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanmasının ortaya çıkaracağı sorunlar tartışılmıştır. Milletlerarası unsurlu bireysel iş sözleşmelerinde ehliyete uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralının, “*yasaklayıcı kurallar ve tedbirler hakkında işin mutaden yapıldığı yer hukukunun aradığı özel ehliyet şartlarının işçiye sağladığı asgarî koruma saklı kalmak şartıyla, iş sözleşmesi yapma ehliyetine her bir tarafın*

millî hukuku uygulanır.” şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşümüze yer verilmiştir.

Ehliyeti idare edecek bağlama kurallarına dair önerimizin ardından, bireysel iş sözleşmelerinin şeklini idare edecek bağlama kuralları incelenmiştir. Bu konuda, önce, hangi hususların şekle dair olduğu vasıflandırılmış; ardından, mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda mevcut bağlama kuralları incelenmiştir. Bireysel iş sözleşmelerinde, işçinin korunması metodu bulunmayan, şekle uygulanacak hukuku gösteren bağlama kurallarının yeniden düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. İş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukukun, iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun işçiyi koruyan maddî hukuka ait asgarî emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, şekle uygulanacak hukuka dair genel düzenlemeye tâbi olması yönündeki önerimiz açıklanmıştır.

İş sözleşmelerinin esasını idare edecek bağlama kuralları, bir başka deyişle akit statüsünün tartışıldığı üçüncü kısımda, öncelikle akit statüsü vasıflandırılmış ve özel bağlama kuralları ile işçinin korunması gereği ele alınmıştır. Ardından bağlama kuralları incelenmiştir. Hukuk seçimi iradesinin incelenmesiyle başladığımız bu kısımda, hukuk seçimi yapılmasının nedenlerine değinilmiş ve ardından bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesine dair yabancı doktrinde ve Türk doktrinde yer alan tartışmalara yer verilmiştir.

Hukuk seçimi yapılmasının nedenleri, hukuk seçimi iradesinin açık ve örtülü olması, bireysel iş sözleşmeleri bağlamında değerlendirilmiş, daha sonra seçilen hukukun iş sözleşmesiyle irtibatlı olması gereği üzerinde durulmuştur. Seçilen hukukun niteliği ve belirli bir millî hukuk sisteminin seçilmesi üzerine yürütülen tartışmalar, iş sözleşmeleri özelinde ele alınmıştır. Bu noktada, seçilen hukukun, bir devlete ait olmasının zorunlu olmadığı yönündeki görüşümüz, ILO Tavsiye Kararlarında yer alan düzenlemelerin, genel, soyut ve esnek nitelikte olması nedeniyle, işlevsel olmayacağı şeklinde ifade edilmiştir. Yabancı hukuk düzenlerinde yer alan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ise, bir devlete ait hukuk

sisteminin parçası olarak kabul edilmemesi nedeniyle, genel atıf yapılması suretiyle seçilmesinin mümkün olamayacağı açıklanmıştır. Daha sonra toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak tayini suretiyle seçimi üzerine görüşlere yer verilmiş ve böyle bir seçimin mümkün olduğu yönünde görüşümüz açıklanmıştır.

Ardından hukuk seçimini sınırlayan asgarî koruma kavramı ortaya konmuştur. Asgarî koruma kuralının uygulanma koşulları ve eleştiriler ele alınmış, asgarî korumanın tespitinde ortaya çıkan durumlar ve yapılacak karşılaştırmaya ilişkin metodlar değerlendirilmiştir. Asgarî korumanın tespitinde esas alınacak hukuk sistemlerine ait kurallara yer verilmiştir. Kısmî hukuk seçimi imkânı, seçilen hukukun değiştirilmesi ve seçim zamanı ve son olarak iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesinin varlığı ve geçerliliğini idare eden hukukun tayini üzerinde durulmuştur.

Bireysel iş sözleşmelerinin esasını idare eden bağlama kurallarının tayininde, hukuk seçimi iradesi böylece tartışıldıktan sonra, objektif bağlama kurallarının incelenmesine geçilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle, doktrin ve uygulamada geçmişten günümüze tercih edilen bağlama kurallarına yer verilmiştir. Günümüzün karmaşık iş ilişkileri dikkate alındığında, bir tek bağlama noktasının benimsenmesinin işlevli olmadığı yönündeki görüşümüz, değerlendirmemiz başlığı altında ifade edilmiştir. Ardından, pozitif düzenlemeler, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku bakımından açıklanmıştır. Objektif bağlama kurallarının uygulanma koşulları ve eleştirilere yer verdiğimiz kısımda, işin mutaden yapıldığı yer/işyeri hukukunun uygulanmasından başlanmıştır. Türk hukukunda işin mutaden yapıldığı işyeri olarak düzenlenmiş olan bağlama noktasının, işin mutaden yapıldığı yer kavramından farklılığı ortaya konmuş ve işçinin korunması amacını sağlamayacağı örnekle açıklanmıştır.

Daha sonra, işçinin işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkede çalıştırılması sorunu üzerinde durulmuştur. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması, yayılma teorisi ile birlikte ele alınmış ve bu konuda Avrupa Birliği'nde yürürlükte olan "Gönderilen

İşçiler Direktifi” incelenmiştir. İşin mutaden yapıldığı bir yerin bulunmaması durumunda, uygulanacak hukukun tayini, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku karşılaştırılarak değerlendirilmiş ve Türk hukukunda, işçinin iş akdiyle işverene bağlandığı işyeri yerine işverenin esas işyerinin bulunduğu yerin tercih edilmesiyle, işverenin menfaatlerine öncelik verildiği tespit edilmiştir. Son olarak bireysel iş sözleşmelerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören kaçış klozu incelenmiştir.

İş sözleşmelerinin esasını idare edecek bağlama kurallarının ele alındığı bu kısımda son olarak, Türk hukukuna dair eleştiri ve önerilerimize yer verilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle, iş sözleşmelerine uygulanacak hukukta, atfın kabul edilmesi gerektiği ve hâkime, taraf menfaatlerini dengelediğine ikna olduğu noktada, atfı kesmede takdir yetkisi tanınması gerektiği belirtilmiştir. Hukuk seçiminin sınırlanması yoluyla işçinin korunması metodu için, asgarî koruma kuralının daha açık olarak ve ilgili bütün objektif bağlama kurallarını içererek şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Objektif bağlama kuralı olarak, *lex laboris generalis*'e ek olarak ve onun uygulanmasını sınırlamaksızın, her bir iş ilişkisinin özelliğine göre, alternatif *lex laboris speciales*'ler önerilmiştir.

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku ele aldığımız birinci bölümde son olarak yetkili yabancı hukukun tespitini ve uygulanmasını engelleyen doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalesi, bireysel iş sözleşmelerine etkileri bakımından ortaya konmuştur. İş hukukunun hangi müesseselerinin doğrudan uygulanan kurallar kapsamında olduğu araştırılmış ve genel söyleme karşıt olarak iş hukukunun sanılandan çok daha az müessesesinin, doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelenebileceği ortaya konmuştur. İdarî makamlara denetim yetkisi veren kamu hukuku nitelikli kurallara ilişkin olarak, doktrinde yer alan tartışmalar ışığında, bu kuralların uygulanmasına dair iki ya da çok taraflı sözleşmeler bulunmadıkça, pratikte ortaya çıkabilecek uygulanma sorunlarına dikkati çekilmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar ile asgarî koruma kuralını arasındaki ilişki ve doktrinde yer alan görüşler incelenmiştir. Bu iki müessese arasındaki hukukî nitelik farkı ve

iş sözleşmeleri için her bir olayın özelliğine göre, bir hükmün doğrudan uygulanan kural ya da asgarî koruma kuralını altında uygulanabilmesi yönündeki görüşümüz açıklanmıştır.

Doğrudan uygulanan kuralların ardından iş sözleşmelerinde kamu düzeninin müspet ve menfî etkisine, yer verilmiştir. Birinci bölümde son olarak, *for* hukukunda yer alan nitelikleri tartışmalı Anayasal kurallar ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümler değerlendirilmiştir.

“Milletlerarası Unsurlu Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlıklı İkinci Bölümde, öncelikle toplu iş sözleşmelerinin bir yönü ile bireysel iş sözleşmelerini doğrudan etkilediği ve değiştirdiği; diğer yandan bireysel iş sözleşmelerinden farklı tarafları olan bir hukukî ilişkiye işaret ettiği vurgulanmış, bu nedenle toplu iş sözleşmelerinin de mutlaka bireysel iş sözleşmeleriyle birlikte değerlendirilmesi ihtiyacı belirtilmiştir. Ardından, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmeleri vasıflandırılmıştır. Toplu iş sözleşmesinin tarafları ele alındıktan sonra, toplu iş sözleşmelerine milletlerarası nitelik kazandıran unsurlar açıklanmıştır.

Daha sonra, kanunlar ihtilâfî hukukunun düzenleme alanına giren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin genel çerçevesi belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmelerinin de esnek bir vasıflandırma yapılarak, özel hukuka dair işlem ve ilişkiler kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşümüze yer verilmiştir. Tarafların özgür iradeleriyle bir araya geldikleri, gönüllülük esasına dayalı bir süreç bulunduğu sürece ve akdedilen toplu iş sözleşmeleri bağlayıcı kabul edildiği sürece, konunun, sözleşmelere uygulanacak hukuk dahilinde tartışılması gerektiği tespit edilmiştir.

Kanunlar ihtilâfî metodolojisi dahilinde, toplu iş sözleşmelerine uygulanması muhtemel bağlama kurallarının tespit edildiği ikinci kısımda, öncelikle toplu iş sözleşmelerinde ehliyete uygulanacak hukuk ele alınmıştır. Ehliyetin vasıflandırılmasının ardından, ehliyeti idare edecek hukuk üzerine görüşlere yer verilmiş ve ehliyet ve yetkiye uygulanacak hukukun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz

açıklanmıştır. Toplu iş sözleşmelerinde ehliyetin, işçi sendikalarının hukuken var oldukları yer hukukuna tâbi olması gerektiği belirtilmiştir. İşçi sendikaları için ise yetki şartı aranıp aranmayacağı, aranacaksa bu yetki şartının kapsamına, toplu iş sözleşmesinin akdedileceği ve çoğunlukla işin mutaden yapıldığı işyeri hukukunun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. İşveren taraf için ehliyetin, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olması ancak işverenin, toplu iş sözleşmesinin ve işin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkede temsilciliğinin ya da şubesinin bulunması hâlinde, toplu iş sözleşmesinin ve işin yapıldığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği açıklanmıştır.

Ardından toplu iş sözleşmelerinde, şekli idare edecek hukuk üzerine görüşlere yer verilmiştir. Bu konuda aleniyet sağlayan kurallar ile geçerlilik şekline dair hususların birbirinden ayrılarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz ortaya konmuştur. Bu kapsamda, milletlerarası unsurlu toplu iş sözleşmelerinin şekline, şekle uygulanacak hukuka dair genel kuralın uygulanması ancak toplu iş sözleşmesi akdedildikten sonra, tescil, tevdi ya da ilân gerekiyorsa, bu işlemleri, kamu menfaatini korumayı amaçlayan aleniyet işlemleri olarak, toplu iş sözleşmelerinin akdedildiği yerin doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirmek gerektiği vurgulanmıştır.

İkinci kısımda son olarak, toplu iş sözleşmelerinin esasını idare edecek hukuk üzerine görüşlere yer verilmiştir. Uygulanacak hukukun tespitinde, öncelikle, genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralının, toplu iş sözleşmelerine de uygulanması görüşü değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede, toplu iş sözleşmelerinde, karakteristik edim teorisinin işlevsiz kaldığı tespit edilmiştir. Bu nedenle sınır aşıcı toplu iş sözleşmelerinde, en sıkı ve daha sıkı ilişkili hukuk araştırılmıştır.

Ardından, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tayin eden özel bağlama kuralının, toplu iş sözleşmeleri için de uygulanması görüşüne yer verilmiştir. Toplu iş

sözleşmelerine, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair özel bağlama kuralının kıyasen uygulanmasının, daha işlevli olduğu yönündeki görüşümüz vurgulanmıştır.

Uygulanacak hukukun tayini, toplu iş sözleşmeleri bağlamında böylece alındıktan sonra, toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki etkileşim incelenmiş ve bu ilişkinin uygulanacak hukukun tayinine etkisi ele alınmıştır. Bu kapsamda, toplu iş sözleşmesinde, bireysel iş sözleşmesini idare edecek hukuka dair hukuk seçimi şartının bulunması, her iki sözleşmede yer alan hukuk seçimi şartından birinin uygulanabilirlik önceliğinin tespiti, objektif bağlama kuralının tayin ettiği hukukun bireysel iş sözleşmeleri hakkında seçilen hukuk üzerindeki sınırlayıcı etkisi ve toplu iş sözleşmelerinin bireysel iş sözleşmesine etkisinin tayininde esas alınacak hukuku gösteren bağlama kuralı incelenmiştir.

Ardından, bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukta yer alan toplu iş sözleşmesi hükümleri ile işin mutaden yapıldığı işyerinde veya işverenin esas işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmeleri hükümleri arasındaki çatışma ele alınmıştır. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı kuralların doğrudan uygulanan kurallar olarak bireysel iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi incelenmiştir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümlerin, bireysel iş sözleşmesine etkisi bağlamında, toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hükmün düzenleme amacına göre, her zaman doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu noktada sadece teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak etkide bulunabileceği yönündeki görüşümüz ortaya konmuştur.

İkinci bölümde son olarak, doğrudan uygulanan kuralların ve kamu düzeni müdahalesinin toplu iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA *

I- Genel Eserler

AKTAY, Nizamettin, **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara 2000.

AKTAY, Nizamattin/

ARICI, Kadir/

SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, **İş Hukuku**, Ankara 2006.

ANCEL, Jean -Pierre, **Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum H  l  ne Gaudemet – Tallon**, Paris 2008.

ANTON, A.Elder/

BEAUMONT, R.Paul, **Private International Law**, Edinburg 1990.

ARAT, Tuğrul, **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı**, Ankara 1998.

ARSAVA, Füsun, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara 1998.

AYBAY, Rona, **Yabancılar Hukuku**, B.2, İstanbul 2007.

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların  atışması (Kanunlar İhtilâfı)**, B.2, İstanbul 2008.

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan göndermelerde kullanılan kısaltmalar, eserin sonunda parantez içinde gösterilmiştir.

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)**, İstanbul 2001.

BASEDOW, Juergen/

BAUM, Harald/

NISHITANI, Yuko, **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Hamburg 2008.

BAŞARI, Orhan, **Türk İş Hukuku Mevzuatı**, İstanbul 1967.

BERKİ, O. Fazıl, **Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları**, Ankara 1971.

BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.

BLANPAIN, Roger, **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, The Hague 2006.

BRIGGS, Adrian, **The Conflict of Laws**, 2nd Ed., Oxford 2008.

BOZKURT, H.Argun, **İş Davaları, Usul, İspat, Örnek Dilekçeler**, Ankara 2001.

CARAVACA , C.L. Alfonso/

GONZÁLEZ, J. Carrascosa, **Estudios Sobre Contratación Internacional** , Madrid 2006.

ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, B.22, İstanbul 2009.

ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.6, İstanbul 2000.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.10, İstanbul 2010.

ÇELİKEL, Aysel/

NOMER, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları**, B.9, İstanbul 2008.

ÇELİKEL, Aysel/

ÖZTEKİN-GÜNSELİ, Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, B.16, İstanbul 2010.

ÇİÇEKLİ, Bülent, **Yabancılar Hukuku**, Ankara 2007.

DICEY, A.Venn/

MORRIS, J.H.Carlile, **The Conflict of Laws**, (ed. COLLINS, L.) 12th Ed., Vol.2, London 1993.

DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, (Milletlerarası).

DORSSEMONT, Filip/

JASPERS, Teun/

VAN HOEK, Aukje, **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, Oxford 2007.

EHRENZWEIG, A.Albert/

JAYME, Erik, **Private International Law- Volume Three- Obligations (Contracts, Torts) an Outline**, Leyden 1977.

EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku, Cilt I, Ferdî İş Hukuku**, B.3, İstanbul 1984.

ENGİN, Murat, **Toplu İş Sözleşmesi Sistemi**, İstanbul 1999.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.10, İstanbul 2008.

ESENER, Turhan, **İş Hukuku**, B.3, Ankara 1978, (İş Hukuku).

ESENER, Turhan, **İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri**, İstanbul 1964, (Toplu İş Sözleşmeleri).

FAWCETT, James/

CARRUTHERS, M. Janeen, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Ed. Sir Peter North, 14th Ed., Oxford 2008.

FERRARI, Franco/

LEIBLE, Stefan, **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, Munich 2009.

FREEDLAND, R. Mark, **The Personal Employment Contract**, Oxford 2003.

FRIEDMANN, Daniel/

BARAK-EREZ, Daphne, **Human Rights in Private Law**, Oregon 2003.

GÖĞER, Erdoğan, **Devletler Hususî Hukuku**, B.3, Ankara 1975.

GÖĞER, Erdoğan, **Kanunlar İhtilâfı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)**, Ankara 1974, (Bağlama Kuralları).

GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, B.2, Ankara 2008.

HEKİMLER, Alpay, **Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar**, İstanbul 2010.

IŞIK, Rüçhan, **Türk İş Hukukunun Milletlerarası Kaynakları**, Ankara 1967.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları**, İstanbul 2007.

KOCAOĞLU, Mehmet, **Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu**, Ankara 1999.

LANDO, Ole/

VON HOFFMANN, Bernd/

SIEHR, Kurt, **European Private International Law of Obligations**, Tubingen 1975.

LANDO, Ole/

MAGNUS, Ulrich/

NOVAK- STIEF, Monika, **Angleichung des Materiellen und des Interntionalen Privatrechts**, Frankfurt Am Main 2003.

LIPSTEIN, Kurt, **Harmonization of Private International Law**, London 1978.

MEEUSEN, Johan/

PERTEGÁS, Marta/

STRAETMANS, Gert, **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I**, Oxford 2004.

MONTANARI, Alberto/

NARCISI, A.Vincent, **Conflict of Laws in Italy – The Text an English Translation of Italian Law No. 218 of May 31, 1995 (Reform of the Italian System of Conflict of Laws**, Kluwer Law International, The Hague 1997.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, B.3, Ankara 2008.

MORRIS, John H.C/

Mc.CLEAN, David/

BEEVERS, Kisch, **The Conflict of Laws**, London 2009.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri**, Ankara 1988.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.17, İstanbul 2009.

NOMER,Ergin/ ŞANLI,Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.13, İstanbul 2005.

PITT, Gwyneth, **Employment Law**, 5th ed., Oxford 2004.

PLENDER, Richard/

WILDERSPIN, Michael, **The European Private International Law of Obligations**, 3rd ed., London 2009.

REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri**, Ankara 1967.

RUHİ, Ahmet Cemal, **27.11. 2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun – Gerekçeli- Açıklamalı – Yargıtay İçtihatlı**, B. 2, Ankara 2008.

SELWYN, Norman, **Law of Employment**, Oxford 2006.

SERVAIS, J. Michael, **International Labour Law**, Kluwer Law International, The Netherlands 2009.

SEVİŐ, V. Raşit, **Kanunlar İhtilafı – Yasama ve Yargı atıŐmaları**, İstanbul 1971.

SUR, Melda, **İŞ Hukuku Toplu İlişkiler**, B.2, Ankara 2008, (Toplu İlişkiler).

SUR, Melda, **Toplu İŞ Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil**, Ankara 1991, (Teşmil).

SÜZEK, Sarper, **İŞ Hukuku**, B.4, İstanbul 2008.

STONE, Peter, **EU Private International Law, Harmonization of Laws**, Cheltenham 2006.

SYMEONIDES, C.Symeon, **Private International Law at the End of the 20th Century: Progress of Regress?**, The Hague 2000.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları**, B.10, İstanbul 2009.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, B.8, İstanbul 2004.

TUNCAY, A. Can, **Toplu İŞ Hukuku**, B.2, İstanbul 2010.

TUNÇOMAŐ, Kenan/

CENTEL, Tankut, **İŞ Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008.

ULUOCAK, Nihâl, **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul 1971.

VAN HOEK, Aukje/ HENDRICKX, Frank, **Private International Law Aspects and Dispute Settlement Related to Transnational Company Agreements, Study Undertaken on Behalf of the European Commission Contract Number VC/2009/0157, Final Report**, 20 October 2009.

VERDROSS, Alfred/

BRUNO, Simma, **Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis**, Berlin 1984.

WEINTRAUB, J. Russell, **Commentary on the Conflict of Laws**, 5th ed. , Texas 2006.

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)**, B.6, İstanbul 2008.

ZEVKLİLER, Aydın, **Özel Borç İlişkileri**, B.8, Ankara 2004.

II- Tezler- Monografiler

AKINCI, Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1992.

BARAN-ÇELİK, Neşe, **Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini**, Ankara 2008.

ÇELİK, Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul 2003.

DARDAĞAN, Esra, **Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı**, Ankara 2005.

DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara 1996, (İş Akdi).

DOĞANGÜN, Temel, **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996.

EBRAHİMİ, N. Seyed, **Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations (With Particular Reference to the Rome Convention, 1980)**, London 2005.

ERTEN, Rifat, **Milletlerarası Özel Hukukta Spor**, Ankara 2007.

ESKO, Timo, **The Law Applicable to International Labour Relations**, Helsinki 1982.

GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara 2000, (Tüketici).

GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007. (Yakınlık).

KUNDA, Ivana, **Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation**, Rijeka 2007.

LIUKKUNEN, Ulla, **The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, a Comparative Study in the Conflict of Laws**, Talentum 2004.

MORGENSTERN, Felice, **International Conflicts of Labour Law. A Survey of the Law Applicable to the International Employment Relation**, Geneva 1984.

ÖZDEMİR- KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001.

ÖZKAN, Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara 2003.

ROBERTSON, H.Arthur, **Characterization in the Conflict of Laws**, Cambridge 1940.

SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002.

SEVER, Hatice, **Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti**, Ankara 2010.

SOYER, Polat, **Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi**, Ankara 1991.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996, (Taşınır Mallar).

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara 1997, (Rekabet).

TUĞ, Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, B.2, Konya 1994.

III- Makaleler

ALES, Edoardo, **“İtalya'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Elif Gezgin, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 219-242.

ALLAROUSSE, Véronique, **“A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”**, 23 Case W. Res. J. Int'l L., 1991, s.479-516.

AKIN, Şefika, “**Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi**”, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s. 99-102.

AKYİĞİT, Ercan, “**Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1990, C.4, S.6, s.17-22.

AYGÜL, Musa, “**Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi**” SÜHFD, C.9, S.3-4, Yıl:2001, s. 229-270.

BARATTA, Roberto, “**The Process of Characterization in the ECC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach**”, 6, Yearbook of Private International Law, 2004, s.155-169.

BARIATTI, Stefania, “**Restrictions Resulting from the EC Treaty Provisions for Brussels I and Rome I**”, in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed.by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s.77-98.

BAYATA-CANYAŞ, F.Asli, “**5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara 2009, s.141-166.

BEALE, Hugh, “**Inequality of Bargaining Power**”, 6, Oxford J. Legal Stud., 1986, s.123-136.

BLANPAIN, Roger, “**Implementation of the Posting Directive in Belgium**” in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s.199-218.

BOELE-WOELKĪ, Katharina/

LAZIĆ, Vesna, **“Where Do We Stand on the Rome I Regulation?”**, in **The Future of European Contract Law: Essays in Honour of Ewoud Hondius to Commemorate His Retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht**, ed. by BOELE-WOELKĪ Katharina / GROSHEÏDE Fredrik Willem/ HONDIUS Ewoud Herman, Kluwer Law International 2007, s.19-41.

BOGDAN, Michael, **“Labor Relations in the Swedish Conflict of Laws”**, 51, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1982, s.211-222, (Labor Relations).

BONOMI, Andrea, **“Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the Commission”**, 5, Yearbook of Private International Law, 2003, s. 53-98, (Rome Convention).

BONOMI, Andrea, **“Mandatory Rules in Private International Law”**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 215-247, (Mandatory Rules).

BONOMI, Andrea, **“Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”**, 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 285-300, (Overriding Mandatory Provisions).

BONOMI, Andrea, **“The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations”**, 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 165-176, (The Rome I Regulation).

BRILMAYER, Lea, **“The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules”**, 252, Rec. Des. Cours. 1995, s.10-111.

BRUUN, Nikas, **“The Proposed Directive on Services and Labour Law”**, in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s.19-35.

BUURE- HÄGGLUND, Kaarina, **“Codification of Private International Law Rules on Employment Contracts”** 24, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1980, s.133-152.

CALITZ, Karin, **“Globalisation, the Development of Constitutionalism and the Individual Employee”**, 2, PER, 2007, s. 1-19.

CAVALIER, Georges/

UPEX, Robert, **“The Concept of Employment Contract in European Union Private Law”**, 55, ICLQ, 2006, s.587-608.

CENTEL, Tankut, **“Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk- Kamu Düzeni”**, İş Hukuku Dergisi, Yıl:1992, S.1, s.601-607.

CENTEL, Tankut, **“Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”**, Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, 32. ve 33. Kitaplar, İstanbul 1983, s. 214-237, (Bağlama Kuralları).

CHONG, Adeline, **“The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”**, 2, J.Priv. Int'l L., 2006, s.27-70.

CUNIBERTI, Gilles, **“ECJ Rules on Law Applicable to Employment Contracts”**, <http://conflictoflaws.net/2011/ecj-rules-on-the-law-applicable-to-employment-contracts/> (szt. 28.05.2011).

ÇİLİNGİRLİOĞLU, Cüneyt, “**Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri**”, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s.103-120.

DAVIES, Paul, “**Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?**”, 34, CMLR, 1997, s.571-602.

DAVULIS, Tomas, “**Litvanya'da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 243-268.

DE BOER, Th.Margreet, “**The ECC Contracts Convention and the Dutch Courts**”, 54, RabelsZ, 1990, s. 22-62.

DEINERT, Olaf, “**Posting of Workers to Germany- Previous Evolutions and New Influences throught EU Legislation Proposals**”, 16/3, Int'l J. Comp. L.ab. L. & Ind'l Rel., 2000, s. 217-234.

DELAUME, R. Georges, “**What is an International Contract? An American and an Gallic Dilemma**”, 28, ICLQ, 1979, s. 258-279.

DOĞAN, Derya, “**Kıdem Tazminatı Ödenmesinde Türk ve Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanma Koşulları ve Karar İncelemesi**” İntes İşveren Dergisi, Yıl: 1992, S.12, s.22-25, (Karar).

DOĞAN, Vahit, “**Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması**”, MHB, Yıl 15, S.1-2, 1995, s.21-42, (Zayıf Taraf).

DOĞAN, Vahit, “**5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti**”, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, GÜHFD, C.21, S.1-2, 2009, s.147-163, (Uygulanacak Hukuk).

DOĞAN, Vahit, **“5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”**, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi -2, İstanbul 2010, s.105-123, (Tespit).

DOLINGER, Jacob, **“Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”**, 283, Rec. Des. Cours, 2000, s.190-512.

D'OLIVEIRA, H.J. Ulrich, **“Characteristic Obligation” in the Draft ECC Obligation Convention**, 25, AJCL, 1977, s. 303-331.

DORSSEMONT, Filip, **“Labour Law Issues of Transnational Collective Action – Comparative Report”**, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.245-273.

EKŞİ, Nuray, **“Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”**, Tunçomağ'a Armağan, 1997, s.116-148, (İş Sözleşmeleri).

EKŞİ, Nuray, **“Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı”**, MHB, Yıl: 12, S.1-2, 1992, s. 1-10, (Yabancılık).

ENGİN, Murat, **“İşveren Kavramı”**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1997, s. 107-134.

ERKAN, Mustafa, “**MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**”, GÜHFD, C.XV, Yıl:2011, S.2, s. 81-121.

EVEN, Jozef, “**Dutch Private International Law Report**”in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.355- 402.

EYRENCİ, Öner/ BAKIRCI, Kadriye, “**Sendika Özgürlüğünün Uluslararası Dayanakları ve Türk Hukukunun Uyumu**”, Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1999 Yılı Toplantısı, İstanbul 1999, s. 15-35.

FAWCETT, J.James, “**Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law**”, 49/1, Cambridge Law Journal, 1990, s.44-62.

FORDE, Michael, “**Transnational Employment and Employment Protection**”, 7, Indus. L.J., 1978, s.228-238, (Employment Protection).

FORDE, Michael, “**Jurisdiction to Adjudicate Disputes in Transnational Employment**”, 2, Comp. Lab. L., 1977, s.186-190, (Disputes in Transnational Employment).

FREDERICKS, Eesa Allie, “**The Proper Law of the International Contract of Employment Interpreting the *Kleinhans* Decision**”, 18, South African Mercantile Law Journal, 2006, s. 75-82.

GAMILLSCHEG, Franz, “**Rules of Public Order in Private International Labour Law**”, 181/3, Rec. Des. Cours, 1983, s.285-347.

GAMILLSCHEG, Franz/

FRANZEN, Martin, **“Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations”**, in **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, Kluwer International Law, The Hague 2004, s.213-230.

GERHARD, Ring/ Line OLSEN-RING, **“Danimarka'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Alpay HEKİMLER, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 151-170.

GIESEN, Richard, **“Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?”**40/1-3, CMLR, 2003, s.143-158.

GOULDING, Paul/

VINALL, Mark, **“The English Approach to Jurisdiction and Choice of Law in Employment Covenants not to Compete”**,31, Comp. Lab. L. & Pol'y. J., 2009-2010, s.375-388.

GROSHEIDE, F.Williem, **“Reflections on the Protection of the Weak Party in Dutch and EU Contract Law”**, in **The Future of European Contract Law: Essays in Honour of Ewoud Hondius to Commemorate His Retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht**, ed. by Katharina Boele-Woelki / Fredrik Willem Grosheide/ Ewoud Herman Hondius, Kluwer Law International 2007, s. 247-263.

GUEDJ, G.Thomas, **“The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories”**, 39, AJCL, 1991, s.661-697.

GUTSELL, M.Linda, **“Conflict of Laws Resolution in Employment Contracts: The West Virginia Approach”**, 92, West Virginia Law Review, 1989-1990, s.459-486.

GÜNAY, Cevdet, İlhan, “**Kıdem Tazminatının Hukuki Niteliği ve Askerlik Borçlanması**”, **Kıdem Süresine Etkisi**”, Yargıtay Dergisi, S.20, 1994, s. 108-120.

GÜZEL, Ali, “**Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı**”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1997, s. 15-46.

HARRIS, Jonathan, “**Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation**” in Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.269-348.

HARTLEY, C.Trevor, “**Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach**”, 266 Rec. Des. Cours., 1997, s. 343-426.

HAY, Peter, “**Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law**”, 226/1, Rec. Des. Cours, 1991, s. 284-403.

HEISS, Helmut, “**Party Autonomy**” in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.1-16.

HEISS, Helmut/

DOWNES, Noemi, “**Non- Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective**, 5, European Review of Private Law, 2005, s.693-712.

HEKİMLER, Alpay, **“Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemi”**, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s.344-393.

HENDRICKX, Frank, **“Belçika'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Duygu Doğan, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 83-104.

HEPPLE, A.Bob, **“Conflict of Laws on Employment Relationships within the ECC”** in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 39-49.

HERGENRÖDER, C. Wolfgang, **“German Private International Law Report”** in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s. 307-329.

HERZOG, E. Peter, **“Private International Law Aspects of Labor Relations”**, 10, AJCL. Supp., 1992, s.143-161.

HORLACHER, M. Matthew, **“ The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”** 27, Cornell International Law Journal, 1994, s.173- 201.

HOUWERZIIL, Mijke, **“Towards a More Effective Posting Directive”**in **Freedom of Sevices in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s.179-197.

JAYME, Erik, **“The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)”** in **International Contracts and Conflicts of Laws: a Collection of Essays**, ed. by Petar Šarčević, London 1990, s. 36-50.

JUENGER, K.Friedrich, **“Two European Conflicts Conventions”**, 28, Victoria U. Wellington L.Rev., 1998, s. 527-542, (Two European).

JUENGER, K.Friedrich, **“The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons”**, 42, AJCL, 1994, s.381-393, (Inter American Convention).

JUENGER, K.Friedrich, **“The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations”**, 22, Virginia Journal of International Law, 1981-1982, s. 123-141, (The European Convention).

KAUFMANN, Otto, **“Fransa'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Alpay HEKİMLER, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 173-196.

KESSEDJIAN, Catherine, **“Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal”** in **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective** ed. by BASEDOW, Juergen/BAUM, Harald/NISHITANI, Yuko, Hamburg 2008, s. 105-125.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **“Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”**, İÜHF, Yıl:1957, C.XXI, S. 1-4, s. 356-393.

KOÇ, Yıldırım, “**ILO Uygulamaları Açısından Sendikal Özgürlük**”, Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1999 Yılı Toplantısı, İstanbul 1999, s. 215-225.

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, Yıl: 28, S.1-2, 2008, s. 147-172.

KRAMER, Larry, “**Return of the Renvoi**”, 66/4, New York University Law Review, 1991, s. 979-1044.

KREBBER, Sebastian, “**Conflict of Laws in Employment in Europe**”, 21, Com. Lab. L. & Pol'y J., 1999-2000, s.501- 541.

LAGARDE, Paul, “**Public Policy**” in International Encyclopedia of Comparative Laws, Vol.3/2, Boston 1994, s. 3-61.

LAJOLO DI COSSANO, Ferdinando, “**How the European Court of Justice Shaped the Brussels I Regulation: Individual Contracts of Employment**”, Sant'Anna Legal Studies, Stals Research Paper No.10/2008, s.1-32.

LANDO, Ole, “**Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts, Party Autonomy and Center of Gravity**”, 6, AJCL, 1957, s.1-26, (Scandinavian Conflict of Law Rules).

LANDO, Ole, “**Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations**”, 7, The King's College Law Journal, 1996-1997, s.55-74, (Contractual Obligations).

LANDO, Ole, “**The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts**”, 11, *Tex. Int'l L.J.*, 1976, s.505-526, (Rules in the Conflict of Laws).

LANDO, Ole, “**Nordic Group for Private International Law Proposal for Amendments to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 3, Comment 1-2**”, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/nordic_group_private_international_law_en.pdf , (szt: 7.3.2009), s.15-22, (Comment).

LANDO, Ole, “**New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts**” 30, *AJCL*, 1982, s. 19-35, (Conflict of Laws of Contracts).

LANDO, Ole, “**The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**”, 24, *CMLR*, 1987, s.159-214, (ECC Convention).

LANDO, Ole, “**Mandatory Rules and Ordre Public**” in *Angeleichung des Materiellen und des Internationalen Privatrechts*, ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 99-109, (Mandatory Rules).

LANDO, Ole, “**International Situations and “Situations Involving a Choice between the Laws of Different Legal Systems”** in *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 15-24, (International Situations).

LANDO, Ole/

NIELSEN, A.Peter, “**The Rome I Proposal**”, 3/1, *Journal of Private International Law*, 2007, s.29-51.

LEFLAR, A.Robert, “**Characterization in the Conflict of Laws- Arkansas**”, 4 *Ark. L. Rev.*, 1949-1950, s.1-18.

LEIN, Eva, **“Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final, 15.12.2005, a Short Commentary”**, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s.391-413.

LIBLING, F.David, **“Formation of International Contracts”**, 42, Modern Law Review, 1979, s. 169-181.

LIPSTEIN, Kurt, **“Introduction: the Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non- Contractual Obligations”** in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 1- 14.

LIUKKUNEN,Ulla,**“Nordic Group for Private International Law Proposal for Amendments to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 6,** http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/nordic_group_private_international_law_en.pdf , (szt: 7.3.2009), s.38-42.

LÖSCHNIGG, Günther, **“Avusturya'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 61-81.

LÖWISCH, Manfred, **“Labor Law in Europe”**, 20, Ritsumeikan Law Review, 2003,s.101-115.

MAGNUS, Ulrich/MANKOWSKI, Peter, **Joint Response to the 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 Com. (2002) 654 Final**, University of Hamburg 2002, s. 1-46.

MALMBERG, Jonas, **“The Legal Position of Employees’ in Cross-Border Transfers of Undertakings in the EU: A Question of Jurisdiction and Choice of Law”**, 22/3, *Int. J. Com. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2006, s.385-406, (The Legal Position of Employees).

MALMBERG, Jonas, **“Swedish Private International Law Report”**, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.415- 424, (Swedish Private International Law Report).

MANKOWSKI, Peter, **“Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”** in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.171-216.

MANN, F.Alexander, **“Contracts: Effect of Mandatory Rules”** Harmonization of Private International Law by the E.E.C., ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 31-37.

MARRELLA, Fabrizio, **“The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?”**, 19/1, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, s.87-107.

MARTINEK, Michael, **“Codification of Private International Law – aComparative Analysis of the German and Swiss Experience”**, 2, *J.S.Afr.L.*, 2002, s. 234-253.

MARTINY, Dieter, **“The Applicable Law to Contracts in the Absence of Choice (Art. 4 Rome Convention)- Old Problems and New Dilemmas”** in **Estudios Sobre Contratación Internacional**, ed. by, CARAVACA , C.L. Alfonso/GONZÁLEZ, J. Carrascosa, Madrid 2006, s.11- 26.

McAULIFFE, Valerie, “**Classification and Legal Reasoning in Conflict of Laws**”, Bull. Austl. Soc. Leg. Phil., 1978, s.1-15.

MENEKŞE, Ayhan, “**Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu**”, Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, s.501-557.

MORGENSTERN, Felice, “**The Role of the Courts in the Evolution of Labour Law**”, 118/4, Int. Labour Rev., 1979, s.427-437, (Evolution of Labour Law).

MORGENSTERN, Felice, “**The Importance, in Practice, of Conflicts of Labour Law**”, 124/2, International Labour Review, 1985, s.119-131, (Conflicts of Labour Law).

MORGENSTERN, Felice, “**Some Reflections on Legal Liability as a Factor in the Promotion of Occupational Safety and Health**”, 121/4, International Labour Review, 1982, s.387-398, (Occupational Safety and Health).

MORGENSTERN, Felice, “**The Law Applicable to International Officials**”, 18, ICLQ, 1969, s. 739-756.

MORGENSTERN, Felice/

KNAPP, Blaise, “**Multinational Enterprises and the Extraterritorial Application of Labour Law**”, 27, ICLQ, 1978, s.769-793.

MORRIS, J.H.Carlile, “**The Time Factor in the Conflict of Laws**”, 15, ICLQ, 1966, s.422-435.

MORSE, C.Geoffrey., “**Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention**”, 41, ICLQ, 1992, s.1-21, (Employment Contracts).

MORSE, Robin, **“The Substantive Scope of Application of Brussels I and Rome I”** in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s.191-209.

MORSE, Robin, **“Choice of Law, Territoriality and National Law: The Case of Employment”**, in **Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet – Tallon**, ed. by. ANCEL, Jean -Pierre, Paris 2008, s.763- 774, (Case of Employment).

MUNDLAK, Guy, **“Human Rights and the Employment Relationship: A Look Through the Prism of Juridification”**, in **Human Rights in Private Law**, ed.by. FRIEDMANN, Daniel/ BARAK-EREZ, Daphne, Oregon 2003, s.297-328.

NEAL, C.Alan, **“The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model”** in **Freedom of Sevices in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 51-72.

ÖZDEMİR, Hatice, **“MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”**, İstanbul Barosu Dergisi, C.73, S.10-11-12, Yıl:1999, s. 926-941.

ÖZDEMİR- KOCASAKAL, Hatice, **“İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”**, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 633-650.

ÖZEL, Sibel, **“Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/2'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”**, MHB, Yıl 22, S.1-2, 2002, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, s.577-617.

PALAO-MORENO, Guillermo, **“Multinational Groups of Companies and Individual Employment Contracts in Spanish and European Private International Law”**, 4, Yearbook of Private International Law, 2002, s.303-334.

PALMER, Edith, **“The Austrian Codification of Conflicts of Law”**, 28, AJCL, 1980, s. 197-234.

PATAUT, Etienne, **“French Private International Law Report”** in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.289-306.

PERÇİN- ERSEN, Gizem, **“5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında “Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği”**, MHB, Yıl:28, S.1-2, 2008, s. 51-63.

PERUZZETTO, P. Sylvaine, **“European Public Policy and Other Restrictions on the Normal Operation of the Choice of Law and Choice of Jurisdiction Rules”** in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s.343-361.

PHILIP, Allan, **“ Contracts of Employment in the Law of Conflict of Laws of the ECC”**, in ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL, Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, F.A.MannInternationales Recht und Wirtschaftsordnung, F.A.Mann 1977, s.257-265, (Contracts of Employment).

PHILIP, Allan, **“Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law”**, in ed. by FEUERSTEIN, Von Peter/ PARRY, Cilve, *Multum Non Multa Festschrift Für Kurt Lisptein Aus Anlass Seiness 70 Gebustutages*, Heidelberg 1980, s.241-249, (Mandatory).

PHILIP, Allan, **“Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”**, 49, *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1980, s. 123-132, (The EC Convention).

PLENDER, Richard, **“Rome Convention – on the Law Applicable to Contractual Obligations”** in **Angleichung des Materiellen und des Interntionalen Privatrechts**, ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 25-55.

POCAR, Fausto, **“Protection of Weaker Parties in the Roma Convention and the Rome I Proposal”** in **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective** ed. by BASEDOW, Juergen/BAUM, Harald/NISHITANI, Yuko, Hamburg 2008, s. 127-133.

POLAK, V.Maurice, **“Laborum Dulce Lanimen”?** **Jurisdiction and Choice of Law Aspects of Employment Contracts**, in **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and divergence between Brussels I and Rome I**, ed. by MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, Oxford 2004, s.323-342.

RABEL, Ernst, **“Comparative Conflicts Law”**, 24, *Indiana Law Journal*, 1948-1949, s.353-362.

REIMANN, Mathias, **“Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century”**, 39, *Va. J. Int'l L.*, 1998-1999, s. 571-605.

RICHARDSON, Nicky, **“The Concept of Characteristic Performance and Proper Law Doctrine”**, 1/2, *Bond Law Review*, 1989, s. 284-285.

RIEBLE, Volker, “**Federal Almanya'da Toplu Sözleşme Sistemi**”, Çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 32-59.

SABIRAU-PEREZ, Marie-Agnès, “**Changes of the Law Applicable to an International Contract of Employment**”, 139/3, International Labour Review, 2000, s.335-357.

SAF, Carolina, “**The Validity of a Collective Agreement Resulting from a Swedish Blacking - The Rickmers Tianjin (AD 2007 Nr. 2)**”, 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 483-493.

SARGIN, Fügen, “**Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım**”, AÜHFD, C.50, S.2, Yıl: 2001, s.37-95.

SCHÖNENBERGER, Wilhelm, “**Devletler Hususî Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanununun Seçilmesi**”, Çev. Erdoğan GÖĞER, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, 1966, s. 299-315.

SEVİĞ, Muammer Raşid, “**Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir?**”, İÜHFM, C.V, Yıl:1939, s. 107-125.

SIEHR, Kurt, “**General Problems of Private International Law in Modern Codifications- De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda**”, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s.17-61.

SLATE, K. William, “**Business, Labor and Law in the Global Economy: Resolution of International Employment and Labor Disputes**”, 52, Rich. J. Global L. & Bus., 2005, s.155-168.

SMITH, Raymond/

CROMACK Valerie, **“International Employment Contracts – The Applicable Law”**, 22 Indus. L.J., 1993, s.1-13.

SOLOMON, Dennis, **“Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”**, 82, Tulane Law Review, 2007-2008, s.1709- 1740.

STEWART, Andrew/

GREENE, Janey, **“Choice of Law and the Enforcement of Post -Employment Restraints in Australia”**, 31, Comp. Lab. L. & Pol'y J., 2009-2010, s.305-330.

STONE, V.W. Katherine, **“A New Labor for a New World of Work: the Case for a Comparative-Transnational Approach”**, 28, Comp.Lab. L. & Pol'y J., 2006-2007, s.565-581.

SYMEONIDES, C. Symeon, **“The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction”**, 37, AJCL, 1989, s.187-246.

SZÁSZY, István, **“The Proper Law of Labour Contracts”**, 17, ICLQ, 1968, s.11.-27.

TARMAN, Zeynep Derya, **“Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”**, AÜHFD, S. 59/2, Yıl: 2010, s. 521-550, (İş Sözleşmesi).

TARMAN, Zeynep Derya, **“5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”**, BATİDER, C.XXVI, S.1, Yıl:2010, s. 143-171, (Hukuk Seçimi).

TEKİNALP, Gülören, **“Avrupa Toplumunda Ferdî İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”** MHB, Yıl: 22, S.2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s.839-855, (Gönderilen).

TEKİNALP, Gülören, “**Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve <En Yakın İrtibatlı Hukuk> Uygulaması**”, Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, s.439-450, (En Yakın İrtibatlı Hukuk).

TEKİNALP, Gülören, “**Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu**”, MHB Yıl: 1988, S.4, s.59-70, (Akdi Borç Statüsü).

TEKİNALP, Gülören, “**The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure**”, 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 313-342, (Turkish Code).

TEKİNALP, Gülören, “**Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi**”, MHB, Yıl: 5, S.1, 1985, s. 28-31, (Hukuk Seçimi).

THAL, S. Nathan, “**The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness**”, 8, Oxford J.Legal Stud., 1988, s.17-33.

TUNCAY, Can, “**Almanya'da İş Alan Türk Müteahhitlerin Türk İşçi Çalıştırmaları**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1993, C.7, S.3, s.3-8, (Almanya).

TUNCAY, Can, “**Karar İncelemesi**”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 1990, C.4, S.2, s.14-18, (Karar).

TUNCAY, Can, “**Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun**”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.883-913, (Uygulanacak Kanun).

TUNCAY, Can, “**İşe İade Davasında Yabancı Hukukun Uygulanması**”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.65-66, Yıl:2010, s. 181-189, (Yabancı Hukuk).

TURHAN, Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S.41, Yıl: 1991, s.119-149.

VAN EECKHOUTTE, Willy, “**The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations and Labour Law (1980)**” in **Freedom of Services in the European Union – Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative**, ed.by BLANPAIN, Roger, The Hague 2006, s. 167-178.

VAN HECKE, Georges, “**International Contracts and Domestic Legislative Policies**” in **Internationales Recht und Wirtschaftsordnung**, F.A.Mann-1977, ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL, Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, s.183-191.

VAN HOEK, Aukje, “**Private International Law Aspects of Collective Actions- Comparative Report**”, in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.425-468.

VENTURI, Paolo, “**Italian Private International Law Report**” in **Cross- Border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge, a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective**, ed. by DORSSEMONT, Filip/ JASPERS, Teun/VAN HOEK , Aukje, Oxford 2007, s.331-354.

VERHAGEN, L.E.Hendrik, “**The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc***”, 51 ICLQ, 2002, s.135-154.

VISCHER, B.Frank, “**General Course on Private International Law**”, 232, Rec. Des Cours, 1992, s.11- 255, (General Course).

VISCHER, B.Frank, **“The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”** in **Harmonization of Private International Law by the E.E.C.**, ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 25-30, (Typical Performance).

VOGEL- POLSKY, Eliane, **“Unlawful Discrimination in Employment- International Law and Community Law: Their Interrelationship with Domestic Law”**, 20, Ga. J. Int'l &Comp. L., 1990, s.3.-12.

VON OVERBECK, E. Alfred, **“The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law”**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 119-133.

WATT, M. Horatia, **“Private International Law”**, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. by Jan M. SMITHS, Massachusetts Nothampton 2006, s.566-577, (Private International Law).

WATT, M. Horatia, **“European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws”**9, Edinburgh L.Rev., 2004-2005, s.6-31, (European Integration).

WATT, M. Horatia/

RADICATI DI BROZOLO, G. Luca, **“Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”**, 6, International Law FORUM Du Droit International, 2004, s.90-96.

WEINBERGER, D.Allan, **“Party Autonomy and Choice of Law: The Restatement (Second), Interest Analysis and the Search for a Methodological Synthesis”**, 4, Hofstra L.Rev., 1975-1976, s.605-641.

WEISS, Manfred, **“Convergence and/or Divergence in Labor Law Systems?: A European Perspective”**, 28, Com. Lab. L. & Pol'y J., 2006-2007, s.469-486.

WEINTRAUB, J.Rusell, **“How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The ECC Convention”**, 17, Tex. Int'l L.J., 1982, s.155-166.

WERGIN, Niels-Eric/ WHITE, Geoff, **“Britanya'da Toplu Sözleşme Sistemi”**, Çev. Elif Gezgin, Karşılaştırmalı bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, ed. Alpay HEKİMLER, İstanbul 2010, s. 107-134.

WILDERSPIN, Michael, **“The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention”**, 9, ERA Forum, 2008, s.259-274, (Rome I).

WILDERSPIN, Michael, **“The Rome Convention: Experience to Date Before the Courts of Contracting States”** in *Angleichung des Materiellen und des Internationalen Privatrechts*, ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 111-142, (The Rome Convention).

WILLIAMS, P.Ross, **“The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”**, 35, ICLQ, 1986, s. 1-31.

WILLISTON, Samuel, **“Freedom of Contract”**, 6, Cornell L.Q., 1920-1921, s.365-380.

YAMAKAWA, Ryuichi, **“Transnational Employment Dimension of Japanese Labor and Employment Laws: New Choice of Law Rules and Determination of Geographical Reach”**, 31, Comp. Lab. L. & Pol'y J., 2009-2010, s.347-373.

ZAALISHVILI, Vakhtang, **“Conflict of Laws Aspects of Consumer and Labour Contracts”**, 7/4, Georgian Law Review, 2004, s.677-699.

ZIMMERMAN, M.James, “**The Overseas Private Investment Corporation and Worker Rights: The Loss of Role Models for Employment Standards in the Foreign Workplace**”, 14, Hastings Int'l & Comp. L. Rev, 1990-1991, s.603-618.

ZOLL, Fryderyk, “**The Draft Common Frame of Reference as an Instrument of the Autonomous Qualification in the Context of the Rome I Regulation**” ,in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.17-25.

IV- Diğer Ulusal- Uluslararası Belgeler-Rapor ve Görüşler

Commission of the European Communities, 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, (presented by the Commission), Brussels,COM(2002)654 final of 14.1.2003.,http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf (szt. 10.8.2009). (*Green Paper on the Conversion of Rome Convention*).

Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), OJ 98/C/27/02-26.1.1998. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:027:0034:0053:EN:PDF> (szt. 2.9.2009). (Roma Sözleşmesi).

Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 Supplementing the Statute for a European Company with Regard to the Involvement of Employees, OJ., L294, 10/11/2001, P22-32.

Council Regulation (EC) No. 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company, OJ., L294, 10/11/2001 P 0001-0021.

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, O.J. No. L 18/1, 21.1.1997.

European Group for Private International Law, 11th Meeting, Lund 2001, Proposal for the Amendment of Articles 6 and 9 of the Rome Convention of 16 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-13pe.html> (szt. 12.9.2010).

GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul: Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ C282, 31/10/1980.

Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, http://www.oas.org/DIL/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm (szt. 11.9.2010).

International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.III, Private International Law, Tübingen 1972.

Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Basel -1991, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, 7th Commission, Rapporteur: Mr. Eric Jayme.

Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb -1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rapporteur: Mr. Etienne Szászy.

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 71, *RebelsZ*, 2007, s. 225-344, (Max Planck Comments).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İ.Ü.H.F. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No.11, İstanbul 1978.

Nordic Group for Private International Law Proposal for Amendments to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/nordic_group_private_international_law_en.pdf , (szt: 7.3.2009).

Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 13 September 2006, COM (2005) 650 final – 2005/0261 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:318:0056:0061:EN:PDF> (szt. 2.9.2009) (ECOSOC Görüşü).

Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Presented by the Commission, Brussels, 15.12.2005. Com (2005), 650 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf (szt. 17.8.2009), (Tüzük Önerisi).

Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Concerning the Conflict of Laws in Employment Relationships within the Community, Presented by the Commission, Brussels, 28.04.1976, Com (75), 653 final, (1976 tarihli Tüzük Önerisi).

Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), Compromise Packace by the Presidency, Brussels, 13 April 2007, 8022/07 ADD 1 REV 1 , <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st08/st08022-ad01re01.en07.pdf> , (szt. 20.8.2009), (Uzlaşma Teklifi).

Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ. L 177, 4.7.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PD>, (szt. 17.8.2009) (Roma I Tüzüğü).

Second Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute, St. Paul, Minn 1971.

Transnational Collective Bargaining Past, Present and Future, Final Report by ALES, Edoardo/ENGBLOM, Samuel/JASPERS, Teun/LAULOM, Sylvaine/SCIARRA, Silvana/SOBCZAK, Andre/VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, European Commission, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2 Manuscript completed in February 2006.

UMBRICHT, P.Robert, Switzerland's Federal Code on Private International Law, Zurich 2010.

5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html> (szt. 07.09.2010).

ÖZET

Bütün dünyada, sınır aşıcı yatırımlar yapma eğiliminin gelişmesi, ürünlerin işlenmesinin uluslararası karakterinin artması, siyasî, ekonomik ya da sosyal amaçlarla bireylerin ülkelerarası ilişkilerinin yoğunlaşması, milletlerarası özel hukukun pek çok alanında olduğu gibi, iş hukuku alanında da milletlerarası problemleri beraberinde getirmiştir. Bu gelişmenin sonucu olarak, ekonomik, siyasî ya da sosyal nedenlerle, bireylerin birden fazla ülkeyle bağlantılı özel hukuk ilişkileri daha da karmaşık bir görünüm almaktadır. Bu durumun belki de en can alıcı yansıması, iş sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfında görülmektedir.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, sınır aşıcı ticarî, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerin, emek hareketliliğine ilişkin görünümüdür. Günümüzde, toplumsal ve bireysel ilişkilerin her alanında olduğu gibi, iş ilişkilerinde yaşanan çeşitlilik, milletlerarası unsurlu iş ilişkilerinde, mevcut bağlama kurallarının sorgulanmasını ve yeni önerilerin tartışılmasını gerektirmektedir.

Sınır aşıcı iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kuralının, gerçekten zayıf tarafın korunmasını sağlayıp sağlamadığı, hem doktrin hem de çeşitli ulusal ve uluslararası yargı kararları ışığında tartışılmıştır.

ABSTRACT

The development of cross border investment tendency, the increase of international character of manufacturing, the intensity of international relationships of individuals for political, economic or social aims have brought international problems in scope of labour law as in many areas of private international law, in all over the world. As a consequence of this development, the private international law relations of individuals which are connected with more than one country for economic, political or social relations have become more complex. The vital reflection of this situation has probably been seen on the conflict of laws originating from labour contracts.

The law applicable to international labour contracts is a labour movement related aspect of cross border commercial, economic, social and political relations. Nowadays the diversity of labour relations has needed to be questioned the present regulations and expanding their limits in international labour relations as in all areas of social and individual relations.

Whether the rule of conflict of laws indicating the law applicable in cross border labour contracts really provides the protection of weaker party has been discussed in the light of both in the doctrine and in various national and international sentences.