

Araştırma Makalesi

Sicil, 2025/I Sayı 53: 9-28

Makale Gönderim Tarihi: 5 Mayıs 2025

Makale Kabul Tarihi: 12 Mayıs 2025

Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk - Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı**

Öz

Yurt dışında özellikle inşaat sektöründe çeşitli projelerde çalıştırılmak üzere gönderilen Türk işçileri, iş sözleşmelerinin sona ermesi ve projenin bitmesinden sonra Türkiye'de işçilik alacaklarına ilişkin dava açmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde açılan davalarda uygulanacak hukukun tespiti iş hukukunun en önemli sorunlarından birisidir. Bu konuya ilişkin düzenlemeler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul

Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 24 ve 27. maddelerinde yer almıştır. Anayasa Mahkemesi, 05.11.2024 tarihinde MÖHUK'un 27. maddesinin 1. fıkrasını iptal etmiştir. İptal kararı neticesinde ortaya çıkan yeni durumun belirlenmesi gerekir. Bu nedenle çalışmamızda önce halen yürürlükte olan MÖHUK'un ilgili hükümleri ve uygulama üzerinde durulmuş ve sonra iptal kararı hakkında görüşümüze yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Yabancılık unsuru, iş sözleşmesi, mutad işyeri, daha sıkı ilişkili hukuk, kamu düzeni, Anayasa Mahkemesi.

Applicable Law in Contracts Containing a Foreign Element - The Annulment Decision of the Constitutional Court

Abstract

Turkish workers sent abroad particularly for various construction projects often initiate legal proceedings in Turkey to claim outstanding employment entitlements following the termination of their employment contracts and the completion of such projects. One of the most pressing issues in employment law concerns the determination of the applicable law in disputes arising from private law transactions and relationships that involve a foreign element. The relevant legal framework governing this matter is set forth in Articles 24 and 27 of the Law

on Private International Law and Procedure (Law No. 5718, hereinafter "PIL"). However, on 5 November 2024, the Constitutional Court rendered a judgment annulling the first paragraph of Article 27 of the PIL. This annulment necessitates a reassessment of the legal landscape as reshaped by the Court's decision. Accordingly, in this study, we first examine the relevant provisions of the PIL currently in force and their application in practice, and subsequently provide our legal assessment of the Constitutional Court's annulment ruling.

Keywords:

Foreign element, employment contract, habitual workplace, more closely connected law, public policy, Constitutional Court.

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e.kaplan@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0656-3651.

**Çalışma dizgi aşamasında iken 4.6.2025 tarih ve 32920 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7550 sayılı Kanun ile MÖHUK md.27/1 ve 4. fıkralarında değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle değerlendirmeler, söz konusu değişiklik öncesine dayanmaktadır.

Giriş

Özellikle inşaat sektöründe faaliyette bulunan bazı şirketler yurt dışında üstlendikleri projeler kapsamında işgücünü genellikle Türkiye’den istihdam etmektedir. Projenin bitmesi veya iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda Türkiye’ye dönen işçiler Türk Mahkemelerine başvurarak sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan işçilik alacaklarının talebi ile dava açmaktadır. Yabancı unsurlu bu davalarda uygulanacak hukukun tespiti önemlidir. Yabancılaşma unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden kaynaklanan alacak davalarına uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK) yer almıştır.¹ Bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda MÖHUK m.27/1 hükmüne göre, iş sözleşmeleri işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi olacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020 yılından önce yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin kararlar vermiştir.² Daha sonra verdiği kararlarda ise içtihat değişikliğine giderek, MÖHUK’un ilgili maddeleri çerçevesinde konuyu değerlendirmiş, taraflar arasında hukuk seçimi bulunması durumunda uyuşmazlığa yabancı ülke hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.³ Bölge Adliye Mahkemelerince verilen

Türk hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin direnme kararları üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından Özel Daire kararlarının onanmasına karar verilmiştir.⁴

Anayasa Mahkemesi 05.11.2024 tarihinde MÖHUK’un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.” hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.⁵ İptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. İptal kararına konu olan maddenin diğer hükümleri yürürlükte.

Çalışmamızda iptal kararı nedeniyle oluşan yeni durumun değerlendirilebilmesi için, öncelikle MÖHUK’da getirilen düzenlemeler üzerinde durularak bu çerçevede Anayasa Mahkemesi’nin kararı hakkında görüşümüze yer verilmiştir.

I. Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Yurt dışında çalışmak üzere gönderilen işçi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmelerinin kurulması, türleri, feshi, ücret ve çalışma süreleri gibi konular 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenmiştir. İş sözleşmesinde ekonomik açıdan işverene karşı daha zayıf durumda olan işçinin korunmasına ilişkin hükümler hem kamu hem de özel hukuka ilişkin düzenlemelerde yer almıştır. Ayrıca işçinin korunması ilkesi milletlerarası⁶ hukukta üzerinde durulan önemli konulardan birisidir. Nitekim, çeşitli ülke mevzuatlarında da işçiyi korumaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir.⁷

1 RG. 12.12.2007, 26728; 20.05.1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ise yürürlükten kaldırılmıştır.

2 2020 yılından önceki kararlar ve MÖHUK konuya ilişkin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (IPRG) açısından değerlendirme hakkında Bkz. Kaplan Senyen Tuncay, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, İntes Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Ankara 2017, s.68-87; Erten Rifat, “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İş Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C.1, Yetkin Ankara 2022, s. 2014, dn.4.

3 Örneğin, Y.9.HD., 17.05.2023, E.2022/8636, K.2023/7226; Y.9.HD., 03.10.2023, E.2023/10087, K.2023/13603.

4 Örneğin, YHGK. 24.05.2023 E.2023/398, K.1023/223.

5 Anayasa Mahkemesi 05.11.2024, E.2023/158, K. 2024/187, R.G. 10.03.2025, Sayı: 32837.

6 Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figenmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2021, s.354 vd.

7 Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Fe-

Ancak yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine Türk hukukunda yer alan maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması doğru olmaz. Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine MÖHUK m.1 gereğince uygulanacak hukukun belirlenmesi veya varsa Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin uygulanması gerekir.⁸ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun'un⁹ (MÖHUK) kapsamına ilişkin 1. maddesine göre, "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu kanunla düzenlenmiştir." Bu düzenlemeye göre, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi halinde 5718 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

B. Yabancılık Unsuru

Bireysel iş sözleşmelerine MÖHUK hükümlerinin uygulanabilmesi için iş sözleşmesinin "yabancılık unsuru" taşıması gerekir. Kanunda yabancılık unsuruna ilişkin tanım getirilmemiştir. Sözleşmenin taraflarından birinin yabancı olması, işverenin işyerinin merkezinin yabancı bir ülkede olması, işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması veya iş sözleşmesi yahut iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı ilişki içinde olması gibi ölçütlerin yabancılık unsuru bakımından yeterli olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır.¹⁰

Yargıtay kararlarında da doktrinde getirilen tanımlarla uyumlu bir tanıma yer verilmektedir. Bu tanıma göre, "Yabancılık unsuru, bir hukuki işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hale getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğu durumunda genelden anlaşılmaması gibi hallerde iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun bulunduğu söz edilir."¹¹

Hâkim, yabancı hukukun muhtevasının tespiti hususunda tarafların yardımını isteyebilir. MÖHUK m.2/1 hükmünde hâkimin, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının ve yetkili yabancı hukuku resen uygulayacağı ve yetkili yabancı hukukun tespitinde taraflardan yardım isteyebileceği belirtilmiştir. Bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu 7.6.1968 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi,¹² akit tarafların hukuki ve ticari konularda mevzuat ve yargılama usulleri ile yargı kuruluşları hakkında birbirlerine bilgi sağlanmasına ilişkin düzenleme getirmiştir.¹³ Sözleşme kapsamındaki bilgi talepleri hakkında 4. maddede düzenleme yer almıştır. Bu sözleşmenin tarafı olmayan bir devlet hukuku yetkili kılınmışsa hâkim, Adalet Bakanlığı kanalıyla Türkiye'nin yurt dışındaki diplomatik temsil-

deral Kanun (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG) m.121, Alman Milletlerarası Özel Hukuk (EGBGB) m.30/1.; Avusturya Milletlerarası Kanunu m.44.

8 Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s.354.

9 MÖHUK m.27'nin hazırlanmasında Avrupa Birliği hukukundan yararlanılmıştır. O dönemde yürürlükte olan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonunun 6.maddesi esas alınmıştır. Roma Konvansiyonunun bu düzenlemesi 2008 yılında yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü'nün 8.maddesi ile değişmiş ve maddenin uygulanması Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında da yer almıştır; Erten, Milletlerarası Yetki, s.213-262 dn. 45.

10 Tarmar, Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, C.59, S.3, 2010, s. 526; Ekşi, Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.133; Aygün, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Yargılamadaki

Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: 2014, s.1032; Altıntaş, Volkan; "Yabancılık Unsur Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlerin Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.50, 2023, s. 178.

11 Tarmar, s. 526; YHGK, 24.05.2023, E.2023/267, K.2023/525.

12 Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 20.05.1975 tarih ve 1899 sayılı Kanun, RG.26.08.1975, 15338.

13 Avrupa Konseyince hazırlanan Ek Protokolle Sözleşmenin kapsamı ceza hukuku alanını içine alacak şekilde genişletilmiştir (Türkiye tarafından onay tarihi, 7.4.2004, 5130). Ayrıca Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 1.3.2008 tarih ve 67/1 Nolu Genelgesinde de Sözleşmeye taraf olan devletler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar açısından ve Ek Protokole ilişkin açıklamalar çerçevesinde sözleşmenin m.2/2 hükmünde getirilen yükümlülükleri yerine getirmek üzere Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü "İletici Makam" olarak belirlenmiştir.

ciliklerinden, ilgili uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kuralları hakkında bilgi isteyebilir.¹⁴ Yabancı hukukun içeriğinin tespitinin, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmesi nedeniyle, hâkim gerektiği takdirde bilirkişi incelemesine de başvurabilir. Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.2/2).

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht) (IPRG) 16. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, uygulanacak yabancı hukuku hâkim resen tespit eder. Taraflardan iş birliği yapmaları talep edilebilir. Mal varlığına ilişkin taleplerde taraflara ispat yükümlülüğü öngörülebilir. Yabancı hukukun muhtevası tespit edilemezse İsviçre hukuku uygulanır.

C. MÖHUK m. 27 Hükümünde Getirilen Düzenlemeler

MÖHUK m. 27 hükümünde iş sözleşmeleri başlığı altında yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme getirilmiştir:

“(1) İş sözleşmeleri işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Bu fıkra Anayasa Mahkemesi'nin 05.11.2024 tarihli kararı ile Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

(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 hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

1. Mutad İşyeri ve Tarafların Seçtikleri Hukuk

MÖHUK'da sözleşmelere uygulanacak genel bağlama kuralının öngörüldüğü 24. maddeye ilaveten 27. maddede iş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kuralı düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemeye göre, “İş sözleşmelerine işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla seçtikleri hukuka tabidir.” Görüldüğü üzere objektif bağlama kuralı ile tespit edilen işyerinin bulunduğu ülkenin iş hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari sınırı teşkil eder.¹⁵ Madde 27/1'de kabul edilen düzenleme, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Yasası'na ilişkin EGBGB m.30/1, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun'un (IPRG) 16. maddesi ile ve bu konuda Avrupa Birliği mevzuatında yer alan Roma I Tüzüğü m.8/1'e paraleldir.

MÖHUK'un yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak genel nitelikli 24. maddesi üzerinde de durulması gerekir. Söz konusu madde gereğince taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilir (m.24/1). Bu hüküm sözleşme serbestisinin tabi olduğu irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası özel hukukta da geçerli olduğunu göstermektedir.¹⁶ Bu düzenlemeye göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflar açık olarak seçtikleri hukuka tabidir (m.24/1). Maddede ayrıca, tarafların seçilen hukuku sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceği öngörülmüştür (m.24/2).

Madde 27/1 hükmüne göre, iş sözleşmelerinde tarafların yani işçi ve işverenin seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Ancak işçinin mutad işyeri

14 Tanrıbilir, Feriha Bilge, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklik Üzerine”, TBB Dergisi, S.87, 2010, s.48.

15 Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 18. Bası. İstanbul 2024, s.435.

16 Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009, s.309; Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s.332-334.

hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumaya ilişkin kurallar saklı kalmaktadır. Görüldüğü üzere iş akitlerinde, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri saklı tutularak, taraflara sınırlı bir irade muhtariyeti tanınmıştır.

Zira gerekçede de ifade edildiği üzere, taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa dahi, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde seçilen hukukun uygulanması mümkün değildir. Seçilen hukuk ile objektif akit statüsü kabul edilen mutad işyeri hukuku arasında bir yararlılık karşılaştırılması yapılarak, işçi lehine hükümlerin tespit edilmesi gerekir.¹⁷ Temeli kollektif iş hukukunda olan yararlılık ilkesinin (STİSK. m. 36/1) milletlerarası özel hukuk alanında da uygulanmasının amacı, belirli menfaatlerin korunması ve gerçekleşmesi için "daha uygun hukukun" uygulanmasını sağlayarak, uygulanacak hukukun sınırlandırılmasıdır. İşçi bakımından daha elverişli hukukun belirlenmesinde ise işçinin kendi sübjektif değerlendirmesi değil, makul bir işçinin hangi hükmü tercih edeceği hususu yani objektif değerlendirmesi dikkate alınacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, yararlılık karşılaştırılması yapılması konusuna ilişkin olarak verdiği kararlara göre, "Taraflarca seçmiş oldukları bu hukuk düzeninin, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumanın altında kalması halinde mutad işyeri hukuku uygulanır. Bu durumda seçilen hukuk ile mutad işyeri hukuku arasında bir yararlılık karşılaştırılması yapılmalıdır."¹⁸

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen kurallar MÖHUK'un 40. maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. İş sözleşmeleri ve iş ilişkilerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında 44. maddesinde özel kural öngörülmüştür.

MÖHUK'un "İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları" başlığını taşıyan 44. maddesine göre "Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutadan yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene kaşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri ve mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir." Maddede Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen özel bir yetki kuralı öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, işverenin işçiyeye karşı Türkiye'de açacağı davalarda sadece mutad işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmış, işçinin işverene karşı açacağı davalarda ise işverenin yerleşim, işçinin yerleşim yeri ve mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkili sayılmıştır.¹⁹

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda mutad işyerinin belirlenmesinin önemi bu maddede öngörülmüştür. Mahkemenin yetkisinin tespitinde mutad işyerinin belirlenmesi çok önemlidir. Özellikle işin birden fazla yerde ifa edilmesi durumunda mutad işyerinin belirlenmesi yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından önem arz eder.

Ayrıca belirtmek gerekir ki MÖHUK'da yabancılık unsuru içeren hukuki iş ve işlemlerde Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen yetki anlaşmasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Mahkemenin yetkisi taraflar arasında yapılan yetki anlaşmasından yani Hukuk Muhakemeleri

17 Bkz. Doğan Vahit, "Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Uygulanacak Hukukun Tespiti", Vahit Doğan (Editör), Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2023, s.60 vd; Sarıöz Büyükalp, İpek, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe HFD, C. 8, S.2, 2018, s.211,212; Elçin, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2012, s.78 vd.; Molamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022, s.578.

18 Y9.HD., 27.10.2021, E.2021/10820, K.2021/15034; Y9.HD., 22.05.2023, E.2022/11637, K.2023/7462.

19 Bu konuda çeşitli görüşler hakkında bkz. Erten, Milletlerarası Yetki, s.227 vd.; Şanlı/Ese/Ataman -Figenmeşe, s.487; Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Ankara 2021, s.69; Çörtoğlu Koca, Sema, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri) Ankara 2016, s.210-211; İste-Arslanoğlu, Cansu, Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2021, s.218 vd.

Kanunu'nun m.17 ve 18 hükmünden değil, 5178 sayılı MÖHUK m.44 hükmünden doğar.²⁰ Diğer bir deyimle, mahkemenin yetkisi, MÖHUK m.44'de belirtilen unsurlarından birinin yargı çerçevesinde oluşması halinde doğacaktır.²¹

2. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmamış Olmaları Halinde Mutad İşyeri

MÖHUK m. 27/2 uyarınca; tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, iş sözleşmesine işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Bu anlamda işyeri²², işçinin işini mutad olarak yaptığı yerdir. Bir başka ifadeyle işçinin işini fiilen yerine getirdiği yer işyeridir.²³ İş sözleşmelerinde

işveren için yapılacak işin (örneğin inşaat projesinin) ağırlık merkezinin bulunduğu yer mutad işyeridir. Mutad işyerinin neresi olacağını taraflar belirler. Tarafların iradesi ile tespit edilemediği takdirde, işin niteliği ve özelliği ile ağırlıklı olarak yapıldığı yer mutad işyerini belirler.²⁴ Maddede seçimin yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle 24. maddedeki genel kural uygulanarak hukuk seçiminin açık olarak yapılabileceği veya zımnî iradeleri ile kararlaştırılacağı kabul edilmelidir.²⁵

Maddede getirilen düzenlemeye göre, uygulanacak hukukun belirlenmesinin her aşamasında mutad işyerinin belirlenmesi önem taşır. Mutad işyeri, işin zaman ve nitelik bakımından ağırlıklı olarak ifa edildiği yer şeklinde tanımlanabilir.²⁶ Diğer bir ifadeyle, işçinin iş görme edimini düzenli ve sürekli olarak yerine getirdiği yer, "mutad" işyeridir.²⁷ Mutad işyerinin belirlenmesindeki

20 Erten, Milletlerarası Yetki, s.229-231.

21 Erten, Milletlerarası Yetki, s.230.

22 Mutad işyeri kavramının asli unsuru olarak "işyeri" kavramı üzerinde de durulması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.1/2 hükmüne göre işyeri, "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim" olup, "işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beslenme ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlarda işyerinden sayılır." (m.2/2). İş Kanunu'nda getirilen tanıma göre, bir yerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için işverenin teknik bir amaca, diğer bir deyiş ile mal ve hizmet üretimine, yönelik olarak maddi olan ve olmayan unsurlar ile (örneğin, bina, iş makinaları, alacak hakları ve müşteri ilişkileri gibi) iş gücünü birlikte örgütlemesi gerekir. Görüldüğü üzere ikinci maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere teknolojik ve ekonomik gelişmeler, bir işyeri açısından mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Bir işyerinin amacının genişletilmesinde, işlerin görülmesi, işyerinin kurulu bulunduğu yerin dışına taşmış, "işveren, kurulan iş organizasyonunu işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletme gereksinimi duymuştur. Bu nedenle ikinci maddede işyeri, işyerine bağlı yerler eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." hükmü eklenmiştir; Kaplan Senyen, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 13. Bası Ankara 2023, s.107.

23 Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalılar tarafından yurt dışında inşaat projesinde çalıştırılmak üzere istihdam edilen davacı işçi "01.03.2014-30.05.2015 tarihleri arasında davalıların Kazakistan'da bulunan işyerinde çalışmıştır. Davacı tarafından iş görme edimi fiilen söz konusu ülkede yerine getirilmiş olup, mutad işyerinin işçinin fiilen işini yaptığı Kazakistan olduğu sabittir. Davacıya çalıştığı dönemde ücreti USD olarak ödenmiştir. Daha sıkı ilişkili hukukun tesbitinde sadece işçi ve işverenin Türk olması tek başına belirleyen kriter olarak kabul edilemez. Buna göre, hukuk seçimi an-

laşması bulunmayan ve daha sıkı ilişkili hukukun Türk olmadığı anlaşılan ilgili çalışma döneminde uyumsuzluğun mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır. Bütün bu hususlar dikkate alındığında hukuk seçimi anlaşmasının bulunmayan tüm çalışma döneminde 5178 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında mutad işyeri hukuku olan Kazakistan hukukunun uyumsuzlukta uygulanması gerekmektedir." sonucuna ulaşarak kararın bozulmasına karar vermiştir; Y.9.HD.,02.10.2024, E.2024/7452, K.2024/12889; Y.9.HD., 04.11.2024, E.2024/9395, K.2024/14665; Elçin, s.147.

24 Nomer/Şanlı, s.335.

25 Tarman, s.526.

26 Tarman, s. 534.

27 Yargıtay 9.HD taraflar arasındaki alacak davasına ilişkin verdiği karara konu olan somut uyumsuzlukta, davalı işverenin yurt dışı projelerinde çalıştırılmak üzere istihdam edilen davalı işçi dilekçesinde "çalışma döneminde Kuveyt'te çalıştığını, bu dönemde KWD cinsinden ödenildiğini ileri sürerek ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret alacağı, yıllık izin, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiş, davalı işveren ise davacının yurt dışında çalışması nedeniyle uyumsuzluğun yabancı hukukuna göre çözümlenmesi gerektiğini savunmuştur." İlk Derece Mahkemesi, uyumsuzluğun Türk Hukukunun uygulanmasına karar vermiş, istinaf başvurusu, Türk Hukukunun olaya uygulanmasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. "Ancak bu sonuç dosya kapsamına uygun düşmemiştir. ...Taraflar arasında davacının işini ifa ettiği yerin Kuveyt ülkesi olduğu tartışma konusu olmayıp ilgili dönemde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Kuveyt olduğu sabittir. Daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde sadece işçi ve

en önemli unsur, hizmetin bir bütün olarak belirli bir ülkede yerine getirilmesi gereğidir.²⁸ Bir tanıma göre, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri işçinin fiilen işini gördüğü daimî olarak çalıştığı son işyerinin bulunduğu yerdir.²⁹

Kanun'un gerekçesinde, iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi nedeniyle işyerinin bulunduğu ülke hukukunun bu ilişkide objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. O halde, işçinin edimini düzenli olarak ifa ettiği işyeri mutad işyeridir.

Diğer taraftan, işyerinin belirlenmesinde bir işletmenin teşkilatlanması rol oynamayacağı gibi ticaret siciline kayıtlı bir firma olup olmadığı da dikkate alınmaz.³⁰

Yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK döneminde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında; hukuk seçimi yapılmamışsa uygulanacak hukuk belirlenirken iş akitlerinin ifa yerinin işçinin hizmet edimini ifa edeceği yer olduğunu, davacının iş görme ediminin ifa yerinin Suudi

Arabistan olduğunu ve bu devlet hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.³¹

Bu değerlendirmeler neticesinde, belli bir yurt dışı projesinde çalıştırılmak üzere işe alınan işçilerin mutad işyerinin o yabancı ülke olduğundan kuşku yoktur. Buna mukabil, mutad işyerinin geçici olarak değişmesi, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır (m.27/2). Bu nedenle mutad işyerinin belirlenmesinde, işçinin nicelik, nitelik ve süre bakımından hangi ülkede ağırlıklı olarak iş görme edimini yerine getirdiğinin dikkate alınması gerekir.³² Geçici görevlendirmeler mutad işyerinin dışarıya yayılması olarak ifade edilmektedir.³³ Ancak, işçi esasen yabancı bir ülkede çalıştırılırken bir başka yabancı ülkeye çalışmak üzere gönderilse dahi gönderilen yabancı ülkenin mutad işyeri sayılacağı durumlar olabilir. Örneğin, işveren işçiyi önceden çalıştığı yabancı ülkeye geri alma düşüncesinden vazgeçerse veya işçi kendisi geri dönmezse işçinin gönderildiği yabancı ülkede fiilen çalıştığı yer, geçici görevlendirmeye rağmen mutad işyeri hâline gelir.³⁴ Bir diğer görüşe göre ise göndermenin geçici olup olmadığının tespitinde özellikle tarafların iradelerine bakılması uygun olacaktır. Taraflar anlaşmışlarsa ancak mutad işyeri hukukunun veya gönderilen ülkenin hukukunun uygulanması hususunda bir açıklık getirmemişlerse mutad işyeri hukukunun yetkisi konusunda zımnen anlaşmış olduklarının kabulü gerekir. Bu şekilde bir anlaşma yoksa işçinin gönderildiği yabancı ülkede yapacağı işin niteliğinden hareket edilerek geçici veya sürekli olup olmadığının tespiti yerinde olacaktır.³⁵

Y.9.HD'nin işin birden fazla ülkede ifa edilmesinde mutad işyerinin tespitine ilişkin olarak verdiği kararına göre, "... işin birden fazla ülkede ifa

işverenin Türk olması tek başına belirleyici kriter kabul edilemez. Buna göre taraflar arasındaki sözleşmenin yabancı dilde düzenlendiği, davacı işçinin de yabancı dil bilmediğine dair delil sunulmadığı gözetildiğinde sözleşmenin hukuk seçimine ilişkin hükümleri somut uyuşmazlıkta uygulanamaz ise de davacının hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olmadığı ve daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olmadığı anlaşılan çalışma dönemi bakımından uyuşmazlığa mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır."

Yargıtay, tüm bu hususlar dikkate alındığında davacının tüm çalışma dönemi yönünden 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında mutad işyeri hukuku olan Kuveyt hukukunun uyuşmazlıkta uygulanması gerektiğini ifade ederek, "hal böyle olunca uzman bir bilirkişiden de denetime elverişli rapor alınmak suretiyle dosya kapsamındaki delil durumu birlikte değerlendirilerek dava konusu alacaklar hakkında, usuli kazanılmış haklar da gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup kararın bu sebeple" bozulmasına Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararının ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Y.9HD., 27.11.2023, E.2023/13419, K.2023/18276.

28 Nomer/Şanlı, s.335.

29 Çörtoğlu Koca, s.208-210.

30 Nomer/Şanlı, s.335.

31 YHGK. 07.06.1989, E.1989/10-316, K.1989/411. YKD 2/1990 s.176-180.

32 Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s.359.

33 Nomer/Şanlı, s.335; Elçin, s.129; Tarman, s.536.

34 Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Bası, İstanbul 2009, s.404; Y9HD., 24.11.2020, E.2020/5617, K.2020/16556.

35 Doğan, s.158.

edilmesinde de mutad işyerinin tespitine çalışılmamıştır. Bu hâlde mutad işyeri, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında ve doktrinde belirtildiği üzere, işçinin işini 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 yapıldığı yer gibi kriterlerden hareket edilebilir.”³⁶

MÖHUK m. 27’de belirleyici ölçüt olarak öne çıkan mutad işyeri kavramı, milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında Türk mevzuatında ilham veren yabancı mevzuatlarda da yer almaktadır.

Örneğin, Milletler Özel Hukuku Hakkında İsviçre Federal Kanunu’nun (İPRG) 121. maddesinin 1. bendinde temel kural getirilmiş ve iş sözleşmesinin işin ağırlıklı olarak yürütüldüğü, yani mutad işyerinin bulunduğu devletin hukukuna tâbi olduğu öngörülmüştür.

Yine, MÖHUK’a ilham teşkil eden Avrupa Birliği müktesebatında, AB üyesi ülkelerde geçerli olmak üzere taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, iş sözleşmelerinden doğan davalarda, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Avrupa Konseyi’nin 17 Haziran 2008 tarihli “Sözleşme İlişkilerinde Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuk hakkında EG Nr. 593/2008 Tarihli Yönetmelik” (Roma I) hükümleri uygulanacaktır. 28 üye devlet için uyulması zorunlu hukuk kurallarını oluşturan bu Yönetmeliğin 3. maddesinde, uygulanacak hukukun seçiminin taraflara ait olduğu öngörülmüş, hukuk seçiminin bulunmaması durumunda işçinin işini yaptığı mutad işyerinin bulunduğu üye devletin hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır (Yönetmelik m. 8). Yönetmeliğin belirtilen maddesinde iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde sözleşme, işçi işini mutaden hangi ülkede veya böyle bir

ülke bulunmadığı takdirde hangi ülkede ifa ediyorsa o ülkenin hukuku tarafından idare edilir. Bu kapsamda işin tek bir ülkede ifa edildiği durumlar ile birden fazla ifa edildiği durumların birbirlerinden bağımsız şekilde incelenmesi gerekmektedir.³⁷

Doktrinde mutad işyerinin uzun bir süre için dahi olsa değişmesinin bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğurmayacağı dile getirilmiştir.³⁸

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunu “İş Sözleşmeleri” kenar başlıklı üç fıkradan oluşan 121.maddesi şu şekildedir.

“(1) İş sözleşmesi, işçinin mutad işini yürüttüğü devletin hukukuna tâbidir.

(2) İşçi, işini birkaç devlette yürütüyorsa, bu durumda iş sözleşmesi işverenin fiilen oturduğu devletin veya böyle bir yer bulunmuyorsa, yerleşim yeri (ikametgâhı) veya mutad oturma yeri (yerleşim yeri –meskeni) hukukuna tâbidir.

(3) Taraflar, iş sözleşmesinde işçinin mutad oturduğu (yerleşim) yeri veya işverenin ticari faaliyetlerinin yoğun yöneltildiği yerleşim yeri, ikametgâhının bulunduğu merkezi yer veya mutad olarak oturduğu yerin hukuklarına tâbi olacağını kararlaştırabilirler.”

Mutad işyeri yalnızca bir devlette ise, iş sözleşmesine bu yerdeki hukuk (lex loci laboris) uygulanır. Mutad işyerini işçinin ağırlıklı olarak normal vaziyette faal şekilde işini yaptığı yer olarak anlamak gerekir.

Taraflar sübjektif bağlanma noktası olarak iş sözleşmelerinde, işçinin alışılmış, mutad işyerinin bulunduğu veya işverenin yerleşik yerini veya onun ikametgahını veya mutad yerleşim merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını seçebilirler. Şirketin yerleşim yeri onun şirket merkezinin veya şubesinin bulunduğu yer olabilir (Art. 21. Abs.4).³⁹

36 Y9.HD., 17.05.2023, E.2022/8636, K.2023/7226; Aygül, Musa/Çoban, Nazlı, “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, C. 15, S.169, s.1822-1824.

37 Sarıöz Büyükalp, s.195-248.

38 Sarıöz Büyükalp, s.216; Tarman, 2010, s.363; Nomer/Şanlı, s.347; Çelikel/Erdem, 2017, s.416.

39 Portmann, Wolfgang/ Stöckli, Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht. 3. Auflage, Zürich 2013. N.993-994,

İsviçre İPGR'ye göre de Türk MÖHUK'da olduğu gibi işçi ve işveren sözleşme ile uygulanacak hukuku seçebilir. İş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk seçimi yoksa İPRG Art. 121 fıkra 1 ve 2 hükümlerine göre, aşağıdaki (Art. 117 hükmünün özel bir düzenlemesi olarak) kademeli olarak geçerlidir. Buna göre;

- İlke olarak, işçinin mutad olarak işini yaptığı (geçici olarak başka bir ülkeye gönderme işçinin mutad yerini değiştirmez) devletin hukuku,
- İşçi işini değişik devletlerde icra ediyorsa, iş akdi işverenin yerleşim yerinin bulunduğu devletin hukuku,
- Yerleşim yeri bulunmuyorsa, işverenin ikametgahı devletin hukuku,
- İşverenin ikametgahı da bulunmuyorsa, onun alışılmış yerleşim yerinin bulunduğu devletin hukuku, iş sözleşmesine uygulanacaktır. Bu bağlantı noktası bütün şartlar göz önüne alındığında açık ve seçik olarak, maddi durumlar en yakın bağlantılı bir ülkenin hukuku ve bu hukuk maddi durumla çok sıkı ilişki içerisinde bulunuyorsa, bu devletin hukuku uygulanır.⁴⁰

3. İşçinin, İşini Belirli Bir Ülkede Mutad Olarak Yapmayıp Devamlı Olarak Birden Fazla Ülkede Yapması Durumunda

MÖHUK m. 27 fıkra 3 gereğince, işçinin, işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Esas işyeri kavramından, işverenin işyeri/işletme merkezinin bulunduğu ülke anlaşılmaktadır.⁴¹

Ancak belirtmek gerekir ki, Kanun'un 27. maddesinde 3. fıkrası, inşaat işleri için yurt dışında çalıştırılan işçiler için uygulanmaz. Zira, işçiler, proje boyunca ihtiyaç olduğu müddetçe belli bir ülkede sabit çalışır. Dolayısıyla bu işçilere işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke huku-

kunun uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Anılan hükmün devreye girebilmesi için işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak farklı ülkelerde yapması gerekir. Bu durum, örneğin, dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası faaliyet gösteren turne toplulukları, devamlı olarak sınır ötesi çalışan uzak yol sürücüleri, demir yolu, deniz ve hava yolu ulaşımında çalışan personel veya deniz kazalarında, petrol yangınlarında olduğu gibi milletlerarası yardımlaşmayı gerektiren felaketlerde kullanılan personel için söz konusu olabilecektir.⁴² Zira işçiler proje boyunca ihtiyaç olduğu müddetçe belli bir ülkede sabit çalışır, dolayısıyla bu işçilere işverenin esas işyerinin ülke hukukunun uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Yurt dışı inşaat işleri için istihdam edilen ve işini yurt dışında gören işçiler bakımından mutad işyerinin o ülke olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu anlamda işinin yapıldığı ülke, mutad işyeri olmakla kalmaz, aynı zamanda iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukuk olarak da kabul edilebilir.

Yurt dışında çalışmak üzere götürülen Türk işçiler ve işveren arasındaki ilişkiye dair esaslar Türkiye İş Kurumu⁴³ tarafından düzenlenmiş matbu sözleşmelerde yer almıştır.⁴⁴ Taraflar arasında, İŞKUR tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet aktilinde ücret, sözleşmenin feshi, çalışma süresi ve fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretleri ve yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca anlaşmazlık halinde uygulanacak mevzuata ilişkin 16. maddede getirilen düzenlemeye göre, "... Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle ça-

42 Nomer/Şanlı MÖHUK, s.336; Elçin, s.144; Çelikel/Erdem, s.364.

43 Bkz. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelik.

44 Yurt dışı hizmet akitleri akitleri hakkında detaylı bilgi için bakınız, Erten, Rifat, "İşKur Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi", Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Vahit Doğan (Editör), Ankara, 2023, s.96 (91-103)

s.282-283.

40 Portmann/Stöckli, N.996.

41 Y9.HD., 03.10.2023, E.2023/10087, K.2023/13603.

İşılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.” Yurt Dışı Hizmet Akdi açık ve anlaşılabilir bir dille hazırlanmıştır. Ayrıca sözleşme metinlerine her zaman internet üzerinden ulaşma imkânı vardır. Bu nedenle işçinin sözleşme hükümlerini anlayamadığı, işverenin bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinin ileri sürülmesi kabul edilemez.

4. Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

a. Sıkı İlişkili Hukuk Kavramı ve Sıkı İlişkili Hukukun Tespiti

MÖHUK m. 27/4 hükmünde, özel olarak iş sözleşmesi bakımından bir karine düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemeye göre, *“Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin yerine bu hukuk uygulanır.”* İş sözleşmeleri bakımından sıkı ilişki esasından hareket edilerek belirlenen objektif bağlama kuralı karine niteliğindedir.⁴⁵

MÖHUK m. 24/4, hükmünde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuka ilişkin olarak, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı öngörülmüş ve bunun tespitine dair durumlar, kademeli olarak sıralanmıştır.

MÖHUK’un 24. maddesinin 4. fıkrasında; o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı hükme bağlandıktan sonra, bu hukukun tespitinde, o sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun;

- Sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku,
- Ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde (örneğin, eser veya inşaat sözleşmelerinde) karakteristik edim borçlusunun işyeri,
- İşyeri bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku,
- Karakteristik edim borçlusunun birden çok iş-

yeri varsa, söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.

Kanun’un 24/4 hükmünde de İsviçre IPRG 117. maddesinin 2. fıkrasında da öngörüldüğü gibi karakteristik edim borçlusunun tayininde, başvurularak yukarıdaki uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kademeli bir düzenleme hükme bağlanmıştır.

MÖHUK’nun 24. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde, *“Ancak halin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir kanun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur.”* hükmü yer almış bulunmaktadır.

MÖHUK m. 24/4 hükmünde, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hüküm bulunması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk açıkça ve bağlayıcı – emredici – olarak öngörülmüştür.

Bu durumda, MÖHUK 27/4 maddesinin son cümlesinde yukarıda metni verilen ve hâkime takdir hakkı tanıyan hüküm, Kanun’un 24/4 maddesindeki, emredici kurala tezat teşkil etmektedir. Mahkemenin bu durumda ihtilafa karakteristik edimin ifa edildiği yerin hukukunu en sıkı ilişkili hukuk kabul edip uygulaması gerekecektir. Taraflar arasındaki ihtilafta uygulanacak bu hukukun kurallarını mahkeme araştırıp tespit ederken, *“Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”* hükümleri ile buna ilişkin Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün 1.3.2008 tarih ve 67/1 Nolu *“Sözleşmeye Taraf Olan Devlet ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Açısından”* getirilen güncelleme esaslarını ihtiva eden genelge hükümlerine göre, işlem yapılmalı, daha sonra ihtilafa bu hukukun kurallarını uygulama kararını vermelidir.

MÖHUK m. 27/4 hükmünde ise bu genel düzenlemeye paralel olarak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde, bu hukukun uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

MÖHUK m. 27/4 hükmünde öngörülen bu bağlama kuralına göre, halin bütün şartlarına göre iş

⁴⁵ Doğan, s.162.

sözleşmesi bir başka ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili ise artık m. 27/2 ve m. 27/3 hükmü yerine, iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına dair düzenleme bir istisna hükmü olup, dar yorumlanması gerekir.⁴⁶ Hükmün uygulanmasında en önemli unsur işçinin menfaatidir.⁴⁷ MÖHUK m. 27/4 de iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği öngörülerek hâkime taktir hakkının tanındığı söylenebilir. Ancak 24/4 hükmünde "...daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur." ifadeleri kullanılmış ve hâkime taktir hakkı tanınmamıştır. Bu anlamda, MÖHUK m.24/4 hükmünden farklı olarak m.27/4 hükmünde yer alarak hâkime taktir yetkisi tanıyan düzenlemedeki amaç, işçinin korunmasıdır.⁴⁸

Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu'nun (İPRG) m. 117/1 hükmünde getirilen düzenlemeye göre ise hukuk seçimi yapılmamışsa, en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanır. İPRG m.15 f.2 hükmüne göre, sözleşme tarafları hukuk seçimi yapmışlarsa sözleşme başka bir ülke ile sıkı ilişkili olsa bile, bu sıkı ilişkili hukukun olaya uygulanması mümkün değildir. Bu hükme göre, bu durumda İPRG m. 15/1'deki istisna hükmü uygulanmayacaktır.

b. Daha Sıkı İlişkili Hukukun Belirlenmesinde Başvurulan Kriterler

Objektif bağlama kuralı olan daha sıkı ilişkili

hukukun belirlenmesinde başvuru "karakteristik edim" karinesine göre, hizmet sözleşmelerinde, hizmet verenin yani işçinin "çalışma edimi" bir "karakteristik edimdir".

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yeni kararlarında mutad işyeri hukukunun karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak iş sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu, 5718 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen daha sıkı ilişkili hukukun ise bir istisna hükmü olup, iş sözleşmelerinde dar yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁹

İPRG Art. 117/2 ye ve Art. 121/3'e göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış bulunmaları halinde, işçinin çalışma edimini ifa ettiği yer, en sıkı ilişki bulunduğu yer kabul edilerek, o yerin bulunduğu devletin hukuku uygulanabilir.

İsviçre hukukunda, iş sözleşmesinin en sıkı ilişkisinin bulunduğu hukukun belirlenmesi, işçinin ifa ettiği çalışma edimi, "karakteristik edim" göz önünde tutularak tespit olunur. Bu husus Federal Mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir.⁵⁰

İş sözleşmesinin en sıkı ilişkili olduğu hukukun belirlenmesinde, bazı Yargıtay kararlarında belirtilen⁵¹, iki şirket arasındaki "organik bağ" kriterinin aksine, İsviçre İPRG, Art. 117/3 ve EG (EU) ROM I-VO'SUNUN EG J 93/2008 sayılı Yönetmeliği m. 8 ve MÖHUK. m. 27/4 hükümlerinin somut ihtilaflarda uygulanmasında öngörülen;

- İşin yapıldığı yer,
- Mutad işyeri,
- Oturma, çalışma izni alınmış olan yer,
- Sözleşmenin konusu olan yerin dili kriterleri dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan iş sözleşmelerindeki "karakteristik edim" belirlenirken sırasıyla iki aşamanın olumlu geçmesi gerekir. Önce karakteristik edimin niteliği belirlenmelidir; bununla bağlantılı

46 Y.9.HD.,17.05.2023, E.2022/8636, K.2023/7226; Şahin, Beyza Çağla; Bireysel İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2021, s.74-89.

47 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yeni tarihli kararlarında, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında en önemli unsurun işçinin menfaati olduğunu belirterek örneğin, "işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, Türkiye'nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması ücretinin Türkiye'de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk Hukukuna özgü kanunlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk Hukukuna tabi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bölümünün varlığı halinde, iş sözleşmesinin Türk Hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabileceğini ifade etmiştir. Y.9.HD., 22.05.2023, E.2022/11637, K.2023/7462.

48 Tarman, s.539.

49 Y.9.HD., 21.01.2025, E.2024/13260, K.2025/728; Y.9.HD., 18.02.2025, E.2024/14005, K.2025/1733.

50 BGE 61 II 181 ff ve BGE 78 II 1.5.

51 Y.9.HD., 16.09.2014, E. 2012/32749, K. 2014/26766; Y. 9. HD., 24.11.2016, E. 2016/16105, K. 2016/20719.

olan bağlama noktası tespit edilmelidir. Daha sonra, karakteristik edimin hangi hukuka göre niteleneceği, yani mutad işyeri hukukunun mu, yoksa hâkimin hukukunun mu (lex fori) uygulanacağı sorusuna, mutad işyeri hukukunun uygulanması şeklinde karar verilmelidir.

Karakteristik edimin somutlaştırılmasında, iş sözleşmesinin (veya sözleşmenin) tanımında yer alan unsurları, yani onu diğer benzer sözleşme unsurlarından ayırt etmeye yarayan unsurlar dikkate alınmalıdır (ücret karşılığı, emeğini çalışmasını sunmak gibi). İki tarafa borç yükleyen (iş sözleşmesi gibi) sözleşmelerde ücret karşılığını oluşturan (diğerlerinde olduğu gibi) edim, daima emek edimidir. Ancak bu yeterli değildir. Sözleşmenin asıl amacı, (örneğin inşaatta çalışan işçilerin edimi) hangi edim için yapılmışsa, o dikkate alınmalı yani çalışma – emek sarfı borcu dikkate alınmalıdır.

Avrupa Birliği ROM I. Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde, en sıkı ilişkinin belirlenmesinde;

Tarafların yetkili mahkemeye dair sözleşmede öngörecekları kayıt,

- Davanın açıldığı ülkeye dair seçimi,
- Sözleşmenin akdedildiği yer,
- Sözleşmenin uygulandığı ülke,
- Sözleşmeden doğan borcun ifa yeri,
- Sözleşmedeki para birimi,
- Tarafların tabiiyeti veya mutad işyeri,
- Sözleşmenin konusu olan işin çalışmanın yapıldığı yer,

gibi kriterlere iş sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde başvurulmaktadır.⁵²

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında, İsviçre IPRG'nin Art. 117/2. hükmü ve iş sözleşmesine uygulanacak devlet hukuku ile

ilgili Art. 121 özel hükmü (Art. 117/3 genel hüküm) ile 2008 tarihinde revize edilmiş ROM I-, EU Yönetmeliğinin 8.maddesi hükümleri ile MÖHUK m. 27/4 hükmü ve 5. maddesi birlikte değerlendirilerek en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekir.

MÖHUK m.27/4 hükmüne göre, uygulanacak yabancı devlet hukukunu belirlerken iş sözleşmesinin ihtiva ettiği “hizmet ifasının”, “karakteristik edimin” niteliğinin tespitinde esas alınan kriter ve kriterleri dikkate alarak, “daha sıkı ilişkili devlet hukukunu” belirlemek ve onun kurallarını uygulamak hükmün anlam ve amacına daha uygundur.

II. Yabancı Hukukun Uygulanmasına Getirilen Sınırlamalar

A. Doğrudan Uygulanan Türk Hukuku Kurallarının Anlam ve Kapsamı

Yetkili yabancı hukukun uygulanmasına getirilen sınırlamaya ilişkin olarak MÖHUK m. 6'da “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.” hükmü yer almıştır. Doğrudan uygulanan kuralların özelliği, kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın uygulanmalarıdır. Bu kurallar; devletin sosyal, ekonomik, siyasal amaçlarını desteklemek için getirilen ve doğrudan kamu menfaatlerine hizmet eden emredici nitelikteki kurallardır.⁵³ Örneğin, ithalat ve ihracata ilişkin kurallar, kişilik haklarını koruyan hükümler bu tip kurallardır.⁵⁴

Yine bu kuralların ayırt edici özelliği, her ülkenin doğrudan uygulanan kuralının kendi ülkesindeki sonuçları hedef alıyor olmasıdır. Örneğin, Türkiye’de çalıştırılan bir işçinin Türk sosyal güvenlik kurallarından doğan hakları ve bu kural-

52 Münchener Kommentar; ROM I-VO, Art. 4 BGB/Martiny, 8. Auf2015, 2.Teil: Bestimmung des Vertragsstatuts, N.2.232-2.261 arası; Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan, “Türkiye’den Yurt Dışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, C.13, S.50, 2016, s.976, 977.

53 Elçin, s.164, 165 ve 167; Tarman, s.571.

54 Tanrıbilir, s.219.

lardan kaynaklanan korunması, iş sözleşmesine yabancı hukuk uygulansa dahi bertaraf olunamaz. Zira, sosyal güvenlik kuralları doğrudan uygulama alanı bulur. Fakat dikkat edilirse bu gibi kurallar, yerel mahkemenin kendi ülkesi bakımından cereyan eden olay ve olgulara uyguladığı kurallardır. Yoksa yabancı ülkede, yabancı mevzuata göre çalışan bir işçi bakımından Türk sosyal güvenlik mevzuatı, sırf davaya Türk mahkemesi bakıyor diye “doğrudan uygulanan hukuk kuralı” haline gelmez. Benzer şekilde, ilgili yabancı ülkenin kendi doğrudan uygulanan kuralları da Türk hâkimi tarafından gözetilmez. Bir sözleşme ilişkisinin etki ve sonuçları Türkiye’de doğuyorsa, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ancak o durumda devreye girecektir. Bu konuya diğer bir örnek grev hakkıdır. Yurt dışında çalışan bir işçinin, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları tahtında yasal grev hakkı kazandığından söz edilemez. Yabancı ülkede yasal grev hakkı olup olmadığı, o ülkenin sosyo-politik temellerine ilişkindir. Oysa tersi durumda, yani işçi yabancı hukuk seçilmiş bir iş sözleşmesi ile Türkiye’de çalıştırılıyorsa, artık hukuku seçilen ülkede yasal grev hakkı olmadığından bahisle grev hakkı rafa kaldırılamaz. Kuralın işçiyi koruyucu nitelikte olması yeterli değildir; çok güçlü kamusal menfaatin de aranması gerekir.⁵⁵

Yine bu konuda emredici hukuk kuralları ile doğrudan uygulanan hukuk kurallarının karıştırılmaması gerekir.⁵⁶ Kıdem ve ihbar tazminatı

gibi haklar Türk iş mevzuatında emredici olsa dahi, “doğrudan uygulanan kural” mertebesine çıkmayacaktır. Ayrıca kıdem tazminatının yetkili yabancı hukukta farklı bir şekilde düzenlenmesi Türk kamu düzenine de aykırılık teşkil etmeyecektir.⁵⁷ Zira bu haklar işçiyi korumaya yöneliktir.

Doğrudan uygulanan müdahale kuralları kamu düzeni bağlantısı aranmaksızın uygulanmalıdır.⁵⁸

MÖHUK m. 6 hükmünün uygulanmasının, işçinin lehine olup olmaması ön koşul değildir.⁵⁹

Yararlılık ilkesi MÖHUK m. 27/f.1 hükmü kapsamında önem arz eder. Ancak, doğrudan uygulanan kurallarda yararlılık ilkesi rol oynamaz. Ücret eşitliğine, ulusal bayram ve genel tatil günlerine, işçi sağlığı ve güvenliğine, belirli yaştaki işçilerin korunmasına, yabancıların çalışma iznine ilişkin hükümler yararlılık ilkesinin rol oynamadığı kurallara örnek olarak gösterilebilir.⁶⁰

B. MÖHUK m. 5 Hükmü Gereğince Kamu Düzeni Sınırlaması ve Emredici Kurallar

1. Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni; toplumda yaşayan herkesin uymak zorunda olduğu, muhafazasında ve devamında toplumun kesin yararının bulunduğu kuralların ve kurumların oluşturduğu bir dizedir. Kamu düzeni kavramı, soyut ve takdiri bir kavramdır. Sınırlarını ve kapsamalarını belirlemek önceden mümkün değildir. Her somut olayda kamu düzenine uygunluk, hâkim tarafından takdir edilir.⁶¹

Yargıtay, 10.02.2012 tarihli içtihadı birleştirme kararında, iç hukuktaki kamu düzenine aykırılık

55 Reitmann Christoph/Martiny Dieter, Internationales Vertragsrecht Art 20/21, N.21, 8. Auflage, München, 2010, N.1909.

56 Y.9.HD., doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak verdiği kararında “İş hukukunda işçiyi koruyan her emredici kural, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmez. Ayrıca devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini de koruması gerekir. Bununla birlikte emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır. Doğrudan uygulanan kurallara, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu özel hükümler ve yasal greve ilişkin hükümler ve asgari ücrete ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.” ifadelerini kullanmıştır. Y.9.HD., 17.05.2023, E.2022/8636, K.2023/7226.

57 Baycık Gaye, “Yurt Dışı Hizmet Aktine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 14, S. 2, 2023, s.61.

58 Portmann/Stöckli, N.998.

59 Tarman, s.543.

60 Tarman, s.543.

61 Kaplan, İbrahim, Türk Borçlar Hukuku TBK.M.1-206 (Genel Hükümler), 7. Baskı, Ankara 2021, s.104; Reisoğlu, Sefa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2022, s.132.

ğın çerçevesinin, “Türk hukukunun temel değerlerine Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara...” aykırılık şeklinde çizilebileceği ifade edilmiştir.⁶²

Kural olarak anayasa hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku ile yargılama usulü kanunları kamu düzenine ilişkin kuralları ihtiva ederler.⁶³ Kamu düzeni, tüm hukuk düzeninin değer ve düzen ilkelerinin birlikte toplandığı bir kavramdır.

Kamu düzeni kuralları; kanunun değiştirilmez, mutlak emredici hükümleri ile hukuk düzeninin tamamının ihtiva ettiği ahlaki prensipler ve değer ölçütlerinden oluşan (değer prensipleri) kurallardır.⁶⁴

Yetkili yabancı hukukun uygulanmasına getirilen bir diğer sınırlama da MÖHUK m.5’te düzenlenen kamu düzenidir. Bu düzenlemeye göre, “yetkili yabancı hukukun” belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde,⁶⁵ bu hüküm uygulanmaz; gerekli

görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni nedeniyle Türk hukukunun uygulanabilmesi için kamu düzenine aykırılığın açık olması gerekir. Diğer bir ifadeyle Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gerekli yabancı hukuk kuralı Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğuracak nitelikte ise o kural uygulanmaz.⁶⁶

Ayrıca aykırılığın somut olması için yabancı hukukun somut olaya uygulanan “bir veya birden fazla hükmünün” kamu düzenine aykırı olması gereklidir.⁶⁷ İş hukukunda iş statüsünün işçiye hiçbir koruma getirmemesi halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir.⁶⁸

İşçiye korumak amacıyla iş mevzuatında getirilen düzenlemeler, sosyal kamu düzeni kurallarıdır. Örneğin; ırk, cins, dil, din, politik görüş gibi nedenlerle ayırım yapılması, işçiye fesih hakkının verilmemesi ve iş kazasına uğrayan işçiye hiçbir koruma getirilmemesi Türk hukuku bakımından kamu düzenine aykırı olabilir.⁶⁹ Kamu düzeni müdahalesinin son derece sınırlı ve istisnai nitelikte olduğunun unutulmaması gerekir.

İşçinin menfaati dışında, kamu menfaatine hizmet etme amacı bulunmayan hükümler, kamu düzeni kuralı sayılmaz.

İşçinin menfaati yanında kamu menfaatine de hizmet etme amacı güden (taşıyan), hükümler, doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilip kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmadan uygulanırlar.⁷⁰ Örneğin, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler, grev yasağına ilişkin hükümler, bu nitelikte kurallardır. İş hukukunda kamu düzeni müdahalesi esas olarak, iş sözleşmesi statüsünün, işçiye hiçbir koruma getirmemesi halinde söz konusu olabilir.⁷¹ Örneğin, işçiye akdi feshetme yetkisinin tanınmaması, tehdit altında yapılan iş sözleşmelerine geçerlilik tanınması veya iş kazası sonucunda işçiye hiçbir koruma getirilme-

62 YİBK., 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1 R.G. 20.09.2012., S.28417.

63 Hugemenin, Claire Basler Kommentar zum OR, Basel 2011, Art. 19/20 N.21.

64 Hugemenin, Art. 19/20, N.26; Gauch Peter/Schlupe, Walter, Schweiz OR 10. Bası, Zürich 2015 N.649.

65 Y.9.HD. göre “Türk Kamu Düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açık ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali hâlinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 10.02.2012 tarihli ve 2010/1 Karar sayılı kararı). Örneğin; ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla çalışma, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlemeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyumsuzlukta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden 5718 sayılı Kanun’un 5 inci maddesi uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz. Keza uygulanması gereken yabancı hukukun işçiye Türk hukukundan daha az koruma getirmesi de tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep değildir. Kanunlar ihtilafı hukukundan kamu düzeni anlayışı, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı ve daha dar kapsamlıdır.” Y9.HD., 22.05.2023, E.2022/11637, K.2023/7462.

66 Nomer/Şanlı, s.17.

67 Çelikel/Erdem, s.134.

68 Tarman, s.545.

69 Tarman, s.545.

70 Reithmann/Martiny, N.1905.

71 Reithmann/Martiny, N.1909.

mesi, Türk İş Hukuku açısından, kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

Ancak, kabul edilen akit statüsünün işçiye, Türk hukukundan daha az koruma getirmesi durumu, kamu düzeni müdahalesi için yeterli sebep sayılmaz.⁷²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin⁷³ 1992 yılında verdiği bir kararında, Libya hukukunda Türk hukukuna nazaran daha az kıdem tazminatı ödemesi nedeniyle, Türk kamu düzenin açıkça ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle Türk hukuku hükümleri uygulanması, hukuken yerinde değildir.⁷⁴

Kamu düzenini oluşturan kurallara aykırılıkların yaptırımı özel hukuk alanında geçersizlik (BK. m. 27/1), kamu hukuku alanında ise cezaya çaptırılma şeklinde tezahür edebilir.

2. Emredici Hukuk Kuralları ve Etkisi

Emredici hukuk kuralları kişilerin veya tarafların uymak zorunda oldukları, aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı (yasaklandığı) genellikle kamu hukuku kuralları ile kamu düzenini oluşturan kurallardır. İş hukukundaki hükümleri, kamu düzeni hükümleri (mutlak emredici), sosyal kamu düzeni (nisbi emredici) hükümleri olarak bir ayrıma tabi tutmak gerekir.⁷⁵

Aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan, memleketin çalışma düzenine, bir hakkın doğumuna, hak ve borçların ifasına ilişkin hükümler kamu düzeni hükmü olarak nitelendirilebilir. Örneğin; İş hukukunda, yeni işverenin sorumluluğu, asıl ücretin para ile ödemesi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte hükümlerdir.

Sosyal kamu düzeni hükümleri ise; işçi aleyhine değiştirilemeyen ancak işçi lehine aksinin kararlaştırılması mümkün olan hükümlerdir. Örneğin; haftalık kanuni çalışma süresine, fazla ça-

lışma ücretine ve yıllık ücretli izin süresine ilişkin hükümler işverenin rızası ve onayı ile işçi lehine değiştirilmesi mümkün olan hükümlerdir.

MÖHUK'un m.27/1 hükmünde de iş sözleşmelerinin işçinin mutad işyeri hukukunun "emredici hükümleri gereğince" sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Maddede emredici hükümlerin önemi ve işlevi açıkça ifade edilmiştir.

İsviçre hukuku açısından emredici hükümlerin uygulanması hususuna ilişkin olarak doğrudan Art. 18 ve Art. 19 olmak üzere iki hüküm mevcuttur. IPRG'nin Art. 18 hükmünde "İsviçre hukukunun emredici hükümlerinin uygulanması" kenar başlığı altında düzenleniş amacı ve "bu kanunda öngörülen hukuktan bağımsız olarak İsviçre hukukunun emredici hükümlerinin uygulanması saklıdır." kuralı öngörülmüştür.

İsviçre hukuku açısından emredici hükümlerin uygulanmasına ilişkin düzenlemeye göre "müdahale kuralı" olarak adlandırılan Art. 18 IPRG hükmünün gerekçesi olarak şerhlerde, İsviçre'de diğer devletlerde olduğu gibi kamu düzeninin temel iskelet normların, deyim yerindeyse devletin iktisadi ve sosyal sisteminin temel sütunları olan normların, mutlaka uygulanması ve göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kuralların uygulanması bu sistemin taşıyıcı ayaklarıdır ve kuralı koyan devletin kamu menfaati açısından çok büyük önem arz etmektedir.

Art. 18 hükmünün saklı tuttuğu İsviçre hukukunun emredici hükümlerine örnek olarak, *loi de police* (asayiş kuralları, yani doğrudan uygulanan hukuk kuralları) kuralları ve *lois d'ordre public* (kamu düzeni kuralları) gösterilebilir.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı ve Görüşümüz

A. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi, İstanbul 10. İş

72 Y.9.HD., 03.10.2023, E.2023/10087, K.2023/13603.

73 Y.9.HD., 06.07.1992, E.1992/1624, K.1992/7890. YKD. 1993, s.208-209.

74 Aynı doğrultuda Tarman, s.546. Ayrıca bakınız Baycık, s.61.

75 Rehbindler, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern, 1989, s.36; Esener, Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 34 vd.

Mahkemesi ve Ankara 11. İş Mahkemesi tarafından MÖHUK'un 27. maddesinin 1.ve 2. fıkrasının iptali talebi ile yapılan başvuru üzerine, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, iki üyenin karşı oyları ve oy çokluğuyla, iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine oy birliğiyle⁷⁶ (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, bir üyenin karşı oyu ve oy çokluğuyla 05.11.2024 tarihinde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesini itiraz konusu (1) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin gerekçesinde "yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka yönelik düzenleme içeren kuralın devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif hükümleriyle çelişmemesi gerektiği" (21), "iş sözleşmesinin taraflarınca hukuk seçimi yapılmaması halinde bu sözleşmenin mutad işyeri hukukunun yerine daha sıkı ilişkili hukuka tabi kılınmasının mümkün olduğu" (28), "iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmaması halinde anılan sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi mümkün iken hukuku seçimi yapılan sözleşmelerin daha sıkı ilişkili hukuka tabi kılınmaması nedeniyle bu seçimin işçinin aleyhine sonuç doğurabileceği" (35), "sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin işveren karşısında hukuk seçimine ilişkin pazarlık imkanının ilke olarak sınırlı olduğu" (36), "hukuk seçimi yapılmaması halinde işçinin sahip olacağı hakların seçimle bertaraf edilmesini mümkün kılan kuralın işçi-işveren ilişkilerinde makul denge sağlamadığı ve devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmadığı

sonucuna ulaşıldığı" (39) ifade edilmiştir.

İki üyenin "karşı oy" gerekçesinde ise "Günümüzde yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hukuk seçimi yapabilmelerinin bir çok ülke tarafından kabul edilen bir ilke olduğu, Kanunun 27. maddesinin ilk fıkrasında tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan asgari düzenlemelerin saklı olduğu belirtilerek hukuk seçimi yapılsa dahi işçiye asgari bir koruma sağlandığı gibi, 5718 sayılı Kanunun kamu düzenine aykırılık başlıklı 5. maddesi uyarınca Türk Kamu düzenine aykırılık halinde seçilen hukuk yerine Türk hukukunun uygulanmasının mümkün olacağı, 5718 sayılı Kanunun 27. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen daha sıkı ilişkili hukuk korumasından işçinin yararlandırılmamasının Anayasa'ya aykırı olduğunun söylenemeyeceği, 5718 sayılı Kanunun 27. maddesinin ilk fıkrasının iptali ile işçi lehine hukuk seçimi yapılması ve üçüncü bir ülkenin hukukunun uygulanması imkanının işçinin elinden alınmış olduğunu, Türk vatandaşı olan işçilerin hukuki korunması zayıf olan yabancı ülkelere çalışmaya gitmesi ve hukuk seçimi yapılarak işçinin Türk hukukundan yararlandırılmaması düşüncesinin, 5718 sayılı Kanunun yabancılik unsuru içeren tür olaylara uygulanan genel kanun olduğu nazara alındığında isabetli olduğunun söylenemeyeceği" ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi itiraz konusu olan MÖHUK'un 27. maddesinin iki numaralı fıkrasını iptal talebini reddetmiştir.⁷⁷

⁷⁶ Kararda ayrıca 5718 sayılı Kanun'un 27.maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153 maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66.maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu kurala ilişkin iptal hükmünün Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı aya sonra yürürlüğe girmesi uygun görüldüğü ifade edilmiştir. (Anayasa Mahkemesi 05.11.2024, E.2023/158, K. 2024/187, R.G. 10.03.2025, Sayı: 32837).

⁷⁷ MÖHUK'un 27. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasının iptal talebinin reddine ilişkin olarak verdiği kararında "Yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmaması durumunda bu sözleşmelerin işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukuna tabi olacağını, ayrıca işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağını öngören ve kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalan kuralın anılan sözleşmelerin daha sıkı ilişkili hukuka tabi kılınmasına engel teşkil etmediği gözönünde bulundurulduğunda devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleriyle çelişmediği sonucuna ulaşılmıştır (51). Yüksek Mahkeme açıklanan maddelerle kuralın Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olmadığına" itirazların reddinin gerekeceğine

B. Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Görüşümüz

Anayasa Mahkemesi 05.11.2024 tarihinde MÖHUK'un 27. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

İptal kararına konu olan MÖHUK m. 27/1 hükmünde, iş sözleşmelerinin işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri gereğince sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğu öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, maddede işçiyi korumak amacıyla taraflara sınırlı etkiye sahip bir seçim hakkı tanınmıştır. İş sözleşmelerinde temel ilke olan irade muhtariyeti gereği sözleşmenin taraflarınca yabancı bir hukukun seçilmesi borçlar hukukunun sözleşme serbestisi ilkesine ilişkin düzenlemelerine de uygundur (TBK. m.27). Yine işçinin korunması ilkesi gereği seçilen hukuk, ancak işçinin mutad işyeri hukukunun öngördüğü emredici hükümlerin sağladığı asgari koruma saklı kalmak koşuluyla tarafların seçtikleri hukuka tabi olacaktır. Görüldüğü üzere maddede emredici hükümlerin önemi ve işlevi açıkça ifade edilmiştir. Bu konu İsviçre hukukunda da İPRG m.18 hükmünde, İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme kararlarında

karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iş sözleşmesinden kaynaklanan alacak davalarında uygulanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun itiraz konusu (2) numaralı fıkrasına yönelik iptal talebini reddine ilişkin kararının bir üyeye ilişkin karşı oy gerekçesinde ise, "5718 sayılı Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrası, Türk işçilerini eşit olmayan bir konuma sokmaktadır. Türkiye'de tescil edilmiş bir şirketin yurt dışında çalışan Türk işçisinin hakları aynı şirketin Türkiye'deki işyerinde çalışan işçisinin haklarından farklı olabilmektedir. Bu durum, işçilerin sahip olduğu temel işçilik haklarının kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bir şekilde düzenlenmesine yol açmaktadır ve bu da Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturmaktadır." (14). "Sonuç olarak, 5718 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (2) numaralı fıkrası Türk işçilerinin haklarını yeterince korumamakta, eşitlik ilkesini ihlal etmekte ve sosyal devletin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca, işçilerin ulusal hukukun sağladığı korumadan mahrum kalmalarına neden olmaktadır (18).

ifade edilmiştir.⁷⁸ Kanun koyucu, seçilen hukukun işçinin mutad işyeri hukukunun öngördüğü koruyucu hükümlere aykırı olmaması koşuluyla ve işçinin daha lehine olması dikkate alınarak uygulanabileceğini öngörmüştür.

Diğer taraftan MÖHUK'un genel nitelikli 24. maddesinde de tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilecekleri öngörülmüştür (m.24/1). Bu hüküm sözleşme serbestisinin tabi olduğu irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası hukukta da geçerli olduğunu gösterir.

Yine, 27. maddenin iptal edilen birinci fıkrasında getirilen düzenleme ile taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır. Ancak objektif bağlama kuralına göre uygulanacak olan hukukun işçiyi koruyucu hükümlerden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu durumda seçilen hukuk ile objektif akit statüsü kabul edilen mutad işyeri hukukunda yararlılık karşılaştırılması yapılarak işçi lehine hükümlerin tespiti mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, MÖHUK m.27/4 hükmünde halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde, bu hukukun uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Maddede öngörülen bu bağlama kuralına göre, iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği öngörülerek hâkime takdir yetkisinin tanındığı söylenebilir. Amaç iş sözleşmelerinde işçinin menfaatinin korunmasıdır. Belirtmek gerekir ki, taraflar hukuk seçimi yapmışsa daha sıkı ilişkili hukukun uygulanamayacağı kuralının Anayasaya aykırı olduğu söylenemez. MÖHUK m. 27/4 hükmüne göre, uygulanacak yabancı hukuku tespit ederken, iş sözleşmesinin ihtiva ettiği "hizmet ifasının", "karakteristik edimin" niteliğinin tespitinde esas alınan kriter ve karineleri kabul ederek, "daha sıkı ilişkili devlet hukukunu" belirlemek ve onun kurallarını uygulamak m.27/4 hükmünün anlam ve ruhuna da uygundur.

78 Buhr, Axel /Simon, Gabriel, Kommentar zum IPRG 2024, Bern, s.103,107.

Ayrıca yabancı hukukun uygulanmasına da bazı sınırlamalar getirilmiştir. MÖHUK'un 6. maddesine göre "yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda düzenleme amacı ve uygulama amacı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giren hallerde o kural uygulanır". Doğrudan uygulanan kuralların özelliği, kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın uygulanmalarıdır. Ancak doğrudan uygulanan kuralların tespitinde yararlılık ilkesi rol oynamaz.

Diğer taraftan yetkili yabancı hukukun uygulanmasına getirilen diğer bir sınırlama MÖHUK'un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzenidir. Bu düzenlemeye göre "yetkili yabancı hukukun" belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. O halde, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gerekli yabancı hukuk kuralı kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğuracak nitelikte ise o kural uygulanmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki kamu düzeni müdahalesi gibi doğrudan uygulanan kurallarda istisnai niteliktedir.

Bu düzenlemeler ve uygulamalar gereği Anayasa Mahkemesi'nin MÖHUK m.27/1 hükmünün iptal kararının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Ayrıca karşı oy yazısındaki görüşe katıldığımızı da ifade etmek isteriz. Anayasa Mahkemesi'nin MÖHUK m.27/2 hükmünün iptal talebinin reddine ilişkin kararı ise isabetlidir.

Sonuç

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere ilişkin düzenlemeler MÖHUK'un 24 ve 27. maddelerinde yer almıştır. Uygulanacak hukukun belirlenmesinin her aşamasında mutad işyeri büyük önem taşır. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında çeşitli tanımlar verilmekle birlikte, işçinin edimini düzenli olarak ifa ettiği işyeri, mutad işyeridir.

Sözleşmelere uygulanacak genel bağlama kuralının öngörüldüğü 24. maddeye ilaveten 27.

maddedeki iş sözleşmelerine ilişkin özel bağlama kuralı düzenlenmiştir. MÖHUK'un 27. maddesinin birinci fıkrasında iş sözleşmesi taraflarının, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, Kanun'da yer alan, objektif ve sübjektif bağlama kuralı gereğince uygulanacak olan yabancı hukukun tespitine ilişkin MÖHUK'un 27/1 hükmünün, Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Maddenin diğer fıkra hükümleri yürürlüktedir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeyen MÖHUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre; *"Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz."*

Anayasa Mahkemesi'nin MÖHUK'un 27. maddesinin 1. fıkrasını iptal etmesi ve 27. maddenin 2. fıkrasını iptal etmemesi neticesinde ortaya çıkan yeni durumun da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında, MÖHUK'un 27. maddesinin 1. fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edecek nitelikte görüldüğünden, bu kurala ilişkin iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. Bu durumda, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar tarafların hukuk seçimi hakkının olduğu söylenebilir. Ancak, iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra yeni bir düzenleme yapılmazsa, Kanun'da tarafların hukuk seçimine ilişkin özel hüküm bulunmayacağı için bu konuda genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m.24/1 uygulanabilir. Belirtilen maddede sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka bağlı olacağı hükmü öngörülmüştür.

İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması durumunda iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir

(m.27/3). Esas işyeri kavramından, işverenin işyeri/işletme merkezinin bulunduğu ülke anlaşılmalıdır.

İş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti açısından 27. maddenin 4. fıkrasında yer alan istisna hükmüne göre, ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hüküm uygulanabilir. Bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Görüşümüzce de hâkimin takdir hakkını kullanırken işçinin menfaatini gözetmesi gerekir. Hukuk seçimi yapılmış olması durumunda akitle daha sıkı ilişkili hukuk uygulanmayacaktır.

MÖHUK'un 24. maddesindeki genel nitelikli 4. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespitinde, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanır. En sıkı ilişkili hukukun tespitine dair durumlar kademeli olarak belirlenmiştir.

MÖHUK'un m.27/4'te belirtilen hâkime takdir hakkı tanınırken, Kanun'un 24/4 maddesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk bağlayıcı – emredici olarak öngörülmüştür. Mahkemenin bu durumda ihtilafa karakteristik edimin ifa edildiği yerin hukukunu en sıkı ilişkili hukuk kabul edip uygulaması gerekecektir. İş sözleşmelerinin en sıkı ilişkili olduğu hukukun belirlenmesinde 24/4 maddesinde karakteristik edim (işçinin ifa ettiği çalıştığı edimi) dikkate alınmalıdır. Karakteristik edimin somutlaştırılmasında, iş sözleşmesinin (veya sözleşmenin) tanımında yer alan unsurlar dikkate alınmalı, iki tarafa borç yükleyen (iş sözleşmesi gibi) sözleşmelerde ücret karşılığını oluşturan edim, daima emek edimidir. Ayrıca sözleşmenin asıl amacı yani çalışma –emek sarfı dikkate alınmalıdır. Taraflar hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında, örneğin İsviçre IPRG'nin Art. 117/2, Avrupa ROM I- EU Yön. m.8 hükümleri ile MÖHUK'un 27/4 hükmü ve kamu düzenine ilişkin 5. maddesi birlikte değerlendirilerek en sıkı ilişkili

hukukun tespit edilmesi gerekir.

Yabancı hukukun uygulanmasına getirilen sınırlamalardan olan doğrudan uygulanan kuralların özelliği, kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın uygulanan, devletin sosyal, ekonomik, siyasal amaçlarını desteklemek için getirilen ve doğrudan kamu menfaatlerine hizmet eden emredici nitelikteki kurallardır. Emredici hukuk kuralları ile doğrudan uygulanan hukuk kurallarının karıştırılmaması gerekir. Kıdem ve ihbar tazminatı gibi haklar Türk mevzuatında emredici olsa dahi “doğrudan uygulanan kural” seviyesine çıkmayacaktır. Doğrudan uygulanan müdahale kuralları kamu düzeni bağlantısı olmaksızın uygulanmalıdır.

Yabancı hukukun uygulanmasına getirilen diğer sınırlama kamu düzenidir (m.5). MÖHUK'un 5. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni, toplumda yaşayan herkesin uymak zorunda olduğu, muhafazasında ve devamında toplumun kamu yararının bulunduğu kuralların ve kanunların oluşturduğu bir düzendir. Soyut ve takdiri bir kavramdır. Her somut olayda kamu düzenine uygunluk hâkim tarafından takdir edilir. Görüşümüzce, kabul edilen akit statüsünün işçiye, Türk hukukundan daha az koruma getirmesi durumu, kamu düzeni müdahalesi için yeterli sebep sayılmaz.

KAYNAKÇA

- Altıntaş, V. (2023). “Yabancılık Unsur Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlerin Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 50, 175-206.
- Aygül, M./ Çoban, N. (2020) “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15/169, 1815- 1832.
- Aygün, M. (2014). “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/Özel Sayı, 1025-1088.
- Baycık G. (2023). “Yurt Dışı Hizmet Aktine İlişkin

- İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 14/2, 55,69.
- Buhr, A./Simon, G., (2024). Kommentar zum IPRG, Bern.
 - Çelikel A./Erdem B. (2024). Milletlerarası Özel Hukuk, 18. Bası. İstanbul.
 - Çörtoğlu Koca, S. (2016). Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri) Ankara.
 - Doğan V. (2023), "Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Uygulanan Hukukun Tespiti", Vahit Doğan (Editör), Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara, 48-89.
 - Doğan, V. (2021). Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Ankara.
 - Ekşi, N. (1997). "Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 116-149.
 - Elçin, D. (2012). Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara.
 - Erdoğan, E./Erdoğan, C. (2016). "Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 13/50, 955-988.
 - Erten, R. (2023) "İşKur Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi", Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Vahit Doğan (Editör), Ankara, 91-103.
 - Erten, R. (2022) "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşları İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İş Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C.1, Yetkin Ankara, 213-262. (Milletlerarası Yetki)
 - Esener, T. (1978), İş Hukuku, 3. Bası, Ankara.
 - Gauch P./Schluep, W. (2015). Schweiz OR 10. Bası, Zürich N.649.
 - Hugemenin, C. (2011). Basler Kommentar zum OR, Basel 2011, Art. 19/20 N.21.
 - İste-Arslandoğlu, C. (2021). Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul.
 - Kaplan Senyen, E. T. (2023). Bireysel İş Hukuku, 13. Bası Ankara.
 - Kaplan Senyen, T. (2017). "Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", İntes Elli ikinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Ankara.
 - Kaplan, İ. (2021). Türk Borçlar Hukuku TBK.M.1-206 (Genel Hükümler), 7. Baskı, Ankara.
 - Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U., (2022), İş Hukuku, 7. Bası, Ankara.
 - Nomer, E./Şanlı, C. (2009) Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, İstanbul.
 - Portmann, W./ Stöckli, J.-F. (2013). Schweizerisches Arbeitsrecht. 3. Auflage, Zürich N.993 -994.
 - Reisoğlu, S. (2022). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul.
 - Reitmann C./Martiny D. (2010) Internationales Vertragsrecht Art 20/21, N.21, 8. Auflage, München, N.1909.
 - Rehbinder, M. (1989), Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern.
 - Sarıöz Büyükalp, İ. (2018) "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe HFD, 8/2, 2018, 195-248.
 - Şahin, B.Ç. (2021). Bireysel İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk, İstanbul.
 - Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figenmeşe, İ. (2021), Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul.
 - Tanrıbilir, F.B. (2010). "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklik Üzerine", TBB Dergisi, 87, 195-227.
 - Tarman, Z. D. (2010). "Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, 59/3, 2010, 521-550.
 - Tekinalp, G. (2009). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Bası, İstanbul.