

AVRUPA TOPLULUĞUNDA FERDİ İŞ AKTİNE UYGULANAN HUKUK HAKKINDA KURAL, 96/71 SAYILI GÖNDERİLEN İŞÇİLER YÖNERGESİ VE MÖHUK

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP*

I. Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk

Avrupa Topluluğunda (AT) ferdi iş ahdine uygulanan hukuk temelde AT Akit Konvansiyonu¹ (ATAkitKonv.) hükümlerine uygun olarak belirlenmektedir. Toplulukta, üye devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunları da üçüncü devletlerle ilişkilerde uygulanmaya devam edebilmektedir. Bununla beraber, üye devletler arasında Konvansiyona doğrudan atıf yapanlar olduğu gibi (meselâ, Avusturya, İtalya), milletlerarası özel hukuk koduna dahil edenler (meselâ Almanya, Belçika, Danimarka) de mevcuttur. Konvansiyonda, ferdi iş hukuku dışında iş hukuku ile ilgili bir kural bulunmadığı gibi üye devletlerin herbirinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da hüküm bulunmamaktadır. Genel kabul gören esas, kollektif iş hukukunun her devlette müdahaleci nitelikte emredici kurallarla düzenlendiğinin kabulü şeklindedir. Hatta ferdi iş hukukunda bile bazı alanlar işçinin özel korunma ihtiyacı gerekçesiyle müdahaleci nitelikli emredici kurallarla düzenlenmiştir. Diğer yandan "Hizmet Edimi Çerçevesinde Gönderilen İşçiler Hakkında 96/71 sayılı AT Yönergesi" de² uygulanacak hukuk konusunda bâzı hükümler içermektedir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 ATRG (1980), L. 266/1; Türkçe metin için bkz. N. EKŞİ, *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon*, Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, MHB, 17, 18 (1997-98) 163 vd.

2 16.12.1996 tarihli 96/71 sayılı Yönerge, ATRG (1997) L. 18/1.

1. ATAkitKonv. ve Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk

ATAkitKonv. m. 6'da ferdi iş akdinde taraflarca uygulanacak hukukun seçilmesi imkânı öngörülmeyle beraber, bu hukuk, seçim yapılmıyorsa objektif olarak uygulanacak hukukun işçiye sağladığı elverişli koruma kurallarının uygulanmasını bertaraf edememektedir. Eğer hukuk seçimi yapılmamışsa, ATAkitKonv.'a göre işçi, geçici olarak başka bir ülkede işini ifa etse bile işçinin edimini mutad olarak yerine getirdiği devlet hukuku uygulanır. Eğer işçi, işini mutad olarak bir ülkede yapmıyorsa ilişki, işverenin "işyeri hukuku"na tâbi olur (m. 6.2 a, b).

ATAkitKonv. m. 6 son fıkraya göre eğer halin özelliklerinden akdin başka bir devletle daha sıkı bağlantılı olduğu anlaşılırsa bu sıkı bağlantılı hukuk uygulama alanı bulur.

ATAkitKonv. m. 7'de müdahaleci kural niteliğindeki emredici kurallara ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre 3. devletler eğer hukukî ilişki ile sıkı bağlantılı ise ve o hukukun müdahaleci nitelikteki emredici kurallarının³ eğer uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanması zorunlu ise, bunlara etki tanınması gerekmektedir. Bu etkiyi tanıma konusunda kuralların yapısı, amacı uygulandıkları veya uygulanmadıkları takdirde ortaya çıkan sonuç nazara alınmalıdır (m. 7.1). Mahkemenin hukukunda yer alan bu tip kuralların uygulanmasının sınırlanamayacağı da m. 7.2 de düzenlenmiştir.

ATAkit Konv.'un, yukarıda temel esaslarına değinilen, uygulanacak hukuka ilişkin kurallarının 3. bir devlet hukukunu uygulanacak hukuk olarak göstermesi halinde Konvansiyonun üniversal olmasına dayanılarak bu hukukun da uygulanabilmekte olması dikkat çekicidir (m. 2).

³ Kuralların niteliği ve diğer emredici kurallardan farkı konusunda bkz. G. TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Bası 7, İstanbul 2002, 298 vd. ve orada anılan yazarlar; Ayrıca bkz. A. JUNKER, *Empflicht es sich, Art. 7, EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?* IP-Rax 20 (2000) 65-73; MARTINY, *Münchener Komm. Bürgerliches Gesetzbuch, Internationales Privatrecht*, Auf. 3, Art. 34, EGBGB Rdnr. 6 vd., 16; SOERGEL/von HOFFMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 10, Einführungsgesetz*, Aufl. 12, Stuttgart/Berlin/Köln, 1996, Art. 34, 3 vd.

2. 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi

96/71 sayılı Hizmet Edimi Çerçevesinde Gönderilen İşçiler Hakkında Parlamento ve Konsey Yönergesi (Gönderilen İşçiler Yönergesi), esas olarak adından da anlaşıldığı üzere iş akdinin özel bir durumda ortaya çıkması halindeki bâzı temel konuları düzenlemektedir. Yönergede, A üye devlet ülkesinde merkezi olan bir işletmeye bağlı işçilerin, B üye devlet ülkesine gönderildikleri takdirde, bu gönderme geçici bile olsa gönderildikleri devlet hukukunun işçiyi koruyan hükümlerine tâbi tutulmaları esasını düzenlemektedir.

a. Yönergenin Tarihçesi ve Yürürlüğe Girişi

96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi 1991 tarihinde Komisyon⁴ önerisi olarak sunulmuştur. Yönerge önerisi hakkında, 1992 tarihinde Sosyal ve Ekonomik Komiteden görüş alınmış, 1993'de Parlatentonun ve 1996'da da Konseyin ortak görüşü ile Parlamento ve Konseyin kararları sonucu oldukça uzun süren bir prosedür ardından kabul edilmiştir. Yönerge, 7. maddesinde belirtilen yaklaşık 2 yıllık bir sürenin bitimi ile 16.12.1999'da yürürlüğe girmiştir. Yönergenin kabulüne kadar geçen sürenin uzunluğu, doktrinde Yönergenin kabulünden ümit kesildiği şekilde bile yorumlanmıştır⁵.

Yönergenin çıkarılışı ilk önceleri özellikle inşaat sektöründe yapılan haksız uygulamanın önlenmesine bağlanmıştır. Yönergenin çıkarılmasından önceki dönemde inşaat sektöründe büyük ve güçlü inşaat firmalarının iş hukuku açısından hükümleri elverişli görülen üye devletlerde ya alt işletmeler kurarak ya da orada mevcut işçi kiralayan veya gönderen işletmelerle kısa süreli işçi gönderme anlaşmaları yaparak, gönderen devlet hukukuna tâbi işçileri inşaat yaptıkları yerlerde çalıştırarak haksız avantaj elde etmişlerdir⁶. Bu durum, orta ve

⁴ C-225 ATRG (1991) 6 vd. C-187 ATRG (1993) 5 vd.

⁵ W. DÄUBLER, Die Entsende – Richtlinie und Ihre Umsetzung in das deutsche Recht, EuZW, (1997) 613 – 619, 613 ve dn 12, 13'de anılan literatür'e bakınız.

⁶ Bunun bir tür "sosyal dumping" yarattığı iddiaları için bkz. KREBBER, Die Bedeutung von Entsende Richtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz für das Arbeitskollisionsrecht, IPRax 21 (2001) 22 vd. (23). Ayrıca Alman uyarlamasının başarısızlığı konusunda da aynı yere bakılabilir (24 vd.)

küçük ölçekli inşaat firmalarını iflasın eşiğine getirdiğinden probleme çare bulmak için bunu engelleyen bir yönergenin çıkartılmasının gerekli olduğu da çıkarılış sebepleri arasındadır.

b. 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi

b1. 96/71 sayılı Yönergenin Amacı

Yönergenin amacı, en genel şekilde ATA m. 3c uyarınca kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin engellerin kaldırılması olarak açıklanmıştır. Bu amacı gerçekleştirmek, işçilerin korunmasını ve çalıştıkları üye devletlerde mevcut standardı yüksek hükümlerden yararlanmalarını sağlamak için sözkonusu Yönergede, başlangıç hükümleri 25 noktada toplanmış ve bunlara ilişkin düzenlemeler ise toplam 9 maddeye sığdırılmıştır⁷.

b2. Yönergenin Uygulanma Alanı

Yönergenin uygulanabilmesi için bir üye devlette faaliyet gösteren işletme ile diğer üye devlette merkezi bulunan işletme arasında hizmet akdinin varlığı ve bunun ifası şarttır. Hizmet akdi iki farklı üye devlette bulunan işletmeler arasında olup bunlardan birinin işçi göndermeyi veya kiralamayı diğerine taahhüt etmesine ilişkindir (m.1). İşte, bu tür bir hizmet ilişkisi uyarınca gönderilen işçiler, 3. maddede belirlenen konularda, gönderme kısa süreli bile olsa, gönderildiği devlet hukukuna tâbi olacaktır.

Yönerge hükümlerinin uygulanması için iki işletme arasındaki hizmet akdi süresince işçi ile onu gönderen işletme arasındaki iş akdinin de devam etmesi gerekmektedir (m. 1.3).

Yönergenin uygulanması ile ilgili bir diğer hüküm de üçüncü devletlerdeki işletmelerin üye devletlerdeki işletmelerden daha elverişli durumda bulunamayacaklarıdır (m. 1.4).

⁷ Yönerge hakkında bkz. W. DÄUBLER (dn. 5), 613-619; M. FRANZEN, *Kurzzeitige Arbeitnehmerentsendung und Dienstleistungsfreiheit*, (zu EuGH, 15.3.2001. RS. C-165 / 98-Andre Mazzoleni u. inter Surveillance Assistance SARL), IPRax 22 (2002) 186-191.

Ayrıca Yönergede gemi adamları kapsam dışında bırakılmıştır (m. 1.2).

b3. Gönderilen İşçiler Yönergesi m. 3'te Belirlenen Konularda Uygulanacak Hukuk

Yönerge uyarınca uygulanacak hukuk işçinin *korunmasına* ilişkin kurallarla ilgilidir. Bu konuda iş ilişkisi açısından tüm önemli noktalarda işçi geçici olarak bile gönderilse *gönderilen devlet hukuku* uygulanacaktır⁸.

Gönderilen devlet hukukunun uygulanacağı konular şöyle sıralanmıştır:

- (a) Azami çalışma ve asgari dinlenme saatleri;
- (b) Ücretli asgari tatil;
- (c) Mesai dahil asgari ücret;
- (d) İşçileri göndermenin şartları;
- (e) İşyeri güvenliği, sağlık koruması ve hijyen;
- (f) Hamile, çocuk ve gençlerin korunması ile ilgili iş şartları;
- (g) Kadın erkek eşitliği ve diğer ayrımcılık karşıtı hükümler.

b4. İstisnalar

(a) Teslime dayalı akitlerde, ilk montaj ve tesisat işlerinde gönderilen malların gönderen işletmenin uzman işçileri tarafından yapılması gerekliyse ve bu süre 8 günü aşmıyorsa, Yönergenin uygulanacak hukuka ilişkin m. 3.1'de düzenlenen ücretli asgari tatil ve asgari ücret hükümleri bu kısa süre sebebiyle uygulanmamaktadır. Ancak inşaat işleri bu istisnanın dışındadır (m. 3.2).

⁸ Yönerge hakkında etraflı bilgi için bkz. R. BIRK, *Internationales und Europäisches Arbeitsrecht* § 17-23, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München, 2000, § 19, IV, 5, c; Yönergenin uygulanmasının doğuracağı hesap zorlukları konusunda bkz. KREBBER (dn. 6), 28.

(b) Bâzı hallerde göndermenin 1 ayı geçmemesi şartı ile üye devletlere m. 3.1.c'yi yâni *asgari ücrete* ilişkin uygulanacak hukuk olan gönderilen ülke hukukunu uygulamama imkanı verilmektedir. Bu istisnaî hükmün kullanılabilmesi için üye devletlerin yöntemlerinin veya olağan tatbikatlarının buna imkân vermesi veya tarafların danışarak anlaşması gereklidir (m. 3.3, 4). Hatta bâzen eğer yapılan işin *kapsamı* küçükse üye devletler ücretli izin konusunda da aynı imkândan yararlanabilmektedirler.

II. 96/71 Sayılı Yönergenin Uygulanacak Hukuka Etkisi

1. AT Hukukunun Önceliği İlkesi

AT hukukundaki temel ilkelere birisi bu hukukun öncelikli uygulanmasına ilişkindir. Üye devletler, ortak düzenleme olmayan alanlarda iç mevzuatlarında düzenlemeler yapabilirler veya mevcut düzenlemelerini uygulayabilirler. Ancak bir konuda ortak düzenleme yapılmışsa⁹ tüzük veya yönerge gibi artık o alanda milli hukukta mevcut farklı düzenlemenin uygulanması söz konusu olmaz. Ortak düzenleme uyarınca doğrudan uygulanan tüzük hükümleri ile verilen süre sonucunda iç mevzuatta uyumunun yapılmış olması gereken yönerge hükümlerinin uygulanması şarttır. Ayrıca AT'nin üye devletlerarası antlaşmaları da uygulanacak hukuka ilişkin hüküm içerebilir. Ancak bu tür antlaşmalar, Topluluk hukukunda ortak düzen ikincil mevzuatla sağlanmışsa, önceliğe sahip olmayabilir. Meselâ, AT Akit Konv. m. 20'de Topluluk hukukunun bu ihtimaldeki önceliği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda, 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesindeki hükmün, AT Akit Konv. m. 6 karşısında öncelikle uygulanması gerekmektedir. Açık bir ifadeyle, geçici olarak işçilerin mutad işyeri di-

⁹ Genel olarak bkz.: BERTİL EMRAH ODER, (Tekinalp/Tekinalp) *AB Hukuku* § 7, N.63-68. Ayrıca orada anılan doktrin ve kararlara da bakınız. Üye devlet tatbikatı açısından da § 7, N.73-105'e bakılabilir; J. T. OPPERMANN, *Europarecht*, Aufl. 2, München, 1999, § 6, N. 16 vd.); PM. NORTH/JJ. FAWCET, *Cheshire Norths Private International Law*, 13th Ed. London-Edinburg-Dublin, 1999, 54.; MARTINY, *Münchener Komm*³ (dn. 3), VorArt. 7 EGBGB, Rdnr. 18; P. MANKOWSKI, *Binnenmarkt-IPR-Eine Problemskizze*, Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, 583-615, 607.

şında çalışmaları halinde Konvansiyon uyarınca sözkonusu olan mutad işyeri hukuku yerine, Yönergede belirlenen alanlarda, gönderilen üye devlet hukuku uygulanacaktır. Böylece, Yönerge m. 3.1'de belirlenen konularda, m. 1'deki şartlarla gönderilen işçiler öncelikle Yönergenin gösterdiği hukuka tâbi tutulacaktır.

Dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus da Yönergedeki düzenlemenin daha elverişli olan iş şartlarının işçiye uygulanmasını engellenmediğidir (m. 3.7).

2. Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) m. 65'in Uygulanacak Hukuka Etkisi

ATA'da, 1999 da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması (AmsA) ile bazı değişiklikler yapılmıştır. ATA'nın 65. maddesi ile üye devletlerin milletlerarası özel hukuk hükümlerinin uyumlaştırılması yetkisi de Topluluk sütununa alınarak hukukî açıdan çok önemli bir yenilik getirilmiştir¹⁰.

Bu yenilik uyarınca iç pazarın işlemesine lüzumlu olduğu ölçüde, sınıraşan ilişkilerde hukukî alandaki adlî işbirliği konusunda tedbirler alınacaktır. Bunlar arasında: a) Mahkeme içi ve dışı evrakın tebliği, delillerin ikamesinde işbirliği ve ticarî ve hukukî, mahkeme içi ve dışı kararların tanınması ve tenfizi; b) üye devletlerde geçerli milletlerarası özel hukuk hükümlerinin uyumlaştırılması ile yetki ihtilaflarını önleyecek hükümlerin teşviki; c) usul hükümlerinin uygulanmasında engellerin aşılması, gerekli alanlarda üye devletlerde geçerli medeni usul hukuku hükümlerinin birleştirilmesinin teşvik edilmesi, bulunmaktadır. Bu tedbirler ATA m. 67 uyarınca Konsey tarafından¹¹ usulüne uygun şekilde alınacaktır.

ATA m. 65'in b bendi açıkça Topluluk organlarının milletlerarası özel

¹⁰ C 340 ATRG (1997) 173-308.

¹¹ Bu konuda Topluluk yetkilerinin yeterince kapsamlı olmadığı konusunda bkz. E. JAYME/C. KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 1999-Die Abendstunde der Staatsverträge*, IPRax (1999) 401-413, 402; A. JUNKER, (dn. 3), 65; G. TEKİNALP, *AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler*, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK, Ü. TEKİNALP'e Armağan, 2003 İstanbul, (V. 1).

hukuk alanındaki yetkisini göstermektedir. Topluluk organları yürürlükten itibaren ilk beş yıllık geçiş döneminde ancak ittifakla karar verebilirken, daha sonra buna ihtiyaç kalmayacak, 65. maddede anılan konularda nitelikli ekseriyet yeterli olacaktır (m. 67).

3. AT Akit Konv. m. 7'deki Müdahaleci Kuralların Etkisi

a. Üye Devletler Arasında

Genel kabul gören fikre göre Toplulukta *ortak düzenleme varsa* üye devletler arasındaki uygulamada bu ortak düzenlemenin AT Akit Konv. m. 7 ile engellenemeyeceği kabul edilmektedir¹². Zaten Konvansiyonun 20. maddesinin varlığı da bu sonucun çıkarılmasını zorunlu kılar. AT Akit Konv.'nun yukarıda anılan 20. maddesine göre: Konvansiyon akdî borç ilişkilerinde bazı özel alanlarda AT'nin organlarının uyumlaştırdığı iç hukukta uygulanacak hukuka ait mevcut veya yapılacak olan düzenlemelerin uygulanmasına engel olmaz. Genel bir ifade ile denilebilir ki, AT hukukunun önceliği ilkesinin Konvansiyon bünyesinde de yer alması üye devletler arasında Konvansiyonun 7. maddesinin uygulanmasına imkân verilmeyeceğini ortaya koymaktadır.

Eğer Toplulukta bir konuda *ortak düzenleme yoksa*, Konvansiyonun 7. maddesi üye devletler arasında da uygulanacaktır. Buna göre, iş akdine uygulanacak hukuk bir üye devlet hukuku ise o hukukta mevcut müdahaleci nitelikteki emredici kurallar ve bu arada emredici kamu menfaati yahut farklı bir ifade ile "emredici genel menfaat"e ilişkin kurallar¹³ zaten uygulanacaktır. Hakimin hukukunda bulunanların da mutlaka uygulanacağı Konvansiyon m. 7.2'de açıkça düzenlenmiş-

¹² PM. NORTH/JJ. FAWCETT, (dn. 9) 543; E. JAYME/C. KOHLER, *Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 -Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien*, IPRax 13 (1993) 357-371.

¹³ Bkz. G. TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri*, AT Hukuku ve MÖHUK, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, MHB 19-20 (1999-2000), 909-916. ATM kararlarında kullanılan "emredici kamu menfaati" deyimini "kamu düzeni"nden farklı bir deyimdir. Zaten, deyim, kamu düzeni dışında bir kavram arayışının sonucudur. Alman hukuk dilinde "zwingende gründe der Allgemeininteresse", İngilizcede "public interest" deyimleri ile ifade edilmektedir.

tir. Bir iş akdinde sırf bu akit nedeniyle 3. devlet konumunda olan AB üyesi devletin bu konudaki kuralları da Konvansiyonda m. 7.1'de belirlenen şartlarla nazara alınacaktır. Ancak bu üç hukuktaki düzenlemelerin birbirinden farklı yönde olması ve bu alanda bir kanunlar ihtilafı çıkması halinde hangisinin tercih edileceği kuralların niteliğinin tabii sonucu olarak ve m. 7.2'deki kesin ifade karşısında mahkemenin hukuku¹⁴ olarak cevaplanabilir.

Fakat üye devletler arasında her olayda bu yorum haklı ve doğru olmayabilir. Bu konuda Topluluk hukukundaki çözümün ortak yorum yapılabilmesinde olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Konvansiyonun 18. maddesinde yorum konusunda¹⁵ ana kural hüküm altına alınmış ve "ortak yorum" yapılırken kuralların milletlerarası (universal) niteliklerinin nazara alınması öngörülmüştür. Ancak ortak yorum organı olarak ATM'yi kabul eden 1 ve 2 numaralı protokoller halen yürürlükte değildir¹⁶. Yürürlüğe girdiğinde çeşitli yorum sorunlarının ortak yorum organı sayesinde daha problemsiz sonuçlanacağı muhakkaktır. ATM'nin, 96/71 sayılı Yönergeyi uygularken ve yorumlarken işçilerin korunması ve hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda gösterdiği titizlik, ATAKitKonv. uygulamaları açısından da adaletin yerini bulmasında temel rol oynayacaktır.

b) AB Üyesi Olmayan 3. Devletlerle İlişkilerde (m. 7.1)

ATAkitKonv. m. 7.1'de, 3. devletlerin emredici nitelikte müdahaleci kurallarına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, AB üyesi devletlere Konvansiyonun onaylanması sırasında çekince konulması imkânı verilmektedir. Almanya, İrlanda, Lüksemburg, Portekiz ve İngiltere bu imkânı kullanmışlardır. AB üyesi devletlerden Almanya, Konvansiyonu iç maddî hukukuna AlmMÖHK kuralları ola-

¹⁴ Genel bir ifade ile aynı kanıda E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, Bası 11, İstanbul 2002, 272 vd.

¹⁵ D. MARTINY, *Münchener Komm.*, Art. 36 EGBGB, Rdnr. 1 vd., 14 vd; A. JUNKER, *Die einheitliche Auslegung nach dem EG Schuldvertragsübereinkommen*, *Rabels Z.* 55 (1991), 674 vd.

¹⁶ 19.6.1980 tarihinde imzaya açılan Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyonun Yorumunda ATM'nin Yetkisi Hakkında 1 ve 2 Numaralı Protokol 19.12.1988 tarihini taşımaktadır [ATAkitKonv. ile Birlikte son katılımı da içeren metin için bkz. ATRG (1998) c. 28/3].

rak m. 7.1 istisnası ile almıştır. Ancak, Toplulukta Roma I diye de anılan ATAKitKonv. hükümlerinin tüzük haline getirilmesi çabalarının bulunduğu da bir başka gerçektir¹⁷. Konvansiyonun 7. maddesinin değişip değişmeyeceği ve madde üzerinde nasıl uyum sağlanacağı ilgi çekicidir.

AB üyesi olup da ATAKitKonv. m. 7.1'e ihtirazi kayıt koymayan üye devletler, hukukî ilişkiyle bağlantılı 3. devletlerin hukukunda bulunan müdahaleci nitelikli emredici kuralları nazara almak durumunda kalabilirler. Ancak bu da iki şartın varlığı halinde mümkün olabilir. Bunlar: (1) uygulanacak üye devlet hukukundaki hükümlerin aynı nitelikte emredici olmaması ve (2) üye devletlerin ATAKit Konvansiyonunu ihtirazi kayıt koymadan iç hukuka dahil etmiş bulunmasıdır. Meselâ, Avusturya¹⁸ ve İtalyan¹⁹ hukukunda olduğu gibi.

4. ATA'daki Temel Serbestiler ve Avrupa Topluluğu Mahkemesi (ATM) Kararları

a. 96-71 sayılı AT Yönergesi ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ATM, 1982 yılından beri işçilerin hangi devlet ülkesinde ikamet ederlerse etsinler "toplu sözleşme"ye bağlı asgarî ücret konusundaki hükümlerini kendi ülkelerinde, geçici olsa bile, çalışan bütün işçilere teşmil edebileceklerini kabul etmektedir. 1982 tarihli SECO/Evi kararından²⁰ başlayarak Säger²¹, Vander Elst²², Guiot²³, Arblade/Lelo-

¹⁷ Bkz. J. KROPHOLLER, *Die Auslegung von EG-Verordnungen zum Internationalen Privat-und Verfahrensrecht*, -Eine Skizze- Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max Planck Institut für Privatrecht, 586, 591; Komisyon ve Konseyin 1999 tarihli "Aksiyon Programı"nın 39. ve 40. maddelerine de bakılmalıdır (ATRG, C. 19, 23.1.1999, 1 vd.).

¹⁸ 15.6.1978 tarihli Avus. MÖHK'ün 1998 tarihli tadili hakkında bkz. BGBl I 18, 1999, m. 50.2

¹⁹ 1995 yılında değişen Kanunun Almanca metni için bkz. IPRax (1996), 356 vd., m. 57.

²⁰ 62/81, 63/81 sayılı SECO/Evi kararı ATKD (1982), 223 vd. N. 14.

²¹ C-76/90 sayılı M.Säger/Dennemeyer & Co. Ltd. kararı, ATKD (1991) I-4221 vd., N. 12.

²² C-43/93 Raymond Vander Elst/ Office des migrations internationales (OMI), ATKD (1994) I-3803, N. 23.

²³ C-272/94 Michel Guiot kararı, ATKD (1996) I- 1905 vd. N. 12.

up²⁴ ve nihayet Mazzoleni kararında²⁵ bu nokta tereddütsüz kabul edilmektedir. Buna karşılık ATM, Guiot kararından itibaren konuyla bağlantılı olarak hizmetlerin serbest dolaşımına²⁶ da değinmektedir. Özellikle Mazzoleni kararında, AT'de temel serbesti olan hizmetlerin serbest dolaşımının bu niteliği özel olaylar açısından daha da vurgulanmakta²⁷ ve buna ait gerekçeler açık ve detaylı verilmektedir. Bu yeni yaklaşım biraz da karara konu olan olaylardan kaynaklanmaktadır.

Guiot kararında: şu hatırlanmalıdır ki, ATA m. 59'a göre (yeni m. 49), üye devletler sadece, kendi ülkelerinde ikamet eden hizmet verenlere değil, diğer üye devletlerde ikamet eden ve orada hukuka uygun hizmet verip de ayrıca kendi ülkelerinde de hizmet arzedenlere her türlü kısıtlamayı kaldırmak zorundadırlar, denilmektedir. Karara göre hizmetin arzını engellemek yanında daha az cazip hâle sokmak da m. 59'a (yeni m. 49) aykırıdır. Ayrıca, bir konuda ortak AT düzeni yoksa üye devletler temel hak olan hizmetlerin serbest dolaşımını ancak "emredici kamu menfaati"ne - "emredici genel menfaat"e ilişkin özel düzenlemeler varsa engelleyebilirler. Bunu da ancak hizmet verenin ikamet ettiği ülkede "emredici kamu menfaati" bu konudaki düzenlemelerle korunmamışsa yapabilirler. Bu durumda ilk önce bir üye devletteki hizmet arzına ilişkin kuralların, serbest dolaşımı kısıtlayıp kısıtlamadığını araştırmak gereklidir. Eğer kısıtlama varsa emredici kamu menfaatinin bu kısıtlamanın yapılmasını gerektirip gerektirmediğine bakılmalıdır. Eğer bu gereklilik varsa hizmet arzedenin ikamet ettiği ülkede bu konuda tedbir alınıp alınmadığı araştırılmalı ve daha az kısıtlama ile aynı sonuca ulaşılabiliyor ulaşılamadığına da dikkat edilmelidir²⁸. ATM, benzeri gerekçelere Arblade kararında da yer vermektedir²⁹. Mazzoleni kararında ise olay diğerlerinden biraz daha

24 C-369/96, C-376/96 sayılı Jean Claude Arblade-Arblade and Fils SARL/Bernard Leloup kararı, ATKD (1999), I-8453 vd., N. 33.

25 C-165/98 sayılı André Mazzoleni u. inter Surveillance Assistance SARL, ATKD (2001) I-2189 vd., N. 22.

26 GUIOT kararı (dn. 23), N. 11-13; Arblade kararı (dn. 24), N. 34, 35; Mazzoleni kararı (dn. 25), N. 30 vd.

27 Mazzoleni kararı (dn. 25), N. 25 vd.

28 Bkz. GUIOT kararı (dn. 23), N. 10, 11. 13.

29 Bkz. Arblade kararı (dn. 24), N. 35, 39.

farklı gelişmiş olduğundan ATM hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili temel serbestiye ilişkin gerekçelerini olaya özgü de olsa daha açık bir şekilde ifade etmiştir. Hem emeğin serbest dolaşımı hem hizmetlerin serbest dolaşımıyla bağlantılı olan Mazzoleni olayında: Fransa'da, Belçika sınırına çok yakın bir yerde ikamet eden ve özel güvenlik işleri üstlenen bir şirket, Belçika'dan da bu tür işler almakta ve kendi işçilerini Belçika'ya göndererek bu hizmetleri üstlenmektedir. Söz konusu olayda işçilerden bir kısmı tam gün bir kısmı daha kısa sürelerle çalışmaktadırlar. Hizmet akdî Fransız işletmesi ile Belçika işletmesi arasındadır. Fransız işletmesinde çalışan işçilerden görevlendirilenler Belçika'da gündüz çalışmakta ve iş bitiminde Fransa'daki evlerine dönmektedirler.

Mazzoleni hakkında açılan davada yerel mahkeme ATM'ye iki soru sormuştur. Bunlardan birisi 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesinin "gönderme süresi" deyiminin part-time süreyi de kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. İkinci soru ise AT m. 59 (yeni m. 49) ve m. 60'ın (yeni m. 50) olaya ilişkin yorumu hakkındadır. Soruda: bir üye devletin kamu yararına koyduğu kuralların veya milli asgarî ücret hükümlerinin kısa süreli bile olsa kendi ülkesinde çalışanlara uygulanıp uygulanmayacağına cevabı aranmaktadır. Cevap verilirken, hizmet verenin diğer üye devlet ülkesinde yerleşmiş olmasına ve ücrete ilişkin esaslarda farklılıklar bulunmasına rağmen işçilerin sonuçta eşdeğer bir pozisyonda olduklarının nazara alınmasına ilişkin bir açıklama da yapılmaktadır.

ATM, söz konusu 96/71 sayılı Yönergenin, belirlenen süre henüz dolmadığı için dava açıldığında yürürlüğe girmediğini kabul etmekle beraber, ikinci soruya cevap verebilmek için ilk soruya da değinmek gerektiğine karar vermiştir.

İkinci olarak da bir üye devlette sınır bölgesinde kurulmuş işletmenin bazı işçilerini part-time çalışma esas alınarak sınırdaş bir diğer üye devlette hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde görevlendirmesi halinde, gönderilen üye devlet hukukunun işçileri koruyan hükümlerinin gönderilen işçilere uygulanıp uygulanmayacağı sorulmaktadır. Özel olayda ATM, gönderilen işçilere, gönderildikleri devlet hukukunun uygulanmasının hizmetlerin serbest dolaşımı temel kuralını zedeleyip zedelediği ve gönderen işletme açısından bu kısa sürede bile işçilerine farklı kurallar uygulamanın hizmetin arzını cazip olmak-

tan çıkarıp çıkarmadığı üzerinde durmuştur. ATM'ye göre hizmetlerin serbest dolaşımı temel ilkesi ancak emredici kamu menfaati varsa kısıtlanabilir³⁰. ATM'nin yerleşmiş kararlarına göre işçileri koruyan kurallar bu türden kurallardır. Olaydaki asgarî ücret de bunlar arasındadır³¹.

Ancak bazı hallerde, özellikle inşaat işleri dışında, işçilerin korunmasında kuralların yukarıda anlatılan şekilde uygulanışı, işçilerin korunması açısından gerekli olmayabilir, hatta aşırı bulunabilir³². ATM'ye göre Mazzoleni kararında, güvenlik işçilerinin kolay tanınmaları için devamlı değiştirilmesi, Fransa'daki asgarî ücretin düşük olmasına karşılık vergi ve sosyal avantajların eşdeğer bir korumayı sağlaması, bu gibi hallerde kendi milli koruma kurallarını uygulamak isteyen üye devletlerin önceden bunun ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını araştırmalarını gerekli kılar³³.

b) ATM Kararları Karşısında Kısıtlamanın Kapsamı

AT hukukunun üstünlüğü ve önceliği esası karşısında AT Akit Konv.'nin iş akdine ilişkin bağlama kuralını oluşturan 6. maddesinin, 96/71 sayılı Yönergenin kapsamına giren alanlarda uygulanmayacağı açıktır. Ama, AT hukukundaki iki temel haktan emeğin serbest dolaşımı ile hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin uyumsuzluğu ve birinin uygulamasının diğerinin kısıtlanması anlamına gelmesi halinde çözümün nasıl sağlanacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda anılan kararlarda, işçilerin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanması alanında, 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi çıkmadan, yani ortak düzenleme yapılmadan önce AT Akit Konv. m. 7.1 veya 2 uyarınca üye devlet mahkemesinin veya uygulanacak hukuk dışındaki bir devlet hukukunun müdahaleci nitelikteki emredici kurallarının uygulanması yoluyla bir çözüm aranmaktaydı³⁴.

³⁰ Mazzoleni kararı (dn. 25) N. 17 ve orada anılan kararlara bakınız.

³¹ İnşaat işlerine ilişkin SECO/Evi kararı, N. 14 (dn. 20), GUIOT kararı N. 12 (dn. 23), Arblade kararı (dn. 24), N. 35'e bakınız.

³² Mazzoleni kararı (dn. 25) N. 30.

³³ Mazzoleni kararı (dn. 25), N. 32-41.

³⁴ KREBBER (dn.6) 22 vd. Alman hukukunda AT Akit Konv.'nin Alm MÖHK'e

Yukarıdaki gibi bir çözüm genel olarak Yönergenin kapsamı dışında kalan alanlarda varlığını bugün de sürdürmektedir. Çünkü, sözkonusu Yönergenin her türlü iş akdine uygulanmadığı, sadece bir üye devletten diğerine gönderilen işçileri, m. 3'te belirlenen konularda ilgilendirdiği ortadadır. Ayrıca Yönergenin kendi metninde mevcut bâzı şartlarla, bâzı işlerde kısa sürelerle ilgili istisnalar (m. 3.2, 3, 4) da Yönergenin kapsamını bir ölçüde daraltmaktadır.

Ortaya atılan sorunun çözümünde şu hususlar mutlaka göz önünde tutulmalıdır. Milletlerarası özel hukukta da iç hukukta olduğu gibi borç ilişkilerinde veya ticarî ilişkilerde taraflardan birinin korunmasının gerekli olduğu hallerde uygulanacak kurallar düzenlenirken bazen hukuk seçimi engellenmekte veya kısıtlanmaktadır. Hatta özel hukuk ilişkilerinde engelleme yerine zayıf tarafın korunmasını daha çok sağladığı düşünülen hukukun uygulanması kabul edilmekte ve bunu sağlayan bir yöntem izlenmektedir. Gerek tüketici akitleri, gerek iş akdî böyle bir yöntemin izlendiği akit tiplerinin başında gelir.

ATM'nin yukarıda anılan kararlarında da görüldüğü gibi Mahkeme, en baştan beri hem emeğin serbest dolaşımında işçiyi korumakta ve serbest dolaşımın engellerinin ortadan kaldırılmasını denetlemekte, hem hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin engellerin kaldırılmasının gerekliliğini ifade etmektedir. Ancak, işçinin korunması menfaati ile hizmetin arzı menfaatini düzenleyen kuralların çatışması halinde işçiyi koruyan kurallara ağırlık vermektedir. ATM bunu yaparken, her zaman adil karar verebilmek için kullandığı *gereklilik ve ölçülülük* diye adlandırılan iki kriteri hassasiyetle kullanmaktadır. Milli hukukta bulunan ve hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlayan nitelikteki bir kural gerekli ise uygulanabilmektedir. Ancak bu gereklilik tek başına yeterli değildir. Bu kuralın emredici kamu menfaatini temsil ediyor olması da şarttır. Yalnız bu nitelik bile yetmemekte millî kısıtlayıcı kuralın diğer bir AT temel hakkını kısıtlayabilmesi için *ölçülü* olması da aranmaktadır. Açık bir deyişle aynı sonuç daha az kısıtlama ile sağlanacaksa ağır kısıtlama getiren milli hukuk kuralı Topluluk hukukuna aykırı düşmektedir.

Mazzoleni kararında ATM, işçiyi koruyan kurallara öncelik verirken

dahil edilmiş olması sebebiyle incelemesinde çoğu kez Alm. MÖHK m. 34'den bahsedilmektedir. Yazar ayrıca 96/71 Yönergesinin iş akdine ilişkin uygulanacak hukuk listesini çökerttiğini ifade etmektedir (23).

olaydaki şartlara bakarak işçinin asgarî ücretindeki farkın vergi ve sosyal avantajlarla dengelenmesini adil ve ölçülü bulmuş ve olaydaki part-time iş için 96/71 Yönergesinin uygulanmasını zorunlu görmemiştir. Ancak ATM bu anlayışın hangi şartlarda oluşabileceği konusunda evsahibi üye devletin uzmanlarının araştırma yapmasını işçinin korunması açısından şart saymıştır.

III. MÖHUK Hükümleri Ve 96/71 Sayılı Yönerge

1. 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi m. 1.4'ün Anlamı ve Amacı

Gönderilen İşçiler Yönergesinin 1. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre, merkezi üye olmayan devletlerde bulunan işletmeler, üye devletlerde merkezi bulunan işletmelerden daha elverişli şartlara sahip olamazlar.

Bu hükmün anlamı ve amacı, *üye olmayan devletlerde yerleşmiş işletmelerin* hizmet edimi çerçevesinde işçi göndermeleri halinde, gönderilen işçilere uygulanacak iş şartları için *Yönergenin gösterdiği fiili işyeri hukuku uygulanmayarak avantajlı duruma sokulmalarının önlenmesidir*. Böylelikle, sırf işletmeler açısından genel yabancılar hukuku kanalıyla ucuz işçi ithalini ve haksız rekabeti engellemek amaçlanmaktadır. Daha açık bir ifadeyle m. 1.4 ile sözkonusu Yönergenin çıkarılmasına sebep olan uygulamanın dolaylı yoldan hayata geçirilmesinin önüne geçilmek istenmektedir.

Diğer yandan, sözkonusu Yönergenin uygulanmaması durumunda yabancı 3. devlet işletmelerinin avantajlı duruma girmesi halinde doğacak sonuçlar da gözden uzak tutulamaz. Ancak bilindiği gibi, Toplukta ABA ve ATA gibi ikincil hukuk da üye devletler arasında uygulanır³⁵. Bununla beraber 96/71 sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ile hedeflenen amacın gerçekleşmesine verilen önem bu istisnaî düzenlemenin gerekçesi olabilir. Daha açık olarak denilebilir ki, 96/71 Yöner-

³⁵ Bkz. genel olarak G. NICOLAYSEN, *Europarecht I*, Baden Baden 1991, 158 vd.; P.J.G. KAPTEYN/P. Verloren van THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3th. Ed. London/The Hague/Boston, 1998, 77 vd.; Ü. TEKİNALP, (Tekinalp/Tekinalp) *AB Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2000, § 4 N. 9.

gesindeki m. 1.4 hükmünün, amacı itibariyle ATAkitKonv. m. 7 çerçevesinde düşünülmesi halinde, bu hükümlerden müdahaleci nitelikte emredici olanların yahut ATM kararında kullanılan deyimle emredici kamu menfaatine ilişkin olanların Topluluk üyesi olmayan devletlerde merkezi bulunup da üye devletlerden birine işçi gönderen işletmelere de uygulanması yerinde olur. Meselâ, Gönderilen İşçiler Yönergesindeki haklardan, toplu sözleşmedeki asgarî ücret dahil, çoğu bu niteliktedir. Buna karşılık emredici kamu menfaati bulunmayan düzenlemeler için aynı şey söylenemez. Ancak ATAkitKonv. ile kurulan iş akdî ve iş ilişkisi statüsü, üye olmayan devletlerin işletmeleri hakkında uygulanırken, anılan işletmeler avantajlı duruma geçmiyorsa, 96/71 Yönergesinin hükümlerinin ancak üye devletlerarası ilişkilerde uygulanacağı da gözden kaçmamalıdır. Bu tür bir düzenlemenin uygulamada pek çok güçlük çıkarabileceği de açıktır.

2. MÖHUK Uyarınca İş Aktine Uygulanacak Hukuk, ATAkitKonv. ve Yönerge Hükümleri

MÖHUK'ta iş akdî konusunda özel hüküm bulunmadığı ve Türkiye ATAkitKonv. tarafı olmadığı için, Türk mahkemelerinde açılan davalarda, genel olarak akdî ilişkiye uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 24 hükmü uygulanacaktır³⁶. Buna göre hukuk seçimi³⁷ imkanı yanında, objektif bağlamada karakteristik edimin ifa yeri olarak "*mutad iş yeri hukuku*" uygulanabilmektedir.

Doktrinde³⁸ ferdî iş akdîne uygulanacak hukukta, objektif bağlama kuralının asgari koruma şartlarını saklı tutan, bu anlamda kısıtlı bir hukuk seçimi öngörülmektedir. Zayıf tarafın korunmasına ilişkin düşünceler bu görüşün başlıca gerekçesini oluşturmaktadır. Objektif bağlama kuralı olarak da "işin mutaden yapıldığı yer" hukukunun uygulanacağı, geçici olarak mutad işyeri dışındaki görevlendirmelerde objektif bağlama esasının değişmeyeceği kabul edilmektedir³⁹. İşçinin

³⁶ E. NOMER (dn. 14), 272 vd.; TEKİNALP (dn. 3) 298 vd., 311; V. DOĞAN, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996, 75.

³⁷ Yargıtayın diğer akitlerdeki hukuk seçimi ilkesinden fark gözetmeksizin yaptığı yorum için bkz. YHGK 7.6.1989 10-316/411, YKD 16 (1990), 179.

³⁸ E. NOMER, (dn. 14), 273; TEKİNALP (dn. 3), 308 vd.; DOĞAN (dn. 35), 75 vd.

³⁹ G. TEKİNALP (dn. 3), 310 vd.

işe alınırken devamlı olarak işyeri dışında çalışması şart koşulmuşsa fiilen çalıştığı yer hukuku uygulanacaktır.

Yukarıda açıklanan iş akdî statüsü, ATAKitKonv. hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Türk hukukunda açık olarak Konvansiyon m. 7'ye eş bir hüküm bulunmamaktadır ama bu durum müdahaleci nitelikli emredici kuralların dikkate alınmayacağı anlamını taşımaz. Çünkü müdahaleci nitelikli emredici kuralların özellikle hakimin hukukunda bulunması halinde uygulanması önlenemez. Bu tür kuralların özelliği kanunlar ihtilafı kurallarının aksine muhtevaya göre değil kuralın niteliğine göre belirlenmeleridir⁴⁰. Çünkü bu tür kuralların amacı ancak onların uygulanması ile gerçekleşir.

İş akdine ilişkin davanın, AB üyesi bir devlette açılması halinde, genel olarak uygulanacak hukuk üniversal nitelikli olan ve karşılıklılık gözetilmeksizin uygulanan ATAKit Konv.'na tâbi tutulacaktır. Eğer olayda bir Türk işletmesi varsa ve onun gönderdiği işçilere 96/7 sayılı Yönergenin kapsamı içine giren konular itibariyle uygulanmaması hizmet arzedenden Türk işletmesini avantajlı kılıyorsa sırf bu açıdan m. 1.4 uyarınca hareket edilecektir. Buna göre, yönergeler, yukarıda da açıklandığı gibi genellikle üye devletler arasında uygulanmakla beraber, 96/71 Yönergesinde görüldüğü gibi açık hükümlerle uygulama alanları hedeflenen amaca göre ve onu gerçekleştirecek oranda genişletilebilmektedir.

Esas itibariyle mahkemenin hukukunda bulunan müdahaleci nitelikli kuralların doğrudan uygulanmaları böyle bir açık hükme ihtiyaç göstermezken, düzenlemenin Yönerge olması sebebi ile yönlendirici olan ve kuralın gücünü gösteren bu açıklığın gerekli olduğu söylenebilir.

⁴⁰ E. NOMER (dn. 14), 271; TEKİNALP (dn. 3), 41 vd.