

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK
HUKUK**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Beyza Çağla ŞAHİN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

EYLÜL 2020

ÖNSÖZ

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konulu yüksek lisans tezimi 2018-2020 yılları arasında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı'nda hazırladım. İlk akademik çalışmam olması nedeniyle bu çalışmanın benim için kıymeti büyüktür.

Öncelikle, kendisi ile çalışmayı çok istediğim ve tezimin danışmanlığını üstlenmeyi kabul eden, bu anlamda her türlü yardım ve desteğini esirgemeyen saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a en içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. Kendisinin yol göstericiliği hem genç bir akademisyen olan şahsımın yolunu aydınlatmış hem de tez çalışmamın tamamlanmasında şüphesiz en önemli rolü oynamıştır.

Hukuk fakültesi son sınıfta kendisinden dinlediğim milletlerarası özel hukuk dersi ile bu alana ilgi duymamı sağlayan, tez çalışmam süresince desteklerini esirgemeyen ve tez jürisinde yer alarak beni onurlandıran, İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde asistanı olarak çalışmaktan mutluluk duyduğum değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ'a teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Tez jürisinde yer alarak beni onurlandıran değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN'e katkıları için teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Hayatımın her anında olduğu gibi bu süreçte de yanımda olan, sevgi, ilgi ve desteklerini her zaman hissettiğim sevgili annem Günnaz ALTUN, babam Suat ŞAHİN ve halam Av. Suzan ŞAHİN ile bu süreçte yanımda olan tüm arkadaşlarıma sonsuz teşekkür ve sevgilerimi sunarım.

Beyza Çağla ŞAHİN
İstanbul, 2020

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ.....	vi
ABSTRACT	xi
ÖZET.....	xv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
I. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	3
A. İş Sözleşmesi, İş İlişkisi ve İşyeri Kavramları	3
1. İş Sözleşmesi ve İş İlişkisi	3
2. İşyeri.....	5
B. İş Sözleşmesinin Unsurları.....	6
C. İş Sözleşmesinin Özellikleri.....	12
1. Kişisel İlişki Kurması.....	13
2. Karşılıklı Borç Doğurması	13
3. Devamlı Bir Sözleşme Olması	13
4. Özel Hukuk Sözleşmesi Olması.....	14
D. İş Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	14
1. İş Sözleşmesinin Eser Sözleşmesinden Ayrılması.....	15
2. İş Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Ayrılması.....	17
3. İş Sözleşmesinin Adi Şirket Sözleşmesinden Ayrılması	19
E. İş Sözleşmesinde İrade Serbestisi ve Sınırları	20
1. İş Sözleşmesi Yapma, Yapmama ve İçeriğini Belirleme Özgürlüğü.....	20
2. İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti.....	23
F. İş Sözleşmesinin Şekli	26
İKİNCİ BÖLÜM	29
II. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK	29
A. Bireysel İş Sözleşmelerinde Zayıf Tarafın Korunması ve Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	29
1. Bireysel İş Sözleşmelerinde Zayıf Tarafı Koruma Amacı.....	29
2. Zayıf Tarafı Koruma Amacının Uygulanacak Hukukun Tespitindeki Rolü	30
B. Sözleşmenin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	35
1. Ehliyeteye Uygulanacak Hukuk	35
a. Genel Kural	35

b. Türk Hukukunda Yabancılar ve Küçüklere İlişkin Ehliyet Kuralları	37
c. Atıf	40
d. İşlem Güvenliği Kuralı.....	40
2. Şekle Uygulanacak Hukuk.....	42
C. Esasa Uygulanacak Hukuk.....	47
1. Sübjektif Bağlama Kuralı.....	49
a. Bireysel İş Sözleşmeleri Alanında Hukuk Seçimine İlişkin Görüş ve Düzenlemeler	49
(1) Hukuk Seçimini Reddeden Görüş	50
(2) Sınırlı Hukuk Seçimine Müsaade Eden Görüş.....	52
(a) Taraflarca Seçilebilecek Hukukların Sınırlandırılması.....	52
(b) Asgari Koruma Şartı	54
2. Objektif Bağlama Kuralı	60
a. Mutad İşyeri Hukuku	62
(1) Zayıf Tarafı Koruma Amacı Kapsamında Mutad İşyeri Kriteri.....	62
(2) Mutad İşyerinin Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Kriterler ve Uygulama Örnekleri.....	65
(3) İşin Geçici Olarak Yapıldığı Yer.....	70
b. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku.....	71
c. İstisna Hükmü / Daha Sıkı İlişkili Hukuk	74
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	77
III. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN HALLER.....	77
A. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	78
1. İş Sözleşmeleri Alanında Forum'un Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	80
a. İş Hukuku Alanında Doğrudan Uygulanan Kuralların Sınıflandırılması	83
2. İş Sözleşmeleri Alanında Lex Contractus'un Doğrudan Uygulanan Kuralları	89
3. İş Sözleşmesi ile Bağlantılı Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları	91
B. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	94
C. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Kamu Düzeni İlişkisi.....	99
SONUÇ.....	103
KAYNAKÇA	111
ÖZGEÇMİŞ.....	120

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm. MK	: Alman Medeni Kanunu
Alm. MÖHK	: Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. MÖHK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YUKK	: 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun

RÉSUMÉ

La détermination de la loi à appliquer aux contrats de travail avec un élément étranger dans le cadre du principe de protection de la partie faible est le sujet de notre étude. La loi applicable aux contrats de travail avec un élément étranger est régie par l'Article 27 de la loi no 5718 sur le droit international privé et le droit procédural (MÖHUK). L'évaluation de la disposition pertinente a été faite en utilisant le droit comparé, en particulier le droit de l'Union.

Lorsqu'un différend entre un employé et un employeur découlant d'un contrat avec un élément étranger est soumis à un juge turc, le juge déterminera si le contrat dans lequel le différend a pris naissance est un "contrat de travail" en droit turc. Pour cette raison, dans la première partie de notre étude, les contrats de travail dans le domaine du droit matériel ont été examinés.

Un contrat de travail est un contrat dans lequel le travailleur s'engage à travailler en tant que personne à charge, et l'employeur s'engage à payer un salaire en échange du travail. Un contrat de travail est un contrat de droit privé qui établit une relation personnelle entre l'employé et l'employeur, crée une dette mutuelle et continue. Les éléments du contrat de travail sont l'emploi, les salaires et la dépendance. Le travailleur reçoit une "salaire" en échange du travail qu'il entreprend. L'élément principal qui distingue un contrat de travail des autres contrats, dont le sujet est l'entreprise, est l'élément de "dépendance". Le travailleur fait son travail en fonction de l'employeur. La dépendance à l'égard de l'employé à l'employeur signifie qu'il / elle travaille en suivant les instructions de l'employeur et sous la supervision et de la surveillance de l'employeur. Dans le domaine du droit international privé, l'élément de dépendance devient important pour distinguer le contrat de travail d'autres contrats dont l'objet est commercial lors de la qualification.

Le domaine du droit du travail est un domaine où l'intervention de l'état est excessive, en ce qui concerne les politiques économiques et sociales de l'état, les droits des personnes au travail. En raison de cette situation, les libertés contractuelles des parties aux contrats de travail sont fortement limitées par des dispositions obligatoires. Dans un contrat de travail, les limites du Libre arbitre; l'obligation de conclure un contrat, les interdictions de conclure un contrat, et la question de la détermination du contenu du contrat sont rencontrés. Comme un exemple des obligations de l'employeur de conclure un contrat de travail, l'obligation de l'employé de travailler après le service militaire et de travail avec les handicapés et les ex-détenus peuvent être affichés. Pour les mineurs et les étrangers, les permis de conduire et pour les travailleuses, les règles relatives à l'ordre de travail sont considérées comme des interdictions de conclure un contrat de travail.

Pour déterminer le contenu des contrats de travail des parties, la limite de la liberté de volonté est établie par des dispositions impératives absolues et des dispositions impératives relatives. Les règles qualifiées de droit Public pour le fonctionnement administratif du travail, que l'employé et l'employeur ne peuvent modifier même si le contrat est en faveur de l'employé, sont des règles impératives absolues. Les règles d'ordre proportionnel, en revanche, sont des règles qui imposent

une limite insurmontable contre le travailleur en accordant aux parties une liberté de volonté limitée, mais permettent que cette limite soit dépassée en faveur du travailleur.

Dans la deuxième partie de notre étude, la règle de conflit de lois sur les contrats de travail a été examinée dans le cadre du principe de protection de la partie faible. Si les contrats de travail sont dus au fait que l'employé ou l'employeur est un citoyen étranger, que le centre d'affaires de l'employeur se trouve dans un État étranger, que l'employé exerce son travail dans un État étranger en règle générale, ou cela est compris d'après les conditions du contrat de travail ou de la relation commerciale avec un État étranger ils portent un élément d'étrangeté. Les contrats de travail avec un élément étranger entrent dans le champ d'application du droit international privé (article 1 du MÖHUK).

MÖHUK de N ° 5718, réglementait la loi applicable aux contrats de travail avec une règle de conflit de lois distincte dans son article 27 intitulé «contrats de travail». Conformément à la disposition pertinente, il existe des volontés des parties (règle contraignante subjective) au premier niveau pour déterminer la loi à appliquer aux contrats de travail. Selon la disposition pertinente, les contrats de travail sont soumis à la loi choisie par les parties, sans tenir compte de la protection minimale que l'employé aura conformément aux dispositions obligatoires de la Loi sur le lieu de travail habituel. Même si les parties n'ont pas le choix de la loi, la «loi sur le lieu de travail où le travailleur fait habituellement son travail» est appliquée aux contrats de travail de deuxième niveau. Si l'employé ne fait pas son travail dans un pays donné, la «loi du pays dans lequel l'employeur principal lieu de travail est situé» est appliquée au contrat de travail au troisième niveau. Enfin, s'il existe une loi plus étroitement liée au contrat de travail selon toutes les conditions de la situation, une loi plus étroitement liée peut être appliquée au contrat de travail.

Étant donné que la loi applicable aux questions de permis de conduire et de forme est évaluée séparément de la loi applicable à la base, ces questions ont d'abord été examinées dans notre étude. La loi à appliquer à la compétence des parties dans les transactions et les relations avec des éléments étrangers est régie par l'article 9 du MÖHUK. Conformément à l'article 9 / f.1 du MOHUK (Droit international privé et droit procédural), la licence des personnes physiques est soumise au droit national de la personne concernée. Un employé qui est partie à un contrat de travail est une personne réelle. Mais l'employeur peut être une personne physique, ainsi que d'une personne morale ou un ensemble de personnes ou de marchandises qui n'ont pas une entité juridique. La capacité d'agir de la personne morale employeur est soumise à la loi sur le centre administratif dans le statut de la personne morale concernée conformément à l'article 9 / f.4 du MOHUK (Droit international privé et droit procédural). Si l'employeur est une personne ou une communauté de biens sans personnalité juridique, la loi du centre administratif s'applique au permis de conduire de l'employeur (MÖHUK m. 9 / F. 5).

Dans les contrats de travail, certaines règles spéciales contenues dans le droit interne relatives à la capacité s'appliquent à tous les contrats de travail exécutés dans ce pays, selon les critères du lieu de travail, puisqu'elles concernent l'ordre de travail dans le pays où elles sont en vigueur, les politiques sociales et économiques de l'état. Ces limitations sur le permis de conduire pour les étrangers, les mineurs et les

femmes de conclure des contrats de travail s'appliquent comme une règle directe sans aller à la règle de conflit de lois sur le permis de conduire.

La loi applicable à la forme des contrats de travail est déterminée conformément à la règle de litige des lois générales relatives à la forme. Conformément à L'Article 7 du MÖHUK, la règle générale contraignante sur la forme de la procédure judiciaire peut être exécutée conformément à la forme prévue par les dispositions juridiques de fond de la loi du pays dans lequel elles sont exercées ou de la loi autorisée sur le fond de cette action en justice. L'une des façons de protéger une partie qui est dans une position faible dans une relation contractuelle est les règles de forme.

Un exemple de règles de forme qui protègent le travailleur est la recherche d'une exigence de forme écrite dans les contrats de travail atypiques pour rendre difficile la réalisation de contrats de travail atypiques au lieu de contrats de travail typiques à durée indéterminée et à temps plein. De telles règles de la forme de protection du travailleur prévues par la loi du lieu où le travailleur fait son travail devraient être appliquées comme une règle directe, tout comme les règles sur le permis de conduire et la base qui protègent le travailleur.

Dans notre étude, après avoir examiné la loi applicable aux questions de permis de conduire et de forme, le sujet de la loi applicable à la base des contrats de travail avec des éléments étrangers a été examiné. Dans le domaine des conflits de lois liés aux contrats, nous sommes confrontés à la volonté des parties au premier niveau. Dans le domaine des contrats de travail, le choix de la loi a été critiqué car les parties n'ont pas un pouvoir de négociation égal sur le choix de la loi et, par conséquent, offrir aux parties une liberté illimitée de choix de la loi contredirait le but de protéger la partie faible. Il y a des opinions et des règlements dans les contrats de travail qui rejettent complètement le choix de la loi et acceptent le choix de la loi comme limité.

À notre avis, les opinions qui rejettent le choix de la loi ou le limitent à certaines lois de l'état ne servent pas à protéger le travailleur. Car, si le choix de la loi n'est pas fait ou que ce choix est limité à certaines lois, la loi applicable sera l'une des lois que le législateur considère étroitement liées à la relation contractuelle selon le critère objectif. Mais cela ne signifie pas que les dispositions matérielles de la loi montrées par le critère objectif contiendront des dispositions protectrices du côté faible. À notre avis, si une loi est choisie qui est plus en faveur du travailleur selon le critère objectif, le choix de la loi est approprié dans le but de protéger le travailleur avec la "exigence de protection minimale", ce qui signifie l'application de la loi qui est autrement autorisée selon le critère objectif. En droit turc et de l'Union européenne, l'approche susmentionnée du choix de la loi dans les contrats de travail est adoptée.

Cependant, certaines des règles qualifiées du droit Public, qui sont réglementées conformément aux politiques sociales et économiques de l'état, sont absolument obligatoires et ne permettent pas le choix de la loi. Le deuxième groupe de règles, d'autre part, donne aux parties une liberté de volonté limitée à décider de dispositions qui sont plus en faveur du travailleur, créant une limite de protection minimale pour le travailleur. À notre avis, l'article 27 / f.1 du MOHUK "Permettre le choix de la loi, sans préjudice de la protection minimale dont jouira le travailleur conformément aux dispositions impératives de la législation habituelle sur le lieu de

travail" doit être compris comme un accent particulier sur l'application des règles qui s'appliquent directement au lieu de travail. Si les parties n'ont pas le choix de la loi applicable dans le domaine des contrats de travail, le droit du travail habituel est inclus comme règle objective contraignante.

Basé sur l'idée que l'endroit où travaille l'employé doit être protégé selon les normes juridiques, le point contraignant du lieu de travail habituel est largement accepté dans le domaine des contrats de travail. Les critères de détermination et d'application du point contraignant du "lieu de travail" adopté dans le domaine des conflits de lois ont été discutés dans l'enseignement et ont fait l'objet de décisions judiciaires. Dans ce contexte, les critères adoptés par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour de Cassation dans la détermination du lieu de travail habituel ont été déterminés. Ces critères comprennent "le lieu où le travailleur exerce ses activités professionnelles ou la plupart de ses activités professionnelles, le lieu où le travailleur remplit essentiellement ses obligations envers l'employeur, le pays dans lequel le travailleur passe plus de temps à effectuer son travail, le lieu où le travail est organisé, le lieu où la partie principale et la partie prédominante du travail est effectuée"

Si l'employé ne fait pas son travail dans un pays donné en tant que habituel, le deuxième niveau s'applique à la" loi fondamentale sur le lieu de travail de l'employeur "en droit turc, et à la" loi du pays dans lequel le lieu de travail employant l'employé est situé " dans la loi de l'Union européenne. La règle contraignante du lieu de travail habituel est destinée à protéger l'employé qui est le côté faible du contrat. À la lumière des décisions de la CJCE que nous avons examinées, il a été constaté que la CJCE a élargi son champ d'application en interprétant largement la règle contraignante du droit du lieu de travail habituel. De cette manière, le champ d'application de la règle "loi du pays où le lieu de travail qui emploie le travailleur", situé au deuxième niveau, a été particulièrement restreint. Du point de vue de la loi turc, il a été conclu que le point contraignant de la «loi habituelle sur le lieu de travail» devrait être interprété au sens large dans les contrats de travail et que la règle de l'article 27 / f.3 du MÖHUK «principale loi sur le lieu de travail de l'employeur» devrait être considérée comme exceptionnelle.

Au dernier niveau de la règle de conflit de lois sur la loi à appliquer aux contrats de travail, la disposition d'exception est incluse. En conséquence, s'il existe une loi plus étroitement liée au contrat de travail selon toutes les conditions de la situation, une loi plus étroitement liée peut être appliquée. Les critères à utiliser dans la détermination du droit étroitement lié sont déterminés dans les décisions de la CJCE et de la Cour suprême comme " citoyenneté des parties, résidence de l'employeur, langue du contrat, argent versé, lieu du contrat, résidence des parties".

Dans la troisième partie de notre étude, les cas empêchant l'application de la loi aux contrats de travail, les règles appliquées directement et les exceptions à l'ordre public ont été examinés. Les contrats de travail, dans lesquels une partie est en position de faiblesse sociale et économique par rapport à l'autre, sont l'un des contrats les plus courants avec des règles appliquées directement. En droit interne, des dispositions qui permettent aux parties d'avoir une liberté de volonté limitée pour n'accepter que les dispositions les plus favorables au travailleur, et les règles de droit public qui ne peuvent être modifiées, que le travailleur et l'employeur ne peuvent en

convenir autrement sont conservées en tant que règle directement appliquée dans le domaine du droit international privé.

Dans ce contexte, le forum dans le domaine des contrats de travail (article 6 du MÖHUK), la loi applicable à la convention et les règles directement appliquées par l'État tiers (article 31 du MOHUK) sont examinés. Enfin, si les dispositions de la loi déterminées conformément à la règle des conflits de lois, appliquées au cas concret, donnent des résultats manifestement contraires à la compréhension de l'intérêt public, de la moralité ou de la justice, des droits fondamentaux et des principes fondamentaux importants du for l'exception d'ordre public à appliquer (article 5 du MÖHUK) a été évaluée dans le cadre de la loi applicable aux contrats de travail. En examinant les décisions de la Cour suprême, il a été constaté que les règles appliquées directement à l'exception de l'ordre public dans le domaine des contrats de travail étaient mélangées et qu'il y avait une pratique erronée, et la distinction entre ces deux institutions a été tentée d'être clarifiée.



ABSTRACT

Determining the law applicable to the employment contracts with element of foreignness within the principle of protection of the weaker party comprises the subject of our study. Law applicable to the employment contracts with element of foreignness is regulated by article 27 of Code of Private International Law and Civil Procedure (MOHUK). The relevant provision has been evaluated by making use of comparative law, especially European Union law.

When a conflict arising from contract between employee and employer is submitted to a Turkish judge, the judge shall determine whether the contract from which the conflict arises is a “employment contract” in Turkish law by making a classification. Therefore, employment contracts in the field of substantive law are examined in the first part of our study.

Employment contract is a contract where employee undertakes to perform work dependently and the employer undertakes to pay a fee in return for performing work. Employment contract is a continuous special legal contract that creates a relationship between the employee and the employer, creating mutual obligations. Elements of employment contract are performing work, fee and dependency. Employee receives a “fee” in return for performing work that he/she undertakes. The main factor which separates the employment contract from the other contracts is the “dependency” factor. Employee performs his/her work dependently on the employer. Dependency of the employee on the employer means he/she follows the instructions of the employer and performs work under the employer’s supervision. Independence factor is important in distinguishing employment contract from other contracts whose subject is performing work while classifying in the field of international private law.

Labour law field is one where the state intervenes quite a lot due to it being related to the state’s economic and social policies and working rights of persons. As a result, freedom of contract in employment contracts has been restricted heavily by mandatory rules. We encounter limits of freedom of will in employment contracts in the subjects of obligation to make contract, bans for making contract and determining the content of contracts. As an example of obligation to make employment contract for employers, reemploying an employee after having completed military service and employing handicapped persons and ex-convicts. Regulations, related to capacity for minors and foreigners and regulations, related to work order are considered to be bans on making employment contracts.

Absolute mandatory rules and proportional mandatory rules determine the limits of freedom of will while determining the content of employment contracts. Rules of public law, such as employer and employee not being able to make changes to the contract even if it is for the benefit of the employee, rules for the administrative operation of the business are absolute mandatory rules. Proportional mandatory rules are those which impose an impassable restriction against the employer by giving the parties a limited freedom of will but allowing this restriction to be broken for the benefit of employees.

The second part of our study examines the rule of conflict of laws related to employment contracts in the framework of protecting the weaker party. Employment contracts have the element of foreignness in the case of realizing one of the conditions: that existence of employee or employer being the citizen of a foreign country, head office of employer being in a foreign country, employer customarily performing the act of performing work in a foreign country or employment contract or employment relationship being in close relationship with a foreign country. Employment contracts that have element of foreignness go into the field of international private law (MOHUK number 5718 a. 1).

MOHUK regulates the law applicable to the employment contracts by a separate conflict of laws rule in its article 27. As per the relevant provision, there are wills of the parties (subjective binding rule) at the first stage in determining the law applicable for employment contracts. According to the relevant contract, without prejudice to the minimum protection for the employee as per the mandatory rules of law of the place where the employee habitually carries out his/her work, employment contracts are subject to the law, selected by the parties. In the case of the parties' lack of choice of law, "law of the place where the employee habitually carries out his/her work" is applied for employment contracts in the second stage. If the employee does not perform his/her work usually in a certain country, "law of the country where the main place of business of the employer is located" is applied for the employment contract in the third stage. Lastly, in the case of there is law more closely related to the employment contract according to all the conditions of the case, that law which more closely related to the employment contract can be applied for the employment contract.

Since the applicable law for capacity and formal issues is evaluated separately from the law applicable for the contract, these issues are examined first in our study. Law applicable for the capacity of the parties is regulated in article 9 of MOHUK. As per MOHUK article. 9/p.1, capacity of real persons is subject to the national law of the relevant party. The employee who is a party of the employment contract is a real person. However, as the employer can be a real person, it can also be a legal person or a group of persons or group of properties without being a legal person. Capacity to act of a legal person employer is subject to headquarter law of the relevant legal person's status as per MOHUK article 9/p.4. Actual headquarters law is applied for the capacity to act of the employer if the employer is a not a legal person or is group of properties (MOHUK article 9/p.5).

Some private rules in domestic law, related to capacity in employment contracts are applied for all employment contracts made in that country, because they are related to the working order and social and economic policies of the country where they are in effect, according to the criteria of the place where the work is performed. Laws, related to this type of restrictions, related to foreigners, minors and women making employment contracts, are applied as overriding mandatory rules, without resorting to the conflict of laws rule.

Applicable law for the formal requirements of employment contracts is determined as per the general conflict of laws rule, related to form. Legal processes can be carried out in accordance with the form, set forth by the law of the country or the provisions of the substantive law, competent for the principal of that legal transaction as per article 7 of MOHUK general binding rule. One of the ways of

protecting the weaker party in contractual relationship is rules of formal requirements. Written form requirement for atypical employment contracts in order to render making atypical employment contracts instead of typical full-time employment contracts of indefinite duration more difficult can be shown as an example of formal rules that protect the employee. It is necessary to use this kind of formal rules that protect the employees to be classified as overriding mandatory rules just like the rules related to capacity that protect the employee that are in the law of the place where the employee performs his/her work.

Subject of the law applicable to the employment contracts with foreign element is examined in our study after the law applicable to the issues of capacity and form. We encounter the will of the parties in the field of conflict of laws, related to contracts at the first stage. Choice of law in the field of employment contracts has been criticized due to the parties not having equal negotiating power and therefore offering the parties an unlimited freedom of selecting law contradicts the objective of protecting the weaker party. There are views and regulations that completely reject choice of law for employment contracts and accept choice of law in a restricted manner.

In our opinion, views that reject choice of law or restrict it to certain laws of countries do not serve the purpose of protecting employees because in the case of not selecting law or restricting this selection to certain laws, the law applicable shall be one of the laws, the law maker deems closely related to the contract relationship according to objective criterion. However, this does not mean that the material provisions of the law indicated by objective criterion shall contain provisions that protect the weaker party. In our opinion, allowing choice of law that is for the benefit of the employee or selecting the law with the “minimum protection provision” which means application of competent law according to objective criteria are suitable for the purpose of protecting the employees. The said approach is adopted for the choice of law for employment contracts in Turkish and European Union Laws.

However, some of the rules with in the nature of public law, regulated in line with social and economic policies of the state, are of absolutely imperative nature and do not allow choice of the law. The second group of rules creates a minimum protection limit for the employee by allowing a restricted freedom of will by determining provisions for the parties that are more for the benefit of the employee. In our opinion, “allowing choice of law, providing the minimum protection employee shall have is reserved, as per mandatory rules of law of the place where the employee habitually carries out his/her work” in MOHUK article 27/p.1 should be interpreted as especially emphasizing the overriding mandatory rules of the place where the work is performed.

In the case of lack of choice of law in the field of employment contracts, law of the place where the employee habitually carries out his/her work is in the first stage as objective binding rule. Based on the notion that the employee’s place of work should be protected according to legal standards. Law of the place where the employee habitually carries out his/her work binding point is accepted widely in the field of employment contracts. Determination of “law of the place where the employee habitually carries out his/her work” and criteria of its application has been discussed in the doctrine and has become subject of the decisions of judgement. In this scope, criteria, accepted for the determination of place of the work by the Court

of Justice of the European Union (CJEU) and Turkish Court of Appeal have been determined in our study. These criteria are, “the place where the employee carries out most of the activities of performing his/her work, the place where the employee mainly fulfills his/her obligations for the employer, the country the employee spends most of his/her time to perform his/her work, where the work is organized, and the place, the main part and most of the work is performed usually.”

In the case of the employee not performing his/her work usually in a certain country, “law of employer’s main place” in Turkish law and “law of the country where the place of business” is applied in European Union law in the second stage. “Law of the place where the employee habitually carries out his/her work” binding rule has the objective of protecting the employee who is the weaker party of the contract. It has been determined that CJEU has broadened the field of application by interpreting the usual workplace binding rule broadly, in the light of the CJEU decisions which we have examined. Thus, field of application of “law of the country where the place of business” which is in the second stage, has been narrowed especially. It has also been determined that “law of the place where the employee habitually carries out his/her work” binding point should be applied by interpreting it broadly and “law of the country where the main place of business of the employer is located” in MOHUK article 27/p.3 should be considered as an exception in terms of Turkish law.

Exception provision is in the last stage of conflict of laws rule, related to the law applicable for employment contracts. According to this, in the case of there is a law that is more closely related to employment contract according to all the conditions of the case, a more closely related law can be applied. Criteria to be used for the determination of closely related law have been determined as “citizenship of the parties, place of residence of the employer, language of the contract, currency in which fee is paid, place where the contract has been made and the place of residence of the parties” in the decisions of the CJEU and the Turkish Court of Appeal.

Cases that prevent the law applicable for employment contracts, overriding mandatory rules and public order are examined in the third part of our study. Employment contracts in which one of the parties is weaker than the other party in social and economic terms are among contracts where overriding mandatory rules are encountered the most. Rules in the nature of public law which cannot be determined to the contrary by the employer and employee by contract and which cannot be changed and provisions that allow restricted freedom of will for the acceptance of provisions that are more for the benefit of employees in domestic law are protected as overriding mandatory rules in the field of international private law. In this scope, overriding mandatory rules of the *forum* (MOHUK article 6), *lex contractus* and third state (MOHUK article 31) in the field of employment contracts have been examined.

Lastly, public order exception (MOHUK article 5) to be applied in the case of provisions of the law determined as per the conflict of laws rule giving results that are clearly against public benefit, moral or sense of justice, basic rights and important main principles of forum is evaluated in the scope of the law applicable for employment contracts. It was determined that an erroneous application existed where public order exception and overriding mandatory rules were confused in the field of employment contracts by examining the decisions of the Turkish Court of Appeal and it was strived to clear the distinction between these two institutions.

ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında tespiti çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 27’de düzenlenmiştir. İlgili hükmün değerlendirilmesi, özellikle Avrupa Birliği hukuku olmak üzere karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak yapılmıştır.

İşçi ile işveren arasında yabancı unsurlu sözleşmeden doğan uyuşmazlık Türk hâkimi önüne geldiğinde hâkim, vasıflandırma yaparak uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin Türk hukukunda “iş sözleşmesi” niteliğinde olup olmadığını tespit edecektir. Bu sebeple çalışmamızın birinci bölümünde, maddi hukuk alanında iş sözleşmeleri incelenmiştir.

İş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de iş görmenin karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran, karşılıklı borç doğuran ve devamlı bir özel hukuk sözleşmesidir. İş sözleşmesinin unsurları iş görme, ücret ve bağımlılıktır. İşçi üstlendiği iş görme borcu karşılığında “ücret” alır. İş sözleşmesini konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran temel unsur ise “bağımlılık” unsurudur. İşçi, işini işverene bağımlı olarak yapar. İşçinin işverene bağımlılığı, işverenin talimatlarına uyararak ve işverenin denetim ve gözetimi altında iş görmesi anlamına gelmektedir. Milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırma yaparken konusu iş görme olan diğer sözleşmelerle iş sözleşmesinin ayırt edilmesinde bağımlılık unsuru önem kazanmaktadır.

İş hukuku alanı devletin ekonomik ve sosyal politikalarına, kişilerin çalışma haklarına ilişkin olduğundan devletin müdahalesinin fazla olduğu bir alandır. Bu durumun bir sonucu olarak iş sözleşmelerinde tarafların sözleşme özgürlükleri, emredici hükümlerle yoğun olarak sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesinde irade serbestisinin sınırları; sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme yapma yasakları ve sözleşmenin içeriğini belirleme konularında karşımıza çıkar. İşveren bakımından iş sözleşmesi yapma zorunluluklarına örnek olarak, işçinin askerlik sonrası çalıştırılması ile engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu gösterilebilir. Küçükler ve yabancılar bakımından ehliyet ve kadın işçiler bakımından iş düzenine ilişkin düzenlemeler ise iş sözleşmesi yapma yasakları olarak kabul edilmektedir.

Tarafların iş sözleşmelerinin içeriğini belirlerken irade serbestilerinin sınırını mutlak emredici hükümler ve nisbi emredici hükümler oluşturur. İşçi ile işverenin, sözleşme ile işçinin lehine olsa dahi değiştiremeyeceği, işin idari işleyişine yönelik kamu hukuku nitelikli kurallar mutlak emredici kurallardır. Nisbi emredici kurallar ise, taraflara sınırlı bir irade serbestisi tanıyarak işçi aleyhine aşılamaz bir sınır getiren, ancak işçi lehine bu sınırın aşılmasına izin veren kurallardır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı incelenmiştir. İş sözleşmeleri işçinin veya işverenin yabancı devlet vatandaşı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir devlette bulunması, işçinin iş görme edimini mutad olarak yabancı bir devlette ifa

ediyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir devlet ile sıkı irtibatlı olduğunun halin şartlarından anlaşılıyor olması durumlarından birinin varlığı halinde yabancılık unsuru taşır. Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girer (MÖHUK m. 1).

5718 sayılı MÖHUK, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku “iş sözleşmeleri” başlıklı 27. maddesinde ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı ile düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca, iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde ilk kademedede taraf iradeleri (sübjektif bağlama kuralı) bulunmaktadır. İlgili hükme göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Tarafların hukuk seçiminin bulunmadığı halde ikinci kademedede iş sözleşmelerine “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku” uygulanır. Eğer işçi, işini mutaden belirli bir ülkede yapmıyorsa iş sözleşmesine üçüncü kademedede “işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku” uygulanır. Son olarak, hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde iş sözleşmesine daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir.

Ehliyet ve şekil meselelerine uygulanacak hukuk esasa uygulanacak hukuktan ayrı değerlendirildiğinden, çalışmamızda öncelikle bu meseleler incelenmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK’un 9. maddesinde düzenlenmektedir. MÖHUK m. 9/f.1 uyarınca gerçek kişilerin ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmıştır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi gerçek kişidir. Ancak işveren, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi veya tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluğu olabilir. Tüzel kişi işverenin fiil ehliyeti MÖHUK m. 9/f.4 uyarınca ilgili tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukuna tabidir. İşveren tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluğu ise işverenin fiil ehliyetine fiili idare merkezi hukuku uygulanır (MÖHUK m. 9/f.5).

İş sözleşmelerinde ehliyeteye ilişkin iç hukukta yer alan bazı özel kurallar, yürürlükte oldukları ülkede çalışma düzenine, devletin sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin olduklarından işin yapıldığı yer kriterine göre, o ülkede ifa edilen tüm iş sözleşmelerine uygulanır. Yabancılar, küçükler ve kadınların iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin bu nitelikteki sınırlamalar ehliyeteye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına gidilmeksizin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanırlar.

İş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk ise şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilir. Hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel bağlama kuralı MÖHUK madde 7 uyarınca hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

Sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafı koruma yollarından biri de şekil kurallarıdır. İşçiyi koruyucu şekil kurallarına örnek olarak, belirsiz süreli ve tam zamanlı tipik iş sözleşmeleri yerine atipik iş sözleşmelerin yapılmasını güçleştirmek için atipik iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı aranması gösterilebilir. İşçinin işini yaptığı yer hukukunda öngörülen bu türden işçiyi koruyucu şekil kurallarının, tıpkı işçiyi koruyucu ehliyet ve esasa ilişkin kurallar gibi doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması gerekmektedir.

Çalışmamızda ehliyet ve şekil meselelerine uygulanacak hukuk incelendikten sonra yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk konusu incelenmiştir. Sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı alanında karşımıza ilk kademede taraf iradeleri çıkmaktadır. İş sözleşmeleri alanında hukuk seçimi, tarafların hukuk seçimi konusunda eşit müzakere gücüne sahip olmadığı ve bu nedenle taraflara sınırsız bir hukuk seçimi serbestisi sunmanın zayıf tarafın korunması amacına ters düşeceği düşüncesiyle eleştirilmiştir. İş sözleşmelerinde hukuk seçimini tamamen reddeden ve hukuk seçimini sınırlı olarak kabul eden görüş ve düzenlemeler mevcuttur.

Kanaatimizce hukuk seçimini reddeden veya belirli devlet hukuklarıyla sınırlayan görüşler işçiyi koruma amacına hizmet etmemektedir. Zira, hukuk seçimi yapılmaması veya bu seçimin belirli hukuklarla sınırlandırılması halinde uygulanacak hukuk, kanun koyucunun objektif kritere göre sözleşme ilişkisi ile yakın bağlantılı gördüğü hukuklardan biri olacaktır. Ancak bu durum, objektif kriterin gösterdiği hukukun maddi hükümlerinin zayıf tarafı koruyucu hükümler içereceği anlamına gelmez. Kanaatimizce, objektif kritere göre işçinin daha lehine olan bir hukukun seçilmesi halinde hukuk seçimine etki tanınması, aksi halde objektif kritere göre yetkili olan hukukun uygulanması anlamına gelen “asgari koruma şartı” ile hukuk seçimi işçiyi koruma amacına uygundur. Türk ve Avrupa Birliği hukukunda iş sözleşmelerinde hukuk seçimi konusunda anılan yaklaşım benimsenmektedir.

Bununla birlikte, devletin sosyal ve ekonomik politikaları doğrultusunda düzenlenen kamu hukuku nitelikli kurallardan bazıları mutlak emredici niteliktedir ve hukuk seçimine imkân vermez. İkinci grup kurallar ise taraflara, işçinin daha lehine olan hükümleri kararlaştırabilmekle sınırlı bir irade serbestisi tanıyarak, işçi açısından asgari koruma sınırı oluşturmaktadır. Kanaatimizce, MÖHUK m. 27/f.1’de “işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimine izin verilmesi”, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağının özellikle vurgulanması olarak anlaşılmalıdır.

İş sözleşmeleri alanında tarafların hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif bağlama kuralı olarak ilk kademede mutad işyeri hukuku yer almaktadır. İşçinin çalıştığı yerin hukuki standartlarına göre korunması gerektiği düşüncesinden hareketle mutad işyeri bağlama noktası iş sözleşmeleri alanında yaygın olarak kabul edilmektedir. Kanunlar ihtilafı alanında benimsenen “mutad işyeri” bağlama noktasının tespiti ve uygulanma kriterleri öğretide tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuştur. Çalışmamızda bu kapsamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Yargıtay tarafından mutad işyerinin tespitinde kabul edilen kriterler belirlenmiştir. Bu kriterler, “işçinin işin ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer” kriterleridir.

İşçinin işini mutad olarak belirli bir ülkede yapmaması halinde ikinci kademede Türk hukukunda “işverenin esas işyeri hukuku”, Avrupa Birliği hukukunda “işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku” uygulanır. Mutad işyeri bağlama kuralı sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacını taşır. İncelediğimiz ABAD kararları ışığında, ABAD’ın mutad işyeri hukuku bağlama

kuralını geniş yorumlayarak uygulama alanını genişlettiği tespit edilmiştir. Bu sayede ikinci kademedede yer alan “işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku” kuralının uygulama alanı özellikle daraltılmıştır. Türk hukuku bakımından da, iş sözleşmelerinde “mutad işyeri hukuku” bağlama noktasının geniş yorumlanarak uygulanması ve MÖHUK m. 27/f.3 “işverenin esas işyeri hukuku” kuralının istisnai görülmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının son kademesinde istisna hükmü yer almaktadır. Buna göre, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir. Sıkı ilişkili hukukun tespitinde kullanılacak kriterler ABAD ve Yargıtay kararlarında “ tarafların vatandaşlığı, işverenin ikametgâhı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı” olarak belirlenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen haller, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni istisnası incelenmiştir. Taraflardan birinin diğerine kıyasla sosyal ve ekonomik yönden zayıf konumda bulunduğu iş sözleşmeleri, doğrudan uygulanan kurallara en sık rastlanan sözleşmelerdendir. İç hukukta işçi ile işverenin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacağı, değiştirilmesi mümkün olmayan kamu hukuku nitelikli kurallar ile taraflara yalnızca işçinin daha lehine olan hükümlerin kabulü yönünde sınırlı irade serbestisi tanıyan hükümler, milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kural olarak korunurlar. Bu kapsamda iş sözleşmeleri alanında forumun (MÖHUK m. 6), sözleşmeye uygulanacak hukukun ve üçüncü devletin (MÖHUK m. 31) doğrudan uygulanan kuralları incelenmiştir.

Son olarak, kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen hukukun somut olaya uygulanan hükümlerinin, forumun kamu menfaati, ahlâkı veya adalet anlayışına, temel haklar ve önemli temel prensiplerine açıkça aykırı sonuçlar vermesi halinde uygulanacak kamu düzeni istisnası (MÖHUK m. 5) iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay kararları incelenerek iş sözleşmeleri alanında kamu düzeni istisnası ile doğrudan uygulanan kuralların birbiriyle karıştırıldığı yanlış bir uygulamanın bulunduğu tespit edilmiş ve bu iki kurum arasındaki ayırım netleştirilmeye çalışılmıştır.

GİRİŞ

İşçi ve işveren arasında kurulan iş sözleşmeleri, işçinin işveren karşısında sosyal ve ekonomik yönden zayıf konumda bulunduğu sözleşmelerdir. Bununla birlikte iş hukuku alanı, devletin sosyal ve ekonomik politikaları ile yakından ilişkilidir. Bu nedenlerle iş hukuku alanını düzenleyen mevzuat hem işçiyi koruyucu hem de devletin politikalarının gerçekleşmesini hedefleyen pek çok emredici hüküm içermektedir.

Tarafların özel hukuk ilişkilerinde dilediklerince müzakere etme ve kendi menfaatlerine en uygun şekilde sözleşme kurma özgürlüklerini sağlayan sözleşme serbestisi, prensip olarak tarafların pazarlık güçlerinin denk konumda olduğu varsayımından hareket etmektedir. Sözleşme taraflarından birinin, diğeri karşısında zayıf konumda bulunduğu iş sözleşmelerinde irade serbestisi, taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidermek ve işçinin korunmasını sağlamak amacıyla emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır.

Çalışmamızın konusu olan yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin inceleme yapabilmek için, öncelikle ilk bölümde maddi hukuk alanında iş sözleşmeleri nitelendirilecek ve iş hukuku alanındaki emredici hükümler tespit edilecektir. Bu kapsamda iş sözleşmesi, iş ilişkisi ve işyeri kavramları, iş sözleşmesinin unsurları, iş sözleşmesinin hukuki niteliği, iş sözleşmesinin benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi, iş sözleşmesinde irade serbestisi ve sınırları ile iş sözleşmesinin şekli konuları Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümü, zayıf sözleşme tarafının korunması ilkesi kapsamında yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit etmek ve buna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralını değerlendirmek amacı taşımaktadır. Bu kapsamda öncelikle, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmeyen ve sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olan ehliyet ve şekil meseleleri incelenecektir. İş sözleşmesi yapma ehliyetine ve iş sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olmadığından ve bir geçersizlik iddiasında bu meseleleri idare eden

hukuka bakmak gerekeceğinden bu meselelerin esasa uygulanacak hukuk konusundan ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İş sözleşmelerinde ehliyet ve şekil meselelerini idare edecek hukuk tespit edilirken, maddi iş hukuku alanında karşımıza çıkan emredici hükümlerin uygulanacak hukuka etkisi dikkate alınacaktır.

Ardından, iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk kapsamında sübjektif bağlama kuralı (tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk seçimi) ve objektif bağlama kuralı, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda yargı kararları ve öğreti ışığında değerlendirilecektir. İş sözleşmelerinde kanunlar ihtilafı kuralına ilişkin değerlendirme yapılırken, zayıf tarafı koruma amacıyla maddi iş hukuku alanında irade serbestisini sınırlayan veya tamamen kaldıran emredici hükümlerin esasa uygulanacak hukuka etkileri dikkate alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen hukukun uygulanmasını engelleyen, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni istisnası incelenmiştir. Maddi iş hukuku alanında işçi ile işverenin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacağı, değiştirilmesi mümkün olmayan kamu hukuku nitelikli kurallar ile taraflara yalnızca işçinin daha lehine olan hükümlerin kabulü yönünde sınırlı irade serbestisi tanıyan hükümler, milletlerarası özel hukuk alanında da doğrudan uygulanan kural olarak iş sözleşmesine uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanırlar.

Tarafların hukuk seçimi veya objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen iş sözleşmesini idare edecek hukukun somut olaya uygulanan hükümlerinin, davanın açıldığı mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde ise kamu düzeni müdahalesi söz konusu olur. Kamu düzenine aykırılık halinde, iş sözleşmesine uygulanacak hukukun kamu düzenine aykırı sonuç doğuran hükümleri uygulanmaz, gerekirse mahkemenin hukukunun ilgili hükümleri uygulanır. İş hukuku alanında hangi kuralların doğrudan uygulanan kural mahiyetinde olduğu ve Türk kamu düzenine aykırılığın hangi hallerde oluşacağı Yargıtay kararları ışığında bu bölümde değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. İş Sözleşmesi, İş İlişkisi ve İşyeri Kavramları

1. İş Sözleşmesi ve İş İlişkisi

Türk hukukunda iş sözleşmesinin tanımına ilişkin bir hüküm 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda¹ bulunmamaktaydı. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun² 8. maddesinde iş sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Bu tanım uyarınca iş sözleşmesinin unsurları, iş hukuku öğretisinde de kabul edildiği üzere³; iş görme, ücret ve bağımlılıktır⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵ 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, “İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Buradaki tanımdan da aynı unsurların kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda, TBK'da düzenlenen “hizmet sözleşmesi” ile İK'da düzenlenen “iş sözleşmesi”, aynı kavramı ifade eden deyimler olarak

¹ RG. T. 1.9.1971 – S. 13943.

² RG. T. 10.6.2003 – S. 25134.

³ **Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul, 2019, s. 161 vd.; **Sarper Süzek**, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2019, s. 168 vd.; **Kenan Tunçomağ / Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, İstanbul, 2018, s. 69 vd.; **Ünal Narmanlıoğlu**, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2014, s. 166-167.

⁴ 1475 sayılı kanunda iş sözleşmesinin tanımı yapılmamış olmakla birlikte, o dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından iş sözleşmesinin; iş, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluştuğu ve iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayırıcı unsurun bağımlılık unsuru olduğu kabul edilmekteydi. AYM, 26-27.9.1967, E. 1963/336 K. 1967/29 sayılı kararında, (RG. T. 19.10.1968 – S. 13031) iş sözleşmesinde işçinin işverenin gözetimi ve yönetimi altında çalıştığı ve iş sözleşmesinden başka sözleşmelerde bağımlılık unsurunun bulunmadığı belirtilmiştir. bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

⁵ RG. T. 04.02.2011 – S. 27836.

kullanılmaktadır⁶. Buna karşın yabancı hukuk sistemlerinde, örneğin Alman hukukunda iş sözleşmesi, Alman Medeni Kanun’unda yer alan hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir⁷. Alman Medeni Kanunu 611. maddesinde, hizmet sözleşmesi aracılığıyla hizmeti vaat eden kişinin bu vaadi gerçekleştirmekle, hizmeti alan tarafın da kararlaştırılan hizmet bedelini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir⁸.

İsviçre hukukunda iş sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu 319. maddesinin ilk fıkrasında “*Bireysel iş sözleşmesiyle, işçi, belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışmayı, işveren de zamana veya yapılan işe göre tespit edilmiş bir ücret ödemeyi taahhüt eder*” şeklinde tanımlanmıştır⁹.

İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak, Alman ve Fransız hukuklarında iş sözleşmesinin tanımı hüküm altına alınmamıştır. Alman hukukunda iş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında kurulabileceği, iş hukukunun uygulama alanının ise işçi tanımına göre belirlendiği kabul edilmektedir¹⁰. Buna göre prensip olarak tüm işçiler -ister tam zamanlı çalışan ister belirsiz süreli çalışan atipik çalışanlar olsun- aynı hukuki korumadan faydalanır¹¹.

İş ilişkisi ise iş sözleşmesine dayanan hukuksal bir ilişki olarak tanımlanabildiği gibi, işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki olarak da anlaşılmaktadır¹². 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde iş ilişkisinin tanımına yer verilmiştir. Bu tanıma göre *işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir* (m.2/f.1).

⁶ **Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu / Beste Gemici Filiz**, “Türk Hukukunda Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı:1, Ocak 2016, s. 593-619, s. 597; **Narmanlıoğlu**, s. 164.

⁷ **Tunçomağ / Centel**, s. 69.

⁸ Alman Medeni Kanunu (Alm. MK) İngilizce çevirisi esas alınmıştır. Alm. MK m. 611 “By means of a service contract, a person who promises service is obliged to perform the services promised, and the other party is obliged to grant the agreed remuneration.” http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

⁹ İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK) İngilizce çevirisi esas alınmıştır. İsv. BK m. 319/f.1 “By means of an individual employment contract, the employee undertakes to work in the service of the employer for a limited or unlimited period and the employer undertakes to pay him a salary based on the amount of time he works (time wage) or the tasks he performs (piece work).” <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/> (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

¹⁰ **Manfred Weiss**, Introduction to German Law, Kluwer Law International, Edited By: J. Zekoll / M. Reimann, Second Edition, s. 299-337, s. 326.

¹¹ **Weiss**, s. 326.

¹² **Sema Çörtoğlu Koca**, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Ankara, 2016, s. 45-46.

İşçi ile işveren arasında iş ilişkisi kural olarak iş sözleşmesinin kurulması ile başlar¹³. Ancak İş Kanunu uyarınca kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izine hak kazanılmasında süreler, işçinin fiilen çalışmaya başlaması ile işler¹⁴. İşçinin fiili işe başlama tarihi ile işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin akdedildiği tarihlerin farklı olması mümkündür. Bu durum, özellikle iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersizliği halinde fiilen iş görme borcunu ifa eden işçi aleyhine pek çok sakınca doğuracak niteliktedir. Bu sakıncaların bertaraf edilmesi “iş ilişkisi” kavramı ile önlenebilir¹⁵. Bu sebeple, iş ilişkisinin tanımına İş Kanunu’nda yer verilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz¹⁶.

İş sözleşmesi ile iş ilişkisi arasındaki bağlantı şu şekilde açıklanabilir; iş sözleşmesi, iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin hizmetine girme borcu yükleyen bir sözleşmedir¹⁷.

2. İşyeri

Türk hukukunda İş Kanunu uyarınca işyeri, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmaktadır (m. 2/f.1)¹⁸. İşyeri; arsa, bina, makine, tezgâh, malzeme gibi eşyaların, patent ve alacak hakları gibi hakların, tecrübe, buluş, müşteri ilişkileri gibi maddi olmayan değerlerin ve emek (işgücü) unsurlarının bir araya gelmesi ile oluşur¹⁹. Ancak işyeri kavramının ortaya çıkması için bütün bunların bir araya gelmesine ek olarak, işverenin sayılan unsurları belirli bir amaca ulaşmak doğrultusunda sürekli olarak bir arada bulundurması gerekir²⁰. Bu anlamda;

¹³ İş ilişkisinin başlangıç anına ilişkin Alman hukukundaki sözleşme teorisi ve katılma teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 167-168.

¹⁴ 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan kıdem tazminatının hesaplanmasına ilişkin m. 14/f.1 “İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir” şeklindedir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun yıllık ücretli izin hakkı ve izin sürelerine ilişkin m. 53/f.1 “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir” şeklindedir.

¹⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 168.

¹⁶ İş Kanunu Tasarısına ilişkin madde gerekçesinde Avrupa Birliği düzenlemeleri doğrultusunda “iş ilişkisi” kavramına yer verildiği ve bu kavramın “iş sözleşmesi” deyiimi ile özdeş olduğu ifade edilmektedir. Kanun tasarısı için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

¹⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 166.

¹⁸ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (RG. T. 07.11.2012 – S. 28460) işyerinin tanımı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapmaktadır.

¹⁹ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, İstanbul, 2011, s. 58.

²⁰ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 58.

fabrika, atölye, şantiye, her türlü serbest mesleğin icra edildiği büro, hastane, okul, servis aracı işyeri niteliği taşır²¹.

İşçi, iş görme edimini işyeri dışında da gerçekleştirebilir. Hatta bazı işler bakımından (pazarlamacılık, gazete dağıtıcılığı vb.) işçinin işyeri dışında iş görmesi işin mahiyetinden kaynaklanmaktadır²². Teknolojinin gelişmesiyle günümüzde işin işyerinin sınırları dışına çıkması ve farklı yerlerde ifa edilebiliyor olması (örneğin evden çalışma) sebebiyle, işyerinin bir iş organizasyonu çerçevesinde tanımlanması daha yerinde olacaktır²³. Teknik ve ekonomik yönden bağımlı olup üretim süreci içerisinde bütünlük teşkil eden yerler, iş organizasyonu kapsamında bir bütün sayılır²⁴.

B. İş Sözleşmesinin Unsurları

İş sözleşmesine ilişkin Kanun'da yapılan tanımlardan iş sözleşmesinin unsurları tespit edilebilir. İş sözleşmesinin unsurları, taraflar arasında kurulan sözleşmenin bir iş sözleşmesi olup olmadığını tespit etmek ve bu anlamda iş sözleşmesini benzer diğer sözleşmelerden ayırt etmek bakımından önemlidir. Zira taraflar, aralarındaki hukuki ilişkinin kaynağını iş sözleşmesi olarak nitelendirirler dahi, gerekli unsurları taşımayan sözleşmenin iş sözleşmesi olarak tanımlanma imkânı bulunmayacaktır.

İşçi ile işveren arasında yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan uyuşmazlık Türk hâkimi önüne geldiğinde hâkim, vasıflandırma yapacak ve uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin gerçekten de Türk hukukunda “iş sözleşmesi”nin unsurlarını taşıyıp taşımadığını belirleyecektir.

Türk hukukunda iş sözleşmesine ilişkin tanımdan anlaşılacağı üzere; “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık” iş sözleşmesinin unsurlarıdır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin “iş sözleşmesi” olarak nitelenebilmesi sayılan üç unsurun

²¹ İpek Sarıöz Büyükalp, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2018, s. 195-248, s. 202.

²² Çörtoğlu Koca, s. 52.

²³ Çörtoğlu Koca, s. 52.

²⁴ E. Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2019, s. 67; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İş Dünyası ve Hukuk, İstanbul, 2011, s. 959-990, s. 977; Sarıöz Büyükalp, s. 203.

mevcudiyetine bağlıdır²⁵. Bu unsurlardan herhangi biri bulunmadığı takdirde, taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir. İş sözleşmesinin unsurlarından birinin eksik olması durumunda, taraflar arasında iş sözleşmesinden başka bir sözleşmenin akdedildiği sonucuna da varılabilir²⁶. Bu bakımdan mevcut hukuki ilişkinin ve özelliklerinin dikkatle incelenmesi gerekir.

Fransız hukukunda, eğer taraflar objektif olarak işçi ve işveren konumunda ise, aralarındaki sözleşmenin içeriğinde bu şekilde açıkça hüküm bulunmasa da bu sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi zorunludur²⁷. İş sözleşmesi emredici niteliktedir ve kamu düzenini ilgilendirir, bu sebeple taraflar aralarındaki sözleşmeyi yanlış nitelendirmiş olsa dahi, mahkeme bu nitelemeyi düzeltmektedir²⁸.

İş sözleşmesinin konusunu oluşturan edim, diğer bir ifadeyle iş sözleşmesinin karakteristik edimi²⁹ “iş görme” edimidir (İK m. 8, TBK m. 393). İş sözleşmesi uyarınca işçi, işverene iş görmekle yükümlü olan gerçek kişidir³⁰. Bu anlamda iş görme, “bir kimsenin iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen her türlü çalışması” olarak anlaşılmalıdır³¹. İş görme borcunun konusunu oluşturan iş, bedensel, fikirsel, teknik veya hem bedensel hem fikirsel olabilir³². Bu bakımdan, iş görme borcunun konusunu oluşturan faaliyetin türü önem taşımaz³³.

İşçi üstlendiği iş görme borcu karşılığında ücret alır (İK m. 8 ve 32, TBK m. 393). Ücret unsuru da iş görme unsuru gibi iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır³⁴. Ücret unsurunun yokluğu halinde iş sözleşmesinden

²⁵ **Ömer Ekmekçi / Esra Akyiğit**, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 1. Bası, İstanbul, 2020, s. 15 vd; **Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz**, s. 597.

²⁶ İş sözleşmesi ile benzer nitelik gösteren diğer sözleşmeler; vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve adi şirket sözleşmesidir. Milletlerarası özel hukukun uygulama alanına giren yabancı unsurlu sözleşmenin bireysel iş sözleşmesi değil de sayılan sözleşmelerden biri olarak nitelendirilmesi/vasıflandırılması halinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişeceğinden, bu unsurlara göre sözleşmenin doğru vasıflandırılması önem arz etmektedir. Bu konu, ileriki bölümlerde detaylı olarak açıklanacaktır. bkz. I-A-F.

²⁷ **François Gaudu**, Labour Law, Introduction to French Law, Kluwer Law International, Edited by: George A. Bermann / Etienne Picard, 2008, s. 395-417, s. 397.

²⁸ **Gaudu**, s. 397.

²⁹ **Tunçomağ / Centel**, s. 69; **Süzek**, s. 325; **Narmanhoğlu**, s. 167.

³⁰ **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s. 168; **Süzek**, s. 325; **Narmanhoğlu**, s. 166.

³¹ **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s. 168.

³² **Süzek**, s. 223; **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s. 169; **Narmanhoğlu**, s. 167; **Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz**, s. 597.

³³ **Tunçomağ / Centel**, s. 70; **Narmanhoğlu**, s. 167.

³⁴ **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s. 169; **Süzek**, s. 224; **Narmanhoğlu**, s. 173; **Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz**, s. 597.

bahsedilemez. Bu nedenle ahlaki bir amaçla ücretsiz yapılan çalışmalar veya hatır için yapılan işler iş sözleşmesi oluşturmaz³⁵.

Ücretin sözleşmenin yapıldığı sırada belirlenmemiş olması her zaman ücret unsurunun yokluğu anlamına gelmez³⁶. Yapılan iş niteliği gereği karşılığında ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü bir iş ise, kural olarak ücret unsurunun bulunduğu kabul edilir³⁷. Bu durum TBK m. 401’de açıkça belirtilmiştir: “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür”. Aynı yönde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da bulunmaktadır. Karar uyarınca “Çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da bu ücretin belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret, asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir”³⁸.

İş sözleşmesi tanımlanırken İK madde 8’de ve hizmet sözleşmesi tanımlanırken TBK madde 393’de “ücret ödemenin üstlenilmesi”nden bahsedilmiştir. İK madde 32 uyarınca ücret, “bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. Ücret, kelime anlamı ile “iş gücünün karşılığı olan para veya mal” anlamına gelmektedir³⁹. Bu bakımdan ücret yalnızca para olarak değil mal veya başkaca bir menfaat olarak da ödenebilir niteliktedir⁴⁰. Bunun yanı sıra, işçinin iş görme edimine karşılık olan ücret; kârdan pay alma, komisyon, prim, ikramiye, yol-konaklama giderleri vb. biçimlerde de görülebilir⁴¹. TBK 418. maddesinde işveren ile birlikte ev düzeni içinde yaşayan işçinin durumu düzenlenmiştir. Öğretide, aksine sözleşme veya

³⁵ Süzek, s. 232; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 170.

³⁶ Narmanlioğlu, s. 173.

³⁷ Süzek, s. 224.

³⁸ 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay İBK için bkz. RG. T. 27.11.1964 – S. 11867.

³⁹ Ücret kelimesinin tanımı için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_karistirilan&view=karistirilan&kategori1=krs_akan&k_elimez=95 (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁴⁰ Yargıtay 10. HD. 22.02.2001 tarihli E. 2000/8477, K. 2001/29 sayılı kararında, fahri asistanlık yapan ve ücret almayan kimsenin, hastane ile arasında hizmet akdinin şartlarından zaman ve bağımlılık unsurları bulunduğundan iş sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul etmiştir. Karar metni için bkz. Deniz Kırılı Aydemir, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalıştıkları İşyerindeki Sosyal Güvenliğe Tabi Olmaları” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2007/6, s. 477-487, s. 477-478.

⁴¹ Tunçomağ / Centel, s. 70.

gelenek yoksa işverenle birlikte oturan işçinin, barınma ve konaklamasının ev düzeni içinde çalışma anlamında ücretin bir kısmını oluşturacağı ifade edilmektedir⁴².

Bununla birlikte, işin niteliği gereği karşılığında bahşiş verilmesi olağan olan işlerden olması durumunda, -örneğin garsonluk veya tiyatro, sinema vb. gösterilerde yer gösterme- “salt kazanç fırsatı” da ücret bağlamında bir karşılık oluşturabilir⁴³.

İş sözleşmesini konusu “iş görmeye” dayanan diğer sözleşmelerden ayıran temel unsur bağımlılık unsurudur⁴⁴. İşçi, işini işverene bağımlı olarak gerçekleştirir. Diğer bir ifadeyle işçi, iş görme edimini işverenin talimatlarına uyararak ve işverenin denetimi ve gözetimi altında ifa eder⁴⁵.

Taraflar arasındaki konusu iş görmeye dayanan sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının nitelendirilmesi bakımından bağımlılık unsuru zorunlu bir unsurdur. Bu anlamda işçi ile işveren arasında ne tür bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğunu açıklığa kavuşturmak gerekir. İş sözleşmesinde aranan bağımlılık, ekonomik veya teknik bir bağımlılıktan öte, “kişisel/hukuki bağımlılık”tır⁴⁶.

Fransız hukukunda iş sözleşmesi, işçinin belirli bir ücret karşılığında işverene “tabi olduğu/bağımlılık ilişkisi kurduğu” sözleşmedir⁴⁷. Fransız hâkim, bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığına karar verirken; işverenin emir ve talimat verip vermediği, işverenin işçinin iş performansı üzerinde kontrolü bulunup bulunmadığı, işverenin işçinin ne zaman ve nerede çalışacağına karar verip vermediği, işçinin

⁴² Tunçomağ / Centel, s. 70.

⁴³ Tunçomağ / Centel, s. 70.

⁴⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 170-171; Süzek, s. 225 vd.; Tunçomağ / Centel, s. 71; Narmanlioğlu, s. 167; Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz, s. 598. AYM, 26-27.9.1967, E. 1963/336 K. 1967/29 sayılı kararında, (RG. T. 19.10.1968 – S. 13031) iş sözleşmesinde işçinin işverenin gözetimi ve yönetimi altında çalıştığı ve iş sözleşmesinden başka sözleşmelerde bağımlılık unsurunun bulunmadığı belirtilmiştir. (s. 4) bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf> (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁴⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 171 vd.; Süzek, s. 225 vd.; Tunçomağ / Centel, s. 71; Narmanlioğlu, s. 168.

⁴⁶ Süzek, s. 225.

⁴⁷ Gaudu, s. 397.

çalışma araçlarına işverenin sahip olup olmadığı gibi kriterleri göz önünde bulundurur⁴⁸.

Alman iş hukukunda, işçiyi tanımlayan emredici bir hüküm bulunmamaktadır, taraflar arasında özel hukuk sözleşmesine dayanan “kişisel bağımlılığın” bulunması, kişinin işçi konumunda olmasını sağlar⁴⁹. Kişisel bağımlılık kavramının tanımlanması zor olmakla birlikte, bu kavram günümüze kadarki dönemde değişkenlik göstermiştir. Kişisel bağımlılığın bulunduğunu işaret eden kriterlere örnek olarak, kişinin kendisine verilen işleri reddedememesi, kişinin girişimin veya organizasyonun hangi biriminde yer aldığı, kişinin bu girişim için harcadığı zaman gibi kriterler kullanılır⁵⁰.

Türk hukukunda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2016 tarihli bir kararında⁵¹ bağımlılık unsuru detaylı olarak açıklanmıştır. “Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir. İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.”⁵²

⁴⁸ Gaudu, s. 397-398.

⁴⁹ Weiss, s. 326.

⁵⁰ Weiss, s. 327.

⁵¹ Yargıtay 9. HD. E. 2014/32559, K. 2016/6205, T. 16.3.2016. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2014-32559.htm&kw=13.7.2009#fm> (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁵² Ayrıca kararda bağımlılık unsuruna ilişkin diğer açıklamalar, “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbirisi tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin istemi doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir)

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini konusu iş görme olan diğer sözleşme tiplerinden, özellikle eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırıcı temel unsurdur⁵³. Bu sebeple, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde vasıflandırma ve kanunlar ihtilafı kuralının tespiti bakımından bağımlılık unsuru önem arz etmektedir. Şöyle ki, eğer yabancı unsurlu sözleşme Türk hâkimi tarafından Türk hukukuna göre iş sözleşmesi değil de vekâlet veya eser sözleşmesi olarak vasıflandırılırsa, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişecektir. Kanunlar ihtilafı kuralının değişmesi halinde, uygulanacak hukuk da değişebilecektir.

Bağımlılık unsurunun varlığını tespit etmek için çeşitli değerlendirmeler yapmak gerekir. Çalışan kişinin kendisini çalıştıran müdahil olmaksızın işini icra edebildiği hallerde bağımlılık söz konusu olmayacaktır. Ancak, işveren işi sevk ve idare ediyorsa ve işçiden işi kendi buyrukları doğrultusunda yapmasını isteme yetkisine sahipse, işçinin işverene bağımlı olarak çalıştığı kabul edilir⁵⁴. Çalışan kimsenin ihtisası dâhilinde teknik açıdan oldukça geniş bir bağımsızlığı bulunabilir. Bu halde genel olarak çalışma, işverenin veya vekilinin belirlediği çerçevede icra ediliyorsa, iş bağımlı olarak görülmektedir ve iş ilişkisinin dayanağı iş sözleşmesidir. Örnek olarak bir doktor, avukat ya da mimarın işveren karşısındaki durumları verilebilir. Bu kimseler mesleğin icrası ve işin yapılmasında işverenden emir ve talimat almazlar. Zira işveren, söz konusu meslekleri bahsedilen kimseler kadar bilmeyebilir. Ancak bu halde de işveren, işin yapılması konusunda -ihtisas gerektirmeyen- genel talimatlar verebilir⁵⁵.

Öğretide haklı olarak ileri sürülen görüşler uyarınca, hukuki bağımlılığın belirlenmesinde Türk hukukunda mahkeme kararlarında benimsenen “işin işverenin gözetimi ve denetimi altında ve onun talimatları doğrultusunda yapılması” gibi ölçütlerden ziyade, yeni istihdam türlerinin ortaya çıkması dolayısıyla Batı

önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir. Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir” şeklindedir.

⁵³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173-177; Tunçomağ / Centel, s. 71.

⁵⁴ Narmanlioğlu, s. 169.

⁵⁵ Narmanlioğlu, s. 171.

hukuklarında benimsenen “işin işverene ait organizasyon çerçevesinde, onun yararına yapılması” şeklindeki temel ölçüt esas alınmalıdır⁵⁶.

İşverenin belirlediği ve organize ettiği bir işi yapmak, işverenin çizdiği çerçevede genel nitelikte dahi olsa onun yönetim ve talimatı altında çalışmak bu ölçüte göre bağımlılık ilişkisini kurmak için yeterlidir⁵⁷. Bu ölçüt sayesinde günümüz şartlarında iş görme edimini gerçekleştirirken belirli bir serbestiye sahip olanların - internet üzerinden bilgisayara dayalı iş görenlerin, iş yeri dışında kendi bürosunda veya evden çalışanların, doktor, avukat, mimarların vb- iş sözleşmesi uyarınca çalıştığı sonucuna ulaşılabilecek ve bu kişiler iş hukukunun korumasına sahip olacaktır⁵⁸.

Görüldüğü üzere hem Türk hukuku hem karşılaştırmalı hukukta iş sözleşmesinin unsurlarına ilişkin temel prensipler hemen hemen aynıdır. Tarafların objektif olarak işçi ve işveren konumunda olduğu, işçinin belirli bir ücret karşılığında işverene bağımlı olarak iş gördüğü sözleşmeler iş sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Burada, kanunlar ihtilafı açısından sorun çıkabilecek husus bağımlılık unsurudur. Örneğin, Alman ve Fransız iş hukuklarında da iş sözleşmesinin karakteristik unsuru bağımlılık unsurudur, ancak bağımlılık unsurunun varlığı konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Kanaatimizce, milletlerarası özel hukuk anlamında vasıf ihtilafı ortaya çıkabilecek hallerde, davanın açıldığı mahkemenin (lex fori) iş sözleşmelerinde bağımlılık unsuruna ilişkin yasal hükümleri, içtihadı ve doktrini göz önünde bulundurularak uyuşmazlığın doğduğu sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilmelidir.

C. İş Sözleşmesinin Özellikleri

İş sözleşmesi niteliği itibariyle taraflar arasında kişisel ilişki kuran, karşılıklı borç doğuran ve devamlı borç ilişkisi yaratan bir özel hukuk sözleşmesidir⁵⁹.

⁵⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173; Süzek, s. 227.

⁵⁷ Süzek, s. 227; Narmanlioğlu, s. 171-172.

⁵⁸ Süzek, s. 227; Narmanlioğlu, s. 171-172.

⁵⁹ Süzek, s. 231; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 177-178.

1. Kişisel İlişki Kurması

Ücret unsuru nedeniyle bir malvarlığı edimi bulursa da iş sözleşmesi, işçinin kişiliğinin ön plana çıkması nedeniyle işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir⁶⁰. Kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması niteliğinin sonucu itibarıyla, taraflar arasında iş görme ve ücret ödeme borçlarından başka işçi açısından sadakat ve işverenin talimatlarına uymak, işveren açısından gözetmek ve eşit işlemde bulunmak gibi borçlar ortaya çıkar⁶¹.

2. Karşılıklı Borç Doğurması

İş sözleşmesi, işçi ve işverene başta iş görme ve ücret olmak üzere karşılıklı borç yüklediğinden, sinallagmatik (tam iki tarafa borç yükleyen) bir sözleşmedir⁶². İş sözleşmesinde tıpkı satış, kira ve eser sözleşmesinde olduğu gibi taraflardan her biri öteki tarafın edimine karşı borç yüklenmektedir⁶³. Ancak zamanla iş hukukunda sosyal düşüncelerin etkisiyle bu nitelik değişikliğe uğramış ve örneğin, bazı hallerde işçiye iş görmemesine (çalışmamasına) rağmen ücret ödenmesi (sosyal ücret) gerektiği kabul edilmiştir⁶⁴.

3. Devamlı Bir Sözleşme Olması

Ani edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borç sona erer⁶⁵. Örneğin bir satış sözleşmesinde satılan malın teslimi borcu, teslimin belirli bir anda gerçekleşmesi ile sona erer⁶⁶. Borçlunun zaman içinde devamlı ve aralıksız sürekli davranışını gerektiren edimler ise sürekli edimlerdir⁶⁷. İş sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri devamlılık gösterdiğinden iş sözleşmesi sürekli edimli bir

⁶⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 177; Süzek, s. 232.

⁶¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178; Süzek, s. 232.

⁶² Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim yüklenmektedir. bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, 2019, s. 223; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), 29. Bası, İstanbul, 2020, s. 22; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 82; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178; Süzek, s. 232.

⁶³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178.

⁶⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173; Süzek, s. 232.

⁶⁵ O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Ankara, 2019, s. 103; Abdülkadir Arpacı / Rona Serozan / Hüseyin Hatemi / Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt, İstanbul, 2017, s. 37; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara, 2019, s. 8; Eren, s. 225.

⁶⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178; Süzek, s. 232.

⁶⁷ Sürekli edimli sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası ile zaman unsuru arasında sürekli bir ilişki vardır bkz. Eren, s. 225-226; Antalya, s. 103; Arpacı / Serozan / Hatemi / Kocayusufpaşaoğlu, s. 37; Kılıçoğlu, s. 8-9.

sözleşmedir⁶⁸. İşçi tarafından işin yapılması belirli bir süre içerisinde gerçekleşir. Aynı şekilde, işverenin ücret ödeme borcu da devamlılık gösterir. Sürenin belirli ya da belirsiz; sürekli ya da süreksiz olması iş görmenin devamlılık niteliğini etkilemez⁶⁹.

4. Özel Hukuk Sözleşmesi Olması

İş sözleşmesi, fiil ehliyetine sahip işçi ve işverenin iradelerinin birleşmesinden doğan bir özel hukuk sözleşmesidir⁷⁰. İşveren gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Hatta kamu iktisadi teşebbüsü veya devlet de işveren sıfatıyla özel hukuk alanına giren iş sözleşmesi ile işçi çalıştırabilir⁷¹.

Her ne kadar kamu hukuku karakteri bulunsa da iş sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olması, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerini milletlerarası özel hukukun kapsamına sokmaktadır. Zira sadece özel hukuk sözleşmeleri milletlerarası özel hukuk alanına girer (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷² m. 1).

D. İş Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

İş sözleşmesinin doğru olarak nitelendirmesini yapabilmek, iş sözleşmesiyle benzerlik taşıyan konusu iş görme olan sözleşmeler ile konusu iş görme olmamakla birlikte tarafların konumu veya sözleşmeye konan hükümler dolayısıyla iş sözleşmesiyle benzerlik taşıyan diğer sözleşme tiplerinden iş sözleşmesini ayırt edebilmek bakımından önem arz eder. Çalışmamızın konusunu oluşturan milletlerarası özel hukukun uygulama alanına giren iş uyuşmazlıkları açısından, taraflar arasındaki sözleşmenin doğru vasıflandırılması ile uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı doğru tespit edilebilir. Bu sebeple iş sözleşmesinin benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi son derece mühimdir.

⁶⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178; Süzek, s. 232-233; Antalya, s. 103.

⁶⁹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 178; Süzek, s. 233.

⁷⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 177.

⁷¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 177.

⁷² RG. T. 12.12.2007 – S. 26728.

Konusu iş görme olan diğer sözleşme tiplerinden “eser sözleşmesi” ve “vekâlet sözleşmesi” iş sözleşmesi ile benzer nitelikler göstermektedir. Konusu iş görme olmamakla birlikte, tarafların konumunun iş sözleşmesindeki tarafların konumuna yakınlığı dolayısıyla “adi şirket sözleşmesi” de iş sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Milletlerarası özel hukuk alanında doğru vasıflandırma yapabilmek adına bu sözleşmeler ile iş sözleşmesinin farkları incelenecektir.

1. İş Sözleşmesinin Eser Sözleşmesinden Ayrılması

Türk Borçlar Kanunu madde 470 uyarınca *eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*. Tanımından anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesinin konusu, ücret karşılığında bir eserin yapılmasıdır⁷³.

Eser sözleşmesinde iş sözleşmesine benzer olarak, bir bedel (ücret) karşılığında bir işin yapılması (eser) beklenmekle birlikte, burada iş sahibi için önemli olan, işin yapılarak kendisine teslim olunmasıdır⁷⁴. Bu işin tamamlanması sırasında geçen zaman, çalıştırılan kişiler vb. iş sahibini ilgilendirmez. Yüklenici, çalışma yöntemi ve iş saatleri bakımından serbestiye sahiptir⁷⁵. Yüklenicinin borcu, işi yapma borcudur ve yüklenici işin sonucundan sorumludur⁷⁶.

Eser sözleşmesinde önemli olan işin sonucudur⁷⁷. İş sözleşmesinde ise, belirli ya da belirli olmayan bir zamanda, ancak her halde bir zaman kesiti içerisinde bir işin yapılması söz konusu olup, bunun bir sonuca bağlanmış olup olmaması önem taşımaz⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinde devam eden bir iş görme (hizmet), eser sözleşmesinde ise iş görmenin sonucu önemlidir⁷⁹. Bu bakımdan yüklenici,

⁷³ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2019, s. 443-447 [Borçlar Özel]; Akıntürk / Ateş, s. 305; Narmanhoğlu, s. 178.

⁷⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2019, s. 591 vd. [Borçlar Özel]; Akıntürk / Ateş, s. 305; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173.

⁷⁵ Süzek, s. 229-231; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173.

⁷⁶ Süzek, s. 229-231; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 173.

⁷⁷ Narmanhoğlu, s. 178.

⁷⁸ Narmanhoğlu, s. 178.

⁷⁹ Süzek, s. 229-231; Narmanhoğlu, s. 178. İş akdinin unsurlarının bulunması halinde, işçinin aynı zamanda bir işin sonucunu meydana getirmeyi taahhüt etmiş olması iş ilişkisinin niteliğini etkilemez. bkz. Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s. 3-81, s. 11-12.

meydana getirmeyi üstlendiği eseri (iş) sonuçlandırmak zorunda olup, aksi takdirde ücrete hak kazanamayacaktır (TBK m. 479). Oysa iş sözleşmesinde işçi, işin sonucuyla ilgili değildir⁸⁰.

Hukuki bağımlılık unsuru, iş sözleşmesi ve eser sözleşmesinin birbirinden ayrılmasında en önemli ayırıcı unsurdur⁸¹. İşçinin işverene hukuken bağımlı olmasının bir sonucu olarak işçi, işverenin talimatlarına uyararak ve işverenin denetimi ve gözetimi altında iş görür. Eser sözleşmesinde iş sahibi ile yüklenici arasında bu şekilde bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır⁸². Esasen, bu bağımlılık ilişkisinin bir sonucu olarak, iş sözleşmesi uyarınca çalışan işçi, işin sonucundan sorumlu olmaz. Bağımsız çalışan yüklenici ise, riskleri üstlenir ve sonuçtan sorumlu olur⁸³.

Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinde de iş sahibinin genel talimatları söz konusu olabilir⁸⁴. Ancak bu hal, iş sözleşmesinde olduğu şekliyle bir bağımlılık ilişkisi doğuracak nitelikte değildir⁸⁵. İş sözleşmesinde işin yürütümü ve gözetimi işverene aittir. Buna karşın, eser sözleşmesinde iş sahibinin talimatları genel nitelikte olup işin sonucuna yöneliktir⁸⁶. Eser sözleşmesinde kural olarak yüklenici meydana getirilecek eseri kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorundadır. Ancak eserin meydana gelmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa işi başkasına da yaptırabilir (TBK m. 471/f.3).

Özetle çalışan kişi, işini işverenin talimatları doğrultusunda, işverenin denetim ve gözetimi altında ve işverene kişisel ve hukuki bir bağımlılıkla yapıyorsa iş sözleşmesi; iş sahibine kişisel ve hukuki bir bağımlılığı bulunmaksızın yalnızca bir eserin meydana getirilmesini üstlenmişse de eser sözleşmesinin söz konusu olduğu

⁸⁰ Yargıtay HGK E. 1977/10-196 K. 1978/772 ve 27.9.1978 tarihli kararı “Sözü edilen iki tür sözleşmeyi birbirinden ayırmada hizmet sözleşmesinin bir hizmeti konu edinmiş olmasını eser sözleşmesinde ise bir işi, belirli iş sonucunu meydana getirmenin önemli bulunduğunu göz önünde tutmalıdır.” şeklindedir. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1977-10-196.htm> (Erişim Tarihi: 20.12.2018).

⁸¹ Eren, Borçlar Özel, s. 606; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 447; Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2019, s. 83; Süzek, s. 229-231; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 169.

⁸² Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 83.

⁸³ Narmanlioğlu, s. 179.

⁸⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 83; Narmanlioğlu, s. 179, dn. 50.

⁸⁵ Narmanlioğlu, s. 179, dn. 50.

⁸⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 83.

söylenbilir⁸⁷. Ancak bazı durumlarda bu ilişkileri birbirinden ayırmak güçtür. Bu halde, yukarıda üstünde durulan unsurların her olay bakımından detaylı olarak incelenmesi ve buna göre hukuki ilişkinin niteliğine karar verilmesi gerekir.

Milletlerarası özel hukuk alanına giren yabancı unsurlu uyuşmazlık, iş sözleşmesinden değil de eser sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişecektir.

2. İş Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Ayrılması

İş sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ile özellikle konu bakımından benzer nitelik taşımaktadır. TBK m. 502 uyarınca *vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*. Vekâlet sözleşmesi, genel bir iş görme sözleşmesidir (TBK m. 502/f.2).

Bu iki sözleşme tipi arasındaki benzerliklere değinecek olursak; iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcuna karşılık, vekâlet sözleşmesinde de vekilin iş görme borcu bulunur⁸⁸. Bunun yanı sıra, işçi gibi vekil de iş görme borcuna karşılık ücret isteyebilir⁸⁹. Ancak, konusu iş görme olmakla birlikte vekâlet sözleşmesi, kural olarak ivazsız (karşı edimsiz) bir sözleşmedir⁹⁰. Vekil, sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazanır (TBK m. 502/f.3).

Taraflardan birinin iş görme edimini üstlenmesine karşın, bu edimin karşılığında ücret unsuru barındırmayan sözleşmelerin “vekâlet sözleşmesi” şeklinde

⁸⁷ **Narmanhoğlu**, s. 179. Konuya ilişkin 22.1.1976 tarihli bir Yargıtay kararında, inşaat projesini çizen ve bunun uygulanmasını sağlayıp denetleyen mühendis ile işveren yapı kooperatifi arasındaki anlaşma, eser (istisna) ve hizmet bağlarından oluşmuş bir birleşik sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Çalışmanın ilk kesiminde mühendis; geometri biliminin ve tekniğin verilerinden yararlanarak bir tasarı yapmakta ve işverene kesinkes bağlı olmaksızın bir yapıtı oluşturmakta, diğer bir deyimle yapının projesini çizmektedir. Bu proje bilimsel ve tekniksel biçimde, onu çizenin tüm özelliklerini taşıyan bir yapıtı sayılmalıdır. Çalışmanın ikinci evresinde mühendis; tasarısının gerçekleştirilmesine çalışmakla birlikte, işverenle olan anlaşmasına göre bunu işyerinde, işverenin sağlayacağı araçlarla ve onun işçileri eli ile gereçlere, uygulayacaktır. Bu durumda uğraşı; büyük ölçüde somutlaşmakta ve işverenle olan ilişkiler gitgide yoğunlaşmaktadır. Artık, işin yasalara, sözleşme ve eklerine ve projesine uygun olarak yapılmasında işverenin iş düzeninde yalın ve etkin gözetim ve denetimi söz konusudur. Bütün bunlardan sonra söylemek yerinde olur ki, mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna (eser) ve hizmet bağlarından oluşmuş bir **birleşik sözleşme** niteliğindedir.” Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10hd-1975-4935.htm> (Erişim Tarihi: 20.12.2018).

⁸⁸ **Kılıçoğlu**, Borçlar Özel, s. 533 vd.; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, s. 84.

⁸⁹ **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, s. 84.

⁹⁰ **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, s. 84; **Akıntürk / Ateş**, s. 313-314.

nitelendirilmesi gerekir⁹¹. Ancak, iş görme edimi de hukuken borçlanılmamış ise burada fiili bir yardım söz konusu olup vekâlet sözleşmesinden de bahsedilemeyecektir⁹².

İş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayıran temel ölçüt, -iş sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırırken de kullandığımız- iş sözleşmesinin hukuki bağımlılık unsurudur⁹³. Vekilin kendisine vekâlet verene, iş sözleşmesi uyarınca çalışan işçinin işverene bağımlı olduğu gibi hukuki bir bağımlılığı bulunmamaktadır⁹⁴. Vekil de tıpkı işçi gibi talimatlara tâbidir ve vekâlet verenin talimatlarına aykırı şekilde davranamaz⁹⁵. Ancak vekil, şartları oluşmuşsa vekâlet verenin talimatlarının dışına çıkabilir. Ayrıca vekâlet verenin talimatları, işverenin talimatından farklı olarak doğrudan işin görülmesine ve şekline yönelik değildir⁹⁶. Vekil işin icrasında insiyatifi elinde tutmaktadır⁹⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 29.03.2010 tarihli kararında⁹⁸ iş sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini birbirinden ayıran kriterleri belirlemiştir. Karara göre, “İş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Vekalette ise vekilin bir zamana bağlı olarak çalışması söz konusu değildir. Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. İş sözleşmesinin varlığı ücretin ödenmesini gerektirir. Oysa, vekalet için ücret zorunlu bir unsur değildir. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz. Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı vekalet sözleşmeleri yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olmaktan kurtulmaktadır”⁹⁹.

⁹¹ Tunçomağ / Centel, s. 70.

⁹² Tunçomağ / Centel, s. 70.

⁹³ Eren, Borçlar Özel, s. 728-729; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 540; Süzek, s. 229 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 174; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 84; Narmanhoğlu, s. 176.

⁹⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 84.

⁹⁵ TBK m. 505/f.1: II. Vekilin borçları 1. Talimata uygun ifa “Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.”

⁹⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 175; Narmanhoğlu, s. 176.

⁹⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 175; Narmanhoğlu, s. 176.

⁹⁸ Yargıtay 9. HD. T. 29.03.2010, E. 2008/2672, K. 2009/8483 karar için bkz. Alpogut, s. 9.

⁹⁹ Benzer bir kararın ilgili kısmı da şöyledir: “Hizmet akdinin belirleyici özelliği “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarıdır. Buna göre, belirli ya da belirsiz bir süre ile işgücünü sunan kimse yani sigortalı ile bunu kabul eden kimse ya da kimseler arasındaki iş ilişkisini hizmet akti olarak

İş sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran unsurlardan biri de süredir¹⁰⁰. Süre bakımından iş sözleşmesi, belirli ya da belirli olmayan bir zamanda icra edilip bir süreklilik gösterirken, vekâlet sözleşmesinde süreklilik söz konusu değildir¹⁰¹.

Vekil, vekâlet verenin talebi üzerine yaptığı işin hesabını vermekle yükümlüdür¹⁰². Ancak buradaki hesap verme yükümlülüğü de işçinin işini işverenin denetim ve gözetimi altında yapması borcuyla karıştırılmamalıdır. Zira vekil, sadece gördüğü iş için vekâlet verenin talebi üzerine hesap verir¹⁰³. Vekâlet sözleşmesi, özellikle bilimsel veya sanatsal uzmanlık gerektiren meslekleri (avukatlık, doktorluk, mimarlık vs.) icra edenler ile bu hizmete ihtiyacı olan kişiler arasında kurulur.

Ancak belirtilen farklara rağmen işçi ile vekilin ayırt edilmesi bazı durumlarda güç olabilir. Her olayda tarafların konumu, işin görülme biçimi ve ücret gibi konular detaylı olarak incelenerek, taraflar arasında kurulmuş sözleşmenin veya ilişkinin niteliğine göre karar verilmelidir¹⁰⁴.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık, iş sözleşmesinden değil de vekâlet sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişecektir.

3. İş Sözleşmesinin Adi Şirket Sözleşmesinden Ayrılması

TBK 620. maddesi uyarınca adi şirket sözleşmesi “İki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”. Adi şirkete sermaye olarak nakit, alacak veya mal yanında emek de pay olarak getirilebilmektedir¹⁰⁵. Adi şirkete emeğiyle katılan ortağın konumu işçinin konumu ile benzer görünmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve

tanımlamak mümkündür. Bağımlılık unsurunun var olabilmesi için işverenin her an ve durumda çalışanı denetleme ve isteğine göre sigortalıya iş edimini yaptırma gücünün varlığı şarttır.” Yargıtay 10. HD. T. 4.2.2002, E. 2002/112, K. 2002/618. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10hd-2002-112.htm&kw=E.+`2002/112`+K.+`2002/618`#fm> (Erişim Tarihi: 23.12.2018).

¹⁰⁰ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85; Narmanhoğlu, s. 176.

¹⁰¹ Narmanhoğlu, s. 176.

¹⁰² TBK m. 508/f.1: “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.”

¹⁰³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85.

¹⁰⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85.

¹⁰⁵ TBK m. 621/f.1 “Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.”

Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁰⁶ taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesi uyarınca bağımsız meslekî faaliyet kapsamında ücret karşılığı iş gören gerçek kişilerin, Kanun'da düzenlenen belirli konular bakımından işçi sayılacağını öngörmektedir (m. 2/f.4).

Adi şirketin emek paylı ortağı ile işçi arasında iki temel fark bulunmaktadır¹⁰⁷. Bu farklar, benzerliğe rağmen ayrım yapmayı kolay hale getirir. Farklardan ilki, adi şirket ortağı kâra katıldığı kadar zarara da katılır; buna karşın işçinin ücret olarak kâra katılması mümkün olsa da zarara katılması düşünülemez¹⁰⁸. Diğer fark ise bu kişilerin konumundan kaynaklanmaktadır. Adi şirket sözleşmesinin karakteristik özelliği ortakların eşit konumda birlikteliği iken, iş sözleşmesinin karakteristik özelliği işçinin işverene hukuken bağımlı olması ve bu sebeple taraflar arasında doğan eşitsizliktir¹⁰⁹.

E. İş Sözleşmesinde İrade Serbestisi ve Sınırları

1. İş Sözleşmesi Yapma, Yapmama ve İçeriğini Belirleme Özgürlüğü

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı¹¹⁰ m. 48/f.1'de, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve özel teşebbüslerin kurulmasının serbest olduğu belirtilmek suretiyle iş sözleşmesi özgürlüğü anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, borçlar hukukunda da TBK m. 26 ve 27 ile sözleşme özgürlüğü kabul edilmiş ve sınırlarının neler olduğu belirlenmiştir. Buna göre, *taraflar sözleşme içeriklerini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.* Şüphesiz ki, sözleşme özgürlüğü ve sınırları iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

¹⁰⁶ RG. T. 07.11.2012-S. 28460.

¹⁰⁷ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 728; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85.

¹⁰⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 85.

¹¹⁰ RG. T. 09.11.1982 – S. 17863 (Mükerrer).

İş sözleşmesi özgürlüğü; iş sözleşmesi yapıp yapmama, iş sözleşmesinin içeriğini belirleme ve bu sözleşmeden cayma serbestisini ifade eder¹¹¹. Ancak bahsedilen bu özgürlük mutlak değildir. Özellikle iş sözleşmeleri, sosyal yönü ağır basan sözleşmeler olduğundan pek çok sınırlamaya tabi tutulmuştur¹¹². Örneğin, ehliyet bölümünde detaylı olarak inceleneceği üzere, küçükler bakımından ehliyet ve kadın işçiler bakımından iş düzenine ilişkin düzenlemeler iş sözleşmesi yapma yasakları olarak kabul edilmiştir. İK m. 71 vd. “çalıştırma yasakları”nı düzenlemektedir. Çalıştırma yasakları, küçüğü ve kadın işçiyi koruma amacı güttüklerinden işverene yöneliktir¹¹³. Yine, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu¹¹⁴ m. 6/f.2’ye göre, *bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır*. Burada hem işçi hem işveren bakımından getirilmiş iki taraflı bir çalışma ve çalıştırma yasağı söz konusudur.

İş sözleşmesi yapma yasakları bulunduğu gibi iş sözleşmesi yapmanın bir zorunluluk olduğu haller de mevcuttur. İş sözleşmesi yapma zorunlulukları işverene yöneliktir. İşçi yönünden böyle bir zorunluluk bulunması düşünülemez. Zira Anayasa m.18/f.1’de hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. İşveren bakımından iş sözleşmesi yapma zorunluluklarına örnek olarak, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işçinin bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içerisinde işe girmek istemesi halinde işverenin yeniden işe alma zorunluluğu (İK m. 31/f.4), elli veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör ve kamu işyerlerinde belirli oranda engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu (İK m. 30) gösterilebilir.

İş sözleşmesinde irade serbestisi özgürlüğü ve sınırları, iş sözleşmesinin içeriğini belirlemek bakımından da geçerlidir. Kanunun emredici hükümlerinin yanında toplu iş sözleşmesi hükümleri de içerik yönünden sözleşme serbestisini sınırlar. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 36/f.1’e göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir. Ahlak

¹¹¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 408.

¹¹² Süzek, s. 303-304.

¹¹³ Mollamahmutoğlu, s. 408-409.

¹¹⁴ RG. T. 13.08.2016 – S. 29800.

kuralları da TBK m. 27 gereği iş sözleşmesinin içeriğini belirleme serbestisinin sınırlandırır.

İş hukuku alanında getirilen emredici düzenlemeler, mutlak emredici hükümler ve nisbi emredici hükümler olarak ikiye ayrılır. İşçi ile işverenin, sözleşme ile işçinin lehine olsa dahi değiştiremeyeceği, işin idari işleyişine yönelik kamu hukuku nitelikli kurallar¹¹⁵; yukarıda da örneklediğimiz üzere çalışma yasakları, çalıştırma yasakları, işveren bakımından iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu düzenleyen hükümler mutlak emredici kurallardır. İş sözleşmesinde yıllık ücretli izin hakkını ortadan kaldıran bir hüküm de yer alamaz. Çünkü İş Kanunu “*yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez*” şeklinde mutlak emredici hükme sahiptir (İK m. 53/f.2).

Ancak taraflar, sözleşmelerinde Kanun’da öngörülen yıllık izin süresini arttıran bir hüküm belirleyebilir. Yani Kanun, ilgili hükümleri bakımından taraflara sınırlı bir irade serbestisi tanıyarak, işçi aleyhine aşılabilir bir sınır getirmekle birlikte, işçi lehine izin sürelerinin arttırılmasının kararlaştırılmasına izin vermektedir. Bu sınırlı irade serbestisi tarafların ancak işçinin daha lehine olan hükümleri kabul etmesi yönünde kullanılabilir. Bu türden hükümler nisbi emredici hükümlerdir.

Fransız iş hukukunda düzenlenen kurallar genel olarak emredicidir¹¹⁶. Ancak bu kurallardan bazıları, kesin bir standart belirleyerek işçi ve işverene bu kuralların dışına çıkma özgürlüğü tanımaz (örneğin 16 yaşından küçük kimsenin çalıştırılması yasağı)¹¹⁷. Ancak, İş Kanunu’ndaki hükümlerin çoğu asgari bir standart sağlayarak işçinin bu asgari standarttan fazlasını talep edebilmesine izin verir (örnek olarak asgari ücrete ilişkin düzenlemeler)¹¹⁸. Görüldüğü üzere Fransız iş hukukunda, Türk hukukundaki mutlak emredici hüküm ve nisbi emredici hükümlerle kabul edilen sisteme benzer bir sistem bulunmaktadır.

¹¹⁵ **Hatice Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 107 [Doğrudan Uygulanan Kurallar].

¹¹⁶ **Gaudu**, s. 399.

¹¹⁷ **Gaudu**, s. 399.

¹¹⁸ **Gaudu**, s. 399-400.

Bireysel iş sözleşmelerine yönelik mutlak emredici hükümler ve nisbi emredici hükümlerin milletlerarası özel hukuk alanında da etkisi bulunmaktadır. İş hukuku alanındaki mutlak emredici hükümlerin çoğu milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip ilk grup hükümler iş hukuku alanındaki mutlak emredici hükümlerdir. Bu durumda kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin doğrudan bu hükümler uygulanarak ihtilaf çözülür. Başka bir ifadeyle, iş hukuku alanındaki mutlak emredici hükümler milletlerarası özel hukuk alanında taraf iradeleriyle seçilen hukukun veya objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukukun uygulanmasını engeller. Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip ikinci grup hükümler iş hukuku alanındaki nisbi emredici hükümlerdir. Bu durumda taraflarca seçilen veya objektif bağlama kuralıyla uygulanacağı tespit edilen hukukun uygulanmasının engellenmesi mutlak değildir. Eğer seçilen hukuk veya objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukuk işçi lehine hükümler içeriyorsa nisbi emredici hükümler bu hukukların uygulanmasını engellemez¹¹⁹.

2. İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti

İş sözleşmesinin kurulabilmesi için işçi ve işverenin bu sözleşmeyi yapabilmeye hukuken ehil olmaları gerekmektedir. Tarafların ehliyetine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹²⁰ ehliyeteye ilişkin hükümleri uygulanır. Kural olarak ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler (tam ehliyetli) arasında geçerli bir iş sözleşmesi kurulabilir (TMK m. 10). İşverenin tüzel kişi olması halinde iş sözleşmesi tüzel kişinin yetkili organı tarafından kurulur (TMK m. 50). İşveren tüzel veya gerçek kişi tarafından iş akdi yapma yetkisine sahip işveren vekili işvereni temsilen iş sözleşmesi yapabilir¹²¹.

İş sözleşmesi işçinin kişiliği ile yakından ilişkili olduğundan, iş sözleşmesi yapma ehliyeti yaş¹²², cinsiyet ve sağlık gibi özel nedenlerle kısıtlanabilmektedir¹²³. Bu sınırlamaların başlıca nedeni, iş sözleşmesi yapma ehliyeti bakımından kişileri mutlak bir eşitlik içinde kabul etmenin, korunmak istenen kişi gruplarının ve

¹¹⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm II s. 60 ve Bölüm III.

¹²⁰ RG. T. 8.12.2001 – S. 24607.

¹²¹ Sözek, s. 299.

¹²² Felice Morgenstern, International Conflicts of Labour Law, Geneva, 1984, s. 65.

¹²³ Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2012, s. 49.

dolayısıyla kamu düzeninin aleyhine sonuçlar yaratacak olmasıdır¹²⁴. Anayasa madde 50 uyarınca “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunur*”.

İş sözleşmesi yapma ehliyeti bakımından getirilen özel ehliyet kuralları yabancılar, küçükler ve kadınlara ilişkindir. Türk hukukunda yabancı, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun¹²⁵ 3. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*”dir. Anayasa’nın 48. maddesine göre “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*”. İlgili madde ile yabancılar ve Türk vatandaşları arasında ayrım yapılmamış olması yabancıların Türkiye’de çalışma hürriyetinin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim Anayasa’nın 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu sınırlamalar yabancılar hukukuna ilişkin mevzuatta (6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu vb.) ve İş Kanunlarında yer almaktadır. Kural olarak yabancılar, Türkiye’de çalışmaları yasak olmayan işlerde çalışma izni almak suretiyle çalışabilirler¹²⁶.

Özel kanunlarla Türk vatandaşlarına hasredilen ve yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslekler; diş hekimliği (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 30 uyarınca), hastabakıcı hemşirelik (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 63 uyarınca), eczacılık (Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 2 uyarınca), avukatlık (Avukatlık Kanunu m. 3 uyarınca), noterlik (Noterlik Kanunu m. 7/f.1 uyarınca), veteriner hekimlik (Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 2 uyarınca), özel hastane mesul müdürlüğü (Hususi Hastaneler Kanunu m. 9 uyarınca) ve (Gümrük Kanunu m. 277 uyarınca) gümrük müşavir yardımcılığıdır¹²⁷.

¹²⁴ Mollamahmutoğlu, s. 369.

¹²⁵ RG. T. 12.06.2009 – S. 27256.

¹²⁶ Türkiye’de yabancılara yasak olan meslekler, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı gözetilerek yabancılar için yasaklanmışlardır. bkz. **Melis Kutlu**, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, İstanbul, 2019, s. 153.

¹²⁷ **Aysel Çelikel / Günseli Öztekin Gelgel**, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 25. Bası, 2020, s. 183 vd.

Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de iş sözleşmesi yapabilmeleri bakımından getirilen yasak ve sınırlamalar, devletin kendi ülkesinde bulunan yabancıları kontrol etmek, kendi vatandaşlarını korumak ve ülkedeki çalışma rejiminin tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak gibi sosyal ve ekonomik amaçları gerçekleştirmek üzere düzenlenmiştir¹²⁸. Öğretide bu nitelikteki kuralların mahiyetine ilişkin tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre, bahsedilen şart ve sınırlamalar, kendilerine riayet edilmemesi durumunda iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuran iş sözleşmesi yapma yasaklarıdır¹²⁹. Bir diğer görüşe göre ise bunlar ehliyeteye ilişkin sınırlamalardır¹³⁰. Bu kurallar, işçinin korunması amacını ve devletin sosyal politikalarını gerçekleştirmeye yöneliktirler¹³¹. İlgili mevzuat ile iş sözleşmelerine ilişkin bahsi geçen şart ve sınırlamaların, söz konusu kişi ve grupların sosyal yönden korunmasına, devletin sosyal ve ekonomik politikasının korunmasına ilişkin özel ehliyet kuralları olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple, küçükler ve yabancılar bakımından kanunlarla belirlenen çalışma yasakları kanaatimizce “ehliyet” konusu kapsamında değerlendirilmelidir¹³².

Küçükler bakımından getirilen sınırlamalara örnek olarak¹³³, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalışma yasağı –ancak ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış çocuklar; bedensel, zihinsel, ahlaki gelişimlerine ve eğitimlerine engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler- (İK m. 71/f.1), sanayi işlerinde onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin gece çalıştırılmaması (İK m. 73/f.1), maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer ve su altında onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve yaş farketmeksizin kadınların çalıştırılmaması (İK m. 72) gösterilebilir.

¹²⁸ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 143.

¹²⁹ **Süzek**, s. 304 vd.

¹³⁰ **Mollamahmutoğlu**, s. 369 vd; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 143.

¹³¹ **Mollamahmutoğlu**, s. 369.

¹³² **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, s. 86-89; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 143; **Elçin Savur**, Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 214, dn. 183.

¹³³ Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri ve çalıştırılmayacakları işler ile çalışma koşulları İş Kanunu m. 71/f.3 atfıyla 6.4.2004 yürürlük tarihli “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir.

F. İş Sözleşmesinin Şekli

Sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafı koruma yollarından biri de şekil kurallarıdır¹³⁴. Sözleşmenin şekil şartına bağlanması ile zayıf taraf, sözleşmenin içeriği hakkında düşünme ve bilgi sahibi olma imkânına kavuşur¹³⁵. İş sözleşmelerinde sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin hem esasa ilişkin kurallarla hem de ehliyet ve şekil bakımından getirilen kurallarla korunması amaçlanmaktadır.

Türk hukukunda İş Kanunu'na göre iş sözleşmesi kurmak kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. İş sözleşmesi sözlü, yazılı hatta örtülü biçimde kurulabilir. Bununla birlikte, İş Kanunu m. 8/f.3'e göre *"yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge"* vermekle yükümlüdür. Türk Borçlar Kanunu'na göre de *"iş sözleşmesi kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir"* (TBK m. 394/f.1). Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bir kişi durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu işveren tarafından kabul edilirse aralarında iş sözleşmesi (hizmet sözleşmesi) kurulmuş sayılır.

Kural olarak iş sözleşmeleri alanında belirli bir şekil şartı aranmamakla birlikte, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeleri ile (İK m. 8/f.2) takım sözleşmelerinin (İK m. 16/f.2) yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bununla birlikte, İş Kanunu m. 11/f.1'de tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir¹³⁶. Yine, çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışma sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı (İK m. 14) belirtilmiştir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu¹³⁷ m. 5¹³⁸ ve m. 6¹³⁹, 5953 sayılı Basın İş Kanunu¹⁴⁰ m. 4¹⁴¹ hükümleri ayrıntılı yazılı şekil şartları içermektedir.

¹³⁴ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159.

¹³⁵ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159.

¹³⁶ Bu hükümlerin lafzı çelişkili olduğundan öğretide tartışılmış olmakla birlikte, kanaatimizce kapsayıcı düşünerek, tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin, süresi 1 yıldan az olsa dahi, yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

¹³⁷ RG. T. 29.4.1967 – S. 12586.

¹³⁸ *"Hizmet akti işveren veya işveren vekiliyle gemiadamı arasında yazılı olarak iki nüsha yapılır ve taraflardan her birine birer nüsha verilir."*

¹³⁹ *"Bu kanuna göre yapılacak yazılı akitlerde aşağıdaki hususların bulunması gerekir:*

İş Kanunu'ndaki yazılı şekil şartı öngören düzenlemeler, atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işveren karşısındaki zayıf konumu dikkate alınarak, iş ilişkisine şeffaflık katma ve işçiyi koruma amacıyla getirilmiştir¹⁴². Kanun koyucu, iş hukukunda tipik iş sözleşmeleri olarak nitelendirilen tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri yapılmasını tercih etmekte, bunun dışında atipik iş sözleşmeleri yapılmasını sıkı koşullara bağlayarak işçi aleyhine koşullar yaratılmasının önüne geçmek istemektedir¹⁴³. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda öngörülen ayrıntılı şekil şartları ise, işçinin çalışma koşulları hakkında detaylı ve açık bilgi sahibi olabilmesini ve yine işçiyi korumayı amaçlamaktadır¹⁴⁴.

İş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasının arandığı hallerde yazılı şekil şartının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. İlk görüşe göre, Kanun'da yazılı şekilde yapılması öngörülen iş sözleşmeleri için yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır¹⁴⁵. İkinci görüşe göre, yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi işçiyi mağdur edebilecek olup, yazılı şekle ilişkin şartları ispat şartı olarak kabul etmek gerekir¹⁴⁶. Üçüncü görüşe göre ise, yazılı şekil şartı ne geçerlilik şartı ne ispat

1. İşverenin adı ve soyadı ile ikametgâh adresi,

2. Gemiadamının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası ve ikametgâh adresi,

3. Gemiadamının çalışacağı geminin ismi, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi (Gemiadamının aynı işverenin muhtelif gemilerinde çalışması ihtimali mevcutsa, bu hizmet aktinde ayrıca belirtilir.)

4. Aktin yapıldığı yer ve tarih,

5. Gemiadamının göreceği iş,

6. Gemiadamının hizmete başlayacağı tarih ve yer,

7. Hizmet aktinin belli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli bir süre için yapılmış ise süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu,

8. Kararlaştırılan ücret esası ile miktarı,

9. Ücretin ödeme zamanı ve yeri ile zorunlu tutulan işverenler için gemiadamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının ödeneceği banka özel hesap numarası,

10. Avans şartları,

11. Diğer iş şartları,

12. Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/5/1959 gün ve 7292 sayılı kanunla onanan sözleşmenin özeti".

¹⁴⁰ RG. T. 20.6.1952- S. 8140.

¹⁴¹ "Gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir. Mukavelede aşağıdaki hususların gösterilmesi şarttır: a) İşin nev'i, b) Ücret miktarı, c) Gazetecinin kıdem, İş nev'inin ve ücretin değişikliğinde mukaveleye derci mecburidir. İki yıl gazetede çalışmış olan gazeteci terfi hak kazanır. Terfi mukavelede tesbit edilen yüzde nispetinde yapılır."

¹⁴² **Begüm Süzen**, Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Bahçeşehir Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 267.

¹⁴³ **Arzu Arslan Ertürk**, İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017, s. 118.

¹⁴⁴ **Zelal Narçin Tosun**, İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 107, Temmuz 2015, s. 14-27, s. 18-19; **Arslan Ertürk**, s. 118.

¹⁴⁵ **Süzek**, s. 302; **Tunçomağ / Centel**, s. 85; **Narmanlıoğlu**, s. 192; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, s. 96.

¹⁴⁶ **Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2019, s. 107-108; **Ercan Akyiğit**, İş Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2018, s. 137-138; **Müjdat Şakar**, İş Hukuku Uygulaması, 12. Bası, İstanbul, 2018, s. 64-65.

şartıdır; bu şart işçiyi koruma amacıyla alınan bir önlem ve işverene getirilen bir yükümlülüktür¹⁴⁷.

Her halde, şekle ilişkin kuralların hükmün amacı dışında objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürmek amacıyla kullanılması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır (TMK m. 2/f.2)¹⁴⁸. Örneğin işverenin, sözleşmenin geçersizliğinden faydalanabilmek amacıyla iş sözleşmesinin şeklinde noksanlık yapması halinde işçi dilerse sözleşmenin geçersizliğine dayanarak ifadan kaçınabileceği gibi, dilerse şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olduğunu iddia ederek sözleşmenin geçerli olduğunu ve ifasını isteyebilecektir.

¹⁴⁷ Arslan Ertürk, s. 117-119.

¹⁴⁸ Narçin Tosun, s. 25.

İKİNCİ BÖLÜM

II. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Bireysel İş Sözleşmelerinde Zayıf Tarafın Korunması ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Bireysel İş Sözleşmelerinde Zayıf Tarafı Koruma Amacı

Zayıf tarafı koruma ilkesi sözleşme serbestisi prensibi kapsamında incelenmesi gereken bir konudur. Taraflara iç hukuk alanında tanınan sözleşme yapma, yapmama ve sözleşmelerinin içeriğini diledikleri şekilde belirleme özgürlüğü sözleşme serbestisi olarak adlandırılır¹⁴⁹. Borçlar hukuku alanında kabul edilen sözleşme serbestisi taraflara sınırsız bir özgürlük tanımamaktadır. Sözleşme serbestisi kanunun emredici hükümleri ve kamu düzeni ile sınırlandırılmıştır¹⁵⁰.

Tarafların özel hukuk ilişkilerini dilediklerince müzakere etme, düzenleme ve kendi menfaatlerine en uygun şekilde sözleşme kurma özgürlüklerini sağlayan sözleşme serbestisi, prensip olarak tarafların pazarlık güçlerinin denk konumda olduğu varsayımından hareket etmektedir. Oysa ki, bazı sözleşme ilişkilerinde tarafların konumları arasında açık bir güç dengesizliği bulunmaktadır. Kira sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri tarafların konumlarının birbirine denk olmadığı sözleşmelerdendir. Bu tip sözleşmelerde sözleşmenin güçlü tarafı, genellikle sözleşmeyi en baştan kendi lehine olan ve hatta zayıf tarafın bazı haklarından feragat etmesini sağlayan kurallarla formüle ederek sözleşmeyi karşı tarafa sunmaktadır. Zayıf taraf sözleşmenin kurulması ile barınma ihtiyacını, tüketim ihtiyacını veya kendisi ve ailesini geçindirecek gelir ihtiyacını karşılamayı amaçladığından kendisine sunulan ve karşı tarafça hazırlanmış bu sözleşmeyi kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu gibi durumlarda gerçek anlamda taraf iradelerinin uyuşması söz konusu değildir. Sözleşme adaletini ve sosyal devlet anlayışıyla zayıf

¹⁴⁹ Akıntürk / Ateş, s. 55.

¹⁵⁰ TBK m. 27/f.1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

tarafın korunmasını sağlayabilmek için iç hukukta sözleşme serbestisine emredici hükümler yolu ile sınırlamalar getirilmiştir¹⁵¹.

Bahsi geçen sözleşmelerden iş sözleşmelerinin yabancılık unsuru içermesi halinde yukarı açıklanan sebepler aynen geçerli olacağından, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçi, milletlerarası özel hukuk alanında da korunmalıdır. Milletlerarası özel hukuk alanında zayıf tarafın korunması; hukuk seçimi, objektif bağlama kuralı ve iç hukuktaki emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak yabancı unsurlu sözleşmelere de uygulanması hususlarında kendini göstermektedir.

2. Zayıf Tarafı Koruma Amacının Uygulanacak Hukukun Tespitindeki Rolü

İş sözleşmelerinin karakteristik özelliği, sözleşme taraflarının birbirine denk olmayan konumlarıdır. İşçi, işverene ekonomik ve hukuki yönden bağımlı durumdadır. İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ile işveren arasındaki sosyal ve ekonomik farklar ve devletlerin sosyal politikaları, iş sözleşmelerinin diğer sözleşme tiplerinden ayrı ve özellikli olmasına sebep olmaktadır¹⁵². Bu özellikli durum öncelikle maddi hukuk alanında İş Kanunları ve ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelerle karşımıza çıkar.

Birinci bölümde açıklandığı üzere; iş sözleşmeleri, tanımlanması, unsurları, geçerliliği ve işçi ile işverenin sözleşmelerini düzenlerken sahip olacakları irade serbestisinin sınırları bakımından hukuk sistemlerinde ayrıntılı olarak ve çoğunlukla emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Bunun temel sebebi iş sözleşmelerinde, işçinin işveren karşısında sosyal ve ekonomik yönden zayıf olan konumunun, sözleşmenin görüşme aşamasından sona ermesine kadar işçinin aleyhine olmasıdır. Uygulamada, işçinin iş sözleşmesi şartları üzerinde dilediğince müzakere edemediği, kendisine işveren tarafından sunulmuş muhtemelen tek tip bir sözleşmeyi kabul etmek veya reddetmek durumunda kaldığı görülmektedir. Çoğunlukla ekonomik yönden geçimini bu ücretle karşılayacak olan işçi, sözleşme şartları kendi aleyhine olsa da müzakere gücü zayıf olduğundan, bu şartları kabul ederek iş sözleşmesi kurmak

¹⁵¹ **Vahit Doğan**, Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, MHB, 1995, s. 21-42, s. 21-22 [Zayıf Akit Tarafı].

¹⁵² **Aysel Çelikel / Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 410; **Vahit Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Ankara, 2019, s. 429-435 [MÖH].

durumunda kalmaktadır¹⁵³. Bu halin sakıncalarının önlenbilmesi için, sözleşme serbestisi ilkesi iş sözleşmeleri bakımından birtakım sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar milli ve milletlerarası karakterli düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, işçinin haftalık çalışma saatlerine, asgari ücrete, kıdem tazminatına ilişkin konular bakımından sözleşme serbestisi emredici hükümler ile sınırlanmıştır.

Birden fazla devlet ile ilişkili olmayan / yabancılık unsuru taşımayan iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuku tespit etmek bakımından bir problemle karşılaşılmaz¹⁵⁴. Belirli bir ülkede, o ülkenin vatandaşı işçi ve işveren arasında kurulan ve o ülkede ifa edilecek olan iş sözleşmelerine, sözleşmenin kurulduğu ve ifa edildiği devlet hukuku uygulanacaktır. Ancak iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması halinde, diğer bir ifadeyle, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması halinde¹⁵⁵, hâkim doğrudan kendi hukukunu uygulayamaz. Öncelikle, iş sözleşmesi ile ilişkili olan devlet hukuklarından hangisinin sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacağının kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmesi gerekir¹⁵⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yabancılık unsuru, belirli bir olay veya ilişkinin yabancı bir veya birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili olmasıdır¹⁵⁷. Günümüzde uluslararası çalışma ilişkilerinin artmasına bağlı olarak yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinin sayısı artmaktadır. Bireysel iş sözleşmeleri alanında; işçinin veya işverenin yabancı devlet vatandaşı olması¹⁵⁸, işverenin işletme merkezinin yabancı

¹⁵³ **Marcin Czerwiński**, "The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation", *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza* 5 (2015), s. 147-162, s. 152.

¹⁵⁴ **Morgenstern**, s. 1; **Nuray Ekşi**, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, 1997, s. 116-148, s. 116 [İş Sözleşmeleri].

¹⁵⁵ **Mesut Aygün**, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s. 1025-1066, s. 1028 [Yabancılık Unsuru].

¹⁵⁶ **Morgenstern**, s. 1.

¹⁵⁷ **Morgenstern**, s. 1; **Nihal Uluocak**, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1989, s. 2-3; **Gülören Tekinalp / Ayfer Uyanık**, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 18; **Ergin Nomer**, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul, 2017, s. 5 [DHH]; **Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Fıganmeşe**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 5; **Çelikel / Erdem**, s. 10; **Doğan**, MÖH, s. 6; **Ekşi**, *İş Sözleşmeleri*, s. 116; **Ersin Erdoğan / Canan Erdoğan**, "Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *İSGHD*, Cilt: 13, Sayı:50, 2016, s. 955-988, s. 959.

¹⁵⁸ Yargıtay HGK E. 1989/10-316 – K. 1989/411 ve 7.6.1989 tarihli kararına konu olayda, davacı Yunus, Suudi Arabistan'ın Mekke şehrinde bu ülke vatandaşı olan Abdülaziz isimli kişinin taahhüt ettiği okul inşaatında çalışmakta iken uğradığı trafik kazası sonucu beden gücü kaybına uğramıştır. Dava konusu uyuşmazlık, davacının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi anlamında sigortalı sayılıp sayılmayacağı ve olayın aynı kanunun 11. maddesi kapsamında trafik iş kazası kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Yargıtay HGK bu davada, "İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlendiğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde milletlerarası özel

bir devlette bulunması, işçinin iş görme edimini mutad olarak yabancı bir devlette ifa ediyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir devlet ile sıkı irtibatlı olduğunun¹⁵⁹ halin şartlarından anlaşılıyor olması durumlarından birinin varlığı halinde yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilir¹⁶⁰.

Elçilik ve konsolosluklarda (şoför, kapıcı, hademe, garson vb.) çalışan işçilerin iş sözleşmeleri ülkesellik anlamında (işin ifa edildiği yer/mutad işyeri) yabancılık unsuru içermemektedir¹⁶¹. Şöyle ki, elçilik ve konsolosluk binaları farazi olarak ülke dışı sayılsa bile bu varsayım milletlerarası kamu hukukuna ilişkin bir prensip olup, özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmeleri bakımından geçerli olmayacaktır¹⁶². Ancak, işveren konsolosluk veya elçilik olduğundan daima yabancı devlet vatandaşdır ve akdettikleri iş sözleşmeleri bu sebeple kanunlar ihtilafı alanına girer¹⁶³.

Objektif bağlama kuralı ile zayıf tarafın korunması, tarafların geçerli bir hukuk seçiminin bulunmadığı halde yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralının sözleşmenin zayıf tarafının menfaatleri dikkate alınarak belirlenmesi ile sağlanır. Örneğin, tüketici sözleşmeleri için ayrı bir bağlama kuralına yer verilmiş ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak belirlenmiştir. Bunun sebebi, tüketicinin kendi hayatını ve ilişkilerini sürdürdüğü yer olan mutad mesken hukukunun tüketiciye daha çok koruma sağlayacağı düşüncesidir.

hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebealı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir.” şeklinde karar vermiştir. Karar metni için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 03.03.2020)

¹⁵⁹ **Vahit Doğan**, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, 1996, s. 49 [İş Akdi].

¹⁶⁰ **Tankut Centel**, “Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul, 1983, s. 215-238, s. 217 [Bağlama Kuralları]; **Doğan**, İş Akdi, s. 49; **Ekşi**, İş Sözleşmeleri, s. 118; **Zeynep Derya Tarman**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S. 59/2, 2010, s. 521-550, s. 526 [İş Sözleşmesi]; **Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz**, s. 599.

¹⁶¹ **Can Tuncay**, “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, Onar Armağanı, İstanbul, 1977, s. 883-913, s. 913 [Uygulanacak Kanun]; **Ekşi**, İş Sözleşmeleri, s. 119.

¹⁶² **Tuncay**, Uygulanacak Kanun, s. 913; **Ekşi**, İş Sözleşmeleri, s. 119.

¹⁶³ **Ekşi**, İş Sözleşmeleri, s. 119. Elçilik ve konsolosluklarda çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin kanunlar ihtilafı alanına girmediği yönünde aksi görüş için bkz. **Tuncay**, s. 913.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk kapsamında, işçinin mutad meskeni, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer, işverenin mutad meskeni, işverenin (tüzel kişi ise) idare merkezinin bulunduğu yer gibi pek çok farklı bağlama noktası ile sözleşme arasında ilişki bulunması mümkündür. Bu noktalardan hangisinin zayıf akit tarafının korunması ilkesi kapsamında uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınacağı kanunlar ihtilafının konusudur¹⁶⁴.

Zayıf tarafın korunması amacıyla hukuk seçimi konusunda hukuk seçiminin tamamen yasaklanması ve hukuk seçiminin sınırlandırılması şeklinde iki görüş hâkimdir¹⁶⁵. Hukuk seçiminin tamamen yasaklanması görüşü kabul edilecek olursa, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme imkânları bulunmayacak ve sözleşme ilişkilerine objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukuk uygulanacaktır. Hukuk seçiminin sınırlandırılması ise, taraflara hukuk seçimi imkânı tanımakla birlikte bu seçim ya seçilebilecek hukukların sınırlandırılması ya da sözleşmenin zayıf tarafı bakımından asgari bir koruma şartı getirilmesi şeklinde karşımıza çıkar.

Milletlerarası özel hukukta zayıf tarafın korunması kanunlar ihtilafı kuralları dışında doğrudan uygulanan kural yöntemi ile de sağlanmaktadır. Borçlar hukuku anlamında kabul ettiğimiz sözleşme serbestisi prensibini sınırlayan emredici hükümlerden birinci bölümde bahsetmiştik. Bu emredici hükümlerin bazıları, yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerinde uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanmak zorundadır. Devletin sosyal, ekonomik ve siyasal organizasyon ve politikalarını sağlama amacıyla düzenlenen emredici hükümler, milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kural olarak emredici niteliklerini korurlar¹⁶⁶. Doğrudan uygulanan kurallar sözleşme ilişkisini hem tarafların ehliyeti hem sözleşmenin şekli hem de esas bakımından etkileyebilir.

Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK, 2675 sayılı eski Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁶⁷ yürürlükte olduğu dönemde

¹⁶⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gemici Filiz, s. 595.

¹⁶⁵ Doğan, Zayıf Akit Tarafı, s. 24 vd.

¹⁶⁶ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 106-107.

¹⁶⁷ RG. T. 22.5.1982 – S. 17701.

sözleşmesel borç ilişkilerini düzenleyen hükme yönelik eleştiriler ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması gereğinin bir sonucu olarak Roma Konvansiyonu hükümlerinden esinlenilerek düzenlenmiştir¹⁶⁸. 5718 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Avrupa Birliği'nde Roma I Tüzüğü kabul edilmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızda, 1980 tarihli “Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu” (Roma Konvansiyonu) ve 2008 tarihli “Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü” (Roma I Tüzüğü)¹⁶⁹, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu¹⁷⁰ (İsv. MÖHK) ve Alman Devletler Özel Hukuku Kanunu¹⁷¹ (Alm. MÖHK) incelenecektir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk alanında çalışan avukatların üyesi olduğu, uluslararası hukukun gelişimini amaçlayan Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün¹⁷², 1971 Zagreb oturumunda iş hukuku alanında kanunlar ihtilafına ilişkin getirdiği öneriler de incelenecektir¹⁷³.

¹⁶⁸ **Hatice Özdemir Kocasakal**, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [MHB] 30 (2012), s. 27-62, s. 28 [MÖHUK m. 24].

¹⁶⁹ Avrupa Birliği'nde sözleşmeler hukuku, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin birlikte hazırladığı, “Sözleşmeden Doğan Boçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün hükümlerine göre belirlenmektedir. Roma I Tüzüğü -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)- tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1584629224506&uri=CELEX:32008R0593> (Erişim Tarihi: 19.03.2020). 31 Mart 2008 tarihli Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından 19 Haziran 1980 tarihli “Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu”nun yerini almıştır. Roma Konvansiyonu -CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC)- tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1584629451013&uri=CELEX:41980A0934> (Erişim Tarihi: 19.03.2020).

¹⁷⁰ İsv. MÖHK İngilizce çevirisinden yararlanılmıştır. Kanunun İngilizce metni için bkz. https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2020).

¹⁷¹ Alm. MÖHK İngilizce çevirisinden yararlanılmıştır. Kanunun İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0020 (Erişim Tarihi: 13.03.2020).

¹⁷² Milletlerarası Hukuk Enstitüsü resmî sitesi için bkz. <https://www.idi-iil.org/en/> (Erişim Tarihi: 13.03.2020).

¹⁷³ 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 Szaszy (İngilizce çeviriden faydalanılmıştır) bkz. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1971_zag_02_en.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2020).

B. Sözleşmenin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Birden fazla devlet ile ilişkili iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda esasa uygulanacak hukuku tespit etmeden önce, iş sözleşmesinin geçerliliği bakımından önem arz eden ehliyet ve şekil meselelerin tabi olduğu hukukun ele alınması gerekir¹⁷⁴. Ehliyet ve şekil meseleleri bakımından uygulanacak hukuk, esasa uygulanacak hukuktan ayrı olarak değerlendirilmiş ve bu hususlar için özel bağlama kurallarına yer verilmiştir. Bununla birlikte, ilk bölümde bahsettiğimiz; işin yapıldığı yerin işçiyi koruyucu ehliyet ve şekil kuralları bulunmaktadır. Bu kuralların kanunlar ihtilafı kurallarına etkisi de bu başlık altında değerlendirilecektir.

1. Ehliyet Uygulanacak Hukuk

a. Genel Kural

Yabancılaşma unsuru taşıyan sözleşme ilişkilerinde, tarafların ehliyetinin bulunup bulunmadığı ehliyeteye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilir. Milletlerarası özel hukuk alanında fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan kriterler; fiil ehliyetinin taraflardan her birinin milli hukukuna, yerleşim yeri hukukuna ya da mutad mesken hukukuna göre¹⁷⁵ tayin edilmesidir¹⁷⁶. Bununla birlikte, kişilerin ehliyeti genel kural olarak kişinin milli hukukuna göre belirlenir.

İş sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukuk kavramı ile işçi ve işverenin fiil ehliyetine uygulanacak hukuk kastedilmektedir¹⁷⁷. Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyeti şeklinde tanımlanmaktadır (TMK m. 9).

Karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, iş sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukukun ayrıca düzenlenmeyip, genel olarak ehliyet Uygulanacak hukukun içerisinde değerlendirildiği görülmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Doğan, MÖH, s. 281.

¹⁷⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 53-56. İş sözleşmeleri özelinde aynı tespit için bkz. Morgenstern, s. 65.

¹⁷⁶ Fügen Sargın, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 54; Doğan, MÖH, s. 282.

¹⁷⁷ Centel, Bağlama Kuralları, s. 225.

¹⁷⁸ İstisnai olarak, eski Demokratik Alman Cumhuriyetinde, uygulanacak hukuka dair 1975 tarihli Kanun'da, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunun ve aynı zamanda işçinin mutad

Genel anlamda sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuk, Kıta Avrupası Hukuk sisteminde kişilerin milli hukuku tarafından idare edilmektedir¹⁷⁹. Alman MÖHK madde 7'ye göre kişinin ehliyeti milli hukukuna göre belirlenir¹⁸⁰. İsviçre MÖHK m. 35'de ise fiil ehliyeti bakımından milli hukuk değil, yerleşim yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁸¹. Her iki hukuk sisteminde de iş sözleşmeleri alanında ehliyeti düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır.

Avrupa Birliği hukukunda Roma I Tüzüğü sözleşme taraflarının ehliyeti konusunu tüzüğün uygulama alanı dışında bırakmıştır¹⁸².

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Tasarısı'nda iş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuk özel olarak ele alınmıştır. Tasarıda, "İş sözleşmesi yapma ehliyetine tarafların milli hukukunun uygulanması, ancak milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi işin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise ehliyetli sayılması" önerilmiştir¹⁸³.

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde tarafların hak ve fiil ehliyetleri konusunda uygulanacak hukuk MÖHUK'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Türk hukukunda iş sözleşmeleri bakımından ehliyeteye ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kuralı ne 2675 sayılı Kanun döneminde ne de 5718 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. MÖHUK'ta ehliyeteye ilişkin özel düzenleme bulunmayan hallerde, kişilerin ehliyeti MÖHUK madde 9'a göre belirlenir.

MÖHUK m. 9/f.1 uyarınca gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmıştır. Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancılık unsuru

meskeninin orada bulunması koşuluyla işin yapıldığı yer hukukunun, iş sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacağı belirtilmiştir (**Morgenstern**, s. 65).

¹⁷⁹ Elçin, s. 47.

¹⁸⁰ Kurt Siehr, "Avrupa'da Devletler Özel Hukuku: Avrupa Hukukunda ve Almanya'da Durum", 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. 23-47, s. 26.

¹⁸¹ "The capacity to act shall be governed by the law of the domicile".

¹⁸² Roma I Tüzüğü m.1/f.2 (a) "The following shall be excluded from the scope of this Regulation: (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 13."

¹⁸³ "The capacity to conclude a contract of employment is governed by the personal law of the party concerned. The capacity to perform a specific type of work is governed by the law indicated in Articles 3, 4 and 5. A contract of employment concluded by a person who under his personal law lacks capacity to do so is nevertheless considered as valid if that person has the necessary capacity under the law of the State in whose territory the contract was concluded." 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 Szaszy, m. 1.

taşıyan iş sözleşmelerine ilişkin davalarda gerçek kişi işçi veya işverenin fiil ehliyetine ilişkin uyuşmazlık bulunması halinde, hâkim, bu uyuşmazlığı ilgili kişinin milli hukukunu dikkate alarak, diğer bir ifadeyle, ilgili gerçek kişinin vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre çözümleyecektir¹⁸⁴.

İş sözleşmesinin tarafı olan işçinin gerçek kişi olması gerekmektedir. Ancak işveren, gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi veya tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluğu olabilir (İK m. 2/f.1). Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine ilişkin davalarda tüzel kişi işverenin fiil ehliyetine ilişkin uyuşmazlık bulunması halinde hâkim, bu uyuşmazlığı MÖHUK m. 9/f.4 uyarınca¹⁸⁵ ilgili tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukunu uygulayarak çözüme kavuşturur. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde hâkim, Türk hukukunu da uygulayabilir. İşveren tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluğu ise, işverenin fiil ehliyeti fiili idare merkezi hukukuna tabi olur (MÖHUK m. 9/f.5).

b. Türk Hukukunda Yabancılar ve Küçüklere İlişkin Ehliyet Kuralları

Birinci bölümde bahsedilen iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin sınırlamaların (küçüklere, yabancılar ve kadınlara ilişkin sınırlamalar) uygulanacak hukuk meselesi mi yoksa kamu hukuku karakterli koruyucu kurallar olarak mı değerlendirileceği vasıflandırma meselesi olarak ele alınmaktadır¹⁸⁶. İş sözleşmelerine ilişkin iç hukukta yer alan bazı emredici hükümler, işçi ve işveren tarafından (işçi lehine olsa dahi) sözleşme ile değiştirilemez. Bunlar, mutlak emredici hüküm olarak adlandırılır ve işin idari işleyişine ilişkin kamu hukuku karakterli hükümlerdir¹⁸⁷. Söz konusu hükümler, iç hukuktaki mutlak emredici özelliklerini milletlerarası özel hukuk alanında da “doğrudan uygulanan kural” (müdahaleci kural) sıfatı ile korurlar¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 113.

¹⁸⁵ MÖHUK m. 9/f.4 “Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.”

¹⁸⁶ Elçin, s. 46.

¹⁸⁷ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 107.

¹⁸⁸ Bkz. Bölüm III-A.

İş sözleşmelerinde ehliyeteye ilişkin bazı iç hukuk kuralları, yürürlükte oldukları ülkede çalışma düzenine, devletin sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin olduklarından işin yapıldığı yer kriterine göre, o ülkede yapılan, yabancılık unsuru bulunsun, bulunmasın her iş sözleşmesine uygulanır¹⁸⁹. Bu kurallara örnek olarak, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de çalışabilmelerine ilişkin yabancılar hukukunda ve özel kanunlarda düzenlenen hükümler ile belirli yaş ve gruptaki işçilerin korunmasına yönelik hükümler gösterilebilir¹⁹⁰. Türk mahkemesinde görülen yabancı unsurlu iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin uyuşmazlığa, iş güvenliği açısından korunan gruplar için getirilen sınırlamalar bakımından Türk hukuku uygulanacak olup, bu kuralların uygulama alanı dışında kalan ehliyeteye ilişkin ihtilaflar ise ehliyeteye uygulanacak hukuk tarafından idare edilecektir.

Örneğin, fiil ehliyeti için aranan erginlik yaşının 18 olarak belirlendiği bir yabancı devlet vatandaşı 19 yaşındaki kimsenin, erginlik yaşının 21 olarak belirlendiği bir başka devlette iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olup olmadığı konusundaki uyuşmazlık, kural olarak ehliyeteye ilişkin kanunlar ihtilafı uyarınca kişinin milli hukukuna göre çözülecek bir husustur (MÖHUK m. 9/f.1 ve f.2). Ancak bu kişi, çalışmak istediği sektör bakımından ilgili devletin yabancılara getirdiği kısıtlamalara tabiyse veya yaş, cinsiyet gibi sebeplerle korunmak istenen gruplardan biri olup bu sınırlamalara tabiyse, burada ehliyeteye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı yerine işin yapıldığı yer hukukunun ehliyeteye ilişkin emredici kuralları uygulanacaktır¹⁹¹.

Ehliyeteye ilişkin bağlama kuralında bağlama noktası milli hukuk, diğer bir ifadeyle kişinin vatandaşlığı olarak belirlenmiştir. Vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun belirlendiği hallerde MÖHUK madde 4 uyarınca, “*Kanunda aksi öngörülmedikçe a) vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava 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*

¹⁸⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 107.

¹⁹⁰ Bu düzenlemeler iş güvenliğine ilişkin, kamu hukukuna ait ve ülkesel nitelikli kurallar olarak tanımlanmaktadır (Centel, Bağlama Kuralları, s. 225; Ekşi, İş Sözleşmeleri, s. 139).

¹⁹¹ Bu kuralların milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kural niteliği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm III.

olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku” uygulanır.

MÖHUK m. 4/f.1(a) bendi hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan vatansızlar¹⁹² ile uluslararası korumadan yararlanan mültecileri düzenlemiş ancak henüz böyle bir statü Kanun yürürlüğe girdiği sırada hukukumuzda bulunmadığından geçici koruma statüsü sahiplerinden bahsetmemiştir. Günümüzde ülkemize gelen Suriyeli sığınmacılar YUKK’a göre geçici korumadan yararlanırlar. YUKK madde 91’e göre geçici koruma, ülkesinden zorla ayrılan ve geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanacak korumadır. Geçici korumadan yararlanan yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekmektedir¹⁹³. Geçici koruma statüsü sahiplerinin çalışma izinlerine ilişkin hükümler, Geçici Koruma Yönetmeliği¹⁹⁴ ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik¹⁹⁵ ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 29. maddesine göre, geçici koruma kimlik belgesine sahip olanlar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurabilir. İlgili mevzuatla yabancılara yasaklanan iş ve mesleklerde çalışamazlar. Geçici korunanlara verilen çalışma izinlerinin süreleri, geçici korumanın süresinden fazla olamaz. Geçici koruma sona erdiğinde, bu kapsamda verilen çalışma izni sona erer. MÖHUK m. 4/f.1(a) bendi, vatandaşlık esasına göre uygulanacak hukukun belirlendiği hallerde geçici koruma statüsü sahiplerinden bahsetmemiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu kişilerin statüsü geçici olduğu için kanaatimizce madde hükmünde yer almasına da gerek bulunmamaktadır. Sonuç olarak, geçici koruma statüsü sahibi yabancıların iş sözleşmeleri bakımından; YUKK, Geçici Koruma Yönetmeliği ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik uyarınca belirlenen sınırlar doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır. Bunun haricindeki ehliyeteye ilişkin meselelere kendi milli hukukları uygulanacaktır.

¹⁹² Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 17.

¹⁹³ Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 27.

¹⁹⁴ RG. T. 22.10.2014 – S. 29153.

¹⁹⁵ RG. T. 15.01.2016 – S. 29594.

Öğretide **Elçin**, Türk hukukunda yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde ehliyet uygulanacak hukuku gösteren “*yasaklayıcı kurallar ve tedbirler hakkında işin mutaden yapıldığı yer hukukunun aradığı özel ehliyet şartlarının işçiye sağladığı asgari koruma saklı kalmak şartıyla, iş sözleşmesi yapma ehliyetine her bir tarafın milli hukukunun uygulanacağı*” şeklinde özel bir bağlama kuralı düzenlenmesinin yerinde olacağı görüşündedir¹⁹⁶. Kanaatimizce de iş sözleşmelerinde ehliyet bakımından özel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Ancak bu düzenleme yapılmasa dahi, iş sözleşmelerinde işin yapıldığı yerin (fili veya geçici olarak çalışılan yer olsa dahi) ehliyet konusunda kabul ettiği sınırlama ve özel şartlar “doğrudan uygulanan kural” olarak (örn. yabancıların çalışması yasak olan işler, korunan gruplara ilişkin yasaklamalar) uygulanacaktır¹⁹⁷. Bunun dışında kalan ehliyetle ilişkin konularda genel kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m. 9 uygulanacaktır.

c. Atıf

MÖHUK m. 2/f.3 uyarınca “*uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır*”. Ehliyet konusu, kişinin hukukuna ilişkin olduğundan, milletlerarası özel hukukta atıf (*renvoi*) teorisi ehliyet konusunda uygulanacaktır¹⁹⁸. Buna göre, iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri alanında yabancı işçinin ehliyetine ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, işçinin vatandaşı olduğu devletin hukukunun ehliyetle ilişkin Medeni Kanun hükümleri doğrudan uygulanmayacak, o devletin ehliyetle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca belirlenen hukukun maddi hükümleri uygulanacaktır.

d. İşlem Güvenliği Kuralı

İş sözleşmelerinde ehliyet bakımından akla gelen bir diğer husus da işlem güvenliği prensibidir. MÖHUK m. 9/f.2’de düzenlenen işlem güvenliği prensibine göre, *milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna*

¹⁹⁶ **Elçin**, s. 54.

¹⁹⁷ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 145.

¹⁹⁸ Milletlerarası özel hukuk alanında “atıf” konusunda geniş bilgi için bkz. **Süheyla Balkar Bozkurt**, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, GÜHFD, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, s. 795-863.

göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır. Fıkranın ikinci cümlesi, *aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemleri* işlem güvenliği prensibinin kapsamı dışında bırakmaktadır. İstisnalar arasında iş sözleşmesi sayılmamıştır. İşlem güvenliği prensibinin hem gerçek kişiler hem de işveren statüsünde görebileceğimiz tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi ve mal toplulukları bakımından da uygulanması kabul edilmektedir.

AB hukukunda Roma I Tüzüğü ehliyet konusunu kapsam dışında bırakmış olsa da Tüzüğün 13. maddesi¹⁹⁹ işlem güvenliğini temin etmek için Roma Konvansiyonu'nun bu konuya ilişkin 11. maddesini aynen muhafaza etmiştir. İlgili hüküm uyarınca, sözleşme tarafları aynı devlette bulunuyorsa, bu devletin hukukuna göre (işlemin yapıldığı yer hukuku) ehliyetli olup bir başka devlet hukukuna göre ehliyetsiz sayılan gerçek kişi, ancak sözleşmenin diğer tarafının sözleşme akdedilirken bu ehliyetsizliği biliyor olması veya kendi ihmalinden dolayı bu ehliyetsizlikten haberdar olmaması halinde, diğer devlet hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilir²⁰⁰. Bu hüküm, taraflardan birine, sözleşmenin diğer tarafının başka bir hukuka göre fiil ehliyetine sahip olup olmadığını bilmek külfeti yüklemesi ve uygulamada belirsizliklere neden olabileceği için eleştirilmiştir²⁰¹. Avrupa Birliği hukukunda anılan hükmün iş sözleşmeleri alanında sonucu, kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli olan işçi veya işverenin; işlem güvenliği prensibi uyarınca ehliyetli olacağı, ancak karşı taraf bu ehliyetsizliği biliyor veya ihmali sebebiyle bilmiyor ise kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olan tarafın kendi ehliyetsizliğini ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia edebileceğidir.

Türk hukukunda MÖHUK m. 9/f.2'de Roma I Tüzüğü m. 13'de düzenlendiği gibi işlem güvenliği kuralı sübjektif iyi niyet koşuluna bağlanmamıştır. Sübjektif iyi niyete ancak Kanun hükmünde öngörülmesi halinde etki tanınabilir. Bu anlamda Türk milletlerarası özel hukukunda, kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli olan kişinin; işlem güvenliği prensibi uyarınca

¹⁹⁹ “In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.”

²⁰⁰ Czerwiński, s. 151.

²⁰¹ **Ashı Bayata Canyaş**, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, 2012, s. 218.

ehliyetli olacağı ve karşı tarafın bu ehliyetsizliği biliyor veya ihmali sebebiyle bilmiyor olmasının bu durumu değiştirmeyeceği söylenebilir. Eğer Türk hukukunda işlem güvenliği prensibinin uygulanması sübjektif iyi niyet koşulunun bağlanmak isteniyorsa kanaatimizce yasal değişiklik yapılması gerekmektedir.

Öğretide, MÖHUK m. 9/f.2'nin amacının ülkede gerçekleşen ticari işlemlerin geçerliliğini üçüncü kişiler bakımından korumak olduğu²⁰² ve iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir²⁰³. Kanaatimizce, işçinin Türk hukukuna göre ehil olup kendi milli hukukuna göre ehil olmadığı durumlarda, işlem güvenliği prensibi bakımından öncelikle incelenmesi gereken, özellikle işçinin kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasının işçiyi koruyucu kamu menfaatli bir kuraldan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Bu halde, yabancı devletin doğrudan uygulanan kuralı gündeme gelecek olup, bu kapsamda o kurala etki tanınabilecektir. Doğrudan uygulanan kural kapsamına girmeyen ehliyet meselesinde ise, maddenin lafzı iş sözleşmelerini istisna tutmadığından, işlem güvenliği prensibi uygulama alanı bulacaktır.

2. Şekle Uygulanacak Hukuk

Bir hukuki işlemin yapılabilmesi için, bu konuda iradelerin açıklanması gerekir²⁰⁴. İrade açıklaması hukuki işlemin temel kurucu unsurudur²⁰⁵. İrade, kanunda öngörülen ya da taraflarca tespit edilen belirli biçimde dış dünyaya aktarılır²⁰⁶. İrade açıklamasında kullanılan bu biçim, hukuki işlemin şeklini oluşturur²⁰⁷. Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığın, iş sözleşmesinin şekline ilişkin bir uyuşmazlık mı yoksa esasına ilişkin bir uyuşmazlık mı olduğu vasıflandırma meselesidir²⁰⁸. Uyuşmazlık, sözleşmenin taraflarının sözleşme akdetme konusundaki iradelerinin dış dünyaya açıklanma biçimine ilişkin ise uyuşmazlığın şekle ilişkin olduğu kabul edilir²⁰⁹.

²⁰² Çelikel/Erdem, s. 209.

²⁰³ Elçin, s. 52.

²⁰⁴ Tekinalp / Uyanık, s. 90.

²⁰⁵ Temel Doğan, Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996, s. 27.

²⁰⁶ Doğan, s. 37; Doğan, MÖH, s. 304; Kılıçoğlu, s. 234; Eren, s. 131.

²⁰⁷ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 103.

²⁰⁸ Rona Aybay / Esra Dardağan, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, 2001, s. 128-129; Elçin, s. 54; Doğan, İş Akdi, s. 124.

²⁰⁹ Elçin, s. 54.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri bakımından şekle ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmesi sık kullanılan bir yöntem değildir. İş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku gösteren genel kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilir. Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekli iki farklı kuralın hâkimiyeti altındadır. Bu kurallar, *locus regit actum* (LRA) şeklinde adlandırılan; hukuki işlemin şekline, işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı veya hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) uygulanmasıdır²¹⁰.

Türk milletlerarası özel hukukunda hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel bağlama kuralı MÖHUK madde 7’de düzenlenmektedir. İlgili hüküm uyarınca, *hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*. Buna göre, hukuki işlemler işlemin yapıldığı yer hukukunun (LRA) veya işlemin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekle uygun olarak yapılmışsa, şeklen geçerli olarak kabul edilir²¹¹.

MÖHUK’ta hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel bağlama kuralı madde 7 olmakla birlikte, bazı hukuki işlemlerin şekline ilişkin özel bağlama kuralları düzenlenmiştir. MÖHUK m. 20/f.4 ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuku, MÖHUK m. 21/f.4 taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemlerde şekli, MÖHUK m. 13/f.2 evliliğin şekline uygulanacak hukuku, MÖHUK m. 26/f.3 ise tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuku ayrıca düzenleyen bağlama kurallarıdır.

Taraflardan birinin diğerinin karşısında zayıf konumda olduğu sözleşme tiplerinden tüketici sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralında öngörülen özel şekil şartına (MÖHUK m. 26/f.3) benzer bir hüküm, yine, sözleşme taraflarından birinin diğerinin karşısında zayıf konumda olduğu iş sözleşmeleri bakımından öngörülmemiştir. Bu sebeple yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin şekil yönünden geçerliliğine ilişkin uyumsuzluk, MÖHUK m. 7’ye göre belirlenecek ve sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (LRA) veya iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) belirlediği şekil şartına uygun olarak yapılmışsa şeklen geçerli olacaktır.

²¹⁰ Tekinalp / Uyanık, s. 90; Doğangün, s. 57.

²¹¹ Tekinalp / Uyanık, s. 91.

Bununla birlikte, sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafı koruma yollarından birinin de şekil kuralları ile sağlandığını birinci bölümde belirtmiştik²¹². Bunun sebebi, zayıf tarafa sözleşmenin içeriği hakkında düşünme ve bilgi sahibi olma imkânı vermektir²¹³. İş sözleşmelerinde sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin hem esasa ilişkin kurallarla hem de ehliyet ve şekil bakımından getirilen kurallarla korunması amaçlanmaktadır. İşçiyi koruyucu şekil kurallarına örnek olarak, devletin çalışma ve ekonomi politikalarını ve işçileri koruyucu şekilde düzenlenmiş tipik iş sözleşmeleri yerine atipik iş sözleşmelerin yapılmasını güçleştirmek için yazılı şekil şartı aranması gösterilebilir²¹⁴. Örneğin, İş Kanunu'nda genel olarak iş sözleşmesi kurmak için yazılı şekil şartı aranmamakla birlikte, iş hukukunda asıl nitelik taşıyan tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri dışında kalan atipik iş sözleşmeleri için (belirli süreli, takım vb.) yazılı şekil şartı aranarak bu sözleşmeler, sıkı şartlara bağlanmış ve bu suretle işçi uyarılmıştır²¹⁵. Deniz İş Kanunu madde 5 ve Basın İş Kanunu madde 4'te öngörülen ayrıntılı şekil şartları ise, işçinin çalışma koşulları hakkında detaylı ve açık bilgi sahibi olabilmesini ve yine işçiyi korumayı amaçlamaktadır²¹⁶.

İşin yapıldığı yer hukukunda öngörülen bu türden işçiyi koruyucu şekil kurallarının, tıpkı işçiyi koruyucu esasa ilişkin kurallar gibi doğrudan uygulanan kural olarak sözleşmenin şeklinin tabi olduğu hukuk dikkate alınmaksızın uygulanması gerekmektedir²¹⁷. Zira burada önemli olan Kanun'un bu hükümleri getirme amacıdır. Kanun, atipik iş sözleşmelerinden sapıldığı hallerde işçinin konumunu daha zayıf olarak gördüğünden, işçiyi koruma amacıyla sözleşmeyi sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Bu kuralların mahiyetinin, iş hukukunda yazılı şekil şartlarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalardan ayrı tutularak, kuralların getirilme amacına göre belirlenmesi gerekir. Bu sebeple, işçiyi koruma amacıyla getirilen şekil şartlarının da aynı esasa ilişkin koruyucu şartlar gibi, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacağı kabul edilmelidir.

²¹² Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159.

²¹³ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159.

²¹⁴ Bkz. Bölüm I, s. 26 vd.

²¹⁵ Arslan Ertürk, s. 118.

²¹⁶ Narçin Tosun, s. 18-19.

²¹⁷ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159-160. Aksi yönde bkz. Süzen, s. 270. Yazara göre, iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının öngörüldüğü hallerde yazılı şekil şartına uyulmamışsa, MÖHUK m. 7 alternatifli bağlama kuralı uygulanarak işlemin ayakta tutulması işçinin daha lehine olacaktır. Yazılı şekle ilişkin şart İş Kanunu'nda açıkça hükümsüzlük yaptırımına bağlanmadığından, yazılı şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilerek MÖHUK m. 7'yi bertaraf etmemelidir.

Bu anlamda akla gelebilecek soru, hangi şekil şartları işçiyi (veya sözleşmenin zayıf tarafını) koruma amacıyla getirilmiştir? Bu ayrımı doğru yapmak gerekir. Aksi halde, her şekil şartının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü zaten mümkün değildir. Kanaatimizce hem işçiyi koruma amacına hem de devletin kendi ülkesindeki çalışma rejimine ilişkin belirli politikalarını (örn. belirsiz süreli ve tam zamanlı iş sözleşmeleri ile çalışma, ekonomik istikrarın sağlanması gibi) gerçekleştirmeye yönelik şekil kuralları doğrudan uygulanan kural niteliğine sahiptir.

Avrupa Birliği hukukunda sözleşmelerin ve tek taraflı hukuki işlemlerin şekline ilişkin Roma I Tüzüğü m. 11 bulunmaktadır. İlgili hüküm, tarafların beklenmedik bir şekli eksiklik nedeniyle sözleşmelerinin geçersiz olması sonucunu engellemek için esnek ve ayrıntılı bir düzenleme getirmektedir²¹⁸. Aynı devlette bulunan taraflar arasında kurulan bir sözleşme, yapıldığı devlet hukukunun veya o sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekil şartlarını sağlamalıdır (m. 11/f.1)²¹⁹. Sözleşme taraflarının farklı devletlerde bulunmaları halinde ise sözleşme, o sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya sözleşme taraflarının sözleşmenin akdedildiği sırada bulundukları veya mutad meskenlerinin bulunduğu devlet hukuklarından birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir (m. 11/f.2)²²⁰. Mevcut veya ileride yapılması düşünülen sözleşmeyle ilişkili tek taraflı hukuki işlemlerin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk da alternatif olarak gösterilmiştir. Bu halde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku veya tek taraflı hukuki işlem de bulunanın mutad meskeni hukuklarından biridir (m. 11/f.3)²²¹. Tüzük, iş sözleşmelerinin şekline ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Buna göre, Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanına giren iş sözleşmeleri bakımından, somut olaya göre, m. 11 hükmünün ilk üç fıkrası uygulanacaktır.

²¹⁸ **Zeynep Derya Tarman**, “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ankara, 2016, s. 371-428, s. 396 [AB Kanunlar İhtilafı].

²¹⁹ “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.”

²²⁰ “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.”

²²¹ “A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time.”

İsviçre hukukunda, İsv. MÖHK madde 124 fıkra 1 uyarınca; bir sözleşme, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekilde ya da sözleşmenin kuruluş yerinin öngördüğü şekilde yapılırsa geçerlidir²²². Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, farklı devletlerde bulunan taraflar arasında yapılan sözleşmeler, tarafların bulunduğu devlet hukuklarından birinin öngördüğü şekilde yapılabilir²²³. Üçüncü fıkroda, “Sözleşmeye uygulanacak hukukun, taraflardan birini korumak amacıyla belli bir şekle uyulmasını öngörmesi halinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk başka bir hukukun uygulanmasını kabul etmiyorsa, sözleşmenin şekli münhasıran bu hukuka tâbi” olduğu düzenlenmiştir²²⁴. Bu son fıkra ile sözleşmeye uygulanacak hukukun zayıf tarafı koruyucu şekil kurallarından eğer ancak bu hukuk izin veriyorsa ayrılınabileceği düzenlenmiştir.

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Tasarısı’nda iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda, akdedildiği yer hukukuna göre şeklen geçerli olsa dahi, işin yapıldığı yer hukukunun özel şekil şartları araması halinde sözleşmenin bu şartlara uygun olarak yapılması gerektiği öngörülmüştür²²⁵.

Kanaatimizce, yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Tasarısı’nın işin yapıldığı yer hukukunun özel şekil şartları araması halinde sözleşmenin bu şartlara uygun olarak yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemesi yerindedir. İş sözleşmelerinin şekline ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları incelendiğinde genel olarak; sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ve sözleşmenin akdedildiği yer hukukunun uygulandığını görmekteyiz. Ancak, iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk işin yapıldığı yerden farklıysa ve mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu özel şekil kuralları varsa bu kuralların uygulanması -bu kurallar işin yapıldığı yer hukukunun doğrudan

²²² “A contract is valid as to form if it conforms with the law applicable to the contract or to the law of the place where it is concluded.”

²²³ “The form of a contract concluded between persons in different States is valid if it conforms with the law of one of those States.”

²²⁴ “The form of the contract shall be governed exclusively by the law applicable to the contract if, to protect a party, that law prescribes compliance with a specific form unless that law permits the application of another law.”

²²⁵ “A contract of employment is valid as to its form if it is in conformity either with the requirements of the law indicated in Articles 3, 4 and 5, or with those of the law of the State in whose territory the contract was concluded, or with those of the law of the common nationality or of the common domicile of the parties. Nevertheless, any provision imposing special formal requirements must be observed in so far as they are in force in the country in which the work is to be performed. “Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb – 1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rappoteur: Mr. Etienne Szaszy, m. 2.

uygulanen kuralları olabileceğinden- gerekebilir. Bununla birlikte, iş sözleşmelerinde karakteristik edim işçinin edimidir ve işin yapıldığı yer hukukunun işçiyi koruyucu kurallarının şekil bakımından da uygulanması işçinin korunması amacına hizmet eder.

İş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının, AB düzenlemelerinde ve MÖHUK'ta tüketici sözleşmeleri bakımından öngörüldüğü şekilde, ayrı bir fıkra olarak düzenlenmesi düşünebilir. Zayıf sözleşme tarafı olan tüketicinin şekil şartlarıyla korunması gereği, iş sözleşmelerinde de işçi bakımından bulunmaktadır. İş hukukunda aranan şekil şartları işçinin korunması amacına hizmet ettiğinden esnek olmamaları gerekmektedir²²⁶. Tüketici sözleşmelerinde getirilen kurala benzer şekilde, iş sözleşmelerinin MÖHUK m. 7 hükmünde sayılan “yapıldıkları ülke hukukunun” veya “o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin” öngördüğü şekilde yapılabileceği, ancak “işin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü işçiyi koruyucu özel şekil kurallarının saklı kalacağı” şeklinde bir düzenleme MÖHUK m. 27 hükmüne ek fıkra olarak ilave edilebilir.

C. Esasa Uygulanacak Hukuk

İş sözleşmesi, gerek kamu hukuku karakterli bir özel hukuk sözleşmesi olması gerek sosyal niteliği gerekse sözleşme taraflarının konumlarının birbirine denk olmaması gibi özellikleri ile diğer sözleşme tiplerinden ayrılmaktadır²²⁷. Günümüz milletlerarası özel hukuk kanunlarında bu ayrım gözetilerek, sosyal içerikli ve zayıf akit tarafı bulunduran iş sözleşmeleri için ayrı bağlama kuralları düzenlenmiştir.

Türk hukukunda 2675 sayılı Kanun'da sözleşmeden doğan borç ilişkileri tek bir madde ile düzenlenmiş (madde 24)²²⁸ ve borç ilişkilerinin birbirinden farklı nitelikleri dikkate alınmamıştır. Aynı dönemde Roma Konvansiyonu, Alman ve İsviçre MÖHK sosyal içerikli sözleşmelerde zayıf tarafın korunmasına hizmet eden

²²⁶ Morgenstern, s. 67.

²²⁷ Çelikel / Erdem, s. 410.

²²⁸ “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.” 2675 sayılı Kanun için bkz. **Uluocak**, s. 295-304.

özel koruma hükümleri içermektedir²²⁹. 5718 sayılı Kanun ile hem sözleşmeden doğan borç ilişkileri hem de iş sözleşmeleri ve diğer sosyal içerikli sözleşmeler bakımından Roma Konvansiyonu hükümleri doğrultusunda değişiklikler kabul edilmiştir. İş sözleşmeleri bakımından ayrı bir bağlama kuralı olarak madde 27 düzenlenmiş, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde açık hukuk seçiminin yanında örtülü hukuk seçimi de kabul edilmiştir²³⁰ ve hukuk seçiminin bulunmadığı halde sözleşme ilişkisine ifa yeri hukuku yerine, sıkı irtibatlı yer hukukunun uygulanması esası kabul edilmiştir.

Birden fazla devlet ile ilişkili iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın hangi devletin hukuku uygulanarak çözümleneceği bir kanunlar ihtilafı meselesidir. Yabancılaşma unsuru içeren iş sözleşmesinde tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk ve iş sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk dışında kalan hususlar iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk tarafından idare edilir. Bu kapsamda, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa; sözleşmenin kurulması, yorumu, ifası, sona ermesi, sözleşmeye aykırılık gibi her konu, iş sözleşmesi statüsünün tabi olduğu hukuk (*lex loci laboris*) tarafından idare edilecektir.

Sözleşmelere ilişkin bağlama kuralları konusunda karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda ikili ayırım kabul edilmektedir²³¹. Buna göre bağlama kuralları objektif bağlama kuralı ve sübjektif bağlama kuralı olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif bağlama kuralı, kanunun hukuk seçimine izin vermediği durumlarda ya da kanun hukuk seçimine izin vermekle birlikte tarafların geçerli hukuk seçimi yapmadıkları durumda, uygulanacak hukukun kanun koyucunun belirlediği şekilde objektif olarak tespitini sağlayan kurallardır²³². Sübjektif bağlama kuralı, kanunun izin verdiği hallerde tarafların, aralarındaki hukuki işlem ve ilişkiye uygulanacak hukuku seçmelerine müsaade eden kurallardır²³³.

²²⁹ **Vahit Doğan**, “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, s. 148 [Uygulanacak Hukuk].

²³⁰ Bu konudaki tespitimiz için bkz. s. 58 vd.

²³¹ **Doğan**, MÖH, s. 399; **Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe**, s. 272 vd.; **Tekinalp / Uyanık**, s. 275 vd.; **Nomer**, DHH, s. 317 vd.; **Doğan**, MÖH, s. 399-409; **Çelikel / Erdem**, s. 369-373.

²³² **Çelikel / Erdem**, s. 65-67; **Nomer**, DHH, s. 317-319; **Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe**, s. 290-291.

²³³ **Çelikel / Erdem**, s. 67.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuku tespit ederken, kanunlar ihtilafı kuralları incelenerek hukuk seçimine izin verilip verilmediği, izin verilmişse bu seçimin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, hukuk seçimi bulunmayan hallerde hangi bağlama noktası veya noktaları ile uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun belirleneceği aşağıda başlıklar altında incelenecektir.

1. Sübjektif Bağlama Kuralı

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda ilk derece bağlama noktası olarak karşımıza taraf iradeleri çıkmaktadır²³⁴. Sözleşmeler alanında irade serbestisi prensibinin kabul edilmesinin nedenleri, hangi hukukun uygulanacağı konusunda belirsizlikleri gidermek suretiyle ticari hayatta güven ve istikrar sağlamak ve tarafların bildiği hukuku seçmelerindeki menfaatlerini korumaktır²³⁵.

a. Bireysel İş Sözleşmeleri Alanında Hukuk Seçimine İlişkin Görüş ve Düzenlemeler

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmeleri alanında hukuk seçimi ilkesinin geçerli olup olmadığı tartışılmıştır²³⁶. Hukuk seçiminin tarafların eşit konumda olduğu, dolayısıyla sözleşme şartlarını eşit şekilde müzakere edebilecekleri sözleşmeler açısından geçerli olacağı kabul edilmektedir²³⁷. Taraflardan birinin ekonomik ve sosyal anlamda diğerine göre daha zayıf konumda olduğu sözleşmelerde taraflar, hukuk seçimi konusunda eşit müzakere gücüne sahip değildir²³⁸.

Hukuk seçiminin zayıf tarafın korunması amacına ters düşmesi karşısında tüketici ve iş sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimini tamamen reddeden ve hukuk seçimini sınırlayan görüş ve düzenlemeler mevcuttur. Hukuk seçimini reddeden görüş uyarınca, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmayarak sözleşmeye objektif bağlama kuralı ile yetkisi tesis edilen hukuk uygulanmalıdır.

²³⁴ Doğan, MÖH, s. 399.

²³⁵ Tarman, AB Kanunlar İhtilafı, s. 379; Doğan, MÖH, s. 400.

²³⁶ Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, 1995, s. 266.

²³⁷ Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 125 [Elektronik Sözleşmeler].

²³⁸ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102.

Tarafların hukuk seçimi yetkisini kabul eden ancak bu yetkiyi sınırlayan görüş ve düzenlemeler ise kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, taraflarca seçilebilecek hukukların sınırlandırılmasıdır. Hukuk seçiminin bu yöntemle sınırlandırılması ile taraflar, yalnızca sözleşme ile bağlantısı önceden kanun koyucu tarafından objektif esaslara tespit edilmiş hukuklardan birini sözleşmelerine uygulanmak üzere seçebilmektedir.

Tarafların hukuk seçimi yetkisine getirilen diğer sınırlama, objektif kriterlere göre işçinin daha lehine olan bir hukukun seçilmesi halinde hukuk seçimine etki tanınması, aksi halde objektif kritere göre yetkili olan hukukun uygulanmasıdır. İlgili düzenlemelerde “asgari koruma şartı” olarak da karşımıza çıkan bu sınırlama ile hukuk seçimine, işçiyi yani sözleşmenin zayıf tarafını koruduğunun somut olay bakımından araştırma yapılması sonucunda etki tanınmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk alanına giren iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar bakımından yukarıda bahsedilen; hukuk seçimi reddeden ve hukuk seçimine sınırlı olarak izin veren (taraflarca seçilebilecek hukukların sınırlandırılması ve asgari koruma şartı) görüş ve düzenlemeler aşağıda incelenecektir.

(1) Hukuk Seçimini Reddeden Görüş

Sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla hukuk seçimini reddeden görüşe göre, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmayarak sözleşmeye objektif bağlama kuralı ile yetkisi tesis edilen hukuk uygulanmaktadır²³⁹. Taraflara hukuk seçimi imkânı verilmemesine örnek olarak, İsviçre hukukunda tüketici sözleşmeleri alanında İsv. MÖHK m. 10/f.2²⁴⁰ gösterilebilir.

Öğretide iş sözleşmeleri kapsamında hukuk seçimini reddeden görüş uyarınca, hukuk seçimine izin verilmesi durumunda sözleşmenin zayıf tarafı olan işçi, hukuk seçimi olmasa idi uygulanacak hukukun sağlayacağı korumadan mahrum

²³⁹ Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102; **Doğan**, Uygulanacak Hukuk, s. 149-150.

²⁴⁰ “A choice of law by the parties is precluded.”

kalacaktır²⁴¹. Bu görüşün gerekçelerinden biri olarak, tarafların pazarlık güçlerinin eşit olmaması ve iş sözleşmelerinin genel olarak işveren tarafından önceden hazırlanmış standart bir formda işçiye sunulması sonucunda sözleşme şartlarının gerçek bir irade uyuşmasıyla oluşmaması gösterilmiştir²⁴². Bu görüşü savunan yazarlara göre, taraflardan birinin sosyal bakımdan korunma ihtiyacının bulunduğu sözleşmelerde objektif akit statüsünün emredici hükümlerinden hukuk seçimi yoluyla kaçılabilirse, zayıf taraf olan işçi savunmasız kalacaktır²⁴³. Diğer bir ifadeyle, taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olduğu varsayımında uygulanacak hukuk, tarafların seçtiği hukuka kıyasla her zaman işçinin daha lehine olacaktır²⁴⁴.

Hukuk seçimini reddeden görüşlerden bir diğeri ise, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi iradesini kanuna karşı hile müessesesi kapsamında değerlendirmektedir²⁴⁵. **Elçin**, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin yalnızca kanuna karşı hile müessesesi ile açıklanabileceği görüşüne; (i) kanuna karşı hile için aranan hile kastının sadece işveren bakımından bulunması, (ii) işverenin işçiler için de daha elverişli bir hukuku seçmesinin mümkün olması, (iii) özellikle işçinin işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderildiği durumda tarafların daha aşına oldukları devletin hukukunu seçebilecekleri ve bu durumda gerçek bir hukuk seçiminin bulunacağı gerekçeleriyle katılmamaktadır²⁴⁶. Kanaatimizce, tarafların istemedikleri bir hukuk sisteminin uygulanmasını önlemek için, bağlama noktasını hileli bir şekilde değiştirmek suretiyle kendi çıkarları açısından daha uygun bir hukukun uygulanmasını sağlamaları anlamına gelen kanuna karşı hile, tarafların hukuk seçimi ilkesi ile uyuşmamaktadır²⁴⁷. Zira kanuna karşı hilenin gerçekleşmesi için uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralının kabul ettiği bağlama noktası ile belirlenmesi ve tarafların bu bağlama noktasını, uygulanacak hukuku değiştirmesi amacıyla hileli olarak hareket etmesi gerekir²⁴⁸. İş sözleşmeleri alanında hukuk seçimi yapılmamışsa

²⁴¹ Görüş hakkında bkz. **Morgenstern**, s. 19; **Vahit Doğan**, “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, s. 109-110 [Tespit].

²⁴² **Morgenstern**, s. 19.

²⁴³ **Doğan**, Uygulanacak Hukuk, s. 151 dn. 14 naklen: Kropholler, Schwächeren Vertragspartei, s. 648; Keller, M., Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. 175-188, s. 185. (Schutz des Schwächeren)

²⁴⁴ **Morgenstern**, s. 19.

²⁴⁵ Bu tespit için bkz. **Elçin**, s. 67; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102.

²⁴⁶ **Elçin**, s. 68.

²⁴⁷ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102-103.

²⁴⁸ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 103.

uygulanacak olan mutad işyeri hukuku veya işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama noktalarının sırf kanuna karşı hile yapmak için değiştirilmesi, tarafların hukuk seçimi serbestisinin de bulunduğu dikkate alındığında makul görünmemektedir.

Kanaatimizce, tarafların hukuk seçimi imkânını kaldırmak her zaman sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacını gerçekleştirmez. Zira hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak hukuk, kanun koyucunun objektif bağlama kuralı uyarınca sözleşme ilişkisi ile yakın bağlantılı gördüğü hukuklardan biri olacaktır. Ancak bu durum, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun maddi hükümlerinin zayıf tarafı koruyucu hükümler içereceği anlamına gelmemektedir. Nitekim, kanunlar ihtilafı adaleti, hukuki ilişkinin kendisiyle en yakın bağlantılı hukuk sistemine bağlanmasını hedeflemekte olup, ilgili hukukun maddi hükümlerinin somut olay adaletini sağlamasını veya zayıf tarafı korumasını amaçlamaz²⁴⁹. Bu sebeple, yabancılık unsuru içeren iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimini tamamen reddeden görüşe göre katılmak mümkün değildir.

(2) Sınırlı Hukuk Seçimine Müsaade Eden Görüş

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri alanında, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmelerine müsaade eden ancak bu hukuk seçiminin sınırlanması gerektiğini ifade eden görüş²⁵⁰ ve düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan ilki, iş sözleşmeleri alanında taraflara yalnızca belirli devlet hukuklarını seçme imkânı sunan düzenlemelerdir. Bir diğer sınırlama şekli ise, tarafların yapacağı hukuk seçiminin etkisini, eğer böyle bir hukuk seçimi yapılmasaydı “işçinin sahip olacağı asgari korumanın” ihlal edilmemesi şartı ile sınırlayan düzenlemelerdir.

(a) Taraflarca Seçilebilecek Hukukların Sınırlandırılması

Taraflarca seçilebilecek hukukların sınırlandırılması yöntemi ile işçi ve işverenin, kanun koyucunun sözleşme ile bağlantılı olduğunu önceden objektif kriterlere göre tespit ettiği hukuk düzenlerini, iş sözleşmelerine uygulanmak üzere

²⁴⁹ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 101-102.

²⁵⁰ İş akdinin kendine has özellikleri olan ve menfaatler dengesine dayanan bir akit olduğu ve bu alanda hukuk seçimi yapılabilse dahi bu seçimin kısıtlı olması gerektiği görüşü için bkz. **Tekinalp**, s. 267.

seçmeleri mümkündür²⁵¹. Örneğin İsviçre hukukunda iş sözleşmeleri alanında tarafların hukuk seçimi yetkisi, belirli devlet hukukları ile sınırlandırılmıştır. İsv. MÖHK iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku 121. maddesinde düzenlemiştir. İlgili hükmün hukuk seçimine ilişkin 3. fıkrası uyarınca, “*Taraflar iş sözleşmesini, işçinin mutad meskeni veya işverenin işletmesinin bulunduğu yer veya işverenin ikametgâhı veya mutad meskeni hukukuna tabi tutabilirler*”²⁵².

İsv. MÖHK madde 15²⁵³ bir istisna kuralı içermektedir. İlgili hüküm, “*bu kanun ile belirlenen hukuk, yalnızca belirli istisnai durumlarda uygulanmaz. Bu durumlar, davanın belirlenen hukuk ile çok sınırlı bir bağlantısının olduğu ve başka bir devlet hukuku ile açıkça daha yakın bağlantısının olduğu hallerdir. Bu madde, tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde uygulanmaz*” şeklindedir. Madde 121/f.3 kapsamında hukuk seçiminde bulunan taraflar, kanun koyucu tarafından sözleşme ile ilişkili kabul edilen hukuklardan birini seçmiş olacaklarından hukuk seçiminin yapıldığı hallerde istisna kuralına gidilmez.

Görüldüğü üzere, İsv. MÖHK m. 121/f.3 taraflara sınırlı hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. Taraflarca yapılacak hukuk seçimi, işçinin mutad meskeni, işverenin işletmesinin bulunduğu yer ve işverenin ikametgâhı veya mutad meskeni hukukları ile sınırlandırılmıştır. Hukuk seçimi imkânının bu şekilde belirli devlet hukukları ile sınırlandırılmasının sebebi, tarafların eşit güçte olmaması ve zayıf taraf olan işçinin korunması gerekliliğidir²⁵⁴. İsv. MÖHK gerekçesinde, iş sözleşmeleri koruma gerektiren sözleşmelerden biri olarak sınıflandırılmaktaysa da tarafların tüm özgürlüğünü ortadan kaldırmanın gereksiz olduğu, taraflara hukuk seçimi imkânı tanımamanın uluslararası nitelik arz eden hukuki ilişkilerin gereklerine aykırı olduğu ve bazen işçilerin de objektif bağlama kuralının dışına çıkan belli bir hukukun seçilmesinde çıkarlarının olabileceği belirtilmektedir²⁵⁵.

²⁵¹ Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 149.

²⁵² “The parties may subject the employment contract to the law of the State in which the employee is habitually resident or in which the employer has his place of business, his domicile, or his place of habitual residence.”

²⁵³ “1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law. 2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties.”

²⁵⁴ Çelikel / Erdem, s. 413.

²⁵⁵ Çelikel / Erdem, s. 413; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102.

Kanaatimizce taraflarca seçilebilecek hukukların sınırlandırılması görüşü, iş sözleşmesi ve iş ilişkileri alanında işçiyi koruma amacını gerçekleştirmekten uzaktır. Çünkü tarafların seçebilecekleri hukuklar, kanun koyucu tarafından önceden sözleşme ile bağlantılı oldukları varsayımına göre belirlenmektedir ve bu belirleme kanunlar ihtilafına ilişkindir. Sözleşme ile ilişkili olduğu belirlenen hukukların maddi hükümlerinin işçiyi koruyup korumadığı araştırılmamaktadır²⁵⁶. Zira bu halde taraflarca seçilmek istenen hukuk işçiyi koruma anlamında daha elverişli hükümlere sahip olsa dahi, kanun koyucu tarafından sayılan hukuklardan biri değilse seçilemeyecektir.

(b) Asgari Koruma Şartı

Sınırlı olarak hukuk seçimine müsaade eden diğer görüşe göre, objektif bağlama kuralına kıyasla işçinin daha lehine olan bir hukukun seçilmesi halinde hukuk seçimine etki tanınacak, aksi halde objektif bağlama kuralına göre yetkili olan hukuk uygulanacaktır. Bu görüş, taraflara seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından sınır getirmemektedir. Taraflar sözleşmeyle ilişkisi olmayan herhangi bir hukuku da seçebilir. Ancak taraflarca seçilen hukuk, objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin işçiye sağladığı korumadan daha az koruma sağlıyorsa, bu hukuk seçimine etki tanınmayacak; objektif akit statüsü hukukunun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Asgari koruma sınırı ile hukuk seçiminde, taraflarca seçilen hukukun hükümleri ile objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun hükümleri arasında işçi bakımından bir yararlılık kıyası yapılacaktır²⁵⁷. Yararlılık kıyasının iç hukuktaki anlamı, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesinin hükümlerinin kıyaslanmasıdır. İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında yararlılık kıyası ise iki farklı hukuk sisteminin, yani, objektif sözleşme statüsü ile subjektif sözleşme statüsünün emredici hükümlerinin karşılaştırılması yapılarak işçi için en elverişli hukukun tespit edilmesidir²⁵⁸. Yararlılık kıyası; toplu olarak karşılaştırma, tekil karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma yöntemleri ile yapılabilir²⁵⁹. Öğretide bizim de katıldığımız şekilde grup olarak karşılaştırma yönteminin tercih edildiği

²⁵⁶ Aynı yönde, **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 102.

²⁵⁷ **Tarman**, AB Kanunlar İhtilafı, s. 393.

²⁵⁸ **Doğan**, Uygulanacak Hukuk, s. 155.

²⁵⁹ **Doğan**, Uygulanacak Hukuk, s. 155-158.

görülmektedir²⁶⁰. Grup olarak karşılaştırmada birbiriyle bağlantısı olan hükümler karşılaştırılır. Örneğin yıllık izin süresi, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli çalışma süresi, yıllık izin ücreti gibi yıllık izne ilişkin hususlar grup olarak karşılaştırılarak işçi lehine olan hükümler tespit edilecektir. Bu şekilde, menfaatlerin işçi lehine tek tek seçilerek toplanıp işverenin cezalandırılmasının önüne geçilmiş olacaktır.

İşçinin lehine hüküm değerlendirmesi, objektif değerlendirme ölçüsü esas alınarak yapılır²⁶¹. Objektif değerlendirme ölçüsü, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısına göre “akıllı ve makul bir işçinin” menfaatleri (lehine olan hükümler), iş sözleşmesi ve iş hukuku esasları çerçevesinde tespit edilecektir²⁶².

Günümüzde işçiler çalışmak üzere geçici olarak veya mutaden başka devletlere gidebilmekte ve iş ilişkileri ve iş sözleşmeleri de birden çok devletle bağlantılı olabilmektedir. Milletlerarası özel hukuk alanına giren iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun, iş sözleşmelerinin her iki tarafı bakımından da belirsiz ve öngörülemez olması istenen bir sonuç değildir. İş sözleşmelerinin tarafların iyi bildikleri hukuk tarafından idare edilmesinde tarafların menfaatleri bulunmaktadır. Ancak işçi ve işverenin menfaatleri çoğunlukla paralel değildir. Sözleşme ilişkisinin zayıf tarafı işçidir. Bu sebeple işçinin özel olarak korunması gerekir. Hem tarafların hukuk seçimine müsaade etmek hem de sözleşmenin zayıf tarafı işçinin menfaatlerini korumak amacıyla kanaatimizce en uygun yöntem, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin işçi bakımından asgari bir koruma sınırı getirilerek kabul edilmesidir. Bu yöntemle taraflar iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku diledikleri gibi belirleyebilecek ancak bu hukuk, hukuk seçimi yapılmasaydı objektif kritere göre uygulanacak hukukun işçiyi koruyucu emredici hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edemeyecektir.

İş sözleşmeleri alanında hukuk seçimine ilişkin görüşler incelendikten sonra bu konuda pozitif düzenlemelere bakmak gerekir. Avrupa Birliği hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimine ilişkin genel esaslar Roma I Tüzüğü’nde düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü m. 3, Roma Konvansiyonu m. 3 ile uyumlu olarak

²⁶⁰ Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 157; Czerwiński, s. 154.

²⁶¹ Doğan, İş Akdi, s. 75 vd.; Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 158.

²⁶² Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 158.

tarafların, aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünü düzenlemektedir. Tüzük m. 3/f.1 cümle 2'ye göre hukuk seçimi açıkça veya sözleşmenin diğer hükümlerinden veya somut olayın koşullarından kesin olarak anlaşılacak şekilde yapılabilir²⁶³. Tarafların örtülü hukuk seçimine ilişkin iradelerinin tespitinde; yetki anlaşması, ulusal bir hukuk sistemine atıf yapılması, sözleşmenin dili, sözleşmenin yapıldığı yer ve tarafların vatandaşlığı gibi objektif kriterler kullanılmaktadır²⁶⁴. Roma I Tüzüğü m. 3 taraflara, AB üyesi olsun ya da olmasın diledikleri devlet hukukunu seçme imkânı tanımaktadır. Seçilen hukuk ile sözleşme konusu arasında herhangi bir bağlantı bulunması şart değildir. Bununla birlikte, Tüzük m. 3/f.3'e göre hukuk seçimi yapıldığı anda sözleşmenin tüm unsurları hukuku seçilen devletten başka bir devlet ile ilişkili ise, hukuk seçimi bu devletin sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir²⁶⁵. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümler ifadesi, yalnızca ilgili devletin doğrudan uygulanan kurallarını değil, o devletin emredici kurallarını kapsar²⁶⁶. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası özel hukuk anlamında hukuk seçimi yapabilmek için tarafların yabancı bir devletin hukukunu seçme iradesi dışında sözleşmenin objektif olarak yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir²⁶⁷.

²⁶³ “The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.”

²⁶⁴ **Ivana Kunda**, “Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I Regulation”, Transnational, European, and National Labour Relations, Editörler: Springer, Cham, 2018, s. 73-96, s. 76; **Czerwiński**, s. 153.

²⁶⁵ “Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.”

²⁶⁶ Bu şekilde yapılan hukuk seçiminin sözleşme ile objektif olarak bağlantılı devletin doğrudan uygulanan kurallarını bertaraf edemeyeceği düzenlenseydi maddede “overriding mandatory rules” ifadesi kullanılırdı. Ancak maddede “provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement” ifadesi, emredici hükümleri anlatacak şekilde kullanılmıştır. **Bayata Canyaş**, s. 15-16; **Czerwiński**, s. 154.

²⁶⁷ Objektif olarak yabancılık unsuru bulunmayan ve yalnızca bir devletle bağlantılı olan sözleşmelerde tarafların hukuk seçme yönündeki iradesinin kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçimi mi yoksa taraflarca kararlaştırılan hukukun ilgili hükümlerinin sözleşme metni haline getirilmesi (incorporation) mi olduğu Türk hukukunda öğretilde tartışılmıştır. (Incorporation’ın hukuk seçiminden farkı hakkında açıklamalar için bkz. **Nuray Ekşi**, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, MHB, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s. 263-291, s. 263 vd.; **Nuray Ekşi**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2019, s. 62-65) Çelikel / Erdem’e göre, taraf iradesi ile seçilen hukuk, ilişkiye bağımsız olarak yabancılık unsuru katan bir bağlama noktası teşkil etmektedir. Bu halde, iki Türk vatandaşı arasında yapılan ve yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede tarafların yabancı bir hukuku sözleşmelerine uygulanmak üzere seçme iradesi o ilişkiyi milletlerarası özel hukukun konusuna dâhil eder. (Çelikel / Erdem, s. 369) Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, AB hukukunda Tüzük m. 3/f.3 ile aynı anlama gelecek şekilde, MÖHUK m. 24 anlamında hukuk seçimi yapabilmek için de hukuki ilişkinin MÖHUK’un uygulama alanına girmesi, diğer bir ifadeyle, hukuk seçimi haricinde sözleşmenin objektif olarak yabancılık unsuru taşıması (MÖHUK m. 1) gerekmektedir (**Uluocak**, s. 185-186; **Özdemir Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 33; **Doğan**, MÖH, s. 401; **Hatice Özdemir**, MÖHUK Kapsamına Giren

Genel olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimine ilişkin Tüzük m. 3'te yer alan düzenlemelere ek, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi madde 8'de asgari koruma şartı ile ayrıca sınırlandırılmıştır²⁶⁸. Tüzük m. 8/f.1 cümle 2'ye göre tarafların hukuk seçimi, işçiyi, böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak hukukun taraflarca aksi kararlaştırılmayacak hükümleri uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakmayacaktır²⁶⁹. Bahsedilen koruyucu hükümler (örneğin haksız fesih, engelli işçilerin korunması, işçinin yıllık ücretli izin hakkı, genç işçilerin korunması, işverenin iş ortamında iş sağlığı ve güvenliği şartlarını sağlamasına ilişkin hükümler) taraflarca seçilen hukuk ne olursa olsun işçi bakımından asgari bir standart yaratmaktadır²⁷⁰.

İşçinin asgari bir standartta korunması ile işçi ve işveren arasındaki güç eşitsizliği dengelenmiş olur²⁷¹. Bu koruyucu kurallar, sözleşme hukukunun genel hükümlerine ilişkin olmayıp, işçinin spesifik haklarını korumaya yöneliktir. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi *Duarte v Black and Decker* kararında, iş sözleşmesinde rekabet etmemeye ilişkin kısıtlayıcı kuralların genel sözleşme hukukunun bir parçası olduğu ve işçiyi koruyucu hükümlerden sayılmayacağına karar vermiştir²⁷². Kararda işçiyi koruyucu kuralların dar yorumlanması eleştirilmiştir²⁷³.

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin şekline ilişkin herhangi bir şart MÖHUK m. 27/f.1'de düzenlenmemiştir.

Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, Sayı 4, s. 926-941, s. 932).

²⁶⁸ İsviçre hukukunda hukuk seçimi asgari koruma şartı ile sınırlandırılmamış, bizzat seçilebilecek hukuklar sınırlandırılmıştır (İsv. MÖHK m. 121/f.3). Bkz. Bölüm II-C-2-(a)

²⁶⁹ “Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.”

²⁷⁰ Czerwiński, s. 154; Kunda, s. 77.

²⁷¹ Kunda, s. 78.

²⁷² “The law governing the enforceability and validity of restrictive covenants in employment contracts is of an altogether different character. It is part of the general law of restraint of trade which in turn is part of the general law of contract. It is true that covenants in employment contracts are harder to justify than covenants contained in commercial agreements, but the same test of what is reasonably necessary to protect the covenantee's legitimate interest applies to both types of agreement. The English law of restrictive covenants in employment contracts does not therefore consist of mandatory rules affording protection to employees within Article 6.1. Accordingly that part of the Convention provides no justification for applying English law in preference to Maryland law in deciding whether the covenants are enforceable.” EWCH 2720 (QB), paragraf 55. Bkz. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2007/2720.html> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

²⁷³ Kunda, s. 78.

Bu anlamda, iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçiminin yalnızca açık olarak mı yapılacağı ve örtülü hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı MÖHUK m. 24 üzerinden değerlendirilmektedir²⁷⁴. MÖHUK m. 24/f.1'e göre “sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”. Buna göre, iş sözleşmeleri alanında da tarafların açık ve örtülü hukuk seçimine imkân verilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflar, iş sözleşmelerinde açıkça veya sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi yapabilirler. Taraflarca seçilen hukukun sözleşme ile bağlantılı olması şartı aranmaz. Kanaatimizce MÖHUK m. 24'e göre iş sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin gerçekleşmiş olup olmadığının tespitinde AB hukukunda benimsenen; yetki anlaşması²⁷⁵, ulusal bir hukuk sistemine atıf yapılması, sözleşmenin dili, sözleşmenin yapıldığı yer ve tarafların vatandaşlığı gibi objektif kriterler somut olayın şartları çerçevesinde dikkate alınmalıdır.

Uygulamada, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 18.09.2019 tarihli kararında²⁷⁶ yabancılık unsuru içeren sözleşmede belirli bir devlet hukukuna ait bir hükme atıf yapılmasının hukuk seçimi teşkil edip etmediğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur. Karara konu olay, yabancı şirkete ait Yunanistan bayraklı turistik amaçlarla kullanılan yabancı teknede belirsiz süreli iş sözleşmesi ile tekne kaptanı olarak görev yapan davacı işçinin, davalı yabancı şirket işveren tarafından iş sözleşmesinin haksız fesih ile sonlandırılması sebebiyle kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarına ilişkindir. Yunanistan'da ve yabancı dilde düzenlenen iş sözleşmesi açık bir hukuk seçimi içermemektedir. Sözleşmenin 4. maddesinde “Taraflardan her biri, iş bu akdin süresinden önce feshini ancak MK'nın 672. maddesinde yer alan önemli hususların vukuunda isteyebilirler ve ancak bu durumda akit süresinden önce feshedilir” hükmü yer almaktadır. Kararda, öncelikle tarafların yollama yapmış olduğu Medeni Kanun hükmünün hangi Medeni Kanun olduğunu tespit edilmiştir. Şöyle ki, Türk Medeni Kanunu m. 672 mirasa ilişkin bir madde iken, Yunan Medeni Kanun'u m. 672 iş akdinin feshini düzenlemektedir. İlgili

²⁷⁴ Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 154; Doğan, Tespit, s. 113-114.

²⁷⁵ Roma I Tüzüğü paragraf 12.

²⁷⁶ Yargıtay 22. HD. E. 2016/9339- K. 2019/16564- T. 18.9.2019. Karar için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2016-9339-k-2019-16564-t-18-9-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

maddeye göre “*Taraflardan her birisi haklı sebepler ile önceden herhangi bir önel vermeksizin sözleşmeyi her zaman feshetme hakkını haizdir. İşbu hak sözleşme ile de bertaraf edilemez*”. Sözleşmede atıfta bulunulan Kanun’un Yunan Medeni Kanun’u olduğunun tespitinden sonra, tarafların sözleşmenin feshinde Yunan Medeni Kanunu’na göndermede bulunmuş olmalarının hukuk seçimi anlamına gelip gelmediği, MÖHUK m. 24 kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, tarafların yalnızca sözleşmenin feshi bakımından Yunan Medeni Kanunu’nun uygulanmasını kararlaştırmaları ile **uygulanacak hukuku tereddüde yer vermeyecek şekilde kararlaştırmış olduklarından söz edilemeyeceği**; nitekim davalı vekilinin temyiz itirazlarında da iş sözleşmesinde uygulanacak hukuk seçimi yapılmadığının ifade edildiğini gözeterek taraflar arasındaki iş sözleşmesinde hukuk seçimi bulunmadığına isabetli olarak karar vermiştir.

Yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların seçtiği hukuk, hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukukun yerine, seçilen hukukun emredici kuralları da dâhil olmak üzere uygulanır²⁷⁷. İş sözleşmeleri bakımından da kural olarak seçilen hukuk, emredici kurallarıyla birlikte, hukuk seçiminin bulunmaması halinde iş sözleşmesine uygulanacak hukukun emredici kurallarını bertaraf ederek uygulanacaktır. Ancak iş sözleşmelerinde hukuk seçimi bakımından işçi lehine asgari koruma sınırı kabul edilmiştir. Bunun anlamı, geçerli bir hukuk seçimi yapılmışsa, seçilen hukukun kuralları ve emredici hükümleri bizim de katıldığımız görüş uyarınca tavsiye edilen grup karşılaştırması neticesinde, işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukunun işçiyi koruyan emredici nitelikteki hükümlerine göre işçinin daha lehine ise uygulanacaktır. Aksi halde, yani, taraflarca seçilen hukukun hükümleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerine göre işçiyi daha az koruyorsa, mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uygulanacaktır.

Bununla birlikte, iş hukuku alanında düzenlenen çoğu kural emredici niteliktedir ve devletin sosyal ve ekonomik politikasının gerekleri doğrultusunda düzenlenmiştir²⁷⁸. Devletin sosyal ve ekonomik politikaları doğrultusunda getirilen kamu hukuku nitelikli kurallardan bazıları mutlak emredici niteliktedir ve hukuk

²⁷⁷ **Turgut Turhan**, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S.41, 1991, s.119-149, s. 123; **Elçin**, s. 83.

²⁷⁸ **Tekinalp**, s. 267.

seçimine imkân vermez²⁷⁹. İş sözleşmelerine ilişkin ikinci grup kurallar ise taraflara, işçinin daha lehine olan hükümleri kararlaştırabilmekle sınırlı bir irade serbestisi tanıyarak, işçi açısından asgari koruma sınırı oluşturmaktadır²⁸⁰. Kanaatimizce, MÖHUK m. 27/f.1’de “işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla” hukuk seçimine izin verilmesi, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki nisbi emredici hükümlerinin doğrudan uygulanacağının bir ifadesidir. Buna karşın, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mutlak emredici hükümleri seçilen hukukun uygulanmasını engeller.

2. Objektif Bağlama Kuralı

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ilişkisinde taraflar hukuk seçimi yapmamışsa veya hukuk seçimi geçersiz ise borç ilişkisine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir²⁸¹.

Genel itibariyle, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkilerin belirli bir maddi veya hukuki unsurunun kanunlar ihtilafı kuralları tarafından “bağlama noktası” (*connecting factor*) olarak kabul edilmesi ile söz konusu hukuki işlem veya ilişki belirli bir hukuk sistemine bağlanmaktadır²⁸². Bu şekilde, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkilerini idare edecek hukuk belirlenmiş olur²⁸³.

Sözleşmelere ilişkin genel bağlama kural MÖHUK madde 24’te düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanır. Maddenin devamında en sıkı ilişkili hukukun, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun

²⁷⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 107.

²⁸⁰ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 107.

²⁸¹ Ebru Şensöz Malkoç, “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 179, Temmuz 2019, Sayfa: 1383-1434, s. 1428-1429; Çelikel / Erdem, s. 373 vd; Doğan, MÖH, s. 399-409; Nomer, DHH, s. 328.

²⁸² Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 29; Çelikel / Erdem, s. 61 vd.; Tekinalp / Uyanık, s. 32 vd.; Doğan, MÖH, s. 201 vd.; Nomer, DHH, s. 105 vd.

²⁸³ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 29; Çelikel / Erdem, s. 61 vd.; Tekinalp / Uyanık, s. 32 vd.; Doğan, MÖH, s. 201 vd.; Nomer, DHH, s. 105 vd.

işyeri hukuku, işyeri bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku olduğu kabul edilmektedir. Ancak halin bütün şartlarından daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.

İsviçre hukukunda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, İsv. MÖHK m. 121/f.1²⁸⁴’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*İş sözleşmesi, işçinin işini mutad olarak ifa ettiği ülkenin hukukuna tabidir*”.

Türk hukukunda da yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak MÖHUK madde 27’de²⁸⁵ düzenlenmiştir²⁸⁶. Buna göre iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin geçici olarak işini başka yerde yapması mutad işyerini değiştirmez. Ancak işçi, işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapıyorsa iş sözleşmesine işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. MÖHUK m. 27/f.4’te düzenlenen istisna kuralına göre, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, belirtilen hukuklar yerine bu hukuk uygulanabilir.

²⁸⁴ “1. An employment contract shall be governed by the law of the State in which the employee habitually carries out his work.”

²⁸⁵ “İş sözleşmeleri

MADDE 27 – (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

²⁸⁶ Hükümün gerekçesinde “2675 sayılı Kanunun (sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen) 24. maddesinin uygulanmasının hep yetersiz kaldığı, bu nedenle yeni bir düzenleme getirildiği” ifade edilmiştir. bkz. 5718 sayılı MÖHUK gerekçesi (Tasarı m. 26): <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (Erişim Tarihi: 05.08.2020).

a. Mutad İşyeri Hukuku

(1) Zayıf Tarafı Koruma Amacı Kapsamında Mutad İşyeri Kriteri

İş sözleşmeleri ve iş ilişkileri alanında en çok benimsenen bağlama noktası, mutad işyeri (*lex loci laboris*)dir²⁸⁷. İşçinin çalıştığı yerin hukuki standartlarına göre korunması gerektiği düşüncesinden hareketle mutad işyeri bağlantı noktası hem uygulanacak hukuk hem de mahkemelerin milletlerarası yetkisi alanında kabul edilmektedir²⁸⁸.

İşçi, işini sürekli olarak belirli bir işyerinde yapıyorsa, o işyerine ve işyerinin bulunduğu devletin kuralları ve çalışma düzenine aşına olacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara işin yapıldığı yer hukukunun uygulanması, işverenin o yerde birlikte çalışan işçilere eşit işlem yükümlülüğünün sağlanması bakımından da önemlidir²⁸⁹. Öğretide işin yapıldığı yer hukukunun uygulanmasının, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetimler bakımından önemi ve uygulanabilirliği vurgulanmaktadır²⁹⁰. İşin yapıldığı yer hukukunun iş sözleşmesini idare etmesi halinde, işin yapıldığı devlette iş sağlığı ve güvenliği alanında işçiyi koruyan emredici hükümler bertaraf edilmemiş olacaktır²⁹¹. Milli hukuk sistemlerinde yer alan bağlama kurallarında olduğu gibi, milletlerarası pek çok sözleşmede de mutad işyerinin bağlama noktası olarak belirlendiği görülmektedir²⁹².

Türk hukukunda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, eski kanundan farklı olarak sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin genel kuraldan ayrılmış, MÖHUK m. 27’de özel olarak düzenlenmiştir²⁹³. Eğer taraflar, MÖHUK m. 27/f.1 uyarınca

²⁸⁷ Elçin, s. 115; Doğan, İş Akdi, s. 78; Sariöz Büyükalp, s. 203. İşyeri kavramı hakkında bkz. Bölüm I-A-2.

²⁸⁸ Uyanık Çavuşoğlu, s. 978.

²⁸⁹ Elçin, s. 115; Morgenstern, s. 80-81.

²⁹⁰ Morgenstern, s. 24.

²⁹¹ Morgenstern, s. 24.

²⁹² Türkiye’nin sosyal güvenliğe ilişkin olarak imzaladığı ikili sözleşmelerde, işçilerin, kural olarak çalıştıkları devletin hukukuna tabi olacakları düzenlenmiştir. Almanya ile 30.04.1964 tarihli sözleşme m.5-6 (RG. T. 10.04.1965 – S. 11976), Avusturya ile 12.10.1966 tarihli sözleşme m. 7-8 (RG. T. 12.07.1969 – S. 13247), Birleşik Krallık ile 09.09.1959 tarihli sözleşme m. 4 (RG. T. 21.12.1960 – S. 10686), Belçika Krallığı ile 04.06.1966 tarihli sözleşme m. 4 (RG. T. 21.12.1967 – S. 12782), Hollanda Krallığı ile 05.04.1966 tarihli sözleşme m. 7-8 (RG. T. 16.12.1967 – S. 12778), İsviçre ile 01.05.1969 tarihli sözleşme m. 4-5 (RG. T. 19.10.1971 – S. 13991), Fransa ile 20.01.1973 tarihli sözleşme m. 1-6 (RG. T. 23.07.1973 – S. 14603) bkz. <http://www.diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/sozlesmeler.html> (Erişim Tarihi: 21.10.2019).

²⁹³ 2675 sayılı kanun döneminde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmemiştir. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, genel olarak sözleşmeden doğan borç

hukuk seçimi yapmamışlarsa, iş sözleşmelerine işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku –işçi işini geçici olarak başka bir devlette yapsa dahi- uygulanır. Kanun koyucu, iş sözleşmeleri bakımından en sıkı ilişkili hukukun mutad işyeri hukuku olduğunu kabul etmektedir²⁹⁴.

İsviçre hukukunda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, İsv. MÖHK m. 121/f.1²⁹⁵’de düzenlenmiştir. Buna göre, “İş sözleşmesi, işçinin işini mutad olarak ifa ettiği ülkenin hukukuna tabidir”.

Türk maddi hukukunda İş Kanunu ile tanımı yapılan işyeri, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri bakımından ayrıca tanımlanmamıştır. İsviçre hukukunda, İsv. MÖHK madde 20/c’ye göre işyeri, iş faaliyetlerinin merkezi olan ülkedir²⁹⁶. İş faaliyetleri ise, mesleki ve ticari faaliyetleri ifade etmektedir²⁹⁷. Kanunlar ihtilafı sisteminde bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkan mutad işyerinin, genel olarak bağlama noktalarının vasıflandırılmasında kabul edildiği şekilde *lex fori*ye göre nitelendirilmesi gerekir²⁹⁸.

Mutad işyeri hukukunun uygulanması, işçinin işin yapıldığı devletin korumasından mahrum kalmamasını sağlama amacını taşır. Bu düzenleme aynı zamanda iş sözleşmeleri alanında devletin doğrudan uygulanan kurallarının iş hukuku alanındaki varlığı ve uygulamasının bir anlatımı niteliğindedir²⁹⁹. Şöyle ki,

ilişkilerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı olan madde 24 ile belirlenmekteydi. Buna göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi yapılmamışsa, borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilememesi halinde, sözleşmenin en yakın irtibatlı bulunduğu yer hukuku uygulanmaktaydı. İş sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından hareketle, borcun ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerine bakılması gerektiği ifade edilmekteydi. İş sözleşmesinin karakteristik unsurunun işçinin edimi olduğu ve dolayısıyla işçi edimini hangi devlette yerine getiriyorsa o devlet hukukunun uygulanması gerektiği ve eğer iş sürekli olarak birden fazla devlette ifa ediliyor ise de iş sözleşmesi ile en yakın irtibatlı yer hukukunun uygulanacağı öğretide ifade edilmekteydi. bkz. **Ziya Akıncı**, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992, s. 86-88; **Ekşi**, *İş Sözleşmeleri*, s. 126-128. **Doğan**, *İş Akdi*, s. 80.

²⁹⁴ **Tekinalp**, s. 268; **Aybay / Dardağan**, s. 217-218; **Tarman**, *İş Sözleşmesi*, s. 535.

²⁹⁵ “1. An employment contract shall be governed by the law of the State in which the employee habitually carries out his work.”

²⁹⁶ “For the purposes of this Code, a natural person has his place of business in the State in which his professional or business activities are centered.”

²⁹⁷ **İşıl Özkan**, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara, 2003, s. 91.

²⁹⁸ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 978. İşyerinin Türk hukukunda vasıflandırılmasında yararlanılacak tespitler için bkz. Bölüm I-A-2.

²⁹⁹ İşçinin haklarını korumanın en iyi yolu, sözleşmeye objektif kriterler uyarınca uygulanması gereken, işin yapıldığı yerde yürürlükte olan işçiyi koruyucu hükümlerin, işçi açısından asgari koruma

taraflar mutad işyeri hukuku dışında bir başka devlet hukukunu seçmiş olsalar dahi mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu emredici hükümlerinin asgari koruması kapsamının dışına çıkamayacaklardır. Roma I Tüzüğü madde 8’de aynı esası benimsemektedir. Devletler iş hukuku alanında hem ülkeleri için belirledikleri ekonomik politikalar doğrultusunda hem de işçiyi koruma amacıyla doğrudan uygulanan kural niteliğinde pek çok emredici hüküm getirmişlerdir. Kanaatimizce mutad işyerinin Türkiye olduğu iş uyuşmazlıklarında MÖHUK madde 27 fıkra 1 ve 2 hükmü; (i) Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mutlak emredici hükümlerin uygulama alanına giren her halde uygulanacağını, (ii) Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki nisbi emredici hükümlerinin uygulama alanına giren hallerde işçi lehine yapılan hukuk seçiminin uygulanabileceğinin bir vurgusudur. Başka bir ifadeyle, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mutlak emredici hükümlerinin bulunduğu durumlarda hukuk seçimi hiçbir sonuç doğurmazken, nisbi emredici hükümlerin bulunduğu durumlarda seçilen hukukun işçi lehine hükümleri hukuki sonuç doğurur.

Ehliyet ve şekil meselelerinde bahsettiğimiz işin yapıldığı yerin emredici ve devletin ekonomik ve sosyal politikalarını sağlamak ve işçiyi korumak amaçlarına sahip kuralları gibi, iş sözleşmesinin esasına ilişkin bu nitelikteki kurallarının da uygulanacağı konusunda şüphe bulunmamalıdır. Ancak bu kuralların tespiti ve kanunlar ihtilafı kuralları ile aralarındaki ilişkinin ve müdahale şeklinin (doğrudan uygulanan kural, kamu düzeni müdahalesi) doğru belirlenmesi ve uygulanması gerekir.

Milletlerarası özel hukuk alanında benimsenen “mutad işyeri” bağlama noktasının tespiti ve uygulanma kriterleri öğretide tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuştur. Bu kapsamda Roma Konvansiyonu (şimdi Roma I Tüzüğü) MÖHUK’un esin kaynağı olduğundan, mutad işyeri bağlama noktasının tespiti ve uygulanmasına ilişkin kriterler AB hukuku incelenerek değerlendirilecektir.

(2) Mutad İşyerinin Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Kriterler ve Uygulama Örnekleri

AB hukukunda Roma I Tüzüğü m. 8/f.2 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmelerine, ilk kademedeki işçinin işini mutad olarak yaptığı yerin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. AB hukuku içtihat ve öğretisinde zayıf tarafı koruma amacı ile getirilen mutad işyeri bağlama kuralı, uygulama alanını genişletecek şekilde yorumlanmaktadır³⁰⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) C-384/10 *Voogsgeerd* kararında mutad işyerinin tespitinde “*işçinin fiili olarak çalıştığı, talimatlar aldığı ve işini yerine getirirken önce rapor verdiği yer ve iş sözleşmesini karakterize eden diğer unsurlar*” kriterlerini kullanmıştır³⁰¹. İlgili karar, Hollanda’da ikamet eden ve Lüksemburg’da bir gemi sahibi tarafından istihdam edilen ve çalışmalarını gemi sahibine ait gemilerde gerçekleştiren bir deniz mühendisinin iş sözleşmesine ilişkindir. ABAD, iş sözleşmesine uygulanacak hukukun Roma Sözleşmesi m. 6/f.2 (a) (Tüzük m. 8/f.2) uyarınca “mutad işyeri” tespit edilerek belirlenebileceğine ve Sözleşme’nin m. 6/f.2 (b) maddesi (Tüzük m. 8/f.2 (b)) kapsamında, mutad işyerinin bulunmadığı halde uygulanacak olan “işçiyi istihdam eden işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku” kuralına gidilmesine gerek olmadığına karar vermiştir³⁰².

ABAD, C-29/10 *Koelzsch* kararında ise mutad işyeri hukuku kavramını Brüksel I Tüzüğü³⁰³ çerçevesinde yorumlamıştır³⁰⁴. Brüksel I Tüzüğü m. 21/f.1 ışığında mutad işyeri, “*işçinin işini mutaden yaptığı yeri veya işini yaptığı son yeri*” ifade eder. ABAD’a göre “*işçinin çalışma faaliyetlerini fiilen nerede veya nereden yürüttüğü ile bir faaliyet merkezinin bulunmadığı durumlarda faaliyetlerinin*

³⁰⁰ Uglješa Grušić, “Should The Connecting Factor Of The ‘Engaging Place Of Business’ Be Abolished In European Private International Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, 62(1), s. 173-192, s. 179; Kunda, s. 83.

³⁰¹ ABAD C-384/10 *Voogsgeerd*, paragraf 40. Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0384&lang1=en&type=TEXT&ancre=> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

³⁰² ABAD C-384/10 *Voogsgeerd*, görüşler paragraf 60. Bkz. <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CC0384&lang1=en&type=TEXT&ancre=> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

³⁰³ REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

³⁰⁴ ABAD C-29/10 *Koelzsch*, paragraf 33. Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84441&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=18125058> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer” mutad işyeridir³⁰⁵. ABAD, işçinin daha lehine olacağı düşüncesinden hareketle ikinci kademedeki yer alan işçiyi istihdam eden işyeri hukukunun uygulanmasına gerek kalmadan mutad işyerini tespit edip uygulamaya yönelik bir yorum benimsemektedir³⁰⁶.

Uluslararası taşımacılık sektöründe çalışan uçuş görevlisi, gemi kaptanı vb. kişiler bakımından, özellikle **“işçinin nakliye görevlerini yerine getirdiği, görevine ilişkin talimatlar aldığı ve işini organize ettiği, çalışma araçlarının bulunduğu, taşımanın esas olarak gerçekleştirildiği, malların boşaltıldığı ve çalışanın görevlerini tamamladıktan sonra döndüğü yer”**, mutad işyerinin tespitinde dikkate alınır³⁰⁷. Kanaatimizce bu kriterler, işçinin fiili olarak birden fazla ülkede çalışması halinde mutad işyerinin tespitini kolaylaştıracak ve bağlama kuralının uygulama alanını genişletecektir.

Türk hukukunda mutad işyeri bağlama noktasının tespitine ilişkin öğretide bir görüşe göre, işçinin işini fiilen yerine getirdiği yer, mutad işyeridir³⁰⁸. Bir diğer görüşe göre ise mutad işyerinin tespitinde taraf iradeleri dikkate alınır, taraf iradelerinin saptanamaması halinde; hizmetin niteliği ve özelliği işin ağırlık merkezini belirler ve fiili işyeri mutad işyerinin belirlenmesinde rol oynamaz³⁰⁹. Mutad işyerinin belirlenmesinde işçinin, işin esas kısmını ve ağırlıklı bölümünü; nitelik, nicelik ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı olarak yerine getirdiği dikkate

³⁰⁵ Czerwiński, s. 155-156.

³⁰⁶ Czerwiński, s. 155-156.

³⁰⁷ “It must, in particular, determine in which State is situated the place from which the employee carries out his transport tasks, receives instructions concerning his tasks and organises his work, and the place where his work tools are situated. It must also determine the places where the transport is principally carried out, where the goods are unloaded and the place to which the employee returns after completion of his tasks.” ABAD C-29/10 Koelzsch, paragraf 49.

³⁰⁸ “İş akitlerinde, işveren için yapılacak hizmetin (işin) ağırlık merkezinin bulunduğu yer, mutad işyeridir. Hizmetin bir bütün halinde belirli bir ülkede yerine getirilmesi gereği, o ülkeyi “mutad işyeri” yapar. Neresinin mutad işyeri olacağını tarafların iradesi belirler. Farklı bir söyleyişle, mutad işyeri kavramı, işverenle anlaşmasına uygun olarak işçinin faaliyetini fiilen icra ettiği yere göre belirlenir. Bu konuda tarafların iradesi tespit edilemiyor ise, yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği, onun ağırlık merkezini tayin eder. İşçi, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini birden çok devlette yerine getirmekte ise, her biri -somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınmasıyla onun yükümlülüklerini (asgari %50) işverene karşı fiilen yerine getirdiği yer olmak şartıyla- mutad işyeri olarak kabul edilir” bkz. Nomer, DHH, s. 346-347; Sibel Özel, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1351-1382, s. 1356 [MÖHUK m. 44]; Uyanık Çavuşoğlu, s. 978; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 305.

³⁰⁹ Çelikel / Erdem, s. 416.

alınır³¹⁰. Eğer işin mutad yapıldığı yer, tarafların sözleşmede işyeri olarak belirlediği yerden farklı ise sözleşme hükmüne riayet edilmemeli, işin fiilen yapıldığı yer mutad işyeri kabul edilmelidir³¹¹.

Uygulamada, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.10.2010 tarih, E. 2009/31301 ve K. 2010/30289 sayılı kararına³¹² konu olayda, davacı şirketin Libya'daki şantiyesinde tesis işletme şefi olarak çalışan işçi, iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boшта geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir. Taraflar arasında mahkemenin yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Öncelikle, sözleşmede yabancılık unsuru bulunduğu için (mutad işyeri Libya) MÖHUK uygulanmalıdır. MÖHUK m. 27'ye göre öncelikle tarafların hukuk seçiminin bulunup bulunmadığına bakılmalı, hukuk seçimi bulunmuyorsa kademeli bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Hukuk seçimi bulunmadığından uygulanacak hukuk m. 27/f.2 uyarınca mutad işyeri olan Libya hukukudur. Ancak Yargıtay kararında, MÖHUK m. 27'den bahsetmekle birlikte, MÖHUK m. 27 işletilmeden “*Türk iş hukukunda iş güvencesine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve kamu düzenine ilişkin oldukları*” kabul edilerek MÖHUK m. 5 gereğince Türk iş hukukunun uygulanması gerektiğine hatalı olarak karar vermiştir³¹³.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarihli ve E. 2016/242, K. 2017/227 sayılı kararında³¹⁴ yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa MÖHUK'un 27. maddesini uygulayarak mutad işyerini tespit etmesi gerekirken, uyuşmazlığı doğrudan Türk hukukuna yanlış gerekçelerle bağlamıştır. Kararın ilgili kısmı “*Dosya kapsamına göre davalı şirket Türkiye merkezli bir şirkettir. Davacı işçi davalı şirketin Libya ülkesinde bulunan şube işyeri üzerinden istihdam edilmiştir. Davacı, davalı tarafından Libya'da çalıştırılmak üzere Türkiye'de işe alınmıştır. Bu durumda Türk iş hukukunun işçiye*

³¹⁰ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 305; Sarıöz Büyükalp, s. 206; Tarman, İş Sözleşmesi, s. 534.

³¹¹ Elçin, s. 125.

³¹² Tam metin karar için bkz. Erdoğan / Erdoğan, s. 955-957.

³¹³ Kararın kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara ilişkin değerlendirilmesi çalışmanın III. bölümünde yapılacaktır.

³¹⁴ Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

sağladığı asgari koruma Libya'da da devam eder. Bu yönüyle işçiyi koruyucu düzenlemeler kamu düzenindedir. 5718 sayılı kanunun 27. maddesi uyarınca davacının mevzuata dayalı talep edebileceği haklar en geniş Türk İş hukuku mevzuatındaki kapsamda olabileceğinden ve davacı Türk iş hukukuna göre talepte bulunduğu davalının Libya hukukunun uygulanması yönündeki istinaf başvuru sebebine itibar edilmemiştir.” şeklindedir³¹⁵.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 26.02.2019 tarihli kararında³¹⁶ yabancılık unsuru taşıyan ve tarafların hukuk seçimi anlaşması bulunmayan iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkta mutad işyeri Rusya olmasına rağmen Türk hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Olayda, yurt dışı işyerinde çalışma nedeni ile yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkta, davacı işçinin Türk vatandaşı olması, yurt dışına davalı şirket veya bağlı bulunduğu grup tarafından götürülmesi ve davalı şirketin yurt dışındaki işyeri ve yabancı ülke hukukuna göre kurulan işyerini işleten işveren ile organik bağ içinde olduklarını, maddi olgular ve emredici kurallara göre uyuşmazlığın Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesi gerektiğini ve **“davacının yurt dışında kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılması sonuca etkili olmadığını”** belirtmiştir. Kanaatimizce bu kararda da MÖHUK’un 27. maddesi uygulanmadan, mutad işyerinin Rusya olduğu bir uyuşmazlıkta doğrudan Türk hukukunun uygulanmasına karar verilmesi hatalıdır³¹⁷.

Ancak yakın zamanda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 18.09.2019 tarihli kararında³¹⁸ birden fazla ülkede çalışma halinde mutad işyerinin tespitine ilişkin önemli değerlendirmeler yapmıştır. Karara konu olay, işini birden fazla ülkede ifa eden tekne kaptanı işçinin, işvereni olan yabancı şirkete açtığı, iş sözleşmesinin haksız fesih ile sonlandırılması sebebiyle kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarına ilişkindir. Kararda mutad işyerinin tespitine ilişkin kriterler şu şekilde ifade edilmiştir: **“Somut olayda olduğu gibi işin birden fazla ülkede ifa edilmesi**

³¹⁵ Aynı yönde kararlar; İstanbul BAM, 32. HD., E. 2016/225, K. 2017/83, T. 09.02.2017, İstanbul BAM, 32. HD., E. 2016/140, K. 2017/94, T. 16.02.2017 kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

³¹⁶ Ankara BAM, 6. HD. E. 2017/3967- K. 2019/346- T. 26.2.2019. Karar metni için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam6-hd-e-2017-3967-k-2019-346-t-26-2-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

³¹⁷ İlgili kararda “kamu düzeni” sebebiyle Türk hukukunun uygulandığı belirtilmiştir. Çalışmamızın Kamu Düzeni Müdahalesi bölümünde karar bu açıdan değerlendirilecektir.

³¹⁸ Yargıtay 22. HD. E. 2016/9339- K. 2019/16564- T. 18.9.2019. Karar için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2016-9339-k-2019-16564-t-18-9-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

durumunda, gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları gerekse de doktrin görüşleriyle mutad işyeri tespiti bakımından birtakım kriterler geliştirilmiştir. Buna göre, işçinin işin ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer gibi kriterler mutad işyeri tespitinde önem taşımaktadır". Bu değerlendirme yapıldıktan sonra ilgili kararda, işçinin kaptan olarak çalıştığı geminin yabancı bayraklı gemi olduğu, taraflar arasındaki iş sözleşmesinden ve tarafların beyanlarından, kış mevsiminde geminin (X) Marina'da bağlı olduğu ve bu sürede bakım ve onarımının yapıldığı, yazın ise seyrüseferde olduğu anlaşılmakta ise de kış sezonu olarak tabir edilen sürenin ne kadar olduğu ve yatın yazın nerede çoğunlukla bulunduğu hususunda açıklık bulunmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, işçinin sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerinin ödendiği ülkenin de mutad işyeri tespitinde dikkate alınabilecek olduğu ifade edilmiş ve "işçinin işini mutad olarak yaptığı yer" veya "iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukuk"un mevcut olup olmadığının araştırılması, sonucuna göre 5718 sayılı Kanun'un 27. maddesi göz önünde bulundurulmak suretiyle taraflar arasındaki iş sözleşmesine uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur.

İlgili karar, Yargıtay'ın uyuşmazlığı kamu düzeni istisnası ve doğrudan uygulanan kuralları yanlış uygulayarak Türk hukuku ile doğrudan ilişkilendirme yanlışına son vermesi ve MÖHUK m. 27'yi uygulayarak mutad işyerinin tespit edilmesine karar verilmesi ile mutad işyerinin tespitine ilişkin getirdiği kriterler bakımından kanaatimizce büyük önem arz etmektedir. Karara göre, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde mutad işyerini tespit ederken; "işin ifasına ilişkin faaliyetlerin tamamen veya büyük ölçüde gerçekleştirildiği yer", "işin ifası için en çok zaman geçirilen devlet", "işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği devlet", "işin organize edildiği yer", "işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün yapıldığı yer", "işçinin sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerinin ödendiği ülkenin" gibi kriterlerin mutad işyerinin tespitinde kullanılacağı belirtilmiştir. Yargıtay kararının dayandığı ABAD kararlarında da mutad işyerinin

tespitinde hemen hemen aynı kriterler kabul edilmiştir³¹⁹. Türk hukukunda da bu kriterlerin belirlenmesi yerinde ve gereklidir.

(3) İşin Geçici Olarak Yapıldığı Yer

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda işçinin geçici olarak mutad işyerinden başka devlette çalıştırılmasının mutad işyerini değiştirmeyeceği kabul edilmektedir. Roma I Tüzüğü m. 8/f.2 cümle 2'ye göre³²⁰, “*İşin mutad olarak yapıldığı ülke işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde değişmez.*” Göndermenin geçici olup olmadığına ilişkin belirleyici faktör, zamandan ziyade tarafların iradesidir³²¹. Tüzük m. 8/f.2 cümle 2 “işçinin yurtdışındaki görevlerini yerine getirdikten sonra mutad işyerinin bulunduğu ülkede çalışmaya devam etmesinin beklenmesi” veya “işçinin geri dönme niyeti” ile “işverenin, dönüşünden sonra işçiye çalıştırma niyeti”nin bulunduğu durumlarda işçinin mutad işyeri değişmemiş olacaktır³²². Hatta, asıl işveren veya asıl işverenle aynı şirketler grubuna ait bir işveren ile yeni bir iş sözleşmesinin imzalanması durumunda dahi, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yürüttüğü ve mutad işyerinin değişmediği kabul edilir³²³.

Bununla birlikte, Roma I Tüzüğü madde 23 gereğince, iş hukuku alanında 96/71 sayılı ve 16.12.1996 tarihli *Hizmet Sunumu Çerçevesinde Başka Bir Üye Devlete İşçi Gönderilmesine İlişkin Yönerge* öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu Yönerge hükümleri, AB hukukunda doğrudan uygulanan kural niteliğindedir³²⁴. Yönerge uyarınca, üye devletlerin bir başka üye devlete işçi göndermeleri durumunda, gönderilen üye devletin iş hukuku mevzuatı, hukuk seçiminden bağımsız olarak uygulanmak zorundadır³²⁵. Örneğin, Alman bir işçinin geçici olarak Danimarka'daki bir işyerinde görevlendirilmesi durumunda, sözleşmede hukuk

³¹⁹ ABAD C-29/10 Koelzsch, paragraf 49, ABAD C-384/10 Voogsgeerd, paragraf 40.

³²⁰ “The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.”

³²¹ Czerwiński, s. 156.

³²² Czerwiński, s. 156.

³²³ Roma I Tüzüğü Paragraf 36 “As regards individual employment contracts, work carried out in another country should be regarded as temporary if the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad. The conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer should not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily”.

³²⁴ Czerwiński, s. 159 vd.

³²⁵ Tarman, AB Kanunlar İhtilafı, s. 393.

seçimi yapılmamışsa Roma I Tüzüğü m. 8/f.2 hükmüne göre uygulanacak hukuk Alman hukukudur. Ancak, anılan AB Yönergesi uyarınca, Danimarka hukukunun işçiyi koruyan hükümleri saklı kalacaktır³²⁶.

Türk hukukunda MÖHUK m. 27/f.2 son cümleye göre, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin geçici olarak yabancı bir devlette çalıştırılması mutad işyerini değiştirmez.

İşçinin diğer bir devlette çalışmasının geçici olup olmadığının tespitine ilişkin Kanun'da açıklık bulunmamaktadır. Öğretide, işçinin mutad işyerinden başka işyerinde çalıştırılmasının ne zaman geçici sayılacağı hakkında tarafların iradelerine bakılması gerektiği³²⁷, ancak taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma bulunmuyorsa işçinin gönderildiği yabancı devlette yapacağı işin niteliğinden hareket edilerek bu çalışmanın geçici mi sürekli mi olduğunun tespit edilebileceği belirtilmiştir³²⁸. İş ilişkisinin hemen sona ermesinden önce işveren tarafından gerçek anlamda etkisi olmayacak şekilde işçinin yerinin değiştirilmesi veya işçinin geçici olarak işyerini terk etmesi, diğer bir ülkede yapılan iş seyahatleri, fuar ve sergilerde hizmet ifası, montaj faaliyeti gibi aynı işveren için yerine getirilen geçici nitelikte kısa süreler hizmetler hizmetin ağırlık merkezini değiştirmeyeceğinden mutad işyerini değiştirmeyecektir³²⁹. Ancak her halde, iyi niyet kurallarına aykırı şekilde devam edecek bir zaman dilimindeki göndermeler geçici sayılmayacaktır³³⁰.

Kanaatimizce her halde geçici işyeri hukuku veya fiili işyeri hukukunun iş sağlığı ve güvenliğine yönelik mutlak emredici hükümlerine üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları çerçevesinde etki tanınmalıdır³³¹.

b. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

İşçinin gördüğü iş, mutad olarak belirli bir yerde yapılacak nitelikte değilse ve işçi devamlı olarak birden fazla ülkede iş görme edimini ifa ediyorsa mutad

³²⁶ Tarman, AB Kanunlar İhtilafı, s. 393.

³²⁷ Nomer, DHH, s. 347-348; Czerwiński, s. 156.

³²⁸ Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 160; Uyanık Çavuşoğlu, s. 978;

³²⁹ Nomer, DHH, s. 347.

³³⁰ Doğan, Uygulanacak Hukuk, s. 160; Doğan, İş Akdi, s. 80 vd.

³³¹ Bkz. Bölüm III-A-3.

işyerinin varlığından bahsedilemez. Bu duruma örnek olarak, işin açık denizlerde, uzayda veya devletsiz bölgelerde ifa edilmesi gösterilebilir³³². İşçinin, havayolunun uçuşta görevli personeli, açık denizde görevli gemi mürettebatı, dans ve sirk topluluğu üyesi, uzun yol şoförü gibi işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp, mutad işyeri sağlayacak ağırlıkta da bir yerde veya yerden işini yürütmediği ve devamlı olarak birden fazla ülkede ifa ettiği durumlarda iş sözleşmesine, MÖHUK m. 27/f.3'e göre "***işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku***" uygulanır.

Bağlama noktası olarak "işverenin esas işyeri"nin yorumlanması da bir vasıflandırma konusudur. Vasıflandırma, kural olarak davanın açıldığı devletin hukukuna göre (*for hukuku*) yapılır. Örneğin, Türk mahkemesinde açılmış yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesi uyuşmazlığına ilişkin davada, hâkim, "işyeri" ile neyin ifade edildiği hususu bakımından Türk hukukuna (*for*) bakacaktır³³³. Öğretide işverenin esas işyerinin, MÖHUK m. 9'da ifade edilen idare merkezi olduğu belirtilmektedir³³⁴.

İşyeri-işletme ayrımı da bağlama noktasının yorumunda önem taşır³³⁵. İşletme, bir veya birden fazla işyerinden meydana gelebilir³³⁶. İşyeri, teknik üretim ve hizmete yönelik faaliyet göstermektedir³³⁷. İşletme ise, iktisadi bir amaç doğrultusunda faaliyet gösterir³³⁸. Bu anlamda, işyerinin daha dar ve teknik, işletmenin ise daha geniş ve iktisadi bir kavram olduğu görülmektedir³³⁹.

İsviçre hukukunda, İsv. MÖHK m. 121/f.2³⁴⁰ uyarınca objektif bağlama kuralı olarak ikinci kademedede "***işçi edimini mutad olarak birden fazla ülkede ifa ediyorsa iş sözleşmesi, işverenin işletmesinin bulunduğu ülke hukuku tarafından idare edileceği***" düzenlenmiştir.

³³² Nomer, DHH, s. 348.

³³³ İşyerine ilişkin II-C-2-a-(2)'deki açıklamalara bakınız.

³³⁴ Sarıöz Büyüklalp, s. 232; Tekinalp / Uyanık, s. 216.

³³⁵ Elçin, s. 114.

³³⁶ Çörtoğlu Koca, s. 53.

³³⁷ Çörtoğlu Koca, s. 53-54.

³³⁸ Çörtoğlu Koca, s. 54.

³³⁹ Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, s. 58.

³⁴⁰ "If the employee habitually carries out his work in several States, the employment contract shall be governed by the law of the State of the place of business..."

Avrupa Birliği hukukunda ise, iş sözleşmeleri alanında objektif bağlama kuralı olarak mutad işyerinin belirlenemediği durumlarda ikinci kademedede, “*işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku*” uygulanacaktır (Roma I Tüzüğü m. 8/f.3)³⁴¹. İşçiyi işe alan işyerine ilişkin objektif bağlama kuralı, uygulama alanı dar olacak şekilde yorumlanmaktadır³⁴². Bu hüküm; saha kurulum işçileri, uçuş görevlileri, uçak pilotları, satış temsilcileri ve işini mutaden tek bir yerden yapmayan haber ajansları ve gazete muhabirlerinin iş sözleşmelerine uygulanır³⁴³.

İşçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku ifadesi³⁴⁴; “iş sözleşmesinin kurulduğu yer, işe alımın yapıldığı yer veya organizasyonel birleşmenin gerçekleştiği yer” gibi farklı şekillerde yorumlanmıştır³⁴⁵.

Voogsgeerd kararında³⁴⁶ Roma Sözleşmesi m. 6/f.2 (b) (Roma I Tüzüğü m. 8/f.3) anlamında işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama kuralı “*iş sözleşmesinin kurulduğu yer ya da işçinin fiilen çalıştığı yerin bağlı olduğu ve işçinin düzenli olarak talimatlar alarak rapor verdiği teşebbüsün yeri*” olarak yorumlanmıştır. Görüldüğü üzere ABAD kararlarında ışığında mutad işyeri hukukunu tespit etmek esastır³⁴⁷. Tüzük m. 8/f.3’ün uygulama alanı bu kararlar ile daralmıştır. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, MÖHUK m. 27/f.3 bakımından da aynı yaklaşım, mutad işyerinin geniş yorumlanması ile ciddi bir araştırma yapılarak çoğu halde bulunabileceği ve işverenin esas işyeri hukukunun uygulanmasının bu şekilde daraltılabileceği ifade edilmektedir³⁴⁸.

Kanaatimizce de mutad işyeri 2019 tarihli Yargıtay kararında ve ABAD kararlarında tespit edilen kriterler çerçevesinde araştırmalar yapılması halinde çoğu durumda tespit edilebilir. İşçiyi koruma amacının sağlanması için mümkün olduğunca mutad işyerinin tespit edilerek o hukukun uygulanması ve MÖHUK m. 27/f.3’ün istisnai görülmesi gerekmektedir.

³⁴¹ “3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.”

³⁴² Kunda, 88.

³⁴³ Czerwiński, s. 157.

³⁴⁴ “the place of business through which the employee was engaged”.

³⁴⁵ Kunda, s. 88.

³⁴⁶ ABAD C-384/10 Voogsgeerd, paragraf 43.

³⁴⁷ Aynı yönde, Sariöz Büyükalp, s. 217 vd.

³⁴⁸ Sariöz Büyükalp, s. 242-244.

c. İstisna Hükümü / Daha Sıkı İlişkili Hukuk

İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında son olarak karşımıza istisna hükmü çıkmaktadır. Buna göre, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye mutad işyeri hukuku veya bulunmaması halinde uygulanan işverenin esas işyeri hukuku değil, daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir.

Kanun koyucu tarafından objektif olarak belirlenen bağlama noktaları, iş sözleşmesinin sıkı ilişkili olduğu devlete ilişkin karinelere ve her halde iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir yer bulunabileceğinden, o yer hukukunun uygulanabileceği de hüküm altına alınmıştır³⁴⁹.

İsviçre hukukunda İsv. MÖHK m. 121/f.2'ye³⁵⁰ göre, işçi işini birden fazla devlette yerine getiriyorsa ve ikinci kademede işverenin işletmesinin bulunduğu ülke de bulunamıyorsa iş sözleşmesine, işverenin ikametgâhı veya mutad meskeni hukuku uygulanır.

Avrupa Birliği hukukunda Roma I Tüzüğü m. 8/f.4³⁵¹ ile istisna hükmü iş sözleşmeleri alanında kabul edilmiştir. Buna göre, somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin 2. veya 3. fıkrada belirtilen (mutad işyeri hukuku ve işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku) ülkelerden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukuku uygulanır. Daha sıkı ilişkinin tespitinde; **“ tarafların vatandaşlığı, tarafların ortak mutad meskeni, sözleşmenin dili, ücretin ödeneceği para birimi, diğer ülkenin hukukuna tabi önceki iş sözleşmelerinin varlığı, sözleşmenin imza yeri ”** gibi kriterler kullanılır³⁵². Ancak bu şartların iş sözleşmesi ile objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuktan daha sıkı bağlantılı oldukları anlamına gelmeleri halinde daha sıkı ilişkili hukuk/istisna hükmü uygulama alanı bulabilir³⁵³.

³⁴⁹ Tekinalp, s. 268; Aybay / Dardağan, s. 218; Tarman, İş Sözleşmesi, s. 535; Elçin, s. 120.

³⁵⁰ “If the employee habitually carries out his work in several States, the employment contract shall be governed by the law of the State of the place of business, in the absence of a place of business, at the domicile or place of habitual residence of the employer.”

³⁵¹ “Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.”

³⁵² Czerwiński, s. 158; Kunda, s. 89-90.

³⁵³ Kunda, s. 90.

ABAD C-64/12 *Anton Schlecker v Melitta Josefa Boedeker*³⁵⁴ kararına konu olayda, üye devletlerde pek çok şubesi bulunan Alman teşebbüs Schlecker, 15 yıl süreyle Almanya’da çalışan işçisini yeni bir iş sözleşmesi ile Hollanda’da yönetici olarak çalıştırmaya başlamıştır. Daha sonra Schlecker, işçisini Hollanda’daki yönetici pozisyonunun sonlandırıldığı ve Almanya’da aynı sözleşme şartları ile işine devam edebileceği konusunda bilgilendirmiştir. İşçi bu konuda şikâyetle bulunmakla birlikte Almanya’da çalışmaya başlamıştır. İşçi, Hollanda mahkemesinde dava açarak iş sözleşmesine uygulanacak hukukun (işçilerin gönderilmesi konusunda işçiyi daha fazla koruyan) Hollanda hukuku olduğu, taraflar arasında kurulan ikinci iş sözleşmesinin geçersiz olduğu ve kendisi lehine tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Mahkeme işçi lehine karar vermiştir. Schlecker, kararı kanun yoluna götürmüş ve işçinin emeklilik hesaplarının, sağlık sigortasının ve sosyal güvenlik kayıtlarının Alman hukukuna işaret ettiğinden sözleşmenin Alman hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğunu ve Alman hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. ABAD önüne gelen bu uyuşmazlıkta, objektif bağlama kuralı uyarınca (Roma Sözleşmesi m. 6/f.2 – Roma I Tüzüğü m. 8/f.1) mutad işyerinin tespitinde işçinin işini mutad olarak ve belirli bir zaman periyodunda kesintiye uğramadan ifa ettiği yerin (bu olayda işçi 11 yıl kesintisiz olarak Hollanda’da çalışmıştır) iş sözleşmesinin başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olması halinde görmezden gelinip gelinemeyeceği sorusunu yanıtlamıştır. ABAD öncelikle mutad işyerinin tespit edilmesi gerektiğini ancak bundan sonra halin bütün şartlarından anlaşılan iş sözleşmesi ile mutad işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceğine karar vermiştir³⁵⁵. Daha sıkı ilişkili hukuk değerlendirmesi yapılırken iş sözleşmesinin belirli bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olduğunu düşündüren önemli kriterler arasında, özellikle çalışanın faaliyetinden elde ettiği gelir üzerinden vergi ödediği ülke, sosyal güvenlik planı ve emeklilik, sağlık sigortası gibi kriterler ile yetki anlaşması, diğer çalışma koşulları ve davanın tüm şartlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.

³⁵⁴ ABAD C-64/12 *Anton Schlecker v Melitta Josefa Boedeker*. Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5DF358D61216A6D79F30B04C94D36753?text=&docid=140944&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=583313> (Erişim Tarihi: 03.09.2020).

³⁵⁵ “Article 6(2) of the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, must be interpreted as meaning that, even where an employee carries out the work in performance of the contract habitually, for a lengthy period and without interruption in the same country, the national court may, under the concluding part of that provision, disregard the law of the country where the work is habitually carried out, if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.”

Türk hukukunda iş sözleşmeleri bakımından getirilen istisna hükmü (MÖHUK m. 27/f.4) diğer sözleşmeler bakımından getirilen istisna hükümlerinden farklı olarak, objektif bağlama kuralının öngördüğü hukuklardan daha sıkı ilişkili bir hukukun halin şartlarından anlaşılması halinde bu hukukun “*uygulanabileceğini*” ifade etmektedir. Burada, hâkime bir takdir hakkı verilmiştir. Hâkim, iş sözleşmesi ile objektif bağlama kuralı ile belirlenen hukuklardan daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit etmesine rağmen bu hukuku uygulamayabilir. İstisna hükmünün, sözleşmelere ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralından farklı olarak (m. 24) iş sözleşmeleri alanında “uygulanır” değil de “uygulanabilir” şeklinde düzenlenmesi ile hâkime verilen takdir hakkı, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacı taşımaktadır.

İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde kullanılacak kriterler, AB öğretisinde kabul edilen kriterlere benzer olarak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 18.09.2019 tarihli kararında³⁵⁶ ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 26.02.2019 tarihli kararında³⁵⁷ “ *tarafların vatandaşlığı, işverenin ikametgâhı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı gibi*” denilerek örnekleme yoluyla sayılmıştır. Ancak kanaatimizce, bu unsurların sözleşme ile bağlantısı çoğu halde mutad işyerinin sözleşme ile bağlantısından daha zayıf olacaktır. Bu nedenle, istisna hükmünün iş sözleşmeleri alanında uygulama alanı dardır. Her durumda daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde de işçinin korunması prensibinin dikkate alınması gerekir³⁵⁸.

³⁵⁶ Yargıtay 22. HD. E. 2016/9339- K. 2019/16564- T. 18.9.2019. Karar için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2016-9339-k-2019-16564-t-18-9-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

³⁵⁷ Ankara BAM, 6. HD. E. 2017/3967- K. 2019/346- T. 26.2.2019. Karar metni için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam6-hd-e-2017-3967-k-2019-346-t-26-2-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

³⁵⁸ Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2020, s. 62 [MÖH].

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN HALLER

Hâkimin hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukuk olarak belirlenen yabancı hukukun³⁵⁹ uygulanması, Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK madde 2’de düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre “*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular*”. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinde 5718 sayılı MÖHUK uygulanmadan doğrudan Türk hukukunun uygulanması, Türk kanunlarına uymamak anlamına gelmektedir ve bir bozma sebebidir³⁶⁰.

Kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen yabancı devlet hukukunun uygulanmasını engelleyen iki hal bulunmaktadır. Bu haller, “doğrudan uygulanan kurallar” ve “kamu düzenine aykırılık”tır. Doğrudan uygulanan kurallar, devletin ekonomik, sosyal ve siyasal organizasyon ve politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkarılan, kişilerin sözleşme özgürlüklerini sınırlayan kural ve kanunlardır³⁶¹. Bu kurallar, bütün hukuk sistemlerinde bulunan ve kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf eden kurallardır³⁶². Bahsedilen kural ve kanunlar iç hukukta sözleşme özgürlüğünü sözleşmenin içeriğini belirleme noktasında kısıtlarken, milletlerarası özel hukuk alanında taraf iradelerini “sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme / hukuk seçimi” anlamında kısıtlarlar³⁶³. Doğrudan uygulanan kurallar aynı zamanda objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen sözleşme statüsünün uygulanmasının da sınırını teşkil eder.

³⁵⁹ Tekinalp / Uyanık, s. 46.

³⁶⁰ 6100 sayılı HMK’nın bozma sebepleri başlıklı m. 371/f.1 “*Yargıtay, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması.*”

³⁶¹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 13, 100; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 7-8; Nomer, DHH, s. 185-186; Çelikel / Erdem, s. 154; Doğan, MÖH, s. 374; Czerwiński, s. 158.

³⁶² Tekinalp / Uyanık, s. 47.

³⁶³ İç hukukta tarafların sözleşme hükümlerini serbestçe belirleyebilmeleri anlamına gelen irade serbestisi, milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 98 vd.

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen diğer hal kamu düzenine aykırılıktır. Yabancı unsurlu özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde hâkim önce vasıflandırma yapar, bu vasıflandırma neticesinde MÖHUK'ta o hukuki kategoriye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralını bularak bu kuralın gönderme yaptığı uygulanacak yabancı hukuku tespit eder³⁶⁴. Ancak yabancı hukukun ilgili hükmünün olaya uygulanması hâkimin hukukundaki temel ilkelere açıkça aykırı bir sonuç doğurursa, hâkim yabancı hukukun ilgili hükmünü kamu düzenine ayırılık gerekçesi ile uygulamaz³⁶⁵.

İş sözleşmelerinde, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması emredici hükümlerle sağlanmaktadır. Doğrudan uygulanan kural niteliğindeki işçiyi koruyan emredici hükümler, uygulanacak hukukun objektif veya sübjektif bağlama kuralı uyarınca tespitine bağlı olmaksızın uygulanır. Kamu düzeni müdahalesi ise kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasını engelleyerek işçinin ve forumun kamu düzeninin korunmasını sağlayacak bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Doğrudan Uygulanan Kurallar

İç hukukta yer alan emredici bir kuralın, hukuki ilişki yabancılık unsuru taşısa dahi emredici niteliğini koruması, devletin özel hukuk alanına müdahalesinin milletlerarası alana yayılması anlamına gelir³⁶⁶. Devletin ilgili emredici hüküm ile korumak istediği menfaatin önemi arttıkça, bu kuralların uygulanması sadece iç hukuk ilişkileri ile sınırlı kalmayıp, yabancı unsur taşıyan ilişkilere de uygulanarak aynı menfaatlerin korunmasını gerektirir³⁶⁷. Devletin bu şekilde korumak istediği menfaatlerinin olduğu durumlarda, bu menfaatlerin sağlanması için iç hukuktaki emredici hükümlere milletlerarası özel hukuk alanında “doğrudan uygulanan kural” niteliği verilir.

Devletin özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi sonucunu doğuran bu kurallar o kadar önemlidir ki, bu kurallarla sağlanmak istenen çıkarlar devletin ekonomik, sosyal ve hatta siyasal alanda izlediği ve vazgeçilmesi mümkün olmayan

³⁶⁴ Tekinalp / Uyanık, s. 42-43.

³⁶⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 43; Çelikel / Erdem, s. 139; Doğan, MÖH, s. 252.

³⁶⁶ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 12; Erdem, s. 102.

³⁶⁷ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 12.

politikalarını gerçekleştirme amacına yöneliktir³⁶⁸. Öyle ki, yabancılık unsurunun bulunduğu ilişkilerde bir başka devlet hukukunun ilişkiye uygulanması ile devletin bu kurallar ile ulaşmak istediği amaç sağlanamayacaktır³⁶⁹.

Doğrudan uygulanan kuralların sözleşmeler alanında varlık nedenleri, sözleşme ilişkisinde sosyal veya ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafın, diğer tarafın baskıları sonucu kendi aleyhine sonuç doğuracak şartları kabul etme tehlikesine karşı korunması ile devletin ekonomik, sosyal veya mali politikalarının etkinliğini sağlamaktır³⁷⁰. Sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu emredici hükümlerin milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanma niteliğinin kabulü, sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir³⁷¹.

Taraflardan birinin diğerine kıyasla sosyal veya ekonomik yönden zayıf konumda bulunduğu iş sözleşmeleri, doğrudan uygulanan kurallara en sık rastlanan sözleşmelerdendir³⁷². İç hukuklarda işçi ile işverenin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacağı, değiştirilmesi mümkün olmayan kamu hukuku nitelikli kurallar ile taraflara yalnızca işçinin daha lehine olan hükümlerin kabulü yönünde sınırlı irade serbestisi tanıyan hükümler, milletlerarası özel hukuk alanında da doğrudan uygulanan kural olarak korunurlar³⁷³. İş hukuku alanında ülkedeki iş hayatının ve işçilerin menfaatlerinin korunması, devletin ekonomik ve sosyal çıkarına hizmet etmektedir.

³⁶⁸ Nomer, DHH, s. 186.

³⁶⁹ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 12. İstisnai olarak amaç dışı doğrudan uygulanan kurallar da vardır. Burada, devlet kendi getirdiği kuralın kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederek mutlaka uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Örneğin, kendi vatandaşlarına dini evliliği zorunlu tutan MK hükümleri bu kurallara örnek olarak gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 13.

³⁷⁰ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 100; **Elçin**, s. 163.

³⁷¹ Nomer, DHH, s. 184-185.

³⁷² **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 100; **Doğan**, İş Akdi, s. 132.

³⁷³ İş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi, sigorta sözleşmesi veya kira sözleşmesi gibi tarafların eşit müzakere gücünün olmadığı sözleşme tiplerinde iç hukuklarda yer alan zayıf tarafın korunmasını amaçlayan hükümlerin milletlerarası alanda da emredici niteliklerini korudukları kabul edilmelidir. Bu nitelikteki hükümlerin amaçlarına ulaşabilmesi, yürürlükte oldukları devlet ile belirli bağlantılara sahip olan yabancı unsurlu sözleşmelere de uygulanmalarını gerektirir. Zira yabancılık unsurunun sözü edilen hükümlerin uygulanmasını bertaraf etmesi, bu hükümlerin getirilme amaçlarının sağlanmasını engelleyecektir. Sözü edilen hükümlerin getirilme amaçlarının sağlanmasının en uygun yöntemi, onlara doğrudan uygulanan kural niteliği tanınmasıdır. Bu şekilde, kural olarak iç hukuk ilişkileri bakımından zayıf tarafın korunmasını sağlayan hükümlerin milletlerarası unsurlu uyumsuzluklar bakımından da uygulanması sağlanmış olacaktır. bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 106-107.

İş sözleşmelerine etki eden doğrudan uygulanan kurallar; *forumun*, sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex contractus*) ve iş sözleşmesi ile bağlantılı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır³⁷⁴.

1. İş Sözleşmeleri Alanında Forum'un Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kurallar, amaçlarının elde edilmesi için zorunlu olan uygulama alanına sahiptir³⁷⁵. Bu kuralların uygulama alanı ya kanun koyucunun bu kuralların uygulanmasını açıkça veya zımnen öngörmesi ile ya da böyle bir durumun yokluğu halinde hâkimin kuralın amacını dikkate alarak bu kurala uygulama alanı tanınması ile belirlenir³⁷⁶. İş hukuku alanında mevcut doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı, ilgili kural ile kazanılması amaçlanan işçinin ve devletin çıkarlarının birlikte elde edilmesi kriterine göre belirlenir³⁷⁷. Devlet, kendi ülkesinde gerçekleşen iş ilişkilerini kontrol etmesi ile kendi ekonomik ve sosyal politikalarının gerçekleşmesini sağlayabilir ve aynı zamanda işçileri de koruyabilir. Bu iki amacı birlikte sağlamak üzere düzenlenen iç hukuktaki emredici hükümler milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmak zorundadır. Aksi halde, devletin sosyal ve ekonomik politikaları gerçekleşmeyecek, menfaatleri zarar görecektir.

Forumun doğrudan uygulanan kuralları, davanın açıldığı devlet hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kurallardır. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme MÖHUK'un 6. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, "Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına

³⁷⁴ Doğrudan uygulanan kuralların sınıflandırılması için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 33 vd.; **Çelikel / Erdem**, s. 155; **Doğan**, MÖH, s. 274; **Mustafa Erkan**, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2011, s. 81-121, s. 85; **Bahadır Erdem**, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Durum-Genel Olarak Akitler", 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. 95-105, s.103; **Cemre Tüysüz**, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, 2019, s. 463-500, s. 466-467.

³⁷⁵ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 15 vd.

³⁷⁶ **Süheyla Balkar Bozkurt**, "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012, s.141-196, s. 166.

³⁷⁷ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 16.

giren hâllerde o kural uygulanır". Maddeye göre, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun kapsamı, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlandırılmıştır³⁷⁸. Doğrudan uygulanan kurallar, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının aracılığına başvurulmaksızın, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da uygulanır³⁷⁹. Kanaatimizce, Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural (müdahaleci kural) niteliğindeki kuralların, MÖHUK madde 6'da düzenlenmemiş olsaydı dahi, uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından uygulanacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır³⁸⁰.

İsv. MÖHK m. 18'de forumun doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmektedir³⁸¹. Hüküm uyarınca, bu kanuna göre uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun özel amaçları sebebiyle uygulanması gereken İsviçre hukukunun emredici hükümleri saklıdır. Avrupa Birliği'nde Roma I Tüzüğü m. 9/f.2'ye göre³⁸², Tüzük'te yer alan hiçbir hüküm, hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellemez. Avrupa Birliği'nde forumun doğrudan uygulanan kuralları ifadesi ile, hem davanın açıldığı üye devletin milli hukuku hem de Avrupa Birliği düzenlemelerinin içerdiği doğrudan uygulanan kurallar ifade edilir³⁸³. Örneğin, Avrupa Birliği hukukunun birincil kaynaklarından, Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın 48. maddesi ile³⁸⁴ işçilerin topluluk içerisinde

³⁷⁸ Nomer, DHH, s. 186.

³⁷⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 12; Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 71; Nomer, DHH, s. 185; Doğan, İş Akdi, s. 132; Çelikel / Erdem, s. 154.

³⁸⁰ M. Fatih Uşan / Musa Aygül, "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurtdışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Nisan 2007, s. 46-58, s. 54. Öğretide Çelikel / Erdem, MÖHUK madde 6'yı gereksiz olması nedeniyle eleştirmektedir. bkz. Çelikel / Erdem, s. 157.

³⁸¹ İsv. MÖHK m. 18 Mandatory application of Swiss law- "This Code does not prevent the application of those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code."

2. In deciding whether such a provision must be taken into account, its purpose is to be considered as well as whether its application would result in an adequate decision under Swiss concepts of law."

³⁸² "Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum."

³⁸³ Belkis Vural Çelenk, Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 277-296, s. 284.

³⁸⁴ "1. The free movement of workers shall be ensured within the Community not later than at the date of the expiry of the transitional period. 2. This shall involve the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States, as regards employment, remuneration and other working conditions. 3. It shall include the right, subject to limitations justified by reasons of public order, public safety and public health: (a) to accept offers of employment actually made; (b) to move about freely for this purpose within the territory of Member States; (c) to stay in any Member State in order to carry on an employment in conformity with the legislative and administrative provisions governing the employment of the workers of that State; and (d) to live, on conditions which shall be the subject of implementing regulations to be laid down by the Commission, in the territory of

serbest dolaşım hakkının genel kapsamı, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık ile mücadele edilmesi, oturma hakkı ve serbest dolaşıma getirilen istisnalar gibi konular düzenlenmiştir³⁸⁵. Bu hükümler AB hukukuna ait doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilerek iş sözleşmelerine müdahale edecektir³⁸⁶.

Doğrudan uygulanan kuralların bir listesi bulunmamaktadır. İç hukuktaki emredici bir hükmün uluslararası alanda doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunun tespiti bakımından ilgili kuralın, “*uygulanma zorunluluğu doğuran özel amacına*” ve “*tespit edilmiş olan özel uygulama alanına*” bakılır³⁸⁷. Doğrudan uygulanan kurallar kamu menfaati ile sıkı ilişki içerisindedir³⁸⁸. Ancak, bireylerin menfaatini koruma veya sözleşme tarafları arasında dengeyi sağlama amacı tek başına bir hükmü doğrudan uygulanan kural kabul etmek için yeterli değildir³⁸⁹. Bu amaçların gerçekleşmesi ile devletin çıkarlarının da gözetilmiş olması gerekir³⁹⁰. Bu sebeple, forumun doğrudan uygulanan iş hukuku hükümleri tespit edilirken her bir kuralın (bireysel olarak) düzenleme politikasına dikkat edilmelidir³⁹¹.

Türk hukukunun ekonomik ve sosyal politikalarına hizmet eden çalışmamızda da değindiğimiz hükümlere örnek olarak; şekil bakımından mutlak emredici kural niteliğindeki atipik sözleşmelerde yazılılık şartı (İK m. 11, 14, 17, Deniz İş Kanunu m. 5, Basın İş Kanunu m. 4); ehliyet bakımından mutlak emredici kural niteliğindeki zorla ve ücretsiz çalıştırılma yasağı (AİHS m. 4), kadınları, hamile ve çocukları koruyan hükümler (çalıştırma yasakları Anayasa m. 50, İK m.

a Member State after having been employed there. 4. The provisions of this Article shall not apply to employment in the public administration.” bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/195_7_treaty_establishing_eec.pdf (Erişim Tarihi: 28.07.2020).

³⁸⁵ **Uluç Çağatay**, Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Durumu, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 8.16, 2009, s. 1-19, s. 6.

³⁸⁶ **Vural Çelenk**, s. 283.

³⁸⁷ **Tekinalp / Uyanık**, s. 48.

³⁸⁸ **Doğan**, İş Akdi, s. 115. **Erdem**, s. 102.

³⁸⁹ **Doğan**, MÖH, s. 187; **Elçin**, s. 166.

³⁹⁰ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 16.

³⁹¹ **Elçin**, s. 175. Yazara göre, forumun doğrudan uygulanan iş hukuku hükümlerini tespit edebilmek için ilgili kuralın düzenleme politikası bakımından aranan kriterler: a. Devletin daha zayıf olan pazarlık gücünü destekleme ve böylece iş piyasası etkilerini rahatlatma politikasının bulunup bulunmadığı, b. Kuralın, işverenin devlete karşı olan sorumluluklarına ilişkin olup olmadığı, c. Kuralın idari ya da cezai yaptırımlarla desteklenip desteklenmediği, d. Kuralın ülkesel uygulanırlığına ilişkin bir açıklama bulunup bulunmadığıdır.

71-74 vb.), yabancıların çalışmasına izin verilen iş kolları ile yabancıların çalışma izinleri ve muafiyetleri; sözleşmenin esası bakımından mutlak emredici kural niteliğindeki eşit davranma ilkesi (ayrımcılık yasağı-İK m. 5), sendika kurma hakkı (Anayasa m. 51), asgari ücret (İK m. 39), engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü (İK m. 30), askerlik ödevinden sonra yeniden işe alma zorunluluğu (İK m. 31), iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler, sosyal güvenlik kuralları³⁹², azami çalışma saatleri ve milli tatil günlerine ilişkin kurallar³⁹³ bu kapsamda haftasonu veya resmi ve dini tatillerde çalışma yasağı³⁹⁴ o devlette gerçekleşen iş ilişkilerine - yabancılik unsuru bulunsun, bulunmasın- uygulanır³⁹⁵. Çünkü bu kuralların getirilme amacı, ancak bu devletteki tüm iş ilişkilerine uygulanmakla gerçekleşecektir. Dolayısıyla, iş bu devlette gerçekleşiyorsa, uyuşmazlık bu kuralların uygulama alanına girecektir. Ancak her doğrudan uygulanan kuralın amacı farklı olduğundan, uygulama alanları da farklı olabilir. Doğrudan uygulanan kurallardan bazıları, amacını ülke sınırları içerisinde uygulanmakla sağlarken (örneğin asgari ücret) bir takım doğrudan uygulanan kuralların ülke sınırları dışında uygulanması gerekebilir³⁹⁶.

a. İş Hukuku Alanında Doğrudan Uygulanan Kuralların Sınıflandırılması

Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip iki grup hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki hem işçiyi koruyucu hem de devletin sosyal ve ekonomik politikalarını sağlamaya yönelik taraflarca aksi kararlaştırılmayan mutlak emredici hükümlerdir. Bu alanda taraflara irade serbestisi tanınmamaktadır. Çalışma hayatına, çalışma ortamına, iş güvenliğine ve azami çalışma saatlerine³⁹⁷ ilişkin kurallar gibi³⁹⁸ kamu hukuku ile bağlantılı olan işçiyi koruyucu kurallar mutlak emredici kural niteliğindedir.

Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip ikinci grup hükümler ise mutlak emredici nitelikte olmasa da işçi lehine asgari koruma sınırı oluşturan nisbi emredici

³⁹² Yargıtay 21. HD. E. 2010/10129, K. 2011/12849, T. 08.12.2011 (www.lexpera.com.tr)

³⁹³ Vural Çelenk, s. 293.

³⁹⁴ Akıncı, MÖH, s. 62.

³⁹⁵ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 129; Vural Çelenk, s. 291.

³⁹⁶ Uşan / Aygül, s. 55.

³⁹⁷ Morgenstern, s. 75.

³⁹⁸ Michael Bogdan, "Labor Relations in the Swedish Conflict of Laws", 51, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1982, s. 211-222, s. 211 [Labor Relations]; Elçin, s. 168-169.

hükümlerdir³⁹⁹. Mutad işyeri hukukunun nisbi emredici hükümlerinin bulunduğu durumlarda mutad işyeri hukukunun işçi açısından asgari korumayı sağladığı ancak taraflarca bu konularda işçinin daha lehine hükümler içeren bir hukukun seçilebileceği kabul edilmelidir⁴⁰⁰. Nitekim ilgili kuralların amacı işçiye asgari olarak, en az bu şartlar sağlanmalıdır diyerek korumak ve ülke içerisindeki çalışma ilişkilerini bu şartlarla belirli bir standarta tabi tutmaktır. İşçi için daha lehe şartların seçilebilmesi bu kuralların amacıyla çelişmemekte, aksine bu amaca hizmet etmektedir. İşçi ve işveren tarafından sözleşmeyle belirlenen ve genel sözleşme hukukunun bir parçası olan genel bir ifadeyle, işçinin borçları, işi ifa borcu, sadakat yükümlülüğü, işverenin borçları, özellikle işçinin ücretinin ödenmesi konusundaki kurallar gibi iş ilişkisinin tabi olduğu kurallardır⁴⁰¹.

Milli mahkemelerin doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yaklaşımları, devletlerin iş kanunlarında veya ilgili ulusal mevzuatta düzenlenen emredici hükümlerin amacı ve niteliklerinin farklı olması sebebiyle farklılık gösterebilir. Örneğin, Fransız ve İtalyan uygulamasında fesih ihbar süreleri ve haksız işten çıkarmaya ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmekteyken, Alman uygulamasında haksız işten çıkarmaya dair hükümler her zaman doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülmemiştir⁴⁰².

Türk hukukunda Anayasa madde 50’de kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı; küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunduğu ve dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu düzenlenmiştir. Anayasa madde 51’de ise sendika kurma hakkı düzenlenmiştir. İlgili Anayasa maddeleri hem işçinin sağlık ve güvenliğini koruma amacıyla hem de devletin ekonomik ve sosyal politikalarının etkinliğini sağlamak amacıyla getirilmiş mutlak emredici doğrudan uygulanan kurallardır.

Türkiye’nin 04.11.1950 tarihinde imzaladığı ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) MÖHUK m.

³⁹⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 107.

⁴⁰⁰ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 108-109.

⁴⁰¹ Morgenstern, s. 36; Elçin, s. 168; Doğan, İş Akdi, s. 128-129.

⁴⁰² Elçin, s. 170; Morgenstern, s. 86.

1/f.2 uyarınca iç hukukumuzun bir parçasıdır ve Anayasa madde 90 uyarınca da insan haklarına ilişkin bir milletlerarası sözleşme olduğundan Türk kanunları ile uyumsuz hükümleri olması halinde AİHS hükümleri uygulanacaktır. AİHS madde 4'te kimsenin köle ya da kul durumunda tutulamayacağı ve kimsenin zorla çalıştırılmayacağı düzenlenmektedir. Maddenin devamında hangi hallerin zorla çalıştırma sayılmayacağı sayılmıştır. İlgili hükümlerin iş hukuku alanında hem devletin politikalarının sağlanmasını hem de işçilerin haklarının korunması bakımından mutlak emredici ve doğrudan uygulanan nitelikte olduğuna şüphe yoktur.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin de doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi esastır. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.2.2007 tarih ve E. 2007/32297 ve K. 2007/3272⁴⁰³ ve 28.12.2006 tarih, E. 2006/19182, K. 2006/35138⁴⁰⁴ sayılı kararlarında iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanma koşullarının tespit edilmesinde, yabancılık unsurunun dikkate alınabileceği ifade edilmiştir. Bahsedilen bu iki kararda Yargıtay, iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanması için aranan 30 işçi sayısının⁴⁰⁵ tespitinde şubede çalışan işçiler için yurtdışında bulunan işçilerin de otuz sayısına dâhil edilmesi gerektiği görüşündedir. Kararda, *for* hukukunun iş güvencesine ilişkin müdahaleci kuralı doğrudan uygulanırken, bu kuralın uygulanması için aranan işçi sayısı şartı bakımından somut olayda işçi lehine ülkesellik prensibinin dışına çıkarak yurt dışında çalışan işçilerin de bu sayıya dâhil edilmesi şeklinde yorumda bulunulmuştur.

Öğretide kararları isabetli bulmakla birlikte gerekçeleri yetersiz bulan görüş uyarınca, öncelikle iş güvencesine ilişkin kuralın uygulama alanı tespit edilmeli ve yurtdışındaki merkezde bulunan işçilerin, Türk hukukunda iş güvencesi hükümlerinin uygulanması kapsamında yer alıp almayacağı meselesi çözümlenmelidir⁴⁰⁶. Bu bakımdan kararların hukuki dayanağı yalnızca işçi lehine yorum ilkesi olmayıp,

⁴⁰³ Karar için bkz. Uşan / Aygül, s. 48 vd.

⁴⁰⁴ Karar için bkz. Uşan / Aygül, s. 48 vd.

⁴⁰⁵ İş Kanunu m. 18 “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”

⁴⁰⁶ Uşan / Aygül, s. 52.

kuralın uygulama alanının tespitinden sonra, işçi lehine yorum değerlendirmesi yapılabilecektir⁴⁰⁷.

Kanaatimizce Türk İş Kanunu'ndaki doğrudan uygulanan kurallara, eşit davranma ilkesine ilişkin madde 5⁴⁰⁸, belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasına ilişkin madde 11, çağrı üzerine çalışma sözleşmelerine ilişkin yazılı şekil şartı madde 14, süreli fesihe ilişkin madde 17, feshin geçerli sebebe dayandırılmasına ilişkin madde 18, elli veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör ve kamu işyerlerinde belirli oranda engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin madde 30, işçinin askerlik yükümünün sona ermesinden itibaren iki ay içerisinde işe girmek istemesi halinde işverenin yeniden işe alma zorunluluğuna ilişkin madde 31, asgari ücrete ilişkin madde 39, çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağına ilişkin madde 71, yer ve su altında çalıştırma yasağına ilişkin madde 72, gece çalıştırma yasağına ilişkin madde 73, analık halinde çalışma ve süt iznine ilişkin madde 74 hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümler amaç bakımından incelendiğinde; eşit davranma ilkesi, atipik iş sözleşmelerinde yazılılık şartı, engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilebilecek korunan grupların çalıştırma yasakları gibi hükümlerin mutlak emredici nitelikte oldukları ve Türkiye'de ifa edilen iş sözleşmelerine doğrudan uygulanacakları görülmektedir.

Türk hukukunda yabancı devlet vatandaşlarının Türkiye'de çalışmasına ilişkin yasak ve sınırlamalar doğrudan uygulanan kurallardandır⁴⁰⁹. Türkiye'de yabancılar, ancak Kanun'un kendilerine men etmediği işlerde çalışabilirler⁴¹⁰. Kanunla yabancılara men edilen bu işler, milletlerarası özel hukuk alanında, devletin kendi ülkesindeki ekonomik ve sosyal etkinliğini sağladığından doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Bu kurallara doğrudan uygulanan kural niteliğini devletin politikalarını gerçekleştirebilmek için bu kuralları mutlak uygulama iradesi vermektedir. Örneğin, yabancı devlet vatandaşları Türkiye Cumhuriyeti sınırları

⁴⁰⁷ Kararların değerlendirmesi için bkz. **Uşan / Aygöl**, s. 52 vd.

⁴⁰⁸ İK m. 99 ile işverenin eşit davranma – ayırım yapmama ilkesine aykırı davranması halinde idari para cezası yaptırımını düzenlenmiştir. Ayırmacılık yapılması ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 122 uyarınca da altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası gerektirmektedir.

⁴⁰⁹ **Tarman**, İş Sözleşmesi, s. 543.

⁴¹⁰ **Çelikel / Öztekin Gelgel**, s. 183. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I-E-2.

içinde dış hekimliği yapamazlar⁴¹¹. Yine yabancılara ilişkin mevzuatta yer alan, yabancılara çalışma izinleri ve çalışma muafiyetine ilişkin hükümler de doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.

Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olan ikinci grup hükümler ise işçi lehine asgari koruma sınırı oluşturan kurallardır. Örneğin; işverenin işçiyi işten çıkarma şartlarının tespiti, fesih bildirim süreleri, ihbar süreleri ve kıdem tazminatı⁴¹² gibi konularda maddelerin düzenlenme amacı işçi bakımından koruyucu asgari bir sınır getirmek, bu sınırın altına düşülmemesini sağlamaktır. Ancak taraflar, işçinin lehine tazminat ve bildirim sürelerine ilişkin hükümler içeren hukuk seçiminde bulunulabilir. Yine, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler, haftalık çalışma saatleri, fazla mesai de nisbi emredici nitelikte olup asgari koruma sınırı teşkil eder.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2001 tarih, E. 2000/8477, K. 2001/29 sayılı kararına⁴¹³ konu olayda, Kıbrıs uyruklu davacı, hastanede fahri asistan olarak çalıştığı sürelerin tescili, kıdem derecesinin yükseltilmesi ve tazminat talep etmiştir. Yerel mahkeme tarafından reddedilen dava, davacının temyizi ile Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Yargıtay öncelikle iş sözleşmesinin unsurları incelenmiş ve davacının fahri asistan olarak çalışması ile iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmiştir. Bu kabul ile, iş sözleşmesine dayanan çalışma nedeniyle davacı sigortalı sayılmıştır. 2527 sayılı Kanun gereği, Türk soylu yabancılar Türkiye'de meslek ve sanatlarını icra ederken çalıştıkları kamu ve özel kuruluş veya iş yerlerinde uygulanan personel sosyal güvenliğine ilişkin mevzuata tabidir. Yargıtay, davacının Türk soylu olması itibarıyla 2547 sayılı Kanun'a tabi olup olmadığının tespitine ve tabi olması halinde davacının haklarının bu Kanun'a göre belirlenmesi gerektiğine karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kararda açıkça belirtilmemiş olsa da 2547 sayılı Kanun'un 5.

⁴¹¹ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG. T. 14.4.1928 – S. 863) m. 30 “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde dışçılık sanatını icra ve dış tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dışçı Mektebinden diploma almak lazımdır.” Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’te de yabancı dış hekimlerinin Türkiye’de özel sağlık kuruluşlarında çalışamayacakları açıkça belirtilmiştir. (Yönetmelik m.2/f.1) Bununla birlikte, 2527 sayılı “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun” uyarınca Türk soylu yabancıların dış hekimliği yapmalarına konusunda bir engel bulunmamaktadır. (Yönetmelik m. 2/f.2)

⁴¹² Öğretide kıdem tazminatı düzenlemesiyle getirilen amacın devletin toplumsal, ekonomik ve siyasal menfaatinden ziyade iş hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesini gerçekleştirme amacına yönelik olduğu ve doğrudan uygulanan kural sayılmayacağı yönünde görüş için bkz. **Erdoğan** / **Erdoğan**, s. 961.

⁴¹³ Karar metni için bkz. **Kırlı Aydemir**, s. 477-478.

maddesi “*Bu Kanunun kapsamına girenler; çalıştıkları kamu, özel kuruluş veya işyerinde uygulanan personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma ve diğer konulara ilişkin mevzuat hükümlerine tabidir*” doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Bu kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin bozma kararı, doğrudan uygulanan kural niteliğinden bahsedilmemiş olması haricinde yerindedir.

Doğrudan uygulanan kurallar, amaçlarını gerçekleştirecek uygulama alanlarına sahiptirler. İş hukuku alanında düzenlenmiş emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı her kuralın bağımsız olarak incelenmesi ile tespit edilebilir. Bununla birlikte, iş hukuku alanındaki doğrudan uygulanan kuralları incelediğimizde bu kurallardan bazılarının mutlak emredici nitelikte olduklarını diğerlerinin ise işçi lehine asgari koruma sınırı getirdiklerini görmekteyiz. Forumun doğrudan uygulanan iş hukuku hükümlerinin tespitinde, ilgili kuralın sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacını taşıması ve devletin çalışma hayatına, sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin menfaatlerini gerçekleştirme amacına yönelik olması gerekmektedir. Yani burada amaç kriteri kullanılır ve kural bireysel olarak getirilme amacına göre değerlendirilir. Öyle ki, söz konusu kural uygulama alanına giren konularda uygulanmayacak olsa, devlet bu kuralı getirmekle sağlamak istediği politikasını gerçekleştirme amacında başarısız olacaktır. Bu kurallardan bazıları, devletin ülkesindeki tüm iş ilişkilerine -yabancılik unsuru taşıyan veya taşımasının- mutlak olarak uygulanmak zorundadır (örneğin; ayrımcılık yasağı, sözleşme yapma zorunluluğu, yabancıların Türkiye’de çalışmasına ilişkin yasaklar vb). Diğer grup doğrudan uygulanan kurallar da sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı ile iş sözleşmeleri alanında işçi lehine asgari bir koruma sınırı getirmekte, bu sınırın işçi aleyhine aşılmasını engellemekle birlikte bu sınırın işçi lehine genişletilebilmesini sağlamaktadır.

Her devlet kendi ülkesinde çalışma ilişkilerini ve ekonomik hayatı düzenleyici politikalara sahiptir. Devletler bu politikalarını gerçekleştirmek için kendi ülkelerinde yapılan işlere uygulanacak iş hukukuna ilişkin kurallar kabul etmişlerdir. Eğer bir iş sözleşmesi yabancılik unsuru içermiyorsa, sözleşmenin tüm unsurlarının bağlantılı olduğu tek devlet, yine, işin yapıldığı devlettir. Zayıf tarafı koruma amacıyla iş sözleşmelerinde objektif bağlama noktası olarak mutad işyeri kabul edilmiştir. Bu yerin işçiyi koruyan emredici hükümleri MÖHUK m. 27/f.1’e

göre taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere başka bir hukuk belirlese dahi uygulanacaktır. Kanaatimizce, MÖHUK m. 27/f.1’de hukuk seçimine “işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumanın saklı kalması” şartı getirilmesi ile mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına vurgu yapılmaktadır.

2. İş Sözleşmeleri Alanında Lex Contractus’un Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine ister tarafların hukuk seçimi yoluyla ister objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacağı tespit edilen hukuk (*lex contractus*) emredici hükümleri ve taraflara düzenleme serbestisinin tanındığı alanları düzenleyen hükümleri ile uygulanır⁴¹⁴.

Yabancı bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallardan biri olan sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex contractus*) doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı tespit edilirken, hâkim, o yabancı devletin belirlediği uygulama alanına uymalıdır⁴¹⁵. Eğer yabancı devlette ilgili kuralın uygulama alanına ilişkin hüküm veya içtihat bulunmuyorsa, hâkim, o devletin hâkimi gibi hareket ederek amaç kriteri uyarınca ilgili doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanını belirlemelidir⁴¹⁶.

Öğretide, *lex contractus*’un doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanacak yetkili hukukun bir parçası olarak uygulanması gerektiği ve sözleşmeye etkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması kapsamında uygulanabileceği olmak üzere iki görüş hâkimdir⁴¹⁷. MÖHUK’ta *lex contractus*’un doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda hâkim görüşe göre, esasa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan

⁴¹⁴ Doğan, İş Akdi, s. 104; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 53; Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 73; Tarmen, İş Sözleşmesi, s. 542; Şefika Akın, “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, Yıl:9, S.2, 1989, s. 99-102, s.100.

⁴¹⁵ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 17.

⁴¹⁶ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 17.

⁴¹⁷ Görüşler için bkz. Elçin, s. 176.

kuralları, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanır⁴¹⁸. Ancak bu kurallar *forumun* kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmazlar⁴¹⁹.

Almanya’da milletlerarası iş hukuku alanında, *lex contractus*’un doğrudan uygulanan kuralları meselesi tartışılmış ve iş hukuku alanında sadece taraflar arasındaki menfaat dengesini değil, açıkça kamu menfaatini koruyan hükümlerin, doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu kabul edilmiştir⁴²⁰. Alman öğretisine göre, Alman iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları işçi temsilcilerini haksız işten çıkarmalara karşı koruyan kurallar, işçileri toplu işten çıkarmalara karşı koruyan kurallar, hamile kadınlar ve engellilerin haksız işten çıkarılmalarına karşı kurallar, doğum izinleri, işçiye ek ödeme yapılması yükümlülüğü ve işçiye hastalığı sırasında ücret ödeme koşullarına ilişkin kurallardır⁴²¹.

Doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen iş hukuku hükümlerinin maddi hukuk sistemlerinde tespitine ilişkin, hepsine uygulanabilir geçerli bir kriter getirmek mümkün değildir⁴²². Ancak belirtildiği üzere, *lex contractus*’un doğrudan uygulanan hükümlerinin nitelendirilmesi ve uygulama alanlarının tespiti, yine o devletin hukukuna göre yapılacaktır.

Lex contractus’un doğrudan uygulanan kuralları, kamu hukuku kuralı ile özel hukuk kuralı arasındaki ayrımın her zaman net bir şekilde yapılamamasından dolayı bu ikisi arasındaki gri bölgede yer alır⁴²³. Bu kuralları tespit ederken, kamu hukuku-özel hukuk kuralı ayrımından ziyade, kuralların getirilme amaçları dikkate alınmalıdır⁴²⁴. İş hukuku alanında doğrudan uygulanan kurallar, sözleşme tarafları arasındaki dengenin kurulması ve tarafların tabi olduğu bazı yükümlülükleri düzenlemek için devletin müdahalesini yansıtır⁴²⁵.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun kamu hukuku nitelikli doğrudan uygulanan kuralları, yabancı hukukun bir parçası olarak özel hukuk ilişkisine etki

⁴¹⁸ Doğan, İş Akdi, s. 105; Elçin, s. 176-177; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 53-54; Tarman, İş Sözleşmesi, s. 542.

⁴¹⁹ Elçin, s. 177; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 54; Doğan, MÖH, s. 279.

⁴²⁰ Elçin, s. 178; Doğan, İş Akdi, s. 106-107.

⁴²¹ Elçin, s. 178.

⁴²² Elçin, s. 178-179.

⁴²³ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 40.

⁴²⁴ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 40.

⁴²⁵ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 40.

ettiği ölçüde uygulanabilir⁴²⁶. Kamu hukuku karakterli ve özellikle idari denetimler gerektiren hükümler, işveren ve devlete yönelik düzenlemeler içermektedir. İşveren ve devlete yönelik düzenlemelerin iş sözleşmelerine etkisi, özel hukuk alanına sirayet ettiği ölçüde uygulanacak hukukun bir parçası olarak değerlendirilir⁴²⁷.

3. İş Sözleşmesi ile Bağlantılı Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Forumun doğrudan uygulanan kuralları, hâkim tarafından kanunlar ihtilafı yöntemine başvurulmaksızın uygulanır; forumun dışındaki bir başka hukukun doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda, artık kanunlar ihtilafı yöntemi uygulanarak bu kuralların uygulanması mümkün olur⁴²⁸. Örneğin, *lex contractus*'un doğrudan uygulanan kuralları, yukarıda açıklandığı üzere, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının göndermesiyle tespit edilen, iş sözleşmesine uygulanacak hukuka ait kurallardır. Forumun ve *lex contractus*'un doğrudan uygulanan kuralları gibi, sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları da iş sözleşmelerine etki edebilir.

Milletlerarası özel hukukta sözleşmeler alanında irade serbestisi kabul edildiğinden, taraflar sözleşmelerini hiçbir objektif bağlantısı bulunmayan bir hukuka tabi tutabilmektedir. Bu durumda sözleşmenin objektif olarak bağlantılı olduğu ülkelerin hukuk sistemlerine etki tanınması ve bu devletlerin menfaatlerinin dikkate alınması zorunluluğu ortaya çıkar⁴²⁹. Özellikle uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisiyle karşılaşılabilir.

Türk hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK madde 31'de düzenlenmiştir⁴³⁰. İlgili hüküm, “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu

⁴²⁶ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 40.

⁴²⁷ Elçin, s. 189.

⁴²⁸ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 56.

⁴²⁹ Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 73; Adelina Chong, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, 2, J. Private International Law, 2006, s. 27-70, s. 35; Elçin, s. 179.

⁴³⁰ Sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları 2675 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmemiş, 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmiştir.

kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.” şeklindedir. Bu maddenin esin kaynağı olan Roma Konvansiyonu m. 7/f.1’e göre⁴³¹, “*Bu Konvansiyon uyarınca belirli bir devletin hukuku uygulanırken, uyumsuzlukla sıkı bağlantılara sahip olan diğer bir ülkenin, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun uygulanacak nitelikteki emredici hükümlerine etki tanınabilir. Bu emredici hükümlere etki tanınıp tanınmayacağının belirlenmesinde onların niteliği, konusu ve uygulanması veya uygulanmamasının yol açacağı sonuçlar dikkate alınır*”. İlgili hüküm Konvansiyonun hazırlık aşamasından itibaren tartışmalara konu olmuştur⁴³². Hükme yönelen temel eleştiri, doğrudan uygulanan kuralların bir tanımının yapılmamış olmasıdır⁴³³. Roma I Tüzüğü bu eleştirileri dikkate alarak doğrudan uygulanan kuralları tanımına m. 9/f.1’de yer vermiştir. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar, “*bir devletin politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklara, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun uygulanması zorunlu olan emredici kurallar*”dır⁴³⁴. Konvansiyon ve Tüzük arasındaki bir diğer fark ise, Konvansiyonda “sıkı ilişkili” üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceğinden bahsedilmişken, Tüzük’te “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına” etki tanınabileceği kabul edilerek hükmün uygulama alanının daraltılmasıdır⁴³⁵.

⁴³¹ “1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”

⁴³² **Nuray Ekşi**, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, Beta, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 168; **Erkan**, s. 111; **Mehmet Kösoğlu**, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, MHB, 2008, C. 28, Sayı 1-2, s. 147-172, s. 166.

⁴³³ **Erkan**, s. 112.

⁴³⁴ “Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.”

⁴³⁵ Roma I Tüzüğü düzenlemeleri doğrultusunda MÖHUK m. 31’in değerlendirilmesi için bkz. **Erkan**, 111-116; **Doğa Elçin**, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul, 2012, s. 329-354, s. 344; **Özdemir Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 83-84. Hükmün uygulama alanının daraltılması ile sözleşmeyi ehliyet ve şekil bakımından etkileyen doğrudan uygulanan kurallar bakımından yerinde olmamıştır. bkz. **Özdemir Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 86.

Sözleşme ile ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanımak” zorunlu değildir. *For* hâkimi, bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verirken, kuralların amacı, yapısı ve somut olaya uygulanıp uygulanmamasına göre ortaya çıkabilecek sonuçlar üzerinden değerlendirme yapacaktır⁴³⁶.

İsv. MÖHK m. 19⁴³⁷ üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenlemiştir. Buna göre, İsviçre hukuku uyarınca bir tarafın meşru menfaatleri açıkça gerektiriyorsa, bu Kanun’la belirlenen hukuk dışında bir hukuk, davanın şartlarıyla da yakından ilişkiliyse dikkate alınabilir. Böyle bir hükmün dikkate alınmasının gerekip gerekmediğine karar verirken, hükmün amacının yanı sıra uygulanmasının İsviçre hukukuna göre doğuracağı sonuç dikkate alınır.

Bir hukuk kuralını uygulamak ile ona etki tanımak birbirinden farklı kavramlardır. MÖHUK m. 31’e göre hâkimin üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabileceği öngörülmüştür. Hâkim bu kuralları yaptırımları ve sonuçlarıyla uygulamayacak, sadece *lex contractus* çerçevesinde “diğer bir hukuk kuralının uygulanması için gereken fiili unsurlardan biri olarak” dikkate alacaktır⁴³⁸. Hâkimin sonuç ve yaptırımlarıyla uygulayacağı *hukuk lex contractus*dur. Hâkim, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını *lex contractus* çerçevesinde mücbir sebep oluşturan veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir unsur olarak kabul edecek ve *lex contractus* bünyesinde tanınan hukuki sonuçlara karar verecektir⁴³⁹.

Öğretide üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi bakımından bazı şartlar aranmıştır. Bu şartlar “üçüncü devlet normunun doğrudan uygulanan norm olması⁴⁴⁰, sıkı ilişki bulunması⁴⁴¹, korunmaya değer ve

⁴³⁶ Elçin, s. 180.

⁴³⁷ İsv. MÖHK m. 19 Taking into account of mandatory provisions of foreign law

“1. If, pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a party so require, a mandatory provision of a law other than that designated by this Code may be taken into account if the circumstances of the case are closely connected with that law.

2. In deciding whether such a provision must be taken into account, its purpose is to be considered as well as whether its application would result in an adequate decision under Swiss concepts of law.”

⁴³⁸ Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 76; Bayata Canyaş, s. 270.

⁴³⁹ Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 76; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 78-79; Kösoğlu, s. 162 vd.

⁴⁴⁰ İlgili emredici hükmün amaç, nitelik ve uygulama alanı bakımından incelenmesi ile doğrudan uygulanan kural niteliği tespit edilmelidir.

açıkça üstün menfaatin olması ve üçüncü devletin normunun içeriğinin tamamen veya kısmen for devletinin hukuk düzeni ile bağdaşabilir olması”dır⁴⁴².

İş sözleşmesiyle bağlantılı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak, bu etkinin iş sözleşmesinin konusunu oluşturan maddi ilişkiyi kapsadığı ölçüde mümkün ve gereklidir⁴⁴³. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi özellikle işçinin işini yapmak üzere geçici olarak başka bir ülkeye gönderilmesinde ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁴. Türk hâkimi MÖHUK m. 31 hükmü uyarınca, mutad işyeri Türkiye’de bulunan işçinin geçici olarak işini yaptığı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına mutad işyeri olan Türk hukuku çerçevesinde etki tanıyabilir⁴⁴⁵. Örneğin, işçi geçici süreliğine Almanya’da tehlikeli işyeri sayılacak bir yerde çalışıyorsa ve bir iş kazası yaşamışsa, mutad işyeri Türkiye olsa da Türkiye’de açılan davada, Almanya’da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ilgili sektör için düzenlenmiş doğrudan uygulanan kurallara işverenin sorumluluğunun tespiti için etki tanınabilir.

B. Kamu Düzeni Müdahalesi

Kamu düzeni, zamana ve mekâna gören değişkenlik gösteren bir niteliğe sahip olduğundan tanımı konusunda fikir birliğine varılamamıştır. Ancak genel olarak kamu düzeni “bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünü” olarak tanımlanabilir⁴⁴⁶. Milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeninin etkisi ise bir olayda, adalete uygun olmayan aşırı bir sonuca yol açabilecek yabancı hukukun istisnai durumlarda uygulanmaması⁴⁴⁷ şeklinde ortaya çıkmaktadır. Burada, yetkili yabancı hukukun uygulanmasından

⁴⁴¹ Üçüncü devlette borçlunun ikamet etmesi, sözleşme konusu malın söz konusu ülkede olması, borçlunun bu devlet vatandaşı olması gibi haller sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınabilir. bkz. **Akın**, s. 101.

⁴⁴² Bu şartlar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan**, İş Akdi, s. 111-112.

⁴⁴³ **Elçin**, s. 181.

⁴⁴⁴ **Tarman**, İş Sözleşmesi, s. 544; **Elçin**, s. 182.

⁴⁴⁵ **Elçin**, s. 182.

⁴⁴⁶ **Süha Tanrıver**, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Cilt: 17-18, Sayı: 1-2, 1997-1998, s. 467-491, s. 476.

⁴⁴⁷ **Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe**, s. 78; **Tekinalp / Uyanık**, s. 43; **Doğan**, İş Akdi, s. 130; **Doğan**, MÖH, s. 252; **Nomer**, DHH, s. 162; **Ebru Şensöz Malkoç**, “Uluslararası Taahhüt Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, MHB, Yıl 35, Sayı 2, 2015, s. 13-50, s. 29-30.

tamamen vazgeçilmesi söz konusu olmayıp, yalnızca o hukukun bir hükmünün olaya uygulanması sonucunda ortaya çıkan netice hâkimin hukukunun adalet anlayışına açıkça aykırı ise, o hükmün uygulanmasından vazgeçilecektir⁴⁴⁸.

MÖHUK madde 5'e göre "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*". Devletler çoğunlukla kendi kamu düzenlerini korumak amacıyla MÖHUK'un 5. maddesi gibi kamu düzenini koruyucu hükümler getirmektedir. Örneğin, Alm. MÖHK 6. maddesine göre⁴⁴⁹ "*Yabancı bir devlet hukukunun uygulanması Alman hukukunun temel ilkeleri ile açıkça bağdaşmayacak sonuçlara götürüyorsa ve özellikle temel haklarla bağdaşmıyorsa uygulanmaz*". Alman mahkemeleri kamu düzenine aykırılık istisnasını nadir olarak devreye sokmakta, özellikle milletlerarası usul hukukunda bu kurala neredeyse hiç gidilmemektedir⁴⁵⁰. İsv. MÖHK 17. maddesine göre⁴⁵¹ ise "*Yabancı bir hukukun hükümlerinin uygulanması İsviçre kamu düzeni ile bağdaşmayacak bir sonuca götürecekse, bu hükümler uygulanmaz*". Roma I Tüzüğü "forumun kamu düzeni" başlıklı 21. maddesinde⁴⁵², "*Tüzük uyarınca belirlenmiş olan ülke hukukuna ait bir kuralın uygulanması, sadece bu uygulamanın forumun kamu düzenini açıkça ihlal etmesi halinde reddedilebileceği*" kabul edilmiştir.

Kamu düzenine aykırılıkta, yabancı hukukun uygulanması sebebiyle aykırılık oluşan kamu düzeni, davanın açıldığı devlet hukukunun / forumun kamu düzenidir⁴⁵³. Kamu düzeni müdahalesi için, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilmiş ve hâkim, tespit edilen hukukun somut olaya uygulanmasını forumun değerlerine açıkça aykırı bulmuş olmalıdır⁴⁵⁴. Forumun değerleri olarak dikkate alınacak hususlar; forumun kamu menfaati, kişisel hak ve

⁴⁴⁸ Doğan, MÖH, s. 252.

⁴⁴⁹ Alman MÖHK m. 6 "*A provision of the law of another country shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. In particular, inapplicability ensues, if its application would be incompatible with civil rights.*"

⁴⁵⁰ Siehr, s. 338.

⁴⁵¹ İsviçre MÖHK m. 17 "*The application of provisions of foreign law shall be precluded if it would produce a result which is incompatible with Swiss public policy (ordre public).*"

⁴⁵² "*The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum.*"

⁴⁵³ Morgenstern, s. 43, 44; Tekinalp / Uyanık, s. 43.

⁴⁵⁴ A. Gündüz Ökçün, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1967, s. 65; Tekinalp / Uyanık, s. 43; Doğan, İş Akdi, s. 130; Elçin, s. 196.

özgürlükleri koruyan temel prensipleri, Anayasa'nın temel ilkeleri, adalet ve ahlak anlayışıdır⁴⁵⁵. Yabancı hukukun somut olaya uygulanması bahsi geçen değerleri açıkça ihlal edecekse, hâkim yetkili yabancı hukuku uygulamaz ve gerekli görürse kendi hukukunu uygular⁴⁵⁶.

Genel kural, kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Ancak yetkili yabancı hukukun olaya uygulanması sonucunda ortaya çıkan sonuç Türk kamu düzenine açıkça aykırıysa, bu hükümlerin uygulanmaması ve bunun yerine gerekli olduğu takdirde Türk hukukunun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durum, kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliğini göstermektedir⁴⁵⁷.

Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükümlerinin *forum* kamu menfaati, ahlakı veya adalet anlayışına, temel haklar ve önemli temel prensiplerine uygun olmayan sonuçlar vermesi gerekmektedir⁴⁵⁸. Bu durumun varlığı halinde hâkim, yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerini olaya uygulamaz. Buna kamu düzeninin menfi-olumsuz fonksiyonu denir⁴⁵⁹. Bu hükümlerin uygulanmaması sonucunda bir boşluk ortaya çıkıyor ise, yetkili yabancı hukukun uygulanmayan hükümleri yerine hâkim kendi hukukunun ilgili hükümleri uygulanır⁴⁶⁰. Bu duruma da kamu düzeninin müspet-olumlu fonksiyonu denir⁴⁶¹.

Yabancı unsurlu davalarda kamu düzenine aykırılığın belirlenmesinde, dava konusu hukuki ilişkinin ülke ile arasındaki ilişki önem taşır. Mesela uyuşmazlığın tarafları Türk vatandaşı ise veya sözleşme konusu Türkiye'de ifa edilecekse, Türk kamu düzeninin etkilenme ihtimali daha yüksektir⁴⁶².

⁴⁵⁵ Çelikel / Erdem, s. 140; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 76.

⁴⁵⁶ Çelikel / Erdem, s. 140.

⁴⁵⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 43; Nomer, DHH, s. 162; Çelikel / Erdem, s. 142; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 78; Erdoğan / Erdoğan, s. 963.

⁴⁵⁸ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 76; Tekinalp / Uyanık, s. 43; Doğan, İş Akdi, s. 130; Doğan, MÖH, s. 253; Çelikel / Erdem, s. 152-153.

⁴⁵⁹ Doğan, MÖH, s. 253; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 76; Çelikel / Erdem, s. 150.

⁴⁶⁰ Doğan, İş Akdi, s. 131.

⁴⁶¹ Tekinalp / Uyanık, s. 44; Çelikel / Erdem, s. 150.

⁴⁶² Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 79.

Kamu düzeni müdahalesi, objektif bağlama kuralı ile tespit edilen ya da tarafların yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerine uygulanmak üzere belirledikleri yabancı hukukun somut olaya uygulanacak hükümlerinin, kamu düzenine aykırı sonuç doğuracaksa uygulanmasını engeller. Maddi hukuk alanında zayıf sözleşme tarafını ve iş sözleşmeleri bakımından işçiyi koruyucu emredici hükümlerin her biri doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir. Bu anlamda, maddi hukukta kabul edilen doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmayan emredici hükümlerin uygulanması, eğer şartlarını taşıyorsa kamu düzeni müdahalesi ile engellenebilecektir.

Hukuk seçimi başlığı altında incelendiği üzere, irade serbestisi prensibinin milletlerarası özel hukuktaki görünümü olan tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk seçimi iş sözleşmelerinde zayıf akit tarafı koruma amacıyla sınırlandırılmıştır. MÖHUK m. 27/f.1’de hukuk seçiminin sınırı, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu emredici hükümleri olarak belirlenmiştir. Kanaatimizce kanun koyucu, iş sözleşmeleri alanında mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan nitelikli kurallarının uygulanacağını vurgulamış ve hukuk seçiminin bunun dışında kalan alanlarda yapılabileceğini ifade etmiştir. Ancak hukuk seçimi bu şekilde sınırlandırılmamış olsaydı, pazarlık gücü kendisinden fazla olan işveren tarafından kendisi için dezavantajlı hukuku seçmeye zorlanan işçi, kamu düzeni müdahalesi ile korunabilirdi. Bu halde, işçi için dezavantajlı hükümler içeren seçilen hukukun iş sözleşmesine uygulanacak hükümleri, forumun kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğurmuş ise bu hükümler uygulanmayacaktır. Ancak burada kamu düzeni müdahalesinin gerekip gerekmeyeceği yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanması sonucunda değerlendirilmeli ve kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği unutulmamalıdır.

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri alanında doğrudan uygulanan kurallar oldukça fazla olduğundan, bu alanda kamu düzeni müdahalesine daha az rastlanacağı söylenebilir⁴⁶³. Bu alanda kamu düzeni müdahalesi çoğunlukla zayıf sözleşme tarafı olan işçinin korunması amacıyla gerçekleşse de kamu düzeni, sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacından ziyade daha geniş bir perspektifte forumun kamu menfaatini korumayı amaçlar.

⁴⁶³ Doğan, İş Akdi, s. 132; Tarman, İş Sözleşmesi, s. 544.

Yargı kararlarında, kıdem tazminatı konusu “Türk kamu düzeni ile ilgili” görülmüş ve bu sebeple kıdem tazminatına ilişkin uyuşmazlıkların Türk hukukuna göre çözülmesi gerektiği hatalı olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁴. Kanaatimizce, anılan kararlarda hukuki bir kategorinin doğrudan kamu düzenine ilişkin veya “kamu düzeninden olduğu” şeklinde değerlendirmeler yapılması kamu düzeni müdahalesinin özüne ve istisnai niteliğine aykırıdır.

İhbar süreleri bakımından ise yabancı hukukta ihbar sürelerinin farklı düzenlenmiş olması tek başına kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ancak ihbar süresinin hiç öngörülmemiş olması ya da işçinin menfaatlerini zedeleyecek kadar kısa bir süre öngörülmüş olması halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olacaktır⁴⁶⁵.

Kamu düzeni müdahalesinin iş sözleşmeleri alanında karşımıza çıkabileceği hallere örnek olarak; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra aynı sektörde makul olmayan çalışma yasakları⁴⁶⁶, işçiye kazanılmış haklarından mahrum kalması sebebiyle tazminat ödenmemesi, aşırı ihbar süresi, haksız işten çıkarma durumunda yetersiz koruma, iş kazası sonucunda işçiye hiçbir koruma getirilmemesi, tehdit altında yapılan iş sözleşmelerine geçerlilik tanınması, hayat boyu iş sözleşmelerine izin veren hükümler, fahiş cezai şart, kocanın kadına yapacağı iş sözleşmesine aşırı müdahalesine ilişkin hükümler ve her türlü ayrımcılık içeren iş ilişkisi hükümleri örnek verilebilir⁴⁶⁷.

Kamu düzeni müdahalesi iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk dışında kalan ehliyet ve şekil hususlarında da uygulanabilir. İş sözleşmesinin esasına veya ehliyet ve şekil meselelerine uygulanacak hukukun işçiye forumun ilgili hükümlerinden daha az koruma sağlaması tek başına kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi için yeterli değildir⁴⁶⁸. Kamu düzeninin istisnai mahiyeti göz önünde bulundurularak, yabancı hukukun söz konusu hükümlerinin uygulanması kamu

⁴⁶⁴ İlgili kararlar III-C bölümünde detaylı olarak değerlendirilecektir. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, Şubat 1993, s. 208-209; Yargıtay 9. HD. T. 25.10.2010, E. 2009/31301, K. 2010/30289; Ankara BAM, 6. HD. E. 2017/3967- K. 2019/346- T. 26.2.2019.

⁴⁶⁵ Elçin, s. 197.

⁴⁶⁶ Morgenstern, s. 45.

⁴⁶⁷ Elçin, s. 197; Morgenstern, s. 46; Tarman, İş Sözleşmesi, s. 545; Ekşi, İş Sözleşmeleri, s. 134.

⁴⁶⁸ Tarman, İş Sözleşmesi, s. 545.

düzenine açıkça aykırı ve katlanılamaz sonuç doğuracaksa bu müdahale devreye girmelidir.

C. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Kamu Düzeni İlişkisi

Doğrudan uygulanan kuralların tarihsel kaynağını oluşturan emniyet ve asayiş kanunlarının “kamu düzeni kuralları” niteliğindeki kanunlardan oluştuğu kabul ediliyordu⁴⁶⁹. Ancak zamanla kamu düzeni kavramı çağdaş anlayışa göre şekillendi ve doğrudan uygulanan kural kavramı sadece özel hukuk alanında devletin müdahalesini yansıtan kurallar olarak daraltıldı⁴⁷⁰. Bu iki kurum günümüz milletlerarası özel hukuk anlayışında birbirinden bağımsız hale geldi⁴⁷¹. Yine de doğrudan uygulanan kurallar kamu menfaatini koruma amacı taşıdıklarından bu iki kurum arasındaki ayrım kesin olarak gerçekleştirilememiştir. Doğrudan uygulanan kuralların, kamu düzeni ile aynı anlama geldiği, kamu düzeninden fonksiyon bakımından ayrıldığı ve kamu düzeninden farklı olduğuna ilişkin öğretide görüşler ileri sürülmüştür⁴⁷².

Öncelikle bu iki kurum içerik bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar iç hukuktaki bazı emredici hükümlerden oluşurken, kamu düzeni müdahalesinin devreye girebilmesi için emredici bir hüküm bulunması şart değildir. Yazılı olmayan temel ilke ve prensiplere aykırılık da kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir. Bir diğer fark, kamu düzeni müdahalesinin olumsuz etkisi olmasıdır. Kamu düzenine aykırı sonuç doğuran yabancı hukuk kuralı uygulanmaz. Ancak doğrudan uygulanan kural uygulama amacının gerektirdiği durumlarda uygulanır. Yöntem bakımından da bu iki kavram arasında farklılık bulunmaktadır. Kamu düzeninden farklı olarak doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlık konusuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilecek yetkili hukuka bakılmaksızın, düzenlendikleri alanda doğrudan uygulanır⁴⁷³. Bu şekilde doğrudan uygulanma niteliğine sahip kurallar, bu kuralların uygulanması gerektiğine ilişkin

⁴⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 19 vd.

⁴⁷⁰ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 19.

⁴⁷¹ **Erdoğan / Erdoğan**, s. 959.

⁴⁷² Sınıflandırma için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 19-24.

⁴⁷³ **Nomer**, DHH, s. 185; **Doğan**, İş Akdi, s. 132; **Çelikel / Erdem**, s. 154. Kamu düzeninin çağdaş yorumu ve emniyet ve asayiş kanunlarından ayrılması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 6-7.

özel bir hüküm aranmaksızın uygulanmaları zorunlu maddi hukuk kurallarıdır⁴⁷⁴. Bununla birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında, kanunlar ihtilafı kurallarının, uygulama alanına giren konularda doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını bertaraf etmeyeceğine ilişkin hükümler yer almış ve doğrudan uygulanan kuralların etkisi açıkça kabul edilmiştir.

İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesinin uygulamada sıkça birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Yargıtay, doğrudan uygulanan kural değerlendirmesi yapması gereken yerde kamu düzeni müdahalesini devreye sokmuş, kamu düzenini uygulaması gereken yerde yöntem bakımından hataya düşmüş ve çoğunlukla MÖHUK m. 27’yi uygulamamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 25.10.2010 tarih, E. 2009/31301 ve K. 2010/30289 sayılı kararına⁴⁷⁵ konu olayda, davacı şirketin Libya’daki şantiyesinde tesis işletme şefi olarak çalışan işçi, iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir. Taraflar arasında mahkemenin yetkisi ve hangi devlet hukukunun uygulanacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Yargıtay, MÖHUK m. 27’den bahsetmekle birlikte, MÖHUK m. 27’yi uygulamadan “*Türk iş hukukunda iş güvencesine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve kamu düzenine ilişkin olduğunu*” kabul etmiş ve doğrudan MÖHUK m. 5’e dayanarak Türk iş hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

İlgili karar öncelikle yöntem bakımından hatalıdır. İlk olarak, sözleşmede yabancılık unsuru bulunduğu için uyuşmazlığın (mutad işyeri Libya) MÖHUK’un uygulama alanına girdiği belirlenmeli, uyuşmazlığın kaynağı olan sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu vasıflandırıldıktan sonra MÖHUK m. 27’nin uygulanacağı tespit edilmeli, uyuşmazlık konusunun forumun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına girip girmediği değerlendirmeli ve doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanına girmeyen konular, MÖHUK m. 27’ye göre uygulanacak hukuka göre çözümlenmelidir. Yetkili hukukun olaya uygulanacak hükümleri MÖHUK m. 5

⁴⁷⁴ Nomer, DHH, s. 185.

⁴⁷⁵ Tam metin karar için bkz. Erdoğan / Erdoğan, s. 955-957.

uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise kamu düzeni müdahalesi istisnasına başvurulmalıdır. Yargıtay, kamu düzeni müdahalesine MÖHUK m. 27'ye başvurmadan, doğrudan hukuki kategorinin kendisinin “kamu düzeninden” olduğu gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanacağına hatalı olarak karar vermiştir. Kanaatimizce, Yargıtay doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni kavramını karıştırmakta ve doğrudan uygulanan kural değerlendirmesi yapması gerekirken kamu düzeni müdahalesine başvurmaktadır⁴⁷⁶.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 26.02.2019 tarihli kararında⁴⁷⁷ yabancılık unsuru taşıyan ve tarafların hukuk seçimi anlaşması bulunmayan iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkta mutad işyeri Rusya olmasına rağmen Türk hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Olayda, yurt dışı işyerinde çalışma nedeni ile yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkta, davacı işçinin Türk vatandaşı olması, yurt dışına davalı şirket veya bağlı bulunduğu grup tarafından götürülmesi ve davalı şirketin yurt dışındaki işyeri ve yabancı ülke hukukuna göre kurulan işyerini işleten işveren ile organik bağ içinde olmaları sebepleriyle, “*İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde, Türk İş Hukuku uygulanmakta*” denmiştir. Hatta “*davacının yurt dışında kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmasının sonuca etkili olmadığı*” belirtmiştir. Kanaatimizce, MÖHUK'un 27. maddesi uygulanmadan, mutad işyerinin Rusya olduğu bir uyuşmazlıkta, “iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin kamu düzeni dikkate alınarak” doğrudan Türk hukukunun uygulanması yerinde değildir. Kamu düzeni, uygulanacak hukukun tespit edilip somut olaya uygulanması neticesinde devreye girebilir. Burada hukuk seçimi olmadığından, MÖHUK m. 27 uyarınca mutad işyeri hukuku olan Rusya hukuku uygulanabileceği gibi, hâkim, Türk hukukunun Rus hukukundan daha sıkı ilişkili olduğu kanaatindeyse MÖHUK m. 27/f.4'teki istisna hükmünden yararlanarak Türk hukukunu da uygulayabilirdi.

⁴⁷⁶ Aynı yönde, Erdoğan / Erdoğan, s. 961.

⁴⁷⁷ Ankara BAM, 6. HD. E. 2017/3967- K. 2019/346 - T. 26.2.2019. Karar metni için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam6-hd-e-2017-3967-k-2019-346-t-26-2-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2019 tarihli kararında⁴⁷⁸ dava konusu, davalı şirkete ait teknede belirsiz süreli iş sözleşmesi ile tekne kaptanı olarak görev yapan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih hakkı kötüye kullanılmak suretiyle feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile işçilik alacaklarının talebidir. 22. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin *“iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk iş hukukunu uygulama”* yönündeki kararını bozmuş ve yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun MÖHUK m. 27'ye gidilmeden doğrudan “kamu düzeni” sebebiyle Türk hukukuna bağlanması yanlısına son vermiştir.

⁴⁷⁸ Yargıtay 22. HD. E. 2016/9339- K. 2019/16564- T. 18.9.2019. Karar için bkz. <https://ezproxy.ticaret.edu.tr:2587/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2016-9339-k-2019-16564-t-18-9-2019> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

SONUÇ

Günümüzde uluslararası ilişkilerin artması ve dünyanın küreselleşmesi sonucunda iş ilişkileri de artarak yabancılık unsuru kazanmaktadır. İş hukuku alanı, devletin ekonomik, sosyal ve mali politikalarıyla yakından ilişkili olduğundan emredici hükümlerle detaylı olarak düzenlenmektedir. Aynı zamanda, iş ilişkilerinin ve iş sözleşmelerinin taraflarından işçinin, işveren karşısındaki sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumu iş sözleşmelerinin diğer sözleşmelerden farklı kurallara tabi olması sonucunu doğurmuştur.

Sözleşmenin zayıf tarafı işçinin korunması gerekliliği, iş hukuku alanında pek çok düzenlemeye karşımıza çıkar. Maddi iş hukuku alanı genelde esnek olmayan şekilde, detaylı ve katı kurallarla donatılmıştır. Bu durum, taraflar arasında kurulan sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı, işçi ve işverenin sözleşme kurma ehliyetleri, iş sözleşmesinin şekli, iş sözleşmesi yapma, yapmama ve içeriğini belirleme özgürlüklerin sınırları, iş sözleşmesinin içeriği bakımından çalışma şartları, ücret, işçinin sosyal hakları, sözleşmenin sona ermesi, sona erme sebep ve şartları ile işçilik hakları gibi konuların detaylı olarak düzenlenmesinden anlaşılmaktadır.

Sözleşmeler hukuku alanında temel prensip irade serbestisi iken, iş sözleşmeleri alanında emredici hükümlerin fazlası olması sebebiyle taraf iradelerinin etkinliği azaltılmıştır. Bunun sebebi, işçinin ekonomik yönden geçimini iş sözleşmesi ile sağlayacak olmasından, bu sözleşmeyi müzakere ederken herhangi bir sözleşme tarafından daha az müzakere gücüne sahip olması ve işverenin kendi lehine şartları işçiye kabul ettirebilecek olmasıdır. İşçi aleyhine ortaya çıkabilecek bu sakıncalar, iş sözleşmelerinde yabancılık unsuru bulunması halinde de mevcuttur.

İş sözleşmelerinin içeriğini belirlerken tarafların irade serbestisinin sınırını mutlak emredici hükümler ve nisbi emredici hükümler oluşturur. İşçi ile işverenin, sözleşme ile işçinin lehine olsa dahi değiştiremeyeceği, işin idari işleyişine yönelik kamu hukuku nitelikli kurallar mutlak emredici kurallardır. Nisbi emredici kurallar ise, taraflara sınırlı bir irade serbestisi tanıyarak işçi aleyhine aşılabilir bir sınır

getiren, ancak işçi lehine bu sınırın aşılmasına izin verilen kurallardır. Örneğin, iş sözleşmesinde yıllık ücretli izin hakkını ortadan kaldıran bir hüküm yer alamaz. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu “yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez” şeklinde mutlak emredici bir hükme sahiptir (İK m. 53/f.2). Ancak taraflar, sözleşmelerinde Kanun’da öngörülen yıllık izin süresini arttıran bir hüküm belirleyebilir.

Tarafların irade serbestisi, iş sözleşmesi yapma yasakları ve bu kapsamda tarafların ehliyeti ve işverenin iş sözleşmesi yapma zorunluluğu konuları bakımından da sınırlandırılmıştır. Bu alandaki sınırlamalar, işverenin engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu, on beş yaşını doldurmamış çocukların çalışma yasağı, yabancıların Türkiye’de kendilerine yasaklanmamış işlerde çalışma izni olarak çalışabilmesi şeklinde örneklendirilebilir. Taraflar, bu emredici hükümlere aykırı sözleşme şartı düzenleyemez.

Zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı çalışmamızın ikinci bölümünün konusudur. Bu kapsamda, maddi iş hukuku alanında incelediğimiz iş sözleşmesinde irade serbestisinin sınırını oluşturan ehliyet, şekil ve esasa ilişkin emredici hükümlerin kanunlar ihtilafı alanına etkileri, işçi ve işverenin sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme imkânı, hukuk seçiminin bulunmadığı halde sözleşmeye uygulanacak objektif bağlama kuralı ve bu kuralın işçiyi koruma amacını ne ölçüde gerçekleştirdiği konuları incelenmiştir.

İş sözleşmelerinde; işçinin veya işverenin yabancı devlet vatandaşı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir devlette bulunması, işçinin iş görme edimini mutad olarak yabancı bir devlette ifa ediyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir devlet ile sıkı irtibatlı olduğunun halin şartlarından anlaşılıyor olması hallerinden biri gerçekleşmişse yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilir. Bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması halinde bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlık milletlerarası özel hukuk kuralları aracılığıyla çözülür. Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK madde 1’e göre “*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk bu Kanunla düzenlenmiştir*”.

Çalışmamızda yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk kapsamında, işçi ve işverenin ehliyetine, iş sözleşmesinin şekline ve iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk konuları MÖHUK m. 9, 7 ve 27 hükümlerinin özellikle Roma I Tüzüğü ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile karşılaştırılarak değerlendirilmiştir.

Yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Yabancıların, küçüklerin ve kadınların iş sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin özel kurallar, yürürlükte oldukları ülkede çalışma düzenine, devletin sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin olduklarından işin yapıldığı yer kriterine göre, o ülkede ifa edilen tüm iş sözleşmelerine uygulanmak zorundadır. Ehliyeteye ilişkin bahsedilen özel kurallar, kanunlar ihtilafı kuralına gidilmeksizin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanırlar.

Türk hukukunda yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde ehliyeteye uygulanacak hukuku gösteren *“yasaklayıcı kurallar ve tedbirler hakkında işin mutaden yapıldığı yer hukukunun aradığı özel ehliyet şartlarının işçiye sağladığı asgari koruma saklı kalmak şartıyla, iş sözleşmesi yapma ehliyetine her bir tarafın milli hukukunun uygulanacağı”* şeklinde özel bir bağlama kuralı düzenlenmesinin yerinde olacağı öğretide ifade edilmiştir. Kanaatimizce de iş sözleşmelerinde ehliyet bakımından özel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Ancak bu düzenleme yapılmasa dahi, iş sözleşmelerinde işin yapıldığı yerin (fiili veya geçici olarak çalışılan yer olsa dahi) ehliyet konusunda kabul ettiği sınırlama ve özel şartlar *“doğrudan uygulanan kural”* olarak (örn. yabancıların çalışması yasak olan işler, korunan gruplara ilişkin yasaklamalar) uygulanacaktır. Bunun dışında kalan ehliyeteye ilişkin konularda genel kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m. 9 uygulanacaktır.

Öğretide, işlem güvenliği kuralını düzenleyen MÖHUK m. 9/f.2'nin amacının ülkede gerçekleşen ticari işlemlerin geçerliliğini üçüncü kişiler bakımından korumak olduğu ve iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce, işçinin Türk hukukuna göre ehil olup kendi milli hukukuna göre ehil olmadığı durumlarda, işlem güvenliği prensibi bakımından öncelikle incelenmesi gereken, özellikle işçinin kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasının işçiyi

koruyucu kamu menfaatli bir kuraldan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Bu halde, yabancı devletin doğrudan uygulanan kuralı gündeme gelecek olup, bu kapsamda o kurala etki tanınabilecektir. Doğrudan uygulanan kural kapsamına girmeyen ehliyet meselesinde ise, maddenin lafzı iş sözleşmelerini istisna tutmadığından, işlem güvenliği prensibi uygulama alanı bulacaktır.

Türk hukukunda işlem güvenliği kuralını düzenleyen MÖHUK m. 9/f.2 hükmünde, Roma I Tüzüğü m. 13’de kabul edildiği şekilde işlem güvenliği kuralı subjektif iyi niyet koşuluna bağlanmamıştır. Subjektif iyi niyete ancak Kanun hükmünde öngörülmesi halinde etki tanınabilir. Bu anlamda Türk milletlerarası özel hukukunda, kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli olan kişinin; işlem güvenliği prensibi uyarınca ehliyetli olacağı ve karşı tarafın bu ehliyetsizliği biliyor veya ihmali sebebiyle bilmiyor olmasının bu durumu değiştirmeyeceği söylenebilir. Eğer Türk hukukunda işlem güvenliği prensibinin uygulanması subjektif iyi niyet koşulunun bağlanmak isteniyorsa kanaatimizce yasal değişiklik yapılması gerekmektedir.

İş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk ise şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilir. Hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel bağlama kuralı MÖHUK madde 7’dir. Sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafı koruma yollarından biri de şekil kurallarıdır. İşçiyi koruyucu şekil kurallarına örnek olarak, belirsiz süreli ve tam zamanlı tipik iş sözleşmeleri yerine atipik iş sözleşmelerin yapılmasını güçleştirmek için atipik iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı aranması gösterilebilir. İşçinin işini yaptığı yer hukukunda öngörülen bu türden işçiyi koruyucu şekil kuralları, tıpkı işçiyi koruyucu ehliyet ve esasa ilişkin kurallar gibi doğrudan uygulanan kural olarak uygulanır. Bu kapsamda, tüketici sözleşmelerinde getirilen kurala benzer şekilde, iş sözleşmelerinin MÖHUK m. 7 hükmünde sayılan “yapıldıkları ülke hukukunun” veya “o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin” öngördüğü şekilde yapılabileceği, ancak “*işin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü işçiyi koruyucu özel şekil kurallarının saklı kalacağı*” şeklinde bir düzenleme MÖHUK m. 27 hükmüne ek fıkra olarak ilave edilebilir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk MÖHUK madde 27’de düzenlenmiştir. MÖHUK m. 27/f.1’e göre iş sözleşmeleri, “*işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir*”. İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında sübjektif bağlama kuralı olarak ilk kademedeki karşımıza taraf iradeleri çıkmaktadır. Taraf iradeleri, “*işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma*” ile sınırlandırılmıştır.

Kanaatimizce ilgili düzenleme, birinci bölümde açıklanan iş hukuku alanında devletin sosyal ve ekonomik politikaları doğrultusunda düzenlenen kamu hukuku nitelikli kuralların hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyeceğinin bir güvencesi olarak anlaşılmalıdır. MÖHUK’un esin kaynağı Roma Konvansiyonu’nun yerini alan Roma I Tüzüğü m. 8/f.1’de de aynı esas benimsenmiştir. MÖHUK m. 27/f.1’de “*işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla*” hukuk seçimine izin verilmesi, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki nisbi emredici hükümlerinin doğrudan uygulanacağını bir ifadesidir ve işçiyi koruma amacına hizmet eder. Bunun anlamı, geçerli bir hukuk seçimi yapılmışsa, seçilen hukukun kuralları ve emredici hükümleri bizim de katıldığımız görüş uyarınca tavsiye edilen grup karşılaştırması neticesinde, işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukunun işçiyi koruyan emredici nitelikteki hükümlerine göre işçinin daha lehine ise uygulanacaktır. Aksi halde, yani, taraflarca seçilen hukukun hükümleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerine göre işçiyi daha az koruyorsa, mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mutlak emredici hükümleri seçilen hukukun uygulanmasını her halde engelleyecektir.

İş sözleşmeleri alanında tarafların hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif bağlama kuralı olarak ilk kademedeki mutad işyeri hukuku yer almaktadır. MÖHUK m. 27/f.2’ye göre, “*tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır*”. Kanunlar ihtilafı alanında benimsenen “mutad işyeri” bağlama noktasının tespiti ve uygulanma kriterleri öğretide tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuştur. Çalışmamızda bu kapsamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Yargıtay tarafından mutad

işyerinin tespitinde kabul edilen kriterler tespit edilmiştir. Bu kriterler, “işçinin işin ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer” kriterleridir.

ABAD C-29/10 Koelzsch kararına göre, uluslararası taşımacılık sektöründe çalışan uçuş görevlisi, gemi kaptanı vb. kişiler bakımından mutad işyerinin tespitinde “işçinin nakliye görevlerini yerine getirdiği, görevine ilişkin talimatlar aldığı ve işini organize ettiği, çalışma araçlarının bulunduğu, taşımanın esas olarak gerçekleştirildiği, malların boşaltıldığı ve çalışanın görevlerini tamamladıktan sonra döndüğü yer” mutad işyerinin tespitinde dikkate alınır. Kanaatimizce bu kriterler, işçinin fiili olarak birden fazla ülkede çalışması halinde mutad işyerinin tespitini kolaylaştıracak ve bağlama kuralının uygulama alanını genişletecektir.

İşçinin mutad işyerinin bulunmaması halinde ikinci kademede Türk hukukunda “işverenin esas işyeri hukuku”, AB hukukunda “işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku” uygulanır. Mutad işyeri bağlama kuralı sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacını taşır. İncelediğimiz ABAD kararları ışığında, ABAD’ın mutad işyeri hukuku bağlama kuralını geniş yorumlayarak uygulama alanını genişlettiği tespit edilmiştir. Bu sayede ikinci kademede yer alan “işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku” kuralının uygulama alanı özellikle daraltılmıştır. Türk hukuku bakımından da iş sözleşmelerinde “mutad işyeri hukuku” bağlama noktasının geniş yorumlanarak uygulanması ve MÖHUK m. 27/f.3 “işverenin esas işyeri hukuku” kuralının istisnai görülmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının son kademesinde MÖHUK m. 27/f.4 istisna hükmü yer almaktadır. Buna göre, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir. Sıkı ilişkili hukukun tespitinde kullanılacak kriterler ABAD ve Yargıtay kararlarında “ tarafların vatandaşlığı, işverenin ikametgâhı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı” olarak belirlenmiştir. Ancak kanaatimizce, bu unsurların

sözleşme ile bağlantısı çoğu halde mutad işyerinin sözleşme ile bağlantısından daha zayıf olacaktır. Bu nedenle, istisna hükmünün iş sözleşmeleri alanında uygulama alanı dardır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde iş sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni istisnası incelenmiştir. İş sözleşmelerinde zayıf taraf işçinin korunması emredici hükümlerle sağlanmaktadır. Doğrudan uygulanan kural niteliğindeki işçiyi koruyan emredici hükümler, uygulanacak hukukun objektif veya subjektif bağlama kuralı uyarınca tespitine bağlı olmaksızın uygulanır. Kamu düzeni müdahalesi ise kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasını engelleyerek işçinin ve forumun kamu düzeninin korunmasını sağlayacak bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar, devletin ekonomik, sosyal ve siyasal organizasyon ve politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkarılan, kişilerin sözleşme özgürlüklerini sınırlayan kural ve kanunlardır. Taraflardan birinin diğerine kıyasla sosyal ve ekonomik yönden zayıf konumda bulunduğu iş sözleşmeleri, doğrudan uygulanan kurallara en sık rastlanan sözleşmelerdendir. İş hukukta işçi ile işverenin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacağı, değiştirilmesi mümkün olmayan kamu hukuku nitelikli kurallar ile taraflara yalnızca işçinin daha lehine olan hükümlerin kabulü yönünde sınırlı irade serbestisi tanıyan hükümler, milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kural olarak korunur.

İş hukuku alanında ilk grup doğrudan uygulanan kurallar; eşit davranma ilkesi, belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı, süreli fesih, feshin geçerli sebebe dayandırılması, engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, asgari ücret, çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı vb. hükümlerdir. Bu hükümler amaç bakımından incelendiğinde mutlak emredici nitelikte oldukları ve Türkiye’de ifa edilen iş sözleşmelerine doğrudan uygulanacakları görülmektedir.

Doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olan ikinci grup hükümler ise işçi lehine asgari koruma sınırı oluşturan nisbi emredici kurallardır. Fesih bildirim süreleri, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatına ilişkin maddelerin düzenlenme amacı işçi bakımından koruyucu asgari bir sınır getirmek, bu sınırın altına düşülmemesini

sağlamaktır. Ancak taraflar, işçinin lehine tazminat ve bildirim sürelerine ilişkin hükümler içeren hukuk seçiminde bulunulabilir. Yine, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler de nisbi emredici nitelikte olup asgari koruma sınırı teşkil eder.

Maddi hukuk alanında zayıf sözleşme tarafını ve iş sözleşmeleri bakımından işçiyi koruyucu emredici hükümlerin her biri doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir. İç hukukun doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmayan emredici hükümlerinin uygulanması, eğer şartlarını taşıyorsa kamu düzeni müdahalesi ile gerçekleşebilir. Kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen hukukun somut olaya uygulanan hükümlerinin, Türk kamu menfaati, ahlâkı veya adalet anlayışına, temel haklar ve önemli temel prensiplerine açıkça aykırı sonuçlar vermesi halinde yetkili hukuk uygulanmaz, gerektiği takdirde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 5).

İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı alanında doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesinin uygulamada sıkça karıştırıldığı görülmüştür. Yargıtay, doğrudan uygulanan kural değerlendirmesi yapması gereken yerde kamu düzeni müdahalesini devreye sokmuş, kamu düzenini uygulaması gereken yerde yöntem bakımından hataya düşmüştür.

Yöntem olarak, sözleşmede yabancılik unsuru bulunuyorsa sözleşmenin MÖHUK'un uygulama alanına girdiğinin tespiti, uyuşmazlığın kaynağı olan sözleşmenin iş sözleşmesi olarak vasıflandırılması ve kanunlar ihtilafı kuralının (MÖHUK m. 27) tespiti, uyuşmazlık konusunun forumun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına girip girmediğinin belirlenmesi, uyuşmazlık konusu forumun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına giriyorsa bu kuralların uygulanması ve doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanına girmeyen hususların MÖHUK m. 27 uyarınca tespit edilen hukuka göre çözümlenmesi gerekmektedir. MÖHUK m. 27'ye göre tespit edilen hukukun uyuşmazlığa uygulanacak hükümleri Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise (MÖHUK m. 5) kamu düzeni müdahalesine başvurulmalıdır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1992.

AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 [MÖH].

AKIN, Şefika: “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, Yıl:9, S.2, 1989, s. 99-102.

AKINTÜRK, Turgut / **ATEŞ**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), Beta Basım Yayın, 29. Bası, İstanbul, 2020.

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara, 2018.

ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s. 3-81.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Ankara, 2019.

ARPACI, Abdülkadir / **SEROZAN**, Rona / **HATEMİ**, Hüseyin / **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt, İstanbul, 2017.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ARSLAN, İlyas: Milletlerarası Özel Hukukta Mutat Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

AYBAY, Rona / **DARDAĞAN**, Esra: Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), Aybay Yayıncılık, İstanbul, 2001.

AYGÜN, Mesut: “Yabancılaşma Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s. 1025-1066 [Yabancılaşma Unsuru].

BALKAR BOZKURT, Süheyla: “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012, s.141-196.

BALKAR BOZKURT, Süheyla: “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, GÜHFD, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, s. 795-863.

BAYATA CANYAŞ, F. Aslı: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

BOGDAN, Michael: "Labor Relations in the Swedish Conflict of Laws", 51, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1982, s. 211-222 [Labor Relations].

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz / **GEMİCİ FİLİZ**, Beste: "Türk Hukukunda Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı:1, Ocak 2016, s. 593-619.

CENTEL, Tankut: "Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları", Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul, 1983, s. 215-238 [Bağlama Kuralları].

CHONG, Adelina: "The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts", 2, J. Private International Law, 2006, s. 27-70.

CZERWIŃSKI, Marcin: "The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation", Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 5 (2015), s. 147-162.

ÇAĞATAY, Uluç: Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Durumu, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 8.16, 2009, s. 1-19.

ÇELİKEL, Aysel / **ERDEM**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayın, 15. Bası, İstanbul, 2020.

ÇELİKEL, Aysel / **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş 25. Bası, 2020.

ÇELİK, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul, 2019.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş 24. Bası, İstanbul, 2011.

ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

DOĞANGÜN, Temel: Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

DOĞAN, Vahit: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996 [İş Akdi].

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]

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2020 [MÖH].

DOĞAN, Vahit: “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, MHB, 1995, s. 21-42 [Zayıf Akit Tarafı].

EKMEKÇİ, Ömer / **AKYİĞİT**, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2020.

EKŞİ, Nuray: “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, MHB, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s. 263-291.

EKŞİ, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Basım Yayın, 3. Bası, İstanbul, 2019.

EKŞİ, Nuray: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, Beta Basım Yayın, 1. Bası, İstanbul, 2004.

EKŞİ, Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, 1997, S. 116-148 [İş Sözleşmeleri].

ELÇİN, Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ELÇİN, Doğa: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul, 2012, s. 329-354,

ERDEM, Bahadır: “Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Durum-Genel Olarak Akitler”, 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. 95-105.

ERDOĞAN, Ersin / **ERDOĞAN**, Canan: “Türkiye’den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, İSGHD, Cilt: 13, Sayı:50, 2016, s. 955-988.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24. Bası, Ankara, 2019.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2019 [Borçlar Özel].

ERKAN, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2011, s. 81-121.

EYRENCİ, Öner / **TAŞKENT**, Savaş / **ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Basım Yayın, 9. Bası, İstanbul, 2019.

GAUDU, François: Labour Law, Introduction to French Law, Kluwer Law International, Edited by: George A. Bermann / Etienne Picard, 2008, s. 395-417.

GÜNGÖR, Gülin: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

GRUŠIĆ, Uglješa: “Should The Connecting Factor Of The ‘Engaging Place Of Business’ Be Abolished In European Private International Law?”, International and Comparative Law Quarterly, 2013, 62(1), s. 173-192.

Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Zagreb – 1971, Conflicts of Laws in the Field of Labour Law, 16th Commission, Rappoteur: Mr. Etienne Szaszy.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2019 [Borçlar Özel].

KIRLI AYDEMİR, Deniz: “Türk Soyulu Yabancıların Türkiye’de Çalıştıkları İşyerindeki Sosyal Güvenliğe Tabi Olmaları” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2007/6, s. 477-487.

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, 2008, C. 28, sayı 1-2, s. 147-172.

KUNDA, Ivana: “Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I Regulation”, Transnational, European, and National Labour Relations, Editörler: Springer, Cham, 2018, s. 73-96.

KUTLU, Melis: Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, 2019.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2008.

MORGENSTERN, Felice: International Conflicts of Labour Law, International Labour Organisation, Geneva, 1984.

NARÇİN TOSUN, Zelal: İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 107, Temmuz 2015, s. 14-27.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, Beta Basım Yayın, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2014.

NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım Yayın, 22. Bası, İstanbul, 2017 [DHH].

NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 2018 [Milletlerarası Usul Hukuku].

ÖKÇÜN, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1967.

ÖZBAKAN, Işıl: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 58, Ankara, 1987.

ÖZDEMİR, Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, Sayı 4, s. 926-941.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001 [Doğrudan Uygulanan Kurallar].

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003 [Elektronik Sözleşmeler].

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [MHB] 30 (2012), S. 27-62 [MÖHUK m. 24].

ÖZEL, Sibel: “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1351-1382 [MÖHUK m. 44].

ÖZKAN, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Natürel Yayıncılık, Ankara, 2003.

SARGIN, Fügen: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

SARIOZ BÜYÜKALP, İpek: “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2018, s. 195-248.

SAVUR, Elçin: Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2019.

SIEHR, Kurt: “Avrupa’da Devletler Özel Hukuku: Avrupa Hukukunda ve Almanya’da Durum”, 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. 23-47.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Basım Yayın, 18. Bası, İstanbul, 2019.

SÜZEN, Begüm: Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Bahçeşehir Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.

ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Beta Basım Yayın, 12. Bası, İstanbul, 2018.

ŞANLI, Cemal / **ESEN**, Emre / **ATAMAN FİGANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul, 2019.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Basım Yayın, 7. Bası, İstanbul, 2019.

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 179, Temmuz 2019, s. 1383-1434.

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, MHB, Yıl 35, Sayı 2, 2015, s. 13-50.

TANRIVER, Süha: “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Cilt: 17-18, Sayı: 1-2, 1997-1998, s. 467-491.

TARMAN, Zeynep Derya: “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ankara, 2016, s. 371-428 (Editörler: Işıl ÖZKAN / Ceyda SÜRAL / Uğur TÜTÜNCÜBAŞI) [AB Kanunlar İhtilafı].

TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S. 59/2, 2010, s. 521-550 [İş Sözleşmesi].

TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, 1995.

TEKİNALP, Gülören / **UYANIK**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

TERCIER, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal / **DEVELİOĞLU**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.

TUNCAY, Can: “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun”, Onar Armağanı, İstanbul, 1977, S. 883-913 [Uygulanacak Kanun].

TUNÇOMAĞ, Kenan / **CENTEL**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Basım Yayın, 9. Bası, İstanbul, 2018.

TURHAN, Turgut: “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, S.41, 1991, S. 119-149.

TÜYSÜZ, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, 2019, s. 463-500.

ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

UŞAN, M. Fatih / **AYGÜL**, Musa: “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurtdışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Nisan, 2007, s. 46-58.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, 2011, s. 959-990.

VURAL ÇELENK, Belkıs: Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 277-296.

WEISS, Manfred: Introduction to German Law, Kluwer Law International, Edited By: J. Zekoll / M. Reimann, Second Edition, 2005, s. 299-337.

Cevrimiçi Kaynaklar:

Alman Medeni Kanunu (Alm. MK) İngilizce metin için **bkz.** http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf .

Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Alm. MÖHK) İngilizce metin için **bkz.** https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0020 .

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları için **bkz.** https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/ .

Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması için **bkz.** https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf .

AYM kararı için **bkz.** <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf> .

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı için **bkz.** <https://www.bailii.org/> .

İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK) İngilizce metin için **bkz.** <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/> .

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. MÖHK) İngilizce metin için **bkz.** https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_ISV.MÖHK_2017.pdf .

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Resmi İnternet Sitesi için **bkz.** <https://www.idi-iil.org/en/> .

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Tasarısı 1971 Zagreb Oturumu İngilizce metin için **bkz.** https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1971_zag_02_en.pdf .

Roma I Tüzüğü için **bkz.** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> .

Roma Konvansiyonu için **bkz.** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1584629451013&uri=CELEX:41980A0934> .

4857 sayılı İş Kanunu Gerekçesi için **bkz.** https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf .

4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı için **bkz.** <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf> .

5718 sayılı MÖHUK gerekçesi için **bkz.** <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> .

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler için **bkz.** <http://www.diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/sozlesmeler.html> .

“Ücret” kelimesinin tanımı için **bkz.** http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_karistirilan&view=karistirilan&kategori1=krs_akan&kelimez=95 .

Yargıtay kararları için **bkz.** www.kazanci.com .

Yargıtay kararları için **bkz.** www.lexpera.com.tr .



ÖZGEÇMİŞ

Beyza Çağla ŞAHİN, 13 Kasım 1994 tarihinde İstanbul'da doğdu. 2012 yılında Dede Korkut Anadolu Lisesi'nden, 2017 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalında yüksek lisans eğitimine başladı. 2018 yılında İstanbul Barosu'nda avukatlık stajını tamamladı. Aynı yıl, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı ve hala araştırma görevlisi olarak çalışmaya devam etmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Beyza Çağla ŞAHİN
Tez Başlığı : Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk
Savunma Tarihi : 24/09/2020
Danışmanı : Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı	İmza
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	
Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN	
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ	

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü