

## **YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN İŞ SÖZLEŞMELERİNE HANGİ ÜLKENİN HUKUKU UYGULANIR?**

### **I- GİRİŞ**

Günümüzde ülkeler arasında ekonomik, ticari, siyasi ve kültürel ilişkiler sıklaştıkça bir ülkeden diğer bir ülkeye çalışmak üzere gidenlerin sayısı da artmaktadır. Buna bağlı olarak, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Çok sayıda Türk firması yabancı ülkelerde iş yapmakta ve yabancı ülkelerdeki işlerinde genellikle Türk işçilerden yararlanılmakta, Türkiye'ye de pek çok yabancı firma mal ve hizmet üretmekte, pek çok yabancı uyruklu işçi çalışmak için gelmektedir. İşte içinde yabancılık unsuru barındıran iş sözleşmelerine hangi ülke hukukunun uygulanacağı önemli bir sorundur.

Uygulanacak hukukun hangi ülke hukuku olacağı 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenmektedir. Ancak söz konusu iş sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunmalıdır.

Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir. Yabancılık unsuru taşımayan, bir borç ilişkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz[1].

### **II- YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI**

#### **A- Sözleşmede Yabancılık Unsuru Bulunmalıdır**

İş hukukunda yabancılık unsuru ile kastedilen, işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunuyor olması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılıyor olmasıdır[2]. Bu anlamda gerçek kişiler için T.C. vatandaşı olmayanlarla, tüzel kişiler için merkezi Türkiye'de bulunmayan ticari ortaklıklar "yabancı"dır. Tarafların kendi iradeleri ile sözleşmeyi milletlerarası karakterli bir hale getirmeleri tartışmalıdır, kanaatimizce de bu mümkündür, yeter ki, sözleşmede yabancı unsur taşıyan bir husus bulunsun.

Bir Yargıtay kararında bu husus şöyle belirtilmiştir: İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsuru taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir[3].

#### **B- Ülke Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları**

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 6. maddesine göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır. Diğer bir ifadeyle, tarafların seçtikleri hukukun Türk mevzuatıyla (kanun, tüzük, yönetmelik, genelge vs.) farklılaştığı konularda Türk mevzuatının doğrudan uygulanan kuralları esas alınır.

Doğrudan uygulanan kuralların işçi yararına olması gibi bir ön kabul söz konusu değildir. Aynı şekilde doğrudan uygulanan kurallar Türk hukukunun kuralları olabileceği gibi 3. bir ülkenin de kuralları olabilir. 3. bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının esas alınabilmesi için 5718 sayılı Kanunun 31. maddesinde bu koşul açıklanmıştır: Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk

uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.

Millî hukuk düzenlemelerinde yer alan müdahaleci kurallar, seçilen hukukta veya hâkimin hukukunda varsa tereddütsüz uygulanır. Çünkü bu kuralların genel bir tanımı yapılmamakla beraber sahip oldukları nitelik kanunlar ihtilâfı kurallarının hatta hukuk seçiminin bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Bunlar, ilişkide mevcut yabancılik unsuru dikkate alınmaksızın uygulanan "genel kamu menfaatine ilişkin" oldukları kabul edilen kurallar olup, politik, sosyal, toplumsal ve ekonomik alanlardaki devlet politikasını aksettirirler. Bu tip kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması hâlinde de sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği artık milletlerarası sözleşmeler hukukunda ve bazı milletlerarası özel hukuk mevzuatında, hatta genel gerekçede söz konusu edilen ve AT'nin borç sözleşmelerine ilişkin olup Roma I diye de anılan ve üye devletler arasında uygulanan Sözleşmesinde de kabul edilmiştir[4].

Ülkelerin bazı kuralları yabancı- vatandaş ayrımı yapılmaksızın doğrudan uygulanır. Örneğin dış tabipliği, dışçılık, ebelik, hastabakıcılık yabancılara yasaklanmıştır ve bu yasağa ilişkin kural içinde yabancılik taşıyan tüm iş sözleşmelerinde de geçerlidir. Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Doğrudan uygulanan kurallar, emredici hükümlerle karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak uygulanması gereken bir emredicilik niteliğine sahiptir. Sözleşme statüsünden bağımsız olarak yabancılik unsuru taşıyan taşımaların, hukuk seçimi yapılmış olsun olmasın ilgili olay ve hukuki ilişkide mutlaka uygulanması gereken kurallardır. Bu kurallar sadece tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmayıp bir kamu menfaatine hizmet maksadı da taşırlar. Örneğin emredici hüküm olarak kabul edilen asgari ücreti, kıdem tazminatını, analık iznine ilişkin süreleri ve çalışma sürelerini düzenleyen hükümler; işçilerin hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil, yıllık ücretli izin usulüne ilişkin hükümler, kamu menfaatini ilgilendirmeyen ancak işçinin korunmasına yönelik bireysel talep hakkı veren bu hükümler, m.27/f.1 çerçevesinde ancak yararlılık karşılaştırılması yapıldıktan sonra uygulanabilirler. Emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır[5]. Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku doğrudan uygulanır.

### **C- İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukukun Belirlenme Kriterleri**

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 27 nci maddesine göre, iş sözleşmeleri (1) işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Görüldüğü gibi, madde "iş sözleşmeleri"ne ilişkin özel bir düzenlemedir. Madde gerekçesine baktığımızda[6] iş sözleşmelerinin "bireysel iş sözleşmeleri"ni ifade ettiği, toplu iş sözleşmelerini içermediği, anlaşılmaktadır. İş sözleşmelerinde, hem zayıf taraf olan işçinin korunması ihtiyacı hem de Devletin ekonomik ve sosyal politikalarıyla ilgili olarak yaptığı ve bireysel iş sözleşmeleri dışında kalan diğer düzenlemeler göz önünde tutularak iş hukukunun, kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi, "işyerinin bulunduğu ülke" hukukunun bu ilişkide objektif bağlanma kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kılmıştır.

İş sözleşmelerinde taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal eşitsizlikten dolayı, irade muhtariyeti prensibine akdin zayıf tarafını korumak amacıyla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Amaç, işverenin ekonomik gücünü kullanarak kendisi açısından elverişli kanun seçimi konusunda işçiyi anlaşma

yapmaya zorlamasını engellemektir. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.27 uyarınca iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla ancak işçi lehine olmak kaydıyla sınırlı olarak tanınmıştır. Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama yöntemine göre, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirilmemektedir. Sözleşmenin tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilme imkanına sahiptirler. Ancak, tarafların seçmiş oldukları bu hukuk düzeni işçiye, kanunlarda tespit edilmiş objektif iş akdi statüsünün emredici hükümlerince sağlanmış olan korumadan daha az bir koruma sağlayamaz. Seçilen hukuk, m.27/2 uyarınca, uygulanacak olan hukukun sağladığı korumadan daha geride kalıyor ise, tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, objektif iş akdi statüsünün işçiyi koruyucu hükümleri uygulanacaktır. Hakim, değerlendirmeyi yaparken makul bir kişi aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih ederdi ise, bunu nazara alacaktır[7]. Dolayısıyla, bir iş sözleşmesine uygulanacak olan hukuk, kural olarak seçilen hukuktur. Ancak, emredici hükümler bakımından objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanması gereken ülke hukukunun hükümleri işçinin daha lehine ise, uygulama alanı bulacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, "tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır". Görüldüğü gibi, esas alınan taraf işçi olup, işçinin işini yaptığı yer hukuku uygulanacaktır. Mutad işyeri, işçinin iş sözleşmesi ile belirlenen ve yapmakla mükellef olduğu asıl işini yerine getirdiği işyeridir.

Mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir[8].

İşçi, sadece yabancı ülkede çalışmak için işe alınmış ise ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi geri dönem niyetinden vazgeçerse, yabancı ülkede çalışmak üzere gönderilen işçinin fiilen çalıştığı yer, mutad işyeri haline gelir[9].

Kimi işçilerin yaptıkları işler devamlı bir ülke sınırları içinde değil, değişik ülkelerde yapıyor olabilir. Örneğin uluslararası yük taşıyan bir tır şoförü ya da sirk sanatçısı için çalışma yeri belli bir ülke olmayıp devamlı değişkenlik göstermektedir. Bu şekilde işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 27. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye işin yapıldığı yer ve işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku yerine bu hukuk uygulanabilir.

Hangi durumlarda sıkı ilişkili bir hukukun varlığının söz konusu olacağı kanunda belirtilmemiştir. Mutad işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilse dahi mutad işyeri hukuku hükümlerinin daha sıkı ilişkili olarak tespit edilen hukukun hükümlerinden daha fazla işçiyi koruması halinde hakim daha sıkı ilişkili hukuku uygulayıp uygulamamakta takdir hakkına sahip olmalıdır. Sözleşme tarafları, akdi ilişkilerinde uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışlar ise sözleşme başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibat halinde bulursa dahi bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması mümkün değildir[10].

### III-SONUÇ

Sözleşmenin yabancılik unsuru barındırması için, taraflardan birinin farklı vatandaşlıkta olması ya da taraflardan birinin ikametgahının veya mutad meskeninin farklı bir ülkede bulunması veya taraflarca yabancı bir ülkenin hukukunun seçilmesi hallerinden birinin varlığı gereklidir[11]. İşte bu tür bir yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerine doğrudan Türk hukuku değil yabancı hukuklar uygulanabilmektedir.

Taraflar arasındaki hukuki ilişki, birden çok hukuk sistemi ile ilgiliyse yabancı unsurun varlığı kabul edilmektedir. Bu durumda, taraflar arasındaki yabancı unsurlu hukuki ilişki, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile bağlantılıdır[12].

İş sözleşmesine taraflar açıkça başka ülke hukuku hükümlerinin geçerli olacağını kararlaştırmışlarsa, bu durumda işyerinin bulunduğu ülkenin hukuk kuralları geçerli olacaktır. Ancak Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları örneğin iş güvenliği ile ilgili kuralları geçerli yabancı hukuka rağmen öncelikle uygulanacaktır. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk seçilmemişse bu durumda işçinin işini mutad olarak yaptığı işyerinin tabi olduğu ülke hukuku uygulanacaktır. İşçinin işini mutad olarak yaptığı bir işyeri yoksa, diğer bir ifadeyle devamlı gezici olarak çalışıp farklı ülkelerde işini yapıyorsa bu durumda işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku hükümleri esas alınacaktır. Bunlara rağmen iş sözleşmesine uygulanacak hukuk seçilmemişse işçinin mutad işyerinin ya da işverenin esas işyerinin göz önüne alındığı durumlarda dahi, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye işin yapıldığı yer ve işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku yerine bu hukuk uygulanabilir.

---

[1] Yrg. HGK'nun 06.05.1998 tarihli ve E.12-28, K. 325 sayılı kararı.

[2] Zeynep Derya TARMAN, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk" AÜHF Dergisi, Sayı: 59 (3), Ankara 2010, s.527.

[3] Yrg. HGK'nun 07.06.1989 tarihli ve E. 1989/10-316, K. 1989/411 sayılı kararı.

[4] Gerekçe: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>

[5] Zeynep Derya TARMAN, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk" AÜHF Dergisi, Sayı: 59(3), Ankara 2010, s.541.

[6] <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>.

[7] TARMAN, age.s. 533.

[8] Ergin NOMER, Cemal ŞANLI, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2009, s.333.

[9] Gülören TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2009, s.404

[10] TARMAN, age, s.539.

[11] Nuray EKŞİ, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 57.

[12] Aysel ÇELİKEL, Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s.9.