



YURT DIŞI HİZMET AKDİNE İLİŞKİN İSTİNAF VE YARGITAY KARARLARI ARASINDAKİ FARKLILIK

DIFFERENCE BETWEEN THE DECISIONS OF SUPREME COURT AND APPEALS COURT ON DETERMINATION OF LAW'S ORIGIN RELATING TO FOREIGN LABOUR CONTRACT

Gaye BAYCIK



Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye, gbaycik@law.ankara.edu.tr

10.33537/sobild.2023.14.2.4

Makale Bilgisi

Gönderildiği tarih: 13.06.2023
Kabul edildiği tarih: 24.06.2023

Article Info

Date submitted: 13.06.2023
Date accepted: 24.06.2023

Anahtar sözcükler

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesi, Yurt Dışı Hizmet Akdi, MÖHUK 27, iş ilişkisine uygulanacak hukuk, hukuk seçimi, hukuk seçiminin geçerliliği.

Keywords

Labour contract having an element of foreignness, Foreign Labour Contract, article 27 of Law no.5718, law implemented to labour issues, chosen law, validity of chosen law.

Öz

Ülkemizde özellikle inşaat sektöründe karşımıza çıkan, Türk işçilerin yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye İş Kurumu (İş-Kur) tarafından hazırlanan matbu "Yurt Dışı Hizmet Akdi"ni imzalamak suretiyle yurt dışında çalıştırılması halinde iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği yıllardır öğretilmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, özellikle iş hukukunun emredici niteliğini dikkate alarak, taraflarca seçilen hukukun işçinin Türk Hukukundaki haklarını kısıtlaması söz konusu olduğunda MÖHUK 27/4 uyarınca Türk Hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiş; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, MÖHUK 27/1 uyarınca seçilen hukukun geçerli olduğunu ve bu halde MÖHUK 27/4'ün uygulanamayacağına karar vermektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 02.09.2020 tarihinden itibaren kapatılması ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üye ve başkanlarının çoğunlukla Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nden oluşması neticesinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2020 yılı sonlarına doğru MÖHUK 27/1 uyarınca seçilen hukuku geçerli kabul ettiği görülmektedir. Bununla birlikte İstanbul ve Ankara İstinaf Mahkemelerinin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki içtihadını halen esas aldığı ve Yurt Dışı Hizmet Akdi'ndeki hukuk seçimini dikkate almayarak Türk Hukukunun uygulanmasına karar verdiği görülmektedir. Çalışmamızda bu farklılıklara ve gerekçelerine yer verilecek olup, görüşümüz ve gerekli kanuni değişikliklerinin yapılması önerisinde bulunulacaktır.

Abstract

For years, it is discussed which country's law should be implemented to the issues of labour law in which there is at least an element of foreignness. While there were both 9th and 22nd Departments of Supreme Court, Department no.9 was implementing Turkish law, whereas no.22 was implementing chosen law in labour contract. The decision of Department no.22 was in accordance with Law No.5718 article 27. In the end of 2020, president and jury of Department no.22 were assigned to Department no.9 and the decisions were changed. However, the courts of appeal are still making decisions according to the previous jurisprudence of Department no.9 which is breaching article 27 of Law no.5718. In this article, it will be examined the differences of decisions, their justifications and explained our opinion and advice for amendments of law and Foreign Labour Contract which must be concluded between employer and the employee.

GİRİŞ

Çalışmamız, uzun yıllardır tartışılan ve günümüzde geline aşamada yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde Yargıtay ile İstinaf mahkemesi kararları arasındaki farklılıklar ve bunların nedenleri aktarılacak, somut durum ortaya konduktan sonra bu konudaki görüşümüz ve yapılması gerektiğini düşündüğümüz kanun değişikliği üzerinde durulacaktır. Ancak bunlar üzerinde durulmadan önce, Yurt Dışı Hizmet Akdinin hukuki niteliği, içeriği, geçerliliği ve MÖHUK 27'nin nasıl uygulanması gerektiği aktarılacaktır.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliğinin 4/1. fıkrası ve 8. maddesi uyarınca yabancı ülkedeki iş ve faaliyetlerinde istihdam edeceği işçileri Türkiye'den götürmek isteyen işverenler, Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan matbu sözleşmeleri işçi ile karşılıklı olarak imzalamak ve imzalı sözleşmeleri Kuruma onaylatmak zorundadır. "Yurt dışı hizmet akdi" olarak adlandırılan bu sözleşmeler matbu olup, işçi ve işverenin bu sözleşmede değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler uyarınca iş görme borcu yabancı ülkede ifa edilmektedir. Bu nedenle, işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluklarda hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği tartışma konusu olmaktadır. Söz konusu tartışma, özellikle işçilik alacaklarının varlığı ve miktarını belirleyen maddi hukuk ile 2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca zamanaşımı süreleri üzerinde etkili sorunlara sebep olmaktadır. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanması gereken hukukun belirlenmesinde MÖHUK 27. Maddenin nasıl uygulanması gerektiği ve Yurt Dışı Hizmet Akdinde ikinci bir sözleşmeye cevaz verilmesi halinde bunun sonuçlarının ne olacağı üzerinde durulması gerektiği açıktır.

I. MÖHUK 27'NİN GETİRDİĞİ TEMEL KURALLAR

5718 sayılı Kanun'un 27. maddesi "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" ifadeleriyle yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuku düzenlemektedir.

Bu itibarla, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara hangi hukukun uygulanacağını belirlenmesinde 5718 sayılı Kanun'un 2/1. maddesinde yer verilen "Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular" hüküm uyarınca hâkim, seçilen hukuku, seçilen hukukun uygulandığı durumlarda dahi mutad işyeri hukukunun asgari koruma sağlayan normlarını, hukuk seçimi bulunmayan hallerde mutad işyeri hukukunu ve mutad işyeri bulunmayan durumlarda işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunu, anılan Kanunun 5 ve 6. maddeleri uyarınca kamu düzenine açık aykırılık halinde Türk hukukunu ve yine Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulamakla yükümlüdür. Bununla birlikte Kanunun 27/4. fıkrasında düzenlenen daha sıkı ilişkili hukuku uygulama konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, hukuk seçiminin söz konusu olmadığı hallerde, hem daha sıkı ilişkili hukuku belirlemede hem de bu hukuku uygulama konusunda takdir yetkisine sahiptir¹.

1. Taraflarca Seçilen Hukukun Uygulanması

5718 sayılı Kanunun 27/1. maddesi, yabancı unsurlu iş sözleşmesi taraflarına uygulanacak hukuku seçme hakkını tanımıştır². Bu hukuk seçiminin sınırı olarak, mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları öngörülmüştür. Kanunun açık hükmü karşısında yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimi yapılmasının mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır. Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesi, sözleşmede açıkça düzenlenen konularda mutad işyeri hukukunun uygulanmasını, mutad işyeri hukukunda hüküm bulunmayan hallerde ise Türk çalışma mevzuatının uygulanmasını öngörmektedir. Bu itibarla, yurt dışı iş sözleşmesi taraflarının, MÖHUK 27/1'de asgari korumayı sağlayan düzen olarak kabul edilen hukuk sistemini ayrıca seçilen hukuk sistemi olarak kararlaştırdıkları açıktır. Yurt dışı iş sözleşmelerinin genel iş koşulu niteliği taşıdığı ve hukuk seçimine ilişkin hükümlerin yürürlük, yorum ve içerik denetimleri sonucunda geçerli kabul edilmesi gerektiği daha önce bir tebliğ çalışmamızda incelendiğinden burada atıf yapmakla yetiniyoruz³. Bu itibarla, geçerli hukuk seçiminin varlığı kabul edilmeli ve yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda sözleşmede açıkça düzenlenen konularda mutad işyeri hukuku, seçilen hukuk olarak; diğer konularda ise Kanunun

¹ Doğa Elçin (2012), Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 150-151.

² Ergin Nomer/Cemal, Şanlı (2009), Devletler Hususi Hukuku, B.17, İstanbul, 333. Elçin (2012), 70-71, 79, 92-104.

³ Baycık, Gaye (2017), "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları Sempozyumu, INTES, Ankara, 106 vd.

27/2. maddesindeki objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanmalıdır⁴.

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin açık veya örtülü, tam veya kısmi yapılabileceği kabul edilmektedir⁵. Bu nedenle tarafların örtülü irade beyanlarıyla dahi hukuk seçimi yapabilmesine imkân verilen hukuk sistemimizde, tarafların açıkça bir hukuk sistemini tercih etmeleri durumunda artık bu hukuk seçimine üstünlük tanımak gerektiği açıktır. Zira hukukumuzda önemli olan, hukuk seçiminin açık veya örtülü yapılması değil, mutad işyeri hukukunun sağladığı asgari korumanın bertaraf edilmemesidir⁶. 5718 sayılı Kanun, seçilecek hukuka ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediğinden, tarafların iş sözleşmesiyle bağlantılı olmayan bir hukuku seçmeleri dahi mümkündür⁷.

Geçerli bir hukuk seçiminin söz konusu olduğu durumlarda 5718 sayılı MÖHUK'un getirdiği sınırlar sadece mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları (m.27/1), kamu düzenine açık aykırılık (m.5) ve Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıdır (m.6). Bu halde, anılan Kanunun 27/4. fıkrasında yer verilen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün değildir⁸. Zira Kanunun 2/1. maddesinde "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular*" hükmüyle hâkime, 5718 sayılı Kanun hükümleriyle bağlı kalarak uygulanması gereken hukuku araştırma ve uygulama yetkisi verilmiştir. Anılan Kanunun 27/4. fıkrası ise ancak geçerli bir hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda uygulanabilmektedir. Taraflarca hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda anılan hükmün uygulanması ise, hâkimin takdirine bırakılmıştır.

2. Hukuk Seçimi ve Asgari Koruma

MÖHUK'un 27/1. maddesiyle sözleşme taraflarına tanınan hukuk seçimi hakkının ilk sınırını, mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları oluşturur. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, iş hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesini, bağlama kurallarına da yansıtmakta ve işçinin işini gördüğü ülkedeki hukuk sistemiyle asgari düzeyde korunan haklarının başka bir ülke hukukunun seçilmesiyle bertaraf edilmesini önlemektedir. Bu nedenle mutad işyerinin hangi ülke

hukukuna işaret ettiğinin ve asgari koruma normlarının ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekir.

a. Mutad İşyeri Kavramı

Mutad işyeri kavramı, yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından özel öneme sahiptir. Zira hem seçilen hukuka getirilen sınırların hem de hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınır. Bu nedenle mutad işyeri hukukundan neyin anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Mutad işyeri, işin ağırlıklı olarak ifa edildiği yer olarak kabul edilmektedir⁹. Bu nedenle, işçinin sözleşmesinde belirtilenden farklı ülkede fiilen iş görmesi halinde, fiilen iş gördüğü ülke hukukunun mutad işyeri hukuku olarak kabul edilmesi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰. İşçinin sadece yabancı ülkede çalışmak üzere işe alınması durumunda, işçinin fiilen çalıştığı yerin mutad işyeri kabul edilmesi gerektiği açıktır¹¹.

İşin mutaden yapıldığı ülke, işçi ve işveren için ortak bağlantı noktasıdır. İşin mutad olarak yapıldığı yerin bağlantı noktası olarak tercih edilmesiyle amaçlanan, aynı yerde çalışan işçilere aynı hukukun uygulanmasını sağlamaktır¹². Bu şekilde işçi, fiilen iş gördüğü ülkedeki asgari korumadan yararlanmakta ve bu ülkede iş gören diğer işçilerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Bu nedenle bağlantı noktası olarak işin mutaden yapıldığı yerin seçilmesi, çalışma barışına da hizmet etmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, işin mutaden yapıldığı ülkenin belirlenmesi için yapılan başvuru üzerine, yerleşim yeri Almanya olan ağır vasıta şoförünün, Avrupa'nın birçok ülkesine çiçek taşıyan Danimarkalı şirketle yaptığı sözleşmede Lüksemburg hukukunun seçildiğini, işin görülmesinde Lüksemburg tescilli kamyonların kullanıldığını, işçinin Lüksemburg sosyal güvenlik sistemine dahil olduğunu, ancak işçinin iş görme ediminin büyük kısmını Almanya'da gerçekleştirdiğini belirterek, asgari koruma güvencesinin mutad işyeri hukuku olan Almanya hukukuna göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹³. Karardan da açıkça görüleceği üzere, Divan, işçinin dahil olduğu sosyal güvenlik sistemini, işyerini oluşturan araçların tescilli olduğu yeri veya işçinin mutad meskenini değil, doğrudan işçinin işinin büyük kısmını ifa ettiği ülkeyi, işin mutaden yapıldığı ülke olarak belirlemiş ve bu ülkenin sağladığı asgari korumadan işçinin mahrum edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁴ *Elçin (2012)*, 92-93, 116, 118-120. *Rıfat Erten (2022)*, "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtığı İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, 232-233.

⁵ *Vahit Doğan (1996)*, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, 89. *Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem (2012)*, Milletlerarası Özel Hukuk, B.12, İstanbul, 371-372. *Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe (2013)*, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 273. *Elçin (2012)*, 77-79.

⁶ *Doğan (1996)*, 89. *Çelikel/Erdem (2012)*, 371-372. *Elçin (2012)*, 77-79.

⁷ *Nomer/Şanlı (2009)*, 312. *Elçin (2012)*, 83.

⁸ *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013)*, 274.

⁹ *Ergin Nomer (2015)*, Devletler Hususi Hukuku, B.21, İstanbul, 341. *Nomer/Şanlı (2009)*, 334-335. *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013)*, 274. *Elçin*, 125.

¹⁰ *Elçin (2012)*, 126.

¹¹ *Çelikel/Erdem (2012)*, 370.

¹² *Elçin (2012)*, 120.

¹³ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-29/10>.

İşin mutaden görüldüğü yerin belirlenmesinde önemli olan, işçinin iş görme edimini ağırlıklı olarak nerede yerine getirdiğidir. Nitekim Avrupa Adalet Divanı 1973 tarihinde verdiği bir başka kararında, Fransız şirketler grubunda on beş yıldır çalışan işçinin bir yıllık çalışma döneminin dokuz ayını Almanya'da fiilen çalışarak, geriye kalan kısmını ise Fransa'da birtakım idari yükümlülükleri tamamlayarak geçirmesini dikkate almış ve Fransa'da düzenli adresi bulunmasına rağmen iş görme ediminin Almanya'da ifa edilmesi sebebiyle mutad işyeri hukukunu Alman hukuku olarak belirlemiştir¹⁴.

b. Hukuk Seçimi Karşısında Mutad İşyeri Hukuku Koruması

MÖHUK'un 27/1. maddesi uyarınca işçi ile işverenin karşılıklı anlaşarak seçtikleri hukuk sistemi, işçinin mutaden işini gördüğü ülke hukukuna nazaran işçinin daha lehine ise, mutaden iş görülen yer hukukunun asgari koruma normları uygulanmaz. Zira anılan Kanunun 27/1. maddesinde, tarafların hukuk seçimini kötüye kullanmaları engellenmek istenmiş ve işçinin en sıkı bağlantılı olacağı hukukun işini ağırlıklı olarak gördüğü yer hukuku olduğu düşüncesinden hareket edilerek, mutad işyeri hukukunda nispi ve mutlak emredici kabul edilen düzenlemelerin, kamu düzenine açık aykırılık yahut doğrudan uygulanabilirlik ölçütlerine bakılmaksızın uygulanması öngörülmüştür.

İşçi ile işverenin seçtikleri hukukun, mutad işyeri hukukuna nazaran işçinin daha aleyhine olduğu durumlarda, hukuk seçimi tamamen geçersiz sayılmaz. Bu durumda sadece mutad işyeri hukuku ile karşılaştırıldığında işçinin daha aleyhine olan kurallar yerine mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları uygulanır¹⁵. Bunun tespiti, genel olarak hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasıyla değil, uyumsuzluk konusu olaya uygulanacak münferit kanun hükümlerinin karşılaştırılmasıyla yapılır¹⁶. Bununla birlikte, asgari koruma, iki kere koruma sağlamaz. Diğer bir anlatımla, işçinin hem seçilen hukuk hükümlerinden hem de mutad işyeri hukuku hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Zira bu sonuç, milletlerarası özel hukuk sisteminde amaçlanan, asgari koruma normlarının bertaraf edilmesini engellemenin ötesinde, işçinin her iki hukuk sistemindeki haklardan ayrı ayrı yararlanması sonucunu doğurur ki, MÖHUK 27/1'in amacı bu değildir¹⁷. Bu nedenle uyumsuzluk konusu olaya uygulanacak kurallar bir bütün olarak dikkate alınarak, seçilen hukuk ile mutad işyeri hukuku arasında karşılaştırma yapılmalı ve uyumsuzluk konusu bakımından sadece en fazla korumayı sağlayan kuralların dahil olduğu hukuk uygulanmalıdır. Aksi

halde, milletlerarası hukuk kuralları, işçiyi korumanın ötesinde, sadece işçinin menfaatlerinin gözetilmesi ve işverenin cezalandırılması sonucunu doğurur ki, MÖHUK 27/1 hükmüyle amaçlananın bu olmadığı açıktır¹⁸.

Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurt dışı iş akitlerinde ise, çalışılan ülke hukuku seçilen hukuk olarak belirlenmektedir. Bu seçimin yapıldığı konularda çalışılan ülke mevzuatı uygulanmalı, ancak çalışılan ülke hukukunda hüküm bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanmalıdır. Şu halde Türk mevzuatı da, çalışılan ülke hukukunda hüküm bulunmaması durumunda, seçilen hukuk niteliği taşır.

Yurt Dışı İş Akitlerinin 15. maddesi ise, "İkinci Sözleşme" başlığını taşımakta olup, anılan hükümde "Taraflar arasında ikinci iş sözleşmesi bu sözleşmedeki haklarını sınırlayıcı olmamak koşuluyla imzalanabilir. İki sözleşme arasında fark olması halinde, işçinin lehine olan hükümler uygulanır" düzenlemesi mevcuttur. Bu hükme göre, işçi ile işveren arasında bir başka sözleşme yapılmış ve bu sözleşmede bir başka ülke hukuku seçilmiş ise, o halde, hangi hukukun işçinin daha lehine olduğuna karar verilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda bir hak için bir ülke hukukunun, diğer bir hak için, diğer ülke hukukunun seçildiğinin kabulü mümkün olmayıp, işçinin dava konusu ettiği talepler bütün olarak değerlendirilmeli ve bütün talepler bakımından sonuçta hangi ülke hukuku daha lehe ise, hakim, o ülke hukukunun uygulanmasını tercih etmelidir.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da, taraf arasında mevcut tek sözleşme olan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde çalışılan ülke hukuku seçilmesine rağmen, iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçiden alınan ibranamelerde veya işçilerle yapılan ikale sözleşmelerinde 4857 sayılı İş Kanununa atıf yaparak Türk iş hukukuna veya Türk yargı kararlarına göre işçinin haklarını ödeyeceklerine dair anlaşmalar yapılan durumudur. Bu halde kanımızca, bu sözleşmenin Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 15. maddesinde belirtilen ikinci sözleşme olduğu kabul edilmeli ve işçinin lehine olan ülke hukuku uygulanmalıdır.

3. Hukuk Seçimi Yapılmamış Konularda Uygulanacak Hukuk

Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukukun belirlenmediği konularda da uyumsuzluk çıkması mümkündür. Bu halde seçilen hukuk söz konusu olmadığı için, işçinin mutaden işini gördüğü ülke hukukunun MÖHUK'un 27/2. maddesi uyarınca uygulanması gerekir. MÖHUK m. 2/1 uyarınca hâkimin mutad işyeri hukukunu tespit ederek uygulama yükümlülüğü vardır.

¹⁴ Karar özeti için bkz. *Elçin (2012)*, 123-124.

¹⁵ *Nomer (2015)*, 339. *Şanlı/Şanlı (2009)*, 327. *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013)*, 273.

¹⁶ *Nomer (2015)*, 339. *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013)*, 273.

¹⁷ *Doğan (1996)*, 69. *Elçin (2012)*, 103.

¹⁸ *Doğan (1996)*, 76. *Elçin (2012)*, 104.

Bununla birlikte, ülkemizde 2020 yılı sonlarına kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesince, mutad işyeri hukukunu ve bunun uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuçları değerlendirmeye tabi tutmaksızın, işveren yabancı şirketin, ortağı olan Türk işveren ile organik bağ içinde bulunduğu, bu nedenle işverenin de işçinin de Türk olduğu, ücretin Türk banka hesaplarına yatırıldığı husularını ve en önemlisi iş hukukunun emredici yapısını dikkate alarak Türk hukukunu uygulama yolu tercih edilmekteydi¹⁹.

Halbuki yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ve hukuk seçimi yapılmamış konulara ilişkin uyuşmazlıklarda yapılması gereken, MÖHUK'un 2/1. ve 27/2. maddeleri uyarınca mutad işyerinin belirlenmesi ve burada geçerli hukuk sisteminin uygulanmasıdır. Mutad işyeri hukukunun ise, yukarıda açıklandığı üzere, işçinin fiilen ve ağırlıklı olarak işini gördüğü ülke hukuku olduğu açıktır. Bu şekilde mutad işyeri hukuku uygulanırken hâkimin Türk hukukunu tercih edebilmesi için, aşağıda görüleceği üzere, ya kamu düzenine açık aykırılık ya da doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olmalıdır (MÖHUK md.5 ve 6). Kamu düzeni müdahalesi yapılabilmesi için, aşağıda görüleceği üzere, öncelikle yine mutad işyeri hukuku belirlenmeli, bu hukuk sistemindeki kural doğrudan uyuşmazlığa uygulanmalı ve ortaya çıkan sonuç Türk kamu düzenini açık ve tahammül edilemez şekilde ihlal etmelidir. Doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde yetkili yabancı hukukun tespiti önem taşımaksızın söz konusu kural uyuşmazlık konusu olaya uygulanır. Ancak bunun için, Türk hukukundaki söz konusu kuralın, gerçek anlamda doğrudan uygulanan kural niteliği taşınması gerekir. Her iki durum açısından da, tarafların Türk olması ve/veya iş hukukunun emredici yapısı yeterli gerekçe değildir.

4. Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

MÖHUK'un 27/4. fıkrasında, iş sözleşmesi taraflarınca herhangi bir hukuk seçimi yapılmaması halinde, mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır²⁰. Hâkime tanınan takdir yetkisi, hem daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesine hem de bu hukukun uygulanmasına ilişkindir. Daha açık bir anlatımla, hâkim daha sıkı ilişkili hukuku kendisi tespit edeceği gibi, daha sıkı ilişkili hukuk bulunmasına rağmen mutad işyeri hukukunu uygulamaya devam da edebilme yetkisine sahiptir²¹.

Burada önemli olan husus, daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesidir. MÖHUK m. 27/4 uyarınca hâkimin, bütün durum ve koşulları dikkate alarak daha sıkı ilişkili hukuku belirlemesi gerekir. Kanunda mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukuku uygulama

yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmasının sebebi, işçinin menfaatlerini daha fazla koruyan hukukun bulunması halinde, bu hukukun uygulanmasına imkân sağlamaktır²². Ancak burada unutulmaması gereken, uygulanacak hukuk belirlenirken bunun, uyuşmazlık konusu iş sözleşmesi açısından mutad işyeri kabul edilen ülkeye göre gerçekten daha sıkı ilişkili olması gerektiğidir.

Bu nedenle, kanunda öngörülen yükümlülüklerden kaçma amacını taşımaksızın, yurt dışında yapılan ihalelere katılan yabancı şirketlere Türk işverenlerin ortak olması, doğrudan muvazaalı işlem olarak kabul edilmemelidir. Bu tür ortaklıklarda amaç, işçinin iş sözleşmesinden doğan haklarının bertaraf edilmesi yahut engellenmesi değildir. Kanuna karşı hilenin söz konusu olmadığı ve tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanılmadığı bu tür ortaklıklarda, gerçek durum dikkate alınmaksızın doğrudan başvuru olan "organik bağ" temeline dayalı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve işverenin Türk kabul edilmesi, kanımızca tüzel kişilik kavramına aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla, daha sıkı ilişkili hukukun bu şekilde değil, gerçek durum ve menfaatler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için, görünürdeki tüzel kişiliğin arkasına saklanılarak birtakım yükümlülüklerden kaçma ve bu şekilde işçileri zarara uğratma amacının varlığı aranmaktadır²³. Zira ancak bu halde tüzel kişilik kurumunun dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması ve Türk Medeni Kanunu'nun 2/2. fıkrasında düzenlenen yaptırımın uygulanması söz konusu olabilir²⁴.

5. Doğrudan Uygulanan Kuralların Yetkili Yabancı Hukuka Etkisi

MÖHUK'un 27. maddesinin hangi fıkrası uygulanırsa uygulansın, anılan Kanununun 6. maddesindeki "Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır" hükmü uyarınca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının somut uyuşmazlıkta başka herhangi bir inceleme yapılmaksızın uygulanması gerekir²⁵.

Doğrudan uygulanan kuralların bazıları devletin kendisine ait menfaatlerini koruma, bir kısmı ise devletin korumak istediği özel menfaatleri koruma amacını taşır²⁶. Bu itibarla, milli ekonomik sistemin korunması ve devletin sosyal, ekonomik ve politik

²² Nomer (2015), 343-344. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013), 274.

²³ Bkz. Sarper Süzek (2021), İş Hukuku, B.21, İstanbul, 159 vd. Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal (2022), İş Hukuku, B.7, Ankara, 196 vd.

²⁴ Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit (2022), Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 38 vd.

²⁵ Nomer (2015), 183. Elçin (2012), 162.

²⁶ Nomer (2015), 183-186. Elçin (2012), 163.

¹⁹ Y9HD, 8.11.2016, 22007/19549. Y9HD, 8.4.2014, 489/13452. Y9HD, 6.11.2012, 15508/36421. Aynı yönde, Y7HD, 24.10.2013, 10105/17312.

²⁰ Erten (2022), 237.

²¹ Çelikel/Erdem (2012), 372-373. Elçin (2012), 151.

amaçlarının gerçekleştirilmesi amacıyla milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kuralların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Mevzuatımızda hangi kuralların bu niteliğe sahip olduğu belirli olmadığından, doğrudan uygulanan kuralları belirleme yetkisi ve görevi hâkime aittir. Doğrudan uygulanan kurallar istisnai ve özel oldukları gibi, tespit edildikleri takdirde hâkim tarafından uygulanması zorunlu kurallardır.

Doğrudan uygulanan kurallarda kamu menfaati çok ağır basmaktadır. Bu nedenle bireysel menfaatleri koruma altına alan, sözleşme tarafları arasında denge sağlama amacı olan nispi veya mutlak emredici hükümlerin doğrudan uygulanması gereken kural niteliği taşıdığı sadece bu nitelikleri dolayısıyla ileri sürülemez. Nitekim öğretide iş hukuku kurallarının birçoğunun emredici olduğu, ancak sadece bu sebeple iş hukukundaki tüm nispi veya mutlak emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir²⁷. Bu nedenle doğrudan uygulanan kuralların, diğer emredici düzenlemelerden daha emredici olduğu²⁸, bu kuralların genellikle idari veya cezai yaptırımlarla desteklendiği ifade edilmektedir²⁹. Bu kurallar, açıkça bir sosyal amaca hizmet etmekte ve bu şekilde kamu menfaatini sağlamayı hedeflemektedir³⁰. Bu itibarla söz konusu kuralların diğer emredici kurallardan “daha emredici olduğu”, “emredici niteliğinin daha güçlü olduğu” veya “kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet ettiği” kabul edilmektedir³¹. Bu nedenlerle, iş hukukunun sadece işçiyi korumayı amaçlayan kurallarının değil devletin ekonomik, siyasi ve sosyal hedeflerini, çalışma barışını ve toplum düzenini koruma altına alan ayrımcılık yasağı, sosyal güvenlik hakkı, sendikal özgürlükler, sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, doğum izni gibi kamusal yaptırımlarla desteklenen ve kamusal menfaati daha ağır basan kuralların bu niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir³².

6. Kamu Düzeni Etkisi

MÖHUK'un 5. maddesindeki “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır” düzenlemesi uyarınca, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün yurt dışı iş sözleşmesinden doğan uyumsuzluğa uygulanmasıyla ortaya çıkan durum, Türk kamu düzenine açık ve tahammül edilemez aykırılık³³ oluşturursa, anılan yabancı hüküm yerine Türk hukuku uygulanmalıdır. Ancak bunun için, yetkili yabancı hukukta uyumsuzluğa uygulanabilecek ve Türk kamu düzenini ihlal etmeyen başka bir hükmün bulunmaması gerekir.

Milletlerarası özel hukukta, kamu düzeninin menfi ve müspet etkisinin olduğu kabul edilir. Yetkili yabancı hukukun uygulanması, Türk kamu düzenini açık ve tahammül edilemez şekilde ihlal ederse, yetkili yabancı hukukun bu hükmünün uygulanmaması, kamu düzeninin menfi etkisi olarak adlandırılır³⁴. Bununla birlikte, Türk mevzuatındaki emredici hükümlere her aykırılık, kamu düzeninin menfi etkisine sebep olamaz. Bu etkinin doğması için, kamu düzeninin açık ve tahammül edilemez şekilde ihlal edilmesi şarttır. Bu nedenle kamu düzeni müdahalesi istisnai olarak başvuru bir yöntemdir³⁵.

Bu itibarla, öncelikle yapılması gereken, yetkili yabancı hukukun somut uyumsuzluğa uygulanan hükmünün ve bu hükmün uygulanmasıyla varılacak sonucun tespit edilmesidir³⁶. Sonuç, kamu düzenini açık ve tahammül edilemez şekilde ihlal ediyorsa, yetkili yabancı hukukta uyumsuzluğa uygulanabilecek başka bir hükmünün olup olmadığının araştırılmalıdır. Bu husus MÖHUK m. 5'te “gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır” ifadesiyle düzenlenmiştir³⁷. Yetkili yabancı hukukta başka bir düzenlemenin bulunmaması halinde, Türk mevzuatındaki hüküm uygulanmalıdır³⁸. Görüldüğü üzere, kamu düzeninin müspet etkisi olarak adlandırılan³⁹ bu sonuca varabilmek için, yetkili yabancı hukukta somut uyumsuzluğa uygulanabilecek başka bir hükmün bulunmaması gerekir. Bu durumda dahi Türk mevzuatındaki hüküm, sadece uyumsuzluk konusuyla sınırlı olarak uygulanmalıdır.

²⁷ Willy Van Eeckhoutte, (2006), “The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations and Labour Law”, Freedom of Services in the European Union, Labpur and Social Security Law: The Bolkestein Initiative, Hague, s.167-179, 175. Şefika Akın (1989), “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, İstanbul, s. 99-102, 100. Elçin (2012), 166-176, 205. Ersin Erdoğan/Canan Erdoğan (2016), “Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkında Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2016, C. 13, S. 50, s.971-972, 967 vd.

²⁸ Van Eeckhoutte (2006), 175.

²⁹ Elçin (2012), 167.

³⁰ Akın (1989), 100.

³¹ Doğan (1996), 115. Akın (1989), 100. Van Eeckhoutte (2006), 175. Elçin (2012), 167-168.

³² Nomer (2015), 182-186. Hatice Özdemir Kocasakal (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 128-137. Erten (2022), 239. Elçin (2012), 168-169, 205.

³³ Kamu düzenine açık aykırılık ifadesiyle hâkimin takdir yetkisinin sınırlandığı yönünde bkz. Özüm Demirkol, (2017), Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, İstanbul 23 ve dn. 81.

³⁴ Elçin (2012), 196-200.

³⁵ Çelikel/Erdem (2012), 158-161. Nomer/Şanlı (2009), 173. Van Eeckhoutte (2006), 178.

³⁶ Erten (2022), 239-240.

³⁷ Elçin (2012), 201.

³⁸ Nomer/Şanlı (2009), 191. Elçin (2012), 200-201.

³⁹ Elçin (2012), 200 vd.

Açıklanan nedenlerle ifade etmek gerekir ki, MÖHUK'un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni müdahalesinden söz edilebilmesi için, yetkili yabancı hukuk hükmü uyuşmazlığa uygulanmalı, açık ve tahammül edilemez kamu düzeni ihlali tespit edilmeli, bu nedenle yabancı hukukun başka bir hükmü araştırılmalı ve ancak uygulanacak başka bir hüküm bulunmaması halinde ve sadece uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak Türk mevzuatındaki hüküm uygulama alanı bulmalıdır. Türk iş hukukundaki hükümlerin büyük çoğunluğunun emredici nitelikte olduğuna yönelik genel bir gerekçeyle yetkili yabancı hukuk hükmü uyuşmazlığa uygulanmaksızın ve dolayısıyla herhangi bir karşılaştırma yapılmaksızın her yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa kamu düzeni dolayısıyla Türk hukukunun külliyen uygulanması, MÖHUK'un 5. maddesinin amacını aşmakta ve kanuna aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenlerle, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılı sonlarına kadar, yurt dışı hizmet akdinden doğan her davada, MÖHUK m. 27 çerçevesinde yetkili yabancı hukuk araştırması ve bu hukuktaki hüküm ile Türk kamu düzeni karşılaştırması yapmaksızın, doğrudan "maddi olgulara ve emredici kurallara göre" veya "iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca" gerekçeleriyle⁴⁰ doğrudan ve sadece Türk hukukunu uygulamasının, milletlerarası özel hukuk hükümlerine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Ancaak aşağıda yer verileceği üzere, günümüzde birçok BAM kararı halen bu yöndedir.

Zira MÖHUK'un 2/1. maddesi uyarınca hâkim, yetkili yabancı hukuku tespit etmek ve uygulamakla yükümlüdür. Yurt dışı iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle anılan Kanunun 27. maddesine göre yetkili yabancı hukuk tespit edilmelidir. İş sözleşmesi taraflarının hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, bu hukukun uygulanması gerektiği açıktır. Bu halde hâkimin anılan Kanunun 27/4. fıkrası uyarınca daha sıkı ilişkili hukuku uygulama yetkisi yoktur⁴¹. Seçilen hukukun kuralları uyuşmazlık konusu olayda uygulanmalı, bu uygulama sonucunda ortaya çıkan durum, Türk kamu düzenine açık ve tahammül edilemez şekilde aykırı değilse, MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine gidilmemelidir. Bunun dışında, hâkimin yetkili yabancı hukuku dahi tespit etmesine gerek kalmaksızın Türk hukukunu MÖHUK m. 6 uyarınca uygulayabilmesi için, Türk hukukundaki bu kuralların doğrudan uygulanabilir niteliğe sahip olması gerekir. İşçilerin fazla çalışma, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile kıdem tazminatı ise, Türk toplumsal düzenini korumayı, çalışma barışını sağlamayı yahut Türk Devleti'nin sosyal, ekonomik ve siyasi hedeflerini gerçekleştirmeyi amaçlayan kurallarla düzenlenmemektedir. Bu nedenlerle, yurt dışı iş

sözleşmelerinden doğan alacak davalarında, sadece işçiyi koruma ilkesi yahut iş hukukunun emredici niteliği dikkate alınarak Türk hukukunun doğrudan uygulanması da kanımızca mümkün değildir.

Nitekim milletlerarası özel hukuk öğretisinde bu konu özellikle kıdem tazminatı açısından incelenmiştir. Çelikel/Nomer'e göre, kıdem tazminatının yetkili yabancı hukukta farklı şekilde düzenlenmesi, Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmez. Yetkili yabancı hukukun, Türk hukukundan ve hatta bu hukuktaki emredici kurallardan farklı olması, kamu düzeni müdahalesini tek başına gerekli kılmaz⁴². Nitekim öğretilerde Doğan da, kıdem tazminatının yetkili yabancı hukukta farklı şekilde düzenlenmesinin, kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmediğini ifade etmektedir⁴³. Öğretilerde Elçin de, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1992 tarihli kararına konu olan olayda, Libya'da Türk şirkette çalışan Türk işçisine, iş sözleşmesinde Libya hukukunun seçilmesi dolayısıyla bu hukuka göre kıdem tazminatı ödenmesine ilişkin uyuşmazlıkta, kıdem tazminatının kamu düzeni ile ilgili olduğu gerekçesine dayanılarak Türk hukukunun uygulanmasını eleştirmiştir. Yazara göre, Yüksek Mahkeme menfi etkiye başvurmadan kamu düzeninin müspet etkisini uygulamış, bu itibarla aslında kıdem tazminatına ilişkin Türk mevzuatı hükmünü doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmiştir. Ancak yazar tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere, kıdem tazminatına ilişkin Türk hukuku kuralları doğrudan uygulanan kural niteliği taşımadığı gibi, kıdem tazminatına konu söz konusu uyuşmazlıkta Türk hukukunun kamu düzeni müdahalesinden de söz edilmemesi gerekir. Zira Libya hukukunda kıdem tazminatı düzenlemesi yer almakta, ancak hesaplama Türk hukukundan farklılık arz etmektedir. Bu nedenle sadece farklı miktarda kıdem tazminatı ödemesinin, Türk kamu düzenini açık ve tahammül edilemez ihlali anlamına gelmediği açıktır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nda dahi kıdem tazminatı fonu düzenleninceye kadar 1475 sayılı Kanunun 14. maddesine atıf yapılarak kıdem tazminatı hesaplanmaktadır. 4857 sayılı Kanun, kıdem tazminatının mutlak emredici niteliğini kaldırmıştır. Yazar bu nedenle, kıdem tazminatının kamu düzenine ilişkin yapısının zamanla değiştiğini, hatta fonun kurulmasından sonra 1475 sayılı Kanun'un kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinin de uygulanmayacağını ifade etmektedir⁴⁴.

Bunun da ötesinde, yetkili yabancı hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda dahi işçiyi kıdem tazminatı ödenmemesi sonucunun, Türk kamu düzenine açık aykırılık niteliği taşımayacağı kanaatindeyiz. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından

⁴² Çelikel/Nomer (2012), 310-311.

⁴³ Doğan (1996), 90. Kamu düzeni müdahalesi hakkında bkz. Vahit Doğan (2013), Milletlerarası Özel Hukuk, B.2, Ankara, 216-217.

⁴⁴ Elçin (2012), 205. Krşz. Erdoğan/Erdoğan (2016), 970.

⁴⁰ Y9H, 06.11.2012, 15508/36421. Y7HD, 24.10.2013, 10105/17312. Y9HD, 08.11.2016, 22007/19549.

⁴¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (2013), 274. Nomer (2015), 343.

kıdem tazminatı düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle, kıdem tazminatının, yetkili yabancı hukukta öngörülmemesi yahut Türk hukukuna nazaran farklı şekilde düzenlenmesi, kanımızca yetkili yabancı hukukun ne MÖHUK m.5 ne de MÖHUK m.6 uyarınca uygulanmaması sonucunu doğurabilir. Türk Borçlar Kanunu'na tabi ve herhangi bir yabancı unsur içermeyen iş sözleşmesiyle çalışan işçilere kıdem tazminatı ödenmemesi, hukukumuzda kamu düzeninin açık ve tahammül edilemez ihlali olarak değerlendirilemezken, aynı sonucu doğuran yetkili yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenini açık ihlalinden söz edilmesi kanımızca mümkün değildir.

Bunun gibi, kıdem tazminatı, Türk Devleti'nin ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlükler veya yaşlıların ve küçüklerin korunması gibi sosyal, ekonomik yahut siyasi hedeflerini gerçekleştirmeyi amaçlayan ve çalışma barışı ile toplumsal düzeni koruyan bir kurum da değildir⁴⁵. Bu itibarla, kıdem tazminatının da diğer işçilik alacakları gibi, doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenmediği ve MÖHUK m. 27 uyarınca seçilen hukuka, seçilen hukukun bulunmadığı hallerde ise işçinin mutaden işini gördüğü ülke hukukuna tabi olduğu ve hâkimin anılan yetkili yabancı hukuk kurallarını uygulaması gerektiği kanaatindeyiz.

II. GÜNCEL YARGI KARARLARI ARASINDAKİ FARKLILIK

02.09.2020 tarihinden itibaren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin üyeleri değişmiş ve günümüzdeki yerleşmiş içtihat o tarihten itibaren oluşturulmuştur. Günümüzde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanması gereken hukuka ilişkin ayrıntılı 2022 tarihli kararında aynen "Somut uyuşmazlıkta; davacı taraf davalının yurt dışı şantiyelerinde çalıştığını, ücretinin ABD Doları olarak ödendiğini ileri sürerek ödenmeyen işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiş, davalı işveren ise taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümünde yabancı hukukun uygulanması gerektiğini savunmuştur. İlk Derece Mahkemesince, davalı vekilinin bu savunmasına değer verilmeksizin, uyuşmazlığa Türk hukuku uygulanmak suretiyle yargılama sonuçlandırılmış ve istinaf kanun yolu incelemesinde de davalının bu yöndeki istinaf başvurusu; davalının Türk vatandaşı olduğu, davalı şirketin ise Türkiye'de faaliyette bulunan Türk Ticaret Siciline kayıtlı şirket olduğu, taraflar açısından sıkı ilişki içinde buldukları hukukun Türk Hukuku olduğu, MÖHUK'un 27/1. maddesi gereğince işçinin asgari koruma haklarının saklı kalması gerektiği, MÖHUK'un 27. maddesi gereğince yabancı ülke hukukunun olayda uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçe gösterilerek reddedilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamına uygun

düşmemiştir. Dosya kapsamına göre davacı işçi davalının yurt dışındaki işyerlerinde 18.05.2005-20.10.2014 tarihleri arasında fasıllı olarak çalışmıştır. Davacının tüm çalışma döneminde yabancılık unsuru mevcut olmakla birlikte taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması yapıldığına dair iş sözleşmesi bulunmayan dönemlerde Türk hukukunun ve 4857 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, taraflar arasında 08.02.2013, 04.11.2013 ve 23.05.2014 tarihli yurt dışı iş sözleşmelerinin imzalandığı, 08.02.2013 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin (Türkmenistan) tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin çalışma süresi, fesih, yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de anlaşmazlık halinde uygulanacak mevzuata ilişkin ihtilaf durumunda sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ifade edildiği, 04.11.2013 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin (Azerbaycan) tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin çalışma süresi, fesih, yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına belirtildiği, yine sözleşmenin 18. maddesinde de anlaşmazlık durumlarında uygulanacak mevzuata ilişkin ihtilaf durumunda çalışılan ülkenin idari ve adli makamlarının yetkili olduğunun ifade edildiği, 23.05.2014 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin (Türkmenistan) tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin çalışma süresi, fesih, yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de anlaşmazlık halinde uygulanacak mevzuata ilişkin ihtilaf durumunda sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ifade edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre; 08.02.2013-26.08.2013, 04.11.2013-08.04.2014 ve 22.05.2014-20.10.2014 tarihleri arasındaki çalışma dönemleri için tarafların iş sözleşmeleri ile MÖHUK'un 27/1. hükmü uyarınca bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları açıktır. Davacı, dava konusu alacakların ait olduğu 08.02.2013-26.08.2013 ve 22.05.2014-20.10.2014 tarihleri arasında davalıya ait Türkmenistan'da bulunan işyerinde, 04.11.2013-08.04.2014 tarihleri arasında ise davalıya ait Azerbaycan'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda ilgili dönemlerde mutad işyerinin de işçinin işini fülen yaptığı Türkmenistan ve Azerbaycan olduğu sabittir. MÖHUK'un 27/4. maddesinde ; 'Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.'

⁴⁵ Elçin (2012), 205.

düzenlemesi yer almaktadır. Anılan madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin taraflarınca MÖHUK m. 27/1'göre hukuk seçimi anlaşması yapıldığında MÖHUK m. 27/4'te belirtilen daha sıkı ilişki ülke hukukunun uyumsuzluk konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, Bölge Adliye Mahkemesince hukuk seçimi anlaşması yapılan dönemler yönünden daha sıkı ilişkili ülke hukuku olarak Türk Hukuku'nun olaya uygulanmasına karar verilmesi hatalıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, MÖHUK'un 27/1. hükmü kapsamında davacının Türkménistan ve Azerbaycan'da yaptığı çalışmalar yönünden taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan dava konusu alacakların ait olduğu 08.02.2013-26.08.2013 ve 22.05.2014-20.10.2014 tarihleri arasındaki çalışma dönemleri hakkında Türkménistan Hukuku'nun, 04.11.2013-08.04.2014 tarihleri arasındaki çalışma dönemi hakkında ise Azerbaycan Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir. Hal böyle olunca, gerekirse Türkménistan ve Azerbaycan Hukuku'nda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle, dava konusu uyumsuzluk bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" ifadelerine isabetli şekilde yer verilmiştir⁴⁶.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde yapılan hukuk seçiminin geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmekte; bu halde uyumsuzluğa uygulanacak hukuk bakımından seçilen hukukun tercih edilmesi gerektiğini haklı olarak karara bağlamaktadır.

Bununla birlikte, istinaf mahkemesi kararlarında "Davalı vekili, taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan uyumsuzluğun çözümünde çalışılan yabancı ülke hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin itirazlarının dikkate alınmadan hüküm kurulduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 09/10/1978 T. 1978/11457 - 1978/12157 Sayılı kararında: Merkezi Türkiye'de bulunan işverene Türkiye'de dava açılacağı belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08/07/1981 T.1979/9-226 - 1981/370 Sayılı kararında da aynı husus belirlenmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 06/07/1992 T. 1992/1621 - 1992/7890 Sayılı Kararında da: İş Kanununun kıdem tazminatına ilişkin hükmünün kamu düzeniyle ilgili olduğu, bu itibarla taraflar arasındaki uyumsuzluğu Türk Hukukuna göre çözülmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04/06/2012 T 2012/11514 - 19339 Sayılı ve 07/05/2012 T. 2011/15325 - 2012/15483 sayılı kararlarında da, işverenin Türk olması halinde işyeri

yurtdışında olsa da Türk Hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Somut olayda davacı Türk vatandaşı olup, davalı şirket ise Türkiye'de faaliyette bulunan, Türk Ticaret Siciline kayıtlı ve vekaletnamede de adresi Balmumcu-Beşiktaş/ İSTANBUL olarak belirtilen şirket olması karşısında; taraflar açısından sıkı ilişki içinde buldukları hukukun Türk Hukuku olduğu, keza MÖHUK 27/1 maddesi gereğince işçinin asgari koruma haklarının saklı kalması gerektiği, MÖHUK 27 maddesi gereğince yabancı ülke hukukunun olayda uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından yukarıda anılan hükümler ve Yargıtay kararları gereğince davalı vekilinin işin yerine getirildiği ülke yasalarının gözetilmesi yönündeki istinaf sebebinin yerinde olmadığı anlaşılmıştır" gerekçeleriyle, eski tarihli Yargıtay kararlarına atıf yapılarak ve yukarıda yer verdiğimiz MÖHUK 27'nin getirdiği objektif bağlama kuralına riayet edilmeksizin, hukuk seçimi bulunmasına rağmen, taraflar arasında daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk Hukukunun uygulanmasına karar verilmiştir⁴⁷.

Bunun gibi, Ankara BAM 7. Hukuk Dairesinin 2020 tarihli kararında⁴⁸ "davalı ... İnş. San. ve Tic. A.Ş. ile davacı arasında yapılan yurt dışı hizmet akdiyle sözleşmenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıklar ve diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye'deki ikametgahının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemelerinin yetkili olduğunun belirlendiği, davalılar arasında iş ortaklığı bulunsa da davacının iş ortaklarından ... İnş. San. ve Tic. A.Ş. tarafından yurt dışına götürüldüğü, diğer iş ortağı davalı ... (S.p.A.) A.Ş.'nin de Türkiye'de şubesinin bulunduğu, buna göre uyumsuzluğa Türk hukukunun uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı" gerekçesiyle Türk Hukukunun uygulanması gerektiğine hükmedilmiş, ancak bu karar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin⁴⁹ "Davacı ile davalı işveren ... İnşaat San. ve T.A.Ş arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin fesih, yıllık izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağını belirttiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de sözleşme maddelerinde belirtilen hususlarda çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun ifade edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir. Diğer yandan, davacı söz konusu iş sözleşmesi kapsamında tüm hizmet süresi boyunca sadece davalıların Umman'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı yer olan Umman olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, taraflar arasında MÖHUK'un 27/1 hükmü kapsamında hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyumsuzluğa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Umman hukuku, dosyadaki

⁴⁷ İstanbul BAM 32HD, 11.06.2020, E.2018/1057, K.2020/609, Lexpera İçtihat Bankası.

⁴⁸ Ankara BAM 7HD, 30.06.2020, E.2019/2584, K.2020/1399, Lexpera İçtihat Bankası.

⁴⁹ Y9HD, 24.11.2020, E. 2020/6479, K. 2020/16559, Lexpera İçtihat Bankası.

⁴⁶ Y9HD, 22.03.2022, E.2022/3339, K.2022/3862, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde, Y9HD, 12.01.2022, E.2021/12960, K.2022/155; Y9HD, 24.11.2020, E.2020/5618, K.2020/16557, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere aynı zamanda mutad işyeri hukukudur. Hal böyle olunca gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle isabetli şekilde bozulmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin 2021 tarihli direnme kararında⁵⁰ “Türk şirketi olan davalı ... İnş. San. ve Tic. A.Ş. ile davacı arasında yurt dışı hizmet akdi imzalandığı, yurt dışında hizmet alanında faaliyet yürütmek için bulunduğu ülke mevzuatına göre işyeri açan ve işveren olan Türk vatandaşlarının, bu işyerinde çalışmak üzere Türkiye’den Türk vatandaşı gerçek kişileri işçi sıfatı ile götürdükleri ve bunun genelde Türkiye İş Kurumu (Kurum) vasıtası ile yapıldığının bilindiği, yurt dışı hizmet akitlerinin matbu nitelikte olduğu, boşlukları çoğu zaman işveren tarafından doldurularak işçilere imzalatıldığı, belirtilen sözleşmenin 18. maddesinde ‘Sözleşmenin Düzenlenmesi ve Saklanması’ başlığı altında taraflarca hariçte imzalanarak Kuruma verildiği ve Kurum yetkilisi tarafından onaylanarak saklandığı, bütün sözleşmelerin matbu nitelikte olan maddelerinde ‘çalışılan ülkedeki mevzuat hükümlerinin uygulanacağı’nın yazılı olduğu, ancak sözleşmenin 3. maddesinde ‘işverenin bilgi verme yükümlülüğü’ başlığı altında düzenlenen madde uyarınca taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığından söz edilmesi için işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına göre tabi olacağı çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve tarafların imzalaması ile Kurum nezdinde bu bilgilendirmenin saklanması gerektiği, eldeki davacı işçi için uygulanacak yer hukukunun dahi yazmadığının belirlendiği, İş Hukukunun güçsüz tarafı olan işçinin korunması amaçlı olarak sözleşmeye getirilen emredici nitelikteki 3. maddenin uygulanmaması karşısında taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığı kabulüne imkân bulunmadığı, davalı işveren tarafından ibraz edilen şahsi sicil dosyasında da böyle bir belge bulunmadığı, bu nedenle uyuşmazlığa Türk İş Hukukunun uygulanmasında bir aykırılık olmadığı, işçilerin belirtilen yurt dışı hizmet akitlerini imzalayarak ve işverenleri ile aralarında doğan uyuşmazlıklarda Türkiye’de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk İş Hukukunun uygulanması nedeniyle (Yargıtay 9. H.D’nin 22.01.2018 tarihli ve 2017/28074 E., 2018/916 K. sayılı kararı ve aynı yöndeki yerleşik içtihatlar) çalışılan ülke mevzuatının uygulanmayacağı yönünde hukukî güvenlik/koruma içinde olduğunu kabul ettiğinin de değerlendirilmesi gerektiği, belirtilen genel bilgilerin yer aldığı sözleşmelerin imzalanması ile iş hukuku gibi özel ve teknik bilgi gerektiren bir alanda çalışılan ülkenin iş hukuku mevzuatının unsurlarını bilerek imzaladığının kabulünün sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin

korumasız bırakılması anlamını taşıyacağı, davalı işverenin imzalanan sözleşme uyarınca uygulanacak çalışılan ülke mevzuatı ile ilgili davacı işçiye uygulanacak hükümler ve çalışma şartları yönüyle yapılması gerekli bilgilendirmeyi yapmaması nedeniyle taraflar arasında hukuk seçimi yapılmadığı sonucuna varıldığı, Türk İş Hukukunun uygulanmasının MÖHUK’nun 27/4. maddesine uygun olduğunun da değerlendirildiği, taraflar arasındaki hukuk seçiminin geçersiz olduğu kabul edildiğine göre davalıların Türk işveren/Türkiye’de şubesi bulunan işveren olduğu, davalı Türk işverenin sürekli Umman ülkesinde çalışmadığı, işçinin iş olan her ülkeye gitme durumunun bulunduğu, işçinin her fırsatta Türkiye’ye geldiği, yerleşim yerinin ve sosyal çevresinin Türkiye’de olduğu, ayrıca kazandığı ücretini harcadığı yerin Türkiye olması, Türkiye’de sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin brütletmesinin dahi yurt dışı çalışmalarda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun hükümleri dikkate alınarak yapılması, yurt dışı hizmet akitinin (yurt dışına götürülmesindeki dayanak sözleşme) Türk İş Hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi (sözleşme ana maddelerine ilişkin başlıkların Türk İş Hukukunda dikkate alınan unsurlar olması, Türk mahkemelerinin yetkili kılınması, sözleşmenin Türkiye İş Kurumu vasıtasıyla yapılması), sözleşmenin Türkiye’de yapılması, Türkçe kaleme alınması, yurt dışı hizmet akitlerinde Yargıtay İş Dairelerinin Türk İş Hukukunu uygulamasının yerleşik hâlde bulunması dikkate alındığında uyuşmazlığa ‘iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili Türk İş Hukukunun’ uygulanmasında bir aykırılık bulunmadığı, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması hususunda hemen hemen görüş birliği bulunduğu gerekçesiyle direnme kararı” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, Ankara BAM 7. Hukuk Dairesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılından önceki içtihadına atf yaparak, ayrıca işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle hukuk seçimini geçersiz saymış ve MÖHUK 27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yurt dışı hizmet akitlerinin 3. maddesinde “İşveren; işin yapılacağı ülkedeki çalışma koşulları, ücret, günlük, haftalık ve fazla çalışma süreleri ile ücretlerini, hafta tatili, bayram tatili ve genel tatillere ilişkin koşullar ile bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücreti içeren açıklayıcı belgeyi işçiye, işçi tarafından imzalanmış işverenin kaşesini ve yetkili kişinin imzasını taşıyan bir nüshasını da Kuruma verir. Bu belgedeki bilgiler, ilgili ülkedeki çalışma mevzuatına uygun olarak hazırlanır. İşveren tarafından işçiye verilecek belge içeriğindeki bilgi ile işin yapılacağı ülkedeki uygulama arasında farklılıklar bulunması halinde işveren belgede belirtilen hususları uygulamakla sorumludur. İşin yapılacağı ülkedeki çalışma mevzuatında değişiklik söz konusu olduğunda, değişiklikler işçiye yazılı olarak bildirilir” hükmüne yer verilmektedir. Bu hüküm esasında, 4857

⁵⁰ Ankara BAM 7HD, 18.02.2021, E.2020/3003, K.2021/410, Lexpera İçtihat Bankası.

sayılı İş Kanununun 8/3. maddesinde yer alan “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” hükmüne benzer şekilde, işverenin işçiye çalışma koşulları hakkında bilgilendirmesini ayrı bir yükümlülük olarak düzenlemektedir. Bunun da ötesinde, yurt dışı hizmet akitleri, genel işlem şartı niteliği taşıdığından, esasında diğer sözleşmelere göre daha sıkı yürürlük denetimine tabi tutulmaktadır.

Bu nedenle yurt dışı iş sözleşmelerinin yürürlük denetimi bakımından önemli olan, işverenin işçiye söz konusu sözleşmeyi okuma imkânını sağlamasıdır. Bu durumda işçi, genel işlem koşullarının varlığından haberdar olacak ve ayrıca bunları okuduktan sonra kabul iradesini açıklayacaktır. Bu şekilde kabul edilen sözleşmenin yürürlük denetiminden geçtiği kabul edilmelidir.

Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurt dışı iş akitleri sürekli olarak Kurumun internet sitesinde yer almaktadır. Bu nedenle işçinin bu sözleşmenin içeriğini okuma imkânı her zaman vardır. Kolayca görülebilecek ve incelenebilecek yerlerde genel iş koşullarının ilan edilmesi halinde, işverenin TBK'nun 21/1. maddesinde düzenlenen genel işlem koşullarının varlığı hakkında uyarıda bulunma ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânını sağlama şartlarını gerçekleştirdiği öğretide haklı olarak kabul edilmektedir⁵¹. Yurt dışı iş sözleşmesinin son maddesinde, sözleşmenin üç nüsha düzenleneceği ve bir nüshanın işçiye verileceği belirtilmiştir. Ancak bu hüküm, yürürlük denetimiyle ilgili değildir. Zira yürürlük denetimi açısından önemli olan, sözleşme metnini vererek veya kolayca ulaşabilen bir yerde ilan ederek işçinin *imzadan önce* sözleşmeyi okumasına imkân sağlanmasıdır. Bu nedenle anılan hüküm olmasa yahut anılan hükme rağmen sözleşme imzadan sonra işçiye hiç verilmese dahi, işçinin internet sitesinden kolayca ulaşabileceği sözleşmenin içeriğini imzadan önce okuma ve öğrenme imkânına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, yürürlük denetimi, genel iş koşullarının *varlığı hakkında* bilgi sahibi olmayı ve bu koşulları kabul etmeden önce *okuma ve içeriğini öğrenme imkânını* gerektirir. Belirtilmelidir ki, burada önemli olan, genel iş koşullarının tek tek okunup içeriğinin ve sonuçlarının anlaşılması değil, bunların

varlığı hakkında bilgi sahibi olunması ve sadece okuma imkânının bulunmasıdır. Normal, makul ve dürüst bir işçi, internet sitesinden kolaylıkla ulaşabileceği bir metni okuma ve öğrenme imkânına fazlasıyla sahiptir. Bu durumda üçüncü kişilerden (hukuki) yardım alma ve sözleşmenin hukuki sonuçları hakkında bilgi sahibi olma zamanına ve hakkına da sahiptir. Ancak, işçinin somut olayda üçüncü kişilerden (hukuki) yardım almaması yahut bu imkânı sahip olamayacak kadar kısa sürede sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalması, sözleşmenin yürürlük denetiminden geçememesi sonucunu doğurmaz. Zira yürürlük denetimi, okuma ve öğrenme imkânının sağlanıp sağlanmadığı ile ilgilidir; ayrıca üçüncü kişilerden yardım alma imkânına sahip olmakla yahut somut olayda işçinin bu imkânı nasıl kullandığıyla ilgili değildir⁵². İşçi bu imkânını isterse metni sadece okuyarak isterse hukuki yardım alarak isterse üçüncü kişilere sorarak ve danışarak kullanabilir.

Yürürlük denetimi, işverene bilgilendirme yükümlülüğü getirmediği gibi⁵³, işçinin okuma ve öğrenme imkânını nasıl kullandığı ile ilgili de değildir⁵⁴. Nitekim her bir maddenin anlamını ve hukuki sonuçlarını öğrenerek sözleşmeyi imzalayan işçinin beyanı, bilinçli kabul olarak nitelendirilir⁵⁵. Bu halde genel işlem koşullarının varlığından söz edilebilirken⁵⁶, yukarıda yer verildiği üzere, işçinin okuma imkanına sahip olmasına rağmen metni okumayarak yahut okumasına rağmen hukuki konuları anlamaksızın sözleşmeyi imzalaması global kabul olarak nitelendirilir ve global kabul, genel işlem koşulları açısından da geçerlidir⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, işçinin sözleşmeyi okuma imkânına sahip olması ayrı, okuduğu metni tüm sonuçlarıyla anlaması ayrı, okuduğu metin üzerinde müzakere edebilme imkânı ayrı hususlardır. Sadece okuma imkanının bulunması global kabul, içeriği ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olma imkânının sağlanması bilinçli kabul sonuçlarını doğururken, müzakere imkânının da tanınması halinde artık genel iş koşulundan değil, bireysel iş sözleşmesinden söz edilmesi gerekir. Bu nedenle işçinin sadece okuyarak, ancak hukuki sonuçlarını anlamadığı bir sözleşmeyi imzalaması, global kabul olarak nitelendirilmekte ve genel iş koşullarının yürürlük denetiminden geçerek işçi açısından bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira burada önemli olan, sadece işçinin okuma imkânına sahip olup olmadığıdır. Açıklanan nedenlerle, Türkiye İş

⁵¹ **Yeşim M. Atamer (2001)**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B.2, İstanbul, 27, 29. **A. Lâle Sirmen (2012)**, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, s.109-134 114. **Orhan Ersun Civan (2015)**, Genel İş Koşulları, İstanbul, 170.

⁵² **Atamer (2001)**, 27, 29. **Ayşe Havutçu (2003)**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 139-140. **Civan (2015)**, 167-172, 178-179.

⁵³ **Esra Kaşak (2012)**, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m.21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s.415-429, 418-419. **Civan (2015)**, 168-169.

⁵⁴ **Kaşak (2012)**, 418-419. **Civan (2015)**, 171-172, 178-179.

⁵⁵ **Sirmen (2012)**, 115. **Civan (2015)**, 176-177.

⁵⁶ **Havutçu (2003)**, 111-112. **Civan (2015)**, 176.

⁵⁷ **Kaşak (2012)**, 148-149. **Civan (2015)**, 178-179.

Kurumu tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinin bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, işverenin işçiyi yurt dışı hizmet akdinin 3. maddesine göre bilgilendirip bilgilendirmemesi, bu akdin yürürlüğünü, diğer bir anlatımla işçiyi bağlayıcılığını etkileyici bir husus değildir. Yurt dışı hizmet akdi, taraflarca imzalandığı anda yürürlüğe girer ve her iki tarafı da bağlar. Bu nedenlerle, Ankara BAM 7HD'nin anılan direnme kararındaki gerekçelere katılmadığımızı, sırf işçinin Türk Hukukundan yararlanmasını sağlamak için MÖHUK 27'nin açık hükümlerinin bu şekilde bertaraf edilmeye çalışılmasını hukuka uygun bulmadığımızı belirtmek isteriz.

Söz konusu direnme kararı öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiş, ancak direnme kararının içeriği itibarıyla ilk karardan farklı gerekçeler barındırması nedeniyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesine gönderilmiştir⁵⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, 2023 tarihli kararında⁵⁹ “Somut uyuşmazlıkta yurt dışı ... sözleşmesinin açık, net ve anlaşılır bir dilde düzenlendiği, düzenlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuatın cevaz verdiği şekilde sözleşmede hukuk seçimi yapıldığı dolayısıyla taraflar arasında imzalanan yurt dışı ... sözleşmesinin bağlayıcı ve geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Hukuk seçimi yapılmayan dönem bakımından ise sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi gerekmektedir” demek suretiyle hukuk seçiminin geçerli olduğu yönündeki kararına yer vermiş, ancak “Direnme kararında Dairemiz bozmasından sonra hangi gerekçe ile yabancı hukukun uygulanmadığı açıklanarak bozma kararı karşılanmaya çalışıldığından İlk Derece Mahkemesi kararının, yeni hüküm olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir” gerekçesiyle dosyanın Hukuk Genel Kurulu tarafından karara bağlanması gerektiğini belirterek dosyayı kurula gönderme kararı almıştır.

Görüldüğü üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, yurt dışı hizmet akdindeki hukuk seçimlerinin geçerli ve bağlayıcı olduğunu, bu halde çalışılan ülke hukukunun uygulanması gerektiğini, MÖHUK 27/4'ün ancak taraflar arasında hukuk seçimi yapılmayan dönemler olması halinde bu dönemler için uygulanabileceğini, aksi halde MÖHUK 27/1'in uygulanması gerektiğini isabetli şekilde hükme bağlamıştır⁶⁰.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2022 tarihli kararında da “Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi ile davalı işveren arasında imzalanan 13.01.2017 tarihli belirsiz süreli yurt dışı iş sözleşmesinin tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlülüklerine ilişkin fesih, çalışma süresi, yıllık

izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağını, çalışılan ülke mevzuatında hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirttiği; yine sözleşmenin 16. maddesinde de ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağını ifade edildiği ve bu suretle tarafların bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmüştür. Davacı, talep konusu yapılan alacakların ilişkin olduğu çalışma döneminde, iş sözleşmesi kapsamında Etiyopya'da bulunan davalıya ait işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fülen yaptığı yer olan Etiyopya olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlık hakkında Etiyopya Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir. Etiyopya Hukuku, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere aynı zamanda mutad işyeri hukukudur. Hal böyle olunca, gerekirse Etiyopya Hukuku'nda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle, dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” ifadeleriyle hukuk seçimini geçerli kabul etmiş ve seçilen hukukun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁶¹.

Bununla birlikte İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesinin 2020 tarihli kararında⁶² “davacı Türk vatandaşı olup, davalının ise Türkiye'de faaliyette bulunan, Türk Ticaret Siciline kayıtlı ve vekaletnamede de adresi A1 olarak belirtilen şirket olması karşısında; taraflar açısından sıkı ilişki içinde buldukları hukukun Türk Hukuku olduğu, keza MÖHUK 27/1 maddesi gereğince işçinin asgari koruma haklarının saklı kalması gerektiği, MÖHUK 27 maddesi gereğince yabancı ülke hukukunun olayda uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından yukarıda anılan hükümler gereğince davalı vekilinin işin yerine getirildiği ülke yasalarının gözetilmesi yönündeki başvurusunun yerinde olmadığı anlaşılmıştır” demek suretiyle hem asgari koruma normundan ne anlaşılması gerektiği hatalı yorumlanmış hem de davalının seçilen hukukun uygulanması gerektiği yönündeki MÖHUK 27/1 hükmü gözardı edilmiştir.

Şöyle ki; yukarıda açıklandığı üzere, MÖHUK 27/1'de “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka

⁵⁸ YHGK, 22.06.2022, E. 2021/526, K. 2022/1014, Lexpera İçtihat Bankası.

⁵⁹ Y9HD, 20.02.2023, E.2023/2410, K.2023/2534, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶⁰ Bu yönde **Elçin (2012)**, 104. **Erten (2022)**, 246.

⁶¹ Y9HD, 23.02.2022, E.2022/644, K.2022/2238, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶² İstanbul BAM31HD, 19.10.2020, E.2019/2452, K.2020/1787, Lexpera İçtihat Bankası. Benzer yönde, Ankara BAM 8HD, 06.11.2020, E.2020/2368, K.2020/2381, Lexpera İçtihat Bankası.

tâbidir" düzenlemesini havi olup, asgari koruma zaten mutad işyeri hukuku; işçinin çalıştığı ülke hukukudur. İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda işçinin yurt dışında çalıştığı dönem için seçilen hukuk olan çalışılan ülke hukukunun uygulanması gerektiği, bu halde zaten asgari korumanın da Türk Hukuku değil, çalışılan ülke hukuku normlarıyla getirildiğini, dairenin ise, asgari korumanın sanki Türk Hukukuyla sağlandığına dair bir yasa düzenlemesi varmış gibi, bu şekilde bir yorum yaparak doğrudan Türk Hukukunu uygulamasının MÖHUK 2 ve MÖHUK 27 ile kesinlikle bağdaşmadığı ve bu yasa hükümlerinin mahkeme kararıyla ihlal edildiği kanaatindeyiz.

Bunun gibi, İstanbul BAM 30. Hukuk Dairesinin 2020 tarihli kararında *"Yurt dışında hizmet alanında faaliyet yürütmek için bulunduğu ülke mevzuatına göre işyeri açan ve işveren olan Türk vatandaşlarının, bu işyerinde çalışmak üzere Türkiye'den çalışmak üzere Türk vatandaşı gerçek kişileri işçi sıfatı ile götürdükleri ve bunun genelde Türkiye İş Kurumu vasıtası ile yapıldığı bilinmektedir. Ancak çoğu zaman Türk vatandaşı işçiler Türkiye bağlantılı şirketler vasıtası ile kurum kayıtları yerine getirilmeden turist vizesi ile çalıştırmak üzere götürülmekte ve yurt dışındaki ülke mevzuatı ile kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmaktadır. İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi yada şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk İş Hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye'de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır"* yönündeki farklı gerekçelerle seçilen ülke hukuku değil, Türk Hukukunun uygulanmasına kanımızca yasaya tamamen aykırı şekilde karar verilmiştir⁶³.

Bu kararın da isabetli olmadığı; zira iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesinden yola çıkılarak MÖHUK md.5'te düzenlenen kamu düzeninin birbirinden farklı kavramlar olduğu, dolayısıyla iş mevzuatımızın nispi ve mutlak emredici hükümler getirerek işçiyi asgari bir korumaya kavuşturmasının, MÖHUK md.5'teki kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilemeyeceği yukarıda açıklanmıştı. Bu nedenle, yurt dışı şirketle Türk şirketi arasında organik bağ bulunması, iş hukukunun emredici kuralları gibi MÖHUK 27'yi aşmaya çalışan yorumlarla, esasında yasanın açıkça ihlal edildiğini belirtmek gerekir. Özel dairenin bu yorumu ve kararı, kanımızca MÖHUK 2 ve 27'nin açık ihlali niteliği taşımaktadır⁶⁴.

III. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALINDA VEYA YURT DIŞI HİZMET AKİTLERİNDE YAPILMASI GEREKEN DEĞİŞİKLİKLER

4904 sayılı Kanuna dayalı olarak hazırlanan Yurt Dışı İstihdam Yönetmeliğinin 4 ve 8. maddeleri uyarınca yurt dışına işçi götüren işverenlerin, Yurt Dışı Hizmet Akdi'ni işçi ile birlikte imzalamaları ve Türkiye İş Kurumuna da onaylatmaları zorunludur. Bu nedenle ülkemizden yurt dışında çalıştırılmak üzere götürülen işçilerle Kurum tarafından hazırlanan matbu hizmet akitleri imzalanmaktadır. Bu akitler, kuruma ait internet sayfasında da mevcut olup, hemen hemen hepsinde, iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağı, bu hukukta hüküm bulunmayan konularda ise Türk Hukukunun uygulanacağı düzenlenmekte, ayrıca yukarıda belirtildiği gibi, ikinci sözleşmenin varlığı halinde işçi lehine olan sözleşmenin uygulanacağına dair hükümler bulunmaktadır.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde uygulanacak ülke hukukunu belirleyen MÖHUK 27/1, önceliği tarafların seçtikleri hukuka vermekte; ancak mutad olarak işgörülen ülke hukukundaki asgari korumanın da işçiye sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu şekilde esasında MÖHUK, tarafların hukuk seçimi yaparak, işin görüldüğü yerdeki hukukun asgari korumasının bertaraf edilmesini önlemektedir. Hukuk seçimi yapılmaması halinde MÖHUK 27/2'ye göre zaten uygulanması gereken, işin mutaden görüldüğü ülke hukukudur. Hukuk seçimi bulunmaması durumunda ise, hakim, daha sıkı ilişkili hukukun bulunduğu kanaat getirirse, mutad işyeri hukukunu değil, daha sıkı ilişkili hukuku uygulama yetkisine sahiptir. Burada hakimin takdir yetkisi olduğu açıktır.

MÖHUK 27'nin getirdiği sistem bu olmakla birlikte, yukarıda yer verildiği üzere 2020 yılı sonuna kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, iş hukukunun emredici kurallarla donatılmış olması, işçinin korunması, hukuk seçiminin genel işlem şartı olması gibi nedenlerle yabancı unsurları iş ilişkilerindeki hukuk seçiminin geçerli olmadığına, iş mevzuatımızın kamu düzeninden olması nedeniyle MÖHUK 5 uyarınca doğrudan uyuşmazlığa uygulanması gerektiğine dair kanımızca isabetli olmayan birçok karar vermiş⁶⁵; 2020 yılı sonundan itibaren ise MÖHUK 27/1 uyarınca seçilen ülke hukukunun uygulanması gerektiğine haklı olarak hükmetmiştir. Buna rağmen, yukarıda yer verildiği üzere, günümüzde halen birçok istinaf mahkemesi kararında, iş hukukunun emredici niteliği, işçinin korunması ilkesi, işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hukuk seçiminin geçersiz olması gibi yine kanımızca isabetli

⁶³ İstanbul BAM 30HD, 14.07.2020, E.2018/831, K.2020/1467, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶⁴ Erten (2022), 248 vd.

⁶⁵ Y9HD, 25.10.2010, E.2009/31301, K.2010/30289, Erdoğan/Erdoğan (2016), 956 vd.

olmayan gerekçelerle uyuşmazlıklara Türk Hukuku uygulanmaya çalışılmaktadır.

Ancak, MÖHUK 2'nin "Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir" ve MÖHUK 27'nin emredici yapısı, esasında hakime, yukarıda yer verilen gerekçelerle Türk Hukukunun uygulanması yetkisini vermemektedir. Zira MÖHUK 27, açıkça seçilen hukuk, mutad işyeri hukukunun asgari koruması ve hukuk seçimi yoksa öncelikle mutad işyeri hukukunun, ancak daha sıkı ilişkili hukuk var ise, bunun da takdiren uygulanabileceğini düzenlemektedir. Bu hükmün, objektif bağlama kuralını net şekilde ortaya koyduğu açıktır. Yukarıda yer verildiği üzere, MÖHUK 5'te düzenlenen kamu düzeni ile iş mevzuatımızdaki mutlak ve nispi emredici kuralları birbirine karıştırmamak gerektiği açıktır. Bu itibarla, hakimin, MÖHUK 27 uyarınca yurt dışı hizmet akitlerinde seçilen hukuku uygulamakla yükümlü olduklarını belirtmek gerekir.

Bununla birlikte, kararlardan görüldüğü üzere, esasında yargı organlarının yapmak istediği, Türk işçilerinin götürüldükleri Umman, Etiyopya, Türkmenistan gibi Türk iş mevzuatına göre işçilere daha sınırlı hakları tanıyan ülke hukukları yerine Türk Hukukunu uygulamak, bu şekilde işçilerin haklarının kısıtlanmasını önlemektir. Ancak bunun yolu, yasaya açıkça aykırı davranmak olmamalıdır. Günümüzde geline aşamada ve Türk işçilerinin götürüldükleri ülkelerdeki iş mevzuatları dikkate alındığında, MÖHUK 27'nin veya yurt dışı hizmet akitlerinin yeniden düzenlenmesi gerektiği açıktır. Zira yurt dışı hizmet akdinde, hukuk seçiminin, çalışılan ülke hukuku yerine, "**Türk iş hukukunun asgari koruması saklı kalmak kaydıyla çalışılan ülke hukuku**" şeklinde değiştirilmesi halinde bu sorun ortadan kalkacaktır. Bu halde işçinin, Türk iş hukukundan daha sınırlı haklar tanıyan bir ülkede çalıştırılması halinde, esasında o ülke hukuku uygulanmayacak, Türk iş hukuku kuralları uygulanacaktır. İşçinin, Türk iş hukukundan daha fazla haklar tanınan bir ülkede çalıştırılması halinde ise, o ülke hukuku uygulanacak; bu şekilde Türk iş mevzuatının korumasına ihtiyaç duyulmayacağından MÖHUK 27/1'deki seçilen hukuka göre sonuca gidilecektir.

Türkiye İş Kurumu'nun yetkisinde olduğundan, yurt dışı hizmet akitlerinde değişiklik yapılması kanuni değişikliğe nazaran çok daha kolaydır. Ancak MÖHUK 27. maddenin ilk üç fıkrasındaki "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 yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir" hükümlerinin "(1) İş sözleşmeleri, işçinin ikametgahının bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin ikametgahının bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (3) İşçinin sürekli olarak ülke değiştirdiği durumlarda iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuka tabidir" şeklinde değiştirilmesinin, MÖHUK 27/4'ün ise aynen korunmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri ile imzalanması gereken tip sözleşmeler, genel iş koşulu niteliği taşır. Bu itibarla Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddelerinde düzenlenen yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabidir. 5718 sayılı MÖHUK'un 27. maddesinde objektif bağlama kuralı ile belirlenen mutad işyeri hukuku, seçilen hukuk olarak kararlaştırılmıştır. Kanunun objektif bağlama kuralı ile yetkili kıldığı yabancı hukukun, ayrıca sözleşme ile tercih edilmesi ne geniş anlamda ne de dar anlamda içerik denetimine aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle, yurt dışı iş sözleşmelerinin işçi açısından bağlayıcı ve geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Geçerli bir hukuk seçiminin söz konusu olduğu yabancı unsurlu iş uyuşmazlıklarında MÖHUK'un 2/1. ve 27/1. maddeleri uyarınca hâkimin seçilen hukuku uygulaması gerekir. Bu durumda seçilen hukuka getirilen sınır, mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları, anılan Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni müdahalesi ile 6. maddesinde düzenlenen Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıdır. Hukuk seçiminin varlığı halinde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, çalışılan ülke hukukundaki düzenlemenin somut uyuşmazlıkta uygulanarak sonuçlarının kamu düzenini açık ve tahammül edilemez ihlali tespit edilmeksizin veya Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar belirlenmeksizin "işçinin korunması ilkesi" veya "iş hukukunun emrediciliği" yahut "işverenin bilgilendirme yükümlülüğü" gibi gerekçelerle ve külliyen Türk hukukunun uygulanması 5718 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eder. Buna rağmen özellikle istinaf mahkemesi kararlarında anılan gerekçelerle Türk hukukunun doğrudan uyuşmazlık konusunda uygulandığı ve bu şekilde MÖHUK 27'nin ihlal edildiği, Yargıtayın 2020 yılı sonundan itibaren ise, Yurt Dışı Hizmet Akdi'ndeki hukuk seçimine geçerlilik tanınarak isabetli şekilde MÖHUK 27'yi uyguladığı görülmektedir.

Bununla birlikte, istinaf mahkemelerinin Türk hukukunu uygulama çabasının altında, işçilerin özellikle Türk mevzuatına göre daha sınırlı haklar

tanınan ülkelerde çalıştırılmaları halinde korunmaları amacının bulunduğu bilinen bir gerçektir. Ancak bunun yolu, kanunu ihlal edici kararlar vermek değildir. Bu nedenle kanımızca Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanmış matbu Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde değişikliğe gidilmeli ve “**Türk iş hukukunun asgari koruması saklı kalmak kaydıyla çalışılan ülke hukuku**”nun seçildiği düzenlenmelidir. Diğer bir yöntem ise daha kalıcı olan MÖHUK 27 hükmünde değişiklik yapılmasıdır.

KAYNAKÇA

AKIN, Şefika (1989). “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, İstanbul, s. 99-102.

ATAMER, Yeşim M.(2001). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B.2, İstanbul.

BAYCIK, Gaye (2017). “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları Sempozyumu, INTES, Ankara, s.104-124.

CİVAN, Orhan Ersun (2015). Genel İş Koşulları, İstanbul.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır (2012). Milletlerarası Özel Hukuk, B.12, İstanbul.

ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Ergin (2013). Devletler Hususi Hukuku, Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları, B.11, İstanbul.

DEMİRKOL, Özüm (2017). Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, İstanbul.

DOĞAN, Vahit (1996). İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara.

DOĞAN, Vahit (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, B.2, Ankara.

EKMEKÇİ, Ömer/, YİĞİT, Esra (2022). Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul.

ELÇİN, Doğa (2012). Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara.

ERDOĞAN, Ersin/Erdoğan Canan (2016). “Türkiye’den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkında Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2016, C. 13, S. 50, s.971-972.

ERTEN, Rifat (2022). “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtığı İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, s.213-262.

HAVUTÇU, Ayşe (2003). Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir.

KAŞAK, Esra (2012). “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m.21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s.415-429.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş (2022). İş Hukuku, B.7, Ankara.

NOMER, Ergin (2015). Devletler Hususi Hukuku, B.21, İstanbul.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal (2009). Devletler Hususi Hukuku, B.17, İstanbul.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

SİRMEN, A. Lâle (2012). “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, s.109-134.

SÜZEK, Sarper (2021). İş Hukuku, B.21, İstanbul.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul.

VAN EECKHOUTTE, Willy (2006). “The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations and Labour Law”, Freedom of Services in the European Union, Labpur and Social Security Law: The Bolkestein Initiative, Hague, s.167-179.