

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İŞ KAZASI

Arş.Gör. PINAR ÖZTÜRK*

Günümüzde milletlerarası ticaretin gelişmesine paralel olarak, büyük çaplı ve riski de büyük olan projelerin farklı devlet tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından üstlenilmesi olgusu ortaya çıkmıştır. Bu şekilde yapılan işlerde, işi üstlenen firmalar, başta teknik personel olmak üzere kendi işçilerini çalıştırabildikleri gibi, işin üstlendiği yer devletin tabiiyetinde bulunan kişileri de çalıştırmaktadır. Bu durum milletlerarası iş ilişkilerini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü, bu durumda iş ilişkisi yer ve/veya kişi bakımından 'yabancı unsur'lu olmaktadır.

Türkiye açısından böyle bir gelişmeye özellikle Türk firmalarının Sovyetler Birliğinin yıkılmasından sonra yeni kurulan Türki Cumhuriyetlerinde yaptıkları işlerde rastlanmaktadır. Gerçekten de son yıllarda, özellikle bayındırlık işlerinde Türk firmalarının yerli firmalar ile yaptıkları *joint venture* (ortak girişim) ya da konsorsiyum türü ortaklıklarda birçok Türk işçi çalıştırılmaktadır. Bu işçiler ile firmaları arasında doğan uyuşmazlıklar da Türk mahkemeleri önüne getirilmektedir. İşte bu durum bizi milletlerarası iş hukuku ilişkilerinin iş kazası boyutunu incelemeye sevk etmiştir.

Bu yazıda konu iki ana bölümde incelenecektir. Birinci bölümde, maddi hukukta iş kazası kavramı ortaya konmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise, milletlerarası özel hukuk bakımından iş kazaları kanunlar ihtilafı açısından incelenecek, olayın Türk hakimi önüne gelmesi halinde, hakim uygulayacağı hukuk ve bu hukukun uygulanmasını sınırlandıran durumlar tespit edilmeye çalışılacaktır. Buna karşılık, iş kazalarına ilişkin olarak milletlerarası usul hukuku konuları bu yazıda incelenmeyecektir.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Araştırma Görevlisi.

I. Maddi Hukukta İş Kazası Kavramı

A. GENEL OLARAK

Maddi hukukta iş kazasının iki farklı boyutu vardır. Bunlardan ilki, borçlar hukuku boyutu diğeri sosyal güvenlik hukuku boyutudur. Böyle bir ayrıma gidilmesinin nedeni, iş ilişkisinde zayıf konumda bulunan işçinin zararının tazmini, miktarı ve koşullarının her iki durum için farklı olmasıdır. Bir başka deyişle, bir iş kazasıyla karşılaşıldığında, işveren ve sosyal güvenlik kurumları farklı esaslara göre sorumlu tutulmaktadır.

Aslında tarihsel gelişim içerisinde, sosyal güvenlik kurumlarının iş kazalarından doğan sorumlulukları ancak 20. yy'ın başlarında ortaya çıkmıştır. İlk yasal düzenlemelerde, sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden hareketle, işçinin uğradığı zararının tazmini işverenlere yüklenmiştir. Gerçekten de, iş kazalarının işletmelerdeki üretim sürecinde ortaya çıktığı düşünüldüğünde, üretimden kar elde eden işverenin, bununla ilgili olarak ortaya çıkan riskleri de üstlenmesi gerekir. Ancak tarihsel süreçte, işçinin işverenin kusurunu ispatta karşılaştığı güçlükler ve çoğunlukla davaların uzun sürmesi ve işçilerin zararlarının tam karşılanmaması gibi durumlar yaşanmıştır. İşte ilişkinin zayıf tarafı durumunda bulunan işçiyi korumak amacıyla işçilerin iş kazalarına karşı korunmaları sosyal güvenlik kapsamına alınmıştır.¹ Bu gelişmelere paralel olarak bir çok devlet, iş kazalarından doğan zararların karşılanmasının sosyal güvenlik sistemi içerisine almışlar ancak istisnai hallerde işverenin sorumluluğu cihetine gidileceğini düzenlemişlerdir.²

Türk hukukunda da bu gelişmelere uygun olarak, Sosyal Sigortalar

¹ GÜZEL/OKUR: Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1999, 169.

² Örneğin, Fransa'da Fransız Sosyal Güvenlik Kanununun 469. maddesine göre, iş kazası işverenin veya müstahdemın kasdından (*faute intentionnelle*) doğmuş ise, işçi ya da hak sahipleri sosyal sigorta yardımlarını aşan zararlarını işverenden talep edebilirler; benzer şekilde İsviçre (kasd ve ağır kusur) ve Almanya (kasd) için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 196 ve devamı (vd); ULUSAN/ESEN: İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Kitap 2, İstanbul 1985,31 vd.

Kurumu (SSK)'nın iş kazaları sonucunda işçinin zararını gidermek amacıyla birtakım yardımlarda bulunacağı öngörülmüştür. Buna göre iş kazasına uğrayan işçiye, Kurum tarafından belli bir miktar ödeme yapılır. Buna karşılık iş kazalarından işverenin sorumluluğunu açıkça düzenleyen bir hükme kanunlarda rastlanmamaktadır. Ancak kanunda bu konuda herhangi bir sınırlamanın yer almamış olması sebebiyle işçinin, sosyal sigortalar tarafından karşılanmayan zararları için genel hükümlere göre işverene başvurabileceği doktrin ve yargı kararları tarafından kabul edilmektedir.³

B. İŞ HUKUKU VE BORÇLAR HUKUKU ANLAMINDA İŞ KAZASI

İş kazaları 1475 sayılı İş Kanununda (İşK) ve iş sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunumuzda (BK) tanımlanmamıştır. Bu Kanun, sadece 73-82. maddeleri arasında işçilerin iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı korunması ve bu konuda işverenler tarafından alınacak önlemlere ilişkin hükümlere yer vermekle yetinmiştir. İş kazası konusunda doktrinde farklı tanımlar verilmiştir. Bu tanımlar incelendiğinde, yazarların ortak birtakım unsurlarda birleştikleri görülür. Buna göre iş kazası, genel olarak işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya işin gereği olarak aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle meydana gelen ve onu bedenlen veya ruhen zarara uğratan bir olay olarak tanımlanabilir.⁴ Bu tanıma göre iş kazasının unsurları şunlardır:

³ TEKİNAY, İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl (Y).1968, Sayı (S).3, 89, 91; EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt (C).I, Ferdi İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1980, 143; EREN, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 79-80; SÜZEK (2), 193; yargı kararları: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (HD). Tarih (T).4.3.1971, Esas (E).12686, Karar (K).2742, OĞUZMAN, Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 3.Bası, İstanbul 1981, 539; aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK). T.19.11.1975, E.1975/10-398, K. 1975/1315, Yargıtay Kararlar Dergisi (YKD), Ekim 1977, C.3, S.10, 1343.

⁴ Bkz. TUNCAY, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 8.Bası, İstanbul 1988, 213; EREN, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1977, 5; ULUSAN/ESEN (2), 163.

- a) kazanın aniden, istenmeyerek dıştan gelen bir etken sonucu meydana gelmesi,
- b) işçinin zarara uğraması
- c) kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması⁵.

İşverenin işçinin iş kazalarından doğan sorumluluğunun İşK ve BK'da açıkça düzenlenmediğini söylemiştik. Ancak bu durumda işverenin bu konuda hiç bir sorumluluğunun bulunmadığı düşünülemez. Nitekim doktrinde ve yargı kararlarında da, işverenin işçinin SSK tarafından karşılanmayan zararları için işverene başvurabileceği kabul edilmektedir.⁶ Bunun dayanağı da BK m.332 ve İşK m.73'de yer alan işverenin 'işçiyi koruma ve gözetme borcu'dur. Gerçekten de BK m.332⁷, İşK m.73 ve bu maddeye istinaden çıkarılan tüzüklerde işverenin işçiyi koruma borcunun kapsamı çok geniş tutulmuş ve görülen işin gereği olan her türlü önlemin alınmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür.⁸ Ayrıca, bunlara uymayan işverenlere idari ve cezai yaptırımlar

⁵ Uygun illiyet bağı işçinin otoritesi altında bulunup bulunmamasına göre belirlenir. Bu konuda mevzuatımızda çeşitli karineler vardır. Nitekim, SSK madde (m).11/A'da belirtilen durumlarda işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu genellikle kabul edilir. Ancak öyle durumlar vardır ki, artık işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu söylenemez. Örneğin, işçinin, işe gelirken yoldayken karıştığı kavga sırasında yaralanması halinde, bunun işçinin gördüğü işle bir ilgisi olduğu kabul edilemez: ULUSAN/ESEN (2), 18.

⁶ İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kavramı, iş ilişkisinin her iki tarafı için de geçerli olan 'sadakat borcu'nun işverene ait olan kısmını ifade etmek için kullanılır. Bu borç gereğince işveren öncelikle işçinin hayatını ve sağlığını korumak ve, işyerlerini, işde kullanılacak alet, edavat ve malzemeleri işçinin hayat ve sağlığına zarar vermeyecek şekilde düzenlemek ve bu konuda gerekli düzenlemeler getirmek ve bunların takibini yapmakla yükümlüdür: KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, 9.

⁷ BK m.332'de işverenin "hakkaniyet" in gerektirdiği tedbirleri alması öngörülmüştür. Buna göre, her somut olayın özelliklerine göre işverenin sorumluluğu belirlenecektir.

⁸ SÜZEK, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Huktan Doğan Sorumluluğu, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosunun Birlikte Düzenledikleri İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Önerileri 1996 yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 1996, 25.

rımlar getirilmiştir.⁹ Sonuç olarak, işyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarara uğrayan işçi ve hak sahipleri SSK tarafından yapılan ödemeleri aşan zararları için BK hükümleri uyarınca maddi tazminat talep edebilirler. Buna göre, eğer işçinin zararının tümü SSK tarafından karşılanmışsa işverenden herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Şayet manevi tazminatın şartları gerçekleşmişse işverenden bu, talep edilebilecektir.

İşverenin iş kazalarından sorumluluğu konusunda üzerinde durulması gereken bir başka konu da, iş sözleşmesinin küçük yaştaki işçiler ile kadınların belli bazı işlerde çalıştırılmaları yasağına aykırılık gibi, iş sözleşmesinin BK m.19 ve 20'ye aykırı olması halinde, yine de işverenin iş kazasından sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğu cihtine gidilip gidilemeyeceği meselesidir. Bu konuda iş hukukunda, iş sözleşmesi, iş ilişkisi ayrımı yapılmaktadır. Buna göre, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü iş ilişkisinden o ana kadar doğan hakları etkilememekte, hükümsüzlük sadece geleceğe yönelik olarak etkilerini doğurmaktadır.¹⁰ Burada esas olarak iki ana düşünce rol oynamaktadır: Bunlardan birincisi, işçileri koruma düşüncesi¹¹ ve diğeri de hükümsüzlük nedenlerinin varlığı halinde sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiyesinin zorluklar yaratacağı düşüncesidir.¹² Bununla birlikte doktrinde, yabancıların çalışmaları yasaklanmış¹³ olan işlerde çalıştırılmaları halinde

⁹ İşçiyi koruma ve gözetme borcunu gereği gibi yerine getirmeyen işveren İşK m.101'deki para cezalarına çarptırılabilir. Ayrıca İşK m.75 gereğince işyeri kapatılabilir ya da durdurulabilir. Bu durumda işveren işçilere ücretlerini ödemek ya da daha düşük ücretli olmamak şartıyla meslek ve durumlarına göre bir iş vermekle yükümlüdür. Ayrıca işveren, İşK m.101'deki para cezalarına çarptırılabilir. Bundan başka işçinin iş kazası sonucunda yaralanması ve ölümü halinde işveren TCK'nın ilgili hükümlerine göre mahkum edilebilecektir.

¹⁰ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ankara 1994, 146-147; SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 61.

¹¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK) 18.6.1958, E.20, K.9, RG. 30.9.1958, S.10020.

¹² SELİÇİ (10), 60.

¹³ Örneğin, bkz. 1932 tarihli 2007 sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun: Resmi Gazete

de iş sözleşmesinin hükümsüz olacağı ve fakat bu hükümsüzlüğün baştan itibaren sonuçlarını doğuracağı ileri sürülmüştür.¹⁴ Bu görüşe göre, yabancıların Türkiye’de bazı işlerde çalıştırılmalarını yasaklayan hükümler ulusal çıkarları korumak üzere getirilmiş kamu düzeyine ilişkin hükümlerdir. Bu sebeple, yabancı işçi çalıştırma yasağına rağmen yabancıların işe alınmasındaki kanuna aykırılık o derece önemlidir ki, bunun geçerli bir iş ilişkisi olarak kabulü yürürlükteki hukuk düzeninin temelleriyle bağdaşmaz.¹⁵

Kanımızca, böyle bir ayrıma gidilmesi hukuk düzenimizde geçerli olan anlayışla ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin nitelikleriyle bağdaşmaz. Şöyle ki, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde asıl olan, bu hükümsüzlüğün geleceğe yönelik olarak etkilerini doğurmasıdır. Ancak çok istisnai haller, örneğin, ahlaka aykırılık söz konusu ise ya da zayıfların korunması amacı varsa hükümsüzlük baştan itibaren sonuçlarını doğurur ve geçmişi de etkiler.¹⁶ Doktrinde savunulan görüşü, bireyin korunması yönündeki menfaatle dengelemek gereklidir. Özellikle işverene kişisel olarak bağlı olan, onun emir ve talimatlarına uymak zorunda olan işçi söz konusu olduğunda, bu gereklilik kendisini daha fazla hissettirmektedir. Somut olarak, işverenin iş kazası ve iş güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle bir iş kazası meydana gelmesi halinde, işçiyi sırf yabancı olması nedeniyle geçersiz de olsa o ana kadar ifa edilmiş olan iş sözleşmesinin koruyucu şemsiyesinden mahrum bırakmamak gerekir. Aksi durumun kabulü, işçiyi bilerek çalıştıran işverene aşırı bir koruma sağlamak anlamına gelir.

Anayasamızda iş güvenliği hakkının açıkça düzenlendiği bir madde

(RG).6.6.1932, S.2126; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL, Yabancılar Hukuku, 7.Bası, İstanbul 1997, 108 vd.; TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1996, 177 vd.

¹⁴ Bkz. EKONOMİ, İş Hukuku, C.I, 3.Bası, İstanbul 1984, 161; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, C.I, 6.Bası, İstanbul 1986, 145-146; NARMANLIOĞLU (10) 151; CENTEL, Türk Hukukunda İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları, Sosyal Siyaset Konferansları, 32-33. Kitaplar, İstanbul 1983, 226; aynı yönde Yargıtay 4.HD, 11.8.1958 tarih E.7336, K.5560, ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, 364-365.

¹⁵ CENTEL (14), 226.

¹⁶ SELİÇİ (10), 61.

bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, çalışanların toplumsal risklere karşı korunması açısından önleme ve tazminin birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturdukları, sosyal güvenlik kavramının toplumsal risklerin önlenmesini de kapsadığı, dolayısıyla Anayasanın herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu söyleyen 60. maddesinin aynı zamanda iş güvenliği hakkını güvence altına alan bir anayasal düzenleme olduğu savunulmaktadır.¹⁷ Anayasa hükümlerinin kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanacağı gözönünde tutulursa¹⁸, bir yabancıyla hizmet sözleşmesi yapmış olan bir işveren, bir Türk ile hizmet sözleşmesi yapmış olan bir işverenden daha avantajlı hale gelecek ve yabancıнын Anayasadan doğan iş güvenliği hakkını kullanamaması sonucu doğacaktır. Sonuç olarak, işveren, fiili hizmet ilişkisi devam ettiği sürece tüm işçilerinin uğrayacağı iş kazalarından sorumlu tutulabilecektir.

Doktrinde ve yargı kararlarında, işverenin iş kazasından doğan zararların SSK tarafından karşılanmayan kısmının işverenden genel hükümlere göre istenebileceği konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, bu sorumluluğun bir 'kusur' sorumluluğu mu yoksa bir 'kusursuz' sorumluluk mu olduğu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹⁹ işçinin SSK tarafından karşılanmayan zararlarını işverenden isteyebilmesi genel hükümler ve BK m.332 ve 96 çerçevesinde mümkündür. Söz konusu maddeler ve Borçlar Kanunumuz açısından esas olan kusur sorumluluğu ilkesidir. Kusursuz sorumluktan sözdebilmek için, bu hususun, mutlaka kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir.

Doktrinde diğer bir görüş²⁰ ise, işverenin sorumluluğunun kusursuz

¹⁷ SÜZEK (2), 33 vd.

¹⁸ SÜZEK (2), 45 vd.

¹⁹ TEKİNAY (3), 91; SÜZEK (2), 226 vd.; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 207.

²⁰ EREN (3), 37, 89; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, C.I, Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, 3.Bası, İstanbul 1984, s.268; HATEMİ, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini, İş Hukuku Uygulamaları (İHU), 1976, İşK. m.73; GÜRİSOY, İşverenin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1974, C.XXXI, S.1-4, 195; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 1978, 808.

sorumluluk esasına dayandığını savunmaktadır. Ancak bunlar arasında ileri sürülen gerekçeler bakımından tam bir görüş birliği bulunduğu söylenemez. Bazı yazarlar²¹ işverenin sorumluluğu konusunda bir kanun boşluğu bulunduğunu savunmakta, bu boşluğun MK m.1 uyarınca hakim tarafından doldurulması gerektiğini kabul etmektedirler. Buna karşılık, bazı yazarlar kanun boşluğu görüşünü paylaşmamışlar ve mevcut kuralların yorumu ile kusursuz sorumluluk esasına ulaşımlardır.²²

Yargıtay ise, işveren, iş güvenliği önlemlerini almakta kusurlu ise, olaya kusur sorumluluğu ilkesini uygulamakta ve işvereni kusuru oranında sorumlu tutmaktadır. Buna karşılık, işverenin işgüvenliği önlemlerini alma konusunda kusurunun bulunmadığı tespit edilirse, olaya kusursuz sorumluluk prensibini uygulamakta, ancak BK m.43 uyarınca tazminatta indirimde gitmektedir.²³

Kanımızca, işverenin, iş kazalarından sorumluluğunun bir 'kusur' sorumluluğu olması gerekir. Çünkü, BK'nunun sistemi kusur sorumluluğu ilkesine dayanır. Kusursuz sorumluluktan sözdebilmek için bunun kanun tarafından açıkça düzenlenmesi gerekir. Bundan başka, ülkemiz koşullarında iş güvenliği önlemlerini yeterince önem vermeyen işverenler bulunduğu düşünüldüğünde, onları kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu kılırsak, nasıl olsa sorumlu olacağız diye bu konuda hassasiyet göstermeyecekleri sonucuna varılabilir. Ancak bir ölçüde de olsa kusur sorumluluğunun getirilmesi, onları bu konuda daha dikkatli olmaya sevkedecektir.²⁴

²¹ EREN (3), 89; GÜR SOY (20), 195; ÇENBERCİ (20), 808.

²² Bunlardan bir kısmı BK 332 ve İşK.73'ün birlikte değerlendirilmesi sonucunda İşK. m.73'ün işverenin objektif olarak alması gerekli önlemleri alma zorunluluğu getirmesinden hareketle ortada bir kusursuz sorumluluğun olduğunu ileri sürer: TUNÇOMAĞ (20), 269-270. Bir diğer grup ise, BK m.332'de "hakkaniyet" ibaresi geçtiği için bir kusursuz sorumluluk durumunun öngörüldüğünü ileri sürer: HATEMİ, İşK m.73.

²³ Bkz. Örneğin, HGK, E.1981/9-929, K.1983/1044, T.28.10.1983, YKD, Mart 1984, 347-349; Yargıtay 9.HD. E.1972/46219, K.1973/18047, T.24.5.1973, İşveren Dergisi, Temmuz 1973,14-15.

²⁴ SÜZEK (2), 230.

C. İŞVERENİN İŞ KAZASINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN KAYNAĞI

İş kazası sonucunda durumun gerektirdiği iş güvenliği önlemlerini almayan işverenler, kazaya uğramış işçiye karşı 'gözetme borcu'na aykırı davranmış olur. Bu bağlamda, işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması sebebiyle ortaya çıkan iş kazası bir sözleşmeden doğan borca aykırılık teşkil eder. Ancak bu, aynı zamanda genel bir davranış kuralının da ihlali anlamına gelir. Böyle bir durumda işveren, hem BK m.332 uyarınca gözetme borcuna aykırı davranışı sebebiyle hem de BK m.41 vd. göre haksız fiil esaslarına göre sorumludur. Hiç şüphesiz sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurulması işçinin lehinedir. Çünkü, haksız fiil sorumluluğu esasında işçi işverenin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda kalırken, diğerinde kusursuzluğunu ispat yükü işverene aittir. Bundan başka, işçi sözleşme sorumluluğu esasına dayanırsa zamanaşımı süresi BK m.125 uyarınca 10 yıldır. Halbuki haksız fiillerde zamanaşımı 1 yıldır (BK m.60).

Dava haklarının yarışması halinde davacının hangi esasa göre talepte bulunabileceği konusunda çeşitli görüşler vardır. Bazı yazarlar borca aykırılık esasına dayanma imkanı varken haksız fiil sorumluluğuna dayanılamayacağını savunurken²⁵; bazıları ise, haksız fiil esaslarına üstünlük tanınmasını kabul eder.²⁶ Ancak bu konuda baskın görüş, şartları gerçekleşen iki sorumluluğa dayanan taleplerin yarışacağı ve mağdurun dilediği esasa göre zararının giderilmesini isteyebileceği kabul etmektedir.²⁷ İşte bu şekilde davacı davasını dayandırdığı esası belirlemişse, hakim şartları gerçekleşen bu esas yerine diğer esasa dayanarak karar veremez. Ancak eğer davanın dayandığı esasın şartlarının gerçekleşmediği anlaşılırsa, buna karşılık diğer esasın şartlarının varlığı halinde, hakim gerçekleşen esas göre karar verecektir.²⁸ Bu çözüm, davanın hukuki sebebini hakim re'sen belirler ilkesine de uygundur.

²⁵ Bkz. OĞUZMAN/TURGUT, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 2.Bası, İstanbul 1998, 672, dpn.2'deki yazarlar.

²⁶ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ (25), 672, dpn.3.

²⁷ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 537, EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 4. Bası, Ankara 1991, 316-317, GÜRSOY, Davaya Hakkının Telahuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Y.1974, C.XXXI, S.1-4, 149 vd.

²⁸ OĞUZMAN/ÖZ (23), 672.

D. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU ANLAMINDA İŞ KAZASI

Sosyal güvenlik, kişilerin belirli sosyal riskler karşısında ekonomik güvence sağlama amacı güden düşünce ve bu düşünceye işlerlik kazandıran kurumsal yapıdır.²⁹ Sosyal sigortalar, sosyal yardım ve sosyal hizmetlerle birlikte sosyal güvenlik sisteminin bir parçasını oluşturmaktadırlar. Sosyal sigortalarda kişiler kendilerine, ödedikleri primler yoluyla güvence sağlarlar.

İş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiler sosyal sigortalar alanında SSK'ya bağlıdırlar. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSKa). m.2'de bir hizmet sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılmıştır. Aynı kanunun 6. maddesinde, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olmak hak ve yükümünden vazgeçemeyeceklerini, sözleşmelere sigorta yardım yükümlerini azaltmak ve başkalarına devretmek yolunda hükümler konulamayacağını düzenlemektedir. Buna göre, sosyal sigorta bir mecburi sigorta türüdür. SSK ilişkisi sigortalı, işveren ve SSK arasında kurulan bir kamu hukuku ilişkisidir.³⁰ Tarafların hak ve yükümlülükleri de bu çerçevede değerlendirilir.

Ülkemizde 506 sayılı SSKa'da, bazı sosyal riskler sosyal sigortalar kapsamına alınmıştır. Bunlar: iş kazaları ve meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölümdür.

İş kazası konusunda ayrıntılı bir tanıma 506 sayılı Kanunda yer verilmiştir. Kanununun 11. maddesinin A fıkrasına göre "*iş kazası, aşağıdaki hal ve durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı, hemen veya sonradan bedenen veya ruhen arızaya uğratan olaydır*". Maddede sayılan hal ve durumlarda iş kazasından sözedilebilecektir. Buna göre, bir olayın iş kazası olarak sayılabilmesi için, sigortalının, işyerinde bulunduğu sırada; işveren tarafından yürütülmekte olan bir iş dolayısıyla; sigortalının işveren tarafından görevle bir başka yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda; ya da sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere topluca götürülüp getirilmesi sırasında veya emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelmiş olması gerekir.

²⁹ TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5.Bası, İstanbul 1990, 5; GÜZEL/OKUR (1), 2.

³⁰ TUNÇOMAĞ (29), 155; SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, 15 vd.

Bu ayrıntılı tanım karşısında SSKa'nın iş kazası kavramının, borçlar hukuku anlamındaki 'iş kazası' kavramından farklı ve daha geniş bir anlam içerdiği ileri sürülebilir. Şöyle ki, işverenin, iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için iş ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Eğer işverene karşı sözleşme sorumluluğu esasına göre dava açılmışsa, işveren sözkonusu iş kazasının gerekli önlemlerin alınmamasından ileri gelmediğini, bir başka deyişle illiyet bağının varlığından söz edilemeyeceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir.³¹ Halbuki, aynı durum Sosyal sigortalar anlamında bir iş kazasıdır ve işçi SSK'ca yapılan yardımlara hak kazanır.³²

İş kazası halinde sigortalılara bazı yardımlar sağlanır. Bunlar sağlık yardımını, gecici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik ödeneği, protez sağlanması sigortalının yurt dışına gönderilmesi masrafları, cenaze masrafları ve sigortalının ölümünde hak sahiplerine gelir bağlanmasıdır (m.12).

Konumuz açısından belirlenmesi gereken sosyal sigorta ilişkisinin sözleşmesinin taraflarından biri ya da her ikisinin yabancı olması halinde uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Öncelikle yabancıların sosyal güvenlikten yararlanması SSKa m.3'de kurulan sistem ile Anayasa m.60'a tabidir. Anayasa m.60 herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olmalarını öngörmüştür. Ancak Anayasa m.16'ya uygun kısıtlamalar yapılabilir.³³ SSKa m.3'de ise, bir iş sözleşmesine dayanılarak çalışılsa bile bazı kimselerin bu kanunun uygulanmasında 'sigortalı' sayılamayacakları öngörülmüştür. Aynı maddenin I/g bendi uyarınca, yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir işletme tarafından ve o işletme nam ve hesabına Türkiye'de bir iş için gönderilen ve yabancı memlekette sigortalı olduğunu bildiren yabancı kimseler, SSK uygulamasında sigortalı sayılamayacaklardır.

SSKa m.3/II'de ise, bazı sigorta kollarının bu maddede sayılanlar hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bir işveren emrinde çalışan ve Türk uyruklu olma-

31 Örneğin, işçinin ara dinlenmesi sırasında arkadaşlarıyla voleybol oynarken düşerek ayağını kırması halinde bu SSKa'ya göre bir iş kazası olmasına karşılık, böyle bir sonuçtan işverenin sorumluluğu cihetine gidilemez.

32 SÜZEK (2), 240.

33 TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1996, 180-181.

yanlar hakkında ancak kendilerinin yazılı isteği üzerine uygulanırlar. Görüldüğü gibi burada, uzun vadeli sigorta kolları için bir istisna getirilmiş, buna karşılık iş kazası meslek hastalığı, hastalık, analık gibi kısa vadeli sigorta kolları maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre iş kazaları bakımından getirilen tek sınırlama, yabancı bir memlekte kurulu müesseseler tarafından ve o müesseselerin nam ve hesabına Türkiye’de çalışan ve yabancı bir memlekette sigortalı olduğunu bildiren yabancı kimseler için getirilmiştir. Buna göre m.3/IG bendine girmeyen yabancı kişiler ile bu bende girmekle birlikte böyle bir bildirimde bulunmayanlar hakkında mecburi sosyal sigorta kuralı işletilecektir.³⁴

II. İş Kazasına Uygulanacak Hukuk

A. GENEL OLARAK

Yukarıda Türk hukukunda iş kazasının borçlar hukuku ve sosyal güvenlik hukuku olmak üzere iki boyutu olduğunu belirttik. Aynı esastan hareketle, kanunlar ihtilafı bakımından yapacağımız açıklamaları da iki ana başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Bir kanunlar ihtilafı sorunun ortaya çıkabilmesi için öncelikle hukuki ilişkinin ‘yabancı unsur’lu olması gerekir. Yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde yapılması gereken ilk işlem ‘vasıflandırma’dır. Vasıflandıma, belirli bir hayat ilişkisinin hangi ilişki kategorisinde yer aldığını belirlemeyi sağlar. Çünkü, her bağlama kuralı belirli bir hukuki ilişki kategorisinden hareket eder. Bir bağlama kuralı, bağlama konusu ve bağlama noktası olarak iki unsur ihtiva eder. İşte vasıflandırma, belirli bir hayat olayının, hangi bağlama kuralının bağlama konusu kapsamında yer alacağını saptar. Bu konuda farklı hukuk sistemleri belirli bir hayat ilişkisini farklı şekilde niteleyebilmektedirler. Bu nedenle vasıflandırmanın hangi devlet hukukuna göre yapılacağını belirlenmesi gerekir. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.³⁵ Ancak yabancı hukuklarda ve

³⁴ TEKİNALP, G. (dn.33), 181.

³⁵ Bu konuda ileri sürülen görüşler şunlardır: 1-Vasıflandırma *lex for’iye* göre yapılmalıdır, 2-*lex causae*’ya göre yapılmalıdır, 3-bağımsız yorum, 4-karma yorum: Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 10.Bası,

Türk hukukunda hakim görüş³⁶, vasıflandırmanın *lex fori*'ye tabi olmasıdır.³⁷

Buna göre, yabancı unsurlu bir iş kazası nedeniyle ortaya çıkacak uyumsuzluk Türk hakimi önüne geldiğinde, hakim kendi hukukuna göre (*lex fori*) vasıflandırma yapacaktır. Bunun sonucunda işverenin sorumluluğunu bir sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirirse Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun (MÖHUK) m.24; bir haksız fiil sorumluluğu olduğu sonucuna varırsa MÖHUK m.25 uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu konuda maddi hukuk açısından yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi, mağdurun bu konuda yarışan bir hakkı sözkonusudur ve mağdur talebini sözleşmeye aykırılığa dayandırırorsa MÖHUK m.24; haksız fiile dayandırırorsa MÖHUK m.25 uygulanacaktır.³⁸

Milletlerarası özel hukukta haksız fiiller, aynı zamanda zarar veren ile zarara uğrayan arasında önceden mevcut bulunan bir hukuki ilişkiyi de ihlal ediyorsa, bu hukuki ilişkinin tabi olduğu hukukun haksız fiile de hakim olması gerektiği kabul edilir.³⁹ Çünkü, bu şekilde özel bir sözleşme ilişkisi için daha geniş ve teferruatlı hükümler getiren sözleşme statüsünün tercih edilmesi mümkün hale gelir. Bu durum güven prensibi ve hukuki emniyet bakımından da savunulabilir.⁴⁰ Ancak, bunun kabulü için sözleşme ilişkisi ile haksız fiil ilişkisi

İstanbul 2000, 91 vd.; TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), 6.Bası, İstanbul 1999, 27 vd.; ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Bası İstanbul 2000, 75 vd..

36 Ancak Yargıtay 1945 tarihli bir kararında, vasıflandırmanın *lex causae*'ya göre yapılacağına karar vermiştir: Bkz. BERKİ /ERGÜNEY, Kanun İhtilafı, İstanbul 1954, 80-81.

37 NOMER (dn. 35), 95; TEKİNALP, G. (dn.35),28; ÇELİKEL (35), 84.

38 Maddi hukuktaki değerlendirmeden farklı olarak kanunlar ihtilafı alanında her iki statünün de birlikte uyumlu bir biçimde uygulanması mümkün değildir. Çünkü, genellikle bu iki statü farklı devletlerin hukuku olacaktır: TEKİNALP (35), 273.

39 *Sayers v. Interantional Drilling Co.N.V.* davasındaki tartışma ve bu kararın eleştirisi için bkz. SMITH, Internatioanl Employment Contracts-Contracting Out, International Comparative Law Quarterly (ICLQ), Volume (Vol) 21, 164 vd.

40 NOMER (dn. 35), 278.

arasında bir irtibatın bulunması gerekir.⁴¹ İşte burada haksız fiilin *fer'i bağlanma noktasından*⁴² veya *irtibat ilkesi'nden*⁴³ söz edilir. İş kazası bakımından böyle bir irtibatın gerçekleştiğinden şüphe edilmemelidir.⁴⁴ Bu bağlamda iş kazası bir haksız fiil olarak nitelense ve mağdur talebini buna dayandırsa bile, bu durum aynı zamanda işveren, zarara uğrayan işçi ile arasındaki iş sözleşmesinin ihlali sonucunu doğuracağından, iş kazalarına iş sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulanacaktır. Bu noktada sözleşme statüsü subjektif ya da objektif olarak belirlenecektir. Ancak iş kazası sonucunda 3. kişiler zarar görmüşlerse, şüphesiz bunlara haksız fiil statüsü uygulanacaktır. Bu durumda, birçok hukuk düzeninde olduğu gibi, Türk hukukunda da haksız fiilin ika yeri, daha yakın bir irtibatın bulunması halinde bu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK m.25). Biz yukarıda belirtilen gerekçelerle, aşağıdaki açıklamalarımızı iş sözleşmesine uygulanacak hukuk bağlamında yapacağız. Buna karşılık, sosyal güvenlik anlamında iş kazalarına uygulanacak hukuk bundan farklı olacaktır.

B. İŞ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olması sebebiyle kanunlar ihtilafı alanında sözleşme statüsüne tabi kılınmıştır. Ancak yine bu sözleşmenin, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı özellikler göstermesi, bu konuda özel bağlama kurallarının getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Yine iş sözleşmelerindeki bu nitelik, yetkili yabancı hukukun uygulama alanını, kamu düzeninin müdahalesi ve doğrudan uygulanan kuralların varlığı sebebiyle daha fazla oranda sınırlandırmaktadır.

Türk hukukunda ise, tüm sözleşmeleri tek bir kural ile düzenleme iddiasında olan MÖHUK m.24'de iş sözleşmeleri için özel bir hüküm getirilmemiştir. İşte biz bu bölümde, iş sözleşmelerine uygulanacak hu-

41 TEKİNALP (dn. 35), 273.

42 NOMER (dn. 35), 277.

43 TEKİNALP (dn.35), 273.

44 Bkz. Bölüm (Bf),I,B.

kuku ve bunun hüküm ve sonuçlarını inceledikten sonra yetkili huku-
kun uygulama alanını sınırlayan durumları ele alacağız.

Sözleşme statüsü, sözleşmenin kuruluşu ve kuruluştan doğan tüm so-
runlar, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona ermesi gibi konu-
larda uygulanacaktır.

a) Yabancı Unsur

Bir kanunlar ihtilafının varlığı için yabancı unsur (*foreign element*)'un
varlığı zorunludur.⁴⁵ Çünkü, ancak bu durumda birden fazla devletin
hukukları karşı karşıya gelir. Buna göre, tüm unsurlarıyla iç hukuka
ait bir hukuki ilişki kanunlar ihtilafı probleminin dışında kalır, söz-
leşmeye o iç hukukun ait olduğu devlet hukuku uygulanır.

Uyuşmazlığı çözümlenmekle yetkili olan hakim, yabancı unsurlu (mil-
letlerarası unsurlu)⁴⁶ bir hukuki ilişkiyle karşılaştığında, yetkili hu-
kuku kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyecektir.⁴⁷ Bu
kuralların gösterdiği hukuku, atıf kurallarını da dikkate alarak re'sen
(*ex officio*) uygulayacaktır.⁴⁸

İş sözleşmeleri bakımından yabancı unsur, çeşitli şekillerde ortaya çı-
kabilir: Sözleşmenin taraflarının farklı devlet tabiiyetinde olması ve
ya işletmenin merkezinin yabancı bir ülkede olması hallerinde ya da
sözleşmenin yapıldığı yer bakımından sözleşme yabancı unsurlu ola-
rak nitelendirilebilir.⁴⁹ Bunun gibi, tarafları Türk olan bir iş sözleş-

45 ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, 2.

46 Türk hukukunda milletlerarası ile yabancı unsur kavramların aynı anlam-
da kullanılmıştır: ULUOCAK (dn. 45), 3; TEKİNALP (dn.35), 259; TİRYAKİ-
OĞLU, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uy-
gulanacak Hukuk, Ankara 1996, 5 vd.

47 EKŞİ, Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvan-
syonu'na Göre Anlamı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk
Bülteni (MHB), Y.1992, S.1-2, 2.

48 ZAJTAY, The Application of Foreign Law, International Encyclopedia of
Comparative Law, Vol.3, Chapter 14, 9.

49 Belirtilmeli ki, sözleşmenin yabancı unsurlu olup olmadığının belirlenme-
sindeki yeni yaklaşım, sözleşmenin ekonomik karakterinden hareket ede-
rek, uluslararası ticareti ilgilendiren, onu etkileyen sözleşmeleri yabancı un-
surlu kabul etmektir. Buna göre bir sözleşme yer ve kişi unsuru bakımından

mesinde, sözleşmeden doğan tüm edimlerin yabancı bir ülkede ifa edilmesi halinde sözleşme yabancı unsurlu olarak kabul edilecektir.⁵⁰

Bir sözleşmenin yabancı unsurlu olarak kabul edilmesinde sözleşmenin taraflarının bir rolünün olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵¹, tüm unsurlarıyla iç hukuka ilişkin bir sözleşmeye, tarafların iradeleriyle yabancılik unsuru verilemez, iç hukuka ilişkin bir sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanması ancak yedek hukuk kuralları bakımından kabul edilebilir, emredici hükümler bu şekilde bertaraf edilemez. Bir başka görüş ise⁵², tarafların hukuk seçimi yoluyla, uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukuku seçmelerinin tek başına sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getireceğini kabul eder. Bu görüşü savunanlara göre, taraflar nasıl ifa yeri olarak yabancı bir devlet ülkesini seçerek sözleşmeyi yabancı unsurlu kılıyorlarsa, aynı şekilde sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi ile de sözleşme, tarafların iradesiyle yabancı unsurlu hale gelir.

Kanımızca, tüm unsurlarıyla iç hukuka ait bir sözleşmeye tarafların iradesiyle, uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukukun seçilmesi tek başına 'yabancı' nitelik kazandırmaz. Aksi durumun kabulü halinde, devletler özel hukukunda istenmeyen bir durum olan kanuna karşı hile ile karşılaşılır. Bundan başka, MÖHUK m.1 hükmü karşısında zaten hukuk seçme olanağı yalnızca yabancı unsurlu sözleşmeler bakımından tanınmıştır. Bu durumda taraflar, sözleşmelerine mutlaka

yabancı unsurlu kabul edilmediği hallerde bile milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirdiği takdirde bir milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilebilecektir: ŞANLI, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, 31-32; TIRYAKIOĞLU (46), s.7; LANDO, Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.3, Chapter 24, 35; DELAUME, What Is An International Contract? An American and A Gallic Dilemma, ICLQ, Y.1979, Vol.28, 269.

50 EKŞİ, Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul 1997, 118; Türkiye'deki elçilik ve konsoloslularda çalışan işçilerle yapılan iş sözleşmelerinin değerlendirilmesi için bkz. TUNCAY, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, ONAR Armağanı, İstanbul 1977, 913, EKŞİ (50), 119.

51 ESENER, Devletler Hususi Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibi, AÜHFĐ. Y.1954, C.XI, 482; DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, 31; TEKİNALP (dn. 35), 259.

yabancı bir hukukun uygulanmasını istiyorlarsa, bunu ancak yedek hukuk kuralları bakımından yapabilirler.

b. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Sözleşmeye uygulanacak hukuk tayin edilirken amaç, sözleşme için en uygun hukukun (*proper law*) belirlenmesidir.⁵³ En uygun hukuk ile kastedilen, tarafların ilişkilerine uygulanmasını istedikleri veya objektif olarak uygulanmasını istediklerinin kabul edilebileceği hukuktur.⁵⁴ Bu hukuk, milletlerarası özel hukuk adaletinin gereği olarak milletlerarası özel hukuka ilişkin menfaatler dikkate alınarak belirlenir.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde iki temel yöntem bulunmaktadır: Bunlar objektif ve sübjektif yöntemlerdir. Sübjektif yöntem ile kastedilen, uygulanacak hukukun, tarafların açık (*express*), örtülü, zımni (*tacit*) veya farazi, varsayılan (*presumed*) iradelelerine göre belirlenmesidir.⁵⁵ Objektif yöntem ise, somut olaya uygulanacak hukuk, tarafların iradeleri araştırılmaksızın, toplum menfaatleri gözönüne alınarak belirlenir. Bu yöntemde, sübjektif yöntemden farklı olarak en uygun hukuk taraf menfaatlerinin dışında diğer milletlerarası özel hukuk menfaatleri dikkate alınarak belirlenir.⁵⁶

⁵² NOMER (dn. 35), 261; ÇELİKEL (dn. 35), 255-256; EKŞİ (47), 7.

⁵³ AKINCI, Tarafların Yetkili Bir Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku, Ankara 1992, 4.

⁵⁴ ANTON, Private International Law, 2.Bası, Edingburgh 1990, 262; NORTH, Cheshire's Private International Law, 9.Bası, London 1974, 201; JAFFEY, Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws, ICLQ, Vol.23, Y.1974, 3.

⁵⁵ LANDO (dn. 49), 82.

⁵⁶ TİRYAKIOĞLU (dn. 46), 18.

2. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

a) İrade Muhtariyeti ilkesi

a1) Genel Olarak

İrade muhtariyeti ilkesi, sözleşmeye uygulanacak hukukun, yine bu sözleşmenin taraflarınca en iyi belirlenebileceği düşüncesinden hareket eder. İrade muhtariyeti ilkesi, hem taraf menfaatine hem de işlem menfaatine hizmet eder. Çünkü, bu şekilde belirli bir ilişkinin geçerlilik şartları önceden belirli olur ve gerek sözkonusu ilişkinin taraflarına gerek bunlarla işlemlere giren üçüncü kişilere asgari bir güven sağlanır. Ayrıca yine bu ilke, sözleşmenin tek bir hukuk düzeni tarafından yönetilmesini de sağlayacağından, milletlerarası özel hukukta istenmeyen bir durum olan parçalanma da önlenmiş olur.⁵⁷

Bu ilkenin ilk kabul edildiği ülke İngiltere'dir (ünlü 1939 tarihli *Vita Foods Products* davası). Önceleri bu ilke sınırlı bir biçimde uygulanıyordu. Örneğin, sözleşme ile seçilen hukuk düzeni arasında bir bağlantının bulunması şartı aranıyordu. Ya da yalnızca objektif bağlama kuralına göre yetkili olan hukukun emredici hükümleri dışında kalan konular hakkında hukuk seçimi imkanı tanınmıştı. Bugün için irade muhtariyeti ilkesi sınırsız olarak, bütün ülkelerde ve pek çok milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmiştir (MÖHUK m.24, Alman MÖHUK m.27, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*) (IPRG) m.116, 1955 tarihli Menkul Mal Satımı Sözleşmesi m.2, 1986 tarihli La Haye Sözleşmesi m.7, AT Roma Sözleşmesi m.3).⁵⁸

İş sözleşmeleri bakımından, hukuk seçiminin toplu iş sözleşmeleri yoluyla yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır.⁵⁹ Alman hukukunda bu

⁵⁷ LANDO (49), 33; ANTON (54), 264; ŞANLI (49), 114.

⁵⁸ TEKİNALP, Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB, Y.1988, S.1, 59-60; DIAMOND, Harmonization of Private International Law Relating To Contractual Obligations, Rec.Des.Cours, T.199, Y.1986, No.4, 254.

⁵⁹ Bu konuya değinmemizin nedeni Türk hukuk sisteminde Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİGLK) m.6/I uyarınca toplu iş sözleşmesinde

konu tartışılmış ve bunun kabulü halinde hem aynı yerde çalışan ve aynı işi yapan işçiler arasında uygulanacak hukuk bakımından ortaya çıkacak farklılıkların giderileceği, ayrıca işçiye hukuk seçimi yoluyla kendisinin aleyhine olan bir hukukun uygulanmasının önleneceği ileri sürülmüştür.⁶⁰ Türk doktrininde ise, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁶¹ toplu iş sözleşmeleri ile hukuk seçimine imkan tanımak gerekir; çünkü bu durum ilişkinin zayıf tarafında bulunan işçinin korunmasını sağlar. Bu görüşe göre, bireysel iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi arasında hukuk seçimi bakımından farklılık bulunmaktaysa, bu durumda TİSGLK m.6/II'den hareketle, seçilen hukuklar arasında bir karşılaştırma yapılarak, hangisi işçinin lehine ise, onun uygulanması sonucuna varılmalıdır.

Toplu iş sözleşmeleri yoluyla yapılacak hukuk seçimi konusunda bir başka görüş⁶² ise, hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmanın kanunlar ihtilafı açısından sonuç doğurması için belli bir iş sözleşmesi hakkında yapılması gerektiğini kabul eder. Gerçekten de, AT Roma Konvansiyonu'nun iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinin sadece bireysel iş sözleşmelerini düzenlediği Konvansiyon'a ilişkin Rapor'da açıkça belirtilmiştir.⁶³ Aynı şekilde IPRG m.121'de, toplu iş sözleşmelerine yer verilmemiştir. Buna göre bu konuda kabul edilmesi gereken, hukuk seçiminin sadece bireysel iş sözleşmeleri ile yapılabileceğidir. Çünkü Türk hukuku bakımından tamamen maddi hukuka ilişkin olan TİSGLK'nunu ilgili hükmünü, kanunlar ihtilafı alanında da kabul etmek mümkün görünmemektedir.

aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. İş sözleşmelerinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Aynı Kanun m.6/II'ye göre ise, toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümler bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir. Aynı durum hukuk seçimine ilişkin iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri için de geçerlidir.

60 Bu konuda Alman hukukundaki görüşler için bkz. DOĞAN (51), 53.

61 AKYİĞİT, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi, Çimento İşveren, Y.1990, C.IV, S.6, 20.

62 EKŞİ (50), 123-124.

63 EKŞİ (50), 124, dpn.35.

a2) İş Sözleşmeleri Bakımından İrade Muhtariyeti İlkesine Getirilen Sınırlamalar

19. yy'dan itibaren iç hukukta, sosyal devlet anlayışının gelişmesine paralel olarak zayıf tarafı korumaya yönelik olarak sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir.⁶⁴ İç hukuktaki bu gelişme milletlerarası özel hukuka da yansımış ve taraflardan birinin diğeri karşısında zayıf durumda bulunduğu sözleşmeler alanında hukuk seçimi sınırlanmıştır. Bunun nedeni, hukuki ilişkinin güçlü olan tarafının, menfaatine daha uygun olan hukukun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesi yoluyla, zayıf taraf lehine olan pek çok hükümün uygulanmasının önlenmesidir.⁶⁵

İşte zayıf akit tarafın korunmasını gerektiren sözleşmelerden en tipik olanı iş sözleşmeleridir. Çünkü iş sözleşmelerinde işçi işverene karşı kişisel ve iktisadi olarak bağımlıdır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesinin iş, ücret unsuru dışında bir de bağımlılık unsuru bulunmaktadır. Bu nedenle, maddi hukukta, sosyal koruma düşüncesinden hareketle sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. İşte iş sözleşmeleri özel hukuka ilişkin bir sözleşme olmasına rağmen, devletin müdahale ettiği, emredici kurullarla düzenlediği bir alanda yer alır.⁶⁶

İş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin getirilen sınırlamalar her devlet hukukunda farklı olmuştur. Bazı hukuk düzenleri bu alanda hukuk seçimi imkanını tamamen yasaklamış ve yetkili olan hukukun

⁶⁴ DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, MHB, Y.1995, S.1-2, 21-22; ATAMER, Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM), C.LV, Y.1996, 422 vd.

⁶⁵ Maddi hukukta zayıf tarafın korunmasına yönelik gelişmeler, milletlerarası özel hukuka çok sonra yansımıştır. Bunun nedeni, bu sorunun ulusal bir sorun olarak görülmesi ve kanunlar ihtilafı alanında 'adalet'in öncelikle milletlerarası karar ahenginin sağlanmasında görülmüş olmasıdır: ATAMER (64), 424. Bununla birlikte Almanya'da, 1986 yılındaki milletlerarası özel hukuk reformundan önce gerçekleştirilen ve hukuk seçimini içeren toplam 20.000 iş sözleşmesi incelendiğinde, hukuk seçiminin kötüye kullanıldığına ilişkin bir duruma rastlanmamıştır. Taraflar, duruma göre müşterek milli hukuklarını veya iş yeri hukuklarından birini seçme yoluna gitmişlerdir: Bkz. DOĞAN (51), 59-60.

⁶⁶ TUNCAY (50), 883 vd.

objektif bağlama kurallarına göre belirleneceğini düzenlemiştir. Başka bazı hukuk sistemleri ise, hukuk seçimini belirli hukuk düzenleri ile sınırlamış ya da seçilen hukuk ile objektif sözleşme statüsünün emredici hükümlerini 'yararlılık' karşılaştırması yapmak⁶⁷ suretiyle tercih etme yolunu kabul etmişlerdir.⁶⁸ Bu konuda örneğin, oldukça ileri düzeyde olan İsviçre IPRG m.121'de taraflara, iş sözleşmesini, işçinin mutlak meskeninin bulunduğu devletin hukukuna veya işverenin iş merkezinin, ikametgahının hukukuna tabi kılacakları düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, burada taraflara hukuk seçimi imkanı ancak belirli hukukların seçilmesi şartıyla tanınmıştır. AT Roma Sözleşmesinde ise, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda ayrı düzenleme getirilmiş ve objektif sözleşme statüsünün işçiye getirdiği asgari koruma dışında kalan konularla sınırlı olarak irade muhtariyeti ilkesi tanınmıştır.

Türk hukukunda ise tüm sözleşmeler için tek bir düzenleme getirme iddiasında olan MÖHUK m.24 hükmü karşısında, yukarıda bahsedilen şekilde irade muhtariyeti alanında bir sınırlamadan sözedilemez. Doktrinde⁶⁹ ve uygulamada⁷⁰ iş sözleşmeleri bakımından taraflara irade muhtariyetinin tanınacağı kabul edilir. Ancak Türk hukukunda da, iş sözleşmelerinin, klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran özellikleri nedeniyle hukuk seçimi konusunda bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, iş hukuku ile ilgili hükümler kamu hukuku ve özel hukuk hükümleri olarak ikiye ayrılmakta, kamu hukuku hükümleri konusunda taraflara hukuk seçimi olanağı tanınamayacağı, bir başka deyişle irade muhtariyetinin ancak özel hukuka ilişkin hükümler bakımından söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁷¹ Ayrıca yine Türk

67 Özellikle asgari ücret, en çok çalışma saati, ücretli tatil gibi konularda bu karşılaştırma yapılmaktadır: TEKİNALP, MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular, Selahattin Sulhi TEKİNAY'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, 585-586.

68 Ayrıntılı bilgi için bkz.DOĞAN (64), 24 vd.

69 TEKİNALP, G. (dn. 35), 283 vd.; NOMER (35), 269 vd.

70 YHGK. E.1989/10, K.1989/411, T.7.6.1989; YKD. 1990 (16), 179 vd.; Yargıtay 11.HD. 6.7.1992, YKD. 1992 (18), 208 vd.

71 TEKİNALP (dn. 35), 284; NOMER (35), 269; MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemdeki aynı görüş için bkz. GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, 4.Bası, Ankara 1977, 306.

hukukunda, doktrinde *Nomer*⁷² tarafından Türk hukukunun objektif iş sözleşmesi statüsü olduğu durumlarda TSGLK m.6/II'de getirilen yararlılık ilkesinin devletler özel hukukuna aktarılarak *seçilen hukuk ile Türk hukuku* arasında bir yararlılık karşılaştırılması yapılması görüşü ileri sürülmüştür. Ancak bir diğer görüş⁷³ tarafından MÖHUK m.24 hükmü karşısında bunun mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.

Kanımızca, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerinin bir karşılaştırmaya tabi tutulması ve işçi lehine hükümlerin nazara alınması maddi hukukta kabul edilmiş olmasına karşılık, aynı durum milletlerarası özel hukukta düzenlenmemiştir. Eğer, bu düzenleme milletlerarası özel hukuka taşınırsa, her iki hukukta yer alan işçi lehine olan hükümlerin işçiye uygulanması sonucu doğar ki, bu durum işçi aleyhine olan hükümlerin hiç uygulanmaması gibi garip bir durumun ortaya çıkmasına yol açar. Ayrıca dikkat edilirse, maddi hukukta yapılan, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerinin karşılaştırılmasıdır. Oysa yararlılık ilkesi, milletlerarası özel hukuka aktarıldığında, bu karşılaştırma farklı iki hukuk sisteminde yapılmış olacak ki bu iki durum arasında nitelik farkı bulunduğu gözardı edilmemelidir.

Yukarıda ileri sürülen görüşler bir ölçüde işçiyi korumaya yönelik çözümler getirirse de, kanımızca MÖHUK m.24'ün katı ifadesi karşısında bu tür yorumlara gidilemez. Ancak genel hukuk ilkelerinden hareketle bu soruna çözüm bulmak mümkün olabilir. Bir kere kanundaki çözüm tarzı ihtiyaçlara cevap veremiyor, beğenilmiyor veya tatmin edici bulunmuyorsa gerçek olmayan kanun boşluğundan sözedilir.⁷⁴ Tatmin edici olmayan bir kanun hükmünü değiştirmek kural olarak hakim değil, kanun koyucunun görevidir. Ancak MK m.2/II'nin uygulama alanına giren bir konuda, yani tatmin edici olmayan bir hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil etmesi halinde, hakim kanunu düzeltme yetkisinin bulunduğu kabul edil-

⁷² NOMER (dn. 35), 270.

⁷³ DOĞAN (dn. 51), 76; ayrıca bkz. DOĞAN, Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Şakir Berkîye Armağan, Y.1996, S.1-2, 170-171.

⁷⁴ EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükmüleri, 3.Bası, Ankara 1987, 134.

mektedir.⁷⁵ İşte bu durum, taraflardan birinin zayıf konumda bulunduğu iş sözleşmeleri alanında MÖHUK m.24'ün katı uygulanması sonucunda adalete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkması halinde de sözkonusu olabilir. Bu gibi durumlarda, gerçek olmayan kanun boşluktan hareketle hakime irade muhtariyeti ilkesine sınırlama getirme, örneğin, objektif olarak yetkili olan hukukun ancak emredici kuralları dışında kalan konularda hukuk seçimini geçerli kılma olanağı tanınmalıdır.

b)-Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

b1-Açık Hukuk Seçimi (*Express Choice of Law*)

Uygulanacak hukukun, hukuki ilişkinin taraflarınca 'açık' olarak seçilmesi ile kastedilen, tarafların bu konudaki iradelerini sözleşmelerinde veya sözleşmelerinden ayrı olarak ya da mahkeme önünde belirtmeleridir.⁷⁶ Genellikle tarafların bu konudaki iradeleri, sözleşmelerinde yer alan bir şart (*choice of law clause*) olarak ortaya çıkar.⁷⁷

Açık hukuk seçimi, birçok milli hukuk düzeninde ve milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmektedir.⁷⁸ Ancak bu konuda çeşitli hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemleri, hukuk seçiminin geçerliliği için mutlak olarak açık bir irade beyanını ararken, diğer bazıları hukuk seçimi konusunda bir şekil aramışlardır. Örneğin, Alman ve İsviçre hukuklarında taraflar, sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuku açık olarak belirleyecekleri gibi durumun gereklerinden ve sözleşmenin hükümlerinden de anlaşılabilir⁷⁹ Bunu karşılıklı Türk hukuku bakımından MÖHUK m.24/I, hukuk seçiminin mutlaka açık olarak yapılmasını aramıştır.⁸⁰

⁷⁵ EDİS (dr. 74), 134.

⁷⁶ TİRYAKİOĞLU (dn. 46), 27.

⁷⁷ DIAMOND (58), 255

⁷⁸ Bkz. TİRYAKİOĞLU (dn. 46), 28, dpn.78.

⁷⁹ Bkz. Alman MÖHUK m.27/IV, IPRG m.116/II.

⁸⁰ TEKİNALP, G. (dn. 35), s.267; ÇELİKEL (dn. 35), s.256; TURHAN, İsviçre Devletler Özel Hukuku Federe Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHFD, Y.1989-1990, S.41, 144;

b2-Zımnı (Örtülü) Hukuk Seçimi (Tacit Choice of Law)

Hukuki ilişkinin taraflarının, ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda açık irade beyenlarının bulunmamasına karşın, birtakım kriterlerden hareketle, tarafların belli bir hukuk düzeninin kurallarının sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri sonucuna varılabiliyorsa, bu durumda hukuk seçiminin zımnı olarak yapıldığı kabul edilir. Ancak belirtmeli ki, zımnı hukuk seçimi farazi seçimden farklıdır. Çünkü, zımnı hukuk seçiminde, farazi seçimden farklı olarak tarafların bu konuda iradelerinin bulunduğu ve bu iradelerinin gerçek bir irade olduğu kabul edilmektedir.⁸¹ Yine zımnı irade konusunda belirtilmesi gereken, zımnı irade ile hukuk seçimi, uyuşmazlığı çözmekle yetkili olan hakimin, somut ilişki bakımından ve yalnız o ilişkide uygulanmak üzere, hukuki ilişkinin taraflarının fiili ilişkilerini dikkate alarak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlediği bir yöntemdir.⁸² Bugün birçok devlet hukukunda zımnı irade ile hukuk seçimi kabul edilmektedir.⁸³ Bunun gibi sözleşmelere uygulanacak hukuk alanında, AT Roma Sözleşmesinin 3. maddesinde, taraflarca hukuk seçiminin 'açık' veya 'zımnı' olarak yapılabileceği kabul edilmiştir.

İş sözleşmeleri bakımından zımnı iradenin belirlenmesinde, işçinin ücretinin belirli bir devlet para biriminden kararlaştırılması, tarafların sözleşmelerinde belirli bir hukuka özgü terim ve kavramları kullanmaları, belirli bir dili kullanmaları, sözleşmenin belirli bir hukuka

ULUOCAK (dn.45), 190; buna karşılık doktrinde *Nomer* tarafından, taraflar, hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar bile, bir hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğunun belirlenebildiği durumlarda, örneğin, taraflar belirli bir kanun hükümlerinin uygulanmasından hareket etmişlerse, onların bu kanun hükümlerinin yer aldığı hukuk nizamını seçmiş olduklarının kabul edilmesi fikri ileri sürülmüştür. Yazara göre, böyle bir durumda taraf iradelerinin, ilişkilerine belirli bir hukukun uygulanmasını istedikleri ve bunu kabul ettikleri açıkça anlaşılmaktadır: NÖMER (35), 262; MÖHUK m.24 hükmünün zımnı irade beyanı ile da hukuk seçimi olanağını tanıdığı ve bu sonuca maddenin amaçsal yorumu yapılarak ulaşılabileceği hakkındaki görüş için bkz. DOĞAN (51), 18 vd.

⁸¹ TEKİNALP, G. (dn. 35), s.262.

⁸² ÇAKALIR, Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü, HIRSCH'e Armağan, Ankara 1986, 495.

⁸³ AKINCI (dn. 53), 13.

tabi bir başka sözleşme ile irtibatlı olması hallerinde ilgili devletin hukukunun zımnen taraflarca seçilmiş olduğunun kabulü gerekir.⁸⁴

Zımni iradenin belirlenmesinde yukarıda belirtilen unsurlardan biri veya birkaçının bulunması yeterlidir. Ancak bazı durumlarda bu unsurlardan birinin varlığı tek başına yeterli kabul edilmemektedir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, bir olayda, borcun İsviçre Frangı üzerinden ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasının tek başına zımni hukuk seçiminin varlığını göstermeyeceğine karar vermiştir.⁸⁵ Aynı yönde İtalyan Yargıtay'ının da bir kararı bulunmaktadır.⁸⁶ Bu nedenle bu esaslardan bir veya birkaçının bir arada bulunması, varılan sonucu kesinleştirecektir.⁸⁷ Ancak hukukumuz açısından yukarıda da belirtildiği gibi, hukuk seçiminin mutlaka açık olarak yapılması gerekmektedir (MÖHUK m.24/I).

b3-Farazi (Varsayılan) İradeye Göre Uygulanacak Hukuk

Yukarıda da belirttiğimiz gibi farazi irade, zımni iradeden farklı bir kavramdır. Varsayılan iradenin tespitinde mahkemeler objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönetime başvurabilirler. Sübjektif yönetime göre, hakim, kendisini sözleşmenin taraflarının yerine koymakta ve eğer taraflar hukuk seçiminde bulunmayı düşünselerdi hangi hukukun uygulanmasını isterlerdi sorusuna cevap aramaktadır.⁸⁸ Objektif yönetime göre ise, mahkemeler varsayılan iradeyi, menfaatler ve sözleşmenin yersel irtibatlarını dikkate alarak tespit ederler. Bu yöntemde hakim, sözleşmenin yapıldığı durum ve şartlar altında, normal bir insan objektif olarak hangi hukuku seçerlerdi sorusuna cevap aramaktadır.⁸⁹ Hangi yöntem kullanılırsa kullanılırsın varsayılan irade ile tespit edilmeye çalışılan, sözleşmenin ağırlık noktasının bulunduğu hukuktur.

84 TEKİNALP (35), 248; MORRIS, *The Conflict of Laws*, 3.Bası, London 1984, 275; ŞANLI (49), 176; TİRYAKIOĞLU (dn. 46), 29, AKINCI (dn. 53), 13.

85 TİRYAKIOĞLU (dn. 46), 30.

86 LANDO (dn. 49), 47.

87 AKINCI (dn. 53), 13

88 TEKİNALP (dn. 35), 262.

89 ANTON (dn. 54), 271; AKINCI (dn.53).

Farazi hukuk seçimi, ortada tarafların gerçek bir iradesinden bahsedilemeyeceği noktasından eleştirilmektedir.⁹⁰ MÖHUK zaten hukuk seçiminin açık olarak yapılmasını aradığı için Türk hakiminin, tarafların farazi iradesini ortaya çıkarması gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

3. Uygulanacak Hukukun Objektif Esaslara Göre Belirlenmesi

a) Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi, günümüzde hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde borçlar hukuku sözleşmeleri alanında irade muhtariyeti ilkesi kabul edilmektedir. Ancak bazı ülkelerde halen taraflarca yapılmış bir hukuk seçiminin olup olmadığına bakılmaksızın, uygulanacak hukuk objektif esaslara göre belirlenir. Buna örnek olarak, İtalya (MK m.25), İspanya (MK m.10) ve Portekiz (MK m.42) hukukları gösterilebilir.⁹¹

Objektif esaslara göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde her devlet hukuku farklı yöntemlerden hareket etmektedir. 18. ve 19. yy'ın başlarında genellikle katı yöntemler çerçevesinde bağlama noktaları oluşturulurken, günümüzde somut olay adaletinin sağlanması amacıyla esnek yöntemlere göre bağlama noktalarının tespit edilmesi yolu tercih edilmektedir. Gerçekten de, önceleri sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (*lex loci contractus*) ve ifa yeri hukuku (*lex loci executionis*) gibi bağlama noktaları kabul edilirken⁹² günümüzde en sıkı irtibatlı yer hukuku ağırlıklı olarak uygulanmaktadır. En sıkı irtibatlı yer hukuku, bugün için hukuki düzenlemelerde objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlama kuralı 1987 tarihli IPRG; 1980 tarihli AT Roma Sözleşmesi m.4/I; 1978 tarihli Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu Bölüm 1, 1896 tarihli Alman Medeni Kanuna Giriş Kanunu (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) (EGBGB) m.28.; aynı şekilde Restatement II'de düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise en sıkı irtibatlı yer hukuku, son çare olarak dü-

⁹⁰ DIAMOND (dn. 58), 258; NOMER (dn. 35), 265.

⁹¹ TIRYAKIOĞLU (dn. 46), 32, dpn.97.

⁹² LANDO (dn. 49), 54.

zenlenmiş ve karakteristik edimin ifa yerinin belirlenemediği hallerde hakimin başvuracağı bir bağlama kuralı olarak düzenlenmiştir. Bu durum MÖHUK m.24 ile ilgili olarak kanuna getirilen eleştirilerden birisidir.⁹³

b) İş Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralları

b1) İş Yeri Hukuku (İfa Yeri- Ağırlıklı Edimin İfa Yeri)

Yukarıda bazı ülke kanunlarında Türk hukukundan farklı olarak iş sözleşmeleri için ayrıık bağlama kuralları getirilmiştir. İşte bu düzenlemelere bakıldığında taraflar arasında yapılmış bir hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda iş yeri hukuku objektif bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Alman EGBGB m.30/2-1'e göre "hukuk seçiminin yokluğunda iş akitleri veya iş ilişkileri akdin ifasında işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukukuna tabidir."⁹⁴ Türk hukukunda MÖHUK m.24/II hükmünden hareketle "karakteristik edim borçlusunun ifa yeri hukuku"nun, iş sözleşmeleri bakımından işverenin işyeri hukuku olduğu sonucuna varabiliriz. Çünkü, işçi *kural olarak* işini, işverenin işyerinde ifa edecektir.⁹⁵

Milletlerarası ticaretin gelişmesiyle birlikte, firmalar birden fazla ülkede faaliyetlerde bulunmakta, projeler üstlenmektedirler. İşte bu gibi durumlarda kendi bünyelerinde bulunan işçileri bir başka ülkeye göndermeleri söz konusu olabilir. Böyle bir durumda iş yeri hukuku nasıl belirlenecektir sorusu akla gelebilir. Bu konuda kabul edilen, mutad işyerinin bulunduğu hukukun sözleşme statüsü olarak devam etmesidir.⁹⁶

Türk hukukunda MÖHUK m.24/II'de düzenlenen ifa yeri hukukunun belirlenmesinde, işçinin başka bir ülkeye gönderilmesi halinde ifa yerinin neresi olacağı tartışmalıdır. Bu konuda genel olarak, iş sözleş-

⁹³ ÇELİKEL (dn. 35), 257; TEKİNALP (dn. 35), 268-269; AKINCI (dn. 53), 47-48; DOĞAN (dn. 51), 90.

⁹⁴ Benzer hükümlere IPRG m.121/I'de ve Avusturya IPRG m.44/I'de rastlanmaktadır.

⁹⁵ DOĞAN (dn. 51), 78.

⁹⁶ Bkz. AT Roma Sözleşmesi m.6/II, EGBGB m.30/II, Avusturya IPRG m.44/I.

mesinin yapıldığı yer olan mutad işyeri, bağlama noktası olarak kabul edilir.⁹⁷

Türk hukukunda *Nomer*⁹⁸, işçinin yabancı bir ülkeye gönderilmesinden önce mutad bir iş yeri var ise ve taraflar bu mutad iş yerinin devamını istiyorlarsa, gönderme uzun süreli de olsa mutad iş yerinde ve dolayısıyla iş sözleşmesi statüsünde bir değişiklik olmayacağını ileri sürer. Ancak taraflardan birinin önceki mutad iş yerini değiştirme hususunda bir iradesi belirir ise artık geçici gönderilmeden bahsedilemez. Buna karşılık, *Tekinalp*⁹⁹ ve *Doğan*¹⁰⁰ geçici göndermelerde mutad iş yeri hukukunun devam etmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça geçici göndermeler halinde karakteristik edimin ifa yeri olan mutad iş yeri hukukunun yetkisi devam eder.

Kanımızca, işçinin bir başka ülkeye gönderilmesi halinde bu gönderme ile tarafların neyi istediklerinin ortaya konması gerekir. Eğer tarafların mutad işyerini değiştirme konusunda iradeleri olduğu sonucuna varılırsa, artık yeni işyerinin bağlama kuralı olarak uygulanması icap edecektir. Ancak bu konuda *her iki tarafın* iradelerinin de aynı yönde olduğunun kesin bir biçimde belirlenmesi ve bu belirlemeyi yaparken objektif kıstaslara dayanılması gerekir. Aksi durumun kabulü halinde, işçiye, fazla iyi bilmediği ve aleyhine düzenlemeler içeren bir hukukun uygulanması sözkonusu olur.

b2) İşverenin merkez yeri hukuku

İşçinin sürekli olarak birden fazla devlette işini yürüttüğü ve bundan dolayı mutad bir işyerinin bulunmadığı durumlar için kimi devlet hukuklarında, işverenin merkez yeri hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Çünkü, bu durumda işveren birden fazla yerde işini yürütmekte ve bu yerlerden hiçbirisi, onun aktivitelerinin merkezi

⁹⁷ Belirtilmeli ki, vardığımız bu sonuç, iş kazasının meydana geldiği yer mahkemesine yetkisine ilişkin kuralı bertaraf etmeyecektir: Bkz. American Jurisprudence, Vol.52, Workers' Compensation, 2.Bası, New York 1992, 52.

⁹⁸ NOMER (dn. 35), 271.

⁹⁹ TEKİNALP (dn. 35), 286.

¹⁰⁰ DOĞAN (dn. 35), 82.

olarak kabul edilmemektedir.¹⁰¹ Bu konuda Alman EGBGB m.30'da işçi işini bir ve aynı devlette yürütmüyor ise, işçinin işe alınmış olduğu merkezin bulunduğu ülkenin hukuku sözleşme statüsü olarak uygulanacaktır. Aynı şekilde İsviçre IPRG m.121/II'de de benzer hükümler vardır.¹⁰²

Türk hukuku bakımından ise, MÖHUK m.24/II hükmü karşısında, iş-venenin merkez yeri hukuku, bu yerin aynı zamanda işçinin edimini ifa ettiği yer olarak da kabul edilebilirliği ölçüsünde uygulanacaktır.

b3) Sıkı İrtibatlı Yer Hukuku

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunlar ihtilafı alanında en sıkı irtibatlı yer hukuku esnek olması ve dolayısıyla somut olay adaletinin sağlanması için getirilmiştir. Yine Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında iş akdinin bir başka devletle daha sıkı irtibatlı olması halinde bu hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir.¹⁰³ Özellikle işin aynı yoğunlukta birden fazla ülkede yerine getirilmesi halinde, bunlardan hangisinin karakteristik edimin ifa yeri olduğunun belirlenemediği durumlarda hakim en yakın irtibatlı yer hukukunu, objektif bağlama kuralı olarak uygulayacaktır (MÖHUK m.24/II).

4. Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanını Sınırlayan Haller

a) Kamu Düzeni

Sözleşmeler alanında bir kez sözleşme statüsü subjektif ya da objektif yöntemlere göre belirlendikten sonra bu hukuk emredici kuralları da dahil olmak üzere tüm hükümleriyle uygulanır. Ancak bu durum, söz konusu hukukun mutlak olarak uygulanacağı anlamına gelmez. Uygulanacak yabancı hukukun, hakim hukukunun kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.¹⁰⁴ Eğer yetkili hukukun uygulanması, haki-

¹⁰¹ GAMILLSCHLEG, Labour Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter 28, Section 1-47, 12.

¹⁰² DOĞAN (dn. 51), 82-83.

¹⁰³ DOĞAN (dn. 51), 85.

¹⁰⁴ ÇELİKEL (dn. 35), 141; NOMER (dn. 35), 143; TİRYAKİOĞLU (dn. 46), 76; LANDO (dn. 49), 108.

min kamu düzenine aykırı sonuçlar doğuruyorsa onun uygulanmasından vazgeçilir.¹⁰⁵ Kamu düzeninin kanunlar ihtilâfı alanında kabul görmesinin sebebi, istisnaî olarak başvurulsa da maddi özel hukuk adaletinin sağlanabilmesidir.¹⁰⁶

Kamu düzeni kavramının bir tanımının yapılması çok güçtür. Ancak bu konuda genel bir tanıma gidilebilir. Buna göre kamu düzeni, “toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürdürebilmesi için uyulması zorunlu olan hukuki, ahlaki, ve vicdani temel prensipler bütünüdür”.¹⁰⁷ Ancak kamu düzeni bir kurallar bütünü olarak kabul edilirse, belirli bir ülkede belirli bir dönemde geçerli olan toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan temel yapısını ve menfaatlerini ilgilendiren kurallar olarak ifade edilebilir.¹⁰⁸ Bu nedenle kamu düzeni, yer ve zamana göre farklılık gösterir ve hakim tarafından her somut olay bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.¹⁰⁹

Kamu düzeni kavram olarak, hem iç hukukta, hem de milletlerarası özel hukukta yer alır. Ancak, bunun iç hukukta uygulanması ile milletlerarası özel hukukta uygulanması farklılık gösterir. İç hukukta kamu düzeni, tarafların mutlak olarak uymaları gereken kamu hukuku ve özel hukukta yer alan kurallardır. Bir başka deyişle, hukukî ilişkinin taraflarının sözleşme serbestisi ilkesine göre kendi iradeleleriyle belirleyemeyecekleri konular kamu düzeninden sayılır.¹¹⁰ Türk

¹⁰⁵ Görüldüğü gibi kamu düzeni ile tepki gösterilen yetkili hukukun bizzat ilgili hükmü değil onun hâkimin ülkesinde uygulanmasıdır: LANDO (49), 108.

¹⁰⁶ Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin etkisi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde de, *tenfiz* talebinin reddi sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkar: Bkz. MÖHUK m.45/b, New York Sözleşmesi m.V/2 (b); bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, 63 vd.; AKINCI, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, 160 vd.; ŞANLI (49), 392 vd.

¹⁰⁷ GÜRZUMAR, Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, MHB, Y.14, S.1-2, 1994, SEVİĞ'e Armağan, 22.

¹⁰⁸ ÇELİKEL (dn. 35), s.132; kamu düzeninin özellikleri için bkz. ÇELİKEL (dn. 35), s.140 vd.; DAYINLARLI (106), 26 vd.; AYBAY, Yasa Çatışması Hukuku, İstanbul 1998, 99.

¹⁰⁹ ÖKÇÜN, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2.Bası, Ankara 1997, 108 vd.

¹¹⁰ ÇELİKEL (dn. 35), 131.

hukukunda bu sınır genel olarak BK m.19 ve 20'de çizilmiştir.¹¹¹

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukuktakinden farklı olarak daha dar bir kavramı ifade eder. İç hukukta kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan konular, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir. Aksi durumun kabulü kanunlar ihtilafı anlayışına aykırıdır. Çünkü bu durumda, Türk hukukuna aykırı olan her yabancı kanunun uygulanmaması sonucu ortaya çıkar.¹¹² Yargıtay 1983 tarihli bir kararında¹¹³ yabancı milli hukukun Türk hukukundan farklı hükümler taşımasının kamu düzeni sorunu olmadığını kabul etmiştir.¹¹⁴

Türk hukukunda MÖHUK m.5'de *"yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır"* hükmü getirilerek kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına müdahalesi istisnai olarak düzenlenmiştir.

Bazı hukuk düzenlerinde, milletlerarası iş sözleşmelerinde kamu düzeninin müdahalesi diğer sözleşmelere nazaran daha sınırlı olmaktadır. Çünkü, bu hukuk düzenlerinde iş sözleşmeleri bakımından ayrık bağlama kuralları getirilmiştir. Örneğin, Alman hukukunda iş sözleşmeleri ve iş ilişkilerinde taraflar, hukuk seçimini ancak işçinin lehine olmak şartıyla yapabilirler. Bu nedenle, kamu düzeninin müdahalesi ancak sınırlı bir alanda mümkün olur. Bu da işçi ve işverenin bireysel hak ve mükellefiyetlerinin belirlendiği alandır. Türk hukukunda ise,

111 Milli hukukta kamu düzeninin müdahalesini gerektiren konular şunlardır: Türk kanunlarının esas prensiplerine aykırılık, Türk ahlâk ve adab anlayışına aykırılık, TC Anayasasında yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık, devletler hukukuna aykırılık: DAYINLARLI (106), 33.

112 ÇELİKEL (dn. 35), 131-132; ayrıca bu konuda bkz. SAYMAN, Devletler Hukusunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, 50-55.

113 Yargıtay 2.HD. E.1983/5550, K.1983/5697, T.23.6.1983 için bkz. YKD., C.X, S.1, Y.1984, s.46-47 ve ayrıca bkz. GÖKKAYA, Açıklamalı-Gerekeçli-İçtihatlı MÖHUK, Ankara 1996, 47.

114 Buna karşılık Yargıtay HGK'nın 15.1.1969 tarihli bir kararında boşanma yasasını düzenleyen yabancı hukukunun Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle Türkiye'de uygulanamayacağına karar verilmiştir: Karar için bkz. GÖKKAYA (113), 50.

böyle ayrıık bir düzenlemeye yer verilmediği için bu müdahale daha çok olacaktır.¹¹⁵

İş hukukunda kamu düzeninin müdahalesi esas olarak üç halde ortaya çıkar:

- (1) İş sözleşmesi statüsü işçiyeye hiçbir koruma getirmemektedir¹¹⁶
- (2) Daha az koruma getirebilir
- (3) işçiyeye sağlanmış olan korumadan kaçınma imkanı olabilir.

Bunların yanısıra işçiler arasında ırk, cins, dil, din politik görüş gibi sebeplerden dolayı bir ayırım yapılması da kamu düzeninin müdahalesini gerektirecektir.¹¹⁷

Aslında genel olarak milletlerarası iş sözleşmelerinde, kamu düzeninin müdahalesinin diğer sözleşmelerle kıyaslandığında daha az olması gerektiği ileri sürülmüştür. Çünkü, bu alanda doğrudan uygulanan kuralların fazla sayıda olması kamu düzeninin müdahalesine pek ihtiyaç bırakmaz.¹¹⁸ Türk Yargıtay'ı da verdiği kararlarında kamu düzeninin müdahalesini uygulamıştır. Ancak Yargıtay'ımız çoğunlukla kamu düzeni kavramı ile doğrudan uygulanan kuralları birbirine karıştırmaktadır. Örneğin, Yargıtay bir kararında¹¹⁹ İşK m.14'de yer alan kıdem tazminatını kamu düzeni ile ilgili görmüş ve olayın Türk hukukuna göre çözülmesi gerektiğine karar vermiştir. Oysa burada yapılması gereken, İşK. m.14 hükmünün bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi ve yetkili hukuka gidilmeden bu hükmün doğrudan uygulanmasıdır.

Kanımızca iş kazaları ile ilgili olarak, işçiyeye iş kazası sonucunda hiç koruma getirmeyen veya çok az koruma getiren sözleşme statüsünün hükümlerinin kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşması gerekir.

¹¹⁵ DOĞAN (51), 131-132.

¹¹⁶ Örneğin, tehdit altında yapılan iş sözleşmelerine geçerlilik tanınması veya feshe karşı işçiyeye hiçbir koruma getirilmemesinde olduğu gibi.

¹¹⁷ DOĞAN (51), 132.

¹¹⁸ DOĞAN (51), 132.

¹¹⁹ Yargıtay 9.HD. E.1992/1621, K.1992/7890, T.6.7.1992, YKD.(1993)19, 208-209.

Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların tek başına böyle bir müdahaleyi gerektirmemesidir. Örneğin, yetkili hukukta işçiye, Türk hukukuyla karşılaştırıldığında, daha az bir yardım sağlanması Türk kamu düzenini ihlal etmeyecektir. Ancak işçiye sağlanan yardımın adalet duygumuzu zedeleyecek şekilde az olması veya işverene, iş kazasından doğan sorumluluğundan kolayca kaçınabilme imkanının tanınması (kurtuluş beyyinesi gibi) Türk kamu düzenini ihlal edebilecektir.

b) Doğrudan Uygulanan Kurallar

b1) Genel Olarak

Her devletin kendi ekonomik, sosyal ve toplumsal yapısının gereği olarak bazı konularda koymuş olduğu kurallar, vatandaş, yabancı ayırımı gözetilmeden o ülkede doğrudan doğruya uygulanır. Hâkimin hukukunda yer alan bu nitelikteki kuralların, sözleşme statüsüne rağmen uygulanacağı kabul edilir.¹²⁰ Bunun bir sonucu olarak bu kurallar, sözleşme statüsünün uygulanmasını sınırlayan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²¹ Çünkü uyuşmazlığı çözmekle yetkili hakim, doğrudan uygulanan bir kuralla karşılaştığında, iki yanlı bağlama kurallarına başvurmaksızın, tek yanlı yaklaşımın etkisinde kalarak, özel bir yöntem izlemektedir.¹²²

¹²⁰ ÇELİKEL (dn. 35), 263; NOMER (dn. 35), 268; TEKİNALP (dn.35), 276.

¹²¹ Doğrudan uygulanan kurallar, tek yönlü kurallardan farklıdır. Tek yönlü kurallar, ya hâkimin hukukunun ya da yalnız yabancı hukukun uygulanması amacı ile konulmuş kurallardır. Örneğin, Fransız Medeni Kanununda, kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin kanunlar, yabancı ülkede ikamet eden Fransızlara da uygulanır. Bu kural Fransızlar açısından tek yönlü gösterici bir kuraldır. Aynı şekilde EGBGB m.12'de bir Alman'ın Almanya dışında bir haksız fiil ika etmesi ve bir tazminat ödemeye mahkum edilmesi halinde, bu tazminatın miktarı ika edilen o haksız fiil için Alman hukukunda öngörülenden daha fazla olamaz kuralı tek yönlü bir bağlama kuralıdır. Türk hukukunda bu kurallara örnek olarak ehliyetine ilişkin MÖHUK m.8/II hükmü gösterilebilir. Bu kurala göre bir yabancı milli hukukuna göre ehil olmasa bile Türk hukuku bakımından ehil ise, TC'de yaptığı hukuki muamele ile bağlı olur: Bkz. DAYINLARLI (106), 29-30.

¹²² TİRYAKIOĞLU, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1977, 30.

Doğrudan uygulanan kurallar için tam bir terim birliği bulunmama-
la birlikte, bu kuralları ifade etmek üzere 'doğrudan uygulanan kural-
lar' (*directly applicable rules*)¹²³, 'müdahaleci kurallar' (*overriding
laws*)¹²⁴, 'emredici kurallar', 'emniyet ve asayiş kanunları', 'kamu dü-
zeni kanunları', 'zorunlu uygulanan kurallar' gibi değişik isimler kul-
lanılmıştır.¹²⁵

Doğrudan uygulanan kurallar hakkında kesin bir tanıma rastlama-
maktadır. Bu kavramı milletlerarası özel hukuk doktrinine kazandı-
ran *Francescakis* tarafından bu kurallar "bir ülkenin sosyal, politik
veya ekonomik organizasyonunun korunması için uyulması zorunlu
olan kurallar" olarak tanımlanmıştır.¹²⁶ Ancak bu tanıma doktrinde
eleştiri getirilmiştir. Çünkü, doğrudan uygulanan kurallar sadece
devletin ekonomik, sosyal veya politik organizasyonunu sağlamaya
yönelik olmayıp, toplumsal çıkarların korunması, sözleşmede taraf-
lardan birinin diğerine karşı korunması gibi başka amaçları da içe-
rir.¹²⁷

Türk doktrinde de, son yıllarda doğrudan uygulanan kurallar kav-
ramına yer verilmektedir. Doktrinde *Nomer* tarafından, doğrudan uy-
gulanan kuralların ayırddedici unsuru olarak, bu kuralın sadece taraf-
ların menfaatine yönelik olmayıp, ağırlıklı olarak bir kamu menfaatine
hizmet etmesi gösterilmiştir.¹²⁸ Yine doktrinde *Tekinalp*, bu kural-
ların kamu menfaatlerinin yanı sıra bazen kişilerin menfaatlerini de
korumayı amaçladıklarını ileri sürmüştür.¹²⁹ Bu konuda doktora tezi
yazan *Özden* tarafından ise, doğrudan uygulanan kurallar, "devletin,
ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hu-

¹²³ LANDO (49), 107.

¹²⁴ McCLEAN/BRIGGS, Halsbury's Laws of England, 4.Bası, Vol.8, No.1, Lon-
don 1996, 632.

¹²⁵ TEKİNALP (35), 274; TIRYAKIOĞLU (122), 30.

¹²⁶ Bkz. ÖZDEN, Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan
Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul
1998,12, dpn.47'deki eser.

¹²⁷ Francescakis'in tanımına getirilen diğer eleştiriler için bkz. ÖZDEN (126),
13 vd.

¹²⁸ NOMER (35), 268.

¹²⁹ TEKİNALP (35), 39, 275.

kuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar” olarak tanımlanmıştır.¹³⁰

Genel olarak devletlerin ekonomik, siyasal, sosyal alanlarda temel yapısına ait hükümlerin bu nitelikte olduğu ve söz konusu hükümlerin, sözleşme statüsünün sübjektif ya da objektif esaslara göre belirlenip belirlenmediğine bakılmaksızın, kendi kapsamlarına giren konularda sözleşme statüsünün uygulama alanını sınırladıkları kabul edilir. Örneğin, bir hukuk düzeninde bulunan ithalat-ihracat yasakları, kotalar, döviz kontrol kuralları,¹³¹ rekabet kuralları¹³², tüketicinin korunması için getirilen kurallar¹³³, iş sözleşmelerinde işçinin korunması için getirilen kurallar bu niteliktedir.¹³⁴ Doğrudan uygulanan kuralların kamu hukukuna ait oldukları ileri sürülmüştür. Ancak daha geniş oranda kabul gören görüş, bunların genelde kamu hukukunun özel hukuka şekil verici ve hukuk yaratıcı bir biçimde etkilemesinden ortaya çıktıkları ve hem kamu hukukunda, hem de özel hukukta yer aldığı yönündedir.¹³⁵ Bu bağlamda, BK m.161/III’de yer alan “*hakim fahiş cezaları tenkis ile mükelleftir*” hükmü bir özel hukuk kuralı olmasına karşılık, kamu hukukunda kişilik haklarının korunması hak-

¹³⁰ ÖZDEN (126), 19.

¹³¹ Döviz kontrol kuralları, devletlerin, yabancı para cinsinden sahip oldukları ekonomik varlıklarını korumak için getirdikleri kurallardır. Bununla güdülen amaç, döviz rezervlerinin artırılması ve milli paraların yabancı paralar karşısındaki değerlerinin korunmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle devletler, yabancı para ile yapılacak olan borçlanma veya ödemeleri belli şartlar altında sınırlama, yasaklama ya da izne tâbi kılma yoluna gitmektedir. Bkz. TURHAN, Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1996, 76; LANDO (49), 107-108.

¹³² Bkz. TİRYAKIOĞLU (122), 45, dpn.198’deki yazarlar; NOMER (35), 268.

¹³³ “Türk hukuku bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 2. maddesi, kanunun “mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi” kapsadığını belirtmektedir. Burada mal ve hizmet piyasalarından kasıt, Türkiye’deki mal ve hizmet piyasalarıdır. Bu özelliği itibariyle söz konusu kanun doğrudan uygulanan kanun olarak kabul edilmek gerekir”: TİRYAKIOĞLU (122), 31, dpn.142.

¹³⁴ Örneğin, kıdem tazminatına ilişkin İş Kanunu m.14.

¹³⁵ TEKİNALP (35), 275; LANDO (49), 107.

kinda geçerli olan anlayışın özel hukuka yansımasıdır.¹³⁶

Bir kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olması ile, kamu düzeninin müdahalesi sonucu yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bertaraf edilip, yerine hakimın hukukunun uygulanması birbirinden farklıdır. Şöyle ki, kamu düzeninin müdahalesi istisnaî nitelikte olduğundan, yetkili yabancı hukukun uygulanmasının hakimın kamu düzenini ihlâl edici sonuçlar verdiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Oysa ki, doğrudan uygulanan kurallarda, uygulanacak hukuka gidilmeden, kural uyuşmazlığa doğrudan doğruya uygulanmaktadır.¹³⁷

İç hukukta kamu düzeninden olan ve emredici olarak yer alan bir kuralın hangi halde yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan uygulanan kurallar niteliği taşıdığını belirlemek her zaman kolay olamamaktadır. Bu konu, bir yorum sorunudur ve iç hukuk bakımından kamu düzeni ve yararının sağlanması için getirilen bir kural, milletlerarası ilişkiler bakımından da, bu korumanın gerektiği hallerde ve ölçüde uygulama alanı bulabilecektir.¹³⁸

Doğrudan uygulanan kurallar niteliğindeki kurallar, sözleşmeye uygulanacak hukukta yer alabileceği gibi, hakimın hukukunda (*lex fori*) ya da üçüncü bir devletin hukukunda da bulunabilir. Bu nitelikteki kuralların yetkili hukukta yer alması halinde sorun çıkmayacak zira, bu hukuk kamu hukuku-özel hukuk kuralları ayırımı yapılmaksızın bir bütün olarak sözleşmeye uygulanacaktır.¹³⁹ Bu kuralların *lex fo-*

¹³⁶ Bu kurallara bir başka örnek, akıl hastalığı nedeniyle evlenmeyi yasaklayan MK'nın ilgili maddesi gösterilmektedir. Türkiye'de yabancıların yapacakları evlenmelere de bu kuralın niteliği gereği doğrudan doğruya uygulanacağı kabul edilir: Bkz. SAYMAN (112), 37.

¹³⁷ Bkz. ÇELİKEL (35), 131 vd.; AKINCI (53), 57; ancak belirtilmeli ki, uygulamada aynı sonuca kamu düzeninin olumlu müdahalesi ile de varılmaya çalışılmaktadır. Bu konuda Türk Yargıtay'ının yaklaşımı da bu yöndedir: Bkz. Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinin Türk kamu düzenine ilişkin olduğu yönündeki kararı (Yargıtay 9.HD. T.6.7.1992 tarihli E.1992/1621, K.1992/7890 sayılı kararı, YKD. Y.1993, C.19, S.2, 209); oysa, doğrudan uygulanan kurallar teorisi burada kamu düzeninin istisnaî müdahalesinden çok daha etkilidir; iki konu birbiriyle karıştırılmamalıdır.

¹³⁸ ÇELİKEL, (35), 138.

¹³⁹ TEKİNALP (35), s.275.

ri'de bulunması halinde ise, hakim, bağlama kurallarına gitmeksizin, bu kuralları uyuşmazlığa doğrudan doğruya uygulayacaktır.¹⁴⁰

Doktrinde ve uygulamada bu konuda asıl tartışmalı olan, doğrudan uygulanan kurallar niteliğindeki kuralların üçüncü bir devlet hukuk düzeninde yer alması halinde uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. Bu kuralların çoğu zaman kamu hukuku karakterli kurallar olmaları, bunların uygulanması bakımından yabancı kamu hukukunun uygulanmazlığına ilişkin anlayışın nasıl aşılacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu konuda bugün gelinen nokta, bu nitelikteki kuralların sayılarının her geçen gün daha çok artması ve sadece *for* devletinin değil, üçüncü bir devletin bu nitelikteki kurallarının da belirli şartlar altında uygulanabileceğinin kabul edilmesidir.¹⁴¹ Bu şartlar;

-Üçüncü devletin doğrudan uygulanan normlarının dikkate alınabilmesi için, karara konu olan maddi ilişkiye doğrudan uygulanma iradesinin bulunması gereklidir. Bunun belirlenmesinde normun amacından hareket edilecektir¹⁴²,

-*Lex for*'iye göre üçüncü bir ülke ile somut olay arasında sıkı bir bağlantının olması gerekir. Sıkı bağlantının tespitinde ikametgah, mutad mesken, tüzelkişilerin merkezi, ifa mahalli gibi hususlar dikkate alınır¹⁴³,

-Üçüncü bir devletin hukukunun uygulanmasında, korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaatin bulunması gerekir. Bunun belirlenmesinde hakimin hukukunun yaklaşımı dikkate alınacaktır.¹⁴⁴

Günümüzde bu sorunun aşılması için çabalar sarf edilmektedir.¹⁴⁵ İş-

¹⁴⁰ Hâkimin hukukunda yer alan bir emredici hüküm, bu hükmün lafzından veya yorumundan bunun söz konusu sözleşmeye uygulanabileceği sonucunun çıktığı her durumda uygulanır: LANDO (49), 107; yazarın 'emredici hüküm' deyimini, 'doğrudan uygulanan kural' anlamındadır.

¹⁴¹ NOMER (35), s.56; TİRYAKİOĞLU (122), s.30; TURHAN (131), 85 vd.

¹⁴² VISCHER, IPRG Kommentar, Zurich 1993, s.211; DOĞAN, Uluslararası Ticarete Banka Teminat Mektupları, Ankara 1999, 127.

¹⁴³ VISCHER (142), 212; TEKİNALP (35), 260; DOĞAN (142), 127

¹⁴⁴ VISCHER (142), 213; DOĞAN (142), 127.

¹⁴⁵ Bkz. TİRYAKİOĞLU (122), 34.

viçre IPRG m.13/son'da yabancı hukukun salt kamu hukuku karakteri taşıyor kabul edilmesinin onun uygulanmasına engel olmayacağı hükmü, bu konuda yeni anlayışı yansıtmaktadır. Ayrıca kanunlar ihtilâfi alanında son zamanlarda hazırlanan diğer milli ve milletlerarası kaynaklarda da yabancı doğrudan uygulanan kurallar konusunda düzenlemeler getirildiği görülmektedir.¹⁴⁶

Yabancı doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilirliğinin kabulü için getirilen ölçüt, üçüncü devletin hukuk düzeninde yer alan bu nitelikteki kuralların uygulanması konusunda bir zorunluluğun ortaya çıkmasıdır. Bunun anlamı üçüncü bir devlet hukukunun sözleşme üzerinde etkili olmasıdır. Borçlunun üçüncü devlette ikamet etmesi veya mallarının bulunması ve aksi halde adil olmayan sonuçların doğması ihtimali olan durumlarda böyle bir etki ve zorunluluktan söz edilebilir. Ayrıca bu kuralların uygulanmamasının *for* ülkesi açısından doğuracağı sonuçlar da uyumsuzluğun çözümü konusunda bu kuralları uygulamak veya uygulamamak seçeneği ile karşı karşıya kalan hakim tarafından dikkate alınacaktır.¹⁴⁷ Aksi halde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir hükmü hakim tarafından 'maddi vakıa' olarak dikkate alınır.¹⁴⁸

Yeni anlayışlara uygun olarak hazırlanan İsviçre IPRG m.19'da bu konuda bazı esaslar getirilmiştir. Buna göre, bu kanuna göre yetkili olan hukuk yerine yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının

¹⁴⁶ 1980 tarihli AT Sözleşmesi m.7 ve Temsile Uygulanan Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi m.16'da bu konuda bir düzenleme vardır. AT Sözleşmesinde 'kuralların özel amacı', La Haye Sözleşmesinde ise, üçüncü devletin emredici kurallarının 'sıkı irtibatlı' olması kriteri kabul edilmiştir (karş. IPRG m.19); ancak üye devletlerin AT Sözleşmesindeki bu hükmü çekince koyabilecekleri kabul edilmiştir (m.22). Örneğin, İngiltere bu hakkını kullanmıştır: Bkz. ULUOCAK (dn. 45), 205; TİRYAKIOĞLU (dn. 122), 36-37.

¹⁴⁷ TEKİNALP (dn. 35), 276; ULUOCAK (dn. 45), 205; LANDO (49), 109-110; örneğin, borçlunun kusuru olmadığı halde, üçüncü devletin döviz mevzuatı yüzünden ifade bulunmadığı durumlarda böyle bir zorunluluktan söz edilebilir. Ayrıca çalışma ve iş hayatını koruyan hükümlerin de bu nitelikte olduğu ve iş sözleşmelerinde yapılan hukuk seçimi uyarınca yetkili olan hukukun yanı sıra sözleşmenin irtibatlı olduğu yer hukukunun emredici kurallarının da dikkate alınması gerektiği kabul edilir: Bkz. ULUOCAK (dn. 45), 208; TEKİNALP (dn. 35), 260-261.

¹⁴⁸ TEKİNALP (dn. 35), 261.

uygulanabilmesi için, bunların, taraflardan birini âşikar olarak korumaya değer kılması ve olayın bu hukukla sıkı irtibatlı olması gerekir.

Ancak üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hakim tarafından dikkate alınacağı düşüncesi günümüzde halen kesin olarak yerleşmemiştir. Bu zamana kadar ki uygulamada, ya bu kurallar hiç dikkate alınmamış, ya da dolaylı şekilde *lex causae*'ya dahil edilerek uygulanmıştır. Bu konuda, yukarıda da anılan, 1989 tarihli IPRG m.19'da üçüncü bir devlete ait doğrudan uygulanan kuralların (müdahaleci normların) sadece 'dikkate alınabileceği'nin düzenlenmiş olması, hakime bu konuda bir zorunluluk değil ve fakat bir esneklik tanınmış olduğunu gösterir.¹⁴⁹

b2) Milletlerarası İş Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kuralların Nazara Alınması

İş hukuku ilişkilerine uygulanan kurallar arasında da doğrudan uygulanan kurallar niteliğine sahip kurallar bulunmaktadır. Bu kuralların getiriliş amacı, işçinin ve devletin çıkarlarının gözetilmesine yönelik amaçların aynı anda elde edilmek istenmesidir. Şöyle ki, devletin çıkarı, kendi ülkesinin sınırları içinde icra edilen iş ilişkilerini kontrol edebilmesi ile sağlanır.¹⁵⁰ Buna göre, bir ülkede bulunan tüm işveren veya işçi sıfatına sahip kişilerin bu kurallara uyması zorunludur. İşçinin menfaati ise, sözkonusu ülkede çalışan diğer işçilerle eşit şartlarda çalışmak, onlar için getirilen asgari korumadan faydalanmaktır.¹⁵¹

O halde iş hukuku bakımından doğrudan uygulanan kurallardan maksat, kamu menfaatine dayanan ve çalışma sağlığı ve işçinin korunmasına yönelik sosyal düşüncelere hizmet eden bütün kamu hukuku ve özel hukuk hükümleridir. Bu alandaki doğrudan uygulanan normlar bakımından, diğer sözleşmelere nazaran daha güçlü kamusal mafaatler söz konusudur. Bu nedenle iş sözleşmeleri bakımından sadece sözleşme statüsünün, *lex fori*'nin ve 3. devletin doğrudan uygulanan kuralları yanında mutad işyerinin doğrudan uygulanan kural-

¹⁴⁹ NOMER (35), 57.

¹⁵⁰ ÖZDEN (126), 25, dpn.115'deki yazar.

¹⁵¹ ÖZDEN (126), 25, dpn.116'daki yazar.

larının da uygulama alanı söz konusudur. Nitekim, bir Avusturya mahkeme kararında, mutad işyeri Avusturya olan işçi, geçici olarak Almanya'ya gönderilmiş ve burada trafik kazası geçirmiştir. Mahkeme, işçinin işverenden talep ettiği tazminat konusunda Avusturya hukukundaki doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağını hükme bağlamıştır.¹⁵²

İş hukuku alanında kamu hukuku niteliğindeki normlar, sosyo-politik sebeplerden dolayı *for* devletinde bulunan bütün işyerlerinde çalışan işçilere emredici olarak uygulanır. Ancak bu demek değil ki, tüm emredici hükümler doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olacaktır.¹⁵³ Buna göre örneğin, Türk hukukunda sosyal güvenlik alanında iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi için getirilen ve işverenlere bunlara uyma konusunda zorunluluk getirilen tüzük hükümleri Türkiye sınırları içerisinde çalışan tüm işçiler bakımından uygulanacaktır.

Yine iş hukuku alanında özel hukuk karakteri taşımasına rağmen, hem iktisadi ve hem de sosyo-politik sebeplerden dolayı iş sözleşmesine hakim olan emredici hükümler *for* devletinde yürütülen tüm işlere doğrudan doğruya uygulanacaktır.¹⁵⁴ Örneğin, İstanbul metrosu inşaatını yapmak üzere kurulan konsorsiyum ortaklarından olan bir firmanın işçisinin, işin yapımı sırasında iş kazasına uğraması ve kazanın ölüm ile sonuçlanması halinde BK. m.332/II hükmü¹⁵⁵ uygulama alanı bulacaktır. Davaya bakan Türk hakimi kendi hukuk düzeninde bulunan ve sosyal amaçlarla konulan bu hükmü yabancı unsurlu iş ilişkisine de uygulayabilecektir.

Kanımızca, Türk hakimi milletlerarası özel hukukta kabul gören yeni anlayışlara uygun olarak, ayrıca 3. bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını da yukarıdaki objektif şartların gerçekleşmesi halin-

¹⁵² DOĞAN (51), 115.

¹⁵³ DOĞAN (51), 120.

¹⁵⁴ DOĞAN (51), 120.

¹⁵⁵ Bu madde uyarınca, işverenin gerekli önlemleri (m.332/I) almaması sebebiyle ölümle sonuçlanan bir iş kazasının varlığı halinde, destekten yoksun kalanların, bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık olarak isteyecekleri tazminat, sözleşmeye aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olacaktır.

de uygulayabilmelidir. Bu durum, özellikle işçinin mutad işyerinin bir başka ülkede bulunması ve işçinin geçici olarak Türkiye'de çalışması halinde sözkonusu olacaktır. Böyle bir durumda artık işçinin menfaati, ancak mutad işyerinde bulunan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması ile sağlanır. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken, 3. bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının olaya uygulanmasının istisnai nitelikte olduğunun unutulmaması ve aşırıya kaçılmamasıdır.

C. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU ANLAMINDA İŞ KAZASINA UYGULANACAK HUKUK

Maddi hukukta iş kazalarında, işçinin uğrayacağı zararın tazmini meselesi, çeşitli hukuk sistemlerinde farklılıklar içerse de, genel olarak kabul edilen, işçinin zararının o ülkedeki sosyal güvenlik kurumu tarafından tazmin edilmesidir. Böylece, işçi, işveren ve kurum arasında üçlü bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkar.¹⁵⁶

Nitekim Türkiye'nin sosyal güvenliğe ilişkin olarak çeşitli ülkelerle yaptığı iki taraflı sözleşmelerde de yabancı işçilerin *kural olarak* çalıştıkları (işyerinin bulunduğu) ülkenin mevzuatına tabi olacakları düzenlenmiştir. Ancak bu sürenin belirli bir zaman dilimi, örneğin, 12, 24 ay, 3 yıl gibi, içermesi gerekir.¹⁵⁷ Yine Türkiye'nin 1960 yılında onayladığı¹⁵⁸ *International Labour Organization* (İLO)'nun *Milletlerarası Taşıma İşlerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliği Hakkında Avrupa Sözleşmesi*'nde getirilen kurala göre işçinin, birden fazla anlaşma tarafı devlet ülkesinde çalışması halinde, işçiyi çalıştıran işletmenin merkezinin bulunduğu anlaşma tarafı ülkenin mevzuatının uygulanacağı hüme bağlanmıştır (m.2, bent 2).

Milletlerarası özel hukuk açısından kamu hukuku karakterli sosyal güvenlik kurallarının, iş ilişkilerine etkisi ayrıca incelenmelidir. Çün-

¹⁵⁶ Bkz. Bl.I, D.

¹⁵⁷ Örneğin, Türkiye'nin Avusturya (RG.12.07.1969, S.13247); İngiltere (RG.21.12.1960, S.10686), Belçika (RG.21.12.1967, S.12782), Hollanda (RG.16.12.1967, S.12778), İsviçre (RG.19.10.1971, S.13991), Danimarka (RG.10.07.11973, S.14590), İsveç (RG.3.2.1981, S.17240), Fransa (RG.23.07.1973, S.14603), Almanya (RG.10.04.1965, S.11976) ile yaptığı iki taraflı sözleşmeler vardır.

¹⁵⁸ RG. 22.12.1960, S.10687.

kü, kamu hukuku karakterli hükümler, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebildikleri ölçüde, korudukları menfaatler açısından, ilişkinin yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan uygulanırlar. Artık işin Türkiye’de yapılıp yapılmamasının bir önemi yoktur. İlk bakışta, bu kuralların kamu hukuku karakterli olmaları sebebiyle doğrudan uygulanır nitelikte oldukları düşünülse de aslında burada bir ayırma gitmemiz gerekmektedir. Şöyle ki, her devletin mevzuatında sosyal güvenliğe ilişkin öyle kurallar vardır ki, bunlar devletin ekonomik ve siyasi yapısına bağlı olarak işçiyi korumak amacıyla getirilmiştir. Bu kurallar, milletlerarası özel hukuk anlamında doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirilebilir ve gerçekten hakim bu kuralları yetkili yabancı hukuka araştırmaksızın somut olaya uygular. Buna karşılık, yine sosyal güvenlik mevzuatlarında yer alan bir kısım kurallar ise, işçi, işveren ve kurum arasında kurulan sosyal güvenlik ilişkisini düzenler. Bu kurallar sözkonusu olduğunda artık bunların doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Çünkü, bunlar, sadece o ülkedeki sosyal güvenlik kurumuna bağlı bulunan işçilere uygulanabilirler. Yabancı bir sosyal güvenlik ilişkisine bu kuralların uygulanmayacağı işin doğası gereğidir. Bunun doğal sonucu, işçinin kaza geçirmesi halinde, onun bu zararının *kural olarak* bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmasıdır. Buna ilişkin ilkeler, sigorta işleminin yapıldığı yer hukuku bir başka deyişle sosyal sigorta kurumunun merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Bu bağlamda, eğer işçi, davanın açıldığı yerdeki sosyal güvenlik kurumuna tabi ise hakim, bu yer hukukundaki kuralları uygulayacaktır. Şayet işin ifası sosyal sigorta kurumunun bulunduğu yerden başka bir yerde ise ve kaza da burada gerçekleşmişse, davanın bu yer yetkili mahkemesinde açılması halinde hakim artık *for* devletindeki kuralları (doğrudan uygulanan kurallar olarak) değil, sigorta ilişkisinin bulunduğu yer hukukunda bulunan kuralları uygulayacaktır. Bu kurallarda işverenin sorumluluğunu ortadan kadiran ya da sınırlayan hükümler varsa bunlar da gözönüne alınacaktır.¹⁵⁹ Eğer bu kuralların uygulanması kamu düzenine aykırı sonuçlar doğuruyorsa, bu takdirde artık kamu düzeninin müdahalesinden söz edilebilecektir.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GAMILLSCHEG (101), 18-19.

¹⁶⁰ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, işverenin işçinin iş kazalarından doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da sınırlayan her yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırı olmayacağıdır. Çünkü, her devlet huku-

Türk hukuku bakımından, eğer çalışma Türkiye'de yapılıyorsa, yukarıdaki istisnalar dışında¹⁶¹, SSK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı konusunda hiç şüphe yoktur. Çünkü işçi yabancı uyruklu bile olsa Türk SSK'sına bağlı bir işçidir. Ancak eğer çalışma bir başka devlette yapılıyorsa ve işçi o veya başka bir devletin sosyal güvenlik kurumuna bağlanmışsa, bu durumda Türk SSK'sı tamamen olaya yabancı olduğundan bu hükümler de uygulama alanı bulmayacaktır.

Kanunlar ihtilafı açısından iş kazalarının sosyal güvenlik boyutunda da karşımıza bir bağlama kuralı çıkmaktadır. Bu kural, genel olarak işçinin tabi olduğu sosyal güvenlik kurulunun bulunduğu yer ki bu yer, doğal olarak aynı zamanda işverenin işletmesinin merkezinin bulunduğu yer hukukudur. Hiç şüphesiz bu hukuk, işçinin devamlı olarak çalıştığı yerde olması sebebiyle, işçinin kendisince de en iyi bilinen hukuktur. Türk hakimi bu nedenle bu hukuku, re'sen (*ex officio*) araştırmak ve uygulamakla yükümlüdür. Ancak işçinin hiç bir güvenlik kurumu ile ilişkisi olmadığı ve işin Türkiye'de ifa edildiği durumlarda, işçi, iş kazası nedeniyle kanundan dolayı SSK'nın koruması altına gireceğinden bu hükümler uygulanacaktır.

SONUÇ

İş kazasının maddi hukukta borçlar hukuku ve sosyal güvenlik hukuku olmak üzere iki boyutu bulunduğunu tespit ettik. Böyle bir ayrıma gidilmesinin sebebi, sorumluların ve sorumluluk şartlarının iki durumda farklı olmasıdır. Maddi hukuktaki bu ayrım, bizi, kanunlar ihtilafı alanında yapacağımız açıklamaları da aynı sistematik içerisinde yapmaya sevketmiştir.

Yabancı unsurlu bir iş kazası Türk hakiminin önüne geldiğinde, hakim öncelikle vasıflandırma işlemini kendi hukukuna göre yapacaktır. Türk hukukunda, iş kazaları konusunda yarışan hakların varlığı nedeniyle, haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık esaslarına göre zararın tazmini mümkün kılınmıştır. Bu nedenle kanunlar ihtilafı açısından ilk bakışta, her iki durum için farklı bağlama kuralları uygulanana-

kunda bu üçlü kamu hukuku ilişkisi farklı şekilde kurulmuştur. İşçinin zararının tamamının, tabi olduğu sosyal güvenlik kurulu tarafından tatmin edilmesi halinde artık işverenin sorumluluğuna gidilememesi doğal bir sonuç olacaktır. Böyle bir durum, hukuk sistemleri arasındaki farklılıktan ve kanun koyucuların değişik yaklaşımlarından ileri gelir.

161 Bkz. Bl.I.D.

bilecek gibi görünse de, haksız filler alanında kabul edilen fer'i bağlama noktası sebebiyle her iki halde de sözleşme statüsünün uygulama alanı bulacağı sonucuna vardık. Bu noktada değerlendirme yaparken, iş sözleşmesini diğer klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran özellikleri göz önünde tutularak ve maddi hukuktaki işçiyi koruma düşüncesi bu alana da yansıtılmalıdır. Bu konuda vurgulanması gereken, işçiyi koruya yönelik olarak getirilen istisnalarda aşırıya kaçılmamasıdır. Örneğin, kanımızca, maddi hukukta yer alan 'yararlılık ilkesi'nin kanunlar ihtilafı alanında uygulanması mümkün görünmemektedir.

İş hukukunda yer alan sosyal koruma düşüncesinin kanunlar ihtilafı alanına bir başka yansıması da, kamu düzenin müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar alanında karşımıza çıkar. Gerçekten de hakim, yetkili hukukunun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olması halinde, bu hukuku uygulamaktan kaçınabilecektir. Genellikle kabul edilen, işçiyi hiç veya çok az koruma getiren hukukun Türk kamu düzenini ihlal edeceğidir. Bu durumda Türk hakimi MÖHUK m.5 uyarınca, Türk hukukunu uygulayacaktır.

Yetkili yabancı hukukun uygulama alanını sınırlayan bir başka durum doğrudan uygulanan kurallardır. Yine iş ilişkileri sözkonusu olduğunda, zayıf taraf olan işçiyi korumak gayesiyle her hukuk düzeninde kamu hukuku ya da özel hukuk karakterli kurallar bulunmaktadır. İşte bu kurallar her somut olayın şartları ayrı değerlendirilmek kaydıyla yabancı unsurlu iş ilişkilerine de uygulanacaktır. Türk hukukunda bu nitelikte olduğunu tespit ettiğimiz BK m.332/II hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Türk hakimi bu konuda ayrıca, milletlerarası özel hukuktaki gelişmeleri de gözönüne alarak istisnai durumlarda, 3. devletin, özellikle işçinin mutlak işyerinin bulunduğu yer devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralları da uygulayabilecektir.

Sosyal güvenlik alanında ise, karşımıza bu alandaki doğrudan uygulanan kuralların yetkili hukuka müdahalesi dışında, üçlü yapıdaki sosyal güvenlik ilişkisi bakımından aslında ayrı bir bağlama kuralı çıkmaktadır. Gerçekten de, sosyal güvenlik ilişkisinin tabii olduğu hukuk, işçinin tabii olduğu sosyal güvenlik kurumunun bulunduğu yer hukukudur. Türk hakimi yabancı bir sosyal güvenlik kurumuna tabii bir işçiyi, iş kazası sonucunda verilecek yardımları bu hukuka göre belirleyecektir.