

5718 SAYILI KANUNUNA GÖRE İŞ AKDİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ¹

Prof. Dr. Vahit DOĞAN²

ÖZET

5178 sayılı MÖHUK'da, önceki düzenlemeden farklı, karşılaştırmalı hukuka paralel olarak akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan bir düzenleme kabul edilmiştir. Akdi borç ilişkileri alanında genel kabul gören irade muhtariyeti ilkesi, iş akdi ve iş ilişkileri alanında, zayıf durumda olan işçinin korunması amacı ile sınırlandırılmıştır. Objektif bağlama kurallarında ise, sıkı irtibatlı yer hukuku esaslı nazara alınmıştır. Bu haliyle, iş akdi alanında yapılan düzenleme AB hukukunda kabul edilen Roma I Tüzüğü ile uyumludur.

Anahtar Kelimler

Akdi borç ilişkileri, milletlerarası iş hukuku, hukuk seçimi, objektif bağlama kuralları

ABSTRACT

IPL act of 5178, differing from the previous version, an arrangement is adopted which takes into consideration the features of the contractual relations in parallel with the comparative law. The principle of freedom of choice, generally accepted in the field of contractual obligations is limited with the goal of the protection of the employee who is in a weaker position in the field of business contracts and business relations. On the other hand, the principle of the law of the country with which it is more closely connected is taken into consideration objective conflict of Laws rules. With its present version, this arrangement in the field of business contract is compatible with the Rome I Regulation adopted by the EU Law.

Key Words

Contractual obligation, international employment law, freedom of choice, objective conflict of Laws

¹ Bu çalışma, 7 Temmuz 2008 tarihlerinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi tarafından İstanbul'da düzenlenen olan "Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Borçlar ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Sempozyumu"nda sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş şeklidir.

² Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK'da³ akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk 24 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere genel anlamda bakıldığında, akdi borç ilişkileri alanında karşılaştırmalı hukuktaki çağdaş gelişmelere uygun olarak taraf iradelerine yer verildiği görülmektedir. Önceki düzenlemeden farklı olarak, açık irade beyanının yanında zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin de kabul edilmesi isabetlidir. Objektif bağlama kuralları düzenlenirken de, karşılaştırmalı hukuktakine paralel bir düzenleme yapılmış ve prensip olarak akdi ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu hukuk yetkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile, akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanında Türkiye'nin üye olmak için çaba gösterdiği Avrupa Birliği mevzuatı ile de büyük ölçüde uyum sağlanmıştır. Her ne kadar Kanun akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında AB Tüzüğünden⁴ önce kabul edilip yürürlüğe konulmuş ise de, tüzük çalışmasının dayanağı olan 1980 yılında imzalanmış ve 1991 yılında yürürlüğe girmiş, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Anlaşmasından ve Tüzüğün hazırlık çalışmalarından büyük ölçüde istifade edilmiştir.

2675 sayılı Kanunda akdi borç ilişkileri tek bir madde (m.24) ile düzenlenmiş, borç ilişkilerinin özellikleri nazara alınmamıştı. Oysa, aynı dönemde bir kısım ülkelerde, örneğin Alman ve İsviçre yürürlüğe giren pozitif düzenlemelerde ve akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma anlaşmasında akitlerin özelliklerini nazara alan bir düzenleme kabul edilmiş ve sosyal içerikli akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan ve sosyal bakımdan zayıf tarafın korunmasına hizmet eden özel koruma hükümlerine yer verilmişti. Türk hukukunda ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler diğer akdi ilişkilerden ayrılmamış ve tek bir hükümde ele alınmıştı⁵. Ayrıca, akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde de, farklılıklar söz konusu idi. Taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespitinde, yalnızca açık irade beyanı kabul edilmiş, zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi nazara alınmamıştı. Objektif bağlama kurallarında ise, ciddi farklılık söz konusu idi. Şöyle ki, Türk hukukunda tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde, akdi ilişkiye ifa yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmekte, aynı dönemde yürürlüğe giren pozitif düzenlemelerde

³ 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 12 Aralık 2007 Tarih ve 26728 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴ VERORDNUNG (EG) Nr. 593/2008 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:177:SOM:DE:HTML>

⁵ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB. 1995, Yıl 15, Sayı 1-2, İstanbul s.21-42; GÜNGÖR, G., Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s.137 vd.

sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası kabul edilmişti. 5718 sayılı Kanun'un genel olarak akdi borç ilişkileri alanında özeldir ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler alanında uygulanacak hukukun tespitinde çağdaş gelişmelere uygun bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

I. Sosyal İçerikli Akdi İlişkilerde Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kabul Edilen Prensipler

Sosyal içerikli akdi ilişkilerde, sosyal bakımdan zayıf olan tarafın korunması amacı ile hukuk düzenlerinde bir kısım tedbirler alınmaktadır. İç hukuklarda alınan tedbirler, sözleşme özgürlüğünü zayıf taraf lehine koruyucu hükümlerle kısıtlama şeklinde tezahür etmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası nitelikli sosyal içerikli akitlerde taraflara akit statüsünü belirleme yetkisinin tanınıp tanınmayacağı hususu, tarihi gelişim içerisinde muhtelif tartışmalara konu olmuştur. Günümüzde, sosyal içerikli akdi ilişkilerde akdi, ilişkinin sosyal bakımdan zayıf tarafını koruyucu nitelikli hükümlere yer verilmesi gerektiği hususunda görüş birliği vardır⁶.

Akdi ilişkilerin sosyal boyutunu nazara alan pozitif düzenlemelerde, zayıf âkit tarafı koruma gayesi bakımından irade muhtariyetinin farklı kapsamlarda sınırlandırıldığı görülmektedir.

- İrade muhtariyetinin tamamen yasaklanması, başka bir deyişle akdi ilişkinin tâbi olacağı hukukun objektif bağlama kurallarınca belirlenmesi. Bu yöntem İsviçre milletlerarası özel hukuku alanında tüketici akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG. m.120)⁷.
- Belirli hukuk düzenleri ile sınırlı bir hukuk seçiminin tanınması. Bu çözüm şekline göre âkit taraflar, kanun koyucunun akdi ilişki ile bağlantılı olduğunu önceden objektif olarak tespit ettiği bir kısım hukuk düzenlerini akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçilebilecektir. Bu yöntem İsviçre hukukunda iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG. m.121)⁸.
- Zayıf tarafın lehine olmak şartı ile hukuk seçiminin kabul edilmesi. Bu çözüm şekli de Alman hukukunda (EGBGB. m.30), ve akdi borç ilişkilerine

⁶ DOĞAN, Zayıf Âkit, s.21 vd.

⁷ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, V., Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi BERKİ ARMAĞANI, Konya 1996, s.(153-179)161 vd; GÜNGÖR, s.70 vd.;

⁸ Bkz. DOĞAN, V., İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s.60 vd.

uygulanacak hukuka dair Roma I Tüzüğünde iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (Tüzük I. m.8).

II. İş Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

A) Genel Olarak

Yabancı unsur ihtiva eden iş akdi ve iş ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde taraflara yetkili hukuku belirleme imkânının tanınıp tanınmaması hususunda, hukuk seçimini kabul edenler ve reddedenler olmak üzere esas itibarıyla iki farklı yaklaşım bulunmaktadır.

1. İrade Muhtariyetini Reddedenler

Akdi borç ilişkileri alanında tarafların yetkili hukuku tespit etmelerini kabul eden bir kısım yazarlar iş akdinin özelliği dolayısıyla⁹, ancak maddi hukuk alanında kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabileceklerini kabul etmektedirler¹⁰. Daha açık bir ifade ile iş hukuku alanında esas itibarıyla bağlama noktası, işin yapıldığı iş yerinin bulunduğu ülkedir¹¹. Çünkü bir ülkenin sosyo-politik nitelikteki hukukî düzenlemeleri (örneğin: Ananın korunması, çalışma saatleri, çalışma yaşı gibi), bu ülkenin hukuku akit statüsü olarak seçilmiş olsa dahi, bu hükümler kamusal karaktere sahip olduklarından, başka bir ülkedeki iş ilişkilerine uygulanamazlar¹². Diğer bir kısım yazarlar ise, farklı gerekçe ile irade muhtariyetini reddetmektedirler. Bunlara göre, güçlü sosyal koruma ihtiyacı bulundukça ve irade muhtariyeti tamamen reddedilmedikçe, objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin tamamen veya kısmen yetkili kılınması zorunludur¹³. Eğer böyle yapılmaz, yani âkit taraflardan birisinin sosyal bakımdan korunma ihtiyacının olduğu akdi ilişkiler bakımından objektif akit statüsünün emredici hükümleri de irade muhtariyetinin alanına dâhil edilirse, akdi ilişkinin zayıf tarafı durumunda bulunan

⁹ SCHNORR von CAROLSFELD, L., Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen/ Vandelhoeck/Ruprecht 1954, s. 52; FIKENTSCHER, W., Arbeitsstatut, Prorogation und zugehörigen Grenzen der Parteiautonomie, RdA. 22. (1969), s. (204–208) 206; NUSSBAUM, A., Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932, Neudruck der Ausgabe, Aalen 1974, s. 272; DOĞAN, İş Akdi, s.50.

¹⁰ TRINKNER, R., Rechtswahl im internationalen Arbeitsrecht, BB. 1967, s. (1290–1293) 1292; von CAROLSFELD, s. 52, FIKENTSCHER, s.206.

¹¹ NUSSBAUM, s. 272; TRINKNER, s. 1292.

¹² NUSSBAUM, s. 272.

¹³ KROPHOLLER, J., Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.(634– 660)648. (Schwächeren Vertragspartei)

işçi korunmasız kalacaktır¹⁴. Bu görüş taraftarları, iş akitlerinde, taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal dengesizliklerden dolayı, genel olarak akdi borç ilişkileri alanında kabul edilen sınırsız irade muhtariyetini, akdin zayıf tarafını korumak gayesi ile reddetmektedirler. Bunlara göre, iş akdinin tarafları ancak iç hukuk alanında kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü kapsamında yabancı bir hukuku akit statüsü olarak seçebilirler.

2. İrade Muhtariyetini Kabul Edenler

İrade muhtariyetini kabul eden görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, tarafların hukuk seçimine sınırlama yapılmasını doğru bulmazken, diğer görüş taraftarlara sınırlı bir irade muhtariyeti tanınmasını savunmaktadır.

Tarafların hukuk seçimine sınırlama yapılmasını doğru bulmayanlara göre, iş akdinin tarafları da, diğer akdi ilişkilerin tarafları gibi, aynı ölçüde hukuk seçimi imkânına sahiptirler¹⁵. Bunlara göre, akdi ilişki bir bütün olarak taraflarca seçilen hukuka tâbi olacağına göre ve günümüz çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hepsinde zayıf tarafın korunma ihtiyacı pozitif düzenlemelerde nazara alındığına göre, hukuk seçiminin tanınması halinde, zayıf âkit tarafı koruyucu hükümlerin bertaraf edilmesi söz konusu olamayacaktır. Çünkü taraflar, aralarındaki akdi ilişkiye A devletinin hukuku yerine B devletinin hukukunun uygulanmasını istemişler ise, bu durumda zayıf âkit tarafın korunması amacı ile konulmuş olan emredici hükümler bakımından da A devletinin değil, B devletinin hukuku uygulama kabiliyetini haiz olacaktır¹⁶.

Sınırlı irade muhtariyetini kabul edenler ise kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bir kısmı, seçilecek hukukun objektif akit statüsünün işçiye sağladığı korumadan daha iyi koruma sağlaması halinde hukuk seçimini kabul etmektedir¹⁷. Bu görüş, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirmemekte, taraflara akit ile irtibatlı olup olmamasına bakmadan diledikleri bir ülke hukukunu

¹⁴ KROPHOLLER, Schwächeren Vertragspartei, s. 648; KELLER, M., Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s.(175-188)185. (Schutz des Schwächeren)

¹⁵ GAMILLSCHEG, F., Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisugsrecht), Berlin/ Tübingen 1959, s. 113 vd.; GAMILLSCHEG, F., Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14.(1983), s.(307 – 373)322(Ein Gesetz); BIRK, R., Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ. 46. (1982) s. (384-419) 390 vd.(Das internationale Arbeitsrecht)

¹⁶ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 323; BIRK, Das internationale Arbeitsrecht, s. 391 vd.

¹⁷ DÄUBLER, W., Grundprobleme des internationalen Arbeitsrecht, RIW. 1972, s. (1-12) 8 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s. 52 vd. İşçi için daha iyi bir durumun ortaya çıkması teorisi elverişlilik karşılaştırmasında (Günstigkeitsvergleich) nazara alınmaktadır. Bu nedenle bu görüş ile ilgili geniş açıklamaları iş akitlerinde irade muhtariyetinin sınırları ile ilgili kısımda yapacağız.

seçebilme imkânını vermektedir. Hukuk seçiminin kabulü, seçilen hukuk düzeninin, işçiye objektif akit statüsünün emredici hükümlerince sağlanan korumadan daha az bir koruma sağlamaması ön şartına bağlıdır. Taraflarca seçilen hukuk, işçi lehine değilse hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Burada akdi ilişkinin maddi içeriği bakımından bir sınırlama getirilmesi söz konusudur. Bu sınırlama yöntemi, EGBGB. m.30/1'de¹⁸ Roma I Tüzüğü m.8/1'de¹⁹ açık olarak yer almaktadır.

Diğer görüş ise, seçilecek hukuk düzenleri bakımından bir sınırlama yapılmasını kabul etmektedir. Bunlara göre, taraflar yalnızca kanun koyucu tarafından akdi ilişki ile irtibatlı görülen hukuk düzenlerinden birisini seçebilirler. Örneğin, İsviçre hukukunda IPRG. m.121/3'de “Taraflar iş akdini, işçinin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna veya işverenin iş merkezinin, ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tâbi tutabilirler”, hükmüne yer verilmektedir. Görüldüğü gibi, hukuk seçiminin bu şekilde sınırlandırılmasında, akdi ilişki kanun koyucu tarafından öngörülmüş hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibat halinde bulunsun ve hatta bu hukuk düzeninde işçiye koruma bakımından daha elverişli hükümlere yer verilmiş olsa dahi, âkit taraflar bir başka hukuk düzenini akdi ilişkileri bakımından yetkili kılamazlar²⁰.

B) MÖHUK’a Göre İş Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Sübjektif Bağlama

İş akitlerine uygulanacak hukuk hakkında 5718 sayılı Kanun’un 27/1’de, Alman EGBGB. m.30/1 ve Roma I Tüzüğü m.8/1’e paralel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir”. Görüldüğü gibi, iş akitlerinde taraflara sınırlı bir irade muhtariyeti tanınmış, mutad iş yeri hukukunun işçiye koruyucu hükümleri saklı tutulmuştur²¹. Seçilen

¹⁸ “İş akitlerinde ve iş ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi, işçiye 2. fıkraya göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı onun elinden alacak şekilde yapılamaz”.

¹⁹ Bireysel iş akitleri taraflarca 3 ncü maddeye uygun olarak seçilen hukuka tabidir. Bununla beraber tarafların hukuk seçimi işçiye 2, 3 ve 4 ncü fıkralara göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak şekilde yapılamaz.

²⁰ KELLER, M./ KREN KOSTKIEWICZ J., IPRG. Kommentar, Zürich 1993., s. 1011.

²¹ Gereğede “Akdi borçlar alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, iş akdi konusunda da hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır. Hukuk seçimi, iş akitlerinin niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü, taraflarca hukuk seçimi yapılsa bile objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun işçiye koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi hâlinde uygulanması mümkün değildir. Madde, ►

hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukunca işçiye sağlanan korumadan daha az koruma sağlaması halinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Başka bir ifade ile hukuk seçiminin geçerliliği, seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukuna göre daha fazla işçi lehine hükümler içermesi, yani hukuk seçiminin işçinin lehine olması ön şartına bağlanmıştır. Ancak, kanun koyucu hukuk seçiminin ne zaman ve hangi şartlarda işçinin lehine olacağını tespit etmemiştir. İşçi lehine hükümlerin tespit edilebilmesi için, seçilen hukuk ile objektif akit statüsü olarak kabul edilen mutad işyeri hukuku arasında bir karşılaştırma, karşılaştırmalı hukuktaki ifadesi ile²² yararlılık karşılaştırması yapılmalıdır. Yararlılık karşılaştırmasının maddi iş hukuku alanında, sosyal bakımdan koruma düşüncesinin gerçekleşmesine hizmet eden bir ilke olduğu kabul edilmektedir²³. Maddi iş hukuku alanında akit serbestisi esas geçerli olmasına rağmen, bu esas işçinin sosyal bakımdan korunması ihtiyacı yönünde getirilen emredici hükümlerle önemli ölçüde sınırlandırılmaktadır. Emredici hükümlerle akit serbestisinin sınırlandırılmasının yanı sıra, yararlılık prensibinin uygulanması ile de, zayıf durumda olan işçiyi koruma bakımından yeni bir imkân daha sağlanmaktadır²⁴. Çünkü iş akdinin içeriğinin tespitinde yalnız kanun hükümlerinden ve taraflar arasındaki sözleşmeden değil aynı zamanda da toplu iş sözleşmelerinden hareket edilmektedir. Yararlılık prensibi bir taraftan işçinin ve işverenin akit serbestisini sınırlandırırken, diğer taraftan toplu iş sözleşmesinin karşısında âkit taraflar için belirli ölçüde serbest bir alan meydana getirmektedir²⁵.

Yararlılık ilkesi hukukî temelini kolektif iş hukukunda bulmaktadır. Buna göre, “Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir”(TSGLK. m.6/2)²⁶. Bu ilkeye göre, bireysel iş akitlerinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlerden farklı

mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir”. bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.htm>

²² Yararlılık karşılaştırması hakkında bkz. SOYER, P. M., Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s. 19 vd. DOĞAN, İş Akdi, s.61 vd.

²³ SCHNITZER, E., Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Arbeitsrecht, Aalen 1974, s. 16; NIKISCH, A., Arbeitsrecht, band. II., Koalitionsrecht, Arbeitskampf und Tarifvertragsrecht, Tübingen 1959, s. 418; SCHLUNCK, A., Die Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, München 1990 s. 151; BELLING, D. W., Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984, s. 15 vd.

²⁴ SOYER, s. 19; SCHNITZER, s. 16.

²⁵ Bkz. SCHNITZER, s. 16; SOYER, s. 19; SCHLUNCK, s. 151.

²⁶ Art.4/3 TVG: Bu hükme göre, bireysel iş akitlerinde yer alan toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler, toplu iş sözleşmesinde müsaade edildiği veya işçi lehine hükümleri ihtiva ettiği ölçüde geçerlidir.(Alman Hukuku)

hükümlerin işçi lehine olmak şartıyla yer alabileceğine izin veriyor ise, bu durumda bireysel iş akitlerinde yer alan bu farklı hükümler geçerli, diğer halde, yani izin vermiyor ise, geçersiz olacaktır. Toplu iş sözleşmesi ve iş akdi içerik olarak aynı ilişkiyi düzenlemesine rağmen, yararlılık prensibi, daha iyi şartları ihtiva eden toplu iş sözleşmesi ile daha kötü şartları ihtiva eden bireysel iş akitleri arasındaki geçerlilik ihtilafını çözmektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensibi ile işçiyi korumaya hizmet eden maddi iş hukuku alanındaki yararlılık prensibinin birbirinden ayrılması gereklidir. Milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensibi, belirli menfaatlerin korunmasına yardım etmek ve bu menfaatlerin gerçekleşmesi için daha uygun hukukun uygulanmasını sağlamak veya uygulanacak hukuku sınırlama amacı gütmektedir²⁷. Yararlılık prensibinde hâkim, maddi hukukî sonuçlar itibarıyla eşit şekilde uygulanma kabiliyeti taşıdığı belirlenen hukuk düzenlerinden birisini seçebilecektir.

İş akitleri alanında yararlılık prensibinden maksat, tarafların kendi sübjektif iradeleri ile seçmiş oldukları hukuk düzeninin işçiyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin, taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı uygulanması gereken objektif bağlama kurallarının gösterdiği hukukun işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerinden daha az koruma sağlaması durumunda objektif bağlama kuralının işçiyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin olaya müdahalesi imkânını elde etmektir²⁸. Başka bir ifade ile iş hukuku alanında yararlılık prensibi, birbirini takip eden ilgili hukuk kaynaklarının işçinin durumunu kötüleştirmeyip, bilakis yalnızca iyileştirebilecek nitelikte bir prensip olduğu kabul edilmektedir. Yani, bu prensibe göre ilgili hukuk düzenlerinden hangisi daha çok işçi lehine hükümler taşıyor ise, o hukuk olaya uygulanacaktır.

Başka bir ifade ile iş akdinin tarafları, işçinin lehine olmak şartı ile aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. Hukuk seçimi, MÖHUK. m.24'e uygun olarak açık irade beyanı veya zımnî irade beyanı ile de yapılabilecektir. Ancak, doktrinde, zayıf tarafın korunması bakımından açık hukuk seçiminin aranmasının isabetli olacağı da savunulmaktadır²⁹.

²⁷ KROPHOLLER, J., Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994, s. 124 vd. (IPR); SCHLUNCK, s. 158.

²⁸ JUNKER, A., Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 258 vd.; HEILMANN, F., Das Arbeitsvertragstatut, Konstanz 1991, s. 98 vd.

²⁹ NOMER, E./ŞANLI, C., Devletler Hususi Hukuku, b.16, İstanbul 2008, s.326.

a) Yararlılık Karşılaştırması

Milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık prensibinin uygulanması bakımından temel problem elverişli hukukun araştırılmasıdır³⁰. Çünkü pozitif düzenlemelerde konu ile ilgili bir açıklık yoktur. Doktrinde milletlerarası iş akitleri alanında da maddi iş hukukunda kabul edildiği gibi esas itibarıyla, münferit olarak karşılaştırma, toplu olarak karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma³¹ olmak üzere üç değişik yöntem kabul edilmektedir. Şimdi bu karşılaştırma yöntemlerini iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta anlaşılış şekilleriyle birlikte incelemeye çalışacağız. Ancak burada hemen bir noktayı açıkça ifade etmekte fayda vardır. İç hukukta toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş akitlerinin karşılaştırmasının yapılmasına rağmen, milletlerarası iş akitlerinde iki farklı hukuk düzeni, objektif akit statüsü – subjektif akit statüsü, arasında bir karşılaştırma yapılmakta ve bu şekilde işçi için elverişli hukuk tespit edilmektedir.

aa) Toplu Olarak Karşılaştırma

Toplu olarak karşılaştırma yöntemine göre, maddi hukukta toplu iş sözleşmesi hükümleri bir bütün olarak bireysel iş akdi hükümleri ile karşılaştırılacaktır. Milletlerarası özel hukukta ise, her iki hukuk düzeninde yer alan kurallar bütünü birlikte nazara alınacak ve bu şekilde karşılaştırma yapılacaktır. Bu yöntem³², iç hukuk bakımından, karşılaştırma yapılacak hükümlerin kapsamı ne kadar geniş olursa elverişliliğin değerlendirilebilmesi de o kadar zor olacaktır, gerekçesi ile Alman doktrininde reddedilmektedir. Örneğin, A devletinin hukuku daha kısa bir fesih süresi kabul ediyor, buna karşılık B devletinin hukukunda açık bir şekilde feshe karşı koruma söz konusu olmasına rağmen, daha az yan haklar sağlanıyor ise, hangi hukukun işçi için daha iyi olduğuna, hangi hukukun işçiye daha iyi koruma sağladığına kim ve nasıl karar verecektir³³?

bb) Tekli Karşılaştırma

Tekli karşılaştırma sistemine göre, maddi hukuk itibarıyla her bir akdi hüküm, diğerlerinden tecrit edilmek suretiyle bu hükme tekabül eden toplu iş sözleşmesi

³⁰ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 307 vd.; SCHLUNCK, s. 174 vd.; HEILMANN, s. 101 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s.59 vd.

³¹ REITMANN,C./ MARTINY, D., Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Köln 1988.s. 712 vd.; BIRK, R., Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, RdA. 41.(1988), s. (201– 207) 206 (Die Bedeutung der Parteiautonomie); GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 335; HEILMANN, s. 102 vd.; SCHLUNCK, s. 183 vd.

³² NIKISCH, Band. II, s. 434.

³³ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 338.

hükümüyle karşılaştırılacaktır. Yapılacak karşılaştırmanın neticesinde, hükümlerden hangisi işçi bakımından daha elverişli ise, bu hüküm olaya uygulanma bakımından nazara alınacaktır. Örneğin, iş akdinde düşük ücret ve fakat uzun süreli tatil hakkı öngörülmüş, buna karşılık toplu iş sözleşmesinde yüksek ücret ve kısa süreli tatil hakkı öngörülmüş ise, bu karşılaştırma yöntemine göre işçi, toplu iş sözleşmesinde yer alan yüksek ücreti ve bireysel iş akdinde yer alan uzun süreli tatil hakkını elde edebilecektir³⁴.

Doktrinde bir kısım yazarlarca³⁵, milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık karşılaştırması hususunda tekli karşılaştırma, yani normların tek tek karşılaştırılması suretiyle işçi için elverişli hükümlerin bulunması ve uygulanması yöntemi kabul edilmektedir. Objektif akit statüsündeki işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerle, tarafların akitlerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun bu tür hükümlerinin tek tek karşılaştırılmasının, işçi için, diğer yöntemlerle yapılacak karşılaştırmaya göre daha elverişli olduğunda şüphe yoktur. Karşılaştırma ne kadar dar alanda yapılır ise menfaatlerin işçi lehinde toplanma ihtimali de o kadar fazla olacaktır³⁶. Bu şekilde karşılaştırma yapılarak ilgili hukuk düzenlerinden işçi lehine olan hükümlerin nazara alınması, aleyhine olan hükümlerin dışlanması durumunda, yeni ve fakat hiçbir ülkede uygulanma kabiliyetini haiz olmayan bir hukuk düzeni yaratılmış olacaktır. Aynı zamanda işçiyi korumak adına işverenin cezalandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysa milletlerarası iş hukuku bakımından yararlılık prensibinin amacı, yalnızca işçinin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmek değildir³⁷.

cc) Grup Olarak Karşılaştırma

Bu karşılaştırma yöntemine göre toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş akdinin birbirinden farklı hükümler içermesi halinde, bunlardan aşikâr bir şekilde birbirleriyle bağlantısı olan hükümler birlikte nazara alınarak karşılaştırmaya tâbi tutulacaktır³⁸. Yapılacak karşılaştırma neticesinde bu düzenlemelerden hangisi işçinin lehine hükümler içeriyor ise, o nazara alınacaktır. Örneğin: Yıllık izin süresi, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli olan çalışma süresi ve yıllık izin ücreti hususları böyle

³⁴ NIKISCH, (Band. II), s. 433.

³⁵ LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 33. (1987), s.(569– 584)577(Die Rechtswahlfreiheit); NOMER/ŞANLI, s.327.

³⁶ MARTINY, D., Münchener Kommentar, Band. 7., EGBGB.– IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 1688; JUNKER, s. 268.

³⁷ SCHNITZER, s. 68 vd.; REITMANN/ MARTINY, s. 713; JUNKER, s. 268.

³⁸ NIKISCH, (Band. II), s. 434 vd.; BELLING, s. 179.

bir objektif irtibatla birlikte nazara alınmalıdır. Çünkü işçi için tatilin değeri bu üç hususun birleşmesiyle ortaya çıkacaktır³⁹.

Grup olarak karşılaştırma yöntemi, milletlerarası unsurlu iş akitleri alanında da savunulmaktadır⁴⁰. Bu yöntemin milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık karşılaştırmasında benimsenmesiyle, özellikle yararlılık prensibine karşı çıkanlarca ileri sürülen, menfaatlerin işçi lehinde toplanması yönündeki eleştirisi bertaraf edilmiş olacaktır. Çünkü bu yöntemde birbirleriyle irtibatlı hükümler birlikte nazara alınıp karşılaştırma yapılmakta ve dolayısıyla menfaatlerin işçi lehine toplanması da ortadan kalkmaktadır⁴¹.

Bize göre grup olarak karşılaştırma yönteminin kabulü isabetli olacaktır. Tekli karşılaştırma yönteminin kabulü demek, hiçbir ülkede pozitif geçerliliği olmayan yeni bir iş hukuku yaratmak olacağı gibi, işçiyi korumak adına işverenin cezalandırılması kabul edilemez. Yapılacak böyle bir karşılaştırma neticesinde seçilen hukukun ilgili hüküm grupları bakımından işçinin aleyhine olduğu, başka bir ifade ile işçiye Türk hukukunda sağlanan korumadan daha az bir korumanın sağlandığı ortaya çıkar ise, bu hüküm grupları bakımından âkit tarafların seçmiş oldukları hukuk değil, bilâkis Türk hukukunun uygulanması uygun olacaktır. Ancak bu halde, âkit tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanması için seçmiş oldukları hukuk düzeni tamamen uygulama dışı kalacak demek değildir. Yalnızca ilgili hüküm grupları bakımından seçilen hukuk değil, Türk hukuku uygulanacak ve diğer hususlarda seçilen hukuk uygulanmaya devam edecektir⁴².

b) Karşılaştırma Ölçüsü

Maddi hukuklarda toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş akitleri arasında, milletlerarası iş hukuku alanında ise objektif bağlama kurallarının işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümleri ile tarafların seçmiş oldukları hukukun aynı nitelikteki hükümleri arasında yapılacak bu karşılaştırma neticesinde bir karar verilecektir⁴³. Hangi hukuk işçi için daha elverişlidir? Sorusuna cevap ararken yapılacak bu değerlendirmenin ölçüsü hususunda doktrinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki farklı ölçü savunulmaktadır.

³⁹ NIKISCH, (Band. II), s. 434. Grup olarak karşılaştırma teorisi AB'ye üye diğer ülkelerin maddi hukuklarında da hâkimdir. Bkz. JUNKER, s. 269

⁴⁰ BIRK, Die Bedeutung der Parteiautonomie, s. 206; REITMANN/ MARTINY, s. 712 vd.; SCHLUNCK, s. 185; JUNKER, s. 269; DOĞAN, İş Akdi, s.

⁴¹ SCHLUNCK, s. 186; JUNKER, s. 269.

⁴² DOĞAN, İş Akdi, s.

⁴³ BIRK, Die Bedeutung der Parteiautonomie, s. 206; DÄUBLER, W., Das neue internationale Arbeitsrecht RIW. 33.(1987), s.(249-256)253(Das neue Arbeitsrecht); GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339; LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 577.

aa) Sübjektif Değerlendirme Ölçüsü

Sübjektif değerlendirme ölçüsü taraftarlarına göre, işçi için elverişli kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü işçi, kendisi için neyin daha elverişli olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir⁴⁴.

bb) Objektif Değerlendirme Ölçüsü

Objektif değerlendirme ölçüsüne göre, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilecek, “akıllı ve makûl bir işçinin” iş akdi nazara alınarak iş hukuku esasları ve değerleri takdir edilmek suretiyle elverişliliğin tespit edilmesi yoluna gidilecektir⁴⁵. Şayet objektif ölçü geçerli olmasaydı somut olayda, hâkimce tarafsız bir karar verilmesi de mümkün olmazdı⁴⁶. Başka bir ifade ile hâkim değerlendirmeyi yaparken, makûl bir işçi aynı şartlar altında hangi hükmü tercih ederdi ise, işçinin yararını göz önünde tutularak, bu hükmü nazara alacaktır. Örneğin: İşçinin yıllık izin hakkının elinden alınarak, bu süre için çok yüksek ücret teklif edilmesi durumunda, çalışma sürelerinin kısaltılması ve yıllık izin hakkının uzatılması hususunda işçilerin tarihi gelişim içindeki mücadeleleri düşünüldüğünde, makûl bir işçinin yıllık izin hakkını yüksek ücrete tercih etmesi gerektiği kabul edilecektir.

Doktrinde bir kısım yazarlar ise, hâkim tarafından yararlılık değerlendirmesi yapılırken yalnızca bir emare olarak işçinin sübjektif görüş ve arzularının da nazara alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁷.

Milletlerarası özel hukuk alanında da yararlılık karşılaştırması bakımından hâkim görüş, objektif ölçütün nazara alınması yolundadır⁴⁸. Dolayısıyla işçi bakımından elverişli hukukun değerlendirilmesi hususunda, işçinin kendi sübjektif değerlendirmesi değil, bilâkis objektif değerlendirmeler nazara alınacaktır.

2. Objektif Bağlama Kuralı

Genel olarak milletlerarası unsurlu akdi ilişkilerde, taraflar aralarındaki ilişkiye tatbik edilecek hukuka dair bir anlaşma yapmamışlarsa veya yapmış oldukları anlaşma herhangi bir sebepten dolayı geçerli değil ise, bu durumda kanunlarda da açık olarak kabul edildiği gibi, borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, objektif bağlama

⁴⁴ BELLING, s. 176.

⁴⁵ NIKISCH, Band. II., s. 432 vd.; BELLING, s. 176.

⁴⁶ BELLING, s. 176.

⁴⁷ BELLING, s. 176

⁴⁸ MARTINY, s. 1688; JUNKER, s. 276; SCHLUNCK, s. 188 vd.; HEILMANN, s. 107 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s.75 vd.

kurallarına göre tespit edilecektir. 5718 sayılı Kanun akdi borç ilişkileri alanında objektif bağlama kurallarını tespit ederken, 2675 sayılı Kanunda ayrı, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelere uygun bir hüküm kabul etmiştir. Kanun koyucu objektif bağlama kuralı olarak akdi ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu yer hukukuna yetki tanımıştır. Ancak, uygulayıcıya yol göstermek amacı ile, soyut anlamda, iş akdinin sıkı irtibatlı olduğunu kabul ettiği bir kısım bağlama noktalarını da kanunda açıkça zikretmiştir.

a) İş Yeri Hukuku (İfa Yeri–Ağırlıklı Edimin İfa Yeri)

Karşılaştırmalı hukukta⁴⁹ ve 5718 sayılı Kanunda, iş akitleri alanında kanun uygulayıcıya yol göstermek amacı ile kabul edilen ilk derece objektif bağlama kuralı, mutad iş yeri hukukudur. 27/2’de, “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır” hükmü yer almaktadır. Mutad iş yeri hukukunun ilk derece objektif bağlama kuralı olarak nazara alınması kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hâkim olan doktrin ve mahkeme kararları ile de uyumludur⁵⁰. Mutad iş yeri hukuku, sıkı irtibat esasından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesi esası ile de uyumludur. Çünkü, işçi işini sürekli belli bir işyerinde yapıyor ise, iş yerine entegre olması söz konusu olacağından, iş akdi statüsünün sıkı irtibat esasına göre tespitinde en güçlü ölçüt mutad işyeridir. Tabii ki, işçinin işinin sürekli aynı yerde yapması halinde, mutad işyeri hukuku ile işçinin sıkı irtibatının olduğunda şüphe yoktur. Ancak, işçi işini sürekli belli bir yerde yapmıyor ise, bu durumda işyeri nasıl tespit edilecektir?

Karşılaştırmalı hukukta⁵¹ ve Türk hukukunda, işçinin mutad işyerinden başka yerde çalıştırılması, mutad işyerinin değişimine sebep olmuyor, başka bir ifade ile geçici gönderme söz konusu ise, mutad işyeri hukukunun yetkisinin devam edeceği kabul edilmektedir⁵². İşçinin işini mutad olarak yaptığı ülkeden başka bir ülkeye gönderilmesi hangi şartlarda geçici gönderme olarak kabul edilecektir? Kanunda yer alan hükme göre, “İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz”. Hükümden de anlaşıldığı gibi, karşılaştırmalı

⁴⁹ Örneğin: Alman, EGBGB. m.30/2-1 “Hukuk seçiminin yokluğunda iş akitleri veya iş ilişkileri akdin ifasında işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukukuna tâbidir...”; İsviçre, IPRG. m.121/1 “İş akdi işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukukuna tâbidir”; ve bir kısım milletlerarası anlaşmalarda -örneğin: Roma I Tüzüğü m.8/2 “tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş akitleri işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukuku uygulanır ...”.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s.78 vd.

⁵¹ Roma I Tüzüğüne göre, İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, mutad işyeri değişmez(8/2-c2)

⁵² Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s.80 vd.

hukukta yer alan pozitif düzenlemelere paralel olarak geçici göndermenin ne olduğu açıklanmıştır. Doktrinde geçici göndermeden ne anlaşılması gerektiği hususunda değişik görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁵³, göndermenin geçici olup olmadığı hususunda tarafların iradeleri büyük rol oynamaktadır. Eğer taraflar göndermenin geçici olup olmadığı hususunda bir açıklık getirmemişler ise, bu durumda göndermeden önceki yetkili olan hukukun yetkisi devam edecektir.

Diğer bir görüşe göre⁵⁴, soyut olarak kurallar koymaktansa, iş ilişkisinin özel yapısı nazara alınarak geçici göndermenin olup olmadığının tespit edilmesi uygun olacaktır. Daha açık bir ifade ile geçici göndermeler bakımından iş akdi statüsünün yayılmasını (yayımla teorisi) her olayın kendi özel durumunu nazara alarak tespit etmek uygun gözükmektedir.

Bize göre, mutad iş yerine sahip işçinin yabancı bir ülkeye gönderilmesi halinde, bu göndermenin geçici olup olmadığının tespitinde öncelikle tarafların iradelerine bakılması uygun olacaktır. Taraflar kendi aralarında geçici gönderme hususunda anlaşmışlar ve fakat mutad iş yeri hukukunun veya gönderilen ülkenin hukukunun uygulanması hususunda herhangi bir fikir beyan etmemişler ise, mutad iş yeri hukukunun yetkisinin devamı hususunda zımnî iradelerinin uyuşmuş olduğunun kabulü isabetlidir. Fakat taraflar arasında bu yönde bir anlaşma yoksa, işçinin gönderilen yabancı ülkede yapacağı işin niteliğinden hareket edilerek bu göndermenin geçici veya sürekli olup olmadığının tespiti isabetli olacaktır. Ancak, her halükârda, iyi niyet kurallarını aşacak şekilde devam edecek bir zaman diliminin söz konusu olduğu durumlarda geçici göndermeden değil, iş akdi statüsünün değişikliğinden bahsetmek uygun gözükmektedir⁵⁵.

⁵³ LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neueregung des internationalen Privatrechts. RdA. 42.(1989), s.(220-228)223 (Das objektive Arbeitsstatut),

⁵⁴ SIMITIS, S., Internationales Arbeitsrecht- Standort und Perspektiven, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard KEGEL, Frankfurt a.M 1977, s.(153-183)168; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s.1006.

⁵⁵ TEKİNALP, G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, b.9, İstanbul 2006, s. 317; DOĞAN, İş Akdi, s.80 vd.

b) İşverenin Esas İş Merkezi (İşletme Merkezi) Hukuku

Karşılaştırmalı hukukta⁵⁶ ve Türk hukukunda⁵⁷, işçinin işini tek bir devlette yürütmediği, sürekli olarak farklı devletlerde çalıştığı ve bundan dolayı da mutad bir iş yerinin bulunmadığı hallerde, işverenin merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. 5718 sayılı Kanunda da aynı esas benimsenmiştir. Buna göre, “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir”(m.27/2) Ancak, bu pozitif düzenlemelerde yer alan esas işyeri kavramı iş hukuku terminolojisine değil, ticaret hukuku terminolojisine aittir⁵⁸. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, merkez yeri kavramından işletme merkezinin anlaşıldığını görmekteyiz⁵⁹. Şayet işverenin birden fazla işletme merkezi bulunuyor ise, bu durumda karşılaştırmalı hukuk doktrininde genel olarak işçinin işe alındığı işletme merkezi hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰.

c) Sıkı İrtibatlı Yer Hukukuna Bağlama

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda akitlerden doğan kanunlar ihtilafı alanında “sıkı ilişki” veya “durumun geneli” esas alınarak pozitif düzenlemelerde objektif olarak tespit edilmiş olan bağlama kurallarına istisnalar getirilmiştir⁶¹. Ancak, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği kanunlarda tespit edilmemiştir. Karşılaştırmalı hukukta, doktrinde⁶² ve mahkeme kararlarında⁶³ akit tarafların

⁵⁶ Örneğin; Alman, EGBGB. m.30/2–2 “İşçi işini bir ve aynı devlette yürütmüyor ise, işçinin işe alınmış olduğu merkezin bulunduğu ülkenin hukukuna ...tâbidir”; İsviçre, IPRG. m.121/2 “İşçi kendi işini mutad olarak birden fazla devlette yürütüyor ise, iş akdi işletme merkezinin, böyle bir yer yok ise, işverenin ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tâbidir”; ve Roma I Tüzüğü. m.8/3 “ bu maddenin 2 fıkrasına göre iş akitlerine uygulanacak hukukun belirlenmemesi halinde, işçinin işe alınmış olduğu merkezin bulunduğu yer hukuku ... uygulanmalıdır”.

⁵⁷ “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir”(MÖHUK. m.27/3).

⁵⁸ JUNKER, s. 184.

⁵⁹ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 333 vd.; SCKLUNCK, s. 24 vd; MARTINY, s. 1691; SCHWIND, s. 466.

⁶⁰ KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 1008.

⁶¹ Art.28/1 EGBGB.; Art.117/1 IPRG (İsv.); Art.1/1 IPRG (Avus.); Art.4/1 EVÜ.

⁶² LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 223 vd.; GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339 vd.; DÄUBLER, Das neues Arbeitsrecht, s. 252 vd.; MARTINY, s. 1692; KROPHOLLER, (IPR), s. 397 vd.; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 932 vd.–1008 vd.; SCHWIMANN, (IPR), s. 20 vd..

⁶³ BAG. Urt. vom 24.8.1989–2 AZR. 3/89; Ap. Nr.28 zu IPR Arbeitsrecht. BAG Ap.Nr.12 zu IPR Arbeitsrecht; BAG. Ap Nr 20 zu IPR Arbeitsrecht;

vatandaşlığı, işverenin ikametgâhı, akit dili, ücretin ödendiği para, akdin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı, sıkı ilişkinin tespitindeki durumun geneli olarak nazara alınmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esasları doktrinde eleştirilmektedir⁶⁴. Buna göre, sıkı irtibatın tespitinde nazara alınan kriterler hemen hemen aynı şekilde farazi (varsayılan) irade yoluyla hukuk seçiminin tespitinde de nazara alınıyordu. Bu nedenle, sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama şimdiye kadar farazi irade ile hukuk seçiminden ne anlaşılıyor idi ise, ondan başka bir şey değildir. Çünkü milletlerarası özel hukuktaki her normun ödevi sıkı ilişkiyi tespit etmektir. Eğer kanun koyucu bu sıkı ilişkinin tespitini yapamıyorsa, susmalı ve buradan doğan boşluğun doldurulmasını doktrin ve mahkeme kararlarına bırakmalıdır⁶⁵.

Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama hususunda bu şekilde ciddi bir eleştiri olmasına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması hususunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır. Bunun sebebi de doktrin ve mahkemelerin ya kendi ödevlerini hatırlamak veya hukuk politikası bakımından yanlış bağlama kurallarından kurtulmak istemeleridir⁶⁶.

Maddenin 4 ncü fıkrasında MÖHUK. m.24/4'de yer alan istisna hükmü ile uyumlu olarak, sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esasını kabul etmiştir. Buna göre, “Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir”.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda yukarıda iş akitleri bakımından özel olarak tespit ettiğimiz objektif bağlama kurallarından ayrı ve özel bir bağlama kuralının daha kabul edildiğini görmekteyiz: Sıkı irtibat (*engste, stärkste Beziehung*)⁶⁷. Bu bağlama kuralına göre, akdi ilişki başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, -yukarıda yalnızca iş akitleri bakımından tespit ettiğimiz- sabit nitelikli objektif

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. SARGIN, F., Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, AÜHFĐ, 2001, s.39 vd. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/290/2642.pdf>)

⁶⁵ KEGEL, G., Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1987, s. 426;

⁶⁶ KEGEL, s. 192.

⁶⁷ Örneğin; Alman, EGBGB. m.30/2, cümle 2 “Şayet iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlete daha sıkı bir ilişkiyi gösterdiği, durumun genelinden ortaya çıkarsa, bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanır”; İsviçre, IPRG. m.117/1 “Hukuk seçiminin yokluğunda akit, en sıkı ilişkili devletin hukukuna tâbidir”; ve EVÜ. m.6/2, cümle 2 “Meğer ki iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlete daha sıkı ilişkiyi gösterdiği durumun genelinden ortaya çıksın, bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanır”, – pozitif olarak düzenlenmiştir.

İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti

bağlama kuralları uygulanmayacak, onların yerine akdi ilişki ile daha sıkı irtibatlı ülke hukuku uygulanacaktır⁶⁸.

Milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri bakımından bu kuralın kabul edilmesinin sebebi, iş yerinin veya şubenin bulunduğu yerin daima yer itibarıyla en iyi bağlama kuralını oluşturmayacağından kanun koyucu tarafından kabul edilmesidir⁶⁹. Başka bir ifade ile iş yeri hukuku veya işçiyi işe alan işletme merkezinin bulunduğu yer hukuku, iş ilişkisinin başka bir devlet ile daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulabilecektir⁷⁰.

SONUÇ

2675 sayılı Kanunda akdi borç ilişkilerinin özellikleri nazara alınmadan tek bir maddede (m.24) düzenlenmişti. 5178 sayılı Kanun, akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan bir düzenlemeye yer vermiştir. Akdi borç ilişkileri ile ilgili yeni hükümlerde bir kısım düzenleme hataları bulunmasına rağmen, iş akdi alanındaki düzenleme karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelere uygundur. Özellikle, üye olmak için uzun zamandan beri çaba sarf ettiğimiz Avrupa Birliği mevzuatı ile önemli ölçüde uyum sağlanmıştır.

⁶⁸ DÄUBLER, Das neue Arbeitsrecht, s. 225.

⁶⁹ LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 221.

⁷⁰ DÄUBLER, Das neue Arbeitsrecht, s. 252; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 1008.

BOŞ