



## YÜKSEK MAHKEME KARARLARINA GÖRE YABANCILIK UNSURU İÇEREN BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK\*

### Applicable Law to Individual Employment Contracts Containing Foreign Elements According to Supreme Court Decisions

Fatih SERBEST\*

#### ÖZ

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği, Türkiye’de 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 27. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay 2020 tarihinden önceki kararlarında iş hukukunun emredici niteliğini dikkate alarak, taraflarca seçilen hukukun, işçinin Türk hukukundaki haklarını kısıtlaması söz konusu olduğunda MÖHUK m. 27/4 uyarınca Türk hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi. 2020 yılından sonraki kararlarında ise istikrarlı olarak MÖHUK m. 27/1 uyarınca seçilen hukukun geçerli olduğunu ve işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak koşuluyla bu tercihe saygı duymak gerektiğini belirtmiştir. Anılan kararlarda, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış ise, MÖHUK m. 27/4’te belirtilen akitle daha sıkı ilişkili hukuk araştırmasına yapılmayacağına karar vermektedir. Bununla birlikte bazı Bölge Adliye Mahkemeleri hala çeşitli gerekçelerle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin tarafların hukuk seçimine uyulması gerektiği kararlarına karşı direnerek Türk hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.05.2023 tarihinde yayınladığı kararda bu konuyu enine boyuna değerlendirmiştir. Çalışmamızda, Yüksek Mahkeme Kararları arasında farklılıklara ve

• **Gönderi:** 17.12.2023 - **Kabul:** 25.12.2023 | **Received:** 17.12.2023 - **Accepted:** 25.12.2023.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası Anabilim Dalı, Tekirdağ, Türkiye ✉ fserbest@nku.edu.tr • ORCID 0000-0001-7724-0828.

**Atıf Şekli / Cite As:** SERBEST, Fatih (2023). Yüksek Mahkeme Kararlarına Göre Yabancılık Unsuru İçeren Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. ÇÜHAD, (4), 135-160.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Hukuk Genel Kurulu'nun detaylı analizler içeren kararına yer verilecek olup, öğretilerde bu alanda yapılan çalışmalara atıf yapılarak kendi görüş ve önerilerimiz sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanunlar ihtilafı, Yabancılık unsuru, Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, İşçinin mutad işyeri, İş sözleşmesiyle daha sıkı ilişki, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, MÖHUK m. 27.

## **ABSTRACT**

---

Which country's law should be applied to disputes arising from individual employment contracts containing foreign elements is regulated in Article 27 of the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law in Türkiye. However, in its decisions before 2020, the Supreme Court ruled that, taking into account the mandatory nature of labour law, Turkish Law should be applied in accordance with PILA 27/4 when the law chosen by the parties restricts the rights of the employee in Turkish Law. In its decisions after 2020, it has consistently stated that the law chosen in accordance with PILA 27/1 is valid and that this choice should be respected, provided that the mandatory provisions of the employee's habitual residence law are reserved. In the decisions, it is decided that if a choice of law has been made by the parties, no legal research is needed to establish which countries more closely related to the contract in accordance with PILA 27/4. However, some Regional Courts of Justice still, for various reasons, resist the decisions of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals that the parties' choice of law should be respected and decide that Turkish Law should be applied as the most closely related law. The General Assembly of the Supreme Court of Appeals evaluated this issue in detail in the decisions published on 10.05.2023. This paper will analyse the differences of opinions between the Supreme Court Decisions and Regional Courts Decisions by reviewing the decision of the General Assembly of Law which contains detailed analysis. This paper will also cite doctrinal discussion and academic studies carried out in this field in which the author will present its own opinions and suggestions.

**Keywords:** Conflict of laws, Foreignness element, Law applicable to individual employment contracts, Choice of law, Employee's habitual workplace, Closer relationship with the employment contract, Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law, Turkish PILA art. 27.

## **GİRİŞ**

Türkiye 1960'lı yıllardan bu yana siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel sebeplere yurt dışına işçi gönderen bir ülkedir. Türkiye'den yabancı bir ülkeye çalışmak üzere gidenlerin yanında, yurt dışında iş ve faaliyetlerinde istihdam edeceği işçileri Türkiye'den götürmek isteyen işverenlerin sayısı da hızla artmaktadır. Bu gelişmelere bağlı olarak, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu önem iş sözleşmelerinde tarafların eşit koşullara sahip olmamasından veya bir tarafın daha zayıf olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, iç hukukumuzda iş sözleşmelerinde taraflar arasındaki dengesizliği dikkate alan kanun koyucu, iş hukuku ile ilgili mevzuatta ağırlıklı olarak emredici hükümlere yer vermiştir. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluklarda hangi ülke hukukun uygulanması gerektiği ve iç hukuktaki işçiyi koruyan düzenlenmelerin seçilen yabancı hukukta da işçilere yeterli güvenceyi sağlaması gerektiği tartışma konusu olmaktadır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesi yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi için özel bir maddeye yer vermiştir<sup>1</sup>. Bu çalışmada MÖHUK m. 27'deki bağlama kuralları yüksek mahkeme kararları, öğreti ve mevcut akademik çalışmalar ışığında değerlendirilecektir.

## **I. YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KAPSAMI**

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin kapsamını açıklayabilmemiz için öncelikle yabancılık unsuru üzerinde durulması gerekmektedir. MÖHUK yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanır ancak kanun, yabancılık unsurunun tanımını yapmamaktadır.

Öğretide yabancılık unsuru *“bir hukuki olay veya ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan unsur”* olarak ifade edilmektedir<sup>2</sup>. Şanlı, yabancılık unsurunu *“bir işlem, olay veya ilişkinin birden fazla hukuk nizamı ile temas halinde bulunması”* olarak tanımlamaktadır.<sup>3</sup> Çelikel, yabancı unsurlu hukuki olaylarda olayın yakın ilişki içinde olduğu birden fazla hukuk sisteminin uygulanmasının söz konusu olacağını belirtmektedir<sup>4</sup>. Bu tanımlardan sonra diyebiliriz ki yabancılık unsurunun bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getirir.

Yabancılık unsurunun mutlaka objektif bir mahiyet taşımasına veya yabancı bir ülke ile coğrafi anlamda irtibatlı bulunmasına gerekli değildir<sup>5</sup>. Salt işlem veya ilişkinin tarafların iradesine bağlı olarak ortaya çıkması halinde de yabancılık unsurunun var olarak kabul edilmesi

<sup>1</sup> RG: 12.12.2017 – 26728.

<sup>2</sup> DOĞAN, s. 7. Yabancılık unsuru tanımları için bkz: NOMER, s. 5; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 5; TEKINALP, s. 22; KALPSUZ, s. 17, ÖZEL, ERKAN, PÜRSELİM, KARACA, s. 9.

<sup>3</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334.

<sup>4</sup> ÇELİKEL, ERDEM, s. 11.

<sup>5</sup> DOĞAN, s. 7; ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334.

mümkündür<sup>6</sup>. Sözleşmenin yabancılık unsuru barındırması için, taraflardan birinin farklı vatandaşlıkta olması ya da taraflardan birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin farklı bir ülkede bulunması veya taraflarca yabancı bir ülkenin hukukunun seçilmesi hallerinden birinin varlığı gereklidir<sup>7</sup>. Bir tahkimde hangi durumda yabancılık unsuru bulunduğunu belirleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesi de yabancılık unsurunu çok geniş tanımlayarak objektif bir yabancılık unsuru içermeyen bir sözleşme veya ilişkide sınırı aşan herhangi bir mal veya para transferi söz konusu ise yabancılık unsurunun var olacağını belirtmektedir<sup>8</sup>.

Çalışmamızın konusu olan bireysel iş sözleşmelerde karşılaşılan yabancılık unsuru farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Öğretide iş hukukunda yabancılık unsuru ile kastedilen, işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunuyor olması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılıyor olmasıdır<sup>9</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24 Kasım 2020 tarihli emsal kararında “İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşıldığı hallerde iş sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunduğu söz edilir”<sup>10</sup> ifadeleri ile bir iş sözleşmesinde yabancılık unsuru içeren halleri ortaya koymuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10 Mayıs 2023 tarihli kararında iş hukuku uyuşmazlıklarında yabancılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır:

*“...Yabancılık unsuru, hukuki işlemi bir devletin hukuk düzeni dışında en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. Yabancılık unsuru, şahıs bakımından ve yer bakımından ortaya çıkabilir. Şahıs bakımından yabancılık unsuru, kişinin tabiiyet durumuna, yer bakımından yabancılık unsuru hukuki ilişkinin hâkimin bulunduğu devletin*

<sup>6</sup> AKINCI, s. 85.

<sup>7</sup> EKŞİ, Sözleşmeden, s. 57.

<sup>8</sup> RG: 05.07.2001 - 24453. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 2; AKINCI, s. 77 vd.

<sup>9</sup> EKŞİ, Yabancılık, s. 118; TARMAN, s. 526; BOZKURT GEMİCİOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 598.

<sup>10</sup> Y. 9. HD, T. 24.11.2020, E.2020/5617, K.2020/16556: Lexpera, (E.T. 27.11.2023). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu emsal kararında hem iş hukuku uyuşmazlıklarında yabancılık unsurunu tanımlamış hem de Türk Hukukunun mutlak şekilde uygulanması görüşünden dönerek tarafların sözleşmede seçtikleri yabancı hukuka etki tanımak gerektiğini belirterek MÖHUK m. 27'yi referans almıştır. Bkz. Y. 9. HD, T. 18.05.2021, E.2021/5065, K.2021/9195 Lexpera, (E.T. 28.11.2023); Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

dışında gerçekleşmesiyle ortaya çıkar. Buradan hareketle işçinin ya da işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması veya işin yabancı ülkede ifa edilmesi hâlinde iş sözleşmesinde yabancılık unsuru söz konusu olur”<sup>11</sup>.

Bu açıklamalardan ve yüksek mahkeme karar örneklerinden sonra diyebiliriz ki yabancılık unsuru bulunan bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimi ile ilgili konularda “İşçi Lehine Yorum İlkesi’nin katı bir şekilde benimsenmesi ve ön planda tutulması terk edilmiştir. MÖHUK ve öğretideki tartışmalar Yüksek Mahkemeler tarafından özenle takip edilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmeye ya da ilişkiye uygulanacak hukuk konusunda mahkemelerce MÖHUK’un uygulama alanı bulup bulmayacağını dikkatlice incelenmektedir. Bu nedenle, hâkim yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmesine uygulanması gereken hukuku belirlerken, MÖHUK’un nasıl uygulanması gerektiğini bilmek zorundadır.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri veya ilişkileri bakımından milletlerarası özel hukuktaki iş sözleşmesine özgü kuralların uygulanabilmesinin bir koşulu da uyumsuzluk konusu olan hukuki ilişkinin iş hukuku sözleşmesi niteliği taşımasıdır. Uyuşmazlığa bakan hâkim, aynı zamanda hukuki nitelendirmeyi yapmakla yükümlüdür ve söz konusu vasıflandırma yapılırken temel alınacak hukuk, “*lex fori*” yani hâkimin hukukudur<sup>12</sup>. MÖHUK m.1 yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu Kanun'a göre belirleneceği, MÖHUK m. 2’de hâkimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulayacağı düzenlemektedir. Dolayısıyla, Türk mahkemesi nezdinde görülmekte olan yabancı unsurlu bir uyumsuzluk açısından hâkim Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparak bireysel iş sözleşmesini tanımlar.

4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1’deki tanım gereğince, iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç temel unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. İş hukuku öğretisinde açıklandığı gibi, işçi ile işveren arasında hiyerarşik bir bağın varlığını gerektiren iş ilişkisinde; işçi, işverenin emir ve otoritesi altında ve bir ücret karşılığında iş görme borcunu ifa eder<sup>13</sup>. O hâlde, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkinin iş ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi, iş sözleşmesine özgü ayırıcı unsurların davaya bakan hâkim tarafından somut uyumsuzlukta tespit edilmesine bağlıdır.

<sup>11</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

<sup>12</sup> GÜRSEL, s. 162.

<sup>13</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞU, CANBOLAT, s. 176; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 63.

Hâkim yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinin varlığına kanaat getirdikten sonra, davanın esasına yönelik hükümler açısından hangi ülke hukukunu uygulayacağına ilişkin kararını verirken öncelikle MÖHUK m. 27'deki iş sözleşmeleri ile ilgili kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaktır<sup>14</sup>.

## **II. MÖHUK 27'DEKİ BAĞLAMA KURALLARI**

MÖHUK m.27'ye baktığımızda, kanun koyucunun uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hususları dört başlıkta irdelediğini görmekteyiz:

### **A. Taraflarca Seçilen Hukuk**

MÖHUK m. 27/1 uyarınca iş sözleşmesinin tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilirler<sup>15</sup>. Bu fıkra ekonomik yönden daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan işçiye, aleyhine olabilecek bir hukuk seçiminin dayatılması endişesi ile sınırlı etkiye sahiptir. Bu sınırlı etki, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumadır. Diğer bir ifadeyle tarafların seçtiği hukuk işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumanın altında kalması hâlinde mutad işyeri hukuku uygulanır. Bu nedenle hâkim tarafından tarafların seçtiği hukuk ile mutad işyeri hukuku karşılaştırılmak suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. Zayıf taraf lehine şartlı hukuk seçimine imkân tanıyan bu fıkra hükmü subjektif bağlama kuralı olarak adlandırılmaktadır<sup>16</sup>.

İş sözleşmeleri söz konusu olduğunda ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunan, iş koşullarının müzakerelerinde işverenle eşit şartlara sahip olmayan işçinin korunması gerektiğine ilişkin düzenlemeler birçok milletlerarası özel hukuk kanununda mevcuttur<sup>17</sup>. Yabancılık unsuru ihtiva eden sözleşmelerde taraflarından birisinin sosyal ve ekonomik bakımdan korunmaya muhtaç olduğu düşüncesi 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğünde de düzenlenmiştir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> MÖHUK m. 1/2 Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır hükmü gereği uygulanacak iş sözleşmesi ile ilgili bir milletlerarası sözleşme varsa, hâkim öncelikle iki veya çok taraflı anlaşmada belirlenen hukuku uygulayacaktır. Örneğin Türkiye-Katar İşgücü Anlaşması m. 8; AYGÜL, ERDOĞAN, s. 765.

<sup>15</sup> ÇELİKEL, ERDEM, s. 430.

<sup>16</sup> DOĞAN, s. 392 Milletlerarası özel hukukta, yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerine uygulanacak hukuka karar verilirken (i) taraf iradelerine bağlama (irade özerkliği-sübjektif bağlama kuralı) ve (ii) objektif ölçütlere bağlama (objektif bağlama kuralı) olmak üzere ikili bir sisteme tabiidir. Bkz. DOĞAN, s. 372-383.

<sup>17</sup> Alman MÖHUK m. 30; İsviçre MÖHUK m. 121; Avusturya MÖHUK m. 44, Bkz. ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 354.

<sup>18</sup> ÇELİKEL, ERDEM, s. 422; TARMAN, s. 524.

İş hukukumuzda emredici hükümler, mutlak ve nispi emredici hükümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hükümler, işçi lehine bile olsa aksi kararlaştırılmayan normlar öngörür. Nispi emredici hükümler ise asgari normları belirleyen ve işçi lehine olmak kaydıyla değiştirilebilen kuralları belirler<sup>19</sup>. Yabancı hukuklarda da iş hukuku ile ilgili benzer emredici düzenlemeler bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında tarafların seçtiği hukukun zayıf tarafı koruyucu nitelikli emredici hükümler ile mutad işyeri hukukun zayıf tarafı koruyucu emredici hükümleri kıyaslanacak ve yararlılık karşılamasına tabii tutulacaktır. Bu sebeple işçinin mutad işyeri hukukunun koruyucu hukuk olduğu belirtilmektedir<sup>20</sup>.

Öğretide, seçilen hukuk ile mutad iş yeri hukuku arasında hangi hukuka göre işçinin daha çok korunduğunun tespiti yapılırken, birbiri ile ilgili hükümlerin bir tek tek mi, toplu mu yoksa grup olarak mı incelenmesi gerektiği tartışma konusu olmaktadır.<sup>21</sup> Bütün hükümler tek tek karşılaştırılarak işçinin lehine olan hükümlerin seçilmesi yöntem olarak doğru kabul edilmemektedir. Zira karşılaştırma ne kadar dar alanda yapılır ise menfaatlerin zayıf olan taraf lehine toplanma ihtimali de artacaktır. Her ne kadar hangi hükmün işçiyi daha çok koruduğuna yönelik tek tek karşılaştırma yapılmasının işçinin menfaatine olacağı düşünülse de, bu karşılaştırma işvereni cezalandırmak anlamına gelebilecektir. Ayrıca böyle bir karşılaştırma neticesinde hiçbir ülkede uygulanma kuvvetine haiz olmayan bir hukuk yaratılacaktır<sup>22</sup>.

Türk iş hukukunda yer alan emredici hükümlerin işçi menfaati yanında kamu menfaatini de gözetmesi (müdahaleci-koruyucu niteliği) ve istihdam sağlayan işverenlerin menfaatlerini dengelemesi gerektiği prensibini dikkate aldığımızda grup olarak karşılaştırma yaparak birbirleriyle bağlantılı hükümleri birlikte değerlendirmenin daha yararlı ve elverişli olacağı öğretide belirtilmektedir.<sup>23</sup>

Görüldüğü üzere kanun koyucu, tarafların iş sözleşmesine uygulanacak hukuku aralarında seçebileceğini düzenlemiştir. Ancak, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçseler dahi objektif bağlama kuralı kapsamında seçilen hukuk işçiyi koruyan emredici hükümlerden daha dezavantajlıysa, seçilen hukuk uygulanamayacaktır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, iş hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesini, bağlama kurallarına da

<sup>19</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞU, CANBOLAT, s. 25; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 15.

<sup>20</sup> GÜNGÖR, s. 197.

<sup>21</sup> DOĞAN, s. 394.

<sup>22</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 358.

<sup>23</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 359; DOĞAN, s. 394; TARMAN, s. 537

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 gerekmektedir<sup>24</sup>.

### **B. Asgari Koruma: Mutad İşyeri**

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinde mutad işyerinin bulunduğu yerin tespiti uygulanacak hukukun ve bu hukukun sınırlarının belirlenmesinde özel öneme sahiptir. Bu nedenle mutad işyeri hukuku ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Türk iş hukukunda kanuni bir terim olarak mutad işyeri kavramı değil, işyeri kavramı kullanılmakta; ancak işyeri tanımının içine, iş organizasyonu kapsamında yer alan işyerine bağlı yerlerin, eklentilerin ve araçların da dâhil olduğu kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

Türk iş hukukunda işyerinin kapsamı tespit edilirken, öncelikle işin yapıldığı yer esas alınmaktadır. Mal ve hizmet üretimine yönelik teknik amacın esas itibarıyla gerçekleştirildiği alan, işin yapıldığı yer olarak ifade edilebilir<sup>26</sup>. İkinci olarak iş organizasyonu kapsamında ya da iş organizasyonuna bağlı yerler de Kanunda işyerine dâhil yerler olarak kabul edilmiştir<sup>27</sup>. Bu bağlamda her işyerinin örgütlenmiş bir bütün olduğu ifade edilebilir<sup>28</sup>. Bir işyerinin mal veya hizmet üretiminin yapıldığı yer dışında ayrı bir yeri kullanması durumunda bunların tek bir işyeri sayılabilmesi için, işin yapıldığı yerin işyerine nitelik, hukuki ve yönetim açısından bağlı olması gerekmektedir<sup>29</sup>.

Milletlerarası özel hukukta mutad işyeri, işçinin işi nitelik, nicelik ve süre bakımından fiilen ve ağırlıklı olarak ifa ettiği yer olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Buna göre mutad işyeri belirlenirken, bireysel iş sözleşmesinin konusu göz önüne alınarak, işçinin işini nitelik, nicelik ve süre bakımından yerine getirdiği ya da mesleki faaliyeti ile önemli ölçüde bağlantısı olan yerin dikkate alınması gerekmektedir<sup>31</sup>. Mutad işyerinin belirlenmesindeki en büyük unsur, hizmetin bir bütün olarak belirli bir ülkede yerine getirilmesi gerekliliğidir<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

<sup>25</sup> İş Kanunu m. 2/2 RG: 10.6.2003 – 25134.

<sup>26</sup> DEMİRCİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 46.

<sup>27</sup> DEMİRCİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 46.

<sup>28</sup> DEMİRCİOĞLU, KORKMAZ, KAPLAN, s. 44.

<sup>29</sup> EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 40.

<sup>30</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 359.

<sup>31</sup> ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 208.

<sup>32</sup> TARMAN, s. 534.



Tek bir ülkede ifa edilen sözleşmelerde mutad işyerinin tespiti kolaydır. İşin ağırlıklı olarak yapıldığı yer işçinin geçici olmayacak şekilde fiilen çalıştığı yerdir. Geçiciliğin tespitinde ise, tarafların iradesi, işin niteliği ve süresi gibi hususların dikkate alınır.<sup>33</sup> Objektif bağlama kuralı olarak kabul edilen mutad işyerinin uzun bir süre için dahi olsa geçici olarak değişmesi, bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğurmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması örneğin, montaj için yurt dışında görevlendirilmesi durumunda bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır<sup>34</sup>. Mutad işyeri hukuku işçinin devamlı olarak çalıştığı ve geçici çalışması bittiğinde döneceği ülkedir.

İşçinin sözleşmesinde belirtilenden farklı ülkede devamlı olarak fiilen iş görmesi halinde ise fiilen iş gördüğü ülke hukukunun mutad işyeri hukuku olarak kabul edilmesi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir<sup>35</sup>. 1960 yıllarda Almanya'ya göç eden Türk işçilerin yaptığı gibi işçilerin sadece yabancı ülkede çalışmak üzere işe alınması durumunda, işçinin fiilen çalıştığı yer mutad işyeri olarak kabul edilir<sup>36</sup>.

Mutad işyerinin tespitinde işin fiilen ve ağırlıklı olarak yapıldığı yer esas alınmalıdır<sup>37</sup>. Çünkü mutad işyeri, farazi ya da itibari bir bağlama noktası olarak kabul edilmemiştir. 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 sağlamaktır. Dolayısıyla, mutad işyeri kriteri, sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayan ve fiilen çalışılan ülkenin ekonomik, sosyal ve politik amaçlarına hizmet eden bir bağlama noktası olarak tercih edilmektedir. 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<sup>38</sup>.

### C. İşverenin Esas İşyeri Hukukunun Uygulanması

İşçinin işini mutad olarak belirli bir ülkede yapmayı işinin niteliği gereği devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması halinde ise iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukudur<sup>39</sup>. Örneğin, “*dans ve sirk toplulukları, buz revüleri*

<sup>33</sup> AYGÜL, ÇOBAN, s. 1822.

<sup>34</sup> TARMAN, s. 535.

<sup>35</sup> ELÇİN, s. 120.

<sup>36</sup> BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

<sup>37</sup> AYGÜL, ÇOBAN, s. 1822.

<sup>38</sup> ELÇİN, s. 126.

<sup>39</sup> ÇELİKEL, ERDEM, s. 432.

*gibi milletlerarası faaliyet gösteren turne toplulukları, devamlı olarak sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülere, demir yolu, deniz ve hava yolu ulaşımında çalışan personel veya deniz kazalarında petrol yangınlarında olduğu gibi milletlerarası alanda yardımlaşmayı gerektiren felaketler*"<sup>40</sup> gibi birden fazla ülkede ifa edilen işlerde, mutad işyeri hukuku yerine, MÖHUK m. 27/3'deki işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması gerektiği, ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>41</sup>.

Birden fazla ülkede ifa edilen iş sözleşmeleri bakımından da işverenin esas işyerinden önce öncelikle geniş yorumla, mutad işyeri tespit edilmeye çalışılmalıdır. İşin doğası gereği ya da taraflar arasındaki sözleşmeden dolayı birden fazla ülkede icra edilen sözleşmelerde de mutad işyeri tespit edilebiliyorsa bireysel iş sözleşmesine bu tespit edilen hukuk uygulanmalıdır. Eğer mutad işyeri tespit edilebiliyorsa bir sonraki basamaktaki işverenin esas işyeri bağlama noktasına geçilmemelidir<sup>42</sup>. Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları her ne kadar bağlayıcı olmasa da Türk hukuku bakımından yol gösterici nitelikte olabilir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından hareketle birden fazla ülkede ifa edilen sözleşmelerde mutad işyerinin tespitinde Aygün, aşağıdaki temel prensiplere dikkat çekmiştir<sup>43</sup>:

- İşçinin çalışma faaliyetlerini yerine getirmek amacıyla kurduğu etkin merkez (Mulox, Rutten),
- İşçinin iş seyahatlerinden sonra her seferinde döndüğü bir yerin olması (Mulox, Rutten),
- İşçinin işini organize ettiği yerin ya da özellikle mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki bir ofisin bulunması (Mulox, Rutten),
- İşçinin çalışma amacıyla en çok zaman geçirdiği (time ruling) bir ülkenin bulunması (Weber),
- İşçinin esas olarak işverene karşı çalışma faaliyetlerinin çoğunluğunu yerine getirdiği yer (Koelzsch)

<sup>40</sup> NOMER, s. 348.

<sup>41</sup> NOMER, s. 348; ÇELİKEL, ERDEM s. 432; ELÇİN, s. 126; ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360; TARMAN, s. 537.

<sup>42</sup> AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

<sup>43</sup> AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10 Mayıs 2023 tarihli kararında doğrudan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararına atıfta bulunmuştur:

*“İşçinin mutad işyeri belirlenirken sözleşme süresinin tamamında belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün hâlinde nerede ifa edildiği tespit edilmelidir. Bu sebeple mutad işyerinin belirlenmesi sürecinde işçinin fiili işyeri önem arz etmeyecektir. Avrupa Adalet Divanının bir kararında da işçinin mutad işyeri belirlenirken bu faaliyetin ayırıcı özelliğini ortaya koyan tüm etkenler ışığında, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin büyük kısmının yerine getirildiği yerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (AAD, Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg C-29/10, 15.03.2011). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.06.1989 tarihli ve 1989/10-316 Esas, 1989/41 Karar sayılı kararında da benzer hususlar vurgulanmıştır”<sup>44</sup>.*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun atıf yaptığı *Heiko Koelzsch v État du Grand Duchy of Luxemburg* kararında 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 dâhil 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 vermiştir<sup>45</sup>. Karardan da açıkça görüleceği üzere, Divan, işçinin dâhil 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.<sup>46</sup>

Yüksek Mahkemeler son yıllarda verdiği kararlarda sık sık Avrupa Birliği Adalet Divanı kriterlerin bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde asgari koruma olan mutad işyeri hukukunun tespitinde esas alınabileceğini ifade etmektedir, İşin mutaden görüldüğü yerin belirlenmesinde önemli olanın, işçinin iş görme edimini ağırlıklı olarak nerede yerine getirdiğidir. Ancak bütün kriterler neticesinde, mutad işyerinin her hâl ve kârda tespit

<sup>44</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

<sup>45</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 March 2011, Heiko Koelzsch v État du Grand Duchy of Luxemburg, Case C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

<sup>46</sup> BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

edilememesi durumunda, MÖHUK m. 27/3 gereğince işverenin esas işyeri hukuku uygulanmalıdır<sup>47</sup>.

#### **D. 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 tanınmıştır.<sup>48</sup> Bu noktada, iş sözleşmesinin tarafları arasında hukuk seçimi yapılması halinde, daha sıkı ilişkili hukuk araştırması yapılmayacağını ve hâkime takdir yetkisi tanınmadığı belirtmek isteriz. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı zaman 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 sahiptir.<sup>49</sup> Hâkim kendisine tanınan bu yetki sayesinde somut olayda MÖHUK m. 27'nin 2.ve 3. fıkralarında belirtilen bağlama kuralı ile sağlanamayan milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamış olacaktır<sup>50</sup>.

MÖHUK m. 27/4 uyarınca hâkimin, bütün durum ve koşulları dikkate alarak daha sıkı ilişkili hukuku belirlemesi gerekir. Bu itibarla hâkim, işçinin menfaatlerini daha fazla koruyan daha sıkı irtibatlı bir hukuku bulunması halinde, bu hukukun uygulanmasına imkân sağlanmalıdır<sup>51</sup>. 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<sup>52</sup>. Başka bir ifade ile işçinin mutad işyerinin işçiyi koruyacak standarda sahip olmaması halinde, MÖHUK m. 27/4'e başvurulması gerekmektedir<sup>53</sup>. Örneğin, bir Türk işçinin çalıştırılmak üzere gönderildiği yabancı ülkedeki mutad işyeri hukukun Türk iş hukuku kuralları seviyesinde işçiye koruma sağlayamadığı durumlarda ve taraflarca sözleşmeye uygulanacak bir hukuk seçimi de yoksa somut uyuşmazlığın hâl ve şartlarından daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa, hâkim tarafından işçinin menfaati gereği Türk hukuku uygulanmalıdır. Ancak takdir yetkisini kullanmadan önce işçinin mutad işyeri hukuka ile daha sıkı irtibat halinde

<sup>47</sup> AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

<sup>48</sup> ERTEN, s. 237.

<sup>49</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360.

<sup>50</sup> ÇELİKEL, ERDEM, s. 432.

<sup>51</sup> ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 361; DOĞAN, s. 397.

<sup>52</sup> BAYCIK, Yurt Dışı, s. 59.

<sup>53</sup> ELÇİN, s. 128-129.

bulunan Türk hukuku arasında hangisinin işçinin menfaatlerini daha fazla koruduğunu mutlaka araştırmalıdır.

Hâkim daha sıkı ilişkili yer hukuku açısından somut olaydaki tüm hâl ve koşulları değerlendirirken, iş sözleşmesi taraflarının ortak vatandaşlıkları ya da ortak ikametgâhları, iş sözleşmesinin akdedildiği yer, iş sözleşmesinde kullanılan dil, ücretin ödeneceği para birimi, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, iş sözleşmesinin belirli bir hukuk düzenine özgü temel dikkate alınarak düzenlenmiş olması veya bu hukuk düzeninde uygulanmakta olan bir sözleşmeye atıfta bulunulmuş olması gibi ölçütleri dikkate alabilir<sup>54</sup>. Daha sıkı ilişkili yer hukukunun tespitinde, burada örnek verdiğimiz koşullar ve benzerlerinin ağırlıklı olarak bir hukuk düzenine işaret ediyor olması beklemektedir. Bu sayede daha sıkı ilişkili hukuk gerçek durum ve menfaatler dikkate alınarak belirlenebilecektir.

### **III. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLAYAN HÂLLER**

Milletlerarası özel hukuk sisteminde hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa yabancı hukuk kuralını uygulamasının önüne geçen hâllerden biri kamu düzeni, bir diğeri ise doğrudan uygulanan kurallardır. Her iki kavramın da yüksek mahkeme kararı ile bağlantısı mevcuttur. Zira işçinin menfaatlerini korumak isteyen mahkemeler MÖHUK m. 27'yi uygulamak yerine hatalı olarak MÖHUK m. 5 veya MÖHUK m. 6'ya başvurmaktadır. Bu nedenle, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurullarının yabancılık unsuru taşıyan iş hukuku sözleşmeleri açısından önem taşıyan yönleri ele alınacaktır.

#### **A. Kamu Düzeni**

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 yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa uygulanmasıyla ortaya çıkan durum, Türk kamu düzenine açık ve tahammül edilemez aykırılık oluşturursa, anılan yabancı hüküm yerine Türk hukuku uygulanmalıdır. Bu noktada, iç hukukta emredici hukuk kurallarının öngörüldüğü her durumun milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni müdahalesini doğrudan gerektirmeyeceği bilinmelidir<sup>55</sup>. Kamu düzeni müdahalesi sınırlı ve istisnai niteliktedir<sup>56</sup>. Hâkimin hukukundan içerik olarak ayrılan yabancı hukukun

<sup>54</sup> ELÇİN, s. 152; ERDOĞAN, s. 130; SARIÖZ BÜYÜKALP, s. 238.

<sup>55</sup> DOĞAN YENİSEY, s. 66; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 981.

<sup>56</sup> NOMER, s. 158; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 978-979.

uygulanmasıyla oluşacak basit farklılıklar kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmemektedir<sup>57</sup>.

Yabancı unsurlu iş hukuku uyuşmazlıklarında 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 sınırlı bir şekilde Türk mevzuatındaki hüküm uygulama alanı bulmalıdır<sup>58</sup>. 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<sup>59</sup>.

### **B. Doğrudan Uygulanan Kurallar**

MÖHUK'un 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 yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde MÖHUK 27. maddesinin hangi fıkrası uygulanırsa uygulansın, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının somut uyuşmazlıkta başka herhangi bir inceleme yapılmaksızın uygulanması gerekir<sup>60</sup>. Anlaşılacağı üzere, ilgili olaya doğrudan uygulanan kuralın kapsamında yer aldığı durumlarda, yabancılık unsuru taşıması nedeniyle hakkında esasen kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması gereken bir uyuşmazlık hâkim tarafından başkaca bir inceleme yapılmaksızın doğrudan uygulanan kural aracılığıyla çözüme kavuşturulmaktadır<sup>61</sup>. Bu itibarla, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sahip olduğu ekonomik ve sosyal politikalar çerçevesinde, çoğunlukla kamu çıkarına hizmet etmek üzere konulan ve varlığını özel hukuk alanına müdahale ederek gösteren zorunlu hükümlerdir<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> NOMER, s. 158; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 982.

<sup>58</sup> BAYCIK, Yurt Dışı, s. 61.

<sup>59</sup> GÜRSEL, s. 171.

<sup>60</sup> NOMER, s. 183; ELÇİN, s. 162.

<sup>61</sup> KORKMAZ, s. 575.

<sup>62</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 52.

Mevzuatımızda hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğe sahip olduğu belirli olmadığından, doğrudan uygulanan kuralları belirleme yetkisi ve görevi hâkime aittir. Doğrudan uygulanan kurallar kamu menfaati ağır basan istisnai ve özel kurallardır. 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 emredicilik nitelikleri dolayısıyla ileri sürülemez<sup>63</sup>. Başka bir anlatımla, emredicilik özelliğinden dolayı iç hukukta öngörülen tüm emredici hükümlerin milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kural gibi uygulanabileceği düşünülmemelidir<sup>64</sup>.

İş hukukundaki emredici hükümlerin bir bölümü, iş sözleşmesinin kuruluşunu, tarafların bu sözleşmeden doğan hakları ile borçlarını ve iş ilişkisi kapsamındaki çalışma koşullarını düzenlerken, bir bölümü de iş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı sonuçları düzenler<sup>65</sup>. İş sözleşmesinin kuruluşu ve devamı süresince ortaya çıkan çalışma koşullarına ilişkin kurallar, bütün bu süreçlerde işveren karşısındaki pazarlık gücü zayıf olan işçinin hem maddi ve manevi kişisel varlığı bakımından hem de ekonomik açıdan korunmasına yöneliktir. Örneğin, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması, ancak İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen hâllerde mümkün olup, buna ilişkin kurallar mutlak emredicidir. Asgari ücret, fazla çalışma ücretleri, yıllık izin süreleri gibi düzenlemeler ise nispi emredici niteliktedir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshine bağlanan sonuçlar ise, işsiz kalan ve ekonomik açıdan belirsizliğe düşen işçiyi koruma amacı taşımaktadır. İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, sadece işe iade imkânı değil, maddi haklar da öngörülmüştür. Ayrıca, iş güvencesi hükümleriyle sağlanan haklardan başka, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve işsizlik sigortası, hatta rekabet yasağı sözleşmesinin devamı bile fesihle yakın ilişkidir.<sup>66</sup> Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlanan sonuçlar da mevzuatta nispi (örn.: iş sözleşmesinin süreli feshinde bildirim süreleri, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları, iş güvencesi kapsamına girmenin koşulları) veya mutlak (örn.: kıdem tazminatı tavanı, iş güvencesi ile işçiye tanınan maddi hakların sınırı) emredici kurallarla düzenlenmiştir<sup>67</sup>.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi iş hukuku kurallarının birçoğunun emredici olduğu, ancak sadece bu sebeple iş hukukundaki tüm nispi veya mutlak emredici hükümlerin

<sup>63</sup> BAYCIK, s. 60.

<sup>64</sup> GÜRSEL, s. 172.

<sup>65</sup> ELBİR, s. 291.

<sup>66</sup> GEREK, s. 47.

<sup>67</sup> DEMİRİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 169.

doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyamayacağı ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Doğrudan uygulanan kuralların, diğer emredici düzenlemelerden daha emredici olduğu, bu kuralların genellikle idari veya cezai yaptırımlarla desteklendiği ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Bu itibarla söz konusu kuralların diğer emredici kurallardan “daha emredici olduğu”, “emredici niteliğinin daha güçlü olduğu” veya “kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet ettiği” kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Bu nedenlerle, yabancılık unsuru içeren iş hukuku sözleşmelerinde 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 edilmektedir<sup>71</sup>.

#### **IV. KONUYA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ YERİNDELİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılı sonlarına kadar, yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinden 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*” gerekçeleriyle doğrudan ve sadece Türk hukukunu uygulamasına ilişkin kararlar vermekte ve milletlerarası özel hukuk hükümlerine aykırı davranmaktaydı<sup>72</sup>. Ancak 10 Mayıs 2023 tarihli aşağıda inceleyeceğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında görüleceği üzere günümüzde birçok BAM kararı ve çoğunluk kararına karşı oy belirten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu üyesi halen bu yöndedir<sup>73</sup>. Hukuk Genel

<sup>68</sup> ELÇİN, s. 166-176.

<sup>69</sup> VURAL ÇELENK, s. 286.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> NOMER, s. 182-286; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Sözleşmeler, s. 128-137; ERTEN, s. 239; ELÇİN, s. 168-169.

<sup>72</sup> Y. 9. HD, T. 06.11.2012, E. 2012/15508 K. 2012 36421: Lexpera, (E.T. 30.11.2023). (işçinin haklarını gözetmek adına uyuşmazlığın çözümü noktasında seçilmiş dahi de olsa uygulanacak hukukun yabancı hukuk yerine Türk Hukuku olması gerektiği ve bu işçilik alacaklarının kamu düzeninden kaynaklandığı görüşü benimsenmiştir.); Y. 9. HD, T. 08.11.2016, E. 2016/22007, K. 2016/19549: Lexpera, (E.T. 30.11.2023). (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 MÖHUK m. 27 yerine Türk Hukukunu uygulama yolunu tercih etmiştir.); Benzer kararlar için bkz. Y. 9. HD, T. 8.4.2014, E. 2014/489, K. 2014/13452: Lexpera, (E.T. 30.11.2023); Y. 7. HD, T. 24.10.2013, E. 2013/10105, K. 2013/17312: Legalbank, (E.T. 30.11.2023).

<sup>73</sup> İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E. 2020/1960, K. 2021/2616: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); İstanbul BAM 47. HD, T. 08.12.2021, E. 2020/10, K. 2021/24: (E.T. 29.11.2023).



Kurulu'nun çoğunluğunun verdiği kararda ise öğretideki eleştirileri dikkate aldığı ve kamu düzeni müdahalesini ve doğrudan uygulanan kuralları milletlerarası özel hukuk esaslarıyla bağdaşır şekilde tatbik etmeye çalıştığı görülmektedir<sup>74</sup>.

02.09.2020 tarihinden itibaren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin üyeleri değişmiş ve 10 Mayıs 2023 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da kabul edilen yerleşmiş içtihat o tarihten itibaren oluşturulmuştur<sup>75</sup>. Dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanması gereken hukuka ilişkin içtihadını teyit eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10 Mayıs 2023 tarihli kararın değerlendirmek gerekmektedir<sup>76</sup>.

İlgili uyuşmazlıkta davacı işçi, işverene ait yurt dışında bulunan şantiyelerinde 01.11.2002-08.05.2015 tarihleri arasında fasıllı olarak, 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasında ise sözleşmeli olarak çalıştığını ve ücretinin USD üzerinden ödendiğini ve iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini talep etmiştir. Davalı işveren ise davacı işçinin yurt dışı şantiyelerinde çalışması sebebiyle uyuşmazlığın yabancı hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini savunmuştur<sup>77</sup>.

İlk Derece Mahkemesi, davalı işverenin yabancı hukukun uygulanması gerektiği savunmasına değer vermeksizin, uyuşmazlığa Türk hukuku uygulanmak suretiyle yargılamış ve sonuçlandırılmıştır. İstinaf kanun yolu incelemesinde de davalı işverenin bu yöndeki istinaf başvurusu; davacı işçi yurt dışında çalışmış ise de davalı işverenin Türk şirketi olup, işyerinin merkezinin de Türkiye olduğu gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Dolayısıyla, İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemesince davalı işverenin yabancı hukukun uygulanması gerektiği savunmasına itibar etmeyerek, uyuşmazlığı Türk hukukunu uygulanmak suretiyle karara bağlamıştır<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

<sup>75</sup> Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nca kabul edilen 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı kararla açıklanan "aynı işe farklı dairelerin bakması sebebiyle kararlar arasında farklılıkların olması bu sebeple sık sık içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nce hak ihlali kararlarının verilmesi" şeklinde belirtilen yasal ve "Dairelerin mevcut iş yükü ile birlikte üye ve tetkik hâkimi sayılarındaki farklılıklar emek ve performans kaybına neden olduğu" şeklindeki fiziki zorunluluklar sebepleri belirtilerek 13., 19., 20., 21. ve 22. Hukuk daireleri kapatılmıştır. Söz konusu kararla 22.Hukuk Dairesi 02.09.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kapatılmış ve bu dairenin arşivinde bulunan işler 02.09.2020 tarihi itibarıyla 9.Hukuk Dairesi'ne devredilmiştir.

<sup>76</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

<sup>77</sup> İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E 2020/1960, K. 2021/2616.

<sup>78</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi davacı işçinin, işverenin yurt dışı işyerlerinde 01.11.2002-08.05.2015 tarihleri arasında fasıllı olarak çalıştığı dönemlerde taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı için ve fasıllı çalışıldığı için Türk hukukunun ve 4857 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmasında bir isabetsizlik olmasa da 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasındaki çalışma dönemine ilişkin imzalanan 05.06.2013 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin bölümünde yer alan çalışma süresi, fesih, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı ve yine sözleşmenin 16. maddesinde anlaşmazlık durumlarında sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olacağı belirtilmiş, ayrıca ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının, bu hususta bir düzenleme olmaması hâlinde Türk mevzuatının uygulanacağını ifade etmiştir<sup>79</sup>. Ayrıca, davacı işçi, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma döneminde davalıya ait Rusya'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda ilgili dönemde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Rusya olduğunun sabit olduğunu tespit etmiştir<sup>80</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tüm bu hususları dikkate alarak, MÖHUK m. 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında davacı işçinin 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasındaki çalışma dönemi yönünden bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma dönemi hakkında Rusya hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu itibarla Rusya hukukunda 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 gerektiği belirterek İstanbul BAM 47. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2021 tarihli ve 2020/1960 Esas, 2021/2616 Karar sayılı ilamını bozmuştur.

BAM bu karar karşı direnmiştir<sup>81</sup>. Bölge Adliye Mahkemesi Türkiye'den yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen davacı işçi ile imzalanan matbu nitelikteki yurt dışı hizmet akdinin bir kısım maddelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunduğunu kabul etmekle birlikte işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına tâbi olacağı ve çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar

<sup>79</sup> Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

<sup>80</sup> Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023). Ayrıca benzer karar için bkz. Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

<sup>81</sup> İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E 2020/1960, K. 2021/2616: Lexpera, (E.T. 24.11.2023). Ayrıca benzer BAM kararı için bkz. İstanbul BAM 47. HD, T. 08.12.2021, E. 2020/10, K. 2021/24: (E.T. 29.11.2023).

Kanunu'nda düzenlenen, iş hukukundaki görünümü genel iş koşulları olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler karşısında geçerli kabul edilemeyeceği ayrıca işçilerin Türkiye'de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk iş hukukunun uygulanması gerektiği yönünde yerleşik içtihatlar bulunduğu, bu nedenlerle 5718 sayılı Kanun'un 27'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Türk iş hukukunun uygulanmasına ilişkin kabulün yerinde olduğu, ayrıca tarafların Türkiye'de olduğu, davacının izinlerini Türkiye'de kullandığı, yerleşim yerinin ve sosyal çevresinin, kazandığı ücretini harcadığı yerin Türkiye olduğu, Türkiye'de sosyal güvence sistemi içinde yer aldığı, ücretinin brütleştirilmesinin dahi 5510 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınarak yapıldığı, iş sözleşmesinin de Türkiye'de akdedildiği, Türkçe düzenlenen sözleşmede Türk hukukuna göre çalışma şartlarının belirlendiği, feshin Türk Hukukuna göre yapıldığı, bu hâli ile fiili uygulamanın Türk hukukuna göre olduğu ve iş sözleşmesindeki hukuk seçimine ilişkin hükmün taraflarca uygulanmadığı, taraflar açısından daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu gerekçesiyle önceki hükümde direnilmiştir<sup>82</sup>.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yapılan hukuk seçiminin geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmekte; bu halde uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bakımından seçilen hukukun tercih edilmesi gerektiğini haklı olarak karara bağlamaktadır.<sup>83</sup> Bölge Adliye Mahkemesi ise eski tarihli Yargıtay kararlarına atıf yapılarak ve yukarıda yer verdiğimiz MÖHUK m. 27'nin getirdiği objektif bağlama kuralına riayet edilmeksizin, hukuk seçimi bulunmasına rağmen, taraflar arasında daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir<sup>84</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılından önceki içtihadına atıf yaparak, ayrıca işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve genel işlem koşulların emredici niteliği gerekçesiyle hukuk seçimini geçersiz saymış ve MÖHUK m. 27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir<sup>85</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağını belirtmek gerekir. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde işlev görebilir. Bunun dışında 6098 sayılı Kanun'un bahsi

<sup>82</sup> İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E. 2020/1960, K. 2021/2616; Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

<sup>83</sup> Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Ayrıca benzer karar için bkz. Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

<sup>84</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

<sup>85</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

geçen hükümleri, bunların doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilmeleri yahut yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde uygulanabileceğini belirterek öğretiden Rıfat Erten'in çalışmasına atıf yapmıştır<sup>86</sup>.

Ayrıca, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi kayıtlarının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu ileri sürmenin de mümkün olmadığını belirtmiştir. Zira hukuk seçimi yapılmamış olsaydı dahi 5718 sayılı Kanun gereği uygulanacak hukuk mutad işyeri hukukudur. Bu bağlamda yurt dışı iş sözleşmelerinde de çalışılan ülke hukukunun uygulanacağını belirtilmesinin mutad işyeri hukukunun seçildiği anlamı taşıdığından dürüstlük kurallarına aykırılığın da söz konusu olmayacağı yönündeki Hukuk Genel Kurulu çoğunluk görüşüne katılıyoruz<sup>87</sup>.

Son olarak Hukuk Genel Kurulunun açık olmayan hükümlerin yorumlanmasında işçi lehine yorum yöntemine başvurulması mümkün olup yorum gerektirmeyecek kadar açık olan hükümlerin işçi lehine yorumlanması olanaklı olmadığı görüşü de yerindedir. Zira işçi lehine yorum ilkesi yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda ancak uygulanacak hukuk açıkça seçilmediğinde ve daha sıkı ilişkili hukukun tespiti bakımından gerektiğinde uygulanabilir. Açıkça hukuk seçimi yapılması durumunda ise daha sıkı ilişkili hukuk yönünden değerlendirme yapılmasına 5718 sayılı Kanun hükümleri karşısında imkân bulunmamaktadır.<sup>88</sup>

Sonuç olarak Hukuk Genel Kurulu MÖHUK'e ve Milletlerarası Özel Hukuk öğretisine yaptığı atıflarla BAM'ın direnme kararında ileri sürdüğü tüm argümanları bozmuştur. Rusya hukuku alanında uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlıklar bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu ile değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken Türk hukuku uygulanmak suretiyle sonuca gidilmesi usul ve yasaya çoğunluk kararı ile uygun bulmamıştır.

Çoğunluk kararının yanında Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında azınlık görüşleri değerlendirilmiş ve ayrıca azınlık karşı oy görüşünü yazılı olarak yayınlamıştır.<sup>89</sup> Karşı oy görüşüne göre hukuk seçimi iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla ancak işçi lehine olmak kaydıyla sınırlı olarak tanınmaktadır. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde seçilen hukuka ilişkin hükümlerin

<sup>86</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426; Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Bkz. ERTEN, s. 244.

<sup>87</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426; BAYCIK, Çalıştırılmak, s. 113; AYGÜL, ERDOĞAN, s. 775.

<sup>88</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426, BAYCIK, Yurt Dışı, s. 67.

<sup>89</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

genel işlem koşulu niteliğinde olup matbu hazırlanmıştır. Bu noktada, sözleşme hazırlanırken sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa olan işçiye uyumsuzluğa seçilen hukukun uygulanacağı hakkında açıkça bilgi verilmemiş, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamış ve işçinin bu koşulları açıkça kabul ettiğinin belirtilmemiştir. Bu nedenle, emredici kurallara aykırı olan genel işlem koşulu niteliğindeki düzenlemeler taraflar için bağlayıcı değildir. 6098 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin emredici düzenlemesi karşısında yazılmamış sayılması gerektiği, bu nedenle Rusya hukukunun uygulanmasına yönelik sözleşme hükümlerinin geçersiz kabul edilmesi gerektiğine karar verilmesini beyan ederek BAM'ın görüşüne katılmıştır. Ayrıca, karşı oy görüşünde taraflar arasında eylemli olarak iş ilişkisinde Türk hukukunun uygulandığı, 5718 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddeleri kapsamında davacısı Türk ve işvereni de Türk hukuk mevzuatına tâbi olan uyumsuzlukta Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kurallar olması sebebiyle Türk hukukunun uygulanmasının isabetli olduğunu ve direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu görüşü ileri sürmüştür. Ancak bu görüşler Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir<sup>90</sup>.

Yukarıda hukuki değerlendirme bölümünde detaylıca açıkladığımız üzere, MÖHUK m. 27/1'de *"İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuk tâbidir"* düzenlemesini havi olup, asgari koruma zaten mutad işyeri hukuku; işçinin çalıştığı ülke hukukudur. 10 Mayıs 2023 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında konu olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve YHG çoğunluk görüşü işçinin yurt dışında sözleşmeli olarak çalıştığı dönem için seçilen hukuk olan çalışılan Rusya ülke hukukunun uygulanması gerektiğini, bu halde zaten asgari korumanın da Türk hukuku değil, çalışılan ülke hukuku normlarıyla getirildiğini, İstanbul BAM 47. Hukuk Dairesinin direnme kararında ve direnme kararına destek veren karşı görüşünde ise; asgari korumanın sanki Türk hukukuyla sağlandığına dair bir yasa düzenlemesi varmış gibi, bu şekilde bir yorum yaparak doğrudan Türk hukukunu uygulamasının MÖHUK m. 2 ve MÖHUK m. 27 ile kesinlikle bağdaşmadığı ve bu yasa hükümlerinin ilk derece mahkemesi ve BAM kararıyla ihlal edildiği kanaatindeyiz<sup>91</sup>.

Zira iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesinden yola çıkılarak MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzeninin birbirinden farklı kavramlar olduğu, dolayısıyla iş mevzuatımızın nispi ve mutlak emredici hükümler getirerek işçiye asgari bir korumaya kavuşturmasının, MÖHUK md.5'teki kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilemeyeceği

<sup>90</sup> Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

<sup>91</sup> GÜRSEL, s. 183.

yukarıda açıklanmıştı. Aynı şekilde iş hukuku kurallarının birçoğunun emredici olduğu, ancak sadece bu sebeple iş hukukundaki tüm nispi veya mutlak emredici hükümlerin MÖHUK m. 6'da belirtilen doğrudan uygulanan kural niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinde taraflarca seçilen hukukun Türk genel işlem koşullarına aykırılık nedeniyle yazılmamış sayılması, iş hukukunun emredici kuralları gibi MÖHUK m. 27'yi aşmaya çalışan yorumlarla, esasında yasanın açıkça ihlal edildiğini belirtmek gerekir. BAM'ın ve Karşı Oy görüşünün bu yorumu ve kararı, kanımızca MÖHUK m. 2 ve 27'nin açık ihlali niteliği taşımaktadır<sup>92</sup>.

## SONUÇ

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde 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, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde tarafların seçtiği hukuk veya asgari koruma sağlayan mutad işyeri hukuku iş ilişkisi açısından asıl bağlayıcı ve geçerli olan hukuktur.

Geçerli bir hukuk seçiminin söz konusu olduğu yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde MÖHUK'un 2/1. ve 27/1. maddeleri uyarınca hâkimin seçilen hukuku uyumsuzlukta 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 işverenin işyeri hukukunun veya daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün değildir.

Bu nedenle, çalışılan ülke hukukundaki düzenlemenin somut uyumsuzlukta 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 “genel işlem koşullarına aykırılık” gibi gerekçelerle ve külliyen Türk hukukunun uygulanması 5718 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eder. Buna rağmen güncel BAM kararlarında ve 10 Mayıs 2023 tarihli HGK kararının karşı oy görüşünde anılan

<sup>92</sup> ERTEN, s. 248 vd.; BAYCIK, Yurt Dışı, s. 67.

gereçeklerle Türk hukukunun doğrudan uyuşmazlık konusuna uygulandığı ve bu şekilde MÖHUK m. 27'nin ihlal edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde mutad işyeri hukuku özel bir öneme haizdir. Tarafların seçtiği hukuk bir şekilde uygulanmayacak olsa bile mutad işyeri hukuku asgari koruma sağlayarak hukuki güvenliği zaten sağlamaktadır. Ancak bu bakımdan Yargıtay hukuki gerekçeleri ortaya koymaktan imtina etmektedir. BAM kararlarına bakıldığında, gerekçelerin birbirinin kopyası olduğu görülmekte, Türk iş mevzuatı hükümlerinin uygulanmasının özellikle kanunlar ihtilafı tekniği kapsamında hangi gerekçeye dayandığı tespit edilememektedir. Ancak son yıllarda yayınlana 9. Hukuk Dairesi Kararları ve özellikle çalışmamızda incelediğimiz 10.05.2023 tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi kararı adeta akademik bir çalışma gibi mevzuatı, içtihadı ve öğretiyi detaylıca analiz etmekte, somut olaya uyguladığı çözümü tane tane anlatmaktadır. Bütün bu açıklamalardan sonra, MÖHUK m. 27'nin hâkimler tarafından uygulanıp uygulanmadığı ve BAM'ın da görüş değiştirip değiştirmeyeceği ilerleyen yıllarda verilecek kararlarda görülecektir.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, Z. (2021). Milletlerarası Tahkim (6. b.). İstanbul.
- AYGÜL, M., ÇOBAN, N. (2020). Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(169), 1815-1832.
- AYGÜL, M., ERDOĞAN, C. (2022). Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022-2), 753-788.
- BAYCIK, G. (2023). Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14(2), 55-69 (*Yurt Dışı*).
- BAYCIK, G. (2017). Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk. *Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları Sempozyumu*, Ankara, s.104-124 (*Çalıştırılmak*).
- BOZKURT GEMİCİOĞLU, Y., GEMİCİ FİLİZ, B. (2016). Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 15 (1), s. 598.
- ÇELİK N., CANIKLIOĞU N., CANBOLAT T. (2020). İş Hukuku Dersleri (33. b.). İstanbul.
- ÇELİKEL, A., ERDEM, B. (2020). Milletlerarası Özel Hukuk (16. b.). İstanbul.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, S. (2016) Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (1. b.). Ankara.
- DEMİRCİOĞLU, A. M., CENTEL, T., KAPLAN, H.A. (2021). İş Hukuku (21. b.). İstanbul.
- DEMİRCİOĞLU, A. M., KORKMAZ, D., KAPLAN, H.A. (2018). Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası (4. b.). İstanbul.
- DOĞAN, V. (2016). Milletlerarası Özel Hukuk (4. b.). Ankara.
- DOĞAN YENİSEY, K. (2011). İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış. Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. İstanbul.



- EKŞİ N. (2004). Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul (*Sözleşmeden*).
- EKŞİ N. (1997). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul (*Yabancılık*).
- ELBİR, N. (2021). İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme. Çalışma ve Toplum, 68(1), 289-316.
- ELÇİN, D. (2012). Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (1. b.). Ankara.
- ERDOĞAN, E. (2017). Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları. Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı. Ankara: İntes Yayınları.
- ERDOĞAN, E., ERDOĞAN, C. (2016). Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 50 (13), 955-988.
- ERTEN, R. (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. Ankara, s. 213-262.
- EYRENCİ Ö., TAŞKENT, S., ULUCAN, D., BASKAN, E. (2020) İş Hukuku (10. b.). İstanbul.
- GEREK, H.N. (2011). İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi. Çalışma ve Toplum, 31(4), 43-58.
- GÜNGÖR, G. (2021). Türk Milletlerarası Özel Hukuku (2. b.). Ankara.
- GÜRSEL, İ., (2021). Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk – Yargıtay Karar İncelemesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, 46 (2), 155-187.
- KALPSÜZ, T. (2010) Türkiye'de Milletlerarası Tahkim (2. b.). Ankara.
- KORKMAZ, A. H. (2023). Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeni Müdahalesinin ve Doğrudan Uygulanan Kuralların Rolü. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18 (213), 545-590.
- NOMER, E. (2015). Devletler Hususi Hukuku (21. b.). İstanbul.

- NOMER, E., EKŞİ, N., ÖZTEKİN-GELGEL G., (2014). Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar (2. b.). İstanbul.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2018). Doğrudan Uygulanan Kurallar. 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (F.B. TANRIBİLİR, G. GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Editörler). Ankara.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 128-137 (*Sözleşmeler*).
- ÖZEL, S., ERKAN, M., PÜRSELİM, H.S., KARACA, H.A. (2022). Milletlerarası Özel Hukuk (1. b.). İstanbul.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İ. (2018). Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 195-248.
- ŞANLI, C., ESEN, E., ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. (2021). Milletlerarası Özel Hukuk (9. b.). İstanbul.
- TARMAN, Z. D. (2010). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60 (3), 521-550.
- TEKİNALP, G. (2004). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları (8. b.). İstanbul.
- VURAL ÇELENK, B. (2017). Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, 277-296.