İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma

28.3.2019

Halihazırda İstanbul'da yapımına devam edilen Üsküdar-Kabataş yaya yolu ihalesini kazanan Japon şirketi (J) ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi arasında akdedilen sözleşme gereğince (J) şirketi, tünelin inşası ile yürüyen merdivenlerin montajını üstlenmiştir. (J) şirketi Japonya'daki şirket merkezinde çalışmakta olan Türk vatandaşı Bay (A)'yı tünel inşaatını kontrol mühendisi olarak proje bazlı görevlendirmiştir. Bay (A), yürüyen merdivenlerin döşenmesi ve montajı sırasında geçirdiği iş kazası nedeniyle sakatlanmıştır. Kaldırıldığı hastanede tedavisi devam eden Bay (A), iş güvenliğine yönelik projenin gerektirdiği zorunlu önlemlerin alınmaması nedeniyle sakatlandığını ileri sürerek, (J) şirketi aleyhine İstanbul mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. Daha sonra tedavisi tamamlanan Bay (A), merkezi yine Japonya'da bulunan (H) şirketinin İstanbul'daki şubesinde çalışmaya başlamıştır.

Sorular

(1) İhale bedelini zamanında ödememesi nedeniyle borçlu temerrüdüne düşen İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin (J) şirketine ödeyeceği temerrüt faizinin oranı hangi hukuka göre tespit edilecektir? Açıklayınız.

(2) (J) şirketi ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi arasında akdedilen sözleşme bakımından;

a. (J) şirketinin sözleşme akdetme ehliyetinin bulunup bulunmadığı hangi hukuka göre tespit edilecektir?

b. Sözleşmenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk nasıl tespit edilecektir?

(3) Bay (A)'nın (J) şirketinden talep ettiği tazminat miktarı hangi hukuka göre karara bağlanacaktır? Taraflar arasındaki iş akdi bakımından İngiliz hukukunun uygulanmasının kararlaştırıldığı ihtimalinde ihtilaf hangi hukuka göre karara bağlanacaktır?

(4) Hâkimin iş akdinden doğan ihtilaf bakımından *"daha sıkı ilişkili"* bir hukukun varlığını tespit etmesi halinde yukarıdaki soruya vereceğiniz cevap değişir miydi? Tartışınız.

(5) Bay (A)'nın (H) şirketinin İstanbul'daki şubesinde çalışırken iş kazası geçirdiği varsayımında, İstanbul mahkemelerinde açılan tazminat davasında Japon hukukuna etki tanınabilir mi? Tartışınız.

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Soru 1- İhale bedelini zamanında ödememesi nedeniyle borçlu temerrüdüne düşen İstanbul büyükşehir belediyesinin J şirketine ödeyeceği temerrüt faizinin oranı hangi hukuka göre tespit edilecektir? Açıklayınız.

Cevap: Şimdi burada bize neyle ilgili bir soru soruluyor. Öncelikle böyle bir soru karşımıza geldiğinde bu sorunun hangi hukuk alanıyla ilgili bir sorun teşkil ettiği ile ilgili zihnimizde canlandırmaya çalışalım. Burada temerrüt faizinin oranına ilişkin bir uyuşmazlık var. Taraflar arasındaki uyuşmazlık borçlu temerrüdüne düşen İBB'nin temerrüt faiz oranının belirlenmesine ilişkindir. Bu uyuşmazlık sözleşmenin esasına ilişkin bir uyuşmazlıktır. İBB ile Japon şirketi (J) arasında imzalanan tünel inşası ve yürüyen merdivenlerin montajı işi ile ilgili sözleşmede bazı uyuşmazlıklar çıkmış, temerrüt faizine ilişkin bir uyuşmazlık yaşanmış. Öncelikle uyuşmazlığın sözleşmeye ilişkin olduğunu tespit ettik. Sözleşmeye ilişkin olarak bizim kanunumuzdaki sistematik nasıl?

Sözleşmeye uygulanacak hukuku biz neye göre belirliyorduk?

Birkaç tane maddemiz var bizim. Genel maddelerimiz ve özel maddelerimiz var. Hangisini uygulayacağız? Bu hususla ilgili özel bir hüküm düzenlenmiş olmadığı için genel hükmümüz olan MÖHUK m.24'e gideceğiz.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk

MADDE 24 – *(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

MÖHUK m.24, aktif borç ilişkilerine uygulanacak hukuku bütün milletlerarası sözleşmeler bakımından düzenleyen genel çerçeve çizen bir maddedir. Eğer bu 24.madde ve devam eden hükümlerde özel sözleşme tipine giren bir durum yoksa biz m.24'e göre sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit ediyoruz. Devam eden diğer maddelerde ne var mesela; taşınmazlara özgü hüküm var m.25 de düzenlenmiş, m.26 Tüketici sözleşmeleri, m.27 iş sözleşmeleri, m.28 Fikri Mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, m.29 Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler şeklinde sistematik sıralanmıştır. Kanunumuzda özel olarak düzenlenmiş sözleşme tipleri bunlardır.

takviye İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bunlardan birisine giren bir durum var mı diye bakıyoruz. Bu sayılan m.24 sonrasındaki özel sözleşme tiplerine giren bir sözleşme olayımızda yok. Bu yüzden MÖHUK m.24'ü olayımıza uygulayacağız. Özel sözleşme tipine giren bir madde olsaydı artık m.24'e gitmeyip o özel sözleşmeyi düzenleyen hüküm hangisiyse onu uygulayacaktık.

MÖHUK m.24'te ilk olarak taraf iradesi ön plana çıkar. Yani sözleşmedeki taraflar ileride oluşabilecek bir uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını kendi özgür iradeleriyle belirleyebilirler. Sözleşmelerdeki irade serbestisi ilkesinin Milletlerarası Özel Hukuku'na yansıması olan bir hükümdür.

Eğer diyelim ki bu seçim yapılmadı, maddenin 1.fıkrasını okuduğumuzda bu seçimin açıkça ya da zımni olarak hukuk seçimi yapılabileceğine işaret ediliyor. Zımni olarak nasıl olabilir, mesela şu hukuk uygulansın diye açıkça belirtmemişler ama belirli bir hukuku işaret ettiklerine dair bir gösterge varsa buradan da uygulanacak hukuku belirleyebiliriz. Örneğin taraflar sözleşmede uygulanacak hukuku belirlememişler ama yetkili mahkeme olarak bir ülkenin mahkemesini belirlemişlerse, tarafların ikamet yerleri Türkiye'de, ortak mutad meskenleri ya da işyerleri Türkiye'de, genel olarak iş gördükleri yerler Türkiye'de, mesela tarafların sahip ya da ortak oldukları taşınır sicile kayıtlı olduğu yer Türkiye'de, bu gibi belirli göstergeler birçok vakıa ile birlikte değerlendirildiğinde zımnen hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varabiliriz. Ya da sözleşmede başka bir hukuk seçimine atıf yapılmış olabilir; şu tarihteki şu sözleşmemizde seçtiğimiz hukuk bu sözleşmeye de uygulansın, diyerek açıkça hukuk seçimi yapmayıp hukuk seçimi yaptıkları başka bir sözleşmeye de gönderme yapmaları zımnen hukuk seçimi yaptıklarını göstermektedir. Tereddüde yer vermeyecek şekilde yapılan hukuk seçimlerini de zımni olarak yapılan hukuk seçimleri olarak adlandırıyoruz.

Peki, kısmi hukuk seçimi geçerli mi? Evet geçerli kanunumuzda m.24\2'de buna imkân tanınmaktadır.

Tarafların hukuk seçimini ne zaman yapacakları ile ilgili de aynı maddenin 3. fıkrası bizi bilgilendiriyor.

> *(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*

Bu hüküm gereğince **hukuk seçimi her zaman yapılabilir**. Burada dikkat çeken sınırlama ise 3. kişilerin hakları ihlal edilmemek kaydıyla zaman bakımından bu serbesti getirilmiştir.

Olayda hukuk seçimi yapılmamış madde 24'ün irdelediğimiz bu ilk üç fıkrasına giren bir durum söz konusu değil dolayısıyla bu fıkraları olaya uygulayamayız. O zaman 4. fıkraya bakacağız, objektif bağlama kuralı. Objektif bağlama kuralının amacı **en sıkı ilişkili hukuku** belirlemektir. En sıkı ilişkili olan yerin hukuku derken neyi kastediyoruz, buradaki bu ifade karakteristik edim ifadesinin somutlaştırılmış şekilde açıklanmaya çalışılmış halidir. Bu somutlaştırılmış karakteristik edimlerde vurgulanan en sıkı ilişkili yer bir karine teşkil eder. Karineler kesin değil aksi yine aynı fıkrada sayılan en sıkı ilişkili yer belirlenirken kullanılacak kriterler (4.fıkrada sayılan kriterler) göz önüne alınarak aksi belirlenebilecek durumlardır. Ama bizim için olayımızda da önemli olan burada bir iş kapsamında, görüldüğü gibi mesleki faaliyet kapsamında bir uyuşmazlık olduğu için önemli olan karakteristik edim borçlusunun işlevidir.

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Karakteristik edim borçlusunun belirlenmesiyle ilgili doktrinde; sözleşmeye damgasını vuran o sözleşmeye adını veren, o sözleşme için en fazla risk altına giren, en ağır borç altına giren kişi olarak tanımlanıyor. Hizmet, eser sözleşmesi, alım-satım akdi vb. durumlarda para veren tarafın edimi değil karşı tarafın edimi karakteristik edimdir.

Olayımızda sözleşmede Japon (J) şirketi Yaya yolu tünelinin inşası ve yürüyen merdivenlerin montajı ediminin ifasını yüklenmiştir. Diğer tarafın yani İBB'nin ediminin para edimi olduğunu varsayarsak buradaki sözleşmede karakteristik edim borçlusu Japon şirketi (J) diyebiliriz. Her somut olayda karakteristik edim borçlusunu bu şekilde tespit etmemiz gerekmektedir.

Bundan sonrası için Japonya merkezli olarak ticari faaliyetini yürüten (J) şirketi sözleşmede karakteristik edim borçlusu olduğu için sözleşmeye Japon Hukuku uygulanacak diyebilir miyiz? Hemen diyemiyoruz işte üçüncü bir durum var **daha sıkı ilişkili hukuk!** Neden hemen Japon hukuku uygulayamıyoruz dedik çünkü kanun burada gerçek bir istisna kuralı getirmiş. Eğer somut olayda Japon hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa; bu nasıl olabilir? Genelde birçok unsurun birlikte bir araya gelmesi gerekmektedir. Tabi bu olayda detaylarla ilgili fazla bir bilgi yok. Tarafların özel durumları olabilir, sözleşmenin akdedildiği yer, sözleşmenin ifa edildiği yer vs. bütün unsurlar birlikte değerlendirilmesi gerekir. Tek bir unsura dayanarak sıkı ilişkili yer değerlendirmesi yapamayız. Birçok unsurun ve vakıaların bir arada değerlendirilmesi ve hukuki olarak gerekçelendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Tabi biz bu olayda elimizde çok fazla veri olmadığı için daha sıkı ilişki kuralını kesin olarak uygulayamıyoruz. Burada tüm bu unsurları birlikte değerlendirdiğimizde daha sıkı ilişkili yer olarak somut olayda Türk Hukuku'nun uygulanması gerekir diyebilirdik. Ama kesin olmamakla birlikte bu somut olayda **karakteristik edimden yola çıkarak** Japon şirketi (J)'nin ticari faaliyet merkezi olan Japon hukukunun uygulanması gerekiyor diyoruz. Burada ticari ve mesleki bir faaliyet olduğu için Japon şirketinin işyeri hukuku yani Japon Hukukunun uygulanması gerekiyor.

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

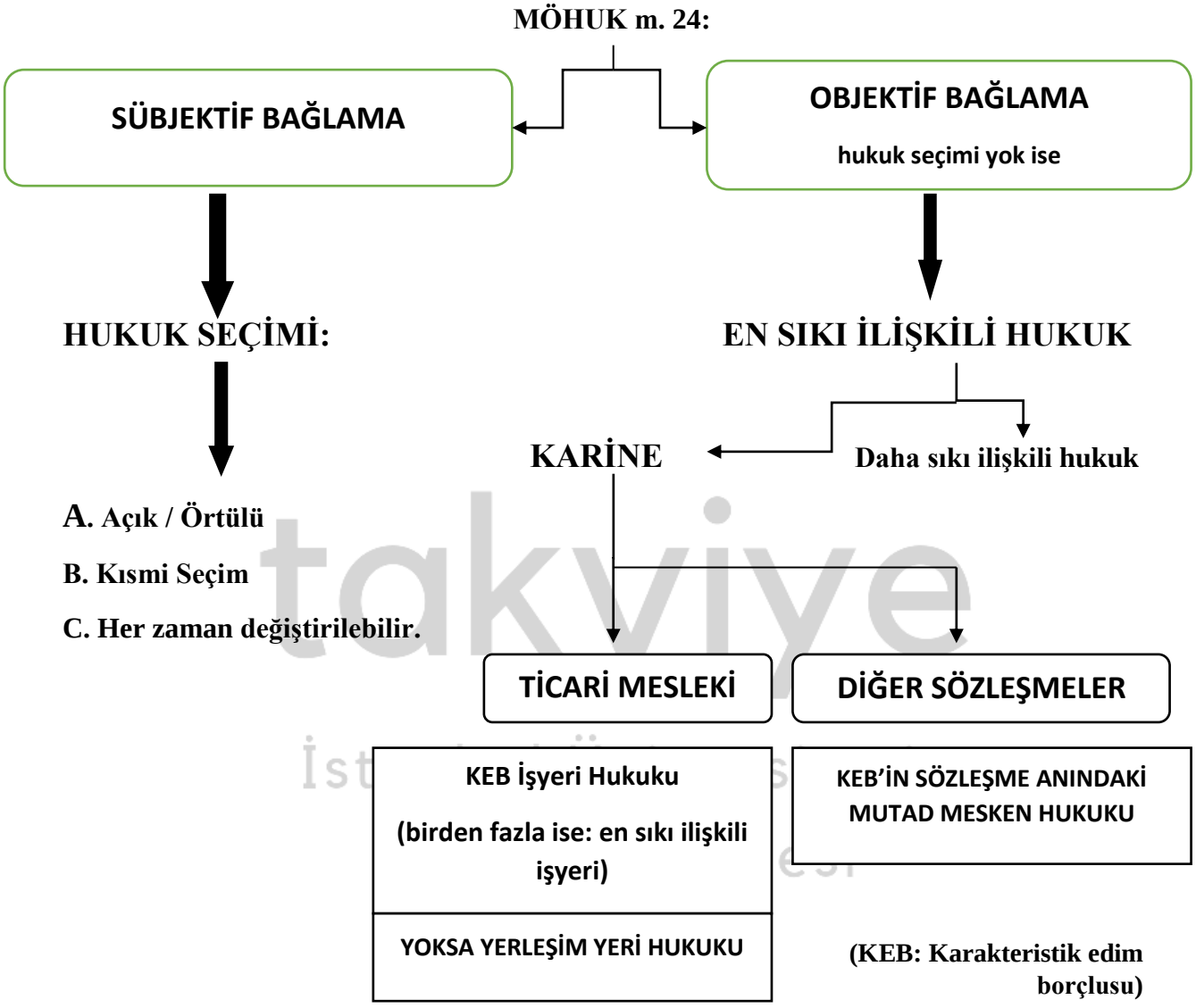
Bu belirlemeler genelde haksız fiillerde çok karşımıza çıkıyor. Haksız fiilin işlendiği yer başka bir ülke fakat tarafların mutad meskenleri, işyerleri vs. tüm unsurlar Türkiye'de olabilir. Örneğin iki Türk'ün Bulgaristan'da birbirleriyle bir kazaya karışması gibi. Normalde haksız fiilin işlendiği yer hukuku uygulanır fakat diğer vakalara bakarak daha sıkı ilişkili bir hukuk tayin edilebiliyor. Özetleyecek olursak tek bir unsuru tek başına değil tüm unsurları birlikte gerekçelendirerek değerlendirmemiz gerekmektedir.

MÖHUK m.24 ile ilgili bu şekilde bir soru geldiğinde, 1. aşamada öncelikle taraf iradesi var mı, hukuk seçimi var mı, bu şekilde belirtmeniz ve irdelemeniz gerekiyor. 2. aşamada objektif bağlılık kuralı ile ilgili açıklama yaparak karinelerden bahsetmemiz lazım. Buradaki karineler kesin olmamakla birlikte hâkime yol gösteren niteliktedirler. En sıkı ilişkili hukuk ile ilgili değerlendirmeler yapmamız lazım.

MÖHUK maddelerinin amacı uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuku bulmaktır. Böylelikle kanun koyucu 24.maddede karakteristik edim kavramıyla hakime yol göstermek istemiş. Olayda ticari veya mesleki faaliyet olduğu için Japon şirketinin iş yeri hukuku yani Japon Hukuku'nun uygulanması gerekiyor.

Olayla ilgili değil ama, bazı belli kurumların kodları ve kuralları sözleşmelerde seçiliyor mesela Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları. Bu gibi seçimler 'incorporation'

yoluyla sözleşmeye aykırı olmamak şartıyla sadece sözleşmenin bir hükmü olarak değerlendirilir. Bunlar geçerli bir hukuk şeçimi midir? Hayır. Çünkü bir devlet hukukunun seçilmesi lazımdır. Tanınmış olmasına gerek yoktur. Tanınmış veya tanınmamış bir devlet hukukunun seçilmesi lazım.



*(MÖHUK 3.HAFTA NOTU'NDAN ALINDI)

Soru 2: (J) şirketi ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi arasında akdedilen sözleşme bakımından;

a) (J) şirketinin sözleşme akdetme ehliyetinin bulunup bulunmadığı hangi hukuka göre tespit edilecektir?

b) Sözleşmenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk nasıl tespit edilecektir?

Cevap 2:

a) Burada uyuşmazlığımız artık (J) şirketinin ehliyetine ilişkin bir mesele. 24. maddede akit statüsünün kapsamına giren haller Akdin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukuku belirler. Akdin kuruluş ve hükümlerinde uygulanacak haller nedir; akdin ifası, ifanın yapılamaması, ayıplı ifa, borcu ortadan kaldıran haller, yokluk ve irade sakatlıkları, fesih,

sona erme, zamanaşımı. Bunların hepsi 24. maddeye göre belirlediğimiz hukuka göre tespit edilecektir. Ancak akit statüsünde ehliyet ve şekil gibi meseleler dâhil edilmemiş. Genel ehliyet konusu aynı kanunumuzun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Burada artık 24. maddeye değil genel ehliyet maddesi olan 9. maddeye bakacağız.

> ***Ehliyet***
>
> ***MADDE 9 –*** *(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.*
>
> *(2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.*
>
> *(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.*
>
> *(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.*
>
> *(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.*

Genel ehliyet maddesinde de 4. ve 5. fıkra bizi ilgilendiriyor çünkü burada tüzel kişilik var, gerçek kişi yok. Tüzel kişiler için kanun tüzel kişiliğin statüsündeki idare merkezinin hukukunu esas olarak almış. Olayda statüsünün olup olmadığı hakkında değerlendirme yapamıyoruz, açık bir bilgi yok. O zaman fiili idare merkezi de değerlendirilebilir. Çünkü kanun statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti için demiş ki; fiili idare merkezi hukukları uygulanır. Japon şirketi (J)'nin bir statüsü bulunuyorsa statüsündeki idare merkezini göz önünde bulunduracağız. Bulunmuyorsa fiili idare merkezi hukukunu uygulayacağız. Fiili idare merkezi nedir? Esas işlemlerin ağırlıkta yürütüldüğü yer. Bu işlem yeri de zaten Japonya olarak karşımıza çıkacak. O zaman statüsü varsa Japon şirketi (J)'nin statüsündeki idare merkezinin hukuku, statüsü yoksa da fiili idare merkezinin hukuku ehliyet konusunda yetkili olacaktır.

Birde işlem güvenliği kuralımız vardı 2. fıkrada; '*Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır.*' Bu kuralı tüzel kişilere de uygulayabilir miyiz? Yani Japon şirketi (J) statüsüne göre ehliyetsizmiş, ancak Türkiye de iş görüyor Türk Hukukuna göre ehil, o zaman ehil kabul edebilir miyiz? Kabul etmemiz lazım kanuni açıdan baktığımızda. Kanuni düzenlemede açık bir şekilde tüzel kişiler ile ilgili bir düzenleme yok bu fıkrada sadece gerçek kişiler ile ilgili düzenlenmiş gibi. Ama **doktrinde** ve **Yargıtay** uygulamalarında bu fıkranın işlem güvenliği açısından tüzel kişilere de uygulanması gerektiği ile ilgili yorumlar bulunmaktadır. Yani Japon şirketi statüsüne göre ehliyetsiz, ama Türk hukukuna göre ehil ise işlem güvenliği esas alınarak m.9\2 ye göre tüzel ehil kabul edilmesi gerekmektedir. 2. fıkra bu şekilde geniş yorumlanarak tüzel kişilere de uygulanıyor, bunu bilelim.

b) Bu sefer sözleşmenin Şekli geçerliliğini sormuş. Hukuki statüsünün kapsamını belirttiğimiz gibi ehliyet ve şekil meseleleri dâhil bunlar genel maddeler kapsamında düzenlenmiş. Ehliyet 9. maddede, Şekil 7. maddede düzenlenmiştir. Şekil ile ilgili özel bir

takviye İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

madde (Örn. Tüketici sözleşmeleri) yoksa genel maddelerden olan 7. maddeyi şekil bakımından meselelerde karşımıza çıkacak somut olayımıza uygulayacağız.

> ***Hukukî işlemlerde şekil***
> ***MADDE 7*** *– (1) Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*

Sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna ya da sözleşmenin esasına göre yetkili olan ülke hukukuna göre maddi hukuk hükümlerini uygulayacağız. Burada açıkça maddi hukuk hükümleri dediği için atıfa da gidemiyoruz. Burada veya ile ayrıldığı için alternatif seçimli bir düzenleme gibi görünüyor. Sözleşmenin yapıldığı yer Türkiye varsayarsak Türk hukuku diyebiliriz, İBB ile yapılıyor çünkü sözleşme. O zaman Türk hukukuna göre şeklen geçerli olması yeterlidir. Ama tabiki esasa uygulanan hukuk Japon hukukuydu o zaman Japon hukukunun şekil esaslarına göre de geçerlilik söz konusuysa bu da bizim için yeterli olacaktır. Bu fıkrada alternatifli bir çözüm yolu belirlenmiştir.

Soru 3: Bay (A)'nın (J) şirketinden talep ettiği tazminat miktarı hangi hukuka göre karara bağlanacaktır? Taraflar arasındaki iş akdi bakımından İngiliz hukukunun uygulanması kararlaştırıldığı ihtimalinde ihtilaf hangi hukuka göre karara bağlanacaktır?

Cevap 3: Burada artık m.24 kapsamına giren bir durum yok. Özel bir düzenleme olarak 27. maddede iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmiştir.

> ***İş sözleşmeleri***
> ***MADDE 27 –*** *(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*
> *(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.*
> *(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.*
> *(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.*

Zayıf durumda olan işçinin korunması amacıyla 27. maddede İş sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda 27. madde, m.24'deki düzenlemelerden farklılık içermektedir. Olayımızda da bir iş sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlık olduğu için özel düzenleme olan m.27'ye gidiyoruz. 27/1'de yine bir hukuk seçimine yer veriyor ancak belirli şart/kayıt getirilmiş,

'…işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı ***asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla****…'.*

İşçi zayıf tarafta olduğu için bir hukuk seçimiyle onun haklarının zayıflatılması ve işveren bakımından kötü duruma düşürülmesi engellenmek istenmiştir. İşverenin güçlü olmasından dolayı, kendi aleyhine olacak şekilde işçinin hukuk seçimine zorlanması gibi bir meselenin

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

olabileceği öngörülerek işçi lehine bu şekilde bir koruma getirilmiştir. İşçinin asgari koruması saklı kalmak kaydıyla bir seçim yapılabilmesine kanunun olanak tanımasına sınırlı hukuk seçimi diyoruz. Evet, tarafların hukuk seçme imkânları var ama bu fıkrada düzenlenen haliyle sınırlandırılmıştır. Seçilen hukuk işçi aleyhine asgari koruma alanına bir zarar vermiyorsa bütün hükümleriyle uygulanabilir. Ancak emredici hükümlere işçi aleyhine bir aykırılık meydana geliyorsa o zaman o sınırlayıcı hükümler yerine işçi lehine olan mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uygulanacak. Hukuk seçimine işçi lehine sınırlandırmak kaydıyla bu şekilde bir müdahale var. Örneğin işçinin yıllık ücretli izin kullanımı ile ilgili bir uyuşmazlık var sadece buna ilişkin hükümler mi değerlendirilecek yoksa bir bütün olarak o hukuk sistemindeki işçiyi koruyan hükümler mi değerlendirilecektir? Burada işçiyi koruyan işçinin lehine olan emredici hükümleri uygulamamız esastır. Doktrinde sadece ilgili hükmü temel almayıp her iki ülke hukukunda ücretli izinlerle ilgili düzenlemeler genel olarak değerlendirilip hangisinin işçinin lehine olduğu bulunup, bu şekilde neticelendirmek gerektiği düşünülmektedir. Tek tek hükümler bazında bir değerlendirme yapmaktansa ilgili uyuşmazlıkla ilgili hükümlerin bir bütün olarak ele alınması tercih edilmektedir.

Burada sorunun 2. kısmına da biraz cevap vermiş oluyoruz. Taraflar İngiliz Hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış. Bu durumda evet İngiliz Hukuku uygulanabilir. Ancak burada mutad işyeri hukukunu nasıl tespit edeceğiz ona öncelikle bir bakmak lazım. Nasıl tespit edeceğiz mutad işyeri hukukunu? Mutad işyeri ile ilgili bir açıklama yok burada. Genel olarak iş akdinde yazan ama iş akdinde yazmasa da işçinin mesleki faaliyetini ağırlıklı olarak sürdürdüğü yer mutad (fiili, gerçek) işyeri olarak kabul edilir. Mesela işçiyi geçici olarak bir yere gönderme durumu söz konusu olabilir bu tarz geçici değişiklikler işçinin mutad işyerini **değiştirmeyecektir**.

Olayımızda da mutad işyeri Japonya da olan (J) şirketi mühendisi A'yı tünel inşaatının kontrol mühendisi olarak Türkiye'de görevlendirmiş. Geçici olarak Bay A'nın Türkiye'de görevlendirilmesi onun mutad işyerini değiştirmeyecektir. Bazen uzun yol şoförleri ve turnelere çıkan kişileri düşünelim, böyle işlerde çalışanlar için belirli bir mutad iş yeri yok sürekli yer değiştirme söz konusu. Bu tarz durumlar içinde kanun m.27\3 de bize yol göstermiş;

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

Sürekli bir yer değiştirme söz konusu ve mutad işyeri belirlenemiyorsa o zaman işverenin esas işyerini mutad işyeri olarak kabul ediyoruz. Geçici olarak işçinin yer değiştirmesi söz konusuysa mutad işyeri değişmez, sürekli olarak işyeri değişiyorsa o zaman 3. fıkra gereği işverenin esas işyerini mutad işyeri olarak kabul edeceğiz ve o ülke hukukunda işçinin lehine olan hükümleri esas alacağız.

Bu bilgiler ışığında olayımıza bakarsak; geçici olarak Türkiye'de proje için görevlendirilen A'nı mutad işyeri olarak Japonya'yı kabul ediyoruz. Mutad işyeri hukuku da Japon hukuku oluyor. Tarafların iradi seçimlerinden dolayı İngiliz hukukunun uygulanmasında bir engel söz konusu değildir. Fakat Japon hukukunda Bay A'yı koruyan, onun işverene karşı kötü duruma düşürmeyecek hükümler, örneğin iş ve sosyal güvenliğe ilişkin, çalışma saatlerine ilişkin vb. korumaya ilişkin hükümler İngiliz hukuku ile kıyaslanarak Bay A lehine hangisi daha fazla koruma sağlıyorsa o ülke hukuku uygulanmalıdır. Buradaki sınırlamanın esasında işçiyi daha

takviye
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

çok koruyan hukukun belirlenmesi vardır. Burada seçilen bir hukuk olmasaydı o zaman da mutad işyeri hukuku yani Japon hukuku uygulanacaktı. Bu soruda özel bir sözleşme tipinin olduğunu belirtmeniz ve soru çözümünü bunun üzerinden yapmanız gerekmektedir.

Soru 4: Hâkimin iş akdinden doğan ihtilaf bakımından 'daha sıkı ilişkili' bir hukukun varlığını tespit etmesi halinde yukarıdaki soruya vereceğiniz cevap değişir miydi? Tartışınız.

Cevap 4: Bu sorunun cevabı da yine 3. soruyla bağlantılı. 3. soruya neden iki aşamalı bir cevap verdik 4. soruya da bir cevap oluşuyor. 27. madde de diğer maddelerden farklı olarak gerçek istisna kuralının varlığı hâkime işçi lehine dikkat etmesi gereken bir durumu değerlendirmesi bakımından işaret veriyor. Burada diyor ki yine daha sıkı ilişkili bir durum olsa bile sen bu kuralı uygulayabilirsin, uygulamak zorunda değilsin diyor. Ama m.24 ve m.29'a göre farkı bu. Neye göre bunu uygulayabilir yine işçinin lehine olanı burada hâkim ele alacak. Daha sıkı ilişkili bir hukuk olabilir olayda ama bu işçinin daha lehine değilse sen bunu uygulamayabilirsin diyor artık. Maddenin amacı bakımından İşçinin korunması bu kadar önemli. Kanunun sistematiğine göre 3. sorunun cevabının bir kısmı değişebilirdi evet eğer işçiyi daha çok koruyan emredici hükümlere sahipse daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Ancak kanun açıkça 27.maddenin 2. ve 3. Fıkraları yerine (objektif bağlama kuralı) daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir. Yani burada hukuk seçiminin (sübjektif bağlama kuralı) yapıldığı durumu dışarıda bırakmıştır. 1.fıkrada artık taraf iradelerinin söz konusu olduğu irade serbestisinin öneminin bir göstergesi olarak artık buna karışmıyor diyor ki siz hukuk seçimini yapabilirsiniz. Daha sıkı ilişki hukuk, istisna kuralını sadece hukuk seçiminin yapılmadığı durumda uyguluyor ve dolayısıyla 3.sorunun 2.kısmı değişmiyor İngiliz hukuku uygulanmaya devam edecektir.

Soru 5: Bay (A)'nın (H) şirketinin İstanbul'daki şubesinde çalışırken iş kazası geçirdiği varsayımında, İstanbul mahkemelerinde açılan tazminat davasında Japon hukukuna etki tanınabilir mi? Tartışınız.

Cevap 5: Bay A tedavisi tamamlandıktan sonra J şirketinden ayrılıp H şirketinde çalışmaya başlıyor. Bu şirkette Japonya'da bulunan bir şirket. Bu soru neye ilişkin bir soru? Üçüncü bir ülkenin hukukuna etki tanınması bakımından bir soru sorulduğu için ilgili düzenlemenin yer aldığı 31. maddeye bakmamız gerekmektedir.

> ***Doğrudan Uygulanan Kurallar***
>
> ***Madde 31***
>
> *– (1) Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.*

Buradaki üçüncü devlet kimdir diye sormadan önce ilk iki devleti belirlemek gerekir öncelikle. Bizim kanun koyucumuzun 31. maddedeki amacı üçüncü devlet belirlenirken Lex Fori ve Lex Causae'dan farklı olarak bir üçüncü devleti tespit etmeye çalışmıştır. Yoksa tarafların milli hukuku veya mutad meskeninin, yerleşim yerinin milli hukuku değil. Bizim için 1. hukuk Lex Fori oluyor. Yani mahkemenin hukuku. 2.si Lex Causae'dir, bu biliyorsunuz uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuktur. 3. Devletin hukuku da bunlardan farklı bir hukuk oluyor. O zaman olayda Lex Fori'yi tespit etmemiz gerekiyor. Lex Fori davanın önünde görüldüğü mahkemenin hukukudur. İstanbul mahkemelerinde tazminat

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

davası görüldüğü için hâkimin hukuku yani Lex Fori Türk hukukudur. Lex Causae'yı tespit edelim. Şimdi burada yine iş akdinden kaynaklı bir iş hukuku uyuşmazlığı var o zaman 27. maddeye göre tespit edeceğiz. 27. maddede hukuk seçimi ile ilgili bir düzenleme de var. Olayımızda hukuk seçimi ile ilgili net bir bilgi olmadığı için yine hukuk seçimini yapılmamış kabul edeceğiz. Hukuk seçimi olmadığı durumda da işçinin mutad işyeri hukuku değerlendirilecektir. Mutad iş yeri hukuku da burada gördüğünüz üzere değişmiş. Artık A'nın mutad işyeri Japonya değil. Japon şirketinin Japonya'daki merkezinde değil İstanbul'daki şubesinde çalışıyor. Daha önceki soruda Japonya'da çalışıyordu proje bazlı olarak geçici olarak Tünel inşaatı için İstanbul'a gelmişti. Ama artık H şirketinde çalışırken direk İstanbul şubesinde çalışan birisi Bay A. O zaman gördüğünüz üzere mutad işyeri de Türkiye oluyor. Böylelikle Lex Causae da Türk Hukuku oluyor. Lex Fori ile Lex Causae burada çakışmış gördüğünüz üzere. Şimdi üçüncü devlet Hukuku olarak Japon Hukuku bizim için etki yapabilir mi? Çünkü bizim için Japon hukuku ne Lex Fori Ne de Lex Causae değil. Bu ikisinden birisi değilse üçüncü devlet hukuku olur.

Üçüncü devlet hukukuna etki tanınabilir mi? Doğrudan uygulanan kurallarına sadece sözleşmeler için kanun koyucu bir madde getirmiş. Ama zaten doğrudan uygulanan kurallar için bunun dışındaki diğer kurallar için değil. *'...**sözleşmeyle sıkı ilişkili** olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir…'* hükmü gereğince 3. Ülke olan Japon hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Bu etki tanınarak uygulanma Türk hukukunun etkisini ortadan kaldırmıyor. MÖHUK m.6 gereğince Lex Fori'nin doğrudan uygulanan kurallarında uygulanacak hukuk Lex Causae direk bertaraf edilir. Lex Causae'ya hiç bakmadan artık Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanır. Burada böyle bir durum yani Lex Causae'nın bertaraf edilmesi gibi bir durum yok. Uygulanacak hukuk yine Türk Hukuku. Hukuk değişmiyor ancak belli meselelere ilişkin mesela sosyal güvenliğe ilişkin belirli çalışma saatleri veya yine yıllık ücretli izin bunlara ilişkin belli hususlarda bazı doğrudan uygulanan kurallar uygulanabilir Japon hukukunda.

Mesela bazı yasaklar koyulabiliyor. Örneğin kadınların çalışamayacağı meslekler belirli yaş gruplarının çalışamayacağı meslekler gibi böyle hassas konular olabilir. Bunlara ilişkin Japon hukukunda irtibatlı bir kural varsa sadece o kural kapsamında uygulanacak hukuku biz kaldırmıyoruz. Mahkeme o konuda diyor ki evet bu konuda bu kural ciddi bir kuraldır göz önüne alınmalıdır diyorsa ona etki tanıyabilir. Türk hukukunu ortadan kaldırmıyor sadece önüne gelen o kural ile ilgili bazda bir değerlendirme yapıyor. Diğerleri gibi komple bir değerlendirme yapmıyor. Karşısına gelen bir kural var çalışmaya ilişkin bir yasak var bunu evet gerçekten ağır ciddi bir kural bu şeklinde değerlendiriyor kişi ile Japon şirketi arasında ki ilişkide de bir değerlendirmede bulunuyor. Türk hukukunu değiştirmeden o kuralı olaya uygulayabilir.

Burada yol gösterici bir cümleye de yer vermiş: *'…bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.''* Çalışma saatleri, yıllık izin, çalışma yasakları, sosyal güvenliğe ilişkin gibi hassas meselelerde kullanılacak hukuk Türk hukuku olmasına rağmen hâkim bunları o kadar önemli görüyor ki bunlara etki tanıyabiliyor. O zaman sonuç olarak diyoruz ki evet hâkim etki tanıyabilir. Ama hâkimin takdir hakkı vardır kanaatine bağlı. Yine 27. maddenin amacı neydi işçiyi en çok koruyan kurallara değer verecek ve kanaat oluşur takdir ederse etki tanıyacak. Burada bizim amacımız işçinin lehine olan kuralların uygulanmasıdır.

takviye
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi