

MÖHUK 27/1 Hükümünün Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali ve 7550 Sayılı Kanun ile Getirilen Yeni Düzenleme Kapsamında Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Gaye Burcu YILDIZ¹

ORCID: 0000-0001-9603-4851

DOI: 10.54752/ct.1723463

Öz: Yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde son yıllarda öğreti ve yargı uygulamasında birbirinden farklı görüşler ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu farklılığın esası MÖHUK 27.maddesinin farklı yorumlanması ile yakından ilişkilidir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili maddenin birinci fıkrası hükümünü iptal kararı sonrasında yasa koyucu MÖHUK 27.madde ile ilgili yeni bir düzenleme hazırlamıştır. Bu makalede amaçlanan, yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye'den götürülen işçilerin işçilik alacakları ile ilgili olarak açtıkları davalarda uygulanacak hukukun belirlenmesi hususunda öğreti görüşleri ile yargı kararlarını bir arada değerlendirmektir. Bu değerlendirme yapılırken milletlerarası özel hukuk ve iş hukuku öğreti görüşlerinden birlikte yararlanılmış ve her

¹ Prof.Dr. Ankara Üniversitesi SBF ÇEEİ Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik ABD. seratli@politics.ankara.edu.tr

YILDIZ, G.B., (2025) "MÖHUK 27/1 Hükümünün Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali ve 7550 Sayılı Kanun ile Getirilen Yeni Düzenleme Kapsamında Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Çalışma ve Toplum, Sayı: 86, C.3, s.991-1020

Bu makale, Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC-BY 4.0) şartları altında dağıtılan açık erişimli bir makaledir. Bu lisans, orijinal yazar ve kaynak belirtildiği sürece, herhangi bir ortamda sınırsız kullanım, dağıtım ve çoğaltmaya izin vermektedir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Makale Geliş Tarihi: 20.06.2025- Makale Kabul Tarihi: 09.07.2025

iki hukuk dalının kendine özgü yaklaşımları korunmaya çalışılarak bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılık unsuru, yurt dışına götürülen işçi, uygulanacak hukuk, MÖHUK 27, iptal kararı

Determining the Applicable Law to Employment Contracts with Foreign Element in the Context of the Annulment Decision of Constitutional Court Regarding Mohuk 27 And New Regulation Enacted by Law Numbered 7550

Abstract: In recent years, different approaches and practices have emerged in doctrine and judicial practice regarding the determination of the law applicable to employment contracts containing a foreign element. The basis of this difference is closely related to the different interpretation of Article 27 of the MÖHUK. Following the Constitutional Court's decision to annul the provision of the first paragraph of the above mentioned article, a new article has enacted by Grand National Assembly of Türkiye regarding Article 27 of the MÖHUK. The purpose of this article is to evaluate the doctrine and judicial decisions regarding the determination of the applicable law in a comparative method. Pursuing this aim, the doctrine of international private law and labor law has been utilized together and an attempt has been made to reach a conclusion by preserving the unique approaches of both branches of law.

Key words: foreign element, applicable law, MOHUK 27, annulment decision

Giriş

Özellikle son yıllarda, çoğunlukla inşaat işlerinde çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen Türk işçilerin, çalıştıkları ülkede işleri sona erdikten sonra iş ilişkisinden doğan haklarını almak için açtıkları davalarda uygulanacak hukukun belirlenmesi öğreti ve uygulamada yoğun tartışmalara neden olmuştur.

Bu durumun ana sebebi, uyuşmazlıklara işçi ve işverenin yurt dışına gitmeden önce İŞKUR nezdinde imzaladıkları sözleşmelerde yer alan ve uyuşmazlığa uygulanacak hukukun işin yapıldığı yer ülke hukuku olarak belirlendiği bir maddedir. İnşaat işlerinde çalıştırılmak üzere Türkiye'den götürülen Türk işçiler, yargıya intikal eden uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunda iş hukuku açısından Türkiye'deki asgari korumanın daha altında haklar tanıyan ülkelerde çalıştıklarından, çalışılan ülke hukukunun uygulanması işçiler açısından hak kaybına neden olmuştur.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27.Hukuk Dairesi, İstanbul 10.İş Mahkemesi ve Ankara 11.İş Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 27/1ve 2.fikraların iptali talebiyle yaptığı başvuru sonrasında Anayasa Mahkemesi (AYM) 5.11.2024 tarihinde MÖHUK 27/1 hükmünün iptaline, iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, karar 10.03.2025 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanun koyucu, 7550 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18.maddesi ile iptal edilen MÖHUK 27/1 hükmü için yeni bir düzenleme yapmış, ayrıca dördüncü fıkrayı da değiştirmiştir. 7550 sayılı Kanun da 4.6.2025 tarihli mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Dolayısıyla AYM iptal kararında belirtilen gerekçeler göz önünde tutularak, 7550 sayılı Kanun ile getirilen MÖHUK 27/1 ve 27/4 hükmünün incelenmesi gerekmektedir.

Yabancılik Unsuru ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

İş sözleşmesinde yabancılik unsurı ile kastedilen işçinin ya da işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması ya da işin yabancı ülkede ifa edilmesidir. (Doğan, 1996: 49; Elçin, 2012: 39 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu - Gemici Filiz: 2016: 598-599; Gürsel, 2021:155-187)

Yabancılik unsurı taşıyan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak hukukun belirlenmesi gereklidir. Hukuk seçiminden anlaşılması gereken ise bir devlete ait hukuk sistemidir. Dolayısıyla devlet niteliğinde olmayan bir yapının kuralları, uluslararası ticaret anlaşmaları ya da benzeri ilkelere atıf yapılması durumunda ortada bir hukuk seçiminden bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir (Özdemir Kocasakal, 2010: 36-37)

Taraflar, sözleşme ile uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemiş olabilecekleri gibi, bu seçimin olmadığı ya da geçersiz sayıldığı durumlarda, yabancılik unsurı taşıyan iş ilişkilerinde uyuşmazlığın çözümü için uygulanması gereken hukukun belirlenmesi, MÖHUK 27.madde hükümlerine tabidir.

5718 sayılı MÖHUK 27.maddesinin birinci ve dördüncü fıkrası ile AYM iptal kararı sonrasında 7550 sayılı Kanun ile düzenlenen birinci ve dördüncü fıkra hükümleri arasındaki fark esasen dördüncü fıkrada yapılan değişikliktir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarından herhangi bir değişiklik yapılmadığından aşağıdaki tabloda yer verilmemiştir, ilgili yerlerde değinilecektir.

5718 sk 27/1	7550 sk 27/1
İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.	İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak üzere, tarafların sözleşmeyle belirledikleri hukuka tâbidir.
5718 sk 27/4	7550 sk 27/4
Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir	Ancak hâlin bütün şartlarına göre işin yapıldığı yer hukukunun işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olan hükümleri hariç olmak üzere , iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir

Madde metninde ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bunlar;

Subjektif bağlama kuralı (irade özerkliği)

Maddenin birinci fıkrasında yer alan “işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla” ifadesi, taraflara hukuk seçimi yaparken mutad işyeri hukukunun sağladığı asgarî korumanın ortadan kaldırılmasını engellemektedir. Mutad işyeri kavramı, en geniş anlamıyla işçinin sürekli ve düzenli olarak işini gördüğü yeri ifade eder. Böylelikle taraflar uygulanacak hukuku seçmişlerse, bu hukuk kurallarının somut uyumsuzluğa uygulanması için, işçi açısından mutad işyeri hukukunun sağladığı asgarî korumadan daha lehe hükümler içermesi gerekmektedir. Bu belirleme ise mutad işyeri hukuku ve tarafların seçtiği hukuk arasında karşılaştırma yapılmasını gerektirmektedir. (Karşılaştırma esasları için ayrıca bkz. Elçin, 2012: 100-104; Bozkurt Gümrükçüoğlu- Gemicî Filiz, 2016: 607)

Objektif bağlama kuralları

MÖHUK 27/2-3 ve 4.fıkralarda yer alan düzenlemeler objektif bağlama kurallarını ortaya koymaktadır. Bu kurallar taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında ya da hukuk seçimi yapılsa dahi “yararlılık” karşılaştırması yapılması açısından önem taşırlar.

MÖHUK 27/2 ve 27/3. fıkra düzenlemeleri şu şekildedir;

“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.

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

Buna göre objektif bağlama kuralları aşağıdaki gibidir;

1. İşin mutad olarak yapıldığı yer hukuku: İşçinin iş görme ediminin sürekli olarak yerine getirdiği yer hukukunu ifade eder. İşçi, geçici süreyle başka bir ülkeye gönderilmişse, gittiği ülke mutad işyeri sayılmayacağından bu ülke hukuku uygulanamayacaktır.

2. İşverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku: İşçi sürekli olarak bir yerde çalışmıyorsa, devamlı olarak birden fazla ülkede iş görme ediminin yerine getiriyorsa, deyim yerindeyse işçinin mutad işyeri belirlenemiyorsa, bu takdirde işverenin esas olarak bulunduğu ülke hukuku uygulanır. İşverenin esas olarak bulunduğu yer, işverenin iş organizasyonunu nereden yürüttüğü belirlenerek tespit edilebilir.

3. Daha sıkı ilişkili yer hukuku: Taraflarca açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılmadığında ya da yapılan seçim geçersiz olduğunda, “iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili yer hukukunun” uygulanması söz konusu olabilecektir. MÖHUK 27/4.fıkranın amacı, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunmasıdır. (Elçin, 152; Gürsel, 170)

Yabancı Hukukun Uygulanmasını Engelleyen/Sınırlayan Haller

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen/sınırlayan haller ise **kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallardır**. MÖHUK 5.madde uyarınca “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.”

Kamu düzenine açıkça aykırı olma koşulu milletlerarası hukuk doktrini tarafından yabancı hukukun uygulanmasının hakim hukuk sistemi açısından katlanılmaz sonuçlar doğuracağı durumlar olarak kabul edilmektedir. Bir diğer deyişle, yabancı hukukun uygulanması hakim hukuku açısından basit farklılıklara neden oluyorsa burada kamu düzenine aykırılık oluşmamaktadır. (Elçin, 2012: 196-201; Bozkurt Gümrükçüoğlu- Gemicci Filiz, 2016: 612-616; Gürsel, 2021:171; Ayrıca bkz. Akyiğit, 2017: 88-103, yazar kamu düzeni anayasal temel değerleri

özünden sarsan bir olayda devreye girmelidir ifadeleri ile görüşünü açıklamaktadır) Dolayısıyla, kamu düzenine ilişkin kuralların dar yorumlanma eğiliminde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararlarında **“kamu düzenine aykırılık”** ilgili olarak *“Bir yabancı hukuk kuralı Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine aykırı olması halinde kamu düzenimize aykırılığı söz konusu olabilir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012). Örneğin yabancı hukukun, küçük çocukların çalışmasına ya da ücret ve diğer baklarda ırka dayalı ayrımcılık yapılmasına izin vermesi kamu düzenimize aykırıdır”* ifadelerine yer vermektedir (Y9HD, 9.11.2021, 9875/15524; Y9HD, 22.12.2021, 12547/16788; Y9HD23.05.2024, 6132/9082, www.lexpera.com.tr erişim tarihi: 18.06.2025).

Diğer sınırlama ise **doğrudan uygulanan kurallardır**. MÖHUK md.6 uyarınca *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”*

Yargıtay kararlarında doğrudan uygulanan kurallar ve iş hukuku ile ilgili olarak *“Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen diğer bir durum ise, doğrudan uygulanan kurallardır (müdabaleci normlar). Bu kurallar, taraflardan ziyade, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçlar. ... İş hukukunda işçiyi koruyan her emredici kural, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmez; ayrıca devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini de koruması gerekir. Bununla birlikte, emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır.”* açıklaması yapıldığı görülmektedir (Y9HD, 22.09.2021, 8187/12587; Y9HD, 13.04.2021, 2498/8086; Y9HD, 2.3.2022, 1454/2769 www.lexpera.com.tr erişim tarihi: 18.06.2025).

Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili olarak ise öğretilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Arblade Kararı ve Roma I Tüzüğünden hareket edilerek şu tanım yapılmaktadır; doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin **politik, sosyal ve ekonomik organizasyonu gibi kamu menfaatlerinin korunabilmesi için uyulması önem taşıyan emredici hükümlerdir**. Bu hükümler uygulama alanına giren her durumda doğrudan uygulanmalıdırlar (Doğan Yenisey, 2011: 33-82, 67) Dolayısıyla, iş hukukuna ilişkin kurallar, devlet organizasyonu için vazgeçilmeyen genel çıkarı da gözetiyorsa, doğrudan uygulanan kural kapsamında yer almalıdırlar (Gürsel, 2021: 172, 174).

İş hukukunda yer alan mutlak ve nisbi emredici hükümler, Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesinin yansıması olarak, sözleşmenin zayıf tarafını güçlü taraf karşısında koruma amacıyla, giderek tüm toplumda sosyal adalete hizmet etmesi amacıyla düzenlenmiştir. Ayrıca iş hukukunda yer alan hükümlerin pek çoğu Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı ILO sözleşmeleri ile uluslararası alanda kabul görmüş ortak hukuk prensipleridir. Son olarak, iş hukukunun getirdiği koruma ve sağladığı düzen, gelişmiş toplumlar tarafından ortak benimsenin ahlak ve adalet anlayışını da yansıtmaktadır. Adil çalışma koşulları hakkının sağlanması, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı, adil ücret hakkı Türkiye Cumhuriyeti açısından Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile de üstlenilmiş yükümlülüklerdir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde düzenlenen haklar, Devletin ekonomik, sosyal ve politik menfaatleri ile ulaşmayı hedeflediği düzeni işaret etmektedir. Bunlardan uzaklaşmaya sebep olacak her türlü yabancı hukuk kuralı ise Türk kamu düzenine, Devletin ekonomik, sosyal ve politik menfaatine aykırılık oluşturacaktır (Yıldız, 2023: 72). Uygulanacak hukuk belirlenirken ya da Türk hukukuna dair bir düzenlemenin MÖHUK 5. veya 6.madde kapsamına girip girmediği belirlenirken yapılacak yorumda bu hususların da dikkate alınması gerektiği düşüncesindedir.

Kanaatimizce, özellikle kıdem tazminatı MÖHUK 5 ve 6.madde kapsamında değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir. Kıdem tazminatının kamu düzenine ilişkin olduğu hem öğreti hem yargı tarafından vurgulanmış bir esastır. Yargıtay'ın daha önceki yıllarda verdiği kararlarda bu durumu açıkça ifade ettiği görülmektedir. Bu esasa örnek vermek gerekirse 1992 tarihli bir Yargıtay kararı şu şekildedir; “...*Mahkemece, istek yerinde görülerek birliktişinin tesbit ettiği miktara karar verilmiştir. Gerçekten Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki 2675 sayılı Kanunun 24. maddesi hükmünce, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri Kanuna tabidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku uygulanır. Buna göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde Libya Kanunları uygulanacaktır. Ancak, aynı Kanunun 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmün Türk Kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde Türk Hukukunun uygulanacağı açıklanmıştır. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki kıdem tazminatı Türk Kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyumsuzluğun Türk Hukukuna göre çözümlenmesi gerekir. Bu husus göz önünde tutulmaksızın hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...*” (Y9HD, 06.07.1992, 1621/7890, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi 18.06.2025)

MÖHUK sistematığı içerisinde 2675 sayılı Kanundan 7550 sayılı Kanun ile değiştirilen 27.madde hükmüne kadarki süreçte kanun koyucunun madde gerekçelerinde ısrarla ifade ettiği husus iş hukukunun işçi koruyucu karakteri ve getirilen düzenleme ile işçinin daha çok korunmasıdır. Bu hususun yapılacak yorumlarda göz önünde bulundurulması önemlidir.

Yurt Dışında Çalıştırılmak Üzere Türkiye’den Götürülen İşçilerle İlgili Yargı Kararlarına Kronolojik Bakış

Yabancılik unsuru taşıyan iş ilişkileri ile ilgili olarak yapılacak incelemelerde esasen ikili bir ayırım yapılması gerekir. Bunlardan ilki işçi veya işverenin sadece birinin Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olması ve işin yurt dışında/yurt içinde yapılacak olması, her ikisi de yabancı olan tarafların akdettiği iş sözleşmesinde işin Türkiye’de yerine getirilmesi, her iki tarafın da Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olup yapılacak işin yurt dışında yerine getirilmesi durumlarını kapsar. Diğer ise yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye’den götürülen işçilerdir. Anayasa Mahkemesi’nin MÖHUK 27/1 hükmünü iptali ile sonuçlanan süreç esas alındığında asıl sorunun ikinci gruba giren işçilerle ilgili olarak yargı kararlarındaki değişiklik olduğu ifade edilmelidir.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, çalıştırılmak üzere Türkiye’den yurt dışına götürülen işçilerle ilgili olarak verilen kararlar yıllar içinde değişiklik göstermiştir. Türkiye’den Libya’ya götürülen Türk işçilerin yurda dönüşlerinden sonra işçilik alacakları ile ilgili olarak açtıkları davalarda, davacı işçiler lehine kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının talep edildiği görülmektedir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 03.10.2006 tarihli bir kararında davacının kıdem ve ihbar tazminatının Libya dinarı üzerinden hesaplanması ancak Libya dinarı Türkiye’de tedavülde olmadığından Amerikan Dolarına çevrilerek ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir (Y9HD, 03.10.2006, 21645/25691, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi 18.06.2025). Libya’da çalışmak üzere Türkiye’den götürülen işçilerle ilgili olarak verilen kararlar arasında Libya’da çıkan iç savaş dolayısıyla iş sözleşmelerinin işverence haklı nedenle feshedilen işçilerle ilgili olarak İK 25/III hükmünün uygulanması, işverence zorlayıcı nedenlerle yapılan haklı nedenle feshin kıdem tazminatı ödenmesini gerektireceği ancak ihbar tazminatı ödenmesinin hukuken mümkün olmadığına yönelik kararlarında somut olaya Türk iş hukuku ilke ve kurallarının uygulandığı görülmektedir (Y9 HD, 13.02.2017, 7545/1631, 13.11.2018, 12974/20402 www.lexpera.com.tr, erişim tarihi 18.06.2025) Nispeten yakın tarihli bir başka kararında Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, davacının kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer işçilik alacaklarının varlığına ancak ödenmesi ile ilgili olarak esas alınacak para birimi açısından kararın bozulmasına hükmetmiştir. Karara göre “...Bozma sonrası yargılama aşamasında hükme esas alınan bilirkeşi raporunda, USD üzerinden hesaplanan alacak kalemlerinden kıdem ve ihbar tazminatı alacakları fesih tarihindeki, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel alacakları ise dava ve ıslah tarihindeki kur karşılıkları üzerinden ... lirasına çevrilerek ayrıca hesaplanmış ve Mahkemeye

TL üzerinden tahsili yönünde hüküm kurulmuştur. Ne var ki davacının dava ve ıslah dilekçesindeki talepleri gözetildiğinde, söz konusu alacak taleplerinin yabancı para (USD) üzerinden hüküm altına alınması gereklidir. Bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup kararın yeniden bozulmasını gerektirmiştir.” (Y9 HD, 27.9.2022, 10710/10523, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi 18.06.2025)

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi de, davalı işverenin yurt dışı şantiyelerinde çalıştırılmak üzere sıvacı olarak götürülen bir işçinin açtığı davada şu kararı vermiştir; “...Somut olayda, davalı şirketin yurtdışı şantiyelerinde sıvacı olarak çalışan davacı, üç yıl yedi ay yirmi sekiz gün kıdeme sahip olup, son olarak aylık net 1.000,00 USD ücret aldığını ileri sürmektedir. Davalı işveren ise işyerinde saatlik ücret uygulaması bulunduğu ve davacının saatlik ücretinin 0,94 Libya Dinarı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, imzasız ücret bordrolarında davacının saatlik ücretinin 0,94 Libya Dinarı olarak gösterildiği gerekçesi ile hesaplama esas alınan ücret miktarı davalının savunması doğrultusunda belirlenmiştir. Ancak, emsal ücret araştırması sonucu ve davacı şahitlerinin beyanları davacının ücrete ilişkin iddiasını doğrulamaktadır. Davacının yaptığı işin niteliği, kıdemi ve yurtdışı inşaat işinde çalıştırıldığı dikkate alındığında, davalı tarafta ileri sürülen ve mahkemece hesaplama esas alınan ücretin düşük olduğu açıkça görülmektedir. Davacının hesaplama esas ücreti, davacı şahit beyanları ve emsal ücret araştırması sonucu dikkate alınarak belirlenmelidir. Eksik incelemeye dayalı karar verilmesi isabetsiz olup bu husus bozmayı gerektirmiştir...” (Y22HD, 14.05.2014, 11014/12875, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi 18.06.2025)

Yargıtay’ın yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye’den götürülen işçilerle ilgili olarak uzun yıllar boyunca oluşturduğu içtihadı, taraflar arasındaki uyuşmazlığa, özellikle kıdem tazminatı ödenmesi ile ilgili taleplerde Türk hukukunu uygulamak üzerine kurulu iken bu içtihatla esaslı bir değişiklik yapmış, İŞKUR nezdinde imzalanan tip sözleşme gereğince hukuk seçimi yaptıkları gerekçesiyle uyuşmazlıklara yabancı hukukun uygulanacağına karar vermeye başlamıştır. Bu durum, ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay arasındaki görüş farklılığına neden olmuş, sonuçta 5718 sayılı Kanunun 27/1 ve 2.fıkralarının iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurular ve AYM iptal kararıyla sonuçlanmıştır.

Yargıtay’ın görüş değişikliği sonrasında uygulanması gerektiğine hükmettiği yabancı hukuk kuralları Rusya (Y9HD, 06.10.2021, 9175/13827; Y9HD, 26.01.2022, 535/1126; Y9HD, 27.4.2022, 4627/5359), Umman (Y9HD, 24.11.2020, 5618/16557; Y9HD, 29.6.2021, 3716/11005), Etiyopya (Y9HD, 30.06.2021, 5695/11169; Y9HD, 23.02.2022, 644/2238) gibi farklı ülkelere ilişkindir. (www.lexpera.com, erişim tarihi 18.06.2025)

Yabancı hukukun uygulanması ile ilgili olarak AYM kararından önce konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) önüne de gelmiştir. YHGK, 9.Hukuk Dairesi ile aynı yönde görüş oluşturarak oy çokluğu ile yabancı hukukun

uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir (YHGK, 10.05.2023, 1267/427; 11.12.2024, 160/651; 10.05.2023, 892/425, www.lexpera.com, erişim tarihi 18.06.2025)

Anayasa Mahkemesi MÖHUK 27/1 Düzenlemesini İptal Kararı ve Gerekçesi

İlk derece ve Bölge Adliye Mahkemeler ile Yargıtay arasındaki farklı yorum ve görüşler sonucunda, iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara yabancı hukukun uygulanması meselesi 2023 yılında Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. İstanbul BAM 27.HD (2023/158), İstanbul 10.İş Mahkemesi (2023/187) ve Ankara 11.İş Mahkemesi (2024/100) tarafından yapılan itirazların konusu MÖHUK 27/1 ve 2.fıkraların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi üç farklı esas numarası altında yapılan itirazları bağlantısı nedeniyle birleştirmiş ve 2023/158 esas numarası altında uyumsuzluğu incelemiştir. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2024/187> erişim tarihi 18.06.2025)

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede Anayasa'ya aykırılık sorunu kapsamında öncelikle 1982 Anayasası'nın 49.maddesine değinim, Danışma Meclisi'nde kabul edilen metnin gerekçesinde devletin işçi-işveren ilişkilerinin seyircisi değil dengeleyicisi olması ile çalışma barışını koruyacak tedbirleri alması gerektiği ve bu durumun devletin taraf tutması anlamına gelmediği, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun değişiklik gerekçesinde ise devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak amacıyla gerekli tedbirleri alacağının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunmasına yönelik düzenlemelerin öngörülmesi suretiyle işçi-işveren ilişkilerinde dengenin sağlanması devletin çalışma hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olarak zikredilmiştir (§17-19)

Anayasa Mahkemesi esasen yabancılik unsuru içeren iş sözleşmelerinde hukuku seçimi olanağı tanınıp tanınmamasını değil, bu olanağın tanınması durumunda söz konusu kuralın devletin Anayasanın 49.maddesi ile düzenlenen çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmemesi gereği açısından inceleme yapmıştır. Bu esas şu şekilde kararda yer bulmuştur;

“21.Yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinin tabi olacağı hukukun, başka bir deyişle bu sözleşmeler bakımından bağlama hükmünün belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmelerinde hukuk seçimine imkân tanınması da

kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka yönelik düzenleme içeren kuralın devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleriyle çelişmemesi gerekir.

22. Bu bağlamda iş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin tanınan imkânın işçinin aleyhine sonuç doğurmasını engelleyecek nitelikte düzenlemeler bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmasının işçinin aleyhine sonuç doğurmasını engelleyecek güvencelerin mevcut olmaması devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmayacaktır.”

Anayasa Mahkemesi iptali talep edilen MÖHUK 27/1 ve 2.fıkra düzenlemesi ile ilgili olarak, maddenin dördüncü fıkrasında mutad işyeri hukukundan başka bir hukukun iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanabileceği, ancak 27/1 hükmü gereğince tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde 27/4 hükmünün uygulanmasına olanak tanınmadığını, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun her zaman mutad işyeri hukuku olmayabileceğini, bunların anılan maddenin gerekçesinde ifade edildiğini kararında belirtmiştir (§27-30)

Daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde tarafların tabiiyeti, sözleşmenin dili ve imzalandığı yer, iş görme ediminin ifa edildiği işyeri, işçinin tabi olduğu sosyal güvenlik sistemi, tarafların yerleşim yerleri ile sosyal ve hukuki ilişkilerinin yoğunlaştığı ülke gibi unsurların sözleşmenin hangi hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun belirlenmesinde dikkate alınmasının mümkün olduğu, bu hususlar dikkate alınarak tespit edilen sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun aynı zamanda işçiye yüksek standartta koruma sağlayan bir hukuk olabileceğinin kuşkusuz olduğu tespitinde de bulunan Anayasa Mahkemesi yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçimine imkân tanınması mümkün ise de işçi ile işveren arasındaki menfaatler dengesinin korunmasına yönelik tedbir alınmasının devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde yapılması gereken, işçinin sahip olacağı haklardan anılan seçim nedeniyle mahrum kalmasını engelleyecek nitelikte düzenlemelerin öngörülmesidir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi’ne göre daha sıkı ilişkili hukukun işçiye yüksek standartta koruma sağlaması durumunda hukuk seçimiyle işçinin bu korumadan mahrum bırakılmasını önleyecek hükümlerin bulunması gerekir. (§31-33)

Anayasa Mahkemesi, MÖHUK 27/1 hükmünün Anayasa’nın 49.maddesine aykırı olduğuna ve (oy çokluğu ile) iptaline gerekçe olarak şu esasları belirtmiştir;

“35. Bu bağlamda iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmaması hâlinde anılan sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi mümkün iken hukuk seçimi yapılan sözleşmelerin daha sıkı ilişkili hukuka tabi kılınamaması nedeniyle bu seçimin işçinin aleyhine sonuç doğurabileceği anlaşılmaktadır.

36. Nitekim sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin işveren karşısında hukuk seçimine ilişkin pazarlık imkânının ilke olarak sınırlı olduğu açıktır. Başka bir ifadeyle işçinin lehine olan hukukun seçilmesi konusunda işverenle pazarlık yapabilmesi ilke olarak güçtür.

37. Kaldı ki yabancı hukukun içeriğinin tespitinde ciddi zorlukların yaşanabileceği değerlendirilmek suretiyle Kanun’un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde hâkimin yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların yardımını isteyebileceği, (2) numaralı fıkrasında ise yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin, iş hukuku gibi teknik bir alanda hâkim tarafından dahi tespit edilmesi güç olan yabancı hukukun içeriğine ilişkin olarak kendi çabasıyla yeterli düzeyde bilgi edinebilmesi ve bu hukukun uygulanmasının lehine sonuç doğurup doğurmayacağını öngörebilmesi de oldukça zordur.

38. Buna göre hukuk seçimi yapılması suretiyle işverenin daha sıkı ilişkili hukukta öngörülen yükümlülüklerden kurtulabileceği ve bu durumda işçinin söz konusu hukukun sağladığı korumadan mahrum kalabileceği açıktır. Başka bir ifadeyle sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda sahip olacağı haklardan anılan seçim nedeniyle yararlanamayabileceği anlaşılmaktadır.

39. Bu itibarla hukuk seçimi yapılmaması hâlinde işçinin sahip olacağı hakların anılan seçimle bertaraf edilmesini mümkün kılan kuralın işçi- işveren ilişkilerinde makul bir denge sağlamadığı ve devletin çalışanların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

40. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 49. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi 05.11.2024 tarihinde kararını vermiş (2023/158 E.; 2024/187 K),karar 10.03.2025 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren altı

ay sonra olarak belirlenmiştir. Ardından 7550 sayılı Kanun ile MÖHUK 27/1 ve 4.fıkra hükümleri değiştirilmiştir.

Gelenen bu aşamadan sonra, özellikle çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçilerle ilgili olarak uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukuk belirlenirken Anayasa Mahkemesi iptal kararı, 7550 sayılı yasa ile getirilen değişikliklerin gerekçelerinin de göz önünde tutularak yorum yapılması gerekliliğidir.

Hukuk Seçimi ve Geçerliliğinin İncelenmesi

Hukuk seçimi, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir devletin hukuk kurallarını ifade etmektedir. Milletlerarası özel hukuk doktrini açısından değinilmesi gereken bir diğer kavram ise yabancı hukukun taraflarca *sözleşme metni haline getirilmesi (incorporation)*dır. Hukuk seçimi ile *incorporation* arasındaki fark ise oldukça önemlidir. Şayet taraflar, sözleşme tüm unsurları itibarıyla Türkiye ile bağlantılı olmasına rağmen sözleşmede yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, buna hukuk seçimi dendiğinde, ilgili hukuk kurallarının, Türk hukukunun emredici kurallarının bertaraf ederek uygulanması sonucu doğacaktır. Incorporation olarak kabul edildiğinde ise bu durumda tarafların sözleşme hükmü olarak metne dahil ettikleri hukuk, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanacaktır (Özdemir Kocasakal, 2010: 32-33).

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri ile ilgili olarak, taraflarca MÖHUK 24 ve 27.madde gereğince hukuk seçiminin yapılması durumunda bu seçimin geçerliliği de incelenmelidir.

İş Hukuku Kurallarının Emredici Niteliği Gereği Hukuk Seçimi Yapılamayacağı Görüşü

Öğretide, hukuk seçiminin geçerliliğini farklı açılardan ele alan görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iş hukukunda yer alan mutlak ve nisbi emredici hükümlerin niteliğinden yola çıkarak yabancılık unsuru taşıyan iş ilişkilerinde hukuk seçimi yapıp yapılamayacağını değerlendirmiştir. İş hukukunda, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunması sadece işçinin bireysel çıkarlarının ve haklarının korunması anlamına gelmemektedir. Sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince sözleşmenin zayıf tarafının korunması esasen devletin görevleri arasında yer alan, dolayısıyla da kamusal menfaate ilişkin bir özellik taşır. İş hukukunda yer alan yasal düzenlemelerin hukuki niteliği çoğunlukla nisbi emredici hükümler olup, işçiler açısından asgari korumayı sağlamaktadırlar. Sosyal taraflar, bu yasal güvencenin daha altında kalacak koşullarda anlaşma yapamayacakları gibi bu yöndeki anlaşmalar yargıyı da bağlamayacaktır. İş hukuku mevzuatında yer alan bazı kurallar

ise mutlak emredici olup işçi lehine dahi düzenleme yapılmasına olanak tanınmamıştır. Öğretide Süzek, mutlak emredici kuralların amacının tüm toplumun, bütünüyle çalışma yaşamının ve barışının korunması amacıyla öngörüldüklerini, bunun sonucunda bu kuralların devletin ekonomik ve sosyal düzenini koruma amacına hizmet ettiklerini, bu nedenle de yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerine doğrudan uygulanan kurallar kapsamında yer aldıklarını savunmaktadır. Aynı şekilde nisbi emredici hükümler de işçi lehine asgari koruma getiren kurallar olduklarından sözleşmenin güçsüz tarafını koruyarak sosyal barışı sağlamayı amaçlarlar (Süzek, 2014: 326-327; Doğan Yenisey, 66-68; Ayrıca bkz. Gürsel, 2021: 177).

Görüldüğü üzere hukuk seçimine belli kurallar ve sınırlar çerçevesinde olanak tanıyan görüşler bulunmaktadır. Bu noktada hukuk seçimi yapılabileceğini savunan görüşler, MÖHUK 5.ve 6.maddelerin oldukça dar bir alanı kapsadığını, Türk iş hukuku kurallarının mutlak ve nisbi emredici niteliklerinin milletlerarası özel hukukun bağlama kurallarını uygulanamayacak şekilde engellemeyeceğini ifade etmektedirler (Akyiğit, 94-95).

Hukuk Seçimini İçeren Sözleşmenin Genel İşlem Koşulları Denetimine Tabi Tutulması Görüşü

Yukarıda yer verdiğimiz ve Yargıtay'ın Rusya, Umman ya da Etiyopya hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilen kararlarda çalıştırılmak üzere Türkiye'den götürülen işçilerle İŞKUR nezdinde imzalanan sözleşmelerde ilgili hukukların uygulanacağını seçildiği, bu durumun da yargı organı tarafından MÖHUK 27/1 uyarınca geçerli sayıldığı görülmektedir. Bir irade beyanının ya da sözleşme hükümünün hukuki sonuç doğurabilmesi için öncelikle hukuken geçerliliği değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olmak üzere, Türk işçilerin yurt dışına çalışmak üzere gidecek işçilerin tabi olduğu kurallar öncelikle incelenmelidir.

Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliğinin 8.maddesi uyarınca Türkiye'den yurtdışına çalıştırılmak üzere götürülecek işçilerin ve işverenlerin (veya vekillerinin), örneği İŞKUR tarafından düzenlenmiş hizmet sözleşmesini imzalamaları ve bunu Kuruma onaylattırmaları şarttır. Kurumun web sayfasında bulunan örneklerden biri Katar'da çalışacak Türk işçileri ile yabancı işveren arasındaki iş sözleşmesine ilişkindir.² Sözleşmede hem hukuk seçimi yapılmış hem de bu sözleşmeden daha olumsuz koşullar içeren başka bir iş sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır.

² Bu sözleşme için bkz. <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam> Benzer düzenlemeler Libya'da çalışacak Türk işçileri ile yabancı işveren arasında düzenlenecek iş sözleşmesinde de yer almaktadır.

“17-İKİNCİ SÖZLEŞME İMZALATTIRILMASI:

İşçinin deneme müddeti içerisinde başarılı olamaması, sözleşmesinde belirtilen mesleği dışında başka bir iş veya meslekte çalışmayı kabul etmesi, sözleşme süresinin normal olarak sona ermesi ya da süresi bitmeden anlaşma yoluyla karşılıklı olarak feshedilmesi, yahut da Katar mevzuatı gereği olan durumlar dışında işveren tarafından işçiye her bakımdan daha geri haklar getiren başka bir iş sözleşmesi imzalatılmayacaktır. Bu sözleşmeden daha geri haklar getirilerek imzalatılan sözleşmeler adli, idari ve hukuki açıdan geçersiz sayılacağı gibi anlaşmazlık durumlarında işbu sözleşme dikkate alınacaktır

18-ANLAŞMAZLIK DURUMLARINDA UYGULANACAK MEVZUAT:

İşveren ile işçi arasında ister bu iş sözleşmesinde isterse bu sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda "işveren" ile birlikte "işveren vekili" de sorumludur. İhtilaf durumunda Katar mevzuatı geçerlidir.”

Kurum’un web sayfasında “Yurt Dışı Hizmet Akdi” başlıklı genel bir sözleşme örneği daha bulunmaktadır. Bu sözleşmede de uygulanacak hukuk seçimine dair aşağıdaki hükümler öne çıkmaktadır.

“8- ÇALIŞMA SÜRESİ VE FAZLA ÇALIŞMA:

İşveren işçiyi çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendirmek ile yükümlüdür. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak, çalışılan ülkedeki mevzuat hükümleri uygulanır. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması halinde; 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.

16- ANLAŞMAZLIK HALİNDE UYGULANACAK MEVZUAT VE YETKİLİ MAKAMLAR:

İşçi ve işveren arasındaki sözleşmenin uygulanmasında doğacak anlaşmazlıklar ile diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye’deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir. Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.”

Bu örneklerde, işçinin işini yaptığı yer hukuku uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk olarak seçilmiş, sınırlı hallerde Türk hukukunun uygulama olanağı bulacağı düzenlenmiştir.

Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliğinin 8.maddesi uyarınca, İŞKUR tarafından düzenlenen bu sözleşmeler imzalanıp Kuruma onaylatılmadan işçinin yurtdışına götürülmesi mümkün olmamaktadır. Bu durum karşısında da söz konusu sözleşmelerde yer alan bu seçimlerin işçiyi bağlayıp bağlamayacağı değerlendirilmelidir.

Yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin geçerliliğini değerlendiren diğer görüşler ise konuyu genel işlem şartları açısından ele almaktadırlar. Bu değerlendirmenin ise Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25.maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşulları çerçevesinde yapılması gerekmektedir (Yıldız, 2014: 22 vd; Civan, 2015: 24; Baycık, 2017: 104-122, 105).

TBK 20.madde uyarınca “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu sayılabilmesinin ilk koşulu, sözleşmenin güçlü tarafınca önceden ve tek başına hazırlanmış olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle karşı taraf, söz konusu hüküm ya da hükümlerin hazırlanmasında söz hakkına sahip olmamalıdır. Sözleşmenin güçlü tarafının, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarını bizzat hazırlaması da şart değildir, güçlü tarafın lehine olacak şekilde, kendisine iş sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi ile bağlı bulunan üçüncü kişiye dahi hazırlanmış olsa, TBK'da belirtilen şartları taşıyan hükümler *genel işlem koşulu* olarak değerlendirileceklerdir. Genel işlem koşulları, başka bir kişiye ya da kuruluşa ait sözleşme metninden aynen alınsa dahi sözleşmenin güçlü tarafınca önceden ve tek başına hazırlanmış sayılacaklardır (Oğuzman -Öz, 2011: 170).

Genel işlem koşullarının TBK'nun 20-25.maddeleri uyarınca denetiminin söz konusu olabilmesi için bu düzenlemelerin "yazılı" olması gerekmektedir. Bunun da ötesinde genel işlem koşullarının denetimindeki temel amaç sözleşmenin zayıf tarafı

"aleyhine" hükümler içermeleri olasılığıdır. TBK 20-25.madde hükümleri iş hukukunda tip iş sözleşmeleri (Soyer, 1987: 28; Yıldız, 2014: 23) ve iç yönetmelikler hakkında uygulama alanı bulacaktır (Soyer, 1987: 27-28; Süzek, 2011: 5).

İşçinin sözleşmeyi aynen kabul etmek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek dışına bir seçeneği bulunmamakta, sözleşme hükümlerine etki edememekte, sözleşme hükümleri taraflar arasında müzakere edilmemektedir. Bu nedenle tip iş sözleşmeleri TBK 20-25.madde hükümleri kapsamındadır. İçerik denetiminden anlaşılması gereken, en geniş tanımla, söz konusu kuralların dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı açısından incelenmesidir (Oğuzman-Öz, 2011:174-175; Reisoğlu, 2011: 76).

Hukuk sisteminde içerik denetimine ihtiyaç duyulmasının nedeni taraflar arasında olması gereken sözleşme dengesinin bozulmasıdır.

Sözleşmelerde, akit tarafların serbest iradeleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde karşılıklı olarak menfaatleri arasında denge kurdukları kabul edilmektedir. Bunun sonucunda, sözleşme taraflarının kendi aralarında bir düzen kurulduğu ve sözleşme ile ulaşılan sonucun kendi içinde "doğruluk (yerindelik) güvencesi" taşıdığı varsayılmaktadır. Ancak sözleşme tarafları arasındaki güç dengesi bozulmuş, taraflardan biri diğer tarafa göre daha güçlü durumda ise karşı tarafın (zayıf tarafın) irade özerkliğine ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu kabul etmek güçleşmektedir. Böyle bir durumda ise sözleşme koşullarının karşılıklı olarak belirlenmesi değil güçlü tarafın kendi menfaatine olabilecek kuralları dikte ettirmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla tarafların eşit güçte olmadığı bir sözleşme ilişkisinde *doğruluk güvencesi* de bulunmamaktadır (Soyer, 1987: 136-138). Doğruluk güvencesinin bulunmaması akit tarafların menfaatleri arasında dengenin olmadığını ifade etmektedir. İçerik denetimi özellikle genel işlem koşulu niteliğinde olan düzenlemelerde, taraflardan birinin sözleşme içeriğine müdahale edebilme olanağı bulunmadığından zorunlu hale gelmektedir (Alp, 2005: 277).

İş hukuku açısından işçinin işverenden daha güçsüz durumda bulunduğu genel bir kabuldür. Taraflar arasındaki ilişkinin işverence tek taraflı olarak hazırlanmış tip iş sözleşmesi ya da iç yönetmelik ile düzenlendiği durumlarda işçilerin irade özerkliği bulunmamakta, işçinin sözleşme özgürlüğünün kendisine sunulan koşulları tamamen kabul etmek ya da iş sözleşmesini akdetmemek arasında kalmaktadır. Bu durumlarda, iş sözleşmesinde yukarıda ifade edilen "doğruluk güvencesi" bulunmamaktadır. İş hukuku öğretisinde sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği, bunun ise ancak yargıç tarafından hakkaniyet denetimi yapılarak, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması ile mümkün olabileceği ifade edilmiştir (Soyer, 1987:139-141).

Sözleşmede yer alan bir kaydın içerik denetimine konu olabilmesi için işçiye somut olarak bir zarar vermesi gerekmektedir. Söz konusu kaydın işçinin

aleyhine olması, ona zarar vermeye elverişli olması içerik denetiminin konusunu oluşturması bakımından yeterlidir (Alp, 2005: 319; Yıldız, 2014: 29).

Bir hükmün içerik denetimine tabi tutulması için gerekli koşullardan biri de söz konusu hükmün taraflar arasında müzakere edilmemiş olmasıdır. Bu kapsamda olmak üzere bireysel iş sözleşmesinde de olsa müzakere edilmemiş hükümler içerik denetimine tabidir.

Genel işlem koşulu niteliğinde olan tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmelikte, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozan, sözleşmenin karşı tarafının durumunu ağırlaştıran hükümlerin varlığı durumunda, bu hükümler yargıç tarafından sözleşme adaletini sağlamak amacıyla denetlenebilirler (Süzek, 2006: 21; Alp, 2005: 302-303).

Yapılan denetim sonucunda söz konusu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı, taraflar arasındaki menfaat dengesini işveren lehine aşırı şekilde bozan, işçinin durumunu ağırlaştıran nitelikte olduğu tespit edilirse, bu hükümler TBK 21/2 uyarınca yazılmamış sayılırlar.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus İŞKUR tarafından hazırlanan tip sözleşmelerin işverence hazırlanmadığı, hatta işverenin de bunları imzalamaktan başka seçeneğinin olmadığı, dolayısıyla da bu sözleşmelerin genel işlem koşulu olarak denetime tabi tutulamayacağının söylenip söylenmeyeceğidir. Açıkçası bu sorunun cevabı bizatihi kanun koyucu tarafından TBK 20/son hükmü ile verilmiştir. Buna göre “Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”. Dolayısıyla ister işverence hazırlanmış olsun ister bir kamu kurum veya kuruluşu tarafından hazırlanmış olsun, tip sözleşmelerde yer alan ve iş hukukunun niteliği gereği zayıf taraf olan işçinin durumunu ağırlaştıran, sözleşme dengesini işçi aleyhine bozan bütün hüküm ve şartlar genel işlem koşulu olarak denetime tabi tutulmalıdır. İŞKUR sözleşmeleri açısından işverenin bunların hazırlanmasına dahlinin olmaması bu sözleşmelerin hukuki nitelikleri itibarıyla genel işlem koşulu olmalarını, TBK 20/son hükmü gereği etkilemez.

İŞKUR tarafından hazırlanan ve sözleşme taraflarınca imzalanması zorunlu olan bu sözleşmelerin genel işlem şartı niteliği taşıdığı, bu nedenle de hukuk seçiminin geçersiz sayılması gerektiği yönündeki öğreti görüşüne katılmaktayız (Gürsel, 2021: 181-182). Bu seçim geçersiz sayıldığında ise MÖHUK 27/4 hükmü gereğince sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi ve uyumsuzlığa uygulanması gerekecektir.

Daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde sözleşmenin dili, tarafların tabiiyeti, resmi bir makam olan İŞKUR nezdinde imzalanması hususları ölçüt olarak alınmalıdır. Böylelikle uyumsuzlığa Türk İş Hukuku kuralları uygulanmalıdır.

Daha sıkı ilişkili hukuku belirleme açısından bir diğer dayanak da 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 5/g hükmüdür. Buna göre “ Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.”

Hiç şüphesiz ki, sosyal güvenlik hakkını düzenleyen mevzuat kamu düzenine ilişkindir. Kanun koyucu, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerin, çalıştırmak üzere götürdüğü Türk işçilerin sosyal güvenlik açısından durumlarını Türk hukukuna tabi tutmaya devam ederek bu konudaki perspektifini bir kez daha ortaya koymuştur. Sosyal güvenlik hukuku açısından Türk sosyal güvenlik sisteminde tutulan işçilerin işçilik alacakları açısından yabancı hukuka tabi tutulmaları da ayrı bir çelişki yaratmaktadır.

TBK 20-25.madde kapsamında yapılacak bir denetim sonucunda, genel işlem şartı niteliğindeki bir sözleşmede, hukuk seçiminin yapılması, sözleşmenin zayıf tarafını olumsuz etkilemektedir. Bunun da ötesinde hukuk seçimine dair maddenin kaleme alınmasında, daha doğrusu İŞKUR sözleşmesinin ilgili hükmünün işçi tarafından müzakere edilebildiği, işçinin bu hukuk seçiminin kendisi açısından sonuçlarını bilebileceği kabul edilemez. Uygulamada ilgili ülkenin İş Kanunlarının işçiye verilmesi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve/veya İŞKUR web sitelerinde yer alması da bunların geçerliliği için geçerli sayılamaz. Zira işçinin, ilgili metni okuyarak o ülkenin iş uyuşmazlıklarının çözümü, yerleşik içtihadı ve bunların Türk hukuku ile karşılaştırıldığında kendi menfaatine olup olmadığını iradesi sakatlanmayacak şekilde tespit edebileceği savunulması güç bir iddiadır.

Uygulamada yurt dışına çalışmak üzere götürülen işçilerin çoğunlukla sosyo-ekonomik açıdan ve dolayısıyla hukuk sistemi açısından Türkiye ile kıyaslandığında az gelişmiş ülkeler olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, İŞKUR sözleşmesindeki hukuk seçimi, ister mutad işyeri hukuku olarak ifade edilmiş olsun, ister ülke ismi zikredilerek belirlenmiş olsun, Türk iş hukukunun işçiye sağladığı korumanın gerisinde kalması muhtemel olan olasılıkları ortaya çıkarmaktadır. Bunun da

ötesinde, yukarıda konuyu inceleme açısından yaptığımız ikili ayırmada özellikle “yurtdışına götürülen” işçilerin durumlarının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştık. İşçiler, Türk şirketinin/işverenin yurt dışındaki şantiyesinde çalışmak ve Türkiye’deki ücret seviyesi ile karşılaştırıldığında görece daha yüksek düzeyde ücret almayı hedeflemektedir. Elbette, Türk tabiiyetinde bulunan şirketlerin ve işverenlerin yurtdışında aldıkları işler, Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili ülkenin ikili anlaşmalarına dayanmaktadır. Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti uyuşundaki bir şirket, yurt dışındaki bir şirket ile ortaklık kurmakta ve/veya ilgili ülke mevzuatına göre o ülkede bir şirket kurarak işleri üstlenmektedir. Yurtdışına çalıştırılmak üzere götürülen işçiler açısından ise bu hukuki ve teknik detaylar bilinmemekte, bilinmesi beklenmemektedir. İşçiler açısından hukuken korunması gereken husus ise, yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülürken Türkiye’de kurulu ve çoğunlukla sektörden bildikleri bir şirketin kendileri ile iş sözleşmesi akdetmesi, gidiş-dönüş masraflarının bu şirketlerce karşılanması, bu işlemlerin de Devletin resmi makamlarının da dahil olduğu süreçler sonucunda tamamlanmasıdır. Dolayısıyla işçi açısından bakıldığında güven yaratan husus da esasen bütün bu süreçtir.

Bu noktada, 5718 sayılı Kanunun yasalaşması sürecinde MÖHUK 27.maddenin gerekçesi de incelenmelidir. Gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir; “Milletlerarası özel hukuk alanında çıkan ihtilaflarda, iş sözleşmelerinin sosyal içeriğini dikkate almayan 2675 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin uygulanması hep yetersiz kalmaktaydı. Bu nedenle Tasarının 26ncı maddesiyle yeni bir düzenleme getirilmiştir. 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 tutulmuştur. İş hukukunun, kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi “işyerinin bulunduğu ülke” hukukunun bu ilişkide objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Bu gerekçelerle maddede, bireysel iş sözleşmelerinde, en sıkı ilişkili hukuk olarak “mutad işyeri hukuku”nun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Borç sözleşmeleri alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, bireysel iş sözleşmeleri konusunda da hukuk seçimi imkanı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır. **Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü taraflarca hukuk seçimi yapılsa bile, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir.** Tasarının 26ncı maddesinde, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir.

Objektif bağlama kriteri olarak kabul edilen “mutad işyeri”nin geçici olarak değişmesinin, bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğuracağı da maddenin ikinci fıkrasında öngörülerek bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütler önlenmiştir. Buna karşılık, üçüncü fıkra işçi işini mutaden farklı ülkelerde ifa ediyorsa, her iki tarafı da belirsizlikler ve zorluklardan korumak üzere işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülke anlamında “esas işyeri” hukukunun uygulanması kuralı kabul edilmiştir.

Tasarının 26 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında iş sözleşmelerinde de, objektif bağlama kuralının uygulandığı hallerde, somut olayda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukunun bulunması halinde uygulanması imkanı, zorunlu olmamak şartıyla kabul edilmiştir.”³

5718 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da iş sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme bulunmamakta, yabancılik unsuru içeren sözleşmelerle ilgili olarak hüküm getiren 24.madde ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmişti. Kanun koyucu bu düzenleme ile işçiler için yeteri kadar koruma sağlanmadığını düşünerek mülga kanunda olmayan yeni bir düzenlemeyi iş sözleşmeleri için özel olarak 5718 sayılı MÖHUK metnine dahil etmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere, MÖHUK 27.madde gerekçesinde, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunması ihtiyacı (Bozkurt Gümrükçüoğlu-Gemici Filiz, 2016: 602), iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin bulunması, Devletin ekonomik ve sosyal politikaları ile ilgili yaptığı düzenlemelerden söz edilmesinin yanı sıra kanaatimce en önemli ifade şudur: **“Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır.”**

Dolayısıyla yasa koyucu, MÖHUK 27.maddenin işçiyi koruyacak bir düzenleme olmasını amaçladığını gerekçede açıkça ifade etmiştir. Kaldı ki Yargıtay’ın yabancı hukukun uygulanmasına karar verdiği uyuşmazlıklarda teknik anlamda bir hukuk seçiminden ziyade, yukarıda değindiğimiz ve Milletlerarası Özel

³https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/WebOnergeMetni/48cfce63-e539-4fc9-a8af-738d4a639569.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20002dfbebd5f2a72fb982981dcb3_b26e6565f6_4e4b062b217eb9_0937484fceed4f0_8f2a69c63143000f906f1c9d55425f997ba869cd962143bbfc38e4718e2249043a3600e8861fecaea09df24cdf0203a636d656a20da241b

Hukuk doktrini tarafından açıklanmış olan, *incorporation* yoluyla mutad işyeri hukukunun sözleşmeye dahil edildiği, bu nedenle de Türk hukukunun emredici düzenlemelerinin bertaraf edilmediğini düşünmekteyiz. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, 2010:33, 38; Çankaya, 2017: 258)

Bu durumun aksinin düşünülmesi halinde ise, yani İŞKUR sözleşmesinde işçinin yurt dışında çalıştırılmak üzere götürüldüğü ülkenin isminin yazılarak bu ülkenin hukukunun uygulanacağını kabul edilmesi durumunda ise yukarıda açıkladığımız sözleşme adaletini sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine bozmasından dolayı geçersiz sayılmalıdırlar. Yine yukarıda açıkladığımız üzere kanaatimizce, İŞKUR sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi ya da mutad işyeri hukukunun uygulanacağına dair hükümler genel işlem koşulu olmaları dolayısıyla öncelikle denetime tabi tutulmalı, işçinin Türk hukukunda sahip olacağı hakların daha altında hakların sağlanması durumunda da geçersiz sayılmalıdırlar.

Kaldı ki, iş hukukunda yer alan nisbi ve mutlak emredici kurallar sadece işçiyi koruma amacını taşımazlar. Bu kurallar esasen Yargıtay kararında da belirtildiği üzere **devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini** de korumayı amaçlayan hükümlerdir.

Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Genel işlem koşulu niteliğindeki bir sözleşmede yer alan hukuk seçimi geçersiz sayıldıktan sonra ya da mutad işyeri hukukunun uygulanacağı incorporation yoluyla sözleşmede belirlendikten sonraki aşama taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanması gereken hukukun tespitidir. Incorporation yoluyla sözleşme metnine dahil edilen yabancı ülke hukuku (mutad işyeri hukuku), Türk hukukunun emredici hükümlerini bertaraf etmediğinden işçi alacakları açısından hangi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği tespit edilmelidir.

Bu noktada çeşitli farklı gerekçelerle hareket edilmesi mümkündür. İlk olarak İŞKUR sözleşmelerinin TBK 20/son hükme gereğince genel işlem koşulu olduklarında herhangi bir şüphe bulunmadığından bu düzenlemelerin geçersiz sayılması değerlendirilmelidir. Genel iş koşulu ile getirilen bu düzenleme, dolayısıyla işçinin işini yaptığı ülke hukuku uygulanmadığı zaman MÖHUK 27/4 hükmü gereğince daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi ve bu hukukun uyuşmazlığın çözümünde esas alınması gerekir. Buna göre “Ancak hâlin bütün şartlarına göre **işin yapıldığı yer hukukunun işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olan hükümleri hariç olmak üzere**, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

7550 sayılı Kanunla değiştirilen MÖHUK 27/4 hükmünün ilk hali ile mevcut hali arasındaki fark yukarıda koyu renk puntoyla yazılan kısımdır. Bu hüküm işçiyi koruma amacını somut olaya uygulamayı mümkün kılan bir düzenlemedir. Şöyle ki, işin yapıldığı yer (mutad işyeri) hukuku tamamen devre dışı bırakılmamakta, işin gereği uygulanmak zorunda kalan hükümler açısından bu hukuk kurallarının uygulanması, ardından sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun tespitini mümkün kılmaktadır. İşin yapıldığı yer hukukunun işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olan hükümler ile nelerin ifade edildiği ise 7550 sayılı Kanunun 26.maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre; “Maddeyle, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 27 nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 5/11/2024 tarihli ve E:2023/158;K: 2024/187sayılı kararıyla, yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçimine imkân tanıyan mevcut birinci fıkranın iptaline ve iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Söz konusu iptal kararı, 10/3/2024 tarihli ve 32837 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi; iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmaması halinde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi mümkün iken, hukuk seçimi yapılan durumlarda Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi uyarınca hâkimin takdir yetkisi kapsamında iş sözleşmesiyle belirlenen hukuk yerine halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesine imkân vermeyen kuralın Anayasanın 49 uncu maddesinde düzenlenen Devletin çalışanları korumasına ilişkin pozitif yükümlülüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu fıkraı iptal etmiştir. Düzenlemeyle, Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesini karşılamak ve işçi-işveren arasındaki hak ve menfaat dengesini sağlamak amacıyla **iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması halinde dahi** halin bütün şartlarına göre anılan sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde işin yapıldığı yer hukukunun işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olduğu hükümleri hariç olmak üzere hâkimin takdir yetkisi kapsamında iş sözleşmesiyle belirlenen hukuk yerine iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili olan hukukun uygulanabilmesine imkân tanınmaktadır. Örneğin, işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olan çalışma süresi, ulusal bayram ve genel tatil günleri, hafta tatili, yıllık izin, fazla çalışma ve ara dinlenme gibi hususlar, işin yapıldığı yer hukukuna tabi olacaktır.”⁴

⁴https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T2/WebOnergeMetni/618a4d9f-3d76-488b-94617374abefae46.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab200084c2f600912a847257e16f12fd08983f39c1598d81ee6f63ed6b034666eb185b08bebf9b3f143000737345d2e483a64f5233df4e6aa1f868615bca7133dbcc5d3a_92e74bd69b698745c0761144bc11_ecaf250743c42d0d6c (erişim tarihi:

Görüldüğü üzere, kanun koyucu 7550 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede AYM iptal gerekçesini karşılamak ve işçi-işveren arasındaki hak ve menfaat dengesini sağlamak için hukuk seçimi yapılmış olsa dahi bunu işin yapıldığı sırada uygulanmak zorunda olan çalışma süresi, ulusal bayram ve genel tatil günleri, hafta tatili, yıllık izin, fazla çalışma ve ara dinlenme gibi hususlarla sınırlı tutarak hakimın takdir yetkisi ile sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuku belirlemesine ve bunu uygulamasına olanak tanıyacak şekilde hareket etmiştir.

Bütün bu açıklamalardan sonra, yurt dışında çalıştırılmak üzere götürülen işçilerle ilgili olarak İŞKUR nezdinde yapılan ve hukuk seçimi yapıldığı gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasının ana kaynağı olarak değerlendirilen sözleşme hükmünün genel iş koşulunda yer alması nedeniyle geçersiz sayılması, sözleşmenin dilinin Türkçe olması, Türkiye’de akdedilmesi, İŞKUR tarafından onaylanması, 5510 sayılı SSGSSK 5/g düzenlemesi ile sosyal güvenlik haklarının Türk mevzuatı ile düzenlenmiş olması olguları sözleşmeyi Türk hukuku ile sıkı ilişkili hale getirdiğinden uyuşmazlığın çözümünde Türk İş Hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki öğretı görüşüne (Gürsel, 2021: 181-182) katıldığımı belirtmek isterim (Ayrıca bkz. Yıldız, 2023:69)

Sonuç

AYM iptal kararı sonrasında, MÖHUK 27.madde uygulaması esas olarak dördüncü fıkranın yorumlanması ve amacının belirlenmesi noktasındaki yorumla şekillenecektir. 7550 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin uygulamada sorunları çözmekten uzak olacağı hatta yeni bir düzenleme getirmediğinden herhangi bir fark yaratmayacağı ifade edilebilir. Burada önem taşıyan husus Milletlerarası Özel Hukuk ile İş Hukuku ilke ve kurallarının birlikte var olabilecekleri bir düzenleme ve uygulamanın tesisi olmalıdır. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine ilişkin olarak hukuk seçimi olanağının ya da kanunlar ihtilafı kurallarının bir tarafa bırakılarak her durumda işçinin vatandaşı olduğu ülke hukukunun uygulanması mümkün olamayacağı gibi, iş hukukunun kendine özgü yapısını veren ve en belirgin niteliği olan zayıf tarafın korunması ilkesini bir tarafa bırakarak her durumda sözleşmede belirtilen hukuk kurallarının uygulanması da savunulamayacaktır. Bu nedenle, AYM iptal kararı sonrasında MÖHUK 27.maddenin uygulanmasında hem iptal kararındaki gerekçeler hem de 7550 sayılı Kanunun 18.maddesinin gerekçesi her zaman göz önünde tutularak somut olaya göre anılan maddenin yorumu gerekecektir.

15.06.2025)

Unutulmaması gereken bir diğer maddi olgu ise AYM iptal kararına kadar giden süreçte, yargı kararlarına konu edilen uyumsuzlukların büyük çoğunluğunun çalıştırılmak üzere “yurt dışına götürülen” işçilerle ilgili olduğudur. Bu durum, çalışmak üzere kendi olanakları ile yurt dışında iş bulan ve giden işçilerden daha farklıdır. İlkinde işçiler, burada mukim, daha önce birlikte çalıştıkları ya da çalışmasalar bile Türk işvereni olarak bildikleri firmalar tarafından, bütün yol masrafları bu işverenlerce karşılanarak, İŞKUR nezdinde tip sözleşme imzalayarak yurt dışı şantiyelerde çalıştırılmak üzere götürülmektedirler. Burada yurt dışına götürülen işçi açısından Türkiye’de bulunan işverenin yarattığı güven oldukça önemlidir. Yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin çalıştıkları ülkenin para birimiyle ya da Dolar/Euro gibi para birimleri ile Türkiye’de çalışmaları karşılığında alacakları ücretin üzerinde ücret almaları tek başına işçinin mağdur olmadığını savunmak ve dolayısıyla Türk hukukunda işçilik hakları açısından sağlanan hak ve güvencelerin dışında kalmasını meşrulaştırmak mümkün olmamak gerekir.

Kanaatimizce, özellikle MÖHUK 27/4 düzenlemesi, çalışılan ülke hukukunun haftalık/günlük çalışma süreleri, dinlenme süreleri, ulusal bayram günleri gibi yerel unsurlara göre belirlenmesi ve uyulması gereken kuralları ile sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun bunlar dışında kalan hükümlerinin birlikte uygulanmasına imkan sağlayacağından oldukça isabetlidir. Tekrar söylemek gerekir ki, yasa koyucunun MÖHUK 27.madde düzenlemesini 5718 sayılı Kanun ile getirirken asıl amacı işçileri daha çok koruyan, hukuk seçimine sınırlı ve işçi lehine olmak kaydı ile imkan veren bir madde oluşturmaktır. Aynı amaç, Anayasa Mahkemesi iptal kararının gereğini yerine getirmek üzere düzenlenen 7550 sayılı yasa ile değişik fıkralar için de zikredilmiştir. Somut uyumsuzluklara uygulanacak kanun belirlenirken bu esasları göz önünde tutarak yorum yapmak gerekir.

Extended Summary

The determination of the applicable law in the lawsuits filed by Turkish workers, who are mostly taken abroad to work in construction, to obtain their rights arising from the employment relationship after their employment ends in the country where they work has caused intense debate in doctrine and practice.

The main reason for this situation is an article in the contracts signed by the employee and employer with İŞKUR before going abroad, which determines the law to be applied to the dispute as the law of the country where the work is performed. Since it is a common fact that Turkish workers taken from Türkiye to work in construction sites in countries that provides lower rights than the minimum protection provided in Türkiye in terms of employment law. After their

return to Türkiye, these workers claim their benefits such as seniority payment, at the Turkish courts depending on Turkish Labour Law. In the vast majority of disputes brought to court, the application of the law of the country where they work has caused a loss of rights for the workers.

Different decisions have emerged due to different interpretations among the judicial bodies, and this situation has brought the issue to the Constitutional Court as a higher instance. Three different courts have applied to the Constitutional Court requesting the annulment of the first two paragraphs of Article 27. The Constitutional Court ruled on 5.11.2024 to annul the provision of MÖHUK 27/1 and for the annulment decision to enter into force six months later, and the decision was published in the Official Gazette dated 10.03.2025.

The legislator enacted a new regulation for the provision of MÖHUK 27/1, which was annulled by Article 18 of Law No. 7550, and also changed the fourth paragraph. Law No. 7550 was published in the repeated Official Gazette dated 4.6.2025 and entered into force.

Therefore, considering the reasons stated in the Constitutional Court's annulment decision, it is necessary to examine the provisions of MÖHUK 27/1 and 27/4 introduced by Law No. 7550.

In the justifications of the regulations and the Constitutional Court decision, the purpose of labor law to protect the worker and the unique characteristics of labor contracts are emphasized, and the principle that the choice of law to be made regarding labor contracts will be exceptional and valid to the extent that it does not harm the purpose of protecting the worker is strongly emphasized.

After the Constitutional Court's annulment decision, the application of Article 27 of the MÖHUK will mainly be shaped by the interpretation of the fourth paragraph and the interpretation of its purpose. It can be stated that the amendment made with Law No. 7550 will be far from solving the problems in practice and will not make any difference since it does not introduce a new regulation. The important point here is the establishment of a regulation and application where the principles and rules of International Private Law and Labor Law can coexist. It will not be possible to apply the law of the country where the worker is a citizen in every case by leaving aside the possibility of choosing law or conflict of laws rules regarding labor contracts containing a foreign element, and it will not be defended to apply the legal rules specified in the contract in every case by leaving aside the principle of protecting the weaker party, which gives the unique structure of labor law and is its most distinctive feature.

Therefore, in the implementation of Article 27 of the MÖHUK after the Constitutional Court's annulment decision, both the justifications in the annulment decision and the justification of Article 18 of Law No. 7550 will always be taken

into consideration and the interpretation of the said article will be required according to the concrete case. Another material fact that should not be forgotten is that in the process leading up to the Constitutional Court's annulment decision, the vast majority of disputes that were the subject of judicial decisions were related to workers who were "taken abroad" to be employed. This situation is different from workers who found and went abroad with their own means to work. In the first case, workers are taken to work at construction sites abroad by firms that are resident here, that they have worked with before or that they know as Turkish employers even if they have not worked there, by signing a standard contract with İŞKUR, with all travel expenses covered by these employers, these facts create a trust on the workers' that should be protected under law.

It should be stated again that the main purpose of the legislator in introducing the regulation of Article 27 of MÖHUK is to create an article that protects workers more and allows for the choice of law to be limited and only in favor of the worker.

Beyanlar

Beyanlar Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı

Bu araştırma ve araştırma ile ilgili tüm aşamalar tek yazar tarafından yürütülmüştür.

Destek ve Teşekkür Beyanı

Bu makalenin hazırlanması sürecinde herhangi bir kişi veya kurumdan destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması Beyanı

Bu makalemdede herhangi bir kişi veya kurumla çıkar çatışması bulunmadığını beyan ederim.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2017) “Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Ankara: İntes Yayınları, 88-103.
- Alp, M. (2005) **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara: Seçkin Yayınları
- Baycık, G. (2017) “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 104-122.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. ve Gemici Filiz, B (2016) “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi” **Prof.Dr.Turhan Esener’e Armağan, C.1, İKÜHFD, C.15**, 593-620.
- Civan, O.E. (2015) **Genel İş Koşulları**, İstanbul: Beta Yayınları
- Çankaya, Y.(2017) “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” **LEGAL İHSGHD, S.55**, 1243-1292.
- Doğan, V. (1996) **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara: Yetkin Yayınları
- Doğan Yenisey, K. (2011) “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt I, İstanbul**, 33-82.
- Elçin, D. (2012), **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Adalet Yayınları
- Gürsel, İ. (2021) “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk”, **Sicil, 2021/II, S.46**, 155-187.
- Oğuzman, M. K. Ve Öz M.T. (2011) **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C.I**, İstanbul: Filiz Kitabevi
- Özdemir Kocasakal, H. (2010) Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 30 Sayı 1-2**, 27-88.
- Reisoğlu, S (2011) **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B.22, İstanbul:Beta Yayınları
- Soyer, P.(1987) **Genel İş Koşulları**, İstanbul: Banka Sigorta İşçileri Sendikası Yayını

- Süzek, S. (2006) “Değişiklik Feshi”, **TİSK Akademi, C.1, S.1**, 6-31.
- Süzek, S. (2011) “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil, S.24**, 7-14.
- Süzek, S. (2014) **İş Hukuku, B.10**, İstanbul: Beta Yayınları
- Yıldız, G.B (2014) **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Ankara: Yetkin Yayınları
- Yıldız, G.B (2023) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi” **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık

