

TÜRK HUKUKUNDA BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI YETKİ ve BAĞLAMA KURALLARI

Dr. Tankut CENTEL

İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik
Anabilimdalı Araştırma Görevlisi

I. GİRİŞ

1. Konunun önemi.

Bireysel iş uyuşmazlığına ilişkin uluslararası yetki ve bağlama kuralları, günümüzde ayrı bir önem kazanmaktadır. Bunun nedeni, uluslararası ilişkilerin yoğunlaşarak, ülkeler arasındaki emek ve sermaye göçü olgusuna konu olmasıdır. Nitekim, çalışmak üzere kendi ülkelerinin dışına gidenlerin sayısı, günümüzde gittikçe çoğalmaktadır. Bunun gibi, yabancı sermayeyle kurulmuş ortaklıklara ait işyerlerinde de, bunların buldukları ülkenin vatandaşı olan çok sayıda işçi çalıştırılmaktadır. Böylece, yabancı unsurlu bireysel iş uyuşmazlıklarının, ileride hangi uluslararası yetki ve bağlama kuralına göre çözüme kavuşturulacağı, önemli bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹

İşçi-işveren ilişkilerini uluslararası düzeyde düzenleme görevini yürüten Uluslararası Çalışma Örgütü, bireysel iş uyuşmazlığına ilişkin uluslararası yetki ve bağlama kurallarını ele alan herhangi bir antlaşma veya tavsiye kararı

1) C. TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkinde Uygulanacak Kanun", Onar Armağanı, İstanbul 1977, 883.

oluşturmamıştır. Bununla birlikte, uluslararası yetkiye ve bağlama kurallarına (yasaların çatışmasına) ilişkin sorunlar, çoğunlukla ilgili uyumsuzlukta Uluslararası Çalışma Örgütü'ne üye olmayan bir devlet hukukunun söz konusu olduğu veya uyumsuzluk konusunda, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün henüz bağlayıcı bir uluslararası düzenlemeyi oluşturamış bulunduğu durumlarda, ortaya çıkmaktadır².

2. Konunun sunulması.

Bireysel iş uyumsuzluğuna ilişkin uluslararası yetki ve bağlama kuralları, Türk hukukunda açık bir yasal düzenlemeye, yakın geçmişte kavuşmuştur. Gerçekten, 22.11.1982 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 20.5.1982 gün ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, uluslararası yetki ve bağlama kurallarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Bireysel iş uyumsuzluğuna ilişkin uluslararası yetki ve bağlama kuralları, özünde bir uluslararası özel hukuk ve uluslararası usul hukuku sorunu olmakla birlikte, medeni usul hukuku ve iş hukuku gibi diğer bazı hukuk dallarını yakından ilgilendirmekte ve yer yer bunların alanlarına girmektedir. Bu nedenle, mevcut çalışmada sorunlar, çeşitli hukuk dallarının getirdiği esaslar açısından olmak üzere, çok yönlü ele alınacaktır.

Mevcut çalışmanın esas olarak yabancı unsurlu bireysel iş uyumsuzluğunu konu alması nedeniyle, önce yabancılık unsuru üzerinde durulacaktır. Daha sonra, Türk iş mahkemesinin uluslararası yetkisine ve onun yabancı unsurlu bireysel iş uyumsuzluğuna uygulayacağı hukuka ilişkin kurallar incelenecektir. Son bölüm ise, Türk hukukundaki mevcut kuralların genel bir değerlendirmesine ayrılmış olup, bunların taşıdığı yetersizlikleri ele almaktadır.

2) H.-R. UEBERSAX, Der Schutz der schwächeren Partei im internationalen Partei im internationalen Vertragsrecht, Basel 1976 146.

II. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIĞINDA YABANCILIK UNSURU

1. Bireysel iş uyuşmazlığı kavramı.

İşçiler ile işverenler arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar, iş uyuşmazlıklarıdır. İş uyuşmazlıkları, uyuşmazlığın yanlarına göre yapılan bir ayırimda, bireysel ve toplu iş uyuşmazlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bireysel iş uyuşmazlığı, tek işçi ile işveren arasındaki bireysel iş ilişkisinden (hizmet sözleşmesinden) doğan hukuki uyuşmazlıktır³. Bu tür uyuşmazlıklar, genellikle yürürlükteki hukuku gözönünde bulunduran bir mahkeme kararıyla çözülmektedir⁴.

2. Yabancılik unsuru.

Sözleşmede yabancılik unsuru, değişik biçimlerde ortaya çıkabilir. Yanların vatandaşlığı, ikametgâhı, sözleşmenin yapıldığı veya ifa edildiği yer gibi unsurlar, sözleşmelerde yabancılik unsuruna yolaçabilir⁵. Buna karşılık, bireysel iş uyuşmazlığının kaynaklandığı hizmet sözleşmesindeki yabancılik unsuru, iş hukukunun temel kavramlarını oluşturan işçi ile işverenin yabancı olmasına veya işyerinin yabancı ülkede bulunmasına bağlıdır⁶.

- 3) N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, 410 ve dn. 4-5'deki yazarlar; T. ESENER, İş Hukuku, Ankara 1978, 541-542; M.F. GÜMÜŞ, Türk İş Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972, 158-159; K. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, Vize 1980, 179.
- 4) TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, 179.
- 5) Bak. G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 1983, 231. Karş. E. GÖĞER, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), Ankara 1977, 321; S. SIMITIS, "Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht", Juristische Schulung VI, 6 (Haziran 1966), 211 vd.; R. TRINKNER, "Rechtswahl im internationalen Arbeitsrecht", Der Betriebsberater XXII, 31 (10 Kasım 1967), 1290-1291.
- 6) TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun", 899.

Yabancılık unsuru, aşağıda (IV 3 a) incelenecek olan irade özerkliği ilkesi (hukuk seçimi) açısından, büyük öneme sahiptir. Gerçekten, yabancılık unsuru bulunmayan hukuki ilişkilerde, hukuk seçimi yoluna gidilememektedir⁷. Bu anlamda, aynı ülke vatandaşı olan işçi ile işverenin, kendi ülkelerindeki işyeri için yapacakları hizmet sözleşmesini yabancı bir ülkenin hukukuna bağlı tutmaları uluslararası özel hukuk açısından bir anlam taşımayacaktır⁸.

a. İşçinin veya işverenin yabancı olması.

Bireysel iş uyumsuzluğunun yanlarının, yani gerek işçi ve gerekse işverenin yabancı⁹ olması mümkündür. Nitekim, yabancı sermayeyle kurulmuş ortaklıklar ülkemizde yabancı personel çalıştırdıklarında, bu gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Söz konusu çalışmalar, sürekli olabildiği gibi, geçici de ortaya çıkabilmektedir. Gerçekten, yabancı sermayeyle kurulmuş ortaklıklar; yabancı personel çalıştırmayı olanaklı kılan Türk mevzuatı (Maden Kanunu, Petrol Kanunu, Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu) uyarınca, ülkemizde yabancı personeli öncelikle işe alabildikleri gibi, Türkiye'deki temsilciliklerine müdür veya şef olarak işçilerini geçici biçimde de gönderebilmektedir.

- 7) O.F. BERKİ, Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları, Ankara 1971, 175; TRINKNER, 1291. Karşıt görüş: E. NOMER, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1982, 269.
- 8) BERKİ, 175; TRINKNER, 1291; TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun", 898-899. Karş. GÖĞER, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 321.
- 9) Yabancı, herhangi bir devletin ülkesinde bulunan, ancak o devletin uyrukluğunu ileri sürmeye hakkı olmayan kişi, biçiminde tanımlanmaktadır (bak. Y. ALTUĞ, Yabancıların Hukukî Durumu, İstanbul 1971, 8-9; T. ARAT, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970, 102 vd.; A. ÇELİKEL, Yabancılar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983, 17-18; E. GÖĞER, Yabancılar Hukuku, Ankara 1976, 3-7; V.R. SEVİĞ, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981, 13; G. TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 1975, 6-8).

Bazen de, bireysel iş uyuşmazlığının yanı sıra sadece işçi veya işveren, yabancı olmaktadır. Nitekim, Türkiye'deki yabancı sermayeyle kurulmuş ortaklıkların Türk vatandaşlarını ve Türk işverenlerin de bazı koşullar altında¹⁰ yabancıları çalıştırmamasından kaynaklanan bireysel iş uyuşmazlığında, durum budur.

b. İşyerinin yabancı ülkede bulunması.

Hukuki uyuşmazlığa yabancılık niteliğini veren diğer bir unsur, uyuşmazlığın konusunun, yabancı bir ülkeyle herhangi bir bağlantısının olmasıdır. Yabancı unsurlu bireysel iş uyuşmazlığında bu bağlantı, işin görüldüğü yer, yani işyeridir. Gerçekten, işyerinin yabancı ülkede bulunması, bireysel iş uyuşmazlığına yabancılık unsurunu katmak için yeterlidir. Çünkü, yabancı ülkedeki bireysel iş uyuşmazlığına yabancılık niteliğini kazandıran, bu gibi durumlarda, işçinin veya işverenin yabancı oluşundan çok, işyerinin bir yabancı ülkede bulunmasıdır. Ancak, bu tür uyuşmazlıklar, Türkiye ile davalının ikametgâhı veya işyeri arasında bir bağ kurulabildiği ölçüde, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi açısından önem taşımaktadır.

Nitekim, yabancı işçinin Türk işverene ait yurt dışındaki işyerinde çalışmasından doğan bireysel iş uyuşmazlığı, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi açısından bir özellik taşımamaktadır. Çünkü, gerek davalının (davalı işçi veya işverenin) ikametgâhının ve gerekse işyerinin Türkiye dışında bulunması, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Türk işverenin yurtdışında bulunan işyerinde çalıştırdığı Türk işçisiyle arasındaki bireysel iş uyuş-

10) Ayrıntılı bilgi için bak. ALTUĞ, Yabancıların Hukuki Durumu, 172 vd.; ÇELİK, 91; ÇELİKEL, 130 vd.; M. EKONOMİ, İş Hukuku I, İstanbul 1980, 88-89; ESENER, İş Hukuku, 143-144; GÖĞER, Yabancılar Hukuku, 75 vd.; G. ÖKÇÜN, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti, Ankara 1962, 25 vd.; F.H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 460-461; SEVİĞ, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, 95 vd.; TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 120 vd.; K. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, İstanbul 1981, 135-136.

mazlığında ise, işyeri bakımından olmasa bile, davâlının (davalı işveren veya işçinin) ikametgâhının Türkiye'de bulunması nedeniyle, uluslararası yetki bağı kurulabilmektedir.

III. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI YETKİ KURALLARI

1. Türk mahkemesinin uluslararası yetkisi

a. Uluslararası yetki kavramı.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıkta uyuşmazlığın çözülmesi için, öncelikle hangi ülkenin yargı düzeninin yetkili olduğunu belirlemek gerekir. Söz konusu belirleme işi ise, uluslararası yetki kurallarıyla yapılacaktır. Bu nedenle, uluslararası yetki, belirli bir devletin mahkemelerinin yabancı unsurlu hukuki uyuşmazlıklarda yetkili olup olmadığı konusunu açıklığa kavuşturmaktadır¹¹.

Uluslararası yetki konusu, Türk hukukunda ilk kez MÖH-UK.'yla, belirli bir sistem içerisinde düzenlenmiştir. Söz konusu sistemin temeli, Türk hukukundaki iç yetki kurallarının uluslararası yetkiyi belirleyen kurallar olarak da kullanılmasına dayanmaktadır¹². Çünkü, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuraları" belirleyecektir (MÖH-UK. m. 27).

2. Bireysel iş uyuşmazlığında Türk mahkemesinin uluslararası yetkisi.

a. Bireysel iş uyuşmazlığını çözmeye yetkili Türk mahkemesi.

aa. Bireysel iş uyuşmazlığında görevli Türk mahkemesi.

Türk hukukunda bireysel iş uyuşmazlığı için görevli olan

- 11) Y. ALTUĞ, Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul 1979, 35-36; BERKİ, 191-192; NOMER, 308; V.R. SEVİĞ, Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul 1974, 218. Ayrıca bak. GÖĞER, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 340 vd.; I. ÖZKAN, "Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Seha L. Meray'a Armağan I, Ankara 1981, 177 vd.
- 12) NOMER, 325.

mahkeme, iş (veya iş mahkemesinin bulunmadığı yerde, iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk) mahkemesidir¹³. Gerçekten, 30.1.1950 gün ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre, "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle .. işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi" (m. 1/I) konusunda, iş mahkemeleri görevlidir.

bb. Bireysel iş uyuşmazlığında yetkili Türk iş mahkemesi.

Bireysel iş uyuşmazlıklarına bakmakla görevli iş mahkemelerinin yetkisi, yine İş MK.'nda ve özel olarak düzenlenmiştir. Gerçekten, İş MK. m. 5'e göre, "İş mahkemelerinde açılacak her dâva, açıldığı tarihte dâva olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir.." Bu durumda, davacı davasını, davalının ikametgâhı veya işyeri için yetkili olan mahkemede açabilecektir.

aaa. Davalının ikametgâhı mahkemesi.

Davalının ikametgâhı mahkemesi, Türk işçi veya işverene karşı açılacak davalarda, medeni usul hukukundaki genel esaslara göre belirlenecektir¹⁴.

Söz konusu mahkeme, gerçek kişi olan yabancı işçi veya işverene karşı açılacak davalarda, bunların 15.7.1950 gün ve

- 13) M. ÇENBERCİ, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, 10-13; B. KURU, Medeni Usul Hukuku, Ankara 1981, 693-694; İ.E. POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, 94; İ. SARISÖZEN, "İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Prof. Dr. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, 201-205; F. ŞAHLANAN, "İş Yargılaması", İHFM. XLIII, 1-4 (1976), 378-381; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, 457.
- 14) Ayrıntılı bilgi için bak. KURU, 103 vd.; POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 149 vd.; S. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku I, İstanbul 1977, 161 vd.

5683 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak edinecekleri¹⁵ ikametgâh mahkemesidir. Yabancı tüzel kişilere yöneltilecek davalar ise, işlerin yönetildiği yerde (MK. m. 49) veya şube olma durumu esasına göre¹⁶, şubenin bulunduğu yerde (HUMK. m. 17) açılacaktır.

Öte yandan, yönetim merkezi Türkiye'de ancak işyerleri yurtdışında olup Türk işçi çalıştıran ortaklıkların ikametgâhları da, MK. m. 49'a göre belirlenecektir. Buna göre, söz konusu ortaklıklara karşı yöneltilecek davaların, Türkiye'de bunların işlerinin yönetildiği yerde açılması gerekecektir.

bbb. İşyeri mahkemesi.

İşçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi; Türk iş mahkemesinin uluslararası yetkisi açısından kural olarak, sadece işyerinin Türkiye'de bulunması durumunda bir önem taşıyacaktır. Bununla birlikte, iç hukukta, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemenin, uyumsuzlukla ilgisi bulunan işyeri mahkemesinin olup olmadığı konusunda, öğretide görüş birliğine raslanılmamaktadır. Gerçekten, bazı yazarlara göre, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme, uyumsuzlukla bağlantısı bulunan işyeri için yetkili mahkemeyken¹⁷; diğer bir görüş açısından, söz konusu mahkemenin belirlenmesinde, işçinin davanın açıldığı tarih-

15) Ayrıntılı bilgi için bak. ALTUĞ, Yabancıların Hukukî Durumu, 154 vd.; ÇELİKEL, 95 vd.; GÖĞER, Yabancılar Hukuku, 70-73; SEVİĞ, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, 79 vd.; TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 46 vd.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, 21.2.1977 gün ve 1136/1490 sayılı kararında (İKİD. XVII, 200 (Ağustos 1977), 5505-5506), bir yabancıнын 1960 yılından beri Türkiye'de oturmasının, ticaretle uğraşmasının, çocuklarını Türk okulunda okutmasının, ikametgâhı saptayan unsurlardan biri olarak yerleşmek niyetiyle oturma subjektif unsuru gerçekleştiremeyeceğini ve sözkonusu niyetin, ancak Türk vatandaşlığına alınma yolunda girişimlerde bulunma durumunda ortaya çıkacağını belirlemiştir.

16) Bak. TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 67.

17) ÇENBERCİ, 65; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, 475.

teki işyeri gözönünde tutulacaktır¹⁸. Bu görüşlerden sonuncusuna bağlı kalındığında; kuramsal olarak Türk mahkemesinin uluslararası yetkisi, işyerinin Türkiye dışında bulunmasına rağmen, bazı durumlarda doğabilecektir. Gerçekten, sözelimi Türk işçi bir Türk işverenin yurtdışındaki işyerinden ayrılmış ve halen Türkiye'deki bir başka işyerinde çalışıyor olsa, belirtilen bu sonuncu görüş açısından, önceki işverenin aleyhine açacağı dava için de Türkiye'deki yeni işyeri için yetkili mahkemenin yetkisini kabul etmek gerekecektir¹⁹. Böylece, Türk iş mahkemesine başvurma yolu, yurttaşlarımıza kapanmamış olacaktır. Bununla birlikte, işyerinin yurtdışında olması yüzünden, tanık dinleme ve keşif gibi konularda zorluklar doğacağı da, gözardı edilmemelidir²⁰.

b. Bireysel iş uyuşmazlığında yetki sözleşmesi.

aa. Yetki sözleşmesiyle Türk iş mahkemesinin uluslararası yetkisinin kararlaştırılması.

Yetkili olmaması nedeniyle Türk iş mahkemesinin uluslararası yetkisinin bulunmadığı durumlarda, bireysel iş uyuşmazlığının yanları, yetki sözleşmesi yoluyla Türk iş mahkemesinin yetkili olacağını kararlaştırabilir. Böylece, yetki sözleşmesi yoluyla yanlar, aslında yetkili bulunmadığı için uluslararası yetkiye de sahibolmayan Türk iş mahkemesine, iradeleriyle uluslararası yetki tanımış olmaktadır.

Bireysel iş uyuşmazlığında aslında yetkili olmayan Türk iş mahkemesine uluslararası yetki tanıyan böyle bir yetki sözleşmesinin biçimi ve diğer geçerlilik koşulları, lex fori olarak, Türk usul hukukuna bağlıdır²¹. Buna göre de; yetki sözleşmesinin yazılı olması, belirli bir uyuşmazlığa veya uyuşmazlıklara ilişkin bulunması ve yetkili kılınacak Türk iş mahkemesinin belirli olması gerekmektedir (HUMK. m. 22)²².

18) ŞAHLANAN, 401-402.

19) Bak. ŞAHLANAN, 402.

20) Ayrıca bak. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, 475.

21) NOMER, 345.

22) Ayrıntılı bilgi için bak. KURU, 131-134; POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 160-164; ÜSTÜNDAĞ, 172-185.

bb. Yetki sözleşmesiyle Türk iş mahkemesinin uluslararası yetkisinin kaldırılmaması.

aaa. Yabancı bir mahkemenin yetkili kılınabilmesi.

Türk hukukuna göre yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmasına rağmen, yetki sözleşmesi yoluyla yabancı bir mahkemenin yetkili kılınabilmesi olanaklıdır. Gerçekten, "yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler" (MÖH-UK. m. 31)²³.

bbb. Türk iş mahkemesinin yetkisiz kılınmaması.

İş MK. m. 5'de yetkili mahkemeler gösterildikten sonra, "bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz" denilmiştir. İş MK. m. 5'deki yetki kuralı, görüldüğü üzere, kamu düzenini ilgilendirmektedir. Bu nedenle, İş MK. m. 5'e aykırı bulunan yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmektedir²⁴.

İş mahkemesinin yetkisinin kamu düzeni esasına göre belirlenmesi karşısında, yetki sözleşmesiyle onun uluslararası yetkisi kaldırılamayacak ve yanlar, yabancılık unsuru taşıyan bir bireysel iş uyuşmazlığının yabancı bir devletin mahkemesinde çözülmesi konusunda anlaşamayacaktır (MÖH-

23) Ayrıntılı bilgi için bak. NOMER, 346-350.

24) Bak. H. KARAOK, "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi, 274 ve 275 sayılı Yasalardan Doğan Uyuşmazlıkların Yargı Yeri", İBD. XLII, 3-4 (Mart - Nisan 1968), 122; KURU, 695; SARISÖZEN, 213; ŞAHLANAN, 403-404; C. TUNCAY, "İş Mahkemelerinin Yetkisi ve Sözleşme Yasağı", İHD. I, 9 (Eylül 1969), 759-765; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, 476-477. Karş. ÇENBERCİ, 71-72; N. EROL, "Türk İş Hukukunda Mahkemelerin Yer İtibariyle Yetkisi ve Selâhiyet Anlaşmaları", İBD. XLII, 5-6 (Mayıs - Haziran 1968), 334-335; İ.E. POSTACIOĞLU, "İş Mahkemelerinin Yetkisi", İHD. I, 5 (Mayıs 1969), 482-485; T. UYGUR, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar - Yargılama, Ankara 1980, 417-418; ÜSTÜNDAĞ, 181-182.

UK. m. 31; İş MK. m. 5). Bu esas, işyerinin, yurtdışında bulunduğu kadar, yurtdışında bulunduğu durumlar için de geçerli olacaktır.

IV. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN BAĞLAMA KURALLARI

1. Hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyeti.

Geçerli bir hizmet sözleşmesinden sözedilebilmesi için, hizmet sözleşmesini yapan kişilerin gerekli yeterliğe, yani hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyetine sahip olması zorunludur.

Hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyeti, ilkin yaş küçüklüğü ve evli kadın olma gibi nedenlerle sınırlanmaktadır. Bu yönüyle, hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin iş hukukundaki görünümü olmaktadır. Fiil ehliyeti, MÖH-UK. m. 8/I uyarınca, ilgilinin ulusal hukukuna bağlı kılınmıştır. Bu açıdan, hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyetinin yaş küçüklüğü ve evli kadın olma gibi nedenlerle sınırlandığı durumlara ilişkin bağlama kuralı, Türk hukukunda, ulusal hukuk olarak belirlenmiştir, denebilir. İlgilinin ulusal hukuku da, MÖH-UK. m. 3 ve 4'deki esaslara göre saptanacaktır.

Hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyetine getirilen sınırlamaların diğer bir yönü ise, biyolojik güçsüzlükleri nedeniyle kadınlar, çocuklar ve gençler gibi birtakım grupların özel bir korumaya kavuşturulması olmuş ve bunların belirli bazı işlerde çalışmak üzere hizmet sözleşmesi yapmalarını önlenmiştir. Konuları itibariyle iş güvenliğine ilişkin bulunan söz konusu hükümler, kamu hukukuna ait buyurucu hukuk kuralları olup, ülkesel niteliktedir. Bu nedenle, Türk iş mahkemesinde görülmekte olan bireysel iş uyuşmazlığı; hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyetine iş güvenliği nedeniyle getirilen sınırlamalar konusunda, Türk hukukundaki kadınların, çocukların ve gençlerin iş güvenliğine ilişkin hükümlere bağlı olacaktır.

Hizmet sözleşmesi yapabilme ehliyetine getirilen son bir sınırlama da, bazı işlerde çalıştırılacak olanın yabancı olmamasıdır. Burada söz konusu olan, ulusal çıkarların korunması için getirilen yasal yasaklardır. Yabancı işçi çalıştırma yasağına rağmen yabancının işe alınmasındaki yasa-ya aykırılık o derecede önemlidir ki, bunun geçerli bir hizmet ilişkisi olarak kabulü, yürürlükteki hukuk düzeninin temel görüşüyle bağdaşmamaktadır²⁵. Geçerli bir hizmet ilişkisinin doğmaması nedeniyle, bu gibi durumlarda, konumuzun dışında kalan haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurulacak ve MÖH-UK. m. 25 ve 26'nın uygulanması söz konusu olacaktır.

2. Hizmet sözleşmesinin biçimi.

MÖH-UK. m. 6, hukuki işlemlerin, yapıldıkları yer hukukunun (locus regit actum) veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (lex causae) öngördüğü biçime uygun olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, hizmet sözleşmeleri de, yapıldıkları yer hukukunun veya bireysel iş uyuşmazlığının (hizmet sözleşmesinin) esası için yetkili olan hukukun (lex obligationis) öngördüğü biçime bağlı olacaktır. Ancak, uygulamada hizmet sözleşmesinin biçimi, daha çok ikili işgücü antlaşmalarında belirlenmekte ve işçiler ile işverenlere basılı hizmet sözleşmesi metni (formüleri) doldurtularak imzalatılmaktadır.

3. Hizmet ilişkisine uygulanacak hukuk.

Tek işçi ile işveren arasındaki bireysel iş ilişkisinin kaynağı, yanlar arasındaki hizmet (iş) ilişkisidir. Söz konusu hizmet ilişkisi, kural olarak, bir hizmet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Değişik bir söyleyişle, hizmet ilişkisi, esas olarak bir hizmet sözleşmesinden doğmaktadır. Bu nedenle, hiz-

25) A. HUECK/H.C. NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, Berlin - Frankfurt a.M. 1963, 191-192; NIKLSCH, Arbeitsrecht I, Tübingen 1961, 216-217; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 135 ve 159-160.

met ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde, özellikle, MÖH-UK.'nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin bağlama kurallarını saptayan 24. maddesi, gözönünde bulundurulacaktır.

Bununla birlikte, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda da, geçerli bir hizmet ilişkisi doğabilmektedir. Nitekim, katılma görüşü yanlılarına göre, geçersiz bir hizmet sözleşmesine rağmen işverenin bilgisi altında ve fiilen çalışmayla, geçerli bir hizmet ilişkisi ortaya çıkmaktadır²⁶. Belirtilen bu durum için de, sanki geçerli bir hizmet sözleşmesi varmışçasına, MÖH-UK. m. 24 söz konusu olabilecektir²⁷. Ancak, bazen hukuk düzenine aykırılık öylesine ağırdır ki, bu gibi durumlarda geçerli bir hizmet ilişkisinin doğumu kabul edilememektedir²⁸. Söz konusu aykırılık durumları için ise, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurulacak ve MÖH-UK. m. 25-26'daki bağlama kuralları uygulanacaktır. Hizmet ilişkisinin doğmaması nedeniyle bireysel iş uyuşmazlığı niteliğine ulaşamayan bu gibi uyuşmazlıklara ilişkin bağlama kuralları da mevcut çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

a. Uygulanacak hukuku yanların kararlaştırmaları.

aa. Uluslararası sözleşme hukukunda irade özerkliği ilkesi.

Yanların aralarında yaptıkları sözleşmeyi belirli bir hukuka bağlı tutabilmelerine ilişkin yetkileri, uluslararası sözleşme hukukunda, irade özerkliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır²⁹. Türk hukukunda da MÖH-UK. m. 24/I, "sözleşmeden

26) ÇELİK, 73; HUECK/NIPPERDEY I, 191; NIKISCH I, 215; TUNÇ-OMAĞ, İş Hukuku I, 86-87 ve 158-159.

27) Ayrıca bak. UEBERSAX, 145, dn. 107.

28) HUECK/NIPPERDEY I, 191-192; NIKISCH I, 216-217; TUNÇ-OMAĞ, İş Hukuku I, 159-160.

29) Bak. BERKİ, 175 vd.; T. ESENER, "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", AHFD. XI, 1-2 (1954), 478; GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 303 vd.; NOMER, 267 vd.; SEVİÇ, Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargı-

doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir" anlatımını taşıyarak, yanların aralarında yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuku bizzat seçebilmelerini olanaklı kılmış ve böylece, irade özerkliği ilkesine açıkça yer vermiştir.

Anılan hükümde irade özerkliği ilkesine ilişkin herhangi bir ayrık durum öngörülmemiş olmakla birlikte, MÖH-UK m. 5'de yeralan Türk kamu düzenine aykırılığı, bu ilkeye getirilmiş bir sınırlama olarak görmek gerekir³⁰. Buna göre; sözleşen yanlar, aralarında yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuku, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak koşuluyla, özgürce kararlaştırabilir.

bb. Uluslararası iş hukukunda irade özerkliği ilkesi.

aaa. Hizmet sözleşmesini düzenleyen kuralların niteliği.

Hizmet sözleşmesini düzenleyen hukuk kuralları, daha çok, kamu hukukuna ilişkin hükümlerdir. Bunlar, buyurucu nitelikte olup, tersine sözleşme yapılamıyan ve kendilerine mutlak biçimde uyulması gereken kurallardır. Buyurucu nitelikteki kamu hukukuna ilişkin kuralların yanısıra, yine kamu hukukuna ilişkin olmakla birlikte, sadece işçi yararına değiştirilebilen ve kendilerine mutlak biçimde uyulması gerekmeyen kurallar da bulunmaktadır.

Hizmet sözleşmesini düzenleyen hukuk kurallarından özel hukuka ilişkin olanlar ise, kamu hukukuna ilişkin hükümlere oranla, daha az sayıdadır. Bunlardan bir bölümü, özel hukuka ilişkin olmakla birlikte, kamu düzenine yöneliktir ve söz konusu nitelikleri gereği de, buyurucu hukuk kurallarındandır. Diğer bir bölüm hukuk kuralı da, özel hukuka ilişkin

lama Çatışmaları), 128; TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 229 vd.; N. ULUOCAK, Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, 140 vd.

30) Diğer sınırlamalar için bak. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 231-233.

olup, kamu düzenini ilgilendirmemekte ve bu nedenle, tamamen yanların özgür iradelerine bırakılmış bulunmaktadır.

bbb. Uluslararası iş hukukunda irade özerkliğinin kapsamı.

Hizmet sözleşmesini düzenleyen hukuk kurallarının önemli bir bölümünün, kamu hukukuna veya kamu düzenine ilişkin bulunma nedeniyle buyurucu nitelikte olması karşısında, uluslararası iş hukukunda irade özerkliği ilkesinin geçerliliği; önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, ülkemiz yazarları arasında, uluslararası iş hukuku için sınırsız bir irade özerkliği ilkesini savunana raslanılmamaktadır. Tersine, bir bölüm yazar, uluslararası iş hukukunda irade özerkliği ilkesini toptan reddetmektedir. Çünkü, söz konusu yazarlara göre, hizmet sözleşmesi, ülkenin güvenliğini ilgilendirdiğinden, mutlaka işyeri yasasına bağlı olacak ve bir bölümüyle de kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, bu konuda irade özerkliğinden söz edilemeyecektir³¹. Buna karşılık, diğer bir bölüm yazar, uluslararası iş hukukunda irade özerkliği ilkesini toptan reddetmemekte ve anılan alanda sınırlı bir irade özerkliği ilkesini benimsemektedir. Söz konusu yazarlara göre, hizmet ilişkilerinin, kamu düzenini veya ülke güvenliğini ilgilendirdiği gerekçesiyle, irade özerkliği ilkesi reddedilemeyeceği gibi; anılan ilkenin, hizmet sözleşmesinde, diğer borç sözleşmelerinde uygulandığı genişlikte kabul edilmesi de, benimsenemez³². Çünkü, iş hukukuna ilişkin birçok hüküm, buyurucu nitelikte olup, ülkede bulunan herkese uygulanır. Devletin iktisadi ve sosyal politikasının gereklerine uygun biçimde düzenlenmiş olan ve kamu hukukuna ait bulunan bu hükümler, hukuk seçimi dışın-

31) Bak. Y. ALTUĞ, "Ämme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)", AÜSBFD. XXVII, 3 (Eylül 1972), 380; BERKİ, 181; SEVIĞ, Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), 93; H. TİMUR, "Devletler Hususî Hukukunda Ämme İntizamı", İHFM. VII, 4 (1941), 878-879.

32) TUNCA Y, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun", 901.

da kalan ülkesel kurallardır³³. Sonra, hizmet sözleşmesi, kendine özgü özellikleri olan bir sözleşme çeşididir. Nitekim, hizmet sözleşmesini düzenleyen kuralların büyük çoğunluğunun kamu hukukuna ilişkin hükümler oluşu ve iş hukukunun işçiyi koruma ve işçiye yardım ilkesiyle donatılmış kamu düzeni düşüncesi, yanların hukuk seçimini ve giderek, irade özerkliği ilkesini geniş ölçüde daraltmaktadır³⁴.

Öğretide bu görüşlere karşılık, uluslararası iş hukukunda irade özerkliğinin ne ölçüde tanınması gerektiğine ilişkin herhangi bir Yargıtay kararına, uygulamada raslanılmamaktadır. Nitekim, yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş uyuşmazlıklarına ait mevcut Yargıtay kararları, esas olarak yanların hukuk seçimine gitmedikleri olayların çözümüne ilişkindir.

Kanımca, MÖH-UK. m. 24/T'de yer alan ve genel olarak sözleşmeler için öngörülen irade özerkliği ilkesi, hizmet sözleşmeleri konusunda, kamu düzenini ilgilendirmeyen özel hukuka ilişkin hükümlerle sınırlı olup, hizmet sözleşmelerini düzenleyen kamu hukukuna ilişkin hükümler ile kamu düzenine yönelik özel hukuka ilişkin hükümler alanında geçerliliği bulunmamaktadır. Gerçekten, yabancı unsurlu hizmet sözleşmelerine ilişkin irade özerkliği ilkesi, sadece kamu düzenine yönelik olmayan özel hukuka ait hükümler için söz konusudur. Çünkü, hizmet sözleşmesi bakımından sadece, kamu düzenine ilişkin olmayan özel hukuka ait hukuk kuralları, yanların özgür iradelerine bırakılmıştır. Hizmet sözleşmesi bakımından, kamu düzenine ilişkin olan özel hukuka ait hukuk kuralları ise yanların özgür iradeleri dışındadır. Hizmet sözleşmesini düzenleyen kamu hukukuna ilişkin kurallar da, ülkesellik ilkesi uyarınca, hukuk seçimine olanak tanımamaktadır³⁵. Kamu düzenini ilgilendiren özel hukuka ilişkin kurallar, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan yetkili

33) TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 254 ve 257.

34) TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun", 903.

35) TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 257-258; TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun", 902; UEBERSAX, 139.

yabancı hukuk hükmünün uygulanmamasını ve gerektiğinde Türk hukukunun uygulanmasını öngören MÖH-UK. m. 5 kapsamında, uygulama alanı bulamayacaktır.

b. Uygulanacak hukuku yanların kararlaştırmamaları.

Yanlar açık bir hukuk seçimi yoluna gitmediklerinde, hizmet sözleşmesine uygulanacak hukuk, objektif esaslara göre belirlenecektir. Türk hukukunda MÖH-UK. m. 24/II'nin konuya ilişkin belirlediği esas, hizmet sözleşmesine uygulanacak hukukun seçimine yanlarca gidilmediği durumlarda, "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku"nun uygulanmasıdır. Hizmet ilişkisinin ağırlığını oluşturan edim, hizmet edimi olup, bunun ifa yeri de, işyeridir³⁶. Buna göre, hizmet sözleşmesine uygulanacak hukukun yanlarca seçilmediği durumlarda, işyeri (yani, işin yapıldığı yer) hukuku uygulanacaktır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Uluslararası yetki kurallarına ilişkin değerlendirme.

Eskimiş ve çoğu konuda yetersiz kalan 23.2.1330 tarihli Muvakkat Kanun'un kaldırılması ve yerine çağdaş esasları içeren MÖH-UK.'nun yürürlüğe konulması, Türk hukuku için ileri bir adımın atılması olmuştur. Ancak, Türk iş mahkemelerinin bireysel iş uyuşmazlıkları için olan uluslararası yetkisi, MÖH-UK.'nda açık ve doyurucu bir biçimde düzenlenmiş olmaktan uzaktır. Çünkü, MÖH-UK., sorunun çözümü-

36) İşyeri kavramı için bak. ÇELİK, 54 vd.; B. DOĞAN, İşçinin İşletmenin Yönetimine Katılması, İstanbul 1973, 11-15; EKONOMİ, 51 vd.; ESENER, İş Hukuku, 97 vd.; S.K. MİMAROĞLU, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1965, 89-92; M.K. OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, İstanbul 1978, 12-14; S. REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975, 183-186; F. TEKİL, İş Hukuku, İstanbul 1981, 95-102; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 108 vd.; G. UĞUR, "İşyeri", İHD. I, 5 (Mayıs 1969), 450 vd.; UYGUR, 274 vd.; Ayrıca bk. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 258.

nü, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bırakmıştır. Bu açıdan, MÖH-UK.'nun uluslararası yetki kurallarına ilişkin düzenlemesi, sadece yollamadan ibaret kalmıştır. Oysa, özellikle, yönetim merkezleri yurt içinde olan ancak işyerleri yurtdışında bulunan Türk işverenler ile bunların çalıştırdıkları Türk işçiler arasında doğacak bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin uluslararası yetki sorunları, çözülmesi gereken önemli bir konu olarak ortadadır. Bu konuda, iç yetkiyi düzenleyen İş MK. m. 5'e başvurulması yerine, uluslararası uyuşmazlıkların kendine özgü özelliklerini gözeterek bir uluslararası yetki kuralına MÖH-UK.'nda yer verilmesi, sayıları önemli bir miktarı bulan yurtdışındaki Türk işçilerinin bazı kapkaççı firmalar karşısında korunmasını sağlayacaktır.

2. Bağlama kurallarına ilişkin değerlendirme.

a. İrade özerkliği ilkesi açısından.

MÖH-UK. m. 24/T'de "sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna" tabidir" denilerek, Türk hukukunda esas olarak irade özerkliği ilkesine ağırlık verilmiş ve aynı yasa m. 5'de de, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda söz konusu hükmün uygulanmayacağı belirtilerek, kamu düzenine aykırılığın irade özerkliği ilkesini sınırlaması esası benimsenmiştir.

İrade özerkliği ilkesinin MÖH-UK.'nda tüm sözleşme tipleri için geçerli genel bir hüküm içinde düzenlenmiş bulunması, yerinde olmamıştır. Çünkü, bu konuda, özel durumlara yer verilmesi gerekirdi. Gerçekten, irade özerkliği ilkesi, XIX. yüzyıl liberalizminin bir uzantısı olup, o zaman için sınırsız

37) Diğer "kanunlar ihtilâfı kuralları"na ilişkin madde metinlerinde "hukuk"tan sözedilmişken, MÖH-UK. m. 24'de "kanun" sözcüğüne yer verilmiş bulunması, uygun düşmemiştir. Çünkü, irade özerkliğinin geçerli olduğu durumlarda seçilen şey, yasa olmayıp, bir ülkenin hukukudur (bak. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978, 174-177).

biçimde geçerli olan sözleşme özgürlüğüyle ilişkili olarak tasarlanmıştır. Günümüzde ise, devletin çeşitli hukuki düzenlemeler yoluyla sosyal eşitsizliklere karşı savaştığı ve serbest ekonomiye el attığı görülerek, onun uluslararası özel hukukun alanına giren sözleşmelerdeki yanların hukuk seçimi yetkilerine de müdahale etmesi gerektiği düşünülmeye başlanmıştır. Buna göre, uluslararası özel hukukta hukuk seçimi (irade özerkliği ilkesi), maddi hukukun serbesti tanımayan alanlarında geçerli olmayacaktır³⁸.

Çağımızda sosyal nitelikli devletin toplumdaki eşitsizliklere karşı savaştığı alanlardan birisi de, işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesi (iş hukukunun geliştirilmesi)dir. Gerçekten, iş hukuku, bağımlı iş ilişkisi içinde bulunan kişilerin sosyal açıdan korunmaları gereksiniminden doğmuş olup³⁹, herşeyden önce işçiyi koruma hukukudur⁴⁰.

İşçinin özel korunmaya olan gereksiniminin nedeni, onun işverene karşı olan kişisel ve iktisadi bağılılığıdır. İşte, söz konusu bağılılıktan doğan tehlikelere set çekilmesi, iş hukukunun ilk ve en önemli görevi olmaktadır⁴¹. İşçinin işverene karşı olan kişisel ve iktisadi bağılılığına set çekme görevi ise, sosyal niteliği gereği, esas olarak devlete düşmektedir. Devlet, bu görevi kamu müdahalesi yoluyla, yani çalışma yaşamına doğrudan karışıp işçi-işveren ilişkilerini hukuken düzenleyerek yerine getirmektedir. Nitekim bu nedenle hizmet ilişkisini düzenleyen kuralların çoğunluğu, kamu hukukuna ilişkin veya özel hukuka ait olup da kamu düzenine yönelik düzenleyerek yerine getirmektedir. Nitekim, bu nedenle hizmet sözleşmesi bakımından önemli ölçüde daralmıştır⁴². Nitekim, hukuk seçimine ilke olarak olanak tanıyan Almanya, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerde bile, hukuk seçimi öylesine sınır-

38) UEBERSAX, 232-233.

39) UEBERSAX, 66.

40) TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 11.

41) HUECK/NIPPERDEY I, 25-27; NIKISCH I, 4; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 11-12. Ayrıca bak. UEBERSAX, 53-55.

42) Bak. TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun", 899-903; UEBERSAX, 138.

lamalara bağı tutulmaktadır ki, sonunda bunun adından başka birşey kalmamaktadır⁴³.

MÖH-UK. ise, genellemeye giderek, yanlardan birinin özel olarak korunmaya gereksinimi olan sözleşme tiplerine ve bu arada, hizmet sözleşmesine ilişkin özellikleri gözönünde bulundurmamaktadır. Gerçi, MÖH-UK.'nun, kamu düzenine aykırılığı ele alan düzenlemesiyle (m. 5), özel hukuka ilişkin olup da kamu düzenine yönelik bulunan hükümleri irade özerkliği ilkesinin dışında tuttuğu söylenebilirse de, bu yeterli değildir. Çünkü, ilkin kamu düzenine aykırılıktan sözedilmesi, her zaman başvurulacak bir yol olmayıp, istisnai niteliktedir⁴⁴. Nitekim, kamu düzenine aykırılığın uygulanmasında, belirgin bir çekingence gösterilmelidir⁴⁵. Sonra, özel hukuka ilişkin olup da kamu düzenine yönelik bulunmayan konularda irade özerkliğinden sözedilebilse bile, hukuk seçimi yoluna ancak güçsüz yanın (yani, hizmet sözleşmesinde işçinin) özel olarak korunmaya gereksinimi bulunmadığında başvurulmalıdır. Nitekim, özel olarak korunması gereken sözleşme yanının tatmin edildiği ve seçilen hukuk ile sözleşme arasında yakın bir nesnel ilişkinin bulunduğu özel durumlarda, hukuk seçimine olanak tanınabilecektir. Bu anlamda, aynı ülkenin vatandaşı olan sözleşme yanları, ortak hukuklarının uygulanmasını kararlaştırabilecektir⁴⁶.

h. İşyeri hukuku açısından.

MÖH-UK. m. 24/II'de hizmet sözleşmesinden doğan borç ilişkileri açısından, yanların hukuk seçimine gitmediği durumlarda işyeri hukukunun öngörülmesi, esas olarak yerin-

43) Bak. UEBERSAX, 139.

44) Bak. ALTUĞ, "Ämme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)", 374 vd.; BERKİ, 27 ve dn. 19'da belirtilen yazarlar; GÖGER, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 96-97; NOMER, 177; SEVİĞ, Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), 161-162; ULUOCAK, 16, 214-215 dn. 651 ve 222-223.

45) NOMER, 177.

46) Bak. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 255; UEBERSAX, 184-185 ve 235-236.

de olmuştur. Çünkü, yabancı unsurlu hizmet sözleşmesine en uygun düşen hukuk, işyeri hukukudur⁴⁷. Nitekim, çeşitli ülkelerin hukuk düzenlerine bakıldığında, hizmet sözleşmesinden doğan borç ilişkileri için en sık başvurulan bağlama kuralının, işyeri hukuku olduğu görülmektedir⁴⁸.

Bu anlamda, Türkiye'deki bir işyeri için yapılan yabancı unsurlu hizmet sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkta, işyeri hukuku olan Türk hukuku uygulanacaktır. Belirtilen bu sonuca, MÖH-UK. m. 24/II'nin ötesinde, iş hukukunun kamu hukukuna olan yakın ilişkisinden kaynaklanan ülkesel bağlılığandan ve kamu düzeni düşüncesinden kalkılarak ulaşılmaktadır. Bunun gibi, işyeri, yetkili mahkeme (yani, Türk iş mahkemesi) bakımından yurtdışında olduğunda da, aynı düşünceye ve MÖH-UK. m. 24/II'ye göre, işyerinin bulunduğu yabancı ülkenin hukuku uygulanmak gerekecektir. Ancak, işyeri hukuku bağlama kuralından, işçi ve işverenin aynı ülkenin vatandaşı olduğu öznel nitelikteki ayrık durumlarda uzaklaşmakta ve karşıt görüşteki eleştirilere rağmen, ortak hukukun uygulanması önerilmektedir⁴⁹. Böylece, yargıcın Türk işveren ile bu işverenin yabancı ülkedeki işyerine alınan işçi arasındaki bireysel iş uyuşmazlığına, yanların aynı ülkenin vatandaşı olması nedeniyle, ortak hukuku, yani Türk hukukunu uygulaması söz konusu olabilecektir. Ancak, böyle bir durumda işyeri hukuku bağlama kuralından uzaklaşmak için, güçsüz yanın (yani, işçinin) özel olarak korunmaya gereksiniminin bulunmaması zorunludur. Kamıca, söz konusu gereksinim ise sadece işyeri hukuku olarak uygulanacak ortak hukukun (yani, Türk hukukunun) işyerinin bulunduğu yabancı ülke hukukundan daha ileri hakları işçiye sağladığı ölçüde ortadan kalkacak ve salt ortak hukukun yanlarca bilinmesi, anılan gereksinimi gidermeye yetişmeyecektir⁵⁰.

47) TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun", 907.

48) Bak. TUNCAY, "Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun", 907; UEBERSAX, 141 ve dn. 87'de yer alan yazarlar.

49) Bak. UEBERSAX, 142-143.

50) Karş. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 255.

Bu açıdan, işyeri hukuku bağlama kuralından sapmaya yolaçabilecek özel durumların MÖH-UK. m. 24'de gözönünde bulundurulması, yerinde olacaktır. Çünkü, MÖH-UK. m. 24/II, bu konuda aynı ülke vatandaşı olma gibi özel durumlara yer vermemiş ve genelleyici bir düzenleme içine girmiştir. Oysa, bugün için Türkiye, sadece vatandaşını yurtdışına işçi olarak gönderen bir ülke olma görünümünü silme yolundadır. Nitekim, Türk müteahhit firmalarının yurtdışı taahhüt tutarının 1.4 milyar dolara yaklaşmış olduğu görülmektedir. Söz konusu firmaların yurtdışındaki işyerlerinde (şantiyelerinde) istihdam ettikleri işçi sayısının da, 160.000 dolayında olduğu belirtilmektedir⁵¹. Yaklaşık 160.000 Türk işçisi ile azımsanamıyacak sayıdaki Türk işverenin, Ortadoğu ve Kuzey Afrika ülkelerinin hukuku yerine, Türk hukukuna bağlı olmaları, daha geniş bir hukuk güvencesi sağlayacaktır.

3. Sonuç

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin nesnel kurallar koyan MÖH-UK. m. 24, daha önce değerlendirme bölümünde belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesine ait özellikleri ve özel durumları gözönünde bulundurmaması nedeniyle, bazı konularda yetersiz kalmaktadır.

Kanımcıca, söz konusu yetersizliğin başlıca nedeni, MÖH-UK.'na ilişkin önhazırlık çalışmalarının, anılan konular üzerinde yeterince durma olanağını bulamamış olmasıdır. Gerçekten, MÖH-UK.'nun temelini, esas olarak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü'nce hazırlanıp 22-24.11.1976 günlerinde İstanbul'daki sempozyumda tartışmaya açılan metin oluşturmuştur. Bu açıdan, taslağı hazırlayan kurul adına yapılan açıklamadaki "şimdi açıklamaları dinleyenler, 'iş sözleşmeleri' ile ilgili hüküm acaba getirildi mi, diye düşüneceklerdir. Bunu biz de düşündük, çeşitli teklifler de yapıl-

51) Ş. TARA/Z. TUNCA, "Almanya'daki İşçilerimiz ve Dış Müteahhitlik", 3.2.1983 günlü Milliyet.

di, ama yeterince üzerinde durmaya fırsat bulamadık...⁵² sözleri, düşündürücüdür. Sonra, sempozyumdaki taslak görüşmelerine iş hukuku üzerine uzmanlaşmış olan hukukçuların katılımının sağlanamamış olması da, ayrı bir talihsizlik olmuştur.

Bu nedenle, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin nesnel kurallar, ileride yapılacak MÖH-UK.'yla ilgili yasa değişikliği önhazırlık çalışmalarında, hizmet sözleşmesi açısından özel olarak ele alınmalı ve hizmet sözleşmesinde yarlardan birinin (yani, işçinin) diğeri (yani, işveren) karşısında güçsüz olduğuna, bu nedenle de özel korumaya gereksiniminin bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Söz konusu önhazırlık çalışmalarına ilgi duyacak iş hukuku uzmanlarının katılımını sağlama çabalarının, bu tür çalışmaların daha yerinde çözümlere ulaşmasını olanaklı kılacağından ise, kim-
senin kuşkusu olmamalıdır.

52) Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 166-167.