

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**TÜRK İŞ HUKUKUNA GÖRE YABANCILARIN İŞ SÖZLEŞMESİ
YAPMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Özlem KAYATEPE

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY

ANTALYA – 2020

ONAY/BİLDİRİM FORMU

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Özlem KAYATEPE' a ait "TÜRK İŞ HUKUKUNA GÖRE YABANCILARIN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMASI" adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI/PROGRAMI tezi olarak oybirliği / oyçokluğu (..../...) ile kabul edilmiştir.

Akademik Ünvanı, Adı ve Soyadı **İmzası**

Danışman : Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY

Üye : Dr. Seyhan SELÇUK

Üye : Dr. Faruk Barış MUTLAY

Enstitü Müdürü :

Tez Sınavı Tarihi : 16.09.2020

ÖN SÖZ

Yüksek Lisans eğitimimin ders aşamasında ve tez danışmanlığımı kabul ederek beni onurlandıran tez çalışmamın tüm aşamalarında desteğini ve tecrübelerini eksik etmeyip, değerli görüşlerini benimle paylaşarak yoluma ışık tutan aklıma takılan tüm husus ve soruları her zaman sabırla dinleyip cevaplandıran ve bu aşamadan sonra da her daim görüşlerine başvurmaya devam edeceğim çok kıymetli, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY' a sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Öğrenciliğimin ilk anından itibaren gerek hukuk bilgisi gerekse kişilik değerleri bakımından bana kattığınız tüm bilgiler için ne kadar teşekkür etsem de az olacağını, saygılarımı ve minnetimi size özellikle sunmayı borç bilirim.

Lisans eğitimim boyunca akademik anlamda yetişmemde katkısı bulunan herşeyden önce iyi bir insan ve iyi bir hukukçu olma nosyonunu aşıl原因an desteklerini hiçbir zaman eksik etmeyen değerli hocalarım Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN, Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ÜNAL, Dr. Öğr. Üyesi Emrah KIRIT' a teşekkürlerimi sunarım.

Tezimin her aşamasında katkıda bulunan her zaman desteği ve sabrı ile yanımda olan arkadaşım Roula DOUSH ve Aylin AY' a teşekkür ediyorum.

Bugüne gelebilmemde çok büyük emek sahibi olan ve her zaman arkamda duran ve desteklerini esirgemeyen emeklerinin karşılığını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim en kıymetli değerlerim sevgili aileme şükranlarımı sunarım.

ÖZET

Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırladığım çalışmamın konusu “Türk İş Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Yapması” dır.

Ülkemiz hem coğrafi konumu bakımından hem de kültürel, etnik yapısı açısından zaman içerisinde çok fazla göç alması sonucu ülkemize gelen yabancılar yaşamlarını idame ettirmeleri için çalışmaya gereksinim duymaktadırlar. Çalışma kavramı, kişilerin yaşamlarının gereksinimlerini devam ettirebilmek için gelir sağlama niyetiyle işler durumda bulunması olarak açıklanabilir. Nitekim çalışma hakkı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın mad 48. uyarınca, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” Anılan maddede geçen herkes kavramı ile çalışma özgürlüğü bakımından Türk vatandaşları ile yabancılar arasında hiçbir ayırım gözetilmemiştir. Ülkeler kendi vatandaşlarına tanımış oldukları hakların bütününe yabancılara da tanırrsa yabancidan da kendi vatandaşının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bekleyeceğinden yabancılar ile kendi vatandaşlarına eşit olarak çalışma hürriyeti tanımamaktadırlar. Bu doğrultuda devletler yabancıların çalışmasıyla ilgili çalışmalarının yasak olduğu meslekler, çalışmaya başlamadan önce çalışma izni almaları gerektiği gibi kimi sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar yabancılar ile iş sözleşmesinin kurulması, geçerliliği ve sonuçlarını doğurabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Bu çalışmada; öncelikle kimlerin yabancı sayılacağı, Türkiye'ye gelmiş olan yabancıların çalışabilmeleri için icra edeceği mesleğin çalışmasına yasaklanan meslekler arasında yer almaması, çalışabilmeleri için gerekli olan çalışma izinlerinin gerekli mercilerden alınması, gerekli koşulların sağlanmış olması halinde yabancılar ile iş sözleşmesinin yapılması, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti ile gerekli koşulların sağlanması halinde iş sözleşmesinin akıbeti ve sona erme konuları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yabancılık unsuru, çalışma, çalışma izni, iş sözleşmesi, sona erme

ABSTRACT

The subject of my study, which I have prepared within the scope of Private Law with Thesis Master Program in Graduate Education Institute in Antalya Bilim University, is “Making Contracts for Foreigners in Turkish Business Law”.

As a result of the fact that our country receives a lot of migration by means of its geographical location, cultural structure, and ethnic structure; foreigners who stay in our country need to work to maintain their lives. The concept of work can be explained as the fact that people are working with the intention of generating income in order to meet their needs. Indeed, the right to work is guaranteed by the Constitution of the Republic of Turkey. Pursuant to Article 48 of the Constitution, “Everyone has the freedom to work and conclude contracts in the field of his/her choice. Establishment of private enterprises is free.” No distinction has been made between Turkish citizens and foreigners in terms of the concept of “everyone” mentioned in the article and freedom of work. If the countries give all the rights entitled to their citizens to foreigners, they will expect the standard obligations that they foreigners must fulfill. Therefore, they do not vest the liberty to work equally to foreigners and their own citizens. In this regard, governments have introduced certain restrictions on professions in which foreigners' work is prohibited, as they must obtain a work permit before starting work. These limitations are significant in terms of drawing up a business contract with foreigners, its validity, and its consequences.

In this study; the issues on who will be counted as foreigners, the professions that are forbidden for the foreigners in Turkey, getting work permit required for them to work from competent authorities, drawing up a contract with foreigners when the necessary conditions are met, and the consequences and termination of employment contracts in case the necessary conditions are met with the determination of the law to be applied to the employment contracts including the element of foreignness have been analyzed.

Keywords: element of foreignness, employment, work permit, employment contract, termination.

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

1.1. YABANCI KAVRAMI	3
1.2. YABANCI TÜRLERİ.....	4
1.2.1. Vatansızlar	4
1.2.2. Mülteciler	8
1.2.3. Şartlı Mülteciler.....	12
1.2.4. Göçmenler	15
1.2.5. Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar	17
1.2.6. Azınlıklar.....	19
1.3. YABANCILARIN ÇALIŞMASI YASAK OLAN MESLEKLER.....	20
1.3.1. Kamu Güvenliği Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler	21
1.3.1.1. Askeri Yasak Bölgeler	21
1.3.1.2. Türk Kıyı, Liman ve Karasularında Ticaret.....	22
1.3.1.3. Deniz Turizmi Tesisleri ve Deniz Turizmi Araçları Yatırım ve İşletmeciliği	25
1.3.1.4. Hava Yolu Taşımacılığı ve İşletmeciliği	25
1.3.1.5. Madencilik	26
1.3.1.6. Petrol Arama ve İşletme Faaliyeti	26
1.3.1.6.1. Türk Petrol Kanunu.....	26
1.3.1.6.2. Petrol Piyasası Kanunu	27

1.3.1.7. Özel Güvenlik Görevliliği	28
1.3.2. Kamu Sağlığı Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler	28
1.3.2.1. Doktorluk	28
1.3.2.2. Diş Hekimliği.....	30
1.3.2.3. Ebelik	30
1.3.2.4. Hastabakıcılık	31
1.3.2.5. Hemşirelik.....	32
1.3.2.6. Veteriner Hekimliği	32
1.3.2.7. Eczacılık.....	32
1.3.2.8. Gözlükçülük (Optisyenlik)	33
1.3.2.9. Özel Hastane Açma	33
1.3.3. Kamu Düzeni Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler.....	34
1.3.3.1. Adalet Alanında Getirilen Kısıtlamalar	34
1.3.3.1.1. Avukatlık.....	34
1.3.3.1.2. Noterlik	34
1.3.3.1.3. Hâkimlik ve Savcılık.....	35
1.3.3.2. Devlet Memurluğu.....	35
1.3.3.3. Eğitim ve Öğretim Alanında Getirilen Kısıtlamalar.....	36
1.3.3.3.1. Azınlık Okulları	37
1.3.3.3.2. Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanları	39
1.3.3.3.3. Eğitim ve Öğretim Kurumu Açma.....	39
1.3.3.4. Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik	42
1.3.4. Kamu Yararı Sebebiyle Yasaklanan Meslekler.....	42
1.3.4.1. Serbest Bölgeler	43
1.3.4.2. Bankacılık	44
1.3.4.3. Sigortacılık.....	45
1.3.5. Çalışma Yasaklarına Uyulmaması	46
1.3.5.1. Çalışma Yasaklarına Uyulmamasının Yaptırımı	46
1.3.5.2. Çalışma Yasaklarına Uyulmamasının İş Sözleşmesine Etkisi.....	46
1.3.6. Çalışma Yasaklarından Muaf Tutulan Kişiler	47
1.3.6.1. Türk Soylu Yabancılar	47
1.3.6.2. Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığını Kaybedenler (Mavi Kart Sahipleri)	50

1.3.6.3. KKTC Vatandaşları	51
1.4. ÇALIŞMA HAKKI	52
1.4.1. Çalışma Hakkının Tanımı.....	52
1.4.2. Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkına İlişkin Temel Düzenlemeler	52
1.4.2.1. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve Uygulama Yönetmeliği	53
1.4.2.1.1. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu	54
1.4.2.1.2. Uluslararası İşgücü Kanunu	54
1.4.2.2. Milletlerarası Belgelerde Çalışma Hakkı.....	56
1.4.2.3. Ülkemizin Taraf Olduğu İkili Anlaşmalar	58

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN TÜRKİYE’DE ÇALIŞMA İZİNİ ALMASINA İLİŞKİN ESASLAR

2.1. GENEL OLARAK	59
2.2. ÇALIŞMA İZİNİ	59
2.2.1. Çalışma İzni Başvurusu	59
2.2.1.1. Başvurunun Genel Esasları	59
2.2.1.2. Başvurunun Usulü ve İstenilen Belgeler	60
2.2.2. Çalışma İzni Alma Zorunluluğu	61
2.2.2.1. Yurt İçinden Yapılacak Çalışma İzni Başvuruları	62
2.2.2.2. Yurt Dışından Yapılacak Çalışma İzni Başvuruları	62
2.2.2.1.3. Dışişleri Bakanlığı’na Yapılacak Çalışma İzni Başvurusu.....	63
2.2.3. Çalışma İzni Değerlendirilmesi Kriterleri	64
2.2.3.1. Olumlu-Olumsuz Kriterler.....	65
2.2.3.2. Çalışma İzni Değerlendirmesinden Muaf Olanlar	67
2.2.3.3. Bakanlıkça Yapılacak Değerlendirmenin Süresi	68
2.2.4. Ön İzin	68
2.2.5. Çalışma İzni Türleri.....	70
2.2.5.1. Süreli Çalışma İzni.....	70
2.2.5.2. Süresiz Çalışma İzni	71
2.2.5.3. Bağımsız Çalışma İzni	72

2.2.5.4. İstisnai Çalışma İzni.....	73
2.2.5.5. Turkuaz Kart	78
2.2.5.6. Nitelik veya Ülke Ekonomisine Katkı Açısından Çalışma İzninin İstisna Olarak Verilebileceği Yabancılar	81
2.2.5.6.1. Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancılar	81
2.2.5.6.2. Yabancı Öğrenciler	82
2.2.5.6.3. Yabancı Mühendis Ve Mimarlar.....	84
2.2.5.6.4. Uluslararası Koruma Kapsamındaki Yabancıların Çalışma İzni	84
2.2.5.6.5. Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Çalışma İzni.....	86
2.2.6. Çalışma İzni Muafiyeti	88
2.2.6.1. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyetinin Süresi ve Uzatılması	91
2.2.6.2. Çalışma İzni İle Çalışma İzni Muafiyetinin İkamet İzni Sayılması.....	92
2.2.7. Çalışma İzninin Sınırlandırılması	92
2.2.8. Çalışma İzni Başvurusunun Değerlendirilmesi	93
2.2.9. Çalışma İzni Reddedilmesi	94
2.2.10. Çalışma İzni İle Çalışma İzni Muafiyetinin Geçerliliği ve İptali	95
2.2.11. Çalışma İzin Belgesinin İadesi	97
2.2.12. Çalışma İzninin Geçerliliğini Kaybetmesi	97
2.2.13. İtiraz, Bildirim ve İzin Alma Yükümlülüğüne Uymamanın Yaptırımı	97
2.2.13.1. İtiraz ve Yargı Yolu	97
2.2.13.2. Bildirim ve İzin Alma Yükümlülüğüne Uymamanın İdare Cezası	100
2.2.14. Yabancı Kaçak İşçilik.....	102
2.2.14.1. Yabancı Kaçak İşçi Kavramı	102
2.2.14.2. Yabancı Kaçak İşçiliğin Sebepleri.....	103
2.2.14.3. Yabancı Kaçak İşçiliğin Yarattığı Sorunlar	104
2.2.14.3.1. Yabancı Kaçak İşçiler Açısından	104
2.2.14.3.2. İşverenler Açısından.....	105
2.2.14.4. Yabancı Kaçak İşçi Çalıştırmanın Yaptırımları.....	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA YAPANCILARLA İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI VE SONA ERMESİ

3.1. GENEL OLARAK	108
-------------------------	-----

3.1.1. İş Sözleşmesinin Kavramı ve Unsurları	108
3.1.1.1. İş Sözleşmesinin Kavramı	108
3.1.1.2. İş Sözleşmesinin Unsurları	109
3.1.1.2.1. İş Görme Unsuru	109
3.1.1.2.2. Ücret	109
3.1.1.2.3. Bağımlılık Unsuru	110
3.1.2. Yabancılarla Yapılabilecek İş Sözleşmesinin Türleri	110
3.1.2.1. Belirli Süreli Sözleşmeleri	110
3.1.2.2. Belirsiz Süreli Sözleşmeleri	112
3.2. YABANCI İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI.....	112
3.2.1. İş İlişkisinin Kurulma Anı:	117
3.2.1.1. Katılma Görüşü:	118
3.2.1.2. Sözleşme Görüşü:	119
3.2.2. İş Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyeti	119
3.2.2.1. Genel Olarak	119
3.2.2.2. Yabancıların İş Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyetinde Sınırlar	120
3.2.3. Yabancılık Unsuru İçeren İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk	121
3.2.3.1. Yabancılık Unsuru	121
3.2.3.2. Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinin Tespit Edilmesi.....	122
3.2.3.3. Uygulanacak Hukuk	124
3.2.3.3.1. Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk.....	124
3.2.3.3.2. Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	125
3.3. YABANCI ile YAPILAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ	140
3.3.1. Genel Olarak.....	140
3.3.2. Çalışma Yasakları Açısından İş Sözleşmesinin Geçersizliği	144
3.3.3. Çalışma İzninin Alınmaması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Geçersizliği	147
3.3.4. Yabancılarla Yapılan İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Sonuçları	149
3.3.5. İş Sözleşmesinin Feshinin Geçersizliği Halinde Yapılacak Ödemeler	149
3.4. ÇALIŞMA İZİNİ ALINMAMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİSİ.....	150

3.4.1. Genel Olarak Fesih	150
3.4.1.1. Fesih Kavramı	150
3.4.1.2. Fesih Türleri	152
3.4.1.2.1. Bildirimli Fesih ve Usulsüz Fesih	152
3.4.1.2.2. Haklı Nedenle Fesih ve Haksız Fesih	155
3.4.2. Çalışma İzninin Olmaması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshedilmesi	157
3.4.3. Feshin Sonuçları	160
3.4.3.1. İhbar Tazminatı	160
3.4.3.2. Kıdem Tazminatı	161
3.4.3.3. Yabancılara İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi	163
SONUÇ	164
KAYNAKÇA	167

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Bileşik Devletleri
AB	: Avrupa Birliği
AÇSHB	: Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı
AR-GE	: Araştırma Geliştirme
AY	: Anayasa
Bkz	: Bakınız
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
C.	: Cilt
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
E.	: Esas
ESKHS	: Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İLO	: International Labour Organization
İMAHS	: İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Sözleşme
İşK.	: İş Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti
MEK	: Mesleki Eğitim Kuruluşu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SPA	: Spa masajı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri
UİK : Uluslararası İşgücü Kanunu
vd. : Ve diğerleri
Y. : Yıl
YÖK : Yüksek Öğretim Kurumu

GİRİŞ

Devlet kavramının unsurları; vatandaşlar ile yabancılarından oluşan millet ögesi, bu kişilerin üzerinde yaşamakta olduğu toprak parçası olarak adlandırılan ülke ögesi ve ülkede yaşayanlar üzerinde kullanılan egemenlikten oluşmaktadır.

Ülkemizin hem coğrafi hem etnik kökeni açısından almış olduğu göçler sonucu değişik milletlerden olanlarla birlikte çeşitli bir toplumsal yapıya Vatandaşlık ve başka bir devletin uyrukluğuna tabii olma üzerinde bulunulan ülkenin hukuk normlarının düzenlenmesine yol açmıştır. Öncelikle hangi uyruğa tabii olursa olsun insan olmasından kaynaklı devredilmeyen, vazgeçilmeyen ve dokunulamayan temel haklar ve özgürlükler dışında ülkeler bazı haklar bakımından kendi vatandaşlarına tanıdığı haklardan yabancılara ilişkin bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan bir tanesi bazı mesleklerde çalışma hakkı sadece Türk vatandaşlarına özgülenmiş olup yabancıların çalışmasına yasaklanmıştır.

Türkiye, özellikle 1961' yıldıan itibaren yurtdışına işgücü ihraç eden bir ülke olmuştur. Ancak son yıllarda ve özellikle 1991-1992 yıllarından itibaren, Türkiye'ye de yurtdışından işgücü ithal etmeye başlamıştır. Son yıllarda Türkiye'ye komşu ülkelerden (Irak, İran, Suriye vb.) gelen göçmenler için göç alan, hedef ülke hale geldiği görülmektedir. Türkiye'ye göç eden yabancıların sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu açıdan, yabancıların çalışma hakkının incelenmesi gerekmektedir.

5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre yabancılar ancak çalışma izni aldıkları takdirde Türkiye'de çalışabilirler. İşçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkide yabancılık unsuru; kişi ve toprak bakımından ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, kişi bakımından işçinin veya işverenin yabancı olması, toprak bakımından da teşebbüsün merkezinin yabancı ülkede bulunması veya işin yabancı ülkede görülmesi hukuki ilişkiye yabancılık unsuru katacaktır. Yabancı kavramı ise Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişiler olarak Uluslararası İşgücü Kanunu ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda açıklanmıştır. Yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri için Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanununun 15. mad. uyarınca, yabancılar sadece yasalara göre yasaklanmamış alanlarda çalışabilirler. 2010 yılında yapılan değişiklikler

ile mesleki hizmetlerde çalıştırılacak yabancılara ön izin sistemi tanınmış ve mesleki hizmetler dışında alışacaklardan mesleki yeterlilikle ilgili belge istenmemesi esası getirilmiştir. Bu şart yabancuların iş sözleşmesine taraf olma ehliyetine esas olarak düzenlenmiştir.

Yabancılara verilebilecek çalışma izni dört tür olarak Kanunda düzenlenmiş olup süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai hallerde verilen çalışma izni olmak üzere belirlenmektedir. Çalışma izni almaksızın çalışan yabancı işçiye ve yabancı işçi çalıştırılan işverene idare para cezası verilmektedir. Başka bir bakımından çalışma izni almaya tabi tutularak çalışan yabancı işçilerle diğer işçiler arasında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır.

“Türk İş Hukukunda Yabancuların İş Sözleşmesi Yapması” başlıklı tez çalışmam  bölümden oluşmuştur. Çalışmamızın birinci bölümünde kimlerin yabancı sayılacağı ve yabancı türleri ile ülkemizde çalışmayı düşünen yabancuların Türkiye’de icra edemeyecekleri çalışmalarının yasaklandığı mesleklere ilişkin düzenlemeleri ele aldık.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ülkemizde çalışmak isteyen yabancuların çalışabilmek için sözleşme yapmadan evvel çalışma izni almaları gereğinden kaynaklı çalışma izni almaları, iznin türleri, izin başvurularını hangi mercilere yapacakları, başvuruların değerlendirilmesi, izin almaksızın işçi çalıştıran işveren ve işçiye ilişkin yaptırımlarla birlikte yargı yolu ve çalışma izni almasına gerek duyulmayan ayrıcalıklı yabancuların türleri ve ülkeye yasal yollardan girerek çalışma izni almaksızın çalışan kaçak işçiler ile buna ilişkin sorunlar, incelenmiştir.

Çalışmamızın nc bölümünde ise yabancı işçilerle iş sözleşmesi yapılması, sözleşmeye taraf olma ehliyeti, sözleşmelere uygulanacak hukuk, çalışma izni alınmaması ve yasaklara uymamanın sözleşmenin geçerliliğine etkisi ile sözleşmenin sonlanması ve feshiyle ayrıca bu konulara ilişkin Yargıtay kararlarını inceledik. Sonuç bölümünde de tez çalışmasının değerlendirmesi yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

1.1. YABANCI KAVRAMI

Devletin kurucu unsurlarının başında kendisine bağımlı insan topluluğu gelmekte ve insanların bağımlı olmadığı bir devlet hayal edilemez.¹ Devletin beşeri faktörlerini halk, ulus, vatandaş, yurttaş gibi söylemlerle dile getirmemize rağmen aslında devletin temeli teker teker bireylerden oluşur.² Devlet kendi topraklarında yaşamakta olan kişilerin üzerinde mutlak bir egemenliğe sahiptir. Devletin bu egemenliği yalnızca vatandaşları üzerinde değil vatandaş dışında gruplaşan yabancı olarak vasıflandırdığımız kişilerin üzerinde de bulunmaktadır.³

Yabancı kavramının birden çok yapılmakla birlikte kabul gören tanım Devletler Hukuku Enstitüsü'nce 1892 Cenevre'de⁴ yapılan toplantıda “Bir devlet ülkesinde bulunmakla birlikte o devletin uyrukluğunu iddia etmeye hakkı olmayan kişi” olarak tanımlanmıştır. Tanımlanmış olan yabancı kavramında devletin uyrukluğunu iddia etme hakkı, vatandaşlığın objektif koşullar ile belirlenmesine bağlanmıştır ve bu doğrultuda iddia hakkına bağlı olmaması sebebiyle sorunludur.⁵

Kanımızca uyruklu bir devlet ile şahıs arasında hak, yükümlülük ve görevleri belirleyen hukuki bir bağı ifade etmesi sebebiyle iddiaya konu olması uygun değildir. Hatta bu statüye sahip olması için bir ülkede fiziki olarak bulunmaya gerek yoktur. Bu konuda yabancı bir kişi fiili olarak bulunmadığı devlet üzerinde vekil aracılığı ile şahsi ve maddi haklarını korumak için dava açabileceği en güzel örnektir.⁶

¹ AYAN, Hasan Alparslan, İş Hukukunda Yabancıların Çalıştırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 21.

² AYBAY, Rona, ÖZBEK, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 3.

³ ERDEM, B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 3.

⁴ KUTLU Melis, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 4.

⁵ AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s.12,13.

⁶ AYBAY, s. 13,14.

Yabancı kavramı vatandaşlık kavramı ile bağlantı kurularak da tanımlanabilir. Uluslararası hukukta özne olan yabancı bir devletin veya bulunmuş olduğu ülkenin vatandaşı olmayan kişidir.⁷

1.2. YABANCI TÜRLERİ

1.2.1. Vatansızlar

Bütün devletlere karşı yabancı konumundaki kişilerin içerisinde bulunmakta olduğu hukuki statü vatansızlık olarak vasıflandırılabilir.⁸ Genel olarak bir tanımlama yaparsak vatansız kişilerin, herhangi bir devletle vatandaşlık bağı bulunmamaktadır.⁹ Herhangi bir devletle vatandaşlık bağı olmaması nedeniyle bu kişiler, tüm devletlerce yabancı statüsünde kabul görürler.¹⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹¹ 15. maddeye göre “Her kişinin bir vatandaşlığa hakkı vardır.” Bu hüküm uyarınca devletlerin kendisine hukuki olarak bağlı olan bireylere vatandaşlık verme yükümlülükleri vardır.¹² Fakat yasadan kaynaklanan, siyasi ya da eylemsel kimi sebeplerle kişilerin devlet ile hukuki bağı oluşamayabilir. Kişiler bu gibi hallerde, vatansız olarak nitelendirilmektedir.¹³

Vatansız kişilerin hukuki durumları, Kanunların çatışmasıyla, devletlerinin vatandaşını korumayı reddetmesi sonucu irade dışı nedenlerle ya da kendi iradeleri sonucunda meydana gelir. Bu bilgiler ışığında, “De jure vatansızlık” ve “De facto vatansızlık” kavramlarından bahsedilmelidir. De jure vatansızlık kavramı, kişinin herhangi bir devletle vatandaşlık bağı bulunmaması anlamına gelmektedir. De facto vatansızlık kavramında kişinin herhangi bir devlet vatandaşı bulunduğu durumlarda siyasi nedenden dolayı vatandaşı bulunmuş olduğu devlet, bu kişi için diplomatik

⁷ ERKEN, Baki, Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2013, s. 20.

⁸ AYAN, s. 32.

⁹ EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınları, 5. Baskı, 2018, s. 39.

¹⁰ AYBAY, Yabancılar H. , s. 23.

¹¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye beyannamesi 6 Nisan 1949 yılında kabul etmiş ve 25.05.1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmi Gazetede yayınlamıştır. <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/15169-insan-haklari-evrensel-bildirgesi>.

¹² AYBAY, Yabancılar H. , s. 19.

¹³ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 221.

koruma sağlamayı reddetmesi veya kişinin vatandaşı bulunduğu devletten koruma istememesi anlamındadır.¹⁴

Vatansızlar, herhangi bir devletle hukuki bağı olmadığından şahıs ve mallarına ilişkin hukuka aykırı biçimde oluşan fiiller karşısında bir devletin himayesinden yararlanamamaktadırlar.¹⁵ Herhangi bir devlet ile vatandaşlık bağı bulunmayan vatansızlar, vatandaşlığa ilişkin haklardan yararlanamazlar ve bu nedenle kendilerine ait evrensel insan haklarını da kötü yönde etkileyecektir.¹⁶ Bu durum milletlerarası kuruluşların çalışma konularından biri durumuna gelmiştir. Bu olumsuzlukların engellenmesi ve vatansızların hiçbir himayeden yararlanamamalarının önüne geçmek için Uluslararası Hukuk ile iç hukuk boyutunda bazı kanuni düzenlemelere gidilmiştir.¹⁷ Uluslararası Hukuk alanında yapılan vatansızlarla ilgili önemli düzenlemeler, “Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme¹⁸”, “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme¹⁹” ile “Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” dir. Hukukumuzda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’yla Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da vatansızlara ilişkin hükümler yer almıştır.

Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme 1. madde uyarınca, “Kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişi” olarak vatansızların tanımı yapılmıştır. Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme 7. maddeye göre, “Bu Sözleşmede yer alan daha elverişli hükümler saklı kalmak üzere, bir Sözleşmeci Devlet, genel olarak yabancılarla gösterdiği muamelenin aynısını vatansız kişilere gösterir.” Vatansızlar “Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme” ye uyarınca yabancılar kişilerle eşit statüde görünseler bile tamamıyla eşit haklara sahip değildir.²⁰ Vatansızların başka yabancı türlerinden ayrı oldukları nokta diplomatik

¹⁴ EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 5.

¹⁵ AYAN, s. 33.

¹⁶ KUTLU, s. 9.

¹⁷ ÇELİKEL, Aysel, GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 22. Baskı, 2016, İstanbul, s. 18.

¹⁸ Birleşmiş Milletler önderliğinde hazırlanmış, 28.09.1954 tarihinde New York’ ta imzalanıp 06.06.1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf.

Türkiye bu sözleşmeye 01.07.2014 tarihinde taraf olmuştur. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/genel_kurul.cl_getir?pEid=32377.

¹⁹ Birleşmiş Milletler önderliğinde 30.08.1961 tarihinde New York’ ta imzalanmış, 13 Aralık 1975’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi onaylamamıştır. <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1294>.

²⁰ ÇELİKEL, GELGEL, s.19.

koruma kapsamından faydalanamamaktadırlar. Devletler diplomatik koruma kurallarını sadece vatandaşlık bağıyla kendisine bağlı olanlar için uygulamaktadırlar.²¹

Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme 17. madde 1. fıkrasına göre, “Sözleşmeciler Devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden vatansız kişilere, ücretli bir işte çalışma hakkı bakımından mümkün olduğunca elverişli ve her durumda aynı koşullardaki yabancılara genel olarak gösterilenden daha az elverişli olmayan muamele uygularlar.”. Çalışma hakkı açısından vatansızlar ilgili devletlerin vatandaşlarına yakın tutulmasını ele alan Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 17. madde 2. fıkrasına göre, “Sözleşmeciler Devletler, ücretli işlerde çalışmak bakımından bütün vatansız kişilerin, ve özellikle de ülkelerine bir işçi bulma programı ya da göçmen getirme planına göre girmiş olan vatansız kişilerin haklarını, kendi vatandaşlarına tanıdıkları haklara benzetmek konusuna olumlu yaklaşacaklardır.”. Anılan madde ile vatansız kişilerin çalışma hakkı ile ilgili kısıtlar ele alınmıştır.

Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmenin 18. maddede üye ülkelerde kanuni olarak bulunan vatansızlar için serbest çalışmalarına izin verilmesini düzenlenmektedir.²²

Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme 19. madde uyarınca sözleşmeye taraf devletlerin, yetkili makamlarca diploması tanınmış ve ülkelerinde kanuni olarak bulunmakta olan vatansızlara, yüksek tahsile dayalı bir meslek icra etmeleri durumunda yabancılara gösterilenden az olmaması kaydıyla gerektiği ölçüde uygun muamele gösterileceği düzenlenmiştir.

Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme, vatansızlara ilişkin başka bir uluslararası sözleşme olup doğum, nesep, evlilik, boşanma benzeri sebeplerden ötürü vatandaşlık kaybının önlenmesi amaçlanmıştır.²³

Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme, vatansızlarla ilgili diğer bir uluslararası sözleşme olmakla doğum yoluyla oluşacak vatansızlığın önüne geçme amaçlanmıştır. Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme 1. madde göre sözleşmeye taraf devletlerden birisinde doğmuş çocuğun bir sebepten ötürü vatansız kalması durumu oluştuğunda çocuğun annesinin sözleşmenin

²¹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 19.

²² KUTLU, s.11.

²³ ODMAN, Mustafa Tevfik, Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana, 2011, s.42.

tarafı devletlerden bir tanesinin vatandaşı olması koşuluyla doğumla birlikte annesinin vatandaşlığını kazanacağı düzenlenmiştir.

Hukumumuzda vatansızlara ilişkin özel hükümler Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile hükme alınmıştır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu' nun 3. madde 1. fıkrası (ş) bendinde “Hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi” olarak vatansızların tanımı yapılmıştır. Bu hüküm gereği vatansızlar, Türk Hukukunda yabancı konumunda kabul görmüştür. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 50. madde 1. fıkra uyarınca vatansızlığın saptanması, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce yapılmaktadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 50. madde 2. fıkrasına göre Türkiye’de kanuni olarak ikamet etme hakkına sahip vatansızların “Vatansız Kişi Kimlik Belgesi²⁴” almakla mükellef olacağını ve bu belgenin ikamet izni yerine geçebileceği düzenlenmiştir. Vatansız kişi kimlik belgesi sahibi olan vatansızların, bir ülke vatandaşlığı kazanmaları durumunda belge, geçerliliğini yitirecektir.²⁵

Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip olan kişilere tanınmış haklar Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 51. maddede belirtilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 51. madde 1. fıkrası (b) bendine göre, Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip olanların kamu düzeni ya da kamu güvenliği bakımından önemli derecede tehdit oluşturmadıkları süre boyunca sınır dışı edilemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 51. madde 1. fıkrası (c) bendine uyarınca, Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip olanların yabancılara ilişkin işlemlerde aranan karşılıklılık şartından muaf olacakları belirtilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 16. madde 1. fıkrasında vatansızların çalışma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin (f) bendine göre Türkiye’de çalışmak isteyen vatansız kişilere istisnai çalışma izni verilebileceği belirtilmiştir. UİK’ in 16. maddesi uyarınca, aynı Kanununun 7. maddede düzenlenmiş olan çalışma izni başvurusu ve başvurunun değerlendirmeye alınması, 9. maddede çalışma izni başvurusunun reddedilmesi ile 10. maddede çalışma izni türleriyle ilgili istisnalar verilmesi hükme alınmıştır. Vatansız

²⁴ Vatansız Kişi Kimlik Belgesi mahallin en büyük mülki amirlerince vatansız olduğu tespit edilmiş kişilere verilir. Bu belge ile vatansız kişiler kimlik numaraları olur ve bu belge ile damgalı pasaport da alınabilmektedir. <http://www.calismaizinleri.net/vatansizlik-kimligi-edinme>

²⁵ EKŞİ, Koruma Hukuku. , s.43.

kişiler, çalışma izninden muaf olsalar da çalışma izni almaları konusunda bazı istisnalar verilmiştir.

1.2.2. Mülteciler

Mülteci kavramının çok sayıda tanımı yapılmıştır. Fakat genel olarak mülteci kavramını ifade edersek, vatandaşı bulunduğu ülkeyi, ülkesinde oluşan siyasi, dinsel, kültürel ve ekonomik baskılar nedeniyle bırakmak mecburiyetinde olan ve bu baskılara tekrar uğrayacağı korkusuyla yurtlarına geri dönemeyen kişileri ifade eder.²⁶ Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılmış olan tanıma göre mülteci, “Vatandaşı olduğu devlet ülkesinde meydana gelen siyasi olaylar sonucunda, ülkesini iradesiyle veya zorla terk etmiş ve başka bir devletin vatandaşlığına geçmemiş ve herhangi bir devletin diplomatik korumasından yararlanmayan kişidir.”

Mülteciler vatandaşı bulunduğu ülkeyi kendi iradeleri ile ya da iradelerine dayanmaksızın terk etmek zorunda kalabilirler. Mültecilerin vatandaşı bulunduğu ülkeyi iradeleriyle veya iradeleri dışında terk etme nedenleri, deprem, yangın benzeri doğal afetler, savaşlar ya da ırki, dini, milli, sosyolojik veya siyasi sebeplere dayanır.²⁷

İkinci Dünya Savaşı sonunda çok sayıda insanın Avrupa’yı terk etme mecburiyetinde olması ve hali hazırdaki durum savaş bittikten sonra da bir süre daha sürmesi sonucu oluşan mülteci probleminin, geçici bir sorun olmadığına işaret etmiştir. Ortaya çıkan mülteci sorununu çözüme kavuşturmak amacıyla 1 Ocak 1951 tarihinde Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği kurulmuştur.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği kurulmasıyla beraber mültecilerin uluslararası alanda korunmasına ilişkin çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Yapılan çalışmaların başında 28.07.1951 tarihi itibarıyla imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu²⁸ gelir. Bu sözleşmeyle birlikte mülteci olanların yararlanacağı asgari haklar belirlenmiştir.²⁹

²⁶ ÇELİKEL, GELGEL, s.20.

²⁷ ALTUĞ, Yılmaz, Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, s.4; TEKİNALP, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 7; ÇELİKEL, GELGEL s. 20.; DOĞAN, Vahit, Yabancılar Hukuku, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 10-11.

²⁸ EKŞİ, Koruma Hukuku, s. 42-43-44.

²⁹ DOĞAN, Yabancılar H., s. 10.

Mülteci kavramı Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu'nun 1. mad. A fıkrasının 2 numaralı bendi uyarınca, "1 Ocak 1951'den evvel cereyan eden olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs" şeklinde hükme alınmıştır. Maddenin tümünde birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişilerle ilgili vatandaşı bulunduğu ülke kavramıyla, vatandaşı bulunduğu ülkelerin hepsi kapsam içine alınmakla birlikte kişinin haklı neden olmadan vatandaşı bulunduğu ülkelerden bir tanesinin himayesinden yararlanamaması durumunda kişinin vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yoksun bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır.³⁰

Mülteci kavramı Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu mülteci tanımında "1 Ocak 1951'den evvel cereyan eden olaylar" kavramından hangi anlam çıkarılması gerektiği konusunda, sözleşmecı devletler için iki yöntem belirtilmiştir.³¹ Bu yöntemlerden ilki, Sözleşme'nin 1/B-(1) maddenin (a) fıkrası uyarınca devletlerin isterse 1. maddede bahsedilen olayları sadece Avrupa'da ortaya çıkan olaylarla sınırlayabilmeleri, ikinci yöntem ise anılan maddenin (b) fıkrasına göre, sözleşmecı devletlerin 1. maddede düzenlenen tanımı hiçbir sınırlama olmadan Avrupa'da veya bir başka yerde ortaya çıkan olayları da içine alacak biçimde uygulayabilirler.

Mülteci kavramı Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesiyle tabiiyet veya ırksal kökenden daha fazla bireye odaklanılsa bile mülteci kavramı sözleşmede belirli bir tarih aralığı ve coğrafya ile kısıtlanmıştır. Bu sözleşmenin kabul edilmesinin ardından mülteci akımları ilerleyen vakitlerde Avrupa'dan Asya ile Afrika kıtaları yönünde ilerleme kaydetmeye başlamış, bunun sonucu Sözleşme yetersiz kalmıştır. Sözleşmenin yetersiz kalması nedeniyle kapsamını genişletmek için Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nce 1967 New

³⁰ KUTLU, s. 15.

³¹ EKŞİ, Koruma H. , s. 44.

York Protokolü hazırlanmıştır. 1967 New York Protokolüyle “1 Ocak 1951’den evvel cereyan eden olaylar” ve “bu olaylar sonucunda” ifadeleri de coğrafya ile tarih sınırlandırmasıyla birlikte çıkarılarak Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi günümüzdeki evrensel niteliğe ulaştırılmıştır. Sözleşmeci devletler, 1967 New York Protokolü’ne de taraf olarak Protokolün taraf olan devletlere bağlayıcı hale geldiği zaman itibariyle sözleşmeye taraf devletlere tarih kısıtlaması uygulanamaz olmuştur.³²

Türkiye, Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ni kabul ederken “1 Ocak 1951’den evvel cereyan eden olaylar” kavramını “1 Ocak 1951’den evvel Avrupa’da cereyan eden olaylar” biçiminde kabul ettiğini bildirerek Sözleşmeye tarihi bir de coğrafi³³ sınır getirmiştir.³⁴ Türkiye 1967 New York Protokolü’nü onayladığı sırada ise Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesine koyduğu tarih sınırlandırmasını kaldırmış fakat 1951’den önce gerçekleşmiş olayları sadece Avrupa’da gerçekleşen olaylar biçiminde algıladığını tekrar bildirmiştir.³⁵ Türkiye tekrar bildirmiş olduğu beyanı uyarınca yalnızca Avrupa’daki ülkelerden gelmiş olan kişilere mülteci statüsü tanıyacağını belirtmiştir.³⁶

Türkiye yalnızca Avrupa’dan gelen kişilere mülteci statüsü tanıdığını bildirip kısıtlaması nedeniyle son dönemlerde yoğun biçimde gelmiş olan Suriyelileri, mülteci konumunda kabul etmemektedir.³⁷ Suriyelilerin mülteci olarak kabul görülmemesinin başka bir nedeni de Türkiye’ye kitleler hâlinde gelmeleri olarak belirtilebilir. Mülteci statüsü, bireysel bir boyutta olup kitlelere uygulanmamaktadır.³⁸ Mülteci statüsü olmayan Suriyeliler, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 91. maddede düzenlenmiş olan “geçici koruma” dan yararlanmaktadırlar.³⁹

Türkiye ayrıca Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin kabul görmesine ilişkin 359 sayılı Kanun 2. maddesinde Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin

³² EKŞİ, Koruma H. , s. 45.

³³ EKŞİ, Yabancılar Hukuku., s. 9.; AYBAY, s. 31.

³⁴ AYBAY, Yabancılar H. , s. 20.

³⁵ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Beta Yayınları, 11. Baskı, Ankara, Turhan, 2012, s. 218; AYBAY, s. 31; EKŞİ, Yabancılar H., s. 9.

³⁶ AYBAY, Yabancılar H., s. 30-31; ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 232.

³⁷ EKŞİ, Koruma H. , s. 46; AYAN, s. 39,40.

³⁸ EKŞİ, Koruma H., s. 46; AYAN, s. 39.

³⁹ AYAN, s. 39-40.

herhangi bir hükmünün, Türkiye'deki Türk vatandaşlarına tanınmış olan haklardan fazlasını mültecilere verileceği biçiminde yorumlanamayacağıyla ilgili sınırlama getirmiştir. Bu sınırlama sonunda mültecilere, hem uluslararası uygulamalar hem de yargı kararları ile Sözleşme'nin hiçbir maddesinin, devletlerin kendi vatandaşı olanlara tanıdığından fazlasını sağladığı biçiminde yorumlanmasının ülkemiz açısından hiçbir bağlayıcılığı olmayacaktır.⁴⁰

Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nde mültecilerin çalışma hakları ile ilgili hükümler de yer almıştır. Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi 17. maddesinde belirtilen koşulların oluşması hâlinde mültecilerin ücretli olarak bir işte çalışmasının o ülkede yabancılar için getirilen sınırlamaların kendilerine uygulanamayacağı olduğu düzenlenmiştir. Mülteciler için gerekli olan koşullar, üç sene o ülkede ikamet etmek, ikamet ettiği ülkenin vatandaşı bulunan kişi ile evli olmak ve ikamet ettiği ülke vatandaşlığına sahip olan çocuğu olmasıdır. Konvansiyonun anılan maddeye göre mülteciler sözü edilen şartları taşıdığı durumda vatandaş ile aynı muameleyi göreceği düzenlenmiştir. Fakat Türkiye'nin Konvansiyon imzalanırken mültecilere ilişkin kendi vatandaşlarına tanınan haklardan fazlasının verilmeyeceği beyanı geçerliliğini korumaktadır.⁴¹

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61. maddesine göre, 1967 tarihli New York Protokolü ile değiştirilmiş bulunan Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımı himaye altına alınmıştır.⁴² Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61. maddesinde mültecilik, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylarla sınırlanmış olup Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61. maddedeki koşulları taşıyan yabancıların herhangi bir vatandaşlığı bulunması şartını aramamıştır.⁴³ Anılan madde uyarınca kişilerin mülteci niteliğini kazanması yalnızca statülerinin belirlenmesi işlemleri sonunda doğar. Sözü edilen Kanunun 76. maddesi 4. fıkrasına göre, mültecilere "uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi" bu kişilere eş zamanlı olarak ikamet

⁴⁰ ODMAN, Mustafa Tevfik, Mülteci Hukuku, A.Ü SBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995, s. 167.

⁴¹ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 8.

⁴² ÇELİKEL, GELGEL, s. 23.

⁴³ EKŞİ, Koruma H. , s. 48.

ve çalışma izni yerine de geçmektedir.⁴⁴ Mültecilere ilişkin başka bir önemli konu verilen statü bireysel vasıftadır. Yani kitlesel akın biçiminde gelen gruplar için Avrupa'dan geldiği veya gelmediği dikkate alınmaksızın mülteci dışında bir tanım yapılmaktadır. Kitle halinde gelmiş olan yabancılara tanınan statü geçici korumadır.

1.2.3. Şartlı Mülteciler

İltica ve Göç Yönetmeliği uyarınca “sığınmacı” şeklinde belirtilmiş olan yabancılar, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmesiyle “şartlı mülteci” olarak adlandırılmıştır.⁴⁵ Sığınmacı kavramının şartlı mülteci olarak değiştirilmesi yalnız kavramsal kavram olarak bir değişiklik olup sığınmacının tanımında hiçbir değişiklik meydana getirmemiştir.⁴⁶

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 62. maddeye göre “Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir.” Mülteci statüsüne girebilmek için bu hükümde belirtilen koşulları taşımasına karşın Türkiye'nin belirttiği coğrafi sınırlama sonucunda mülteci statüsü verilmemiş olan kişiler, şartlı mülteci olarak kabul edilir.⁴⁷

Mültecilerle şartlı mülteciler arasında kimi farklılıklar vardır. Şartlı mültecilerin mültecilerden ayrılan en önemli özelliği, mülteci statüsü sadece Avrupa'da ortaya çıkan olaylar sebebiyle tanınmışken, şartlı mültecilik Avrupa'nın dışında ortaya çıkan olaylar nedeniyle tanınmaktadır.⁴⁸ Anılan konudaki diğer bir farkı şartlı mülteciler Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği aracılığıyla güvenilir olan üçüncü bir ülkeye yerleştirilirler ve yerleştirme gerçekleşinceye değin geçici olarak Türkiye'de

⁴⁴ AYAN, s. 39.

⁴⁵ ÇELİKEL, GELGEL, s. 24.; EKŞİ, Yabancılar H. s. 12; EKŞİ, Koruma H. s. 48.

⁴⁶ ÇELİKEL, GELGEL, s. 24.; EKŞİ, Koruma H. , s. 48-49.

⁴⁷ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 10.

⁴⁸ ÇELİKEL, GELGEL, s. 24; EKŞİ, Koruma H. , s. 50-51.; AYBAY, Yabancılar H., s. 30-31.

bulunmalarına izin verilip Türkiye’de kalabilmesi adına Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi verilir.⁴⁹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 20. madde 1. fıkrası g bendine göre, Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi olan şartlı mülteciler, aynı belgeye sahip mültecilerle ikamet izni alma muafiyetleri vardır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 74. madde 2. fıkrası ile şartlı mültecilerin geçici olarak yerleştirileceği ülkenin güvenliğine ilişkin kıstaslarla ilgili anılan kişilerin üçüncü bir ülkeye yerleştirilmeleri garanti teşkil etmediğinden bir ülkenin başvuran kişi açısından güvenli mi değil mi değerlendirmesi her bir kişi için ayrı ayrı yapılır.⁵⁰ Şartlı mültecilik bireysel vasıfta olup kitlesel gruplara uygulanmamaktadır.⁵¹

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 89. madde 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesine sahip mülteciler ayrıca çalışma izni almaktan muaf tutulmuş fakat şartlı mültecilerin bu belgeleri çalışma izni yerine geçmeyip Türkiye’de çalışmak isteyen şartlı mültecilerin çalışma izni alması gerekir.⁵²

Şartlı Mültecilere verilen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi anılan kişilerin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 20. maddesi gereği ikamet izninden muaf kişiler arasında yer alması nedeniyle sözü edilen belge ikamet izni yerine geçer.⁵³ Uluslararası İşgücü Kanunu’nun 16. maddesi 1. fıkrasının (f) bendine göre şartlı mültecilere istisnai nitelikte çalışma izni verildiğinden anılan mültecilere ÜİK 7. , 9. ve 10. maddenin uygulanmasıyla ilgili istisnalar tanınmaktadır.⁵⁴

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu “uluslararası koruma” başlığı altında “ikincil koruma” statüsü sahiplerine ayrı yer vererek tamamlayıcı koruma biçiminde de anılan hususu düzenlenmiştir. İkincil Koruma yeni bir müessese olarak mevzuatımıza Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile girmiştir.⁵⁵

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 63. maddeye göre, “Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkum olacak veya ölüm cezası infaz

⁴⁹ EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.xxi, xxviii; ÇELİKEL, GELGEL, s. 24.; AYAN, s. 39.

⁵⁰ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 11.

⁵¹ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 10,11.

⁵² ÇELİKEL, GELGEL, s. 25.

⁵³ DOĞAN, Yabancılar H., s. 160.

⁵⁴ ÇELİKEL, GELGEL, s. 25.

⁵⁵ AYAN, s. 41.

edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelinde silahlı çatışma durumlarında ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiler ikincil koruma statüsü sahibi olabilmektedirler.”. Bu madde gereği ikincil koruma sahipleri, kimi özellikleriyle uluslararası korumadan faydalanan mülteciler ile şartlı mültecilerden ayrılır. İkincil koruma sahiplerinin, sözü edilen mültecilerden ayıran en önemli farklılık, mülteci ve şartlı mültecilere “haklı nedene dayanan zulüm korkusu” ölçütü getirilirken, ikincil koruma statüsüne sahip yabancılara “yaşam hakkı” ve “işkence yasağı” ölçütü getirilmiştir.⁵⁶ İkincil koruma statüsü sahibi yabancılar ile anılan mülteciler arasındaki bir diğer ayırım ikincil koruma statüsü sahibi olmak için mülteciler ve şartlı mültecilerin tersine, kişinin sığınma nedeninin etnik köken, din, milliyet, siyasi görüş ya da sosyal bir gruba üyeliklerine dayanma koşulunun aranmaması nedeniyle ikincil koruma statüsü daha geniş bir yelpazeye sahiptir.⁵⁷ İkincil koruma statüsüne sahip olabilmek için ülkeye kitlesel olmayıp bireysel olarak girilecek olması aranır.⁵⁸ Bu doğrultuda kitlesel biçimde ülkeye girecek olan kişilere, ikincil koruma statüsü verilememektedir.

Mülteci ya da şartlı mültecilerde bulunan nitelikleri olmayan yabancılar yukarıda belirtilen sebeplerden bir ya da birkaç tanesinin kendisinde bulunması halinde ikincil koruma statüsü verilmesini talep edebilir.⁵⁹ İkincil koruma statüsünün, mülteciler ile şartlı mültecilere benzer düzenlemeleri de yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 76. madde 4. fıkrası ile 83. madde 3. fıkrası uyarınca, ikincil koruma statüsü sahibi olanlara statü belirleme işlemleri sonunda Uluslararası Koruma Statüsü Kimlik Belgesi verilmesiyle mülteci ve şartlı mültecilerdeki gibi ikamet izni yerine geçmektedir. Bir diğer benzer düzenleme Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 89. madde 4. fıkrası (b) bendine göre Uluslararası Koruma Statüsü Kimlik Belgesi'nin mültecilerdeki gibi çalışma izni yerine geçmektedir.

⁵⁶ ÇELİKEL, GELGEL, s. 25; EKŞİ, Koruma H. , s. 163-164.

⁵⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s. 26.

⁵⁸ DOĞAN, Yabancılar H., s. 12.

⁵⁹ AYAN, s. 43.

1.2.4. Göçmenler

Göçmen kavramı ile ekonomik, siyasi ve benzeri nedenlerle bağlı olduğu ülkeyi terk edip yerleşme amacıyla başka ülkeye giden kişileri ifade edilmektedir.⁶⁰ Bir başka söylemle göç, kişilerin bir ülkeyi bırakıp diğerine yerleşme niyetiyle girmesi anlamındadır.⁶¹ Önemli olan husus kişilerin bıraktığı ve yerleşmeyi hedefledikleri iki ülke söz konusudur.⁶² Göçmen kavramında en önemli unsur, kişilerin gideceği ülkeye yerleşme amacı bulunmasıdır.⁶³

Türk Hukuku'nda göçmenler İskân Kanunu 3. maddesinin (d) bendi uyarınca göçmen, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu hâlde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır.” Bu hüküm uyarınca kişilerin Türk Hukuku'nda göçmen sayılabilmeleri için yerleşme amacıyla beraber Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olmaları ön şart olarak aranır.⁶⁴ Türk soyundan gelmeyip Türk kültürüne bağlı olan sınır dışı edilip güvenlikleri yönünden ülkemize gelmesi uygun bulunmayanlar İskan Kanunu 4. mad. uyarınca göçmen statüsünde kabul edilmez.⁶⁵

İskân Kanunu 7. madde uyarınca göçmen statüsünde kabul edilecek kişilerin Türk soyundan gelmesi ve Türk kültürüne bağlılığının tayin edilmesi ile tespiti Cumhurbaşkanlığınca yapılacağı düzenlenmiştir.⁶⁶

İskan Kanunu uyarınca serbest göçmen, iskânlı göçmen, münferit göçmen ve toplu göçmen olmak üzere dört çeşit göçmen düzenlenmiştir.

Serbest göçmenler, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olan, yerleşme amacıyla tek başına veya toplu olarak Türkiye’ye gelip Devlet aracılığıyla iskân edilme talebinde bulunmama koşuluyla Türkiye’ye kabul edilmiş olan kişilerdir. Serbest göçmenler Türkiye sınırlarına girdikten sonra yerleştikleri yerlerin en büyük mülki amirine müracaat ederek kendileri ve aile bireyleri için “Vatandaşlığa Girme Beyannamesi” imzalamak ve “Göçmen Belgesi” almakla yükümlüdür.

⁶⁰ ÇELİKEL, GELGEL, s. 28; DOĞAN, Yabancılar H., s. 7; AYAN, s. 44.

⁶¹ ÖZCAN, Deniz Ela, Çağdaş Göç Teorileri Üzerine Bir Değerlendirme, İş ve Hayat Dergisi, S. 4, 2016, s. 194.

⁶² AYAN, s. 44.

⁶³ AYAN, s.44; ÇELİKEL, GELGEL, s.28; DOĞAN, Yabancılar H. , s. 12.

⁶⁴ ÇELİKEL, GELGEL, s. 28; EKŞİ, Koruma H. , s. 58. ;AYAN, s. 44-45.

⁶⁵ ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Polis, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 113

⁶⁶ EKŞİ, Koruma H. , s. 59.

İskanlı göçmenler, Türk ırkından gelen ve Türk kültürüne bağlı olan, özel yasalarla yurt dışından getirilen ve İskan Kanunu hükümlerine uyarınca taşınmaz mal verilip iskânları sağlanan kişilerdir. İskanlı göçmenler özel yasalarla Türkiye'ye getirilip Türkiye sınırlarına girmelerinden sonra geçici ya da kesin iskân için belirlenen yerlerin en büyük mülkî amirine başvurarak kendisi ve aile bireyleri adına "Vatandaşlığa Girme Beyannamesi" imzalamak ve "Göçmen Belgesi" almakla mükelleftir.⁶⁷ Bu belgelerin geçerlilik süreleri iki sene olup geçici kimlik belgesi yerine de geçebilir.

Münferit göçmenler, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olan ülkemize yerleşme niyetiyle ailesiyle birlikte gelmektedirler.

İskan Kanunu 5. maddeye göre, "Türkiye'de yerleşmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunan kimselerden, Türk uyruklu ve Türkiye'deki birinci veya ikinci derecede bir yakını tarafından referans verilen veya buldukları ülkedeki konsolosluk temsilciliklerimize bizzat müracaat eden ve bu Kanun hükümlerine göre Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarınca yapılacak incelemelerden sonra uygun görülerek serbest göçmen vizesi alanlar, Hükümetten hiçbir iskân yardımı istememeleri şartıyla İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul edilirler."

Toplu göçmenler, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olan iki ülke arasındaki anlaşma uyarınca ülkemize yerleşme niyetiyle toplu olarak gelmiş olan ailelerdir.⁶⁸

İskan Kanunu 6. maddeye göre, "Yabancı ülkelerle yapılan anlaşmalar gereğince Türkiye'ye gelmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kimseler, anlaşma hükümlerine göre ve Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca verilecek karar uyarınca İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul olunurlar."

BMGK' nca kabul edilen Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesi uyarınca uyrukluğun bulunmayan devlette çalışan yabancılar göçmen işçi olarak adlandırılmaktadır.⁶⁹

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesi 7. maddeye göre göçmen işçiler için ülkelerin kendi vatandaşlarına ayırım yapılması

⁶⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s.29; EKŞİ, Koruma H. , s. 60.

⁶⁸ EKŞİ, Koruma H., s. 60.

⁶⁹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar -Mülteci s. 23.

önlenmiştir. Anılan Kanun'un 34. madde uyarınca göçmen işçilerin yaşadıkları ülkeden haklarını talep etmeleri bu işçileri istihdam eden ülkenin Kanunlarına saygı göstermeleri şartına tabi tutulmuştur.

Türk Hukuku'nda İskan Kanunu ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda göçmenlerin Türk vatandaşlığı edinmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. İskan Kanunu 8. maddenin 4. fıkrasında göçmen kabul edilen kişiler gereken işlemleri ilgili kuruluşlarca tamamlamasının ardından Cumhurbaşkanı kararıyla vatandaşlığa alınacağı hüküm altına alınmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanunu 12. maddenin 1. fıkrası (d) bendinde millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel oluşturacak bir hal olmaması şartıyla göçmen kabul edilen kişiler için İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlenmiştir.

1.2.5. Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar

Kişilerin bazı durumlarda kendi iradesiyle ya da devletlerin vatandaşlık yasalarında yer alan uyumsuzluklar sonucu iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olması muhtemeldir.⁷⁰ Birden fazla vatandaşlığa sahip olunması durumu, bireye birden çok devletin hukuki statü tanınması, diplomatik himaye sağlaması ve kişinin birden çok devlet mahkemesinin uluslararası yetkisine tabi tutulması durumu olarak belirtilebilir. Birden fazla vatandaşlığa sahip olanlar, sadece bulunmakta olduğu ülke vatandaşlığına sahip olmamaları halinde yabancı statüsünde kabul edilirler.⁷¹ Bunun için kişinin yabancı kabul edilip edilmemesindeki önemli unsur hangi devlete göre karar verileceğidir. Anılan devlet kişinin vatandaşı bulunduğu devletler içerisinde yer alıyorsa kişi bu devlet için yabancı kabul edilmez.⁷²

Uyrukluk Konusunda Avrupa Sözleşmesi, birden fazla vatandaşlık kazanılması durumunda en önemli sözleşmeler arasındadır. Anılan sözleşmenin 2. maddenin (b) bendine göre birden fazla vatandaşlık, aynı şahıs tarafından aynı anda iki ya da daha çok vatandaşlığa sahip olma durumu olarak belirtilmiştir.⁷³

⁷⁰ AYAN, s. 30,31; AYBAY, Yabancılar H., s. 22.

⁷¹ AYAN, s. 31.

⁷² AYBAY, Yabancılar H., s. 22-23.

⁷³ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİĞENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 31

Doktrinde ağırlıklı görüş birden çok vatandaşlığa sahip olunması halinde, yerel vatandaşlık yabancı vatandaşlığa yeğlenebileceği doğrudur.⁷⁴ Bu bakımdan birden çok vatandaşlığa sahip olanların gerçek vatandaşlığının tespitinde yaşam ilişkileriyle bağlantılı olması nedeniyle kişinin diğerlerine oranla daha sıkı ilişkisinin bulunduğu vatandaşlığına bakılır.⁷⁵

İç Hukukumuzda Türk Vatandaşlığı Kanunu ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da çok vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca çok vatandaşlık, Türk vatandaşlığına sahip olan bir kişinin eş zamanlı olarak birden fazla vatandaşlığa sahip olabileceği ifade edilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 4. maddenin 1. fıkrası (b) bendine göre birden çok vatandaşlığa sahip olanlar, vatandaşlıklarından bir tanesi Türk vatandaşlığı ise Türk Hukukunda tanınan hak ve yükümlülükler sahip olacaktır ve bu nedenle de Türkiye'de bulunduğu süre boyunca yabancı muamelesi görmeyecektir. Fakat kişinin birden fazla vatandaşlığı arasında Türk vatandaşlığı yoksa kişi yabancı statüsünde değerlendirilir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 4. madde 1. fıkrasının (c) bendine göre kişinin hangi devlet hukuku hükümlerine tabi olacağı söz konusu hukuki ilişki ya da olayın hangi devletle daha sıkı ilişkisi olduğuna bakılarak belirlenir. Hukuki ilişki ya da olayla en sıkı ilişkisi olan devlet hukukunun belirlenmesinde kişilerin hukuku, aile hukuku ile mirasta kişiye tabi kişisel hukuk önemli bir yer almaktadır. Her somut olay için uygulanacak hukuk, kişinin ikametgâhı, kendisi ile ailesinin daimi olarak yaşadığı, çalışıp gelir sağladığı, askerlik hizmeti yaptığı, sosyal faaliyetlerde bulunmuş olduğu, kamu görevini yerine getirdiği ve oy verme benzeri siyasi haklarını kullanabildiği ülkeye bakılıp ayrı ayrı belirlenir.⁷⁶

Türk vatandaşı olmayan yabancı için vatandaşlığı belirlenemiyor ise diğer bir ifadeyle vatansız veya mülteciyse yerleşim yerine, bulunmaması halinde mutad meskene, o da yok ise dava açıldığı tarihte nerede ise o ülkenin hukuku uyarınca vatandaşlığı belirlenmektedir.⁷⁷

⁷⁴ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.106 ;EKŞİ, Nuray, Koruma Hukuku, s. 38,39.

⁷⁵ NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 40-41.

⁷⁶ AYAN, s. 32.

⁷⁷ ERGİN, Hediye, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 12.

1.2.6. Azınlıklar

Doktrinde çeşitli olarak tanımlanan azınlık kavramı genel olarak, bir ülkenin vatandaşı bulunan ve vatandaşı bulunduğu devletin ülkesinde ortak etnik köken, dil, din ve kültür bağlarıyla birbirine bağlı bulunan ve buradaki bağlılık sonucunda ülkede yaşamakta olan çoğunluğa nispeten farklı hislere sahip gruplar olarak tanımlanabilir.⁷⁸

Hukukumuzda azınlık kavramı, Türkiye'nin taraf olduğu Lozan Antlaşmasına göre Türkiye'de Rum, Ermeni ve Musevilerden meydana gelen gayrimüslimler oluşturmuştur.⁷⁹ Lozan Antlaşmasınının 39. madde uyarınca "Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyrukları, Müslümanların yararlandıkları aynı yurttaşlık (medeni) haklarıyla siyasal haklardan yararlanacaktır." Bu hükme göre azınlıklar Türk vatandaşlarıyla eşit muameleye tabi tutulmuştur.⁸⁰

Lozan Antlaşmasınının 40. madde uyarınca "Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşları, hem hukuk bakımından hem de uygulamada diğer Türk vatandaşlarına uygulanan aynı muamele ve aynı güvencelerden yararlanacaklardır." Bu madde ile de Türkiye'de yaşayan gayrimüslim azınlık hakları hukuki olarak güvenceye alınmış ve bu hüküm uyarınca antlaşma kapsamındaki azınlık kabul edilenlerin yabancı statüsünde kabul edilmeyecekleri belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda müslim ve gayrimüslim ayrımı yapılmamış olup Türk vatandaşının her birinin eşit haklara sahip olduğu ve ülkemizdeki gayrimüslim azınlıklar, yabancı gerçek kişi olarak kabul edilmemiştir.⁸¹

Doktrinde kimi yazarlar⁸², azınlıkları yabancı gerçek kişi olarak değerlendirmekte ise de katılmış olduğumuz görüşe göre, Lozan Antlaşmasında belirtildiği üzere, azınlıklar yaşadığı ülkenin devletinin uyrukluğuna sahip bulduklarından ülkemizde yaşayan gayrimüslim azınlıkları yabancı statüsünde değerlendirmemiz muhtemel değildir.⁸³ Azınlıklar, vatandaşı buldukları ülkeye sadakat borcu ve vatandaşlık ödevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Vatandaşlık

⁷⁸ ÇELİKEL, GELGEL, s. 32.

⁷⁹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 34; KIRAL, s. 16.

⁸⁰ DOĞAN, Yabancılar H., s. 21.

⁸¹ DOĞAN, Yabancılar H., s. 21; KIRAL, s. 16.

⁸² ÇELİKEL, GELGEL, s. 17.

⁸³ DOĞAN, Yabancılar H., s. 21; AYBAY, Yabancılar H., s. 21.

bağı bulunan azınlıklar için ülkemizde yabancılara uygulanmakta olan çalışma izni alma yöntemleri uygulanamaz.⁸⁴

1.3. YABANCILARIN ÇALIŞMASI YASAK OLAN MESLEKLER

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 48. madde uyarınca, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.”. Bu maddede yer alan “herkes” kavramı ile Türk vatandaşları ile yabancılardan çalışma özgürlükleri açısından ayırım yapılmamış gibi görünse de yabancılardan çalışma hürriyeti sınırsız değildir. Anayasa 16. madde uyarınca, “Temel hak ve hürriyetler, yabancılardan için, milletlerarası hukuka uygun olarak Kanunla sınırlanabilir.”

Hukukumuzda bazı özel yasalarla yabancılardan kimi meslek, iş kolu ya da sanat dallarında çalışmalarına yasak ya da sınır getiren bu hükümler devletin istihdam şartlarına, o meslek ya da iş kolunun özellikleri ile zamana göre değişiklik göstermektedir. Türkiye’de yabancılardan çalışabilme koşullarından biri çalışmak istedikleri mesleklerin yabancılara yasaklanmamış meslekler arasında olması gerekir. Cumhuriyetin kurulduğu yıllardan itibaren çok sayıda yasa yürürlüğe girmiş fakat yürürlüğe giren yasalarda o mesleği yapabilmek için Türk vatandaşı olunması gerektiği açıkça belirtilmedikçe yabancılardan da o mesleği icra edebileceği, yalnız Türk vatandaşı olma koşulu getirildiyse yabancılardan belirtilmiş olan mesleği yapamayacakları belirtilmiştir. Yabancılardan icra edemeyecekleri mesleklerin düzenlenmesi konusunda yapılan ilk düzenleme Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun’dur.⁸⁵ Bu Kanun Osmanlı’nın son zamanlarında meydana gelen yabancı işletme hâkimiyeti ile niteliksiz ve herhangi bir hak tanınmayan Türk işçilerin, nitelikli yabancı usta ile ustabaşı emrinde çalıştırılmasıyla dış hekimliği, doktorluk, veteriner hekimlik gibi mesleklerin hemen hemen tümüne yakın bir oranda yabancılardan gayrimüslimlerin çalıştırılması nedeniyle devlette meydana gelebilecek ekonomik anlamda krizlerin önüne geçmek ve yerli işçilerin, yabancı işçilere karşı korunması niyetiyle hazırlanmıştır.⁸⁶

Uluslararası İşgücü Kanununda yabancılardan çalışmasıyla ilgili az sayıda düzenleme haricinde meslek ayırımı öngörülmemiştir. Yürürlükteki kimi Özel Kanunlar

⁸⁴ SAVUR, s. 16.

⁸⁵ KUTLU, s. 151.

⁸⁶ KUTLU, s. 152.

uyarınca bugün de yabancıların çalışmalarının yasak ya da özel koşullara bağlı olan meslekler vardır. Uluslararası İşgücü Kanunu 9. madde (ç) bendine göre, çalışma izni başvurusu değerlendirilirken özel yasalarda düzenlenmiş hükümler uyarınca yabancıların çalışmasının yasaklandığı iş ile meslekleri içeren hükümler gizli tutulmuştur. Türkiye’de yabancıların çalışma hakkının sınırlanmasıyla ilgili yapılan düzenlemeler, ülkenin istihdam şartlarına, belirtilen meslek ya da iş kolunun sağlamış olduğu özelliklere ve zamana bağlı değişiklikler göstermektedir.⁸⁷

Türkiye’de yabancıların çalışmasına yasaklanan meslekler, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı nedeniyle yasaklanan mesleklerdir. Buna ilişkin olarak Türkiye’deki yabancılar için iş hukuku alanında kimi kısıtlamalar getirilmiştir.⁸⁸

1.3.1. Kamu Güvenliği Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler

Kamu güvenliği kavramı halkın can sağlığı ve mallarının korunması için devlet tarafından sağlanan güvenlidir. Kamu güvenliği nedeniyle konulmuş olan sınırlamalar özel yasalarda düzenlenmiştir. Bunlar;⁸⁹

1.3.1.1. Askeri Yasak Bölgeler

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 2. madde uyarınca askeri yasak bölgeler, birinci ve ikinci derece askeri yasak bölge olarak ikiye ayrılmıştır.⁹⁰ Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 7. maddede yabancıların birinci derece kara askeri yasak bölgelere girmelerine ilişkin esaslar, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 9. maddede ikinci derece kara askeri yasak bölgelere girmelerine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 7. maddenin (c) bendine göre yabancıların geçici olarak birinci derece kara askeri yasak bölgelere girmeleri ve oturmaları Genelkurmay Başkanlığı’nın iznine tabi kılındığı düzenlenmiştir.

⁸⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s. 217.

⁸⁸ KUTLU, s. 153.

⁸⁹ TEKİNALP, Yabancılar H. , s. 129.

⁹⁰ DOĞAN, Yabancılar H., s. 287.

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 9. maddenin (c) bendi uyarınca geçici de olsa yabancıların izin almadan ikinci derece kara askeri yasak bölgelere girmeleri, oturmaları, çalışmaları ve taşınmaz mal kiralamalarının yasak olduğu düzenlenmiştir.⁹¹

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği 9. maddenin 3. fıkrası uyarınca, resmi görevle Türkiye’de bulunan yabancı uyruklu sivil şahısların, ikinci derece kara askeri yasak bölgelere girebilmeleri için ilgili Bakanlığın taşra teşkilatınca Valiliğe müracaat etmeleri koşulu düzenlenmiştir.

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca yabancıların çalışmasının sınırlandırıldığı mesleklere ilişkin düzenlemeler icra edilecek iş ya da mesleğin vasfına ilişkin olmayıp işyerinin bağlı olduğu yer güvenliğiyle ilgili olarak getirilmiştir.⁹²

1.3.1.2. Türk Kıyı, Liman ve Karasularında Ticaret

1923 yılında Lozan Antlaşması uyarınca yapılan bildiri üzerine kabotaj hakkı sadece Türk vatandaşlarına tanınmıştır. Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dâhilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun ile ilk defa Türk karasularıyla limanlarda ulaşım ve ticaret hususları ile ilgili kıstaslar düzenlenmiştir.

815 sayılı Kanun’un 1. mad. uyarınca, Türkiye sahillerinde bir noktadan diğer noktaya yük, yolcu taşıma işleriyle kılavuzluk ve diğer tüm liman hizmetlerinin sadece Türk bayrağı taşıyan gemiler aracılığıyla yapabileceği hükme bağlanmıştır.⁹³

815 sayılı Kanun’un 1. maddenin 2. fıkrasına göre, yabancı bayraklı gemiler, Türk limanlarından yabancı limanlara ya da yabancı limanlardan Türk limanlarına yolcu ve yük ve yolcu taşıyabileceği düzenlenmiştir. Çelikel ve Gelgel’in görüşüne göre yabancı gemiler yabancı limanlarla Türk limanları arasında yük ve yolcu taşıdıkları için bu nedenle Türk limanlarına uğrarlar. Fakat yabancı gemiler Türk

⁹¹ DOĞAN, Yabancılar H., s. 289.

⁹² CİN, Mustafa, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Danışman: Cemal ŞANLI, İstanbul, 2004, s. 149.

⁹³ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 131.

Limanlarına uğradıklarında yük ve yolcu taşıyamazlar ancak yabancı limanlardan yükledikleri malları ilgili Türk limanlarına indirebilirler.⁹⁴

815 sayılı Kanun'un 2. maddeye göre, nehirlerde, göllerde, Marmara havzasında, Boğazlarımızda, tümüyle kara sularımızda, kara sularımıza dahil olan körfezlerimizde, liman, koy gibi yerlerde, vapur, römorkör, motorbot, mavna, sandal, kayık, yelkenli gibi çeşitli deniz vasıtalarıyla yük ile yolcu taşıma şeklinde ticaret yapabilme hakkı sadece Türk vatandaşlarına tanınmıştır. Fakat yabancıların bu maddede anılan işler haricinde çalışmaları muhtemeldir.⁹⁵

Bir geminin hangi şartlar altında Türk bayrağı çekebileceğine ilişkin kıstaslar, Türk Ticaret Kanunu'nun 940. maddede düzenlenmiştir. TTK' nin 940. maddesi 1. fıkrası uyarınca, "her Türk gemisi Türk bayrağı çekme hakkına sahiptir." Türk gemisi sayabilmek için o geminin, maliki gerçek ya da tüzel kişi ya da donatma iştiraki olmasına ilişkin fark tayin etmektedir. TTK' nin 940. maddesi uyarınca Türk gemisi sayılabilmesi için o geminin malikinin;

- Gemi maliki gerçek kişiyse, Türk vatandaşı olmalıdır.

Geminin mülkiyeti birden çok kişiye ait ise, anılan mülkiyetin paylı mülkiyet olması durumunda payların çoğunluğuna sahip kişinin; elbirliği halinde mülkiyetteyse maliklerin çoğunluğuna sahip kişinin Türk vatandaşı olması koşuluna bağlanmıştır.

Geminin malikinin tüzel kişi olması halinde, söz konusu tüzel kişiliğe sahip olan kuruluşun kurum, dernek ve vakıflara ait olan gemiler, yönetim organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması gerekir.

- Geminin maliki Türk ticaret şirketiye, şirkette yönetmeye yetkilendirilmiş olanlarının çoğunluğundaki kişinin Türk vatandaşı olmalarıyla birlikte şirketin sözleşmesi uyarınca oy çokluğunun Türk vatandaşı olan ortaklarında olması gereklidir. Buna ek olarak anonim şirketlerle sermayesi paylara bölünen komandit şirketlerin ve payların çoğunluğu nama yazılı şekilde ve payların yabancı kişiye devrediminin şirketin yönetim kurulunca izin verilmesi aranır.

Geminin malikinin donatma iştirakine aidiyeti durumunda, ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Ticaret siciline tescili yapılmış donatma iştirakinin

⁹⁴ ÇELİKEL, GELGEL, s. 222-230.

⁹⁵ TEKİNALP, Yabancılar H. , s. 131.

payının yarısından çoğu Türk vatandaşına aidiyeti ile iştiraki yönetmek için yetkilendirilmiş pay sahibinin donatanların çoğunluğundakilerin Türk vatandaşı bulunması koşulu aranır.

TTK' nin 941. maddesi 1. fıkrası uyarınca, Türk gemisinin kendisine aidiyeti durumunda Türk bayrağı çekme hakkını kaybedecek kişiler için asgari bir yıl süre ile kendi adına işletmek amacıyla bırakma halinde geminin malikinin isteğiyle bırakma süresi içerisinde Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca o ülkedeki yasalar da buna olanak veriyorsa bırakma süresinde gemiye yabancı bayrak çekilebilmesi muhtemeldir. TTK 941/2 'ye göre Türk gemisi niteliği bulunmayan yabancı gemiye Türk bayrağı çekecekler için asgari bir yıl süre ile kendi adına işletmek amacıyla bırakılırsa, malikin rızasının alınıp mevzuatımızın kaptan ile gemi zabıtlarına ilişkin maddelerine uyulması ile yabancı yasada buna mani bir madde bulunmaması koşuluyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından gemiye Türk bayrağı çekmesine müsaade verilebilmektedir. Fakat Bakanlıktan müsaade alan birey, iki yıl arayla, izin için gereken koşulların var olduğunu ve barındırdığını ispatlama ile mükelleftir. Anılan fıkradaki koşulların tümünün sağlanması durumunda Türk bayrağı çekmek için izin alan yabancı gemi, Türk kıyıları ile limanları için Türk gemilerine tanınmış olan kabotaj hakkı benzer süreyle tanınmış yabancı gemi, anılan izin süresinde Türk gemisi sayılıp Türk gemisi gibi muamele görecektir.⁹⁶

815 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca Türk kara suları içerisinde balıklar, istiridyeler, midyeler, süngerler, inciler, mercanlar ve sediflerin benzeri su ürünleri avlanmasıyla kum, çakıl benzeri cisimlerin çıkartılması sadece Türk vatandaşlarına tanınmaktadır. Anılan maddede sayılmış işlerin, TTK uyarınca kurulmuş olan tüzel kişiliğe sahip şirketlerce yapılması muhtemeldir. Fakat şirket ortakları yabancı uyruklu bulunması durumunda izin başvurusu yasanın genel hükümleri kapsamında değerlendirilir.⁹⁷

815 sayılı Kanun'un 3. maddeye göre, petrol arama ve üretme faaliyetleriyle ilgili istisna hüküm olarak 2013 senesinde Türk Petrol Yasasına petrol hakkına sahip yabancıların, Türk karasularındaki petrol aramaya üretme faaliyeti yapabilecekleri hükmü getirilmiştir. Anılan madde uyarınca, Türk kara suları sınırında

⁹⁶ KUTLU, s. 157.

⁹⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s. 221.

ortaya çıkan gemi ile deniz vasıtası kazalarında kaza sonrası yıkıntı kaldırması ile kurtarım işlemlerinin sadece Türk vatandaşlarınca icra edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen Kanunun 4. maddeye göre, iktidar tarafından geçici şekilde herhangi bir hak talebi olmamak koşuluyla yabancı kurtarma gemilerinin petrol aramayla beraber üretme faaliyetinde yararlanan deniz vasıtalarının çalışması ya da Türk kurtarma gemisinde yabancı uyruklu uzmanların, kaptan ile tayfanın çalışmasına izin verilebilmesi düzenlenmiştir.⁹⁸

1.3.1.3. Deniz Turizmi Tesisleri ve Deniz Turizmi Araçları Yatırım ve İşletmeciliği

Turizmi Teşvik Kanunu 26. madde uyarınca, gerçek ve tüzel kişiler Denizcilik Müsteşarlığı'nca işletme izniyle Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca turizm mevduat ya da turizm işletme belgesini almak şartıyla deniz turizm tesisleriyle deniz turizmi vasıtaları yatırımı ile işletmesi yapabileceği düzenlenmiştir. Anılan maddede Türk vatandaşları ve yabancılar arasında hiçbir ayırım yapılmadığından yabancı kişilerin lüzumlu belgeyi almaları durumunda deniz turizm tesisleriyle deniz turizm vasıtaları mevduatı ile işletmesi yapabilmesi muhtemeldir.⁹⁹

Deniz Turizmi Yönetmeliği 19. madde ile deniz turizm tesisi işletmesine, işletmenin müdürü konumuna getirilecek kişiler için Türk vatandaşı olma koşulu getirilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 20. maddeye göre, deniz turizmi tesisi işletme müdürleri işletmelerin yönetimlerinde görev almamaktadır. Sözü geçen maddede belirtilen müdürler, işverenin adına hareket edememe ile işletme yönetiminde görev alamamaları nedeniyle işveren vekili olarak değerlendirilmeyip Türk İş Hukuku bakımından işçi sıfatına sahiptir.¹⁰⁰

1.3.1.4. Hava Yolu Taşımacılığı ve İşletmeciliği

Türk Sivil Havacılık Kanunu 3. maddenin (a) bendine göre¹⁰¹, “Türk Hava Sahası terimi; Türkiye Cumhuriyetinin egemenliği altındaki ülke ile Türk karasuları üzerindeki sahayı ifade eder.”.

⁹⁸ TEKİNALP, Yabancılar H. , s.131.

⁹⁹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 230.

¹⁰⁰ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 197.

¹⁰¹ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 132.

Türk Sivil Havacılık Kanunu 'un 6. madde uyarınca;

- “(1) Türkiye'nin hava aracı,
(2) Türkiye uçak sicili kaydı bulunan Türk sivil hava aracı,
(3) Türkiye'nin tarafı bulunduğu antlaşmalara göre Türk Hava Sahasında uçuşuna izin verilen hava aracı”

Haricindeki tüm hava araçlarının Türk hava sahasını kullanabilmesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilecek izne tabi tutulmuştur. Türk hava araçlarında çalışacak yabancılar için Uluslararası İşgücü Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır.

1.3.1.5. Madencilik

3213 sayılı Maden Kanunu 6. maddeye göre, yabancı gerçek maden arama ve işletme hakkı verilmemiş fakat Türkiye Cumhuriyeti Yasaları uyarınca kurulan tüzel kişilere verilmiştir. Sözü geçen madde uyarınca yabancı gerçek ya da tüzel kişiler, Türk Yasaları uyarınca kurulan şirketlerin ortak sıfatıyla madencilik mesleğini icra edebilecekleri düzenlenmiştir.¹⁰² Yabancı gerçek ya da tüzel kişiler, Türk Yasaları uyarınca kurulan şirketlere ortak olmasıyla ilgili şirketin yabancı ortak sayısı ya da hisse payı düzenlenmediği için madenlerde çalışma amaçlı istihdam edilecek yabancılar, Uluslararası İşgücü Kanununda düzenlenmiş olup çalışma izinlerine ait usule tabi olurlar.¹⁰³

1.3.1.6. Petrol Arama ve İşletme Faaliyeti

1.3.1.6.1. Türk Petrol Kanunu

Türk Petrol Kanunu'nun 1. madde uyarınca, Kanun'un düzenlenme amacı, T.C. petrol kaynakları milli çıkarlara uyacak şekilde hızlı, devamlı ve etkili biçimde aranılmasını, gelişmesi ile üretimini sağlama olarak düzenlenmiştir.

Türk Petrol Kanunu'nun 22. maddenin 5. fıkraya göre, “Bu Kanundaki esaslara uygun olmak şartıyla, sermaye şirketlerine veya yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzel kişilerine araştırma izni, arama ruhsatı ve işletme ruhsatı verilir.”

¹⁰² ÇELİKEL, GELGEL, s. 242.

¹⁰³ SAYGICI, Bahtiyar, Yeni Gelişmeler Işığında Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, Danışman: Prof. Dr. Mustafa TİFTİK, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 147.

Türk Petrol Kanunu'nun 22. maddesinin 10. fıkrası uyarınca, petrole sahip olacak özel hukuk tüzel kişileri, TTK hükümlerine tabi tutulmuş olup ülkemizde petrol hakkına sahip olacak, yabancı devletlerin mevzuatı uyarınca sermaye şirketi vasfındaki özel hukuk tüzel kişileri, Türk Lirasının değerini korumaya ilişkin mevzuat uyarınca ülkemizdeki faaliyetleri açısından Türkiye içerisinde yerleşik kabul edilecekleri düzenlenmiştir.

Türk Petrol Kanunu 15. maddeye göre, "Petrol hakkı sahibi, petrol işlemi için gereken yabancı personeli, Bakanlığın uygun görüşüne istinaden İçişleri Bakanlığınca düzenlenecek çalışma amaçlı ikamet tezkeresi ile özel Kanunlarda belirlenen hükümler saklı kalmak ve yabancı ile işverenin diğer Kanunlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri kaydıyla, 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın en fazla altı ay süre ile çalıştırılabilir. Çalışma süresinin altı aydan fazla olması hâlinde 4817 sayılı Kanun hükümlerine göre izin alınır."

Uluslararası İşgücü Kanununa göre, petrol hakkı sahibi kişi, yabancı personeli için çalışma izni almadan İçişleri Bakanlığınca verilecek karar üzerin ikamet izniyle azami olarak altı ay çalıştırabilmektedir. Fakat yabancı işçinin çalışma süresi altı ayı geçmesi halinde Uluslararası İşgücü Kanunu'na göre Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çalışma izni alınmalıdır.

1.3.1.6.2. Petrol Piyasası Kanunu

Türkiye'de petrolün ham veya işlenmiş biçimde kişilere satılmasıyla ilgili petrol piyasasına ilişkin faaliyetlerin düzeni amacıyla Petrol Piyasaları Kanunu çıkarılmıştır.

Petrol Piyasası Kanunu 3. maddenin 6. fıkrasına göre, "Lisans kapsamındaki faaliyetlerde bulunacak özel hukuk tüzel kişileri 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabidir. Türkiye'de piyasa faaliyetlerinde bulunan ve yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzel kişileri, Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki mevzuata göre Türkiye'deki faaliyetleri bakımından Türkiye'de yerleşik sayılırlar."

1.3.1.7. Özel Güvenlik Görevliliği

Yabancıların çalışmasına yasaklanan bir meslek de özel güvenlik görevliliğidir. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Yasa'nın 10. maddesi uyarınca, özel güvenlik görevlilerinde aranacak koşulların başında, TC vatandaşı olma şartı gelmektedir. Anılan Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre yabancıların özel güvenlik şirketi kurabilmesiyle yabancı şirketlerce ülkemizde özel güvenlik hizmeti gösterebilmesi karşılıklılık koşuluna tabi tutulmuştur.

Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu 6. madde (a) bendi uyarınca, ülkemizde çarşı ve mahalle bekçisi olarak çalışma işleri de yabancı kişilere yasaklanmıştır.

1.3.2. Kamu Sağlığı Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler

Kamu sağlığı kavramı halkın sağlıklı bir toplum şeklinde yaşamını sürdürmesine yönelik önlemleri de barındıran sağlık hizmetidir. Kamu sağlığı sebebiyle getirilmiş yasaklamalar hususu insanların ve hayvanların sağlığı ile alakalıdır. Bu yönde doktorluk, diş hekimliği, ebelik, hastabakıcılık, hemşirelik, veterinerlik, optisyenlik bu sınırlamalara tabii tutulmuştur.¹⁰⁴

1.3.2.1. Doktorluk

Doktorluk kamu sağlığı nedeniyle yabancıların icra etmesi kısıtlanan meslekler arasında yer almaktadır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa 1. maddesi uyarınca, yabancıların T.C' de doktorluk mesleğini yapabilmesi ve ne şekilde olsa da hasta tedavi edebilmesi, sadece tıp fakültesi diploması alınması koşuluna bağlanmıştır. Yabancıların doktorluk mesleğinin icrasının engellenmemesi ve Türkiye'de kimi şartları sağladıktan sonra doktorluk mesleğini icra etmelerinin nedeni ülkemizin çok sayıda ilinde sağlık çalışanı ve doktor eksikliğinden kaynaklanması ile aynı zamanda ülkemizde tıp eğitimi görmesinin maliyetli olup Türk vatandaşı doktorların da yurt dışında çalışması benzeri nedenler vardır.¹⁰⁵

¹⁰⁴ TEKİNALP, Yabancılar H. , s. 135.

¹⁰⁵ ÇELİKEL, GELGEL, s. 218.

Özel Hastaneler Yönetmeliği 5. ek maddesinin k bendine göre, Sağlık Bakanlığınca müsaade vermesi şartıyla özel hastaneler yabancı doktor ile doktor olmayan sağlık görevlisi çalıştırabilir.

Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’te yabancı sağlık hizmetleri görevlilerinin Türkiye’de özel sağlık kuruluşlarında çalışabilmek için taşınması gerekli şartlar anılan yönetmeliğin 5. maddesinde yer almaktadır. Bu şartlar;

“a) Diploma ya da uzmanlık belgeleri için denkliği onayı verilmiş ve Bakanlık tarafından tescili yapılması,

b) Mesleği yapmasına ilişkin yasada mani bir durumu olmaması,

c) Türkçe bilmek,

ç) İlgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikamet izni almış olmak,

d) Hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak.”.

olarak düzenlenmiştir.

Yabancıların Türkiye’de doktorluk yapabilmesi için uzmanlık eğitimi almalarında taşınmaları gereken şartlar Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği 14. maddesi 1. fıkrası uyarınca;

- Kurumlarda yabancı uyruklu kişilere ayrılmış kontenjan olması,

- Branşında uzman eğitimi yapabilmeye ilişkin Türkiye’de bulunan tıp fakültesi ya da diş hekimliği fakültelerinden birisinden mezun olma ya da yabancı ülkelerde bulunan anılan fakültelerden birisinden mezun olması Yüksek Öğretim Kurumu’ndan denklik belgesinin alınmış olması; yandaldaki uzmanlık eğitimini yapabilmek için Türkiye’de uzmanlık eğitimini vermekte olan kurumlardan uzmanlık belgesini almış olma ya da Sağlık Bakanlığınca verilen denklik belgesine sahip olması,

- Türkiye’deki uzmanlık eğitimi yapmasına mani olan bir durum olmaması,

- Türkiye’deki ikametlerine müsaade verilmesi,

- Uzmanlık eğitiminde süresinde kendisine burs verilebileceğini ya da ülkemizdeki giderlerin karşılanacağını belirtildiğini içeren bir belge sunma,

- Uzmanlık eğitimine giriş sınavlarında ilgili programa yerleştirilmiş olunması

Aranmaktadır.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği 14. maddesinin 4. fıkrasına göre, “Türkiye’de yabancı uyruklu kişinin uzmanlık eğitimi

gördüğü esnada Türk uyruğuna geçmesiyle uzmanlık eğitimleri, eğitime başladıkları statüde devam eder.”

1.3.2.2. Dış Hekimliği

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 30. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti dahilinde dışçilik sanatını icra ve dış tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfununu Dışçı Mektebinden diploma almak lazımdır.” yabancılara ülkemizde dış hekimliği mesleğini yapması yasaklanmıştır. Bu madde uyarınca, yabancılara ülkemizde dış hekimliği yapabilmeleri için Türk vatandaşı olmaları ile Türkiye’de dış hekimliği fakültelerinin bir tanesinden mezuniyet diploması almaları gerekir.

Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik 2. maddesinin 1. fıkrası yabancı dış hekimleri ülkemizdeki özel sağlık kuruluşlarında çalışamaz hükmü yer almaktadır.

Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in 2. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen Türk soylu yabancılardan Türkiye’de dış hekimliği mesleğini icra edebilmeleri, Türk Soylu Yabancılardan Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Yasa’ya göre düzenlenmiştir.

Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Yönetmeliği 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, uzmanlıktaki öğrencilerin muayenehane açmaları, uzmanlık eğitimi gerektiği haller haricinde aylık maaşlı şekilde ya da aylık maaş olmayan bir işte çalışmaları yasaktır. Ters bir halde, alakadar eğitim kurumunca uzmanlık öğrencisinin ilişkisi kesilmektedir.

1.3.2.3. Ebelik

Kamu sağlığı nedeniyle yabancılardan icra etmesi kısıtlanan mesleklerden bir diğeri de ebeldir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 47. maddesi uyarınca¹⁰⁶, “Türkiye’de ebelik yapabilmek için Türkiye’de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve

¹⁰⁶ TEKİNALP, Yabancılar H. , s. 136.

diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilen ile öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere ebe unvanı verilir.” Yabancı kişilerin ebelik mesleğini ülkemizde icra edebilmeleri üniversite diplomalarının Türkiye tarafından denk sayılması şartına bağlanmıştır.

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu değiştirilen 47. mad.’ de Türk vatandaşı olma koşulu şartı yer almaktaydı. 2014 yılında bu madde yerine Sağlık Hizmetleri Kanunu’nun 22. maddesi getirilmiş ve Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Çelikel ve Gelgel’in görüşüne göre vatandaş olma şartı kaldırıldığı için yabancı ebeleri Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’e dâhil ederek özel hastanede mesleğini icra etmelerini sağlamak gerekmektedir. Ayrıyeten hastabakıcılar da söz konusu yönetmeliğin 2. maddesinin 1. fıkrasına dâhil edilmelidir.¹⁰⁷

1.3.2.4. Hastabakıcılık

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 63. maddesine göre, yabancı kadınların hastabakıcılık yapamayacakları, Türk kadınlarının Türkiye’de mesleklerini icra edebilmeleri için, Türk hastabakıcılık okullarından mezun olmaları ve resmi hastanelerden verilen vesikalara sahip olmaları şartlarını gerçekleştirmeleri halinde mümkün hale gelmektedir. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun kapsamında erkeklerin hastabakıcılık yapmasına ilişkin hüküm yoktur.

Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in 2. maddesinin 1. fıkrasına göre yabancı uyruklu hastabakıcı kişilerin ülkemizdeki özel sağlık kuruluşunda çalışmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Yasa kapsamında, yabancıların Türkiye’de hastabakıcılık yapma yasağına istisna getirilmiş olup Türk soyundan gelen yabancılar için hastabakıcılık yapabileceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s. 201.

1.3.2.5. Hemşirelik

Hemşirelik Yasası 1. maddesine göre, “Türkiye’deki üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığı’na tescil edilen kişiler ile birlikte öğrenimlerini yurt dışında tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığı tarafından tescil edilen kişilere hemşire unvanı verilir.”. Yabancı kişilerin hemşirelik mesleğini ülkemizde icra edebilmeleri üniversite diplomalarının Türkiye tarafından denk sayılması ve Sağlık Bakanlığı tarafından tescil edilmesi şartına bağlanmıştır.

1.3.2.6. Veteriner Hekimliği

Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimliği Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Yasa’nın 2. maddesine göre, Ülkemizde veteriner hekimliği yalnızca T.C. vatandaşı olanların yapabilecekleri düzenlenmiştir. Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimliği Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Yasası’nın 3. maddesi uyarınca, yurtdışında bulunan veterinerlik fakülteleri mezunu Türk vatandaşının, ülkemizde veterinerlik yapabilmelerini Türkiye’de bulunan üniversitelerin veterinerlik fakültelerinin birinden yapılacak “Collegium” sınavını kazanma şartına bağlamıştır.¹⁰⁸

Kamu yararı fikriyle getirilmiş olan bu tip yasaklara uyulmadan yapılmış iş sözleşmeleri kişilerin yasak olup olmadığını bilmesi ya da bilmemesi dikkate alınmaksızın başlangıç itibariyle geçersizdir.¹⁰⁹

1.3.2.7. Eczacılık

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yasası’nın 2. maddesinin (A) bendine göre, ülkemizde eczacılık yapmak için T.C. vatandaşı bulunmak, Türkiye’de bulunan üniversitelerdeki eczacılık fakültesinden mezun olma veya yurtdışında bulunan eczacılık fakültesinden mezun olmak durumunda, Türkiye’de eczacılık fakültelisi hocalarından oluşan bir jürinin karşısında mesleki kimliğini ispat etme şartına bağlı olduğu düzenlenmiştir.¹¹⁰ Fakat Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yasa’nın geçici 2.

¹⁰⁸ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 137.

¹⁰⁹ AKYİĞİT, Ercan, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s. 26.

¹¹⁰ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 137.

maddesine göre, “Lozan Sulh Muhadesine göre Türkiye’de eczacılık etmek müsaadesini almış olan eczane sahibi yabancı eczacılar, bu Kanun hükümlerine riayet etmek şartıyla sanatlarını icraya devam ederler.” istisnası getirilmiştir.

Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yabancı eczacıların Türkiye’de özel sağlık kuruluşlarında mesleğini icra edemeyeceği düzenlenmiştir. Anılan maddesinin 2. fıkrasında Türk soylu olan eczacılar, Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Yasa uyarınca, Türkiye’de eczacılık yapabilmektedir.

1.3.2.8. Gözlükçülük (Optisyenlik)

Optisyenlik Hakkında Kanun’un 4. maddesine göre, “Numaralı (mihraklı) gözlük camı ve gözlük çerçevesi satmak, gözlük montajı ve her türlü reçeteli lens satışı yapmak üzere optisyenlik mesleğini icra edebilmek için, optisyenlik alanında en az ön lisans seviyesindeki meslekî eğitim ve öğretim veren yüksek okul mezunu olmak gerekir.”

Optisyenlik Hakkında Yasa’nın 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Yurt dışındaki eğitim ve öğretim kurumlarından alınmış diplomalara dayanılarak optisyen unvanını alabilmek ve bu mesleği icra edebilmek için, yurt dışında görülen eğitimin birinci fıkrada belirtilen meslekî eğitime denk olduğunun yetkili makamlarca kabul edilmiş olması şarttır.” Sözü geçen madde gereği denklik koşullarını barındıran yabancılar, Türkiye’de numaralı gözlük camıyla çerçevesini satma, gözlük montaj işlemleri ile diğer reçeteye dayalı lens satış işlemlerini yapabilirler.¹¹¹

1.3.2.9. Özel Hastane Açma

Günümüzde dek Türkiye’de faaliyetini devam ettiren ve halen faaliyet halinde olan yabancılar tarafından açılan hastanelerin dayanağı Lozan Barış Antlaşması’na uzanmaktadır.¹¹² Hususi Hastaneler Kanunu 9. maddesi uyarınca, Türkiye’ye açılacak olan özel hastane mesul müdürü mesleği Türkiye’de yapabilmeye

¹¹¹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 203; TİRYAKİ, s. 150.

¹¹² ÇELİKEL, GELGEL, s. 204.

izin almış T.C. vatandaşı doktor olup mesul müdür olacak kişi, geçmişte iki yıl hastanede olacak şekilde asgari beş sene Türkiye’de doktorluk yapması ya da geçmişte devletin meslek memurluğunda çalışması gerekir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği 5. maddesine göre, özel hastanelerde, Sağlık Bakanlığı’nca izin verilme koşuluyla yabancı doktor ile doktor harici sağlık görevlisi çalıştırabilmesi belirtilmiştir.

1.3.3. Kamu Düzeni Sebebiyle Kısıtlanan Meslekler

Kamu düzeni toplumun maddi ve hukuki düzeninin korunması amacıyla sosyal, ekonomik, siyasi şartlara ve nelerin gerektiği düşüncesine tabi olarak içeriği değişen bir düzeni ifade edip kanun koyucuya, idareye ve hakime özgürlükleri sınırlandırarak yürürlükteki normlara istisna getirmek için yetki veren bir kavramdır.¹¹³

1.3.3.1. Adalet Alanında Getirilen Kısıtlamalar

1.3.3.1.1. Avukatlık

Avukatlık Kanunu 3. maddesinin (a) bendi uyarınca, Türkiye’de avukatlık yapabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Anılan maddenin (b) bendine göre, yabancı hukuk fakültelerinden diploma alanlar Türkiye’deki hukuk fakültelerinin programlarında eksik kalmış derslerinden başarılı sınav verme şartı aranmakla birlikte, anılan Kanununun 16. maddesine göre avukatlık stajyerlerinin de T.C. vatandaşı olması şartı aranmaktadır.

1.3.3.1.2. Noterlik

Noterlik mesleği adalet hizmetleri alanındaki kamu hizmetidir.¹¹⁴ Noterlik Kanunu’nun 7. maddesinin 1. fıkrası ile Türkiye’de noterlik stajını yapmak, T.C. vatandaşı olma koşuluna bağlıdır. Kanun’un 5. maddesine göre, noter olabilmek; noterlik stajını tamamlamış olmak ve noterlik belgesini almış olma şartına bağlanmıştır.

¹¹³ <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/21510?locale-attribute=fr#:~:text=Toplumun%20maddi%20ve%20hukuki%20d%C3%BCzeninin,getirmek%20i%C3%A7in%20yetki%20veren%20bir>

¹¹⁴ SAVUR, Elçin, Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Danışman: Naciye Günseli GELGEL, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 163.

Kanunun bu maddeleri uyarınca yabancılar Türkiye’de hiçbir suretle noterlik mesleğini icra edemeyecektir.

Noterlik Kanunu uyarınca noterlik mesleğini icra edebilmek için noterlik stajını tamamlamış olmak, stajı tamamlayabilmek için Türk vatandaşı bulunmak gerekli olup ülkemizde noterlik yapabilmek yabancılara net bir şekilde yasaklanmasının sebebi mesleğin kamu yararı ile kamu yararı bakımından son derece önemli olmasıdır. Öyle ki kamu güvenliğinin korunması ve hukuki nitelikteki uyuşmazlıkların önüne geçmek için işlemleri belgelendirip yasalarda kendilerine verilmiş olan vazifeleri de yerine getirirler.¹¹⁵

1.3.3.1.3. Hâkimlik ve Savcılık

Hâkimler ve Savcılar Yasası’nın 8. maddesinin a fıkrası, Türkiye’de hakim ve savcılık yapmak için T.C. vatandaşı olmalarıyla birlikte c fıkrası da yabancı devletteki hukuk fakültesinden mezun olmuşların Türkiye’de hakim ve savcılık yapmak için T.C.’deki hukuk fakültesi programları uyarınca eksik bulunan derslerinden sınava girerek başarı belgesi almaları şartına bağlanmıştır.¹¹⁶

1.3.3.2. Devlet Memurluğu

Devlet Memurları Kanunu 48. maddesi A bendi 1. fıkrasında Türk vatandaşı olma devlet memurluğuna alınma şartları arasında sayılmıştır.

Anılan Kanun’un 4. maddesinin (B) bendi uyarınca yabancı kişilerin, hükümde belirtilmiş memurluklarda sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilmesi muhtemeldir. Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Yasası 1. maddesi uyarınca Türk soylu yabancılar sadece TSK. ile Güvenlik Teşkilatı’yla ilgili işlerde çalışmayacağı ve yabancıların çalışma izni alması halinde devlet memurluğunu kapsayarak diğer meslekler için de çalışmalarının muhtemel olduğu belirtilmiştir.

¹¹⁵ SAVUR, s. 163.

¹¹⁶ AYAN, s. 168.

1.3.3.3. Eğitim ve Öğretim Alanında Getirilen Kısıtlamalar

Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendi uyarınca, yabancılar sözleşmeli personel olarak öğretmenlik yapabilirler. Fakat anılan Kanun uyarınca devlet okullarında öğretmenlik yapamazlar. Yükseköğretim Kanunu 34. maddesinin 2. fıkrasına göre, yabancı öğretim elemanları çalışma izni almışsa sözleşmeli olarak çalışabilirler.

Özel Eğitim Kurumları Kanunu 8. maddesi 9. fıkrası uyarınca özel eğitim kurumlarında çalıştırılacak olan yabancılar Uluslararası İşgücü Kanunu hükümlerine bağlı kalarak görevlendirilirler.

Özel Eğitim Kurumları Kanunu 8. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, kurum müdürü, kurucular veya kurucuların temsilcisince, diğer yöneticiler ile öğretmenleri de müdür tarafından seçilip çalışma izinleri valilik iznine sunulmaktadır. Valilik izni işe başlama koşullarından olması nedeniyle izin olmadan müdür, diğer yöneticiler ve öğretmenler işe başlatılamaz.¹¹⁷

Uluslararası İşgücü Kanunu 8. maddesinin 1. ile 2. fıkralarına göre, eğitim hizmetinde çalışacak yabancılar için çalışma izni başvuruları değerlendirilirken MEB'den ön izin almanın mecburiyeti düzenlenmiştir.

Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği 30. maddesi 1. fıkrası a bendi uyarınca, uluslararası kurumlar ile yabancı okullarda görev yapacakların dışında kurumlar için müdür ya da yardımcı sıfatında atanacakların T.C. vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Anılan maddenin 2. fıkrasına göre, öğretmenlik yapabilme koşullarına sahip olanların kurumlara müdür ya da yardımcı sıfatıyla atananların görevlerinde geçirdiği süre, öğretmenlik mesleğini yaparken geçen süreden sayılmaktadır.

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 8. maddenin 10. fıkrası uyarınca, Türkçe dışındaki bir lisanla eğitim verip yabancı kişilerce açılmış okullardaki kurucularla müdürlerin Türkçe ya da Türkçe kültür derslerinin öğretmeni olma özelliğini barındıran ve öğretim lisanını bilen T.C vatandaşı olanlardan bir tanesi, Türk müdür başyardımcısı sıfatında çalışma izni düzenleme amacıyla valiliğe önerilir. Fakat kurumdaki öğretim lisanını bilen Türkçe ya da Türkçe kültür dersi hocası olmaması durumunda okulun

¹¹⁷ SAVUR, s. 165.

öğretim lisanında özel branş eğitimi almış T.C. uyruğundan olan öğretmenler için de müdür başyardımcılığı sıfatıyla görevlendirilebilirler.¹¹⁸

1.3.3.3.1. Azınlık Okulları

Azınlık, genel anlamıyla herhangi bir ülke vatandaşlığı bulunan, vatandaşı olduğu ülkede ortak etnik kökeni, dili, dini ve kültür bağlarıyla bağlı bulunan ve buradaki bağlılık sonucunda ülkedeki yaşamakta olan çoğunluktaki insanlara nispeten farklı hisler barındıran gruplar olarak tanımlanabilir. Türkiye’de yaşayan azınlıkların hukuki durumları Lozan Antlaşması ile ele alınmıştır.¹¹⁹ Lozan Antlaşması 40. maddesi uyarınca, “Müslüman olmayan azınlıklarla ilintili olan Türk yurttaşları hukuk bakımından ve fiilen öteki Türk yurttaşlarına uygulanan işlemlerin ve sağlanan güvencelerin tıpkısından yararlanacaklar ve özellikle, harcamaları kendilerince yapmak üzere, her türlü yardım, dinsel ya da sosyal kurumları, her türlü okul ve benzeri öğretim ve eğitim kurumları kurma, yönetme ve denetleme ve buralarda kendi dillerini özgürce kullanma ve dinsel ayinlerini serbestçe yapma bakımından eşit bir hakka sahip bulunacaklardır.” Bu maddeyle gayri müslim azınlıkları, kendilerine ait okul kurabilmeleri ve kendi lisanlarında eğitim yapmalarına olanak tanınmıştır.

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 2. maddesinin (e) bendi uyarınca, “Azınlık okulları, Rum, Ermeni, Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim özel okullarını ifade eder.”. Yasa’nın 5. maddesinin c bendinde, Lozan Antlaşması’nın 40. ile 41. maddesine atıf yapılarak azınlık okullarıyla ilgili konuların yönetmelikle tespit edilebileceği ve yönetmeliğin hazırlanmasında söz konusu ülkelerin ilgili konulardaki karşılıklı mevzuat ve uygulamalarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Yönetmelikte hüküm altına alınmayan konularla ilgili resmî okul mevzuatı uygulanır. Azınlık okullarında ancak kendi azınlığına üye olan T.C vatandaşları çocuklarını okutabilir. Buna şekilde sözü edilen yabancıların haricindekilerin azınlık okullarında eğitim görmeleri önlenmiştir.

¹¹⁸ AYAN, s. 165.

¹¹⁹ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 40.

Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği 28. maddesinin 2. fıkrası a bendi uyarınca, Türkçe ile Türkçe kültür ders öğretmeni, Azınlık Okulları Türkçe ve Türkçe Kültür Dersleri Öğretmenlikleri Hakkında Yasa uyarınca okul müdürlüğü teklifi ve valiliğin onay vermesi ile azami beş yıl için görevlendirilebilir. Okul müdürünün teklif etmesi durumunda beş yıllık görev süresi uzatılabilmektedir.¹²⁰ Bu maddenin devamı uyarınca, azınlık okullarında görev verilmiş olan Türkçe ve Türkçe kültür dersi öğretmenlerinden bir tanesi, okul müdürünün görüşü alınmak suretiyle valilikçe müdür başyardımcısı sıfatında görevlendirilebilir. Sözü edilen maddenin b bendine göre azınlık okullarından bazılarında, kültür anlaşmaları gereği ya da karşılıklılık esasına göre Milli Eğitim Bakanlığınca evrakı incelenerek uygun bulunmak şartıyla yabancı uyruklu öğretmenlere görev verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği 50. maddesi 1. fıkrası uyarınca, “Azınlık okullarında, seviyesine göre resmî okullarda okutulan dersler ve öğretim programları ile haftalık ders dağıtım çizelgelerinin uygulanması esastır.”. Anılan maddenin 2. fıkrası da azınlık okullarındaki hangi derslerin öğretimi Türkçe haricinde bir lisanla yapılacağına ilişkin ülkelerin karşılıklı mevzuatı ile uygulamaları göz önünde bulundurularak Milli Eğitim Bakanlığınca kararlaştırılacağı belirtilmiştir. Sözü edilen maddenin 3. fıkrasına göre, Milli Eğitim Bakanlığınca, Türkçe dışında bir lisan öğretimine müsaade verilmiş olan dersler için ayrılacak bir haftalık ders saati için karşılık Türkçe olarak yapılacak derslerin saat ile sayısı tespit edilecektir.

Konsolosluk okullarında öğretmenlik yapmakta olan yabancıların statüsü hususunda mevzuatta herhangi bir hüküm yer almamıştır. Sözü edilen öğretmenlere ilişkin gerekli nitelikler, şartlar ile çalışmasına ilişkin koşullar ilgili devletin Dışişleri Bakanlığı tarafından belirlenip, ücretler ise ilgili kurum veya okulun sağlamış olduğu gelir aracılığıyla verilmektedir.¹²¹

¹²⁰ DOĞAN, Yabancılar H., s. 195.

¹²¹ AYBAY, Yabancılar H., s. 209.

1.3.3.3.2. Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanları

Yükseköğretim Kanunu 34. maddesine göre, “Yükseköğretim kurumlarında, sözleşme ile görevlendirilecek öğretim elemanları, ilgili fakülte, enstitü veya yüksekokul yönetim kurulunun önerisi ve üniversite yönetim kurulunun uygun görüşü üzerine rektör tarafından atanırlar. Bunlar, öğretim görevleri bakımından, bu Kanunda aylıklı öğretim elemanları için konulmuş olan hükümlere tabidirler.” Türkiye’de bulunan üniversitelerde yabancı öğretim elemanları da çalışabilir.

Anılan maddenin 2. fıkrasına göre, yabancı öğretim üyelerinin bu biçimde atamaları ya da görev verilmesi, Devlet Memurları Yasasının Cumhurbaşkanı kararını icap eden maddelerine bağlı olmaksızın, YÖK tarafından verilecek ön izni takip eden Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından alınacak olan çalışma izni sonucunda ilgili üniversiteyle sözleşme yapılmaktadır.

Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Karar 8. maddesinde yabancı öğretim üyelerinin sözleşmeli personel şeklinde çalıştırılabilmeleri öncelikli olarak Yüksek Öğretim Kurumu’na, yabancı öğretim üyelerinin ücretleriyle ilgili karar alınmasının sonucunda, İçişleri Bakanlığı’nın bu hususa ilişkin görüşü alınır. Bakanlığın bu hususa ilişkin olumlu görüşü alınması halinde ilgili üniversitenin rektörlüğünce imzalanması gereken sözleşme vize işlemleri için Maliye Bakanlığı’na gönderilmektedir. Sözleşmenin aynı koşullarla uzamasına karar verilmesi için YÖK’ nin olumlu görüş vermesi gerekir. Anılan kararın 10. maddesine göre, sözleşme süresi iki yılla sınırlandırılmış olup sözleşmenin süresi bitmesi durumunda Maliye Bakanlığı’nın olumlu görüş vermesi halinde sözleşme süresi her seferinde iki yılı geçmeme şartıyla uzatılabilmektedir.¹²²

1.3.3.3.3. Eğitim ve Öğretim Kurumu Açma

Temel hakların içerisinde bulunan eğitim, öğretim hakkı ve buna ilişkin kurumların açılması hakkını kapsamaktadır.¹²³ Özel Öğretim Kurumları Yasası uyarınca, gerçek kişiler ile tüzel kişilerin özel öğretim kurumunu açmasıyla yabancı öğrencilerin özel eğitim kurumlarına devamlı olarak gidebilmeleri hususu;

¹²² DOĞAN, Yabancılar H., s. 196.

¹²³ TEKİNALP, Yabancılar H. , s. 141.

- “- Özel Öğretim Yasası,
- Uluslararası Özel Öğretim Kurumları,
- Yabancı Okullar
- Azınlık Okulları”

Olacak şekilde dört grup halinde düzenlenmiştir.

1.3.3.3.1. Yabancıların Özel Öğretim Kurumu Açma

Hakkı

Osmanlı İmparatorluğu zamanında İstanbul’un fethiyle birlikte yabancılar kendi okullarını açmaya başlamışlardır. Anılan okulların açılmasındaki amaç Müslüman olmayan çocukların dini eğitimlerinin verilmesidir. Sözü edilen okulların açılması önceleri fermanlara bağlı olarak kurulmakta iken Maarifi Umumiye Nizamnamesi’yle Osmanlı devletinde gerçek kişilerin okul açma yetkilerinin kabulüyle beraber ferman gerekmesizin okullar açılmıştır.¹²⁴

Lozan görüşmeleri sürecinde 30.10.1914 öncesi açılan eğitim kurumlarının muhafaza edilecek 24.07.1923 itibariyle Türkiye’de bulunan eğitim kurumlarına ilişkin incelemeler yapılacağı kabul edilmiştir.¹²⁵

Bugün ise yabancıların öğretim kurumu açmalarıyla ilgili düzenleme 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası’nda yer almaktadır.¹²⁶

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 1. maddesine göre, “Bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel eğitim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarını kapsar.”

Özel öğretim kurumları mevzuatına aykırı olmamak şartıyla iş yeri açma ile çalışma ruhsatı Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilir. Bakanlık bu yetkisini valiliklere devredebilir.

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 3. maddesinin 12. fıkrası uyarınca, Kanunun 1. maddesinde belirtilen koşulları taşıyan özel hukuka ilişkin tüzel kişiler veya özel hukuk hükümleri uyarınca yönetilmekte olan tüzel kişiler ya da

¹²⁴ DOĞAN, Yabancılar H., s. 196.

¹²⁵ ÇELİKEL, GELGEL, s. 289-290.

¹²⁶ DOĞAN, Yabancılar H., s. 197.

yabancı gerçek ya da tüzel kişiler kurucu ortak olarak özel öğretim kurumu açamazlar.¹²⁷ Yabancı gerçek ya da tüzel kişilerin ortaklığı ispatlanması durumunda sözü edilen kurumlara, kesintisiz asgari ücret tutarının 20 katı oranında idari para cezası uygulanıp halihazırdaki ortaklığa son verilmesi amacıyla 30 iş günü süre verilir. Bu süreçte ortaklık sona erdirilmez ya da ikinci defa yabancı gerçek ya da tüzel kişi ortaklığı tespit etme halinde, kuruma ilişkin kurum açma izniyle işyerini açma ile çalışma ruhsatının iptal edilip bu maddenin uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğiyle düzenlenir.

Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre, sadece yabancı öğrencilere ilişkin eğitim görecekları milletlerarası özel öğretim kurumları bile yabancı gerçek kişilerce direkt açılmayacağı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu uyarınca kurulan ya da ortak olunan Türk tüzel kişilik aracılığıyla açılabilir. Anılan maddeyle birlikte, yabancı gerçek kişiler kurucu ortak olarak katıldıkları Türk tüzel kişilikler için bile özel öğretim kurumu açmaya izin verilmediğini hüküm altına alan madde ile birlikte değerlendirmeye alındığında yabancılar Türkiye’de özel öğretim kurumu açamazlar.

1.3.3.3.2. Milletlerarası Özel Öğretim Kurumları

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 5. maddesinin a bendine göre, sadece yabancı öğrenciler için eğitimlerini devam ettirebilecekleri YÖK haricindeki milletlerarası özel öğretim kurumu; yabancı gerçek ve tüzel kişilerce ya da T.C. vatandaşları ile ortak olarak Doğrudan Yatırımlar Yasası kapsamında Bakanlar Kurulu tarafından verilecek izin ile açılabilir. T.C. uyuşundan olan gerçek kişiler özel hukukun tüzel kişileri ya da özel hukuk hükümlerince yönetilmekte olan tüzel kişilere kendi adları ile aynı amaca dayalı milletlerarası nitelikte özel eğitim kurumu açma hakkı verilmiştir.” Anılan maddeye göre, sözü geçen öğretim kurumlarında Türk Devleti ülke ve milleti ile bölünmez bir bütün olduğuna, güvenlik ve menfaatlerine

¹²⁷ ÇELİKEL ve GELGEL’e göre, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de özel öğretim kurumu açmaları muhtemel değildir. Özel Eğitim Kurumları Kanunu’nda sadece yabancı öğrencilerin eğitim görebileceği kurumlar bile yabancı gerçek kişilerce doğrudan açılmamakta Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu uyarınca kurulmuş ya da ortak olunmuş Türk tüzel kişiliği aracılığıyla açılmaktadır. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerin kurucu ortak olduğu Türk tüzel kişiliklerinin bile özel öğretim kurumu açmasına izin verilmediği hükmü ele alındığında yabancıların ülkemizde özel eğitim kurumu açamayacağı rahatlıkla söylenebilir. ÇELİKEL, GELGEL, s. 314.

uygun olmayan, Türk ulusunun ulusal, ahlaki, insancıl, manevi, kültürel değerlerimize karşıt eğitim ve öğretim yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.¹²⁸

1.3.3.3.3. Azınlık Okulları

Özel Öğretim Kurumları Kanunu 5. maddesinin c bendi uyarınca azınlık okullarının açılabilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmediğinden katılmış olduğumuz görüş uyarınca yasa yapıcı ülkemizde azınlık okullarının açılması yönündeki bir düşünceyi benimsememektedir.¹²⁹

1.3.3.4. Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik

Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası 4. maddesine göre, düzenlenmiş olan meslek üyesi olabilmek için başlıca koşul T.C. vatandaşı olma koşulu getirilmiştir.¹³⁰

Anılan Kanun'un 8. maddesi uyarınca, yabancılar belli şartlar altında ülkemizde mali müşavirlik yapabilmektedir. Bu maddeye göre, yabancı bir devletin vatandaşı olanların, ülkemizde serbest muhasebeci mali müşavirlik mesleğini yapabilmeleri için serbest muhasebeci mali müşavirlerde aranan vasıfları barındırmaları, mütakabiliyet koşuluna sahip olmaları ve Cumhurbaşkanının onay vermesi gerekir.

1.3.4. Kamu Yararı Sebebiyle Yasaklanan Meslekler

Kamu yararı kavramı devletin doğrulamasını yapmak için kullanıldığı gibi, kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede de kullanılır. Temel hakların sınırlandırılmasında başvuru başlıca nedenlerden biridir. Yasama faaliyetlerinin ana amacı ve sonucudur. Yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde temel alınan bir kavramdır. Bir faaliyetin kamu hukukuna uygunluğunun bir ölçütüdür.¹³¹

¹²⁸ KUTLU, s. 183.

¹²⁹ SAVUR, s. 174.

¹³⁰ ÇELİKEL, GELGEL, s. 206.

¹³¹<http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi30/sehirplanlama.pdf>

1.3.4.1. Serbest Bölgeler

Hukumumuzda, 6 Haziran 1985'te kabul edilen Serbest Bölgeler Kanunu'yla yabancılar için farklı hususlarda getirilen sınırlamaların serbest bölge kabul edilen yerler için uygulanmayacağı düzenlenmiştir.¹³² Serbest Bölgeler Kanunu 1. maddesi uyarınca, ihracata dönük yatırımlarla üretime teşvik edilmesi durumunda, doğrudan doğruya yabancı yatırımlar ile ülkemizde teknolojinin girişiminin hızlandırılması, işyerlerini ihracata yöneltilmesi ve uluslararası ticaretin gelişmesi hedeflenerek bu niyetle serbest bölge kurulmasını, yer ile sınırlar ve faaliyet hususlarının belirlenmesiyle yönetim ve işletmeleriyle ilgili konular düzenlenmektedir.

Serbest Bölgeler Kanunu 2. maddesi 1. fıkrasına göre, Türkiye'de serbest bölgelerin belirlenmesi Cumhurbaşkanının yetkisinde bulunduğu düzenlenmiştir. Anılan hükmün 2. fıkrasında serbest bölge olarak belirtilmiş yerlerin, kamu kurumlarıyla kuruluşları, yerli ya da yabancı uyruklu gerçek ya da tüzel kişilerce serbest bölgeler kurulup işletmesinin Cumhurbaşkanı'nın iznine bağlı olduğu belirtilmiştir.

Serbest Bölgeler Kanunu 5. maddesinin 2. fıkrası yerli ya da yabancı gerçek ya da tüzel kişilere serbest bölgede faaliyetlerde bulunabilmek için Ekonomi Bakanlığı'ndan ruhsat alma koşulu gelmiştir.

Serbest Bölgeler Kanunu 10. maddesi uyarınca, serbest bölgelerde faaliyet gösterecek işletmelerde yabancı uyruklu yönetici ile nitelikli personelin çalıştırılabileceğini düzenlenmiştir.¹³³ Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği 18. maddesinde, serbest bölgelerde belirli bir işyeri bulunan ve faaliyet gösteren gerçek ya da tüzel kişilerin bu bölgelerde çalıştırma gereksinimi hissettikleri yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personele "Yabancı Personel Çalışma Belgesi" alma mecburiyetindedirler. Bu belgenin alınması için yapılacak olan talepler, matbu formuyla eklerine bilgilerin tam bir şekilde yazılıp imzalanması biçiminde Serbest Bölge Müdürlüğü'ne verilecektir. Bölge Müdürlüğüne Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü'ne ulaştırılan taleplerin uygun görülmesi halinde "Yabancı Personel Çalışma Belgesi" düzenlenir ve Genel Müdürlük'çe alakalı makamlara gereken bilgi

¹³² ÇELİKEL, GELGEL, s. 254.

¹³³ TEKİNALP, Yabancılar H., s. 165.

verilmesi yapılır. Yabancı personelin serbest bölgede çalışmasıyla alakalı olan evrak, Türkiye’de ikamet izni alınmasıyla beraber geçerli hale gelir.

1.3.4.2. Bankacılık

Bankacılık Kanunu 7. maddesinde, T.C.’ de bir banka kurulması için gerekli şartlar içerisinde Türk vatandaşı olma şartı sayılmamış olup yabancı uyrukluların Türkiye’de banka kurmak suretiyle bankacılık işlerini devam ettirmelerinde bir mahzur yoktur.¹³⁴

Bankacılık Kanunu 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir bankanın Türkiye’de kurulmasına ya da yurtdışında kurulan bir bankanın ilk şubesinin Türkiye’deki açılmasına, sözü edilen Kanun uyarınca belirlenen koşulların oluşturulması şartıyla Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’ndan asgari beş üyenin benzer doğrultuda kullanacakları oylar neticesinde alınacak karar ile müsaade verilir. Anılan maddenin 4. fıkrası, yurt dışında kurulan bankaların, mevduatının ve katılım fonunun reddedilmesi ile Kurul tarafından belirtilecek esaslar dâhilinde faaliyet göstermemesi koşuluyla, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nca izin verilmesi halinde Türkiye’de temsilcilik açabilmeleri belirtilmiştir.

Bankacılık Kanunu 9. maddesine göre merkezi yurt dışında olan yabancı bankanın Türkiye’de şube açabilmesinde gerekli koşullar;

‘’1) Bankanın merkezi bulunan devlette esas faaliyetleriyle ilgili yasaklama olmaması,

2) Bankanın merkezi bulunan ülkede yetkilendirilmiş denetim merciinin, bu bankanın Türkiye’de faaliyet yapmasıyla ilgili negatif yönde bir görüşü olmaması,

3) Bankanın ödenmiş sermayesine ilişkin Türkiye’ye ayrılan bölümünün asgari 30.000.000 T.L. olması,

4) Banka müdürler kurulundaki üyelerin, kurumsal yönetim hükümlerindeki koşullara ilişkin bankaya ilişkin faaliyetleri devam ettirebilecek birikimi bulunması,

5) İzin çerçevesindeki faaliyet konularıyla ilgili iş planını, ilk üç yıla ilişkin bütçe planıyla faaliyet programının sunulması,

6) Bankanın içerisinde bulunduğu grubun ortaklık yapısı şeffaf ve açık olmalıdır.’’

¹³⁴ ÇELİKEL, GELGEL, s. 272.

Nitekim banka merkezinin olduğu ülkede yer alan yerel düzenlemelerine uygun olmamak sebebiyle faaliyeti yasaklanan hususlarla ilgili Türkiye için de faaliyet müsaadesi verilmeyeceği düzenlenmiştir.

1.3.4.3. Sigortacılık

Sigortacılık Kanunu 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperleri bu Kanun hükümlerine tabidir.”. Anılan yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, Türkiye’de faaliyette bulunacak olan sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin anonim şirket ya da kooperatif şeklinde kurulmaları aranır. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasında, anonim şirket biçiminde kurulacak olan sigorta şirketleriyle reasürans şirketlerinin kurucularındaki bulunması gerekli koşullar gösterilmiş fakat T.C. vatandaşı olunması şartı yer almamıştır.

Sigortacılık Kanunu 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yabancı sigorta şirketleriyle reasürans şirketleri için Türkiye’de faaliyet gösterebilecekleriyle ilgili usuller ile esaslar için Cumhurbaşkanını tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.

Sigortacılık Kanunu 23. maddesi 1. fıkrasına göre, “Sigorta acenteliği gerçek veya tüzel kişilerce yapılır.”. Sigorta Acenteleri Yönetmeliği 4. maddesi d bendine göre, acentelik faaliyeti yapacak olan gerçek kişilerde teknik personel niteliğinin olması gerektiği belirtilmiştir. Bu maddede yabancılara ilişkin herhangi bir sınırlama belirtilmemiştir.

Anılan maddesinin 11. fıkrasına göre, yabancı sigorta acenteleri için Türkiye’de yaptıkları faaliyetleriyle Türkiye’de faaliyet göstermekte olan sigorta acenteleri için yabancı sigorta şirketlerinin adlarına Türkiye’de aracılık hizmetleriyle ilgili düzenlemeler koyma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Bakanlar Kurulu Kararı 3. maddesine göre yabancı gerçek veya tüzel kişiler sigorta acenteliği yapabilir; yabancı sigorta acentesinin gerçek kişi olması durumunda Türkiye’de acente mesleğini yapabilmek için Türkiye’de yerleşik şekilde bulunması gerekir; yabancı sigorta acentesi tüzel kişi olması durumunda Türkiye’de şube açması gerekli oluğu belirtilmiştir.

1.3.5. Çalışma Yasaklarına Uyulmaması

1.3.5.1. Çalışma Yasaklarına Uyulmamasının Yaptırımı

Yabancılar Türkiye’de sadece kendilerine yasak olmayan mesleklerde çalışabilecektir. Yabancıların çalışma hürriyetine getirilen sınırlamaların nedeni kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu yararını sağlamak amaçlıdır.

2007 sayılı Kanunda yabancıların çalışmasının yasak olduğu mesleklerde çalışma yasaklarına aykırı davranmanın neticesi hüküm altına alınmıştı. Mülga 2007 sayılı Yasa’nın 6. maddesine göre, yabancı kişiler yalnızca Türk vatandaşlarının çalışabileceği mesleklerden birisini icra ederse en büyük mülkî idare amiri emriyle meslekten çıkarılacak olup, hakkında düzenlenecek zaptın kopyası ile birlikte Sulh Mahkemesine verileceği ile ağır para cezası verileceği düzenlenmişti. 2007 sayılı Kanun yürürlükten kalksa bile bugün yürürlükteki kimi Özel Kanunlarla Türkiye’de yabancılar için yasaklanan ya da hususi koşullara bağlı tutulan meslekler vardır.

Yabancıların kendilerine yasaklanan meslekleri icra etmek için yaptıkları iş sözleşmeleri, kamu düzeni kavramının esas ilkeleri ile milli çıkarlara uygun olmaması nedeniyle kesin hükümsüz sayılır.¹³⁵

1.3.5.2. Çalışma Yasaklarına Uyulmamasının İş Sözleşmesine Etkisi

Türkiye’de çalışması yasak olan mesleklere ilişkin kurallara uymaksızın çalışan yabancılarla ilişkin iş sözleşmesinin geçerli olup olmaması hususunda Doktrin’ de değişik görüşler vardır. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal’a göre yabancılarla özgü çalışma yasakları “ehliyet¹³⁶” kavramına ilişkindir. Bu görüşü savunanlara göre, çalışma yasaklarına uyulmadan yabancılarla ilişkin kurulmuş iş sözleşmeleri, baştan beri geçersizdir. Tunçomağ-Centel’ in görüşü, ulusal menfaatleri koruma niyetiyle

¹³⁵ EKŞİ, Nuray, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’ a ARMAĞAN, İstanbul, Beta, 1997, s. 141.

¹³⁶ İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. İş sözleşmesinin hukuken geçerli olarak kurulması için tarafların Türk Medeni Kanununa göre sözleşme yapabilme ehliyetine yani hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Ehliyet, kişinin haklara sahip olma ve o hakları kullanma yeteneğini ifade eder. Türk Medeni Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca, “Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” Anılan maddeye göre ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan (tam ehliyete sahip) kişiler, geçerli bir şekilde iş sözleşmesi yapmaya ehildir. SAVUR, s. 214; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 151-152.

yasak koyulduğundan işverenin onayı olsa da geçerli bir iş ilişkisi kurulamaz.¹³⁷ Doktrindeki diğer bir görüşe göre yabancılara özgü çalışma yasakları, ehliyet kavramıyla ilgili olmayıp kişilerin iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü kısıtlamaktadır.¹³⁸

Doktrindeki bir diğer görüş uyarınca, yabancılara ilişkin çalışması yasaklı meslekler, ehliyet kavramıyla ilgili olmayıp, kamu yararı gözetilerek yasak kabul edilmesi nedeniyle Kanunda düzenlenen istisnalar dışında Türkiye’de çalışmak isteyen bütün yabancılara uygulanır.¹³⁹ Bu görüşü savunanlara göre, yabancının çalışma yasaklarına uymaksızın yaptığı iş sözleşmesi, iş sözleşmesi yapma ehliyeti olmamasından değil de Kanuna aykırı olduğu için hükümsüz sayılmaktadır.

Yabancıların Türkiye’de çalışma yasaklarına uymaksızın çalışmalarının iş sözleşmesinin geçerliliğine etkisi konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Fakat bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin çalışma yasaklarına uyulmaksızın yapılan iş sözleşmesi umumi biçimde kesin hükümsüz kabul edilir.¹⁴⁰

1.3.6. Çalışma Yasaklarından Muaf Tutulan Kişiler

1.3.6.1. Türk Soylu Yabancılar

Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırabilmelerine İlişkin Yasa ve bu yasanın uygulamasına ilişkin kıstasların yer bulunduğu Yönetmelikte Türk soylu yabancılar için çalışma haklarıyla ilişkin öncelikli kanuni düzenlemeler yer almaktadır. Yabancıların Türk soylu olduğunun tespit edilmesinde uygulanacak kesin bir kıstas bulunmaması sebebiyle kimin Türk soylu olup olmadığının tespit edilmesi, idarenin takdirine bırakılmıştır.¹⁴¹ 2527 sayılı Kanununda “Türk soylu” kavramına yer verilmiş olup “Türk soylu yabancı” kavramı yer almamakla birlikte “Türk soyluluğun tespitinde bakılacak esaslar” da belirtilmemiştir. 2527 sayılı Kanunun Uygulama

¹³⁷ TUNÇOĞMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015. s. 80; SÜZEK, s. 338.

¹³⁸ Yabancılara ilişkin çalışma yasaklarının bir ehliyet kuralı değildir. AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016. 134; DEMİRCİOĞLU, CENTEL, SÜMER, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırları çerçevesinde düşünmektedir. DEMİRCİOĞLU, Murat, CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 83,84; SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 54-55.

¹³⁹ KUTLU, s. 199.

¹⁴⁰ SAVUR, s. 216.

¹⁴¹ CİN, s. 202-203-204.

Yönetmeliği 15. maddesine göre, Türk soylu yabancılar, çalışma izni alabilmek amacıyla Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Merkez Nüfus İşlemleri Şubesi'nin açtığı hususi kütüğe kayıt olması gerekir. Kütüğe kayıt olan Türk soylu yabancılar, “Yabancılara Mahsus Kimlik Belgesi” verilir. Kimlik belgesi düzenlenebilirken, kimin Türk soylu olduğuyla ilgili kararı İçişleri Bakanlığı verir.

Türk soylu olduğunun kanıtlanması, yabancı Türkiye’de çalışmasında kâfi gelmeyip ayrıyeten İçişleri Bakanlığı tarafından yabancı Türk soylu bulunduğu dair bir belge verilmesi gerekir.

2527 sayılı Kanun ile Türk soylu yabancılara tanınmış en önemli imtiyaz, Türkiye’de bazı meslekleri icra etmeleri için gerekli olan Türk vatandaşı olma şartının, bazı istisnaların haricinde Türk soylu vatandaşlar için kaldırılmasıdır.¹⁴² Öyle ki Türkiye’de fazla sayıda yabancı devletin vatandaşlığı bulunan veya vatansız durumunda olan Türk soylu yabancılarla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında bulunan soy bağının getirdiği yakınlık, Türk soylu yabancıların ülkemizde çalışmalarının diğer yabancılara oranla biraz daha kolaylık sağlama doğrultusunda düzenleme yapılmasını gerektirir.¹⁴³

Uluslararası İşgücü Kanunu 16. maddesinin (ç) bendi uyarınca, çalışma izninin istisnai olarak verildiği kişiler arasında İçişleri ve Dışişleri Bakanlığınca Türk soyluluğu bildirilmiş yabancılar da sayılmıştır. Anılan madde hükmü gereğince Türk soylu yabancılar için UİK madde 7. , madde 9. , 10. maddesinin uygulamasıyla ilgili istisnalar tanınabilir. 2527 sayılı Yasa 1. maddesi uyarınca, “Bu Kanun’un amacı; Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamaktır.”

2527 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca Türk soylu yabancıların, yasalarda T.C. vatandaşlarının çalışabileceği belirtilmiş olan meslek, sanat ve işlerde çalışması ile çalıştırılması için hususi yasalarda aranmakta olan vasıfları taşıma ve yükümlülükleri yapma koşuluyla bu yasa ile Uluslararası İşgücü Kanunu uyarınca

¹⁴² ÇELİKEL, GELGEL, s. 187.

¹⁴³ TİRYAKİ, s. 137.

İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarıyla buna ilişkin ilgili bakanlıklar ile kuruluşların da görüşü alınıp Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca çalışma izni verilir.

2527 sayılı Kanun'un 1. ve 3. maddesi beraber değerlendirildiğinde Türk soylu yabancılar açısından TSK ile Güvenlik Teşkilatı dışında hususi yasalarla yabancı kişilere yasaklanıp sadece Türk vatandaşları için tanınan işlerde, Türk soylu yabancılar da çalışabilme olanağı tanındığı anlaşılmaktadır. Anılan kapsamda, Türk soylu yabancılar, sadece Türk vatandaşlarına çalışabileceği işleri kapsayarak bütün işlerde bağımlı ya da bağımlı olmadan çalışıp, kamu kurumları, kuruluşları ve işyerleri içerisinde memur veya işçi konumunda görevlerini yapabileceklerdir.¹⁴⁴ Fakat, Türk soylu yabancılar er, erbaş, subay, astsubay ve general gibi TSK kapsamında kalan rütbelere veya polislik, komiserlik ve emniyet amirliği gibi güvenlik teşkilatına ilişkin görev alamazlar.

2527 sayılı Yasa'nın Uygulama Yönetmeliği 3. maddesinde Türk soylu yabancılar için çalışma izni verilmesinde gereken koşullar belirtilmiştir. Anılan madde uyarınca gereken koşullar;

- 1) İçişleri Bakanlığınca ikamet izni verilmiş olması,
- 2) Çalışma izni başvurusunda bulunan yabancıların belli meslek ile sanatların icrasında, hususi yasalarda belirtilen vasıfları barındırdığını ilgili Türk makamlarından alacak olduğu belgeler ile kanıtlamak,
- 3) Eğitim halini gösterir yabancı okul ya da fakülteden verilen diplomanın denklik belgesini MEB'e onaylatmış olmak,
- 4) O mesleğin yapılmasında güvenliğimiz bakımından hiçbir mahzur bulunmayacak, durumu da Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilen ölçütlere uyması,
- 5) Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından tutulmuş yabancılar mahsus açılacak hususi sicillere nüfus kaydını yaptırmak ile "Yabancılar Mahsus Kimlik Belgesi" almak,
- 6) Meslek kuruluşlarına kayıt yaptırma mecburiyeti olması durumunda üyeliğin belgelemesi,,
- 7) Yabancı devletlerden alınan kalfalık, ustalık ya da dengindeki belgelerinin denkliği MEK' in görüşünün alınıp MEB tarafından karar verilmiş olmasıdır.

¹⁴⁴ ÇELİKEL, GELGEL, s. 187-188.

2527 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği 7. maddesine göre, Türk soylu yabancı için, Türkiye'deki ikamet ettiği durumlarına bakılarak, belli bir işte çalışmasına azami iki yıl kadar çalışma izni verilebilir ya da çalışma izni aynı süreler ile uzatılabilmektedir. İznin uzatılması için yapılan başvurular ise iznin bitiş tarihinden iki ay önce yapılır. Türk soylu yabancı icra ettiği işi değiştirmek istiyorsa tekrar çalışma izni alması gerekir.

2527 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği 8. maddesi uyarınca, 7. maddesinde belirtilen süre içinde çalışma izninin uzatılması için başvuru yapılmaması nedeniyle iznin sona ermesi ve geri alınması hallerinde ilgili olan resmi ya da özel kurumlar ile kuruluşlar çalışma izninin bitmesi ya da geri alınma tarih itibariyle ilgili kişinin işini son buldurarak ilişkisini kesip mahalli emniyet makamlarına hemen bilgilendirme yapılır.

2527 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği 18. maddesi uyarınca, çalıştırma ya da çalıştırılabilmeleri için izin verilmiş Türk soylu yabancılar, mevzuatta öngörülen kıstaslar kapsamında çalıştıkları resmi veya özel kuruluş ile işyerlerine ilişkin sendika mensubu olabilirler. Fakat Yönetmeliğin 17. maddesi hükmü gereği, Türk soylu yabancılar a ait siyasi herhangi bir hakkının bulunmadığı düzenlenmiştir.

1.3.6.2. Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığını Kaybedenler (Mavi Kart Sahipleri)

Bireyler ekonomik olarak ya da farklı nedenlerden ötürü başka bir ülkeye yerleşme düşüncesinde olabilir. Bu düşünce bireyin vatandaşlığına ilişkin bir karar vermesini gerektirebilir. Bu doğrultuda bireylerin vatandaşı bulunduğu ülke haricinde farklı bir ülkede çalışmak istemesi durumunda fazlaca problem doğacaktır. Bu problemlerden başlıcası bireyin kendi devletine tabi vatandaşlık durumu sonucunda ne yapması gerektiğidir.¹⁴⁵ Bu nedenle mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Yasası 1995 yılı içerisinde getirilen değişiklikle doğum ile Türk vatandaşı olan ve çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin taşınmaz edinme, çalışma benzeri çok sayıda hususta Türk vatandaşlarıyla eşit prosedüre tabi kılınacakları belirtilmiştir.¹⁴⁶

¹⁴⁵ AYAN, s. 47.

¹⁴⁶ ÇELİKEL, GELGEL, s. 29-30.

Türk vatandaşlığı herhangi bir nedenle kaybedilmiş bulunan kişiler artık bu an itibariyle yabancı statüsünde sayılırlar. Bu nedenle çalışma hakkı bakımından da yabancılarla aynı konumda olurlar. Türk Vatandaşlığı Kanunu 26. maddede yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak niyetiyle Türk vatandaşlığından çıkma izni isteyen kişilerin vatandaşlıktan çıkma yöntemiyle bırakmasından bahsedilen bu bireyin yabancı devletin vatandaşı olmaya hak kazanması koşuluyla özel bir izin verilmesidir.¹⁴⁷

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu 28. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.”

Anılan maddenin 3. fıkrasına göre, bu hüküm çerçevesinde olan kişiler, kadroya dayanan ve kamu hukukuna tabi şekilde asli ve sürekli kamu hizmetinin görevlerinde bulunamayacak fakat; kamu kurumlarıyla kuruluşlarında işçi, geçici ya da sözleşmeli personel şeklinde çalıştırılabilecekler.¹⁴⁸

Uluslararası İşgücü Kanunu 6. maddenin 4. fıkrası ile Türk Vatandaşlığı Kanunu 28. madde çerçevesinde bulunan kişilerin çalışma izni almasına gerek bulunmadığı düzenlenmiştir.

1.3.6.3. KKTC Vatandaşları

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 2. madde uyarınca yabancı kişilerin tabi olduğu kuralların büyük bir bölümü Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) vatandaşlığı bulunanlara uygulanmaz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma uyarınca KKTC vatandaşları Türkiye’ye yerleşmek istiyorlarsa ikamet alma mecburiyetleri bulunmamaktadır.¹⁴⁹ KKTC ve Türkiye arasındaki çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler yapmak amacıyla Türkiye ile KKTC arasında 1987 tarihli Uluslararası İşgücü Anlaşması imzalanmıştır.¹⁵⁰ Sözü edilen anlaşmanın 6. maddede Türkiye ile KKTC de ikamet etmekte olan ya da KKTC

¹⁴⁷ AYBAY, Yabancılar H., s. 95.

¹⁴⁸ AYAN, s.48; EKŞİ, Koruma H. , s. 264-285.

¹⁴⁹ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 62.

¹⁵⁰ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Uluslararası İşgücü Anlaşmaları 2014 bkz. 91 ve diğerleri

haricinde başka bir yerde yaşayan KKTC uyruklu vatandaşlara seyahat hürriyeti sağlama niyetiyle verilen iki yıl süresince geçerliliğini koruyan Yabancılara Mahsus Damgalı Pasaportlar KKTC pasaportunda belirtilen geçerli kalma sürecini geçmeme koşuluyla en fazla beş yıl süreyle verilir.¹⁵¹

Uluslararası İşgücü Kanunu 16. maddenin 1. fıkrasının d bendi uyarınca KKTC vatandaşı olanlara verilecek olan çalışma izni türünün “istisnai çalışma izni” olacağı hüküm altına alınmıştır.

1999 senesinde Türkiye Cumhuriyeti ‘ yle KKTC, KKTC vatandaşı olanların Türkiye’de Türk soylu yabancı gibi muameleye tabi tutulacağını düzenleyen “T.C. Hükümeti ve KKTC Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Antlaşmanın 2. maddesine göre, “T.C., Türkiye’de çalışan ve ikamet eden KKTC vatandaşlarının “Türk soylu yabancıların Türkiye’de meslek ve sanatlarını serbestçe yapabilmelerine ilişkin” 2527 sayılı Yasa kapsamında çıkarılarak, hususi bir statü sahibi olmaları için gereken kanuni düzenleme yapılmasına ilişkin süreci başlatır. Bu süre tamamlanana değin izin alma prosedüründe hali hazırdaki uygulamaya devam edilip, ikamet ile çalışma izin süreleri en fazla 5 yıllığına verilecektir.”

1.4. ÇALIŞMA HAKKI

1.4.1. Çalışma Hakkının Tanımı

Kişilerin yaşam fiilini onurlu biçimde gerçek hale getirebilmesi için ekonomik yönden bağımsız ve istikrar sağlamasına tabiidir. Çalışma hakkı, çalışma yeterliliği ve isteği olan kişilerin kendisine, insan onuruna yakışır bir şekilde gelir elde etme hakkını ifade eder. Bu hak temel haklar kategorisindedir.¹⁵²

1.4.2. Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkına İlişkin Temel Düzenlemeler

Türk Hukukunda çalışma hakkını düzenleyen en temel kaynak, Anayasa’mızdır. Çalışma hakkına ilişkin ilk Anayasamız 1876 Kanuni Esasi’de angaryanın yasak

¹⁵¹ EKŞİ, Koruma H. , s. 62-63.

¹⁵² TALAS, Cahit, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.46, 1991, s.409, (<http://static.dergipark.org.tr:8080/articledownload/imported/5000099167/5000092412.pdf?>).

olduğu düzenlenmişti.¹⁵³ 1982 Anayasası 48. madde uyarınca, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” Fransa’da yapılan 1848 Sosyalist Devrimi ile Anayasa’ya sağlanan en büyük katkı “çalışma hakkı” olup, bunu ülkenin işsizlere iş bulma yükümlülüğü getirmesi olarak düşünebiliriz.¹⁵⁴ Buna ilişkin Anayasa 49. maddeye göre, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” hükmü yer alır. Bahsi geçen maddede yer alan “herkes” ifadesi ile yabancılar ve vatandaşlar arasında herhangi bir ayrıma tabi tutulmadığı eşit olduğu anlamı çıkabilir.¹⁵⁵ Fakat yabancıların çalışma hakkı bazı konularda sınırlıdır. Şöyle ki, Anayasası 16. maddeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak Kanunla sınırlanabilir.” Yabancıların çalışma hakkı bakımından getirilebilecek sınırlama uluslararası hukuka aykırı olmamak ve Kanunla olabilmesi ile güvence yaratmaktadır.¹⁵⁶ Yabancıların çalışma haklarıyla ilgili sınırlandırmayı sadece yasa koyucu olan TBMM yapmaktadır.

1.4.2.1. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve Uygulama Yönetmeliği

Ülkemize coğrafi konumu nedeniyle çok fazla yabancı göç etmektedir. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun kabul edilmesine kadar kayıtlı yabancılara ilişkin istihdam konusunda çok fazla mevzuat bulunmaktaydı. Mevzuatın fazla olması nedeniyle bir düzensizlik meydana getirmiş ve bu durum yabancı istihdamı konusunda ihtiyaçları gideremez bir hal oluşturmuştur. Bu düzensizliği gidermek, yabancıların çalışma izninin tek elden verilmesi ile kaçak işçilik sorununu engellemek amacıyla 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Yasa kabul edilmiştir.¹⁵⁷

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Yasa 1. maddeye göre, “Bu Kanunun amacı, yabancıların Türkiye’de çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemektir.” Bu Kanuna göre süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai çalışma izni olarak düzenleme alanı bulmuş olup izin verme Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler

¹⁵³ ERKEN, Baki, Anayasal Çerçeve Türkiye’de Çalışma Hakkı Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S. 2, 2013, s. 67. <http://www.calismadunyasi.gov.tr/pdf/sayi2/06.pdf>.

¹⁵⁴ TALAS, s. 407.

¹⁵⁵ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 93.

¹⁵⁶ EKŞİ, Koruma H. , s. 217-218-219.

¹⁵⁷ KUTLU, s. 37.

Bakanlığı'na aittir.¹⁵⁸ Fakat buna ilişkin teknik alt yapı çalışmaları daha sonuç vermediğinden üniversitede çalışan akademik personel için YÖK, kendi bünyesinde opera ve tiyatrolarda görev alacak sanatçılara Kültür ve Turizm Bakanlığı, profesyonel sporcular için Gençlik ve Spor Bakanlığınca çalışma izni verilmektedir. Teknik alt yapı çalışmaları sonuçlandığında çalışma izinleri Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından verilecektir.¹⁵⁹

1.4.2.1.1. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Yabancıların ülkemize girmelerini, kalmalarını düzenleyen 1950 tarihinde kabul edilen 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri hakkında Kanunla 5682 sayılı Pasaport Yasası yaşanan güncel problemler ile gelişmelerde yeterli gelmemeye başlamıştı. Bu eksikliklerin giderilmesi için 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası Tasarısı hazırlanmış, idari yapıya ilişkin olanlar 11.4.2013'te diğer hükümler ise 11.4.2014'te yürürlüğe girmiştir. 6458 sayılı Kanun yabancıların Türkiye'ye girmeleri, çıkmaları ve ikamet etmeleri, yabancılara ilişkin uluslararası koruma sağlanması ve uluslararası koruma sağlamaya için idari birimlerdir.¹⁶⁰

1.4.2.1.2. Uluslararası İşgücü Kanunu

Cumhuriyet döneminde yabancıların Türkiye'deki statüleri ile buna tabi çalışma izinleri ilk defa Lozan görüşmeleriyle kapitülasyonların verilmesi sonucu başlamıştır.¹⁶¹

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu 13.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözü geçen yasanın yürürlüğe konulmasıyla yabancılar için çalışma izinleri bakımından yeni bir dönem başlamıştır. Kural yine aynı devam etmekte olup Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nca çalışma izni verilecek olup yabancı statüsündeki kişilerin çalışmaya başlamadan evvel bu izni alma mecburiyetleri

¹⁵⁸ ÖZTÜRK, A. İhsan, 100 Soruda Yabancı Uyrukluların Türkiye'de Çalışması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 19.

¹⁵⁹ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/sikca-sorulan-sorular/>

¹⁶⁰ KUTLU, s. 42.

¹⁶¹ ÖKÇÜN, Gündüz, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1998, s. 43-45.

vardır.¹⁶² Bu Kanun, altı bölümden meydana gelmektedir. İlk maddesinde Kanunun amacı belirtilmiştir. 6735 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, “Bu Kanunun amacı; uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir.”

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun kapsamı 2. maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre, “Türkiye’de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya görmekte olan, staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucusu¹⁶³ yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsar.”¹⁶⁴ 6735 sayılı Kanunu’nun ikinci bölümünde uygulanması Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca öngörölmüş olan uluslararası iş gücü uygulamasının belirlenmesi ve yürütülmesine ilişkin prosedür yer almaktadır.¹⁶⁵

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun üçüncü bölümünde yabancıların Türkiye’de çalışma izni ve muafiyetleri ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Kanunumuz bu bölümde çalışma iznindeki yetki ile yükümlülüğü, çalışma izni başvurusuyla değerlendirilmesini, ön izin, çalışma izni başvurusunun reddini, çalışma izni türlerini, çalışma izniyle çalışma izni muafiyetinin geçerliliğini ve iptalini hüküm altına almıştır. Turkuaz Kart sahipleri, Çalışma izninin mahiyeti ve Dışişleri Bakanlığına yapılacak başvurular da bu bölümde düzenlenmiştir.

6735 sayılı Kanunu’nun dördüncü bölümünde ülkemizde çalışmak isteyen yabancıların çalışma hakkına ilişkin genel hükümlere istisna olan özel düzenlemelere yer verilmiştir. Dördüncü bölüme ilişkin konularda Çalışma izninin istisnai biçimde verileceği yabancılar arasında uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar, serbest bölgede çalışacaklar, yabancı öğrenci, mühendisler ile mimarlar yer almaktadır.

¹⁶² DOĞAN, Yabancılar H. , s. 205,206.

¹⁶³ Sınır ötesi hizmet sunucuları, Türkiye ya da Türkiye haricinde bir kaynaktan ücretini alıp sürekli nitelikte olmayan bir hizmeti gerçekleştirmek niyetiyle Türkiye’de bulunan yabancıları ifade eder. EKŞİ, Yabancılar H. , s. 222.

¹⁶⁴ ERGİN, s. 38.

¹⁶⁵ KUTLU, s.44.

6735 sayılı Kanunu'nun beşinci bölüm içeriğinde çalışma izniyle muafiyeti taleplerine ilişkin idari itirazlarla yargı yoluna, yabancı çalıştıran ve çalışanların Bakanlığa bildirmesiyle sosyal güvenlik yükümlülükleri ve Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na denetleme yetkisine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

6735 sayılı Kanunu'nun altıncı bölümünde yabancıların çalışma izniyle çalışma izni muafiyeti düzenleme ve şekli, çalışma haklarına ilişkin yönetmelik kapsamı, atfedilen, yürürlükten kalkmış, değiştirilmiş olan hükümler yer almaktadır.

1.4.2.2. Milletlerarası Belgelerde Çalışma Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde onaylanıp 27.05.1949 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nce onaylanmıştır.¹⁶⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 6. maddesine göre her kimse bulunduğu ülkenin vatandaşlığına tabii olmaksızın sözleşme yapma, çalışma benzeri hak ve özgürlüklerden eşit şekilde faydalanması gerekir.¹⁶⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 23. maddesi uyarınca “Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizlikten korunma hakkı vardır.” Bu maddeye göre çalışma hakkı hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkese tanınmıştır.¹⁶⁸

Çalışma hakkıyla ilgili diğer bir düzenleme 1966 yılında kabul edilmiş Ekonomik, Sosyal ve Kültürel, Haklar Sözleşmesi (ESKHS)'dir. ESKHS herhangi bir sosyal sınıf ayırımı gözetilmeksizin herkes için koruma sağlayan uluslararası nitelikte bir sözleşmedir.¹⁶⁹ ESKHS 6. maddesi 1.fıkrasına göre “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanına ulaşma hakkını da içerir.” Çalışma hakkı kişinin çalıştığı işi hür bir şekilde

¹⁶⁶ Bkz. <http://bianet.org/biamag/insan-haklari/192257-prof-dr-rona-aybay-dan-aciklamali-insan-haklari-evrensel-bildirisi>

¹⁶⁷ AYBAY, Yabancılar H. , s. 53.

¹⁶⁸ KUTLU, s.31.

¹⁶⁹ ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Gözetilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 176.

seçtiği ve kabul edildiği süre boyu, kendisi ve ailesinin yaşamını sürdürmesi, gelişimi ile toplum içerisinde tanınmalarına katkı sağlar.¹⁷⁰

28 Temmuz 1951 tarihinde Birleşmiş Milletler konferansında onaylanan Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme bugün mültecilerle sığınmacıların sorunlarına ilişkin hukuk normları ve uygulanması kendi başına hukuk dalı oluşturabilecek seviyeye gelmiştir.¹⁷¹ Anılan sözleşmede ilk defa mültecinin tanımı yapılmış ve bu kişilerin yaşam hakları ile özgürlükleri, etnik köken, din, uyruk, sosyal topluluklara üyelikleri veya siyasi düşünceleri sebebiyle baskı altında olabileceği devletlere tekrar gönderilmelerinin yasaklanması ilkeleri yer almıştır.¹⁷²

Çalışma hakkıyla ilgili düzenlemeler Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmesinde de yer alır. ILO çalışma hakkı ile ilgili konularda uluslararası sözleşmeler hazırlar.¹⁷³ Türkiye'nin taraf olduğu 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Sözleşme 1. mad. uyarınca;

“Sözü geçen sözleşme açısından «ayırım» kavramı

Irkı, rengi, cinsiyeti dini siyasi görüşü, ulusal ya da sosyal menşe açısından yapılan ve iş ya da meslek edinilen ya da yapılan iş ya da meslekte bağlı bulunulacak davranışı eşitliği yok eden ya da bozan bir etkisi bulunan her şekil ayrılığı gözetip ayrı ya da daha üst tutmayı,

(b) Anılan üye memleketin, var ise, temsilci, işçi ile işveren kuruluşları ile buna ilişkin benzeri makamlara danışmak üzerine tespit edileceği, meslek ya da iş edinirken ya da edinilmiş iş ya da meslekte bağlı tutulacak muamelede eşitliği ortadan kaldıran ya da bozan tüm benzeri ayrılıkları gözeterek ayrı tutmayla diğerlerinden daha üst tutmayı, İfade etmektedir.”

Kanımızca, İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Sözleşme (İMAHS) 1. mad. Türk vatandaşı ile yabancı arasında iş edinme açısından ayırım yapılmayacağını kapsar.

¹⁷⁰ UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, s. 324,325. bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf.

¹⁷¹ AYBAY, Yabancılar H. , s. 27.

¹⁷² ÇİÇEKLİ, Yabancılar- Mülteci, s. 249.

¹⁷³ AYGÜL, Musa, Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancılar Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, 2019, Ankara, s. 57.

1.4.2.3. Ülkemizin Taraf Olduğu İkili Anlaşmalar

Cumhuriyetin ilan edilmesinden başlayarak bugüne değin çok sayıda ülkeyle ikamet, ticari ilişkiler, çift vergi, deniz taşımacılığı, karayolu taşımacılığı, havayolu taşımacılığı ile demiryolu taşımacılığına ilişkin çift taraflı anlaşmalar imzalanmıştır.

Hukukun uluslararası kaynakları arasındaki uluslararası vasıftaki anlaşmalar, sözleşmeye taraf devletlerin kendi vatandaşları için ivazlı biçimde bir takım hak ile özgürlükler tanınmıştır. İkili anlaşmalar akit devletlerin vatandaşı olan yabancılara kendi hukuklarındaki normlardan önce uygulanacak olan bir anlaşma düzeni sunar.¹⁷⁴

Türkiye yabancı ülkelerde çalışan Türk işçilerin çalışma hakları, işçilerin hukuki durumlarının düzenlendiği iş gücü sevk sözleşmeleri yapmıştır. Çift taraflı olarak ikamet etme ile ticari sözleşmelerin yapılmasıyla sözleşmenin tarafı olan ülkelerin vatandaşlarına o devletlerde karşılıklı biçimde yerleşim hakkının yanı sıra çalışmak ve ticari faaliyette bulunmak, ortaklıklar kurmak, şubeler açmak benzeri haklar verilmiştir. Sözü edilen bu sözleşmeler ile Türk işçilerin ilgili devletlerdeki ikameti ile çalışma koşulları düzenlenmiş olup ülkemizdeki yabancılara durumu düzenlenmiştir.¹⁷⁵ Almanya'da çalışacak olan Türk işçilerin istihdamı için Türkiye ile Almanya arasında imzalanan Türkiye Almanya İşgücü Anlaşması imzalanmıştır.¹⁷⁶ Bunun dışında Türkiye, Hollanda, Fransa, İsviçre, KKTC, Avustralya ile bu tip anlaşmalar imzalamıştır.¹⁷⁷

¹⁷⁴ ÇİÇEKLİ, Yabancılar-Mülteci, s. 34,35.

¹⁷⁵ AYAN, s.80.

¹⁷⁶ KUTLU, s. 35.

¹⁷⁷ AYAN, s. 80.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN TÜRKİYE’DE ÇALIŞMA İZİNİ ALMASINA İLİŞKİN ESASLAR

2.1. GENEL OLARAK

Yabancılar Türkiye’de çalışabilmek için öncelikle ilgili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle çalışma iznini alıp kendilerine yasaklı olmayan meslekleri icra edebilmektedirler.

2.2. ÇALIŞMA İZİNİ

Uluslararası İşgücü Yasasına göre Türkiye’de çalışmak isteyen yabancı kişiler öncelikle çalışma izni almak mecburiyetindedirler. Uluslararası İşgücü Kanunu 3. madde 1. fıkrası c bendine göre, “Çalışma izni: Bakanlıkça resmî bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izni” olarak tanımlanmıştır. Ülkemizde çalışma izni almaksızın yabancıların çalışması ve çalıştırılması kural olarak yasaktır.¹ Bu yöndeki düzenleme Uluslararası İşgücü Kanunu 6. madde 2. fıkrasına göre “Sözü geçen yasa çerçevesindeki yabancıların çalışma izni almadan ülkemizde çalışması veya çalıştırmaları yasak olduğu” şeklinde belirtilmiştir.

2.2.1. Çalışma İzni Başvurusu

2.2.1.1. Başvurunun Genel Esasları

Çalışma izni başvurularının kimin aracılığıyla yapılacağı konusunda dünyada iki yöntem vardır. İsveç, Fransa gibi ülkeler çalışma izni başvurusunu işçinin yapmasını öngörürken, İngiltere, Hollanda gibi ülkeler ise başvurunun işveren tarafından yapılmasını öngörür. Türkiye iki yöntemi de benimseyip çalışma izni başvurusunun işçi ve işveren taraflarca yapabileceğini öngörmüştür.²

Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında Türkiye’de bulunan yabancılar için çalışma izni başvuruları Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, yurtdışında

¹ DOĞAN, Yabancılar H., s.205.

² KUTLU, s.48.

bulunan yabancılar için elçilik ile konsolosluklar ya da aracı kurumlara, özel nitelikli yabancılar için Dışişleri Bakanlığı ile Ekonomi Bakanlığı'na yapılmaktadır.

2.2.1.2. Başvurunun Usulü ve İstenilen Belgeler

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı e-devlet sisteminden online şekilde çalışma izni başvurularını almakta değerlendirmekte ve diğer işlemlerin yapılmasını sağlamaktadır. Bağımsız çalışma izni haricindeki başvuruları işveren ya da işverence yetkilendirilen kişi online olarak yapmaktadır. Çalışma izni başvuruları www.turkiye.gov.tr ya da <https://www.cs.gb.gov.tr/uiigm> internet sitesinden yapılır. Çalışma izni başvurusu ile ilgili resmi bilgilendirmeler için oluşturulan Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet sağlayıcısından alınan kayıtlı elektronik posta adresine yapılacaktır.³ Çalışma izni başvurusu e-devlet üzerinden;

Yabancıların orijinal pasaport sureti, yabancıya ait orijinal mezuniyet diploma sureti, fotoğrafı, yabancıların işvereni tarafından imzalanan çalışma izni başvurusu dilekçesi, kuruluşun en son sermayesiyle ortaklık şeklini gösterir ticaret sicil gazetesini sureti, son seneye ait olan vergi dairesi ya da yeminli mali müşavirce onaylanmış kar-zarar ile bilanço tablosu⁴

Yabancıların çalışma izni başvurusuna göre istenebilecek belgeler;

Yurtdışından yapılacak başvurularda yabancıya verilen en az altı aylık ikamet izni, yabancı çalıştıran işveren tarafça yapılacak çalışma izni başvurularında kişinin yetkili olduğuna ilişkin vekâletname, sağlık çalışanları için Sağlık Bakanlığı'ndan, Öğretmenler için Milli Eğitim Bakanlığı'ndan alınan ön izin belgesi, başvuranın uluslararası kuruluş, dernek, vakıf, temsilcilik ile irtibat kuruluşlarından olması halinde izin ya da kuruluş belgesi ve bakanlık tarafından istenen diğer belgelerin temin edilmesi mecburidir.

Özel meslekler ile ilgili kurumların dâhilindeki yabancılar için ön izin belgesi ya da onay verilmesi gerekir. Yabancıların ibraz ettiği izin belgesiyle veya ilgili kurumun sistem aracılığı ya da resmi yazıyla onaylandığının bildirilmesi halinde onay gerçekleşir.

³ ERKEN, Baki, Türkiye'de Yabancıların Çalışması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 127-128.

⁴ TİRYAKİ, Hamit, Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri, Bilge Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 38.

Onay alması gerekli yabancılar ile yapması gereken işlemler;

Sağlık kurumlarında çalışacak yabancılar için Sağlık Bakanlığınca düzenlenen mesleki yeterliliği belirten ön izin belgesi alınması, eğitim kurumlarında çalışacak yabancılar için Milli Eğitim Bakanlığınca düzenlenen mesleki yeterliliği belirten ön izin belgesi alınması, öğretim görevlileri için YÖK tarafından ön izin belgesi alınması, Ar-Ge Merkezi Belgesi bulunan firmalarda Ar-Ge personeli şeklinde çalışacak yabancılara Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan olumlu görüş alınması, mimar ile mühendisler için Türkiye Mühendis ve Mimarlar Odası'nın görüşünün alınması, öğrenciler için Türkiye'deki üniversitelerin örgün öğretim programlarına kaydedilen yabancı öğrenci olup olmadığının kontrolü, serbest bölgelerde çalışacaklar için Ekonomi Bakanlığı tarafından çalışma izni alınmasının uygun olduğu görüşü, geçici koruma statüsü kapsamında yer alan yabancılarla mülteciler ya da ikincil koruma statüsü sahiplerine İçişleri Bakanlığınca düzenlenen statülerini gösteren belge ile Bakanlığın görüşü

Elektronik başvuru sonucu kimi belgelerin Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na fiziki veya posta yoluyla ulaştırılmasıyla başvuru tamamlanır.⁵

Bakanlığa sunulacak belgeler; elektronik başvuru sonucunda oluşturulacak olan işveren ve yabancı işçi tarafından imzalanan yabancı personel başvuru formu, işverence imzalanan çalışma izni başvuru dilekçesi, yabancıya ait orijinal mezuniyet diploma ile onaylı Türkçe tercümesidir.⁶

2.2.2. Çalışma İzni Alma Zorunluluğu

Çalışma izni genel olarak uluslararası iş gücü siyaseti temel alınıp istisnaları da mevcut olmak kaydıyla verilmektedir. Uluslararası İşgücü Kanunu ya da milletlerarası anlaşmalarda çalışma izninden muaf tutulan kişiler kapsamında bulunmayan kendisine yasak olmayan işlerde çalışmak isteyen herkese Türkiye'de çalışabilmek için çalışmaya başlamadan evvel çalışma izni alma mecburiyeti getirilmiştir.⁷

⁵ ERKEN, Yabancıların Çalışması, s. 129-130.

⁶ TİRYAKI, s. 38-39.

⁷ ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 261; AYAN, s. 101.

Uluslararası İşgücü Kanunu 3. madde c fıkrasına göre “Çalışma izni: Bakanlıkça resmi bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izni ifade eder.” Yabancılara çalışma izni Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na verilir. Anılan Kanunun 6. madde 1. fıkrası uyarınca “Bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır.”⁸

Uluslararası İşgücü Kanununda ülkemizde çalışmak isteyen yabancıların çalışma izni almalarına ilişkin genel hükümlere istisna olan özel düzenlemeler de yer almaktadır. Uluslararası İşgücü Kanunu 6. madde 3. fıkrası uyarınca, “Diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler.”

2.2.2.1. Yurt İçinden Yapılacak Çalışma İzni Başvuruları

Uluslararası İşgücü Kanununun 7. maddeye göre, Türkiye’de çalışmak isteyen yabancıların çalışma izin başvuruları Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na yapılmaktadır. Bu başvurular ilk olarak internet üzerinden “Online Çalışma İzni Başvuru Sistemi” ile Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na yapılır. Yapılan başvurudan sonra alınacak olan form, diğer belgeler ile birlikte elektronik sistemde kaydı tamamlama gününden itibaren altı iş günü içerisinde fiziki olarak ya da posta yoluyla Bakanlığa ulaştırılmalıdır.⁹

2.2.2.2. Yurt Dışından Yapılacak Çalışma İzni Başvuruları

Çalışma izni almak için yurtdışında başvuruda bulunan yabancı için Türkiye’de ikamet hakkı olmadığı anlamı çıkmaktadır. Yurtdışından çalışma izni başvurusu yapıldığında idare yalnızca çalışma izni vermeyip ülkeye girmeye beraber ikamet hakkı da tanır.¹⁰

Uluslararası İşgücü Kanunu 7. maddeye göre, Türkiye’de çalışmak isteyen yabancılar yurtdışından çalışma izin başvurusu yapmak için, yabancıların vatandaşı bulunduğu ya da yasal olarak bulunmakta olduğu ülkede bulunan Türkiye

⁸ KUTLU, s. 47.

⁹ SAYGICI, s. 39.

¹⁰ AYGÜL, s. 150-151.

Cumhuriyeti Büyükelçiliği ile başkonsolosluğuna başvuruları gerekmektedir. Yurtdışından yapılan çalışma izin başvuruları, T.C. büyükelçilikleri ile başkonsoloslukları aracılığıyla Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na iletilmektedir. Yapılmış olan başvurularda belge ile bilgi eksikliği olmadığı takdirde otuz gün içinde değerlendirilecektir. Herhangi bir bilgi ya da belge eksikliği halinde bu eksikliklerin tamamlanmasına kadar başvurular ile ilgili değerlendirmeler ertelenecektir. Erteleme süreci bilgi ve belgelerdeki eksikliklerin tamamlanması halini geciktiren mücbir sebep durumu belirtir nitelikte resmi makamlarca belgelendirilen durumlar haricinde otuz günü geçemez. Erteleme süreci geçtikten sonra çalışma iznindeki başvurular hala giderilmemişse başvurular reddedilmektedir.

2.2.2.1.3. Dışişleri Bakanlığı'na Yapılacak Çalışma İzni Başvurusu

Uluslararası İşgücü Kanunu 14. madde ile 18. maddede Dışişleri Bakanlığı'na yapılan özel nitelikteki başvurular düzenlenmiştir.¹¹ Bu maddelerde belirtilmiş olan yabancılar çalışma izni başvurusunu Dışişleri Bakanlığı'na yapmak mecburiyetindedir. Dışişleri Bakanlığı bu maddede sayılmış olan kişilerin izin başvurularını uygun bulması halinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca çalışma izni ya da çalışma izni muafiyeti düzenlenir. Bakanlık izin ya da muafiyet belgesini düzenledikten sonra başvuru sahibine gönderecektir.¹²

Uluslararası İşgücü Kanunu 14. madde uyarınca;

“Yabancı devletleri Türkiye’de bulunan diplomatik-konsüller temsilcilikleri;

1) a- Bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür kurumlarında ve din kurumlarında görevli yabancılar, çalışma izni muafiyeti,

b- 18.4.1961 tarihinde yürürlüğe giren Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesiyle 24.4.1963 tarihinde yürürlüğe giren Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi çerçevesinde buna tabi sayılmayan okullar, kültür ya da din kurumlarındaki görev yapan yabancılar çalışma izni alma şartıyla çalışabilir.

¹¹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 190-191.

¹² DOĞAN, Yabancılar H., s. 208. ;AYAN, s. 102.

2) Yabancı devletlerin ülkemizdeki diplomatik-konsüller temsilciliklerinde diplomatik personeli, konsolosluk memuru, idari-teknik anlamda çalışan üyesi ve konsolosluk hizmetlerinde çalışanı, ülkemizdeki milletlerarası kuruluşlarda memur, idari - teknik personel şeklinde çalışan kişilerin;

a- Eşleri, çocukları ve müteakabiliyet kıstasına ya da ilgili devletle yapılan karşılıklı antlaşma uyarınca belirlenen yakınları; anılan yasada, ilgili karşılıklı antlaşmayla mevzuatta bahsi geçen çalışma izni muafiyetine ilişkin hükümler gizli kalmak şartıyla Türkiye’de çalışma izni alıp,

b- Hususi hizmette çalışan yabancılar, çalışma izni muafiyeti alıp çalışabilir.”

Uluslararası İşgücü Kanunu 18. maddeye göre Serbest Bölgeler Yasası’na tabi olarak çalışacak yabancılar çalışma izni başvurularını Dışişleri Bakanlığı’na yapabileceklerdir.

Yasada belirtilen yabancılar öngörülen statüden çıktıklarında tekrardan Türkiye’de çalışmak isterlerse genel hükümler uyarınca aynı şekilde çalışma izni başvurusu yapacaklardır.¹³

2.2.3. Çalışma İzni Değerlendirilmesi Kriterleri

Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, yabancıнын çalışma izni başvurusu için ilgili kurum/kuruluşların görüşlerini bildirmeleri üzerine değerlendirme yapmaktadır. Bakanlığın değerlendirmeyi yaparken esas alacağı noktalar, ilgili kurum/kuruluşların görüşleri, ülkemizin taraf olduğu iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalarda tersi bir durum belirtilmedikçe yabancıнын çalışma izni süresiyle ikamet izni süreleri ve hizmet sözleşmesiyle yapılacak işin süresine ilişkin belirli bir işyeri, işletme, meslekte sadece o işe bağlı olmak koşuluyla iş piyasasındaki gidişat, çalışma yaşamındaki değişimler, istihdam ile ilgili bölümsel, coğrafi ve ülkenin ekonomik durumunu etkileyen gelişmelerdir.

Başvuru yapılan işe ilişkin Türkiye içerisinde dört hafta içinde sözü edilen işi yapabilecek benzer özelliğe sahip kişilerin olup olmadığı Türk İş Kurumu kayıtlarından denetlenir. İşin kendine özgü vasıflarını belirtir bilgiler, yabancıнын eğitimi, işyerinin

¹³ DOĞAN, Yabancılar H., s. 208.

ülkeye ekonomik getirisi, bu vasıflara uyumlu ücret seviyesi, istihdam oranı göz önünde bulundurulur.¹⁴

2.2.3.1. Olumlu-Olumsuz Kriterler

Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çalışma izni başvurusunu değerlendirirken göz önünde bulundurduğu ölçütler;

Çalışılmak istenen işyerinde Türk vatandaşı istihdamı var mı, işletmenin sermaye ve dış satım ya da cirosu yeterli oranda mı, kendi vatandaşımızı çalıştırmak yerine yabancı istihdamına dayanmak uygun mu, yabancının eğitimi ya da ücret seviyesi yerinde mi, yabancı Türkiye’de ne kadar süredir ikamet etmekte, anahtar teslimi projesi mi, ar-ge projeleri ve kar amacı olmayan dernek, vakıf benzeri kuruluşlar mı, başvuru için gerekli belgeler getirildi mi, bu ölçütler çalışma izni verilmesine ilişkin olumlu kriterlerdir.¹⁵

Çalışılmak istenen işyerinde gerekli sayıda Türk vatandaşı istihdamı yok ise, kendi vatandaşımızı çalıştırmak yerine yabancı istihdamı açıklaması, işletmenin dış satım ya da cirosu, yabancının eğitim seviyesi işletmedeki görevi ya da ücret miktarı yeterli değilse, çalışma izni başvuru sonucunda ilgili kurumların görüşleri olumsuz ise, yabancının çalışması yasak olan meslekler arasındaysa, meslekte sadece o işe bağlı olmak koşuluyla iş piyasasındaki gidişat iyi değilse, o iş için ülkede dört haftalık sürede benzer vasıfta kişilerin bulunması, çalışma yaşamındaki değişimler, istihdam ile ilgili bölümsel, coğrafi ve ülkenin ekonomik durumunu etkileyen gelişmeler çalışma izni vermeye uygun değilse, bir yabancının o işyeri/işletme ya da meslek için çalışma izni başvurusu reddedildiyse bu tarih itibarıyla bir yıl dolmadan tekrar çalışma izni başvurusunda bulunması, yabancının çalışması, genel ahlak-sağlık, kamu yararı-düzenine ilişkin tehlike oluşturması olumsuz kriterlerdir.¹⁶

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Yasanın Uygulama Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca çalışma başvurularıyla ilgili başvuru sahibi işyerleri ve yabancının yerine getirmesi mecburi olan değerlendirme Kriterleri;¹⁷

¹⁴ TİRYAKİ, s. 67.

¹⁵ ÖZTÜRK, s. 63.

¹⁶ ÖZTÜRK, s.65; TİRYAKİ, s. 67.

¹⁷ Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca ilan edilmiş olup 02.08.2010 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanan kriterlerdir; <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/calisma-izni/izin-degerlendirme-kriterleri/>

1. Çalışma izni talep edilmiş olan işyeri içerisinde asgari beş T.C. vatandaşı istihdam edilmesi mecburidir. Aynı işyeri içerisinde birden çok yabancıya çalışma izni talebinde bulunmuş olması halinde, çalışma izni verilmiş olan ilk yabancından sonra gelen her yabancıya ayrı olacak şekilde beş Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı istihdam edilmesi aranır. Çalışma izni istemiş olan yabancı şirketin ortağı ise beş kişi istihdam koşulu, Bakanlık tarafından verilen bir yıl için çalışma izninde son altı aya ilişkin aranmaktadır.

2. İşyeri için ödenmiş sermayenin en az 100.000 Türk Lirası ya da brüt satışların en az 800.000 Türk Lirası ya da son yıldaki ihracat miktarı asgari 250.000 ABD Doları olması gereklidir.

3. Dernek ile vakıflarda çalışmak isteyen yabancılar ile ilgili çalışma izni talebinde 2. madde, yabancı devletlerin havayolları Türkiye temsilciliğinde, eğitim sektörüyle ev hizmeti işinde çalışmak isteyen yabancılar için çalışma izni başvuruları değerlendirilirken 1. madde ve 2. madde uygulanmaz.

4. Çalışma izni istemiş olan şirket ortağı yabancılar için 40.000 Türk Lirası'ndan az olmayacak şekilde sermaye payı en az yüzde 20 olması mecburidir.

5. İşverence yabancı işçiye ödenmesi beyan edilmiş bulunan aylık ücretin miktarı yabancı işçinin görevi ve yetkin olmasıyla uyumlu derecede olması mecburidir. Bu bilgiler ışığında, başvurma tarihinde yürürlükteki asgari ücret miktarı göz önünde bulundurularak yabancı işçiye ödenecek olan ücret en az;

a. Üst seviyedeki yönetici, pilot ile ön izin başvurusunda bulunmuş mühendis ile mimarlar asgari ücretin altı buçuk katı,

b. Birim ya da şube müdürüyle mühendislerle mimarlara asgari ücretin dört katı,

c. Uzmanlık ile ustalık gerektirecek işte çalışacaklar, öğretmen ve psikolog, fizyoterapi uzmanı, müzisyenler ile sahne sanatçılığında çalışacak olan yabancılara asgari ücretin üç katı,

d. Ev hizmetlerinde çalışacak olan yabancılara en düşük asgari ücret, yukarıdaki saydıklarımız haricindeki başka mesleklerde "Satış görevlisi, pazarlama ihracat sorumlusu benzeri görevlerde" çalışacak olan yabancılara verilecek ücret asgari ücretin bir buçuk katı olması gerekir.

e. Turizm animasyon organizasyon firmalarında akrobat gibi görevlerde çalışacak yabancılarla masajcı, spa terapistliği benzeri işte çalışacak olan yabancılara asgari ücretin iki katı.

6. Kuruluşlarında-yapılarında izinli masaj salonu olduğunu ispat eden Kültür ve Turizm Bakanlığınca belgelenmiş asgari dört yıldızlı turizm işletmeleri ve belgelenmiş olan tatil köyü, masörlük, masözlük ve spa terapistliği benzeri uzmanlık gerektiren başvuruları değerlendirmeye alınıp, bu nitelikte olmayan işletmeler ile işyerlerinin başvuruları uygun bulunmaz.

7. (Değişik: 20.04.2011/ÇGM-8108) Eğlence kolları ile turizm organizasyon firmalarındaki uzmanlık gerekli işlerde çalıştırılacak yabancı işçilere asgari 10 Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı çalıştırılması durumunda çalışan her yabancı için ayrı ayrı olmak üzere beş Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı çalıştırılmasıyla ilgili koşul tekrar uygulanmaz.

8. (Ek mad.: 20.04.2011/ÇGM-8108) Türkiye'nin tarafı bulunduğu iki veya çok yanlı anlaşmalarda hüküm olan durumlarla kamu kurumları ve kuruluşların tarafından sözleşme ya da ihale yöntemleriyle mal ile hizmet alım işlerinde istihdam edilecek yabancılarla ilgili çalışma izni başvuruları değerlendirilirken 1. ve 2. maddede belirtilmiş olan kriterler uygulanmaz.

9. (Ek mad.: 20.4.2011/ÇGM-8108) İleri teknoloji gerekli işler ya da benzer nitelikteki Türk bilirkişinin olmadığı hallerde Genel Müdürlük tarafından verilecek onay ile 1. ve 2. maddedeki belirtilen ölçütler uygulanmaz.

10. (Ek mad.: 20.4.2011/ÇGM-8108) Özellik gösteren doğrudan yabancı yatırım şartlarını barındıran işletmelerdeki kilit personel haricindeki çalıştırılacak yabancılara, 1. maddedeki belirtilen özellikler, işletmenin ülke genelindeki bütün işyerlerindeki çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı miktarı kıstas alınıp uygulanmaktadır.

2.2.3.2. Çalışma İzni Değerlendirmesinden Muaf Olanlar

Yabancılardan her birinin çalışma izni değerlendirmesi yukarıda anılan ölçütler ile değerlendirilmeyip bazılarının başvuruları herhangi bir kritere bağlı

olmaksızın sonuçlanır. Fakat bu yabancıların bu kapsamda olduklarını resmi makamlardan alınan belgelerle kanıtlama mecburiyeti vardır. Bu kişiler,¹⁸

Annesi babası ya da çocuğu Türk vatandaşı olanlar

KKTC vatandaşları

Türk ile akraba topluluğu kapsamında ikamet izni verilenler

İnsan ticaretinden mağdur olup ikamet izni verilen yabancılar

İnsani mülhazalar çerçevesinde ikamet izni verilmiş olan yabancılar

En az üç yıl süreyle Türk vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşayan yabancılar

Vatansız statüsünde ikamet izni verilmiş olan yabancılardır.

2.2.3.3. Bakanlıkça Yapılacak Değerlendirmenin Süresi

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yabancıların çalışma izni başvurularına ilişkin değerlendirmeyi en geç 30 gün içerisinde sonuçlandırır. Doğrudan yabancı yatırımlar çerçevesindeki başvurular 15 günde sonuçlanır.¹⁹

2.2.4. Ön İzin

Uluslararası İşgücü Kanunuyla getirilen yeni uygulamalardan bir tanesi de “ön izin” müessesesidir.²⁰ Bu müessesenin getirilme nedeni mesleki elverişlilik gerekli kimi mesleklerde çalışmak isteyen yabancıların bu yeterliliği bulunup bulunmadığının ilgili kamu kurumlarınca değerlendirilmeye alınmasıdır.²¹ Mesleki yeterlilik unsuru Yabancıların Çalışma İzni Hakkında Yasanın Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddede açıklanmıştır. Anılan madde uyarınca mesleki yeterlilik ile uzman olma, özel uzmanlık-profesyonellik arayan işler bakımından nesnel akademik mesleki yeterlilik şartlarını başarıyla bitirmiş olmak şeklinde açıklanmıştır.²² Yapılan değerlendirme sonucu mesleki yeterliliğe sahip olmayan yabancıların çalışma izni başvuruları Uluslararası İşgücü Kanunu'nun Çalışma izni başvurusunun reddi başlıklı 9. madde uyarınca “gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımamak” nedeniyle reddedilmektedir.

¹⁸ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/ui/gm/calisma-izni/izin-degerlendirme-kriterleri/>

¹⁹ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/ui/gm/calisma-izni/izin-degerlendirme-kriterleri/>

²⁰ YILMAZ, Mücahit, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 105.

²¹ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 163; ERGİN, s. 43.

²² AYAN, s. 116.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 8. maddede ön izin müessesine tabi tutulacak meslekler sağlık ve eğitim görevlerinde çalışmak isteyen yabancıların çalışma izinleri, öğretim elemanlarının çalışma izinleri ve Ar-Ge personelinin olarak belirtilmiştir.²³

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 8. maddesi 1. fıkrasına göre, “Mesleki yeterlilik gerektiren sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde ön izin alınması zorunludur.” Sağlık görevlerinde çalışacak yabancılar için Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetlerinde çalışmak isteyen yabancılar için MEB ön izin vermeye yetkilidir.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 8. maddesi 4. fıkrasına göre, “4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 34. maddesine göre çalışmak isteyen yabancı öğretim üyelerine çalışma izni, YÖK'ün ilgili mevzuatı uyarınca vereceği ön izin kurumuna istinaden Bakanlık tarafından verilmektedir.” Hükmü ile öğretim elemanlarının çalışma izinleri ayrı bir düzenlemeye tabidir.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 8. madde 6. fıkrasında Türkiye'de çalışmak isteyen yabancı Ar-Ge personelinin çalışma izni almaları için öncelikli olarak ön izin uygulamasına tabi tutulmuştur. Ar-Ge hizmetlerinde çalışmak isteyen yabancılar için Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın olumlu görüşü alınması durumunda Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca değerlendirmeye alınacaktır. Anılan Kanun hükmü gereği Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının görev ile uzmanlık alanı uyarınca çalışmak isteyen yabancıların alacakları çalışma iznine ilişkin sözü edilen bakanlığın politikaları ile uyumlu olması hedeflenir.²⁴

Ön izin müessesesinde yabancıların çalışma izni almalarında kamu otoritelerince bir tür mesleki yeterliliklerinin bulunup bulunmadığına bakılarak değerlendirilmeye tabi tutulduğundan, ön izni alan yabancılar için çalışma izni taleplerini Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca değerlendirmeye alındığında yeniden “yabancıların gerekli nitelik ve uzmanlığı taşıması” şartına bakılmaz.

²³ ÇELİKEL, GELGEL, s.193,194; EKŞİ, s. 223.

²⁴ ERGİN, s. 44.

Yabancıya ilgili kurumlardan ön izin verilmemesi durumunda Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığında çalışma izni verilmemektedir. Yabancıya ön izin alması, çalışma izni vermek için hak kazandığı anlamına gelmez.²⁵

2.2.5. Çalışma İzni Türleri

6735 sayılı Kanun çalışma izni türlerini beş grupta toplamıştır. Bu beş grupta yer alanlar süreli, süresiz, bağımsız, istisnai çalışma izni ve Turkuaz kartlılardır.

2.2.5.1. Süreli Çalışma İzni

Süreli çalışma izni, başvuran veya başvurusu kabul edilmiş olan yabancıya süre faktörü açısından sınırlı olarak verilen çalışma iznidir.²⁶ Süreli çalışma izninde, iznin başlama ve bittiği tarihler net bir biçimde önceden belirtilir.²⁷

Uluslararası İşgücü Kanunu 10. maddeye göre, “Başvurunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir.” Bu hükümde belirtilmiş olan süre Uluslararası İşgücü Kanunu 10. madde 2. fıkra uyarınca uzatılabilir. Bu maddeye göre, aynı işveren altında kalarak çalışma koşuluyla ilk uzatma talebinde azami iki yıl, daha sonra yapılan uzatma başvurularındaysa azami üç yıl çalışma izninin uzatılabileceği belirtilmiştir.

Çalışma iznini uzatma aynı işveren değil de farklı işveren yanında çalışmak için yapılacaksa ilk başvuru olarak değerlendirilip izin süresi en fazla bir yıl uzatılır.²⁸ Çalışma izinlerini uzatma süresinin hangi tarih itibariyle başlatılacağı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Yasa'nın Uygulama Yönetmeliği 27. madde bir yıllık kanuni çalışma süresi sona ermesinden sonra olarak düzenlenmiştir.

Uluslararası İş Gücü Kanunu 10. madde 2. fıkra bir yıl yasal çalışma süresi sonrasında çalışma süresi uzatılabilmesi aynı işverene tabi olarak çalışma şartına tabi tutulmuştur. Bir başka işveren yanında çalışmak için yapılmış olan başvuruların

²⁵ AYAN, s. 117.

²⁶ AYAN, s. 118.

²⁷ DOĞAN, Yabancılar H., s. 212.

²⁸ ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancıların Çalışma İzinleri, TİSK Yayınları, Ankara, 2004, s. 41.

sonunda çalışma süresinin uzatılmasında gerçek ya da tüzel kişi veya kamu kurumlarıyla kuruluşlarına ait iş yerinde ya da bunların benzer iş kolundaki iş yerlerinde belli bir işte çalışma şartına bağlıdır.²⁹

Çalışma izinlerinin süreye bağlı ya da süreye bağlı olmaksızın olarak verilmiş olması yapılmış olan iş sözleşmesinin vasfını belirler. Çalışma izni muafiyeti bulunan ya da süresiz çalışma izni alan yabancılarla iş sözleşmesi yapılmasında objektif bir sebebin var olması aranır.³⁰ Yabancı işçi süreli çalışma izni almış ise belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamaması doktrinde tartışmalı bir konudur.

Doktrindeki bir görüş uyarınca süreli çalışma izni olan yabancı işçiyle yapılacak olan iş sözleşmesi türü belirli süreli iş sözleşmesi olur.³¹ Uluslararası İş Gücü Kanunu 10. maddeye göre çalışma izninin birinci uzatma başvurusunda azami iki yıl, daha sonra yapılan uzatma başvurularında azami üç yıla kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir. Doktrindeki bu görüş uyarınca çalışma izni için verilen en çok süreyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için belirtilen objektif koşul sağlanmış olur. Buradaki objektif koşul belirli bir düzeni sağlamak için Kanunda düzenlenmiştir.³²

Doktrindeki diğer görüş ise yabancılara çalışma izni verilmesi idari işlem niteliğinde olmakla birlikte belirli bir süreliğine çalışma izni verilmesi belirli süreli sözleşme yapılması için aranan objektif koşulu sağlamamaktadır. Şöyle ki, yabancılara süreli çalışma izni verilmesinde aranan neden bu işçilerin çalışma izni alabilme şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmektir.³³

2.2.5.2. Süresiz Çalışma İzni

Süresiz çalışma izni, ülkemizde çalışmak isteyen yabancılara herhangi bir süreye tabi olmaksızın çalışma hakkı ile ikamet hakkı veren çalışma iznini ifade

²⁹ KUTLU, s. 58.

³⁰ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Danışman: Prof. Dr. Turhan ESENER, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 225.

³¹ BAŞTERZİ, Süleyman, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, C.15, S. 2013, s. 428; GENİŞ, Hasan, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları, Kadir Has Üniversitesi SBE, Danışman: Ali GÜZEL/Fuat BAYRAM, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 87.

³² BAŞTERZİ, s. 428.

³³ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 248; Y9HD., 07.06.2005 tarih, E. 24583/2004, K. 20488/2005. bkz. LAÇİNER, s.32 vd.

eder.³⁴ Süresiz çalışma izni Kanunlara uygun bir biçimde çalışmak isteyip koşullarını barındıran yabancılara süreye tabi olmaksızın verilmekte olan çalışma iznini belirtir.³⁵

Uluslararası İşgücü Kanunu 10. madde 3. fıkrada süresiz çalışma izni verilebilen yabancılar belirtilmiştir. Bu madde uyarınca ülkemizde uzun dönem ikamet izni ya da asgari sekiz yıl yasal çalışma izni alan yabancı işçiler süresiz çalışma izni alabilirler.³⁶ Sözü edilen maddenin 4. fıkrasında süresiz çalışma izni alan yabancıların, uzun süreli ikamet izninin sağladığı bütün haklardan yararlanabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca süresiz çalışma izni alan yabancıların seçme-seçilebilme, kamu görevlerine girebilme, askerlik yapma yükümlülükleri, araç ithal edebilme muafiyeti ile Özel Kanunlarda yer alan hükümler dışında sosyal güvenlikle ilgili kazanılmış haklar saklı kalması kaydıyla sözü geçen hakların kullanımıyla ilgili mevzuata bağlı kalmak koşuluyla T.C. vatandaşlarına tanınmış haklardan yararlanabilirler.³⁷

Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 29. madde uyarınca, süresiz çalışma izni başvuruları değerlendirmeye alınması için ek olarak puanlama sistemi yapılacağı düzenlenmiştir.³⁸

2.2.5.3. Bağımsız Çalışma İzni

Uluslararası İşgücü Kanunu 3. maddenin 1. fıkrası a bendine göre, Bağımsız çalışma izni yabancı kişilere ülkemizde kendi nam ile hesabına çalışmak için hak tanıyıp buna bağlı verilen izni ifade eder.³⁹

Uluslararası İşgücü Kanunu 10. maddenin 6. fıkrasına göre profesyonel meslek mensubu yabancılar başka yasalarda belirlenen özel şartlar dikkate alınarak bağımsız çalışma izni alabilecekleri ve 5. fıkrası uyarınca da TTK uyarınca kurulan limited şirketlerde şirketin ortağı konumundaki müdür, anonim şirketlerin şirket ortağı olan yönetim kurulu üyesi, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yönetici konumundaki komandite ortağı yabancılar için bağımsız çalışma izni verilebileceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁰

³⁴ DOĞAN, Yabancılar H. , s.212; AYAN, s. 119.

³⁵ ERGİN, s. 46.

³⁶ EKŞİ, Koruma H. , s. 244.

³⁷ DOĞAN, s. 213.

³⁸ TİRYAKİ, s. 91; KIRAL, s. 41.

³⁹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 173.

⁴⁰ EKŞİ, Yabancılar H., s. 244.

2.2.5.4. İstisnai Çalışma İzni

Uluslararası İş gücü hareketliliğinde göçe maruz kalan devlet pozisyonundaki ülkeye kazandırabileceği en önemli katkılardan bir tanesi yetiştirilen yabancıların ekonomiye verebileceği kazanımdır. Bu yüzden ülkeler uluslararası iş gücü akımında esas alacakları husus anılan yabancıların sınıflandırılmasıdır. Göç alan ülke sınırlara gelmiş olan yabancıları bazı kıstaslar kapsamında elemeli ve buna dayanarak eleme sonucunda kabul gören yabancıları vasıflandırarak istihdam etmelidir. Ülkeler nitelikli şekilde yetiştirilmiş sınırlara gelen yabancılardan en fazla yararı elde edebilir.⁴¹ Uluslararası İşgücü Kanunu 16. maddede Türkiye’de çalışabilmek için çalışma izni başvurusunda bulunmuş olan yabancılar arasından istisnai çalışma izni alabilecek olanlar belirtilmektedir. Maddede belirtilen kişilerin istisnai çalışma izni alabilmelerinde idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır.⁴² Sözü edilen kişiler için Uluslararası İşgücü Kanunu 7. maddede çalışma izni talebi ve değerlendirmesi, 9. maddede çalışma izni talebinin reddedilmesi ile 10. maddede çalışma izni türlerinin uygulanması ile ilgili istisnalar tanınmıştır.⁴³

İstisnai çalışma izni verilebilecek yabancılar Uluslararası İşgücü Kanunu 16. maddede belirtilmiştir. Bu kişiler;

a) Eğitim seviyesi, ücreti, mesleki tecrübesi, bilim- teknolojiye katkısıyla benzer özellikleriyle nitelikli işgücü olarak değerlendirilebilen,

UİK’ nin 16. maddenin 1. fıkrasında sayılan yabancılara istisnai çalışma izni verileceğini düzenlemiş fakat kimin “nitelikli işgücü” kavramının kapsamına gireceğini açıkça belirtmemiştir. Nitelikli işgücü kavramının kapsamına giren yabancıların taşınması gereken şartlar Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 32. mad.’ de düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen şartlar;

- 1- İtibarlı bir yükseköğretim kurumunda eğitim görmüş olmak,
- 2- Gördüğü eğitim ile Türkiye’de icra edeceği iş veya mesleği uyumlu olması,
- 3- Yıllık toplam ücretinin, SGK tarafından belirlenmiş primine esas kazancın azami sınırınının 12 katına eşdeğer ya da üstünde olması,

⁴¹ ERKEN, Çalışma İ. , s. 62. vd; KIRAL, Halis, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları, Türkiye İşveren Sendikaları, 2016, s. 42. vd.

⁴² AYAN, s. 123.

⁴³ KUTLU, s. 63.

4- Uzmanlık gerekli olan yüksek vasıflı işler ya da Ar-Ge kapsamında profesyonel meslek üyesi olarak çalışmış ya da mesleki deneyiminin bulunması

5- Ulusal ya da milletlerarası alanda bilinen kurum ya da kuruluşlarda çalışmış veya mesleki deneyimin olması,

6- Anadilinin haricinde bildiği başka dillerin olması,

7- Bilişim, savunma, maden, enerji benzeri çalışacağı iş kollarında ülke ekonomisi açısından stratejik sektörlerde katkı sunacak,

8- Genel Müdürlük tarafından belirlenen başka koşulları da barındırması şartlarından asgari 3 tanesini karşılayan kişi vasıflı yabancı olarak nitelendirilir.

b) Bilim-teknolojiye yaptığı katkı, yatırım ya da ihracat seviyesi, sağlayacağı istihdamın ne kadar fazla olduğu gibi özellikleriyle nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilebilen,

Nitelikli yatırımcı kavramının tespitine ilişkin özellikler Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği taslağı 32. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen şartlar;

1) En az sabit sermaye yatırım tutarı 500.000 TL ve üstünde olması,

2) Yabancı yatırımcının yaptığı ihracat tutarı senelik 10.000.000 TL ve üstünde olması,

3) Asgari elli T.C. vatandaşı için istihdamda bulunmuş ya da bulunacak olmak,

4) Bilişim, savunma, uzay, maden, enerji benzeri alanlarda devlet ekonomisine stratejik iş kollarında yatırımlar yapacak,

5) Yatırımın sonucu mevzuata uyumlu bir şekilde Ar-Ge ya da tasarım merkezi kurulmuş veya kurulacak,

6) Kalkınmada evleviyetli bölgelere yatırım yapacak olması,

7) Türkiye’de maddi bakımdan değeri asgari 3.000.000 TL ile üzerindeki taşınır ya da taşınmazın, fikri ya da sınaî mülkiyet hakkına sahip olmak,

8) Genel Müdürlük tarafından belirlenecek başka şartları da barındırması koşullarından asgari üç tanesini karşılayan yabancı kişilerdir.

c) Belli bir süre için işverence Türkiye’de gerçekleştirilen projelerde istihdam edilen yabancılar

Uluslararası İşgücü Kanunu 16. madde 2. fıkrası (c) bendine göre, belirli süre ile sınırlı Türkiye gerçekleştirilecek olan projede işverence istihdam edilen yabancı kişiler çalışma izniyle ilgili istisnalardan yararlanabilmektedir. Bu konuya ilişkin örnek verecek olursak UİK 10. madde uyarınca yabancı işçiye yapmış olduğu birinci başvuruda azami bir yıl için geçerli olan çalışma izni verilebilmesine karşılık işverence ülkemizde gerçekleştirilecek projede iki yıl süreyle istihdam edilecek olması durumunda yabancıya iki yıl için çalışma izni verilebilmektedir.

ç) İçişleri Bakanlığı ya da Dışişleri Bakanlığınca Türk soyluluğu bildirilmiş olan yabancılar

UİK' nin 16. madde 1. fıkrası (d) bendine göre, İçişleri Bakanlığı ile Dışişleri Bakanlığınca Türk soylu olduğu bildirilmiş yabancı kişilerin çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanması muhtemeldir. UİK Uygulama Yönetmeliği taslağı 24. madde 3. fıkrası (ç) bendine göre, İçişleri Bakanlığı ya da Dışişleri Bakanlığınca Türk soylu olduğu bildirilmiş olan yabancı kişilerin yapmış olduğu çalışma izni başvuruları değerlendirme ölçütleri ile ilgili hükümlere tabi olmadığı hüküm altına alınmıştır.

d) KKTC vatandaşları

KKTC vatandaşları ülkemizde yasal olarak çalışmalarını için çalışma izni alma mecburiyetine tabi tutulmuştur. UİK 16. madde 1. fıkrası (d) bendine göre, KKTC vatandaşları çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanması mümkündür.

e) AB üyeliği bulunan ülkelerin vatandaşları

UİK 16. madde 1. fıkrası (e) bendine göre, Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin vatandaşları çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanmasının mümkün olacağı hükme alınmıştır. UİK 6. madde 3. Fıkraya göre "Diğer Kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler."

Hem AB ülkelerinde çalışmak isteyen Türk vatandaşları hem de ülkemizde çalışmak isteyen AB vatandaşları ile ilgili önemli olan anlaşmalar Türkiye ve AB arasında imzalanan Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları olarak belirtilebilir.

Ortaklık Konseyi Kararınının 11. maddeye göre "Türkiye'deki işgücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan üye devlet vatandaşları ve onunla birlikte oturma hakkına

sahip olan aile bireyleri, Türkiye’de, 6, 7, 9 ve 10’uncu maddelerde öngörülen hak ve avantajlardan, bu maddede belirtilen şartlara uymak kaydıyla faydalanırlar.”.

Ortaklık Konseyi Kararı 6. madde uyarınca, üye olan bir ülkenin kanuni olarak işgücü piyasasının içindeki Türk işçi, üye olan o devlette bir yıl kanuni çalışma süresini bitirdikten sonra, aynı işverenin altında çalışmak için çalışma izni süresini uzattırabilir. Üç yıl kanuni çalışma süresinden sonra, Avrupa Birliğine üye olan devletlerin vatandaşları için tanınmış öncelik sırası gizli kalmak şartıyla bir Türk işçisi, sadece aynı mesleği yapma amacıyla üye olan o ülkelerin iş bulma kurumlarına kaydedilerek normal koşullarda akdedilen iş teklifi için başvurma olanağı bulunur. Dört yıl kanuni çalışma süresinden sonra Türk işçisi için istediği tüm ücret karşılığı işlerde çalışma hakkı verilmiştir.

Ortaklık Konseyi Kararı 7. maddeye göre, “Bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip bulunan aile bireyleri; O üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla her türlü, işe başvurmak hakkına sahiptirler; o üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra, diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptirler. Ev sahibi ülkede mesleki bir eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocukları, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıldır yasal olarak çalışıyor olması kaydıyla, söz konusu üye devlette her türlü işe başvurabilir.”

f) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa göre, uluslararası koruma başvurusuna sahip olan şartlı mülteciler, geçici koruma sağlanmış olan ya da vatansız veya mağdur destek süresinden yararlanmış insan ticareti mağduru olan yabancılar.

Uluslararası İşgücü Kanunu 16. madde 1. fıkrası (f) bendine göre uluslararası koruma başvurusunun sahipleri, şartlı mülteciler, geçici koruma sağlananlar veya vatansızlar çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

UİK 16. madde 1. fıkra (f) bendine göre, mağdur destek süresinden yararlanmış insan ticareti mağduru olan yabancılar⁴⁴ çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

⁴⁴ İnsan ticareti suçlarından mağdur olup TCK 80. Maddesi 1. Fıkrasında sayılan amaçlarla hareket edilip belirtilen suç tipi uyarınca araç ile asıl fillerden mağdur olan kişiler ifade edilmektedir.

İnsan Ticaretiyle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik 20. maddesinin 1. fıkrasına göre “Mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesi ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağına karar verebilmesi amacıyla Valiliklerce otuz gün süreli ikamet izni verilir.” Bu hükümlerle insan ticareti mağdurları için otuz gün ile kısıtlı olarak düşünmek için süre verilmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 28. maddesi uyarınca, insan ticareti mağdurlarına düşünme süresi içerisinde soruşturma ile kovuşturma aşaması ve daha sonrası için mağdurların güvenliği sağlık durumları ile özel durumlar gözetilmek kaydıyla bilgi sahibi olma ve rızaya dayanan mağdur destek programı verileceği hükme alınmıştır. UİK 16. madde 1. fıkrası (f) bendine göre mağdur destek programlarından yararlanan insan ticareti mağdurları çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

g) Türk vatandaşıyla evli olup eşi ile Türkiye’de evlilik birliği çerçevesinde yaşamakta olan yabancılar

UİK 16. madde 1. fıkrası (g) bendi uyarınca, bir Türk vatandaşıyla evli olup eşi ile ülkemizde evlilik birliği içerisinde yaşayan yabancılara çalışma izni ile ilgili istisnalarından yararlanabilme hakkı tanınmıştır. Anılan maddede, yabancıların istisnai çalışma izni alabilmeleri iki şarta bağlanmıştır. Birinci şart, yabancıların Türk vatandaşıyla evli olmalarıdır. İkinci şart yabancıların Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşamalarıdır. Bu hükümlerle amaçlanan istisnai çalışma izni almak için sahte evliliklerin önüne geçip hukuken geçerli bir evliliğin sağlanması geçerli bir aile birliği kurmak temeline dayanmaktadır. Evliliğin istisnai çalışma izni alma amacıyla mı yapıldığı yetkili makamlar aracılığıyla denetime tabi tutulmalıdır. Herhangi bir denetime tabi tutulmaz ise sadece çalışma izni alma niyetiyle yapılmış muvazaalı evliliklerin engellenmesi zor olacaktır.

ğ) UİK’ nin 14. madde 2. fıkrası (a) bendine göre, “Yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüller temsilciliklerinde diplomatik kadro üyesi, konsolosluk memuru, idari ve teknik kadro üyesi ve konsolosluk hizmetlisi, Türkiye’deki uluslararası kuruluşlarda uluslararası memur ve idari ve teknik personel olarak görev yapan kişilerin, eş ve çocukları ile karşılıklılık esasına veya ilgili ülkeyle yapılmış bulunan ikili anlaşmaya göre belirlenmiş yakınları; bu Kanunda, ilgili ikili anlaşmada ve mevzuatta zikredilen çalışma izni muafiyeti hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türkiye’de çalışma izni alarak çalışabilirler.”

Anılan maddenin 1. fıkrası (b) bendine göre, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ile Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi uyarınca tabi bulunmayan okul, kültür ya da din kurumunda görevli olan yabancı kişiler çalışma izni alma koşuluyla Türkiye’de çalışabilirler. UİK 16. maddesi 1. fıkrası (ğ) bendine göre, yabancı devletler ile uluslararası kuruluşların ülkemizde bulunan temsilciliklerde diplomatik dokunulmazlığı bulunmadan çalışmakta olan yabancı kişiler çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

h) Alanında başarısıyla uluslararası düzeyde seçilmiş bilim alanında, kültür alanında, sanat ve spor alanlarında faaliyet göstermek gibi amaçlarla Türkiye’ye gelmiş olan yabancılar

UİK 16. madde 1. fıkrası (h) bendi uyarınca bilimsel, kültürel, sanatsal ve sportif amaçlarla ülkemize gelmiş olan yabancı kişiler ilgili bulunduğu alanda başarılarıyla uluslararası düzeyde fark yaratmış olanlar çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

1) Sınır ötesi hizmet sunucuları

UİK 3. madde 1. fıkrasının f bendine göre, “Türkiye’de geçici nitelikte olmak üzere ve herhangi bir hizmet sunumu amacıyla bulunan ve ücretini Türkiye’deki ya da Türkiye dışındaki bir kaynaktan alan yabancı” olarak sınır ötesi hizmet sunucularının tanımı yapılmıştır.

UİK 16. madde 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca sınır ötesi hizmet sunucuları çalışma izni ile ilgili istisnalardan yararlanabilirler.

UİK 16. madde uyarınca istisnai çalışma iznine başvurabilecek olan yabancılar, Kanunda belirtilen değerlendirme koşulları ile ön izin kurumundan ayrılırlar. İstisnai çalışma izni verilebilecek yabancılar açısından idaren çok geniş takdir yetkisi vardır.⁴⁵

2.2.5.5. Turkuaz Kart

Göç kavramı toplu olarak göç etme vasıtalarının kullanılmasının yanında bir ülkeden diğerine ferdi biçimde hareketliliği de sağlar. Türkiye İkinci Dünya Savaşından sonra 1960 tarihinden itibaren yoğun bir şekilde Almanya ilk sırada olmak üzere başka ülkelere de beyin göçü vermiştir. Göç edenler öncelerde kalifiyeli eleman olmakla birlikte göç alan ülkeler vasıflı elemanları çalıştıracakları yönünde göç

⁴⁵ AYAN, s. 123.

politikalarını değiştirmeleriyle ÷lkemizden göç edenler daha yüksek yetenekli kişiler olmuştur. Vasıflı elemanların ÷lkemizde çalışmalarında kolaylık sağlamak ve bu göçleri bir nebze de olsa önleyebilmek adına Uluslararası İşgücü Kanunu'yla Turkuaz Kart uygulaması getirilmiştir.⁴⁶

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında Turkuaz Kart Sahibi olanlar özel statü sahibi yabancılar çerçevesinde değerlendirilir.⁴⁷ Uluslararası İşgücü Kanundaki hedeflerden bir tanesi vasıflı yabancı işgücünü Türk işgücü pazarına getirmektir.⁴⁸

Uluslararası İşgücü Kanunu 11. maddeye göre “Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ÷lke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun gör÷len yabancılar Turkuaz Kart verilir.”

Bu maddede Türkiye'nin eğitim durumuna, mesleki tecrübeleriyle, bilim ve teknoloji alanında gelişime katkı yapacak, Türkiye'ye yapmış olacağı faaliyet ve yatırımlar ile ÷lkemizin bilim seviyesi ve istihdam oranında dolaylı ya da doğrudan katkılarıyla Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileriyle Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenen başkaca koşulları da sağlayan yabancılar Turkuaz Kart verileceği açıklanmıştır.⁴⁹ Anılan uygulama ile uluslararası işgücünün ÷lkemiz ekonomisi, istihdamı ile teknolojisine yapılan katkıların artması amaçlanmıştır.⁵⁰

Turkuaz Kart'ın Uluslararası İşgücü Kanunu 3. madde (ę) bendinde “Yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belge” olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye göre turkuaz sahibi olmaya hak kazanan yabancılar için

⁴⁶ KAÇAR, Gülden, Türkiye'de Beyin Göçü ve Tersine Beyin Göçü Olgularının Değerlendirilmesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Danışman: Ahmet APAY, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, s.7.

⁴⁷ ÇELİKEL, GELGEL, s. 29-30,187-188.

⁴⁸ AYGÜL, s. 141.

⁴⁹ KUTLU, s. 173.

⁵⁰ Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekeçe 20, <http://www.2.tbmm.gov.tr>.

Türkiye’de süresiz çalışmayla ikamet hakkı verilmekle birlikte yakınlarına sadece ikamet izni verilmiştir.⁵¹

Uluslararası İşgücü Kanunu 11. madde 4. fıkrası uyarınca “Turkuaz Kart sahibi yabancı bu Kanunda düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır.” Bu hükme göre Turkuaz Kart sahipleri Türkiye’de seçme ile seçilebilme hakkı, askerlik yapma görevi, ikamet etme, ticari ilişkilerde bulunma, taşınır ve taşınmaz mal edinme, mirasa yönelik işlemler için Türk vatandaşlarına uygulanacak mevzuat esas alınır.

Turkuaz kart Türkiye’nin uluslararası işgücü politikasında albenisini fazlalaştırarak milletlerarası istihdam alanında rekabet açısından önemli bir noktaya gelme imkanı sağlayacaktır. Bu özelliğiyle Turkuaz Kart nitelikli yabancı çalışanların iş hayatına daha çabuk başlamasını sağlayarak yasa dışı çalışmaların da önlenmesini sağlayacaktır.

Turkuaz Kart Yönetmeliği 15. madde 1. fıkrası ile Uluslararası İşgücü Kanunu 11. madde 2. fıkrası uyarınca Turkuaz Kartın verildiği andan itibaren ilk üç yıl geçiş süresi sayılmaktadır. Turkuaz Kart Yönetmeliği 15. madde 1. fıkrasına göre, Genel Müdürlük bu üç yıllık süre içerisinde Turkuaz Kart sahibi yabancı kişinin faaliyetleriyle taahhütlerinin kontrolü amacıyla uzman bir kişi görevlendirir. Görevlendirilmiş olan uzman on iki aylık dönemlerle Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nce belirlenecek içerikle izleme raporunu hazırlar. Kartın sahibi olan yabancıya izleme raporuna ilişkin gereken tüm bilgi ve belgeleri 15 gün içerisinde Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na vermek zorundadır. Rapor doğrultusunda belirlenen eksiklikler Turkuaz Kart sahibi yabancıya bildirilir ve eksikliklerin giderilmesi için üç aylık süre verilir. Bu üç aylık süre içerisinde eksikliklerin giderilmemesi halinde geçiş süresi sona erdirilip Turkuaz Kartın iptal edilmesine karar verilir.

Turkuaz Kart sistemi nitelikli yabancıları kapsamaktadır. Bu uygulama bilim, teknoloji ve sanayi alanında, akademik kariyer anlamında önde olan, ithalat ve ihracat faaliyetlerinde yatırım kapasiteleri yüksek olan yabancılar içindir.⁵² Turkuaz Kart sahibi yabancıların için diğer çalışma izni türlerine sahip yabancıardan farkı,

⁵¹ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 218.

⁵² AYAN, s.161-162.

sadece kart sahibi yabancıya yönelik değil, yabancıнын yakınlarına da ikamet hakkı sağlamaktadır. Turkuaz Kart'ın sadece bireysel sonuçlar ortaya çıkarmayıp, yabancıнын bakmakla yükümlü olduğu yakınlarını da kapsar. Burada, aile bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır.⁵³ Kanımızca Turkuaz Kart sahibi olan yabancıнын yakınlarına ikamet izni verilmesi aile bütünlüğünün korunması açısından isabetli bir karar olmuştur.

Turkuaz kart uygulamasında üç noktaya değinilmelidir. İlk husus Turkuaz kart kendiliğinden süresiz hale gelmemektedir. İkinci husus yasa hükmü uyarınca Turkuaz Kart sahipleri süresiz çalışma iznine ait hakların tümünden faydalanabilir. Üçüncü husus Turkuaz Kart sahibi yabancıнын bakmakla yükümlü bulunduğu yakınları için ikamet izni yerini alır.⁵⁴

2.2.5.6. Nitelik veya Ülke Ekonomisine Katkı Açısından Çalışma İzininin İstisna Olarak Verilebileceği Yabancılar

2.2.5.6.1. Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancılar

Serbest bölge sayılan yerler dış ticaret açısından ülke toprağı sayılmayıp endüstriyel, ticari ve hizmetle alakalı faaliyetlerin serbest olarak yapılp yabancı yatırımcıların bulunduğu resmi özel bir bölgedir. Serbest bölgelerde faaliyet gösterme Serbest Bölgeler Kanunu'na göre belirlenmektedir. Serbest Bölgeler Kanunu 2. madde uyarınca "Türkiye'de serbest bölgelerin yer ve sınırlarını belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir. Serbest bölgelerin, kamu kurum ve kuruluşlarınca, yerli veya yabancı gerçek veya tüzelkişilerce kurulmasına, işletilmesine Cumhurbaşkanınca izin verilir." Yerli ya da yabancı gerçek ya da tüzel kişiler ancak Ekonomi Bakanlığından alınacak ruhsat ile bu bölgelerde faaliyette bulunabilir.⁵⁵

Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik ile Uluslararası İşgücü Kanunu uyarınca serbest bölgede çalıştırılacak yabancıların çalışma izinleri ve muafiyet başvuruları ilk önce Ekonomi Bakanlığı'na yapılır.⁵⁶

⁵³ AYAN, Hasan, Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları, Necmettin Erbakan Üniversitesi HFD, C.1, Konya, 2018, s. 66.

⁵⁴ ERGİN, s. 40.

⁵⁵ ERKEN, Yabancıların Çalışması, s. 176.

⁵⁶ ÇELİKEL, GELGEL, s. 254-255.

Uluslararası İşgücü Kanunu 18. maddesinin 1. Ve 2. bendine göre, “6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu kapsamında çalışacak yabancıların çalışma izni başvuruları Ekonomi Bakanlığına yapılır. Ekonomi Bakanlığı tarafından yapılan değerlendirme neticesinde çalışma izni alması uygun görülen yabancılar Bakanlığa bildirilir. Bu madde kapsamında Ekonomi Bakanlığınca bildirilen yabancılara, bu Kanununun 9. maddesinin birinci fıkrasının (f), (g) ve (ğ) bentleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla Bakanlıkça çalışma izni düzenlenir.”

Ekonomi Bakanlığı’ nca çalışma izni alınması yerinde görülmüş yabancılara ilişkin Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı kimi araştırmalar yapmaktadır. Bu araştırmalar;

Yabancının Türkiye’ye girmesi yasaklanacak ya da vize verilmeyecek bir hal olması veya yabancı için sınır dışı kararı verilmemiş olacak,

Kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı bakımından ülkemizde çalışmasında bir problem bulunmayan kişiler arasında yer alacak,

T.C.’nin tanımadığı ya da diplomatik ilişkilerinin olmadığı devletin vatandaşı bulunmasına rağmen Dışişleri Bakanlığı’ nca olumlu görüşü bildirilmesidir.⁵⁷

Uluslararası İşgücü Kanunu 18. mad. 3. bendine göre “Bu Kanununun 21 inci, 22 nci ve 23 üncü maddeleri, 3218 sayılı Kanun kapsamındaki serbest bölgelerde uygulanmaz. Bu maddelerde düzenlenen konularda 3218 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.” Belirtilmiş olup yasadaki hangi maddelerin anılan maddedeki yabancılara uygulanmayacağını hükme alınmıştır.

2.2.5.6.2. Yabancı Öğrenciler

Türkiye’de yabancı öğrencilerin çalışma durumu Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası’nın 41. maddesi ile Uluslararası İşgücü Yasası 19. maddesinde düzenlenmiştir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 41. maddesine göre, “Türkiye’de örgün öğrenim gören ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencileri, çalışma izni almak kaydıyla çalışabilirler. Ancak, ön lisans ve lisans öğrencileri için çalışma hakkı, ilk yıldan sonra başlar ve ilgili Kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenir. Ön lisans ve lisans öğrencilerinin

⁵⁷ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 176.

çalışma hakkına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından müştereken düzenlenir.” Bu hüküm uyarınca ülkemizde örgün öğretim görmekte olan yabancı yükseköğretim öğrencileri arasında eğitim düzeyleri bakımından hiçbir ayırım yapmamıştır.⁵⁸

Uluslararası İşgücü Kanunu 19. maddesinde ülkemizde herhangi bir yükseköğretim kurumundaki örgün öğretime kaydedilen yabancı öğrenciler, çalışma izni almaları şartıyla Türkiye’de çalışabilecekleri belirtilmiştir. Fakat bu öğrencilerin çalışma hakları kimi sınırlamalar ile şartlara tabi kılınmıştır. UİK 19. maddesinin 2. fıkrasında Ön lisans ve lisans eğitimi gören öğrenciler ilk yılı bitirdikten sonra çalışma izni talebinde bulunabilirler. Bu maddede belirtilen öğrenciler Türk İş Kanunu gereğince sadece kısmi süreli olarak çalışabileceklerdir. Örgün eğitim programlarına kayıtlı lisansüstü öğrencilere yukarıda bahsi geçen sınırlamalar uygulanmayacaktır.

Türkiye’de yüksek Lisans ve doktora öğrenimi gören yabancı öğrenciler, öğrenimlerinin ilk yılından itibaren hiçbir çalışma süresi kısıtlaması olmaksızın UİK’ te belirtilen usullere uyarak Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’ndan çalışma izni alma şartıyla çalışabilirler.⁵⁹ Ancak yabancı öğrencilere bağımsız çalışma olanağı tanınmamıştır.⁶⁰

Uluslararası İşgücü Kanunu 19. maddesi 3. fıkrası uyarınca, “Yabancı öğrencilere verilen çalışma izinleri, geçerli öğrenci ikamet iznini ve bu ikamet izninin sağladığı hakları sona erdirmez.” Bu madde çalışma izninin ikamet izni yerine geçebileceği hükmüne istisna olarak getirilmiştir.⁶¹

Yüksek Öğretim Kurulu nitelikli yabancı öğrencileri okullarını tamamlamalarının ardından Türkiye’de kalmasını daha kolay bir hale getirmek için Türkiye’de doktora eğitimini tamamlayan yabancı ve akademisyenler ile ailelerinin ikamet izni prosedürlerini hızlı hale getirilmesi niyetiyle İkamet İzinleri İle İlgili Protokol ve Veri Paylaşımı İle İlgili Protokol’ü İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ile YÖK arasında imzalanmıştır.⁶²

⁵⁸ DOĞAN, Yabancılar H., s. 233.

⁵⁹ ÇELİKEL, GELGEL, s. 183.

⁶⁰ OLGAÇ, BULUT, s. 11.

⁶¹ ERGİN, s. 41.

⁶² ALİU, Armando/ ÖZTÜRK, İlyas/ ALİU, Dorian/ ÖZKAN, Ömer, Türkiye de Göç Olgusunun Türk Yabancılar Hukuku ve Yabancı Bilim İnsanlarının Türkiye’deki Hakları Çerçevesinde İncelenmesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.1, Konya, 2016, s. 43. bkz.

2.2.5.6.3. *Yabancı Mühendis Ve Mimarlar*

Uluslararası İşgücü Yasası'nın 20. maddesinde ülkemizde çalışmak isteyen yabancı mimar ve mühendislerin çalışma izinleriyle ilgili kıstaslar düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Eğitimini Türkiye'nin herhangi bir üniversitesinde mühendislik ve mimarlık fakültesi ya da yurtdışında YÖK tarafından tanınan bir üniversitede öğrenimini tamamlayarak diplomalarını alan yabancılar, proje süresi boyunca çalışma izni alarak mesleklerini Türkiye'de icra edebilirler. Bunlar haricinde Türkiye'de çalışmak isteyen yabancı mimar ve mühendislerin çalışma izni başvuruları için Türkiye Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği'nce bu kişilerin çalışmasının uygun olduğu yönünde ön izin almaları gerekmektedir.⁶³ UİK 20. maddesi ile getirilen düzenlemenin nedeni bu maddenin gerekçesiyle vasıflı personel görülen ve ülkemizde gerçekleştirilmiş olan kıymetli projelerde kilit rolü alan yabancı mühendislerle mimarların hiçbir işleme gerek olmadan çalışma izni alabilmeleri amaçlanması olarak belirtilmiştir.⁶⁴ Yurtdışında eğitim gören Türk vatandaşları Türkiye'de çalışmak istedikleri zaman YÖK tarafından denklik belgesi aranmasına rağmen mühendislik ve mimarlık eğitimi gören yabancılar için diplomalarının denkliği aranmamaktadır.

2.2.5.6.4. *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Yabancıların Çalışma İzni*

Uluslararası İşgücü Kanunu 17. maddesinde, uluslararası koruma kapsamındaki yabancıların çalışma izinleri hüküm altına alınmıştır. UİK 17. maddesine göre, “6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler.”

Uluslararası İşgücü Kanunu İle Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası kapsamındaki mülteci ve ikincil koruma statüsüne sahip olan

https://erbakan.edu.tr/storage/files/department/sosyalbilimlerenstitusu/SBE_DERGI/SOSYAL%20BILIMLER%20DERGI%203.SAYI-11082017_MAIL.pdf

⁶³ ERGİN, s. 42.

⁶⁴ Maddenin gerekçesi için <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf>

yabancılar⁶⁵ ile şartlı mültecilerin çalışma izinleriyle ilgili ayrı düzenlemeler yer alır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 83. madde uyarınca mülteciler ile ikincil koruma statüsüne sahip yabancılara “uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi” verileceği hükme alınmıştır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 89. madde 4. fıkrası b bendine göre uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesinin, çalışma izni yerini aldığı düzenlenmiştir. Bu nedenle AÇSHB’den çalışma izni almaları gerekmez. Belirtilen kişiler, Özel Kanunlarda yabancı kişilere yasaklanmış olan meslek ile işler dışında, uluslararası koruma statüsü almalarından itibaren, kimlikleriyle bağlı ya da bağımsız çalışma hakkına sahip olurlar.⁶⁶

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 89. madde 4. fıkra (c) bendi mülteciler ile ikincil koruma statüsüne sahip yabancıların çalışma hakkının kimi hallerde sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Bu madde uyarınca “Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektöre ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye’de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz.”

Anılan Kanunun sözü edilen maddesi uyarınca Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bahsedilen yönetmeliğin yayımlanmasından sonra Uluslararası İşgücü Kanunu çıkarılmıştır. Bu nedenle ikincil koruma statüsü sahipleri ile mültecilerin çalışabilmeleri için Yabancılar ve Uluslararası Koruma

⁶⁵ İkincil koruma statüsüne sahip olanlar; Mülteci ya da şartlı mülteci olarak belirtilemeyen, fakat menşe ülkesi ya da ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; 1) İdam cezasına mahkûm olacak ya da idam cezası infaz edilecek, 2) İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muamele yapılacak, 3) Uluslararası ya da ülke genelindeki silahlı çatışma hallerinde, ayırım gözetmeyen şiddet faaliyetleri sebebiyle kişiliğine yönelik ciddi bir tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesi ya da ikamet ülkesinin korumasından faydalanamayan ya da söz konusu tehdit sebebiyle yararlanmak istemeyen yabancı veya vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statüyü ifade eder. bkz. <https://www.goc.gov.tr/ikincil-koruma>

⁶⁶ ÇELİKEL, GELGEL s. 191,192.

Kanunu ve Uluslararası İşgücü Yasası normlarının beraber değerlendirmeye alınması gerekir.⁶⁷

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 89. madde 4. fıkra (b) bendinde yer alan kimlik belgesinin çalışma izninin yerini aldığıyla ilgili düzenleme sadece ikincil koruma statüsüne sahip yabancılar ve mültecilere ait olup şartlı mültecileri kapsamaz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 89. madde 4. fıkra a bendine göre şartlı mülteciler uluslararası koruma talebinde bulunduktan altı ay sonra çalışma izni alma talebinde bulunabilirler. Uluslararası İşgücü Kanunu 16. madde 1. fıkrasının (f) bendiyle 17. maddesine göre şartlı mültecilerin ülkemizde çalışmaları için istisnai çalışma izni alması zorunludur.⁶⁸

Uluslararası İşgücü Kanunu 17. madde 2. fıkrası ikincil koruma statüsüne sahip yabancılar, mülteciler ya da şartlı mültecilerin çalışma izin ve muafiyetlerinin verilebilmesi için İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşünün alınması gerekir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 17. madde 5. fıkrası (a) bendinde uluslararası koruma talebinin geri alınması ya da geri alınmış sayılması, koruma statüsünün sona bulması ya da iptal durumunda İçişleri Bakanlığı'nın bildiriyle verilen çalışma izniyle muafiyeti Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na iptal edilir. Anılan kişilerin statüsünü kaybetmesi çalışma izinlerini sona erdirecektir.⁶⁹

2.2.5.6.5. Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Çalışma İzni

Türkiye'de geçici koruma statüsündeki yabancılar fazla sayıda olmaları, ülkede kalma sürelerinin artması, iş gücü pazarı ile ücretlere kimi tesirleri bulunmaktadır. Öncelikle iş gücü pazarında meydana gelen başlıca etki yabancıların düşük iş gücü şeklinde çalıştırılmasıyla başlamaktadır. Yasa dışı işçi çalıştırıp Kanuna uygun çalıştıran işveren arasında haksız rekabet meydana gelir.⁷⁰ Haksız rekabetin önüne geçmek, yasa dışı çalıştırmayı önlemek ile iş gücü pazarında eşitliğin sağlanması amacıyla kimi özel düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶⁷ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 225.

⁶⁸ KUTLU, s. 82.

⁶⁹ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 227.

⁷⁰ NURDUĞAN, Ali Kemal; DUR, Ali İhsan Burak; ÖZTÜRK, Mustafa, Türkiye'nin Mülteci Sorunu ve Suriye Krizinin Mülteci Sorununa Etkileri, İş ve Hayat Dergisi, S.4, 2016, s. 231,232. bkz. <http://static.dergipark.org.tr/article-download/9c9a/6604/21e2/imp-JA25NH55BZ-0.pdf?>

Geçici Koruma Statüsündeki yabancılarla ilgili hükümler Uluslararası İşgücü Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliğinde yer almaktadır. Bu statüdeki yabancıların ülkemizde çalışmalarına ilişkin Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik yayımlanmıştır. Ülkemizde bulunan yabancıların genelini sözü edilen statüdeki yabancılar oluşturduğundan özel bir yönetmelik kapsamında düzenlenmesi çalışma koşullarının belirlenmesi yerinde olmuştur.⁷¹

Geçici koruma sahibi yabancılar, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 3. maddesinin 1. fıkrasının (r) bendinde sayılan uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar arasında bulunmamaktadır. Geçici koruma statüsü idarenin takdir yetkisinde olup Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.⁷²

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 91. maddesinin 2. fıkrasına göre “Bu kişilerin Türkiye’ye kabulü, Türkiye’de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye’den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, Geçici Koruma Yönetmeliği ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile geçici koruma statüsünde yer alan yabancıların çalışma izinleri düzenlenmiştir.

Geçici koruma statüsü bulunan yabancılar Uluslararası İşgücü Kanunu 17. madde 1. fıkrası uyarınca geçici koruma kimlik belgesi tanzim edilmesinin üzerinden altı ay geçtikten sonra çalışma izni ya da muafiyet almak amacıyla başvuruda bulunabilirler.

Geçici koruma kimlik belgesi sahibi yabancıların Türkiye’de çalışmaları için Geçici Koruma Yönetmeliği 29. maddenin 2. fıkrası ile Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’ndan izin almaları gerektiği

⁷¹ AYAN, s. 140.

⁷² EKŞİ, Koruma H., s. 194-202.

hükme alınmıştır. Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmeliği 5. maddenin 2. fıkrası Geçici koruma statüsünde yer alan yabancıların çalışma izni başvurusu işveren tarafından e-Devlet aracılığıyla Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na yapılacaktır.

2.2.6. Çalışma İzni Muafiyeti

Yabancıların Türkiye'de çalışmalarına başlamadan evvel kural çalışma izni alması gerekmele birlikte kimi yabancıların çalışma izni alma yükümlülükleri yoktur. Bu nedenle çalışma izni alma yükümlülüğü bulunmayan yabancılar diğerlerine göre daha avantajlı olduğu söylenebilir.⁷³ Çalışma izni alma yükümlülüğü olmayanlar çalışma izni alma muafiyeti bulunan yabancılardır. Ancak bu yabancılar muafiyetlerine dayanarak direkt çalışamazlar. Anılan yabancılar çalışma izninden ayrık tutulmakla beraber çalışma izni muafiyet kaydının var olması koşulu söz konusudur. Fakat Uluslararası İşgücü Kanunu 13. madde 1. fıkra uyarınca çalışma izni alma muafiyet belgesi alma mecburiyetleri vardır.⁷⁴

Uluslararası İşgücü Kanunu 6. madde 3. fıkra uyarınca farklı yasalar ya da ülkemizin tarafı bulunduğu anlaşmalar ya da uluslararası sözleşmeler içerisinde çalışma izni almaksızın çalışma hakkı tanınan yabancılar sözü edilen Kanuna göre çalışabilmekte ve çalıştırılabilmektedirler. Anılan yabancıların çalışma izni alma mecburiyetleri yoktur.⁷⁵

Uluslararası İşgücü Kanunu 13. madde 2. fıkrası uyarınca muafiyet başvuruları yurtiçinde Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na yurtdışında ise yabancı kişinin vatandaşı bulunduğu ya da kanuni olarak bulunmakta olduğu ülkedeki T.C. büyükelçiliği veya başkonsolosluğuna yapılmaktadır. Yurtdışından yapılmış olan başvurular T.C. Büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarca Aile Çalışma ve Sosyal Hizmet Bakanlığı'na iletilmektedir.

Hangi yabancıların çalışma izni muafiyet belgesi alabilecekleri konusunda Uluslararası İşgücü Kanununda açık bir ifade yer almamaktadır. Ancak ülkemizin de tarafı bulunduğu iki ya da çok taraflı sözleşmeler ile çalışma izni muafiyeti

⁷³ ERTEN, Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçerisindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 112.

⁷⁴ EKŞİ, Yabancılar H. , s. 105.

⁷⁵ ÇELİKEL, GELGEL, s. 179-182.

öngörülebilir anlaşmalar çerçevesinde Türkiye’de çalışmak isteyen yabancıların çalışma izni muafiyetleri vardır. Bu yabancılar buna ilişkin kurumlara müracaat ederek çalışma izni muafiyet belgesi alabilir.⁷⁶

Uluslararası İşgücü Kanunu 14. maddesinde yabancı devletlerin ülkemizdeki diplomatik, konsüller temsilciliklerinin tabi birimi şeklinde faaliyetlerini göstermekte olduğu okullar, kültür kurumları ve din kurumlarında görev yapan yabancılarla buralarda diplomatik kadrolu üye, konsolosluk memuriyeti, idari- teknik kadro üyeliği ile konsolosluk hizmeti, ülkemizdeki milletlerarası kuruluşlarda uluslararası memur, idari- teknik personel şeklinde görevli bulunan kişilerin eşleri, çocukları, mütekbiliyet kıstasına göre belirlenen yakınları ile hususi hizmetinde çalışmakta olan yabancılar, çalışma izni muafiyet belgesini alıp Türkiye’de çalışabileceği düzenlenmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 13. maddenin 7. fıkrası ile,

- TTK’ ya göre kurulan anonim şirketlerinin ülkemizde ikamet etmeyip yönetim kurulunun üyesiyle diğer şirketlerdeki yönetici niteliğinde bulunmayan ortağı

- Türkiye’de gerçekleştirmiş olduğu faaliyetini 180 gün içerisinde 90 günü aşmayan sınırötesi hizmet sunucusu çalışma izni muafiyet belgesi olarak Türkiye’de çalışabileceği belirtilmiştir.

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Yasasının Uygulama Yönetmeliği’nde özel yasalarda belirtilmiş hükümler gizli kalma koşuluyla yabancıların ve onların işverenlerinin farklı yasalardan kaynaklanan mükellefiyetlerini yapma şartıyla;⁷⁷

1- Türkiye’nin tarafı bulunduğu iki ya da çok taraflı anlaşmalarla çalışma izni muafiyeti olanların,

2- Sürekli ikametgahları yurtdışında bulunup bilimsel alanda, kültür alanında ve sanat faaliyetleri niyetiyle bir aydan kısa, spor faaliyetleri hedefiyle dört aydan kısa süreyle geçici şekilde ülkemize gelecek yabancıların,

3- Ülkemize ithal edilmiş makine ile donanımının montajının, bakımıyla onarımının, kullanımıyla ilgili eğitim verilmesi ya da donanımı teslim almak ya da ülkemizde arızalanan vasıtanın tamir edilmesi niyetiyle; Türkiye’ye girme tarihi itibariyle bir sene içerisinde toplam üç ayı geçmeyecek ve bu durumu sunacağı evraklarla ispatlamak şartıyla gelenlerin,

⁷⁶ YILMAZ, s. 99,100.

⁷⁷ AYAN, s. 125.

4- Ülkemizden ihraç edilmiş veya ülkemize ithal edilmiş mallar ile hizmetlerin kullanımıyla ilgili eğitim vermeye dayalı ülkemize giriş tarihi itibariyle bir yıl içerisinde toplam üç ayı aşmamak ve buna ilişkin durumu sunacağı evraklar ile ispatlamak şartıyla Türkiye’de bulunanların,

5- Belgelendirilmiş turizm işletmeleri sınırları haricinde faaliyette bulunacağı fuarlar ile sirklerde gösteriler ile buna benzer işlerde görev alarak ülkemize giriş tarihi itibariyle altı ayı aşmamak ve bu duruma ilişkin sunacağı evraklar ile ispatlamak şartıyla bulunanların,

6- İki yılı aşmamak ve eğitim süreciyle kısıtlı olarak durumunu sunacağı evraklar ile ispatlayarak yükseköğretim kurumlarıyla kamu kurumları ve kuruluşlarına bilgileriyle öngörülerini fazlaştırmak amacıyla gelmiş yabancıların,

7- Sosyo-kültürel alanlar, teknoloji alanlarıyla eğitim hususlarında altı ayı geçmeyen süreçte ülkemize hatrı sayılır hizmetlerle katkılar sağlayabileceği bu konuya ilişkin merciler tarafından bildirilenlerin,

8- AB Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığının (Ulusal Ajans) yürütmekte olduğu programlar çerçevesinde gelecek yabancı kişilerin programları süresince,

9- Kapsamı ve süreci hususunda Bakanlık, İçişleri ve Dışişleri Bakanlığıyla YÖK Başkanlığının anlaştığı, milletlerarası stajyer öğrenci programı kapsamında stajını yapacak yabancıların,

10- Görev süresi sekiz ayı geçmemek kaydıyla Türkiye’ye gelen tur operatörü temsilcisi yabancıların,

11- Türkiye Futbol Federasyonu ya da Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından başvurusu yerinde görülenler yabancı futbolcularla diğer sporcular ve antrenörlerin sözleşme süreleri boyunca,

12- Gemi adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme’nin I/10 kuralına göre ülkelerle yapılmış ikili protokollerin gereğince, ilgili idareden “Uygunluk Onayı Belgesi” almış Türk Uluslararası Gemi Siciline kaydolun ve kabotaj hattı haricinde çalışmakta olan gemilerdeki görevli yabancı gemi adamlarının,

13- Türkiye AB Mali İşbirliği Programları çerçevesinde yürütülmekte olan projelerde görevlendirilmiş yabancı uzmanların, görev yaptıkları süre boyu, çalışma izni almalarına gerek yoktur.

Bu kişiler dışında hangi yabancıların çalışma izni muafiyeti alıp ülkemizde çalışabileceği Uluslararası İşgücü Kanununun Uygulanmasına İlişkin çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır.⁷⁸

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 27. madde ile Uluslararası İşgücü Yasası 12. madde 1. fıkrasında belirtilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesinin ikamet izni yerini tutacağı belirtilmiştir. Bundan ötürü Çalışma İzni Muafiyeti alan mülteciler ile ikincil koruma statüsü sahiplerinin ikamet izni almalarına gerek yoktur.

2.2.6.1. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyetinin Süresi ve Uzatılması

Uluslararası İşgücü Kanunu 13. madde 6. fıkrasına göre “Çalışma izni muafiyetiyle geçirilen süreler, kanuni çalışma izni veya ikamet izni sürelerinin hesabında dikkate alınmaz.” Çalışma izni muafiyetince geçen süreler çalışma izni ya da ikamet izni sürelerinin hesabı yapılırken göz önüne alınması sonucunda çalışma hakkı kısıtlanabileceğinden bu durumun önüne geçmek için UİK 13/6 hükmü getirilmiştir.⁷⁹

Uluslararası İşgücü Kanunu 24. madde 1. fıkrasında çalışma izni ve muafiyeti yabancı kişilerin pasaport ya da pasaport yerine geçen belgelerin altmış gün daha kısa süreli ve her bir yabancı için ayrı verileceği hüküm altına alınmıştır.

Uluslararası İşgücü Kanunu 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Çalışma izni uzatma başvurusu, çalışma izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her durumda çalışma izni süresi dolmadan yapılır. Bu süre dolduktan sonra yapılan çalışma izni başvuruları reddedilir.” Sözü edilen süreç içerisinde başvuru yapılmaz ise ilk kez çalışma izni başvurusunda bulunan kişilerin bağlı olduğu kıstaslar uyarınca işlem görürler. Çalışma izninin uzatılması durumunda iznin başlama tarihi önceki çalışma izninin son bulunduğu tarih kabul edilir. İzin başvurusunda bilgi eksikliği ya da eksik belge olması durumunda eksik hususlar giderilinceye kadar değerlendirme ertelenmektedir. Ertelemenin süreci belge ya da bilgi eksikliklerinin giderilmesini geciktirmekte olan mücbir nedenin olması hallerde resmi makamların belge oluşturduğu durumlar haricinde otuz günü geçemez. Erteleme süreci sonlanana kadar

⁷⁸ KUTLU, s. 86.

⁷⁹ SAYGICI, s. 101.

giderilmeyen eksiklikler varsa başvuru reddedilmektedir. Prosedüre uyularak yapılan başvurunun değerlendirilmesi evrakların tam olması koşuluyla otuz günde tamamlanır.⁸⁰

Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 45. madde 3. fıkrasına göre, “Yurt içinden yapılacak çalışma izni muafiyeti başvuruları yabancı tarafından, vize veya vize muafiyeti süresini geçmemek ve yasal olarak Türkiye’de bulunması kaydıyla Türkiye’ye giriş tarihinden itibaren en geç doksan gün içinde yapılır.”

2.2.6.2. Çalışma İzni İle Çalışma İzni Muafiyetinin İkamet İzni Sayılması

Uluslararası İşgücü Kanunu 12. madde 1. fıkrası uyarınca verilmiş olan çalışma izni ya da çalışma izni muafiyeti, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası 27. maddeye göre ikamet izni yerine geçebileceği hükme alınmıştır. Bu madde hükümleri gereği çalışma izniyle çalışma izni muafiyeti bulunan yabancı kişiler, başka bir işlem gerekmeden ikamet izni sahibi olabileceklerdir. Fakat Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası’nda tanımlanmış olan mülteci veya ikincil koruma statüsüne sahip yabancılar haricinde başka bir sebeple yabancının ikamet izninin bulunması yabancı kişiye çalışma hakkı vermez.⁸¹

2.2.7. Çalışma İzninin Sınırlandırılması

Yabancıların çalışma yaşamına ayak uydurması fertler arasında ekonomik bakımdan istikrara etkisi dokunacaktır. Bu nedenle devletler yabancıya çalışma izni verirken acele etmeden bu iznin idare tarafından onaylanması durumunda bile yabancı kişinin ülke içinde tamamen serbest olarak çalışabilmesini istemezler.⁸² Uluslararası İşgücü Kanunu 12. maddenin 2 ile 3. fıkrası uyarınca çalışma izinlerinin sınırlandırılmasında iki ayrı düzenleme yer almaktadır. Uluslararası İşgücü Kanunu 12. madde 2. fıkrasına göre yurt dışından yapılmış başvuruya dayalı olarak çalışma izni verilmiş yabancının, çalışma izninin geçerliliği başladığı tarih itibariyle altı ay

⁸⁰ ERGİN, s. 52.

⁸¹ KUTLU, s. 87.

⁸² OLGAÇ, Cüneyt, BULUT, Mehmet, Türkiye’de Çalışan Yabancıların Çalışma İzinleri ve Sosyal Güvenliği, Maliye Ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, s. 33; TEMİR, Arif, Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2015, s.34.

içerisinde ülkemize gelme mecburiyeti vardır. Bu zaman diliminde Türkiye'ye gelmeyen yabancı kişinin çalışma izni iptal edileceği belirtilmiştir.

Çalışma izinlerinin sınırlandırılmasının altında yatan neden izni verecek devletin menfaatlerinin korunmasıdır. Çalışma izni isteminde bulunan yabancı kişinin ülkenin denetimi altında çalıştırılması, yabancı ile ülkenin vatandaşının çalışma hakkının yarış halinde olduğu zamanlarda önem taşır.⁸³

Uluslararası İşgücü Kanunu 12. madde 3. fıkrasında ülkemizin tarafı olduğu iki yada çok taraflı sözleşmeler ile sağlanmış haklar gizli kalmak üzere mütekabiliyet ilkesinin sınırları içinde çalışma izinleri; iş piyasasındaki durumla çalışma yaşamındaki ilerlemeler, istihdamla ilgili sektör ve ekonomik konjonktür şartlarının gerekli olduğu durumlarda belli bir süreliğine tarım, sanayi ya da hizmet sektörü, belli bir meslek, iş kolu ya da mülki ile coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. UİK kapsamında belirlenmiş olan çalışma iznine ilişkin ikinci sınırlama bazı durumların dikkate alınması sonucunda verilecek bir karar ile meydana getirilebilecektir. UİK' nin mad. 12/3'te sınırlamaya ilişkin kararın hangi makamlarca alınacağı belirlenmemiştir. Fakat bu maddenin gerekçesinden sınırlama kararının Cumhurbaşkanına ait olduğu görülmektedir.⁸⁴

Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 26. madde 9. fıkra uyarınca işverene bağlı olup, çalışma izni olan yabancıların, mücbir nedenler dışında izin verilmiş olduğu tarihten başlayarak altı ay süreyle bir farklı işyerinde çalışmak için yurt içinden çalışma izni talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Fakat Milli Koruma Kanunu gereği devlet yabancı işçinin çalışacak olduğu işyerinin bulunduğu işletmeye el koyduğu takdirde mücbir neden söz konusu olmakla yabancı, farklı işyerlerinde çalışmak için yurt içinden çalışma izni başvurusunda bulunabilir.

2.2.8. Çalışma İzni Başvurusunun Değerlendirilmesi

Uluslararası İşgücü Kanunu 7. madde 4. , 5. , 6. fıkrasında çalışma izni başvurusu değerlendirilmesindeki esaslar hükme altına alınmıştır.

Uluslararası İşgücü Kanunu 7. madde 4. fıkrasında çalışma izni başvuruları uluslararası işgücü politikası uyarınca değerlendirilmektedir. Uluslararası İşgücü

⁸³ ÇİÇEKLİ, Çalışma İ., s. 40.

⁸⁴ AYAN, s. 129,130.

Kanunu 4. madde 2. fıkrası uyarınca “Uluslararası işgücü politikası; uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektöre ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyuğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliğı ve kamu sağlığı dikkate alınarak belirlenir.”

Çalışma İzni başvurularının değerlendirilmesi Uluslararası İşgücü Kanunu 7. madde 5. fıkraya göre Aile Çalışma ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nca uygun görüldüğü durumlarda, ilgili kamu kurumlarıyla ve kuruluşlarla kamu kurumu vasfındaki meslek kuruluşlarının görüşü de değerlendirmeye alınmaktadır.

Uluslararası İşgücü Kanunu 7. madde 6. fıkrası ile Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından “çalışma izni puanlama sistemi” oluşturulmasında kullanılacak kriterlerin belirleneceğı hüküm altına alınmıştır. Bu sistem Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu’nun kararları yönünde Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca oluşturulur. Çalışma izni puanlama sisteminin getirilmesindeki amaç nitelik ile nicelik bakımından ayrı değerlendirme metotlarına imkan sağlaması, yabancı yatırımcı ile nitelikli yabancılar için çalışma izinlerinin verilmesine bağı nesnel kriterler getirilmesi hedeflenmiştir.

2.2.9. Çalışma İzni Reddedilmesi

Yabancıların çalışması yasak olan iş ile mesleklere dair hükümlere ilişkin ve ulusal ve uluslararası mevzuata uyulmadığının tespit edilmesi durumunda çalışma izni ya da çalışma izninin uzatılması başvurusu reddedilir.

Mesleki hizmet alanında çalışacak olan yabancılar için ulusal ve uluslararası mesleki örgütlerden meslekten çıkarılma cezası almadığı, üyeliklerini, çalışmış oldukları meslekler ile son altı ayda mesleki yeterliliğini gösteren belgeleri başvurma esnasında başvuru formuna eklemeleri gerekir. Meslekten çıkarma cezası alan ve akademik yeterliliğı bulunmayan yabancıların başvuru yapmaları muhtemel değildir.⁸⁵

Çalışma izni başvurusunun reddedileceğı durumlar Uluslararası İşgücü Kanunu 9. mad.’ de belirtilmiştir. UİK 9. maddeye göre;

⁸⁵ TEMİR, s. 34.

- a) Uluslararası işgücü siyasetine uymayan,
- b) Sahte ya da yanıltan bilgiler ve belgeler ile yapılan,
- c) Yabancı işçi çalıştırılmasıyla ilgili öne sürülen gerekçe yeterli bulunmayan,
- ç) Başka yasalarda T.C. vatandaşlarına özgülenmiş işler ile meslekler için yapılmış olan,
- d) Gerekli vasıflar ile uzmanlığı barındırmadığı anlaşılmış yabancılarla ilgili olan,
- e) Bakanlık tarafından belirtilmiş değerlendirme ölçütlerini karşılamayan,
- f) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası'nın 7, 15 ve 54. madde kapsamında bulunduğu İçişleri Bakanlığın tarafından bildirilmiş yabancılarla ilgili olan,
- g) Kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı bakımından Türkiye'de çalışabilmesinde mahzur bulunan yabancılarla ilgili olan,
- ğ) Dışişleri Bakanlığının uygun görmesi hali dışında, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı ya da diplomatik ilişkisi bulunmayan ülkelerin vatandaşı olanlar için yapılmış olan,
- h) Kanuni süresi içerisinde yapılmamış ya da eksik olan bilgi ya da belgeler tamamlanmamış,
başvurular reddedilir.

2.2.10. Çalışma İzni İle Çalışma İzni Muafiyetinin Geçerliliği ve İptali

Çalışma izinleri ile muafiyetlerinin sınırlandırılmaksızın yabancılarla verilmesi hali ya da izin verilmesinin ardından herhangi bir kontrolün yapılmaması devlet üzerindeki çalışma sulhuna menfi bir etki yaratacaktır. Bundan ötürü çalışma izinleri ile muafiyetlerinin verildiği tarihten süresinin sonlandığı, ek süre verilmediği ya da iptaline değin devam eden bir denetimin olması gerekir.⁸⁶

Çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti iki durumda geçersiz hale gelmektedir. Bu iki durum;

Uluslararası İşgücü Kanunu15. madde 1. fıkrası uyarınca, çalışma izni ve çalışma muafiyeti sürelerinin son bulması ile Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca çalışma izni ve çalışma izni muafiyetinin iptal edilmesidir.

⁸⁶ DOĞAN, Yabancılar H. , s. 223.

Uluslararası İşgücü Kanunu 15. maddesinin 2. fıkrası çalışma izni ya da çalışma izni muafiyetinin, yabancı ya da işverenin talebi üzerine iptal edilebilir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 15. maddesinin 2. fıkrasında hiçbir talep olmadan çalışma izniyle muafiyetinin iptal edilmesi durumunu gerektiren nedenler,

1) Çalışma izni ya da muafiyetin geçerlilik tarihi itibarıyla altı ay içerisinde Türkiye'ye gelinmemesi,

2) İçişleri Bakanlığı ya da Dışişleri Bakanlığının yerindedir görüşü olması durumu dışında, pasaportunun ya da pasaport yerini tutan belgenin geçerlilik tarihinin uzatılmamış olması,

3) Bu yasada belirtilmiş maddelere uygun biçimde çalışmadığının tespit edilmesi,

4) Yabancı kişinin çalışmasının bir nedenden ötürü sonlanması,

5) Çalışma izni başvurusu sahte ya da yanlış bilgiler ve belgeler ile yapılmış olduğunun daha sonra tespit edilmesi,

6) 11. mad. kapsamında bulunmasıyla geçiş süreci içerisinde talep edilmiş bilgiler ile belgeleri ibraz etmemesi veya bunların vasfını yitirdiğinin anlaşılması,

7) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 7. maddesinde yer alan ülkemize girmelerine izin verilemeyecek olan yabancılar, 15. maddesinde belirtilen vize verilemeyecek olan yabancılar ve 54. madde çerçevesinde haklarında sınır dışı edebilme kararı alınabilen kişilerden olmasının İçişleri Bakanlığının tarafından bildirimi,

8) Kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı bakımından Türkiye'de çalışması açısından mahzur olduğuna ilişkin kamu kurum ve kuruluşların tarafından bildirilmesi,

9) Sağlık nedenleri ya da mecburi kamu görevi benzeri mücbir nedenler haricinde süreli çalışma izninde ara vermeksizin olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması,

10) Turkuaz Kart sahip bulunması durumunda yurtdışında kalma süresinin Bakanlık tarafından belirlenmiş olan süreyi geçmesi olarak belirlenmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 60. madde 1. fıkrada bendinde, sözü geçen yönetmeliğin 16. maddesine göre çalışma iznini etkin hale getirilememesi iptal nedeni olarak gösterilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı 60. madde 2. fıkrasına göre çalışma izni süresi sona ermeden işverence iptal başvurusunda

bulunulması halinde, Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na talep ulaştığı tarihte iptal edilir.

2.2.11. Çalışma İzin Belgesinin İadesi

Aile çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, çalışma izni verilmiş yabancı işçi çalışmaya başlamaz ya da farklı firmada çalışmak için başvuruda bulunması durumunda sebeplerle ilgili değerlendirmenin sonucu daha önce verilen izin belgesinin iade edilmesini isteyebilecektir. İptal edilen çalışma izinlerinin orijinallerinin yabancı işçi tarafından bildirim yapılmış olduğu tarih itibarıyla bir hafta içerisinde Aile çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına iade edilmesi mecburidir.⁸⁷

2.2.12. Çalışma İzninin Geçerliliğini Kaybetmesi

Çalışma izni süre sonunda sona ermesinin haricinde, yabancı işçinin ikamet tezkeresinin bir sebepten ötürü geçersiz olması veya geçerlilik süresinin uzatılmaması İçişleri ya da Dışişleri Bakanlıklarının uygun görüşü bulunması dışında yabancı işçinin pasaportu ya da pasaport yerini tutan belgenin geçerlilik süresinin uzatılmaması, yabancı işçinin olağanüstü nedenler haricinde aralıksız şekilde altı aydan uzun bir süre yurtdışında bulunması durumlarında izin geçerliliğini kaybetmektedir.⁸⁸

2.2.13. İtiraz, Bildirim ve İzin Alma Yükümlülüğüne Uymamanın Yaptırımı

2.2.13.1. İtiraz ve Yargı Yolu

Çalışma izni veya muafiyet başvurularının reddi veya belgelerin iptal edilmesi durumunda Uluslararası İşgücü Kanunu yabancıların çalışma izinleriyle ilgili verilen kararlara karşı başvurulacak olan yargı yoluna ilişkin 21. maddesine göre “Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusunun reddi ve düzenlenen belgelerin iptali kararları, yabancı çalıştıran işverene veya bağımsız çalışma izni, süresiz çalışma izni ya da Turkuaz Kart sahibi yabancıya 11.12.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir.”⁸⁹ Bu maddeye göre, yabancıların itiraz ve

⁸⁷ TEMİR, s. 35.

⁸⁸ TEMİR, s. 35.

⁸⁹ TEMİR, s. 141.

idari yargı yoluna başvurularından evvel çalışma izni ya da çalışma izni muafiyeti başvurularının reddinin veya çalışma izni ya da çalışma izni muafiyetine ilişkin belgelerin, yabancının kendisine veya yabancıyı çalıştıran işverene tebliğ edilmesi gerekir.⁹⁰

Uluslararası İşgücü Kanunu 21. maddenin 2. fıkrası uyarınca, kendilerine ret ile iptal kararları tebliğ edilen yabancılar Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın vermiş olduğu ret ile iptal kararlarına karşın tebliğ tarihi itibarıyla otuz gün içerisinde Bakanlığa itiraz edebilmektedirler. Bu hüküm idarî yargılama yoluna gitmeden evvel itiraz etme yükümlülüğü getiren istisnai bir maddedir. İdareye mecburi başvuru yoluna gidilmeden idari yargıda dava açılmış olması halinde, idari merci tecavüzü ya da sürenin geçmesi nedeniyle dava reddedilebilecektir. Bu nedenle, idari yargı yoluna gidebilmek için ilk önce Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına süre içerisinde itiraz edilip iç hukuk yolları tüketilmesi gerekmektedir.⁹¹

İtiraz başvurusu reddedilmiş olan yabancıya ilişkin karar için idari yargı yoluna başvurulabilmektedir. Anılan hükümde, idareye itiraz süreci otuz gün olarak belirlenmiş olup idare mahkemelerinde dava açma süresi belirtilmemiştir. Bu nedenle görevli ve yetkili mahkemede, dava açma süresi ve yargılama usulüne ilişkin İYUK' un uygulaması gerekir.

İYUK' nin 7. madde 1. fıkrası uyarınca, dava açma süresi, Özel Kanunlarda ayrıyeten belirtilmeyen durumlarda, Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde ise otuz gündür. Bu düzenleme uyarınca, AÇSHB' nin kararlarına karşı idare mahkemelerinde altmış gün içerisinde dava açılabilecektir.⁹²

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca yabancıların çalışma izinlerine ilişkin verilen kararlara karşı açılacak davada görevli mahkeme idare mahkemeleridir. İdari Yargılama Usulü Kanunu 32. maddeye göre, davaya konu olan idari işlemi ya da idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu 45. madde 1. fıkrasına göre, idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı, diğer Kanunlarda farklı bir Kanun yolu

⁹⁰ AYAN, s. 100.

⁹¹ SAYGICI, s. 115.

⁹² EKŞİ, Koruma H. , s. 255.

öngörülse de, kararın tebliğinden itibaren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu 46. madde uyarınca bölge idare mahkemelerince verilmiş hangi kararlara karşı kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz yoluna gidilebileceği sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Sayılmış olan kararlar arasında Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına çalışma izinlerine ilişkin olarak verilen kararlar belirtilmemiştir. Bu verilen kararlara ilişkin temyiz yolunun açık olmadığı söylenebilir.⁹³

Uluslararası İşgücü Kanunu, 18. maddenin 1. fıkrasında, Serbest Bölgeler Kanunu uyarınca çalışacak olan yabancıların çalışma izni başvurularını Ekonomi Bakanlığı'na yapacağı ve Bakanlığın değerlendirmesi sonunda çalışma izni alması uygun görülen yabancıların Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bildirileceği bunun sonucunda Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından çalışma izinlerinin düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Temyiz yolunun açık tutulduğu anlaşılacak birtakım hükümler mevcuttur.

İdari Yargılama Usulü Kanunu 46. madde (k) bendi uyarınca Serbest Bölgeler Kanunu uygulanmasından doğan davalar için temyiz yolunun açık olduğu düzenlenmiştir.

İki ayrı Kanundaki düzenlemelerin bir arada yorumlanıp yorumlanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme olmayışı Ekşi tarafından eleştirilmiştir. Ekşi'ye göre, yabancıların çalışma izinleriyle ilgili davalarda istinafta verilen kararlar kesin hüküm niteliğinde olup temyiz yolu kapalı olacağı kabul edilmelidir. Katıldığımız görüşe göre, yabancıların çalışma izinlerine ilişkin davaları temyize tabi davalar kapsamında değerlendirmek, İdari Yargılama Usulü Kanunu 46. maddenin kapsamını genişletmek olacaktır.⁹⁴ Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu 46. maddede temyize tabi davalar sınırlı sayıda belirtilmiş olduğundan bu maddenin kapsamının geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Serbest Bölgeler Kanunu'ndan doğan davalara ilişkin kararlardan temyiz edilebilecekler arasında yabancıların çalışma izinlerine ilişkin davalar yer almamaktadır. Fakat, serbest bölgelerin kuruluşu, yerleri

⁹³ EKŞİ, Koruma H. , s. 253.

⁹⁴ SAYGICI, s. 116.

ve sınırları ile faaliyet konuları belirlenmesi, yönetimi ve işletilmesiyle ilgili kararlara karşı temyiz yolu açıktır.

Taraflara ait uyuşmazlık itiraz yolu ile çözümlenemez ise ilgililer bu ret kararına karşı davanın konusu olan ve işlemin yapıldığı idari makamın bulunduğu yer idare mahkemesine dava açılması gereklidir.⁹⁵ Dava konusu çalışma izni ya da muafiyeti esas alan idari işlemdir. Bu yönde açılacak olan dava iptal davasıdır. Yasada herhangi bir dava açma süresi belirtilmediğinden idari yargıda genel dava açma süresi altmış gün içinde dava açılır. Buna ilişkin süreler Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına itiraz edilmesi ve sonucun ilgisine tebliğ tarihi itibarıyla başlar.⁹⁶

2.2.13.2. Bildirim ve İzin Alma Yükümlülüğüne Uymamanın İdare Cezası

Uluslararası İşgücü Kanunu 22. maddeye göre, “Yabancı çalıştıran işverenler ile süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunan yabancılar, çalışma izninin veya çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumu ile çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin iptalini gerektirecek hâlleri on beş gün içinde Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” Anılan Kanun uyarınca, Türkiye’de kayıt dışı istihdamı önlemek için yabancıların çalışma izinleriyle ilgili işlemlere ilişkin bildirim yapma mecburiyeti getirilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 23. maddenin 1. fıkrasına göre, “Bu Kanun kapsamındaki yabancıların ve işverenlerin bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediikleri Bakanlık iş müfettişleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri ve sosyal güvenlik denetmenleri tarafından denetlenir. Bu Kanun gereğince yapılacak teftiş, denetim ve soruşturmalar, uygulamakla yükümlü olunan mevzuatın teftiş, denetim ve soruşturma hükümlerine göre yapılır ve bu hükümlere göre ilgili yaptırımlar uygulanır.”

⁹⁵ OLGAC, BULUT, s. 45.

⁹⁶ ÇIÇEKLİ, Çalışma İ. , s. 43.

Uluslararası İşgücü Kanunu 23. maddenin 5. fıkrasına göre çalışma esaslarına uygun işçi çalıştırmayan ve kaçak çalıştıran işverenlere ilişkin idari para cezası gerektiren durumlar ile bu cezaların miktarları⁹⁷;

- Bildirim mükellefiyetini yerine getirmeden, bağımsız ya da süresiz çalışma izniyle çalışmakta olan yabancı için 400 Türk Lirası,

- Bildirim mükellefiyetini yerine getirmeden, yabancı işçi çalıştırmakta olan işverene yabancı işçinin her biri için 400 Türk Lirası,

- Çalışma izni olmadan, işverene bağlı şekilde çalışmakta olan yabancı için 2.400 Türk Lirası,

- Çalışma izni olmadan, bağımsız şekilde çalışmakta olan yabancı için 4.800 Türk Lirası,

- Çalışma izni olmadan, yabancı çalıştırmakta olan işveren ya da işveren vekiline yabancı işçinin her biri için 6000 Türk Lirası idari para cezası verilmektedir.

Uluslararası İşgücü Kanunu 23. maddenin 4. fıkrasına göre verilen idari para cezaları tebliğden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekmektedir. UİK' nin 23. maddenin 6. fıkrasına göre "Beşinci fıkrada sayılan fiillerin tekrarı hâlinde idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır."

Uluslararası İşgücü Kanunu 23. maddenin 9. fıkrası uyarınca, çalışma izni alınmaksızın yabancı işçi çalıştıran işveren ya da işveren vekilinin, çalışma izni olmayan yabancı ve var ise yabancının eşi ile çocuklarının konaklama giderleri, ülkelerine dönmeleri için gereken masraflar ve gerektiği takdirde sağlık harcamalarını karşılamakla yükümlüdür. Bu gider, masraf ve harcamalar Göç İdaresi Genel Müdürlüğü bütçesinden karşılandığı takdirde, maddedeki belirtilen giderlerden ödenen tutarlar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca işveren veya işveren vekilinden tahsil edilir. Uluslararası İşgücü Kanunuyla getirilen bu hüküm ile belirtilen masraflar amme alacağı niteliğinde kabul edildiğinden limited şirket ortakları da dâhil edilmek üzere işverenlere şahsi malvarlıklarından tahsis edilmesinin önü açılmıştır.⁹⁸ Buna göre işverenlerce çalışma izni olmaksızın yabancı işçi çalıştırma açısından vazgeçirici bir nitelik oluşturacaktır.⁹⁹

⁹⁷ ERGİN, s. 55-56.

⁹⁸ KUTLU, s. 98.

⁹⁹ YILMAZ, s. 96,97.

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddenin 1. fıkrası uyarınca, idarî para cezasıyla ilgili idarî yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliğ ve tefhim tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Verilmiş olan on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılmaması durumunda idarî yaptırım kararı kesinleşir. Kesinleşen kararlar ise Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanunu uyarınca tahsil edilmek amacıyla Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine ulaştırılır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanunu 37. maddeye göre "Hususi Kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacakları Maliye Vekaletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir."

2.2.14. Yabancı Kaçak İşçilik

2.2.14.1. Yabancı Kaçak İşçi Kavramı

Yabancı kaçak işçinin genel olarak tanımı, bir ülkeye resmi ya da gayri resmi yollardan giriş yaparak, o ülkede yasa dışı yollarla çalışan kişi olarak yapılabilir.¹⁰⁰ Yabancı kaçak işçiler, genel özellikleri açısından beş gruba ayrılmaktadır.¹⁰¹ Bunlar;

1) Ülkeye girişi yasal olan fakat ülkede çalışması yasal olmayan yabancılar

Örneğin ülkeye turistik vize alarak girip çalışma izni almaksızın ülkede kayıt dışı çalışan yabancılar verilebilir. Çalışma izni süresinin bitiminden sonra ülkede çalışmayı sürdüren yabancılar bu gruba dâhildir.¹⁰² Geçerli çalışma izni alarak ülkeye girip, çalışma izninde belirtilmiş iş ya da işyerinden farklı bir iş veya işyerinde çalışan yabancılar ile mevzuatta yabancılar yasaklanan mesleklerden birinde çalışan yabancılar da bu kapsamdadır.¹⁰³

2) Ülkeye girişi ve ülkede çalışması yasal olmayan yabancılar

Bunlar, vize almadan yasa dışı yollarla ülkeye girip hiçbir yerde kaydı bulunmayan yabancılardır. Bu grupta değerlendirilen yabancılar çoğunlukla Orta Doğu

¹⁰⁰ KIRAL, s. 103; bkz. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7225.pdf>; bkz. <http://www.festuerkei.org/media/pdf/Ekonomi%20Forumu/1995/T%C3%BCrkiye'de%20Yabanc%C4%B1%20Ka%C3%A7ak%20C4%B0%C5%9F%C3%A7ilik.pdf>; SAVUR, s. 196.

¹⁰¹ KIRAL, s. 103,104.; ERKEN, Çalışma İ., s. 43.; SAVUR, s. 197-199.

¹⁰² KIRAL, s. 103.; SAVUR, s. 197.

¹⁰³ SAVUR, s. 103.

ülkelerinden ve Türkiye'nin doğu sınırlarından Türkiye'ye kaçak olarak girenlerden oluşmaktadır.

3) Ülkeye yasal olarak girip Türk vatandaşlığını kazanmak için yaptığı müracaata cevap bekleyenler

Bu grupta yer alanlar, Türk vatandaşlığını kazanmak için yaptığı başvurunun sonucu gelene kadar da olsa yabancı statüsünde olduklarından bu süre içerisinde Türkiye'de çalışmaları çalışma izni almalarına bağlıdır. Bu gruptaki yabancı kişileri çoğunlukla Türk vatandaşlığını almak için yaptıkları müracaat sonucunu bekleyen Türk soylu yabancılar oluşturur.¹⁰⁴

4) Ülkeye girişi yasal olup çalışma izni başvurusu sonuçlanmamış olan yabancılar

Bu gruptakiler ülkeye yasal olarak giriş yapıp çalışma izni almaya ilişkin başvuruları henüz sonuçlanmamasına rağmen başvuru sonuçlanıncaya kadar geçen süre içerisinde çalışan yabancılardır. Fakat ülke menfaatleri ya da mücbir sebepler sonunda çalışmaya başlamadan evvel ilgili makamlara bilgi vermek koşuluyla, çalışma izni alınmadan önce icra edilmeye başlanan işler bu kapsamda değerlendirilemez.¹⁰⁵

5) Mülteci veya sığınmacı olarak ülkeye giriş yapanlar

Bu grupta yer alanlar, Türkiye'ye sığınma amacıyla giriş yapmış, iltica talebinde bulunmuş ve talebi sonuçlanana kadar ülkede kaçak olarak çalışan yabancılardır. Son zamanlarda ülkelerindeki siyasi olaylar ile iç savaş nedenlerinden dolayı Türkiye'ye çok sayıda giriş yapan Suriyelileri büyük çoğunluğu, ülkemizde kayıt dışı çalışmaktadır.¹⁰⁶

2.2.14.2. Yabancı Kaçak İşçiliğin Sebepleri

Yabancı kaçak işçilik hususu, büyük çoğunlukla göç olgusuyla alakalıdır.¹⁰⁷ Göç kavramının süre içerisinde gelişimi, genel olarak kişilerin yaşadığı

¹⁰⁴ KIRAL, s. 103.; SAVUR, s. 198.

¹⁰⁵ SAVUR, s. 197.

¹⁰⁶ SAVUR, s. 198.

¹⁰⁷ SAVUR, s. 198.; 1980 yıllarından itibaren günümüze kadar artan globalleşme sürecinde meydana gelen değişimler Türkiye'de yabancı kaçak işçi problemini arttıran başlıca faktör olarak görülebilir. Bu doğrultuda düşündüğümüzde bu problemin yaşanmakta olduğu ülkelerde problemin temelinde göç olgusu yatmaktadır. bkz. IŞIĞIÇOK, Özlem, Küresel Gerçeklerle Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçi Sorunu: Boyutları ve Sonuçları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan, S.50, 2005, s.439.

ülkelerde iç karışıklıklar ve savaşlar gibi siyasi ya da dini, kültürel ve ekonomik sebepler sonucu arttığı gözlemlenmektedir.

Yabancı kaçak işçiliğin oluşumunda değişik iç ve dış faktörlerin etkisi vardır.¹⁰⁸ Kaçak olarak gelinen ülkedeki ekonomik ve siyasi sorunlar, iç karşılıklılıklar, savaşlar ve işsizlik iç faktör olarak değerlendirilebilir. Dış faktörlere örnek olarak kişilerin yaşamakta olduğu ülkenin dışındaki başka bir ülkenin yaşam koşulları ve ekonomik gelişmişliğinden etkilenmesi nedeniyle de buldukları ülkeden göç etmesi verilebilir.¹⁰⁹

Kaçak işçiler, öncelikle ekonomik durumu elverişsiz ülkeler ön sırada olmak üzere çoğunlukla çevre ülkelerden gelmektedir.¹¹⁰ Ekonomik bakımdan gelişmiş ülkelere komşu olan ülkelerde yabancı kaçak işçilik sorunu daha az orandadır. Fakat günlük hayatta yabancı kaçak işçi göçlerinin işsizlik oranı yüksek ülkelere daha fazla gerçekleştiği görülmektedir.¹¹¹ Bu durumun nedeni doktrinde, yabancı kaçak işçi göçü sebepleri ile işsizlik sebeplerinin farklı olması olarak tanımlanmıştır.

2.2.14.3. Yabancı Kaçak İşçiliğin Yarattığı Sorunlar

2.2.14.3.1. Yabancı Kaçak İşçiler Açısından

Yabancı kaçak işçiler, kaçak olarak çalışmakta oldukları ülke ekonomisini, kanuni olarak çalışan işçiler ile işverenlerin yanında kendilerine de zararı dokunmaktadır. Kaçak olarak çalışmakta olan bu işçiler, çalıştıkları ülkede kısa bir süre içerisinde kazanabilecekleri en fazla parayı kazanıp ülkelerine geri dönme düşüncesinde olmalarından kaynaklı en ağır çalışma şartlarını dahi kabul etmektedirler.¹¹² Ayrıca kaçak olarak çalışmaları nedeniyle yasalar önünde işçi sayılmazlar ve bu nedenle de sosyal güvenlik haklarından yararlanamayıp sendika üyesi de olamamaktadırlar. Yabancı kaçak işçi sorunu özellikle iş kazası ve meslek hastalığı durumlarında büyük ölçüde önem teşkil eder. Yabancı kaçak işçiler, bir iş kazasına uğramaları ya da meslek hastalığına yakalanmaları halinde sigortalı

¹⁰⁸ KIRAL, s.104; SAVUR, s. 199.

¹⁰⁹ KUTLU, s.202-203.

¹¹⁰ KIRAL, s. 104.; SAVUR, s. 199.

¹¹¹ KIRAL, s.104 .

¹¹² KIRAL, s. 110.

olmadıkları için herhangi bir sağlık veya sosyal güvenlik haklarından yararlanamamaktadırlar. Daha da mühim olan konu, haklarını alamamaları halinde sınır dışı edilme tehdidi altında olmaları nedeniyle kanuni mercilere başvuramamaktadırlar.

113

2.2.14.3.2. İşverenler Açısından

Yabancı kaçak işçi çalıştırmanın işverenler için yarattığı en önemli sorun, haksız rekabet ortamı oluşturmaktadır. Yabancı kaçak işçi çalıştıran işverenler, sigortasız ve düşük maliyetlerle bu işçileri çalıştırdıklarından kanuni yollarla işçi çalıştıran işverenlere oranla avantajlı bir konumdadır. Bunun sonucunda kanuni yollarla işçi çalıştıran işverenler, kaçak yabancı işçi çalıştıran işverenlerin ucuz maliyetleriyle başa çıkamamaları nedeniyle meydana gelen haksız rekabet ortamından zarar görürler.¹¹⁴

2.2.14.4. Yabancı Kaçak İşçi Çalıştırmanın Yaptırımları

Kaçak işçi çalıştırmaya ilişkin Uluslararası İşgücü Kanunu 23. mad. uyarınca,

Bakanlık iş müfettişleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri ve sosyal güvenlik denetmenleri tarafından denetimler ve kamu görevlilerinin denetim, inceleme ve kontrolü sonrasında, yabancılar ile bunları çalıştıran işverenlerinin Kanundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde Bakanlığa yapılan bildirimler üzerine, gönderilen tutanaklara ve denetim raporlarına göre, bu Kanunda yer alan idari yaptırımlar Çalışma ve İş Kurumu il müdürünce uygulanır. Verilen idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

1) Bu Kanuna göre;

Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeden Bağımsız veya süresiz çalışma izni ile çalışan yabancıya dört yüz Türk lirası, Yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için dört yüz Türk lirası,

2) Çalışma izni olmadan

¹¹³ KUTLU, s.204.

¹¹⁴ KUTLU, s. 204.

Bir işverene bağlı olarak çalışan yabancıya iki bin dört yüz Türk lirası, Bağımsız çalışan yabancıya dört bin sekiz yüz Türk lirası, Yabancı işçi çalıştıran işveren ya da işveren vekili için her bir yabancı işçi dahil edilmek üzere 6.000 TL idari para cezası verilir. Sayılmış olan eylemlerin tekrar edilmesi durumunda idari para cezaları birer kat arttırılarak uygulanır. Bu yasaya göre verilen idari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir.

Çalışma izni bulunmaksızın çalıştığı tespiti yapılmış yabancılar sınır dışı edilmek için İçişleri Bakanlığına bildirilir.

Çalışma izni bulunmayan yabancı ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını işveren veya işveren vekili karşılamak zorundadır. Bu gider, masraf ve harcamaların Göç İdaresi Genel Müdürlüğü bütçesinden karşılanması hâlinde, ödenen tutarlar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca işveren veya işveren vekilinden tahsil edilir.

Kaçak yabancı işçi çalıştırmak Türk Ceza Kanunu uyarınca göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu olarak ayrı birer suç türü olarak kabul edilmiştir.

Göçmen kaçakçılığını düzenleyen Türk Ceza Kanunu 79. maddeye göre, “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan,

kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.”

İnsan ticareti suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu 80. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, “Zorla çalıştırılmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerinde denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.”

Anılan maddenin 2. fıkrasında 1. fıkra hükmünde düzenlenen amaçlarla teşebbüs edilen ve suçu oluşturan fiillerin mevcudiyeti durumunda, mağdurun rızasının geçersiz olacağı düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçu mağdurlarının büyük bir oranı, üzerlerindeki tehdit, baskı, cebir ya da şiddet nedeniyle şikâyetçi olmayıp suçun meydana gelmesine rıza gösterdiklerini beyan etmektedirler.¹¹⁵ Bu durumun önlenmesi amacıyla, 80. mad.' de yer alan fiillerin gerçekleştiğinin ilgili makamlarca tespit edilmesi durumunda mağdurun rızasının geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁵ SAVUR, s. 212

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA YAPANCILARLA İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI VE SONA ERMESİ

3.1. GENEL OLARAK

3.1.1. İş Sözleşmesinin Kavramı ve Unsurları

3.1.1.1. İş Sözleşmesinin Kavramı

Yabancı işçiler ile yapılacak iş sözleşmesi konusuna değinmeden önce iş sözleşmesi kavramını tanımlamak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddeye göre sözleşme, tarafların birbirine uygun irade beyanlarını karşılıklı biçimde açık ya da zımni olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır. Tarafların beyanlarından sözleşmenin kurulması niyetiyle karşı tarafa sunulan irade beyanından birincisine öneri karşı tarafın da yapılan öneriye ilişkin sözleşmeyi kurma arzusunu net bir şekilde belirten diğer irade beyanına ise kabul adı verilmektedir.¹ İş sözleşmesi rızai nitelikte sözleşme olmasından kaynaklı işçi ile işveren tarafın serbest iradeleriyle kurulmaktadır. Nitekim İş sözleşmesi İş Kanunu 8. madde 1. fıkrası uyarınca, “ İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. ” Sözleşme hukuki işlemlerin en önemli çeşitlerinden bir tanesidir. Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşme ile kendi özgür iradelerini de yansıtarak uygulanacak olan hukuk kurallarını bir başka söylemle kendi Kanunlarını “Lex Contracus” koymaktadırlar.² İş sözleşmesinin İş Kanununda tanımı yapılmadan evvel, mevzuatta Borçlar Kanununda 393. madde 1. fıkrasındaki “hizmet akdi” nin tanımından faydalanılmaktaydı.³

İş Kanun'da yer alan “iş sözleşmesi” kavramı ile Borçlar Kanun'da yer alan “hizmet sözleşmesi” kavramları aynı anlamda olup terim olarak kimi farklılıklar vardır.

¹ OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 5. Bası, İstanbul, 1995, s. 42; EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.243, 254.

² EREN, s. 199.

³ GÜN, Yeliz, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerlilik Koşulları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Aziz Can Tuncay, Bahçeşehir Üniversitesi, 2012, s. 12.

İş sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ve devamlı bir sözleşmedir. İşçi tarafın iş görme, işveren tarafın da yapmış olduğu hizmetler karşılığında işçiye ücret ödeme borcu olup ivazlı olması sonucunda da tam iki tarafa borç yüklemektedir.⁴ İşçi ve işverenin üstlenmiş olduğu edimlerin niteliği ani edim vasfına girmeyip süreklilik arz etmesi sebebiyle, iş sözleşmesi zamana bağlı olan sürekli niteliktedir.⁵ Sözleşme süresinin işçi ve işveren tarafından belirlenmesi ya da sürekli veya süreksiz bir iş sözleşmesi olması sözleşmenin süreklilik vasfını ortadan kaldırmamaktadır.⁶ Burada esas olan, işçi ile işverenin karşılıklı olarak asli edimlerinin belirli ya da belirsiz bir süre içinde, sözleşme sonlanıncaya kadar ifa etmeleridir.⁷

İş sözleşmesinin kurulması için zorunlu olan unsurlar iş görme edimi, ücret ve bağımlılık unsurlarıdır

3.1.1.2. İş Sözleşmesinin Unsurları

3.1.1.2.1. İş Görme Unsuru

İşçi ve işveren tarafından yapılan iş sözleşmesinin iş görme unsuru esas unsuru olarak değerlendirilebilir. İcra edilen işin fiziki olarak veya olmadan çalışılması önem arz etmez. İş kavramı kişilerin iktisadi bakımdan iş mahiyetindeki tüm fiillerimiz olarak tanımlanabilir.

İş sözleşmesinin unsurlarından olan iş görme edimi iş sözleşmesinin konusunu oluşturur.⁸ İş görme ediminin konusu olan işler bedensel, düşünsel, teknik, sanatsal ile bilimsel konularda olabilir.⁹

3.1.1.2.2. Ücret

İş Kanunu 32. maddeye göre ücret “ bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” olarak tanımlanmıştır. İş sözleşmesinin unsurlarından biri olan ve sözleşmenin iki

⁴ EREN, s. 247.

⁵ AKTAY, Nizamettin, ARICI, Kadir, SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013 s. 51; EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul,2016 s. 49.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul,2016, s. 245.

⁶ ÇELİK, s.91.

⁷ Eren, s.213.

⁸ TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 67.

⁹ SÜZEK, s. 248; SÜMER, s. 63.

tarafa borç yükleyen nitelikte olması ile sözleşmeden kaynaklanmasının temelinde işçinin icra ettiği işin karşılığı olarak işverence ödenen ücret yer almaktadır. İşçi kavramının tanımı iş Kanunumuzda ücret karşılığında çalışan kişi olarak vasıflandırılmıştır. Ücreti İşçinin çalışması karşılığı işverene sağlamış olduğu faydaya ivaz olarak ödenen bedel olarak düşünebiliriz. Hatır niyetiyle icra edilen işler için ücret gerekli değildir. İş görme ediminin karşılığında işverenin ücret ödeme borcu vardır. Ücret unsuru olmaksızın yapılan hatıra ya da ahlaki amaca ilişkin faaliyetler, iş sözleşmesine konu olamazlar.¹⁰ İş sözleşmesi uyarınca ücretin kararlaştırılmaması, iş görme ediminin ücret karşılığı olmadığı anlamına gelmez.¹¹

3.1.1.2.3. Bağımlılık Unsuru

İş sözleşmesinin esaslı unsuru işçinin işverene olan bağımlılık unsurudur. Bu doğrultuda İş Hukuku için bağımsız olmayan işçilerin hukuku tanımı yapılmıştır.¹² İşçi ve işveren tarafça birbirine uygun irade beyanı ile yapılmış olan iş sözleşmesi gereği işverence işçiye verilen işin yerine getirilmesi yükümlülüğü doğar. Bağımlılık unsuru, işçinin belirli ya da belirsiz süreyle işverenin talimatlarına uygun ve denetimine bağlı çalışması anlamına gelir.¹³ İşveren bağımlılık unsuru gereği, işin ifası sırasında işçiye talimat verebilir ve işçiyi denetleyebilir.¹⁴ Bağımlılık unsurunun, iş sözleşmesinin temel yapıtaşı olduğunu Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda da belirtmiştir.¹⁵

3.1.2. Yabancılarla Yapılabilecek İş Sözleşmesinin Türleri

3.1.2.1. Belirli Süreli Sözleşmeleri

Belirli iş sözleşmeleri kavramı İş Kanunu 11. madde 1. fıkrasında “Belirli süreli işler ya da belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması benzeri objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde

¹⁰ SÜZEK, s. 248.

¹¹ ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.165; DOĞAN, Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının Ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 4

¹² TUNÇOMAĞ, CENTEL, s. 1.

¹³ SÜMER, s.38

¹⁴ AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 51

¹⁵ Anayasa Mahkemesinin (AYM) 26-27.9.1967 tarihli ve 336/29 sayılı kararı (RG 19.10.1968, S. 13031)

yapılan iş sözleşmesi” olarak tanımlanmıştır. Anılan maddede belirtilen objektif koşul kavramı ile anlatılan işin vasfına göre süresi belirlenmiş olması ya da bir işin tamamlanmasının amaçlanmış olması veya belirli bir olgunun meydana gelmesidir.¹⁶

Yargıtay, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen süreli çalışma izninin, belirli süreli iş sözleşmelerinde esas alınan objektif neden kapsamı içerisinde yer alıp almayacağı hakkında AB’ye üye olmayan yabancı bir işçi için çalışma iznini süreli olarak almışsa almış olduğu süreli çalışma iznini objektif sebep kabul edip taraflar arasında yapılacak olan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi kararını vermiştir. Yargıtay süresiz çalışma izni alınması halinde yapılan iş sözleşmesini belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmektedir.¹⁷ Yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için ilgili Bakanlık veya kurumlardan çalışma izni alması gerekmektedir. Çalışma izni için ilk başvuruda bir yıl süre ile çalışma izni verilip bu sürenin uzatılmasına ilişkin birinci başvuruda en fazla iki yıl daha sonraki yapılan uzatma başvurularında en fazla üç yıllığına çalışma izni verilebilmektedir. Yabancılarla yapılan belirli iş sözleşmelerinin süresi yabancının almış olduğu çalışma izni süresine bağlı olarak değişmektedir.

İş Kanunu 11. madde 2. fıkrasında “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.” Hükmü yer alır. Anılan fıkrada esaslı nedenden kasıt objektif koşulların yerine getirilmesidir. Objektif koşul kavramı ile yukarıda değindiğimiz üzere işin vasfına göre süresi belirlenmiş olması ya da bir işin tamamlanmasının amaçlanmış olması veya belirli bir olgunun meydana gelmesi ölçülerinden herhangi birine uygun olmamakla birlikte işçi işin niteliği gereği üniversitede öğretim üyesi olarak ders vermekte ve bir yıllık çalışma izni sonunda tekrar bir yıl daha uzatılarak aynı şekilde süregelen bir iş ilişkisi oluşmaktadır. Ardı sıra yapılan sözleşmeler işin niteliği ve amacından anlaşıldığı üzere belirli süreli sözleşmenin yapılmasını gerektirmemekteyse bu durumda ilk sözleşme ve daha sonra yapılan sözleşmeler belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Bu şekilde de işçi sosyal açıdan korunup belirsiz süreli sözleşmenin işçiye sözleşmenin feshi halinde koruyucu hükümler ile diğer kurallardan yararlanma şansı sağlanmış olur.

¹⁶ SÜZEK, s. 262

¹⁷ Y9HD., 07.06.2005, E.2004/24583, K.2005/20488, bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

Zincirleme İş Sözleşmeleri peş peşe yapılan ya da yeniden yapılan belirli süreli iş sözleşmelerine ile oluşmaktadır. Zincirleme iş sözleşmelerinin oluşması için yapılan sözleşmelerin aralarında süre kesintisi bulunmaması zorunluluk arz etmez. Fakat peş peşe yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri zincirleme iş sözleşmesi sayılması için aradaki süre hukuki ilişkinin birliğini engelleyecek derecede olmamalıdır.¹⁸ Aksi halde zincirleme iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

3.1.2.2. Belirsiz Süreli Sözleşmeleri

İş Kanunu 11. madde 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmeleri, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme” olarak düzenlenmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerine tabi işçiler İş Kanunu 18, 19, 20, 21. maddeler uyarınca iş güvencesinden yararlanabilmektedir.

Yargıtay çalışma izninin birer yıllık alınması sonucu belirli iş sözleşmesinin birden fazla kez tekrarlanması sözleşmenin türünü belirsiz süreli iş sözleşmesine çevirmediğini zincirleme iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu bu nedenle işçinin ihbar tazminatı alamayacağına karar vermiştir.¹⁹

Şekli olarak belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılırsa da bu sözleşmeyi hukuken belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gereken mecburi durumlar olabilir. Yargıtay içtihatlarına göre, objektif ve esaslı şartların mevcut olup olmadığına bakmaksızın; sözleşme belirli süreli iş sözleşme mi değil mi belirlemeksizin hâkim davayı reddedemez. Çünkü objektif ve esaslı şartların mevcut olup olmadığını ispat etme yükümlülüğü şartların oluştuğunu iddia eden taraf işverendedir.²⁰

3.2. YABANCI İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI

Çalışma kavramı kişinin yaşamın gereksinimlerini idame ettirmek için gelir sağlama niyetiyle işler durumda bulunmasıdır. Bu doğrultuda çalışma özgürlüğü de, kişinin gelir sağlama niyetiyle çalışmasını hür bir biçimde ortaya getirmesi olarak

¹⁸ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman: ESENER, Turhan, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 15; Yargıtay altı-yedi ay geçtikten sonra yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde geçmiş olan süre göz önünde tutulduğunda zincirleme sözleşmeler olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir. Y9HD., 7.2.2001, E. 2000/8506 K. 2001/1892 bkz. Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası

¹⁹ Y9HD., 7.6.2005, E. 2004/24583, K. 2005/20488 bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁰ Y9HD., 18.03.2008, E. 2007/26205, K. 2008/5307 bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

açıklanabilir. Çalışma özgürlüğü kişisel özgürlüğün bir getirisidir ve TC Anayasası ile diğer kimi Kanunlarımızla da korunmaktadır.²¹ Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi başlığı uyarınca, ülkemizde Türk vatandaşları ile yabancıların eşit haklara sahip olduğu hükme alınmıştır. Türkiye' nin tarafı bulunduğu uluslararası sözleşmelerde yabancılık unsuru mutlak ayırım yasağı olarak düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da yabancılık mutlak ayırım yasağı olarak kabul görmüştür. Anayasa'nın 48. madde uyarınca, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." Anılan maddedeki "herkes" kavramıyla çalışma özgürlüğü bakımından Türk vatandaşları ile yabancılar arasında hiçbir ayırım gözetilmemiştir. Anayasa'nın 49. maddesinde çalışma hakkı ve ödevi başlığı ile çalışma hakkı ve bu hakkın herkesin ödevi olduğu düzenlenmiştir.²²

Anayasanın 16. maddesinde "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak Kanunla sınırlanabilir." hükmü ile eşitlik ilkesinin sınırları düzenlenmiştir. Sözü edilen madde çalışma hakkı açısından yabancılarla Türk vatandaşlarından ayrı düzenleme getirilebilmesi olanağını barındıran bir anlam taşımaktadır. Anılan madde milletlerarası hukuka aykırı sayılan sınırlamalarda büyük açıdan önem arz eder.²³ Ülkeler kendi vatandaşlarına tanımış oldukları hakların bütününe yabancılarla da tanırrsa yabancılardan da kendi vatandaşının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bekleyeceğinden yabancılarla kendi vatandaşlarına eşit olarak çalışma hürriyeti tanımamaktadırlar.

Bu doğrultuda devletler yabancılarla kimi sınırlamalar getirmiştir. Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun uyarınca yabancıların ülkemizde çalışmalarına ilişkin temel kurallar düzenlenmiştir. Sözü edilen Kanunun 15. maddesine göre yabancılar Türkiye' de yalnız yasa yasaklanmamış olan meslekleri icra edebilirler. Bu maddeden çıkarılacak sonuç Türkiye'de yabancılar sınırlı bir çalışma özgürlüğüne sahiptir.²⁴ Yabancı bir kişi ülkemizde çalışmak istediğinde Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanuna bakarak o mesleği ancak Türk vatandaşlarının icra edebileceği hususunda bir hüküm mevcutsa, yabancı o

²¹ ÖKÇÜN, s.3.

²² ÇELİKEL, GELGEL, s. 163; AYBAY, s. 137.

²³ ÇELİKEL, GELGEL, s. 163.

²⁴ ALTUĞ, Yılmaz, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul Üniversitesi Yayınları-Menteş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 172,173.

iş e ilişkin iş sözleşmesi yapamaz. Türk Hukukunda kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu yararı ve kamu sağlığı nedeniyle yabancılara çalışma özgürlükleri alanında getirilen sınırlamalar mevcuttur.

Ülkeler hem mevzuatlarıyla hem de anlaşmalar ile yabancuların çalışma özgürlüklerini düzenlemişlerdir. Bu sınırlamalar yapılmış olsa da devletler kimi iş alanlarını vatandaşlarına vermiş olup bir kısım daha kısıtlama yapmışlardır. Ülkeler yabancılara çalışma özgürlüğü tanıma hususunda mecburi uluslararası bir hukuk kuralı koymamışlardır. Fakat ülkelerin yabancuların çalışmasına izin vermemesi ve her alanda iş görmeyi vatandaşlarına tanımları mümkün değildir.

Pasaport Kanunu 8. maddesinde ülkemize sadece Türk vatandaşlarına tanınmış olan meslekleri icra etmek amacıyla gelecek olan yabancılara giriş hakkı verilmemesi ve Kanunda yabancılara yasaklanan mesleklerden birinde çalışacaklarını ispat edemeyenlerin ülkeye sokulamayacağı düzenlenmiştir.

İş Kanunu 1. maddenin 2. fıkrası uyarınca “Bu Kanun, 4 üncü Maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.” Kanunun kapsamı dışındaki haller, var ise özel yasa, özel yasa yoksa TBK’ nin iş sözleşmesinin yer aldığı hükümler uygulanır.²⁵ İş Kanunu kapsamında olan eşler ile iş ilişkilerindeki çalışma alanı kontrol edilmeksizin direkt uygulanır.²⁶ İşçi çalışma iznini aldıktan sonra İş Kanunu’na bağlı olarak çalışacaktır.²⁷ Çalışma izni almadan çalışan işçinin iş sözleşmesinin başlangıç itibariyle geçersiz olması halinde, meydana gelen sakıncaların çözümü için iş ilişkisi kavramı ile nazariyelere dayanılır.²⁸

Yabancı Türkiye’de çalışabilmek için süreli çalışma izni almış ise belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için objektif neden oluşturacağı sonucuna varılmaktadır. Eğer çalışma izni süreli alınmış ise yapılan iş sözleşmesi de belirli süreli yapabilir, Uluslararası İşgücü Kanunu 3. maddedeki şartları taşıyor olması nedeniyle süresiz çalışma izni alınmış ise iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak yapabilir.

²⁵ ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 449; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.55.

²⁶ EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, s. 49.-(2016)

²⁷ ÇELİK, Nuri, CANİKLİOğLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017, s. 71.

²⁸ ÇELİK , CANİKLİOğLU, CANBOLAT, s. 82.

Vatandaşlık unsuruna bakılmaksızın işçi unsurunun tanımlanmasındaki başlıca hususlardan bir tanesi iş sözleşmesinin yapılmasıdır. İş Kanunu 8. maddenin 1. fıkrasına göre “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverenin) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” olarak iş sözleşmesi tanımlanmıştır. İş Kanununda konuya ilişkin hükmün bulunmaması halinde TBK hizmet sözleşmesinin genel hükmü uygulanmaktadır. TBK’ nin 393. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde hizmet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır.²⁹

İş sözleşmesinin unsurları, iş görme, ücret ile bağımlılıktır. Yabancılarla yapılan iş sözleşmelerinin de vatandaşlar ile yapılan iş sözleşmelerinden herhangi bir farkı yoktur. İş sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurların yabancılarla yapılacak sözleşmelerde de mecburi olarak bulunması gerekir. Bağımlılık unsurunda işverenin talimat vermesi ile kontrol etmesi sonucu işçinin de buna bağlı olarak çalışması söz konusudur. İş sözleşmesinin kendine has özelliği, işçinin hizmet icra etmesi işverene karşı kişisel bağlı olması ile işçinin icra ettiği iş karşılığı işverenin ücret ödemesidir. İşçinin yabancı ya da ülkenin vatandaşı bulunması, sözleşmede esas unsurları etkilemez. Çalışmakta olan kişi işçi statüsünde kabul edilmesinde hür bir irade sonucu yapılan sözleşmenin olması gereklidir. İşçinin yabancı olması ya da olmamasında yapılmış olan iş sözleşmesinin hür iradeye dayanmamasında yani bir yükümlülük sonucuna dayanıyorsa çalıştırılmakta bulunan yabancılar, işçi kabul edilmez.³⁰

Belirli süreli iş sözleşmeleri taraflar sözleşmenin kurulduğu anda iş ilişkisinin başlangıç ve sona erme tarihini belirlediği ya da öngörebildiği bu sürenin iş sözleşmesinde açık veya zımni biçimde kararlaştırdıkları sözleşmedir.³¹ İş Kanunu’nun 11. maddeye göre, “belirli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi, objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı olarak yapılan” iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmeleri esaslı sebep olmadığı sürece zincirleme sözleşme biçiminde yapılamayacaktır. Esaslı sebep

²⁹ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 449; SÜMER, s. 52.

ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.81.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 104. ; EREN, s. 496.; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 163.

³⁰ EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, s. 26.

³¹ ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara,1998, s. 7.

olmaksızın zincirleme biçimde yapılmış belirli süreli iş sözleşmeleri, işçi tarafın lehine olması dolayısıyla başlangıç itibariyle belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edilmektedir. Fakat esaslı sebeplerin bulunması halinde, belirli süreli iş sözleşmeleri zincirleme olarak yapılabilir.³²

Belirli süreli iş sözleşmesi yapabilme serbestisi kısıtlanmıştır. Taraflar yalnız objektif şart sayılan haller ile yazılı şekil şartına uymak koşuluyla belirli süreli iş sözleşmesi yapabilirler. Kısıtlama yapılmasındaki neden, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması hakkını kötüye kullanmanın önüne geçmektir. İş Kanunu'nun 11. maddesinde objektif nedenler kısıtlanmamış olup "gibi" kavramıyla benzeri durumların varlığı objektif neden kabul edilmesinin önü açık kalmıştır.³³

İşin vasfı belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına müsaitse dahi, doktrindeki görüşe göre "işçinin niteliği" objektif neden sayılması muhtemel değildir. İşçinin nitelikli olması durumunda, anılan maddedeki objektif nedenleri barındırmaması hallerinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacaktır.³⁴

Hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulabilmesi için gerekli olan objektif şartlar Özel Kanunlardan doğabilir.

Yasadan kaynaklı belirli süreli iş sözleşmesinden bir tanesi, Ticaret Kanunu 342. maddesi uyarınca anonim şirket müdürleri şirketle belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmekteydi. Fakat 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra genel müdür ile yapılan sözleşmelerde, işçinin nitelikli gruba girip genel müdür olması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda İş Kanunu 11. maddeye göre başka objektif neden olmadığı sürece, genel müdürlerle belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz. Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamlarıyla yapılmış olan iş sözleşmeleri kamu kurum/ kuruluşlarında Maliye Bakanlığı'nın vize vermesine bağlı olarak çalışan işçilerle yapılmış iş sözleşmeleri özel yasalar dayanılıp belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde kurulabilir.³⁵

Mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen süreli çalışma izinlerinin belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulması için gerekli olan objektif nedenler

³² SÜZEK, s. 272

³³ SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 59.

³⁴ SÜZEK, s. 264

³⁵ GENİŞ, Hasan, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 102.

içinde değerlendirilmeli mi değerlendirilmemeli mi olgusunu incelemiştir. Yargıtay “AB’ne üye olmayan yabancı işçinin, süreli çalışma izni varsa, süreli çalışma iznini objektif neden kabul edip, yapılacak olan iş sözleşmesinin türünü belirli süreli iş sözleşmesi kabul etmiştir.” Yargıtay süresiz çalışma izni varlığı halinde yapılan iş sözleşmesinin türünü belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul etmektedir.³⁶

Doktrinde yabancılarla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki çoğunlukta olan görüş mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 5. maddeye göre süreli çalışma izni alan yabancı işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması haklı objektif nedenin varlığı sayılmamaktadır. Bu görüş uyarınca yabancı işçilerle yapılacak belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliği İş Kanununun 11. maddesindeki objektif şartları barındırıp barındırmamasına bağlıdır. Çalışma izni mevzuatı, yabancı işçiye verilen çalışma izni süresinden fazla şekilde yapılan sözleşmelerinin kurulması ile sözleşmenin devam etmesi yasaklanmayıp yalnızca sözleşmenin devamı için azami miktarda bir süre belirlenmiş olup bu sürenin çalışma izni süresinin sonu olacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple süreli çalışma izniyle çalışan yabancı işçilerle hem azami süreli iş sözleşmesi yapılabilen hem de belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılabilen durumdadır. Açık bir şekilde süre belirlenmeyen hallerde sözleşme re’sen azami ya da belirli süreli sayılmayıp yabancı işçi lehine olması nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edilir. Çalışma izni için verilen süreden kısa sürecek iş sözleşmesi yapılması durumunda yasada belirlenmiş objektif koşulların sağlanması halinde sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.³⁷

Doktrinde az sayıdaki görüş ve Yargıtay’ın da görüşüne uygun biçimde, çalışma izni süresiyle sınırlı kalmak koşuluyla yabancılar ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi ve objektif nedenin de belirli süreli çalışma izninden kaynaklanması doğrudur.³⁸

3.2.1. İş İlişkisinin Kurulma Anı:

İşveren ve işçinin arasındaki iş ilişkisi, İşçinin işyerinde fiili olarak çalışması ya da iş sözleşmesi yapılmasıyla kurulmuş olur; bu konuda iki farklı görüş vardır.³⁹

³⁶ GENİŞ, s.104,105.

³⁷ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 151

³⁸ AYAN, s.180,181.

³⁹ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 114-116.

Türk İş Hukukunda, iş sözleşmelerinin kurulmasıyla ilgili “sözleşme teorisi” ve “katılma teorisi” olarak iki ayrı teori vardır.

3.2.1.1. Katılma Görüşü:

Alman hukukuna göre, iş ilişkisi, işçinin işverenin işyerine fiziki olarak katılmasıyla kurulmuş hukuki ilişki olarak tanımlanabilir.⁴⁰ Bu teoriye göre, iş sözleşmesi taraflarının yükümlülüklerinin doğumu için aralarında iş sözleşmesinin kurulması gerekmez. Bu görüş uyarınca taraflar arasındaki iş sözleşmesi işveren için işçiyi işe alma, işçi için de işverenin hizmeti altına girme borcu yükler. Öğretide bu teoriyi benimseyenlere göre işçi kavramının belirlenmesinde sözleşme değil iş ilişkisinin varlığı esas alınır. İş sözleşmesi, iş ilişkisini yaratır. Fakat taraflarca iş ilişkisinin kurulabilmesi için illa ki iş sözleşmesi olması gerekli değildir. İş ilişkisi işverenin bilgisi dahilinde işyerine katılmasıyla burada çalışması hususundan da doğabilir. Kimi yazarlar buna dayanarak İş Kanunu 2. Madde I. Fıkradaki iş sözleşmesi kavramından iş ilişkisinin yorumlanacağını belirtmiştir.⁴¹ Bu görüşe göre, iş sözleşmesi taraflar arasında yapılsa bile işverenin işyerinde fiilen çalışmayan işçi hakkında sosyal mevzuatın uygulanması muhtemel değildir.⁴² İşçinin fiilen çalışmaya başlamasıyla⁴³ işveren ve işçi arasında karşılıklı bir borç ilişkisi meydana gelmektedir.⁴⁴ Çalışmakta olan işçinin ücret hakkı doğacak ve İş Kanunu'nun hükümlerinden yararlanma fırsatı oluşacaktır. Katılma biçiminde tabir edilen bu görüşü sözleşmeye uyarladığımızda ivazlı olan iş sözleşmesinde işverenin işyerinde işçinin çalışmasına müsaade ederken

AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s. 52.

⁴⁰ MOLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 361 dpn.113,114; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 163.

⁴¹ NARMANLIOĞLU, s.242.; ERGİN, s.61,62.

⁴² ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.163; AYAN, s. 174.

⁴³ Türk Hukukunda, kural olarak sözleşme teorisi geçerli olup yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler açısından Yargıtay, genel olarak katılma teorisini benimsemektedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi yapılmasına rağmen, çalışma olgusunun gerçekleşmemesi ve fiilen iş ilişkisi kurulmaması iş sözleşmesinin kurulamaması nedeniyle cezai şartın davacı tarafından talep edilemeyeceğine hükmetmiştir. Y9HD. , 26.09.2006 tarihli, E. 2006/20061 ve K. 2006/24888

⁴⁴ ESENER, Turhan, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.142; Yargıtay işçilik hakları bakımından işçinin fiili olarak işe başladığı günü esas almaktadır. 19.8.1979 tarihinde taraflar arasında sözleşme yapılsa da davacı işçi 1.10.1979 tarihinde işe başlamış olup 1.10.1979 tarihi işçinin kıdem tazminatının başlangıcı kabul edilecektir. Y9HD., 5.2.1988, E. 987/11973, K.988/743

işçinin de çalışmak istemesi bakımından iradelerin karşılıklı olarak uyması anlamındadır.⁴⁵

3.2.1.2. Sözleşme Görüşü:

Bu görüşe göre, iş ilişkisi, iş sözleşmesi yapıldığı anda meydana gelmektedir. Sözleşme görüşü uyarınca, iş ilişkisinin meydana gelebilmesi için iş sözleşmesi yapılması gerekli ve yeterlidir.⁴⁶ İş Kanunu 2. maddesine göre iş ilişkisi kavramı, iş sözleşmesini esas alarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının aynı olmaları⁴⁷ ile Avrupa Birliği kazanımlarına uyumlu olarak İş Kanunu 2. maddesinde iş ilişkisinin tanımlanması düzenlenmiştir.⁴⁸ Türk İş Hukukunda doktrinde kural olarak sözleşme teorisi kabul edilmekle her olay ayrı ayrı değerlendirildiğinde gün itibariyle yürürlükte olan hukuk kuralları ile ilkeler sentezlenip olay için en münasip olanın seçilmesi doğru kabul edilmiştir.⁴⁹ Doktrinde de yerinde olarak dile getirildiği gibi işçinin korunması ilkesinin benimsendiği hallerde durumun özellikleri de dikkate alınarak teorilerden en uygun olanının seçilmesi münasip olacaktır.⁵⁰ Kanımızca olaya en uygun olanının seçilmesinden anlaşılan işçi lehine olan teorinin uygulanmasıdır.

3.2.2. İş Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyeti

3.2.2.1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin hukuken geçerli şekilde kurulabilmesi için yabancı işçi ve işverenin hukuken sözleşme yapma ehliyetlerinin bulunması gerekir. Ehliyet kavramı hususunda Medeni Kanunun ehliyet ile ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Medeni Kanun 9. madde uyarınca fiil ehliyetine sahip kişiler kendi eylemleri ile hak sahibi olabilir ya da borç altına girebilirler. Medeni Kanunun 10. maddeye göre ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olmayan kimseler fiil ehliyetine sahiptir.

⁴⁵ ERGİN, s. 62.

⁴⁶ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.163; AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s. 52

⁴⁷ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁴⁸ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 114.

⁴⁹ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.52; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 114

⁵⁰ AYAN, s.175

Bu kimseler hukuken geçerli bir şekilde iş sözleşmesi yapabilirler. İş ilişkisi kurulabilme hususunda ayırt etme gücüne sahip olmayanların kanuni temsilcilerinin iş sözleşmesi yapabilip yapamamasına ilişkin temsil eden kişinin kim olduğu önem arz eder. Nitekim iş sözleşmesinde yabancı işçi işin icrasını yalnız kendi yapabileceğinden yasal temsilci ayırt etme gücünden yoksun yabancı kişi adına iş sözleşmesi yapamaz. İşveren açısından ise işverenin iş sözleşmesi yapıldıktan sonra ayırt etme gücünden yoksun hale gelmesi durumunda yasal temsilci hukuken geçerli bir biçimde iş sözleşmesi kurulabilir.

Ergin olmayıp ayırt etme gücüne sahip olanlar ile kısıtlı kimseler adına veli ya da vasileri iş sözleşmesi yapabilir veya bu kişiler veli/vasi' lerinin rıza göstermeleriyle iş sözleşmesi yapabilirler. Nitekim veli/vasi' lerinin haberi olmaksızın iş sözleşmesi yapan ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan kimseler ile kısıtlılar için veli/vasi' lerinin daha sonra onay vermesi durumunda iş sözleşmesi geçerli hale gelecektir.⁵¹

Medeni Kanun 192. madde uyarınca evli olan tarafların meslek ya da iş seçimlerinde eşinin izninin bulunması zaruri değildir. Fakat kadın veya kocanın iş ile meslek seçimi ve bunların yürütülmesinde evliliklerinin huzuru ile yararı dikkate alınır.

Medeni Kanununun 5. maddesine göre işverenin tüzel kişi olduğu durumlarda iş sözleşmesi yetkili organ olan işverence yapılır. Aynı usul işverenin gerçek kişi olması halinde işveren vekili tarafından sözleşmenin yapılmasında da geçerlidir. İşveren vekilinin yetki alanı kendisine verilmiş olan görev ve yetkiyle sınırlandırıldığından işçiyle sözleşme yapabilmesi için bu doğrultuda yetkiye sahip olmalıdır. İşveren vekilinin yaptığı iş sözleşmesine ilişkin yetkisiz temsil durumunda işveren tarafından daha sonra icazet verilmesi halinde sözleşme kurulacaktır.

3.2.2.2. Yabancıların İş Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyetinde Sınırlar

Yabancılar ile geçerli bir şekilde iş sözleşmesi kurulması ve kurulan iş sözleşmesinin hükümlerini doğurabilmesi için yabancıların yurtiçinde olması halinde Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yurtdışında ise elçilik veya

⁵¹ Y9HD. Ergin olmayıp ayırt etme gücüne sahip olan küçük için çalışmasının karşılığı aylık ücretiyle izin ücretlerinin ödenmemesine ilişkin hüküm kuran iş mahkemesinin kararını yasal temsilcisinin izin vermesi sonucu çalışmaya başlaması sebebiyle Medeni Kanununun 359. Maddesine dayanarak bozmuştur. Y9HD, 12.2.2002, 17321/2667.

konsolosluklar aracılığıyla çalışma izni belgesini alması ve bunun sonucunda yabancı işçinin icra edeceği mesleğin Türkiye’de yabancıların çalışmasına yasaklanan meslekler arasında yer almaması gerekir.

3.2.3. Yabancılık Unsuru İçeren İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk

3.2.3.1. Yabancılık Unsuru

Yabancılık unsuru doktrinde hukuki olay ya da hukuki bir ilişkiyi oluşturan faktörlerin bir veya birkaç tanesinin birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı bir duruma gelmesini sağlayan unsur olarak belirtilmiştir.⁵² Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre, “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.” Anılan madde uyarınca Özel Hukuk ilişkisinin yabancılık unsuru barındırması halinde uygulanacak olan hükümler Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında belirlenir. Buna göre yabancı kişilerle yapılacak iş sözleşmeleri özel hukuk ilişkisi kapsamına girdiği için bu sözleşmelere MÖHUK’ nin 1. maddesi uygulanır. MÖHUK 1. maddesinde, yabancılık unsuru barındıran özel hukuka ilişkin hukuki işlem ve hukuki ilişkiler hükmü yer almasına karşın, yabancılık unsurunun tanımı ile hangi hallerde yabancılık unsurunun bulunacağı açıklanmamıştır.

Hukuki ilişkilerde yabancılık unsurunun oluşmasıyla ilgili doktrinde iki ayrı görüş yer alır.

Doktrinde klasik görüşü savunanlar, yabancılık unsuru hukuki ilişkilerde tarafların ayrı vatandaşlıkları bulunması halinde, ikamet ya da mutad meskenlerinin ayrı ülkelerde olması, sözleşmenin yabancı ülkede yapılması, sözleşmeye yabancı hukukun uygulanacağını kararlaştırılması ya da uyumsuzluk konusu olan malın başka ülkede olması gibi farklı biçimlerde ortaya çıkabilir.⁵³

⁵² DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s. 6. AYGÜN, Mesut Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan C.16 Özel Sayı 2014, s. 1029.

⁵³ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s. 6; TEKİNALP, Gülören, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 352.; CAN, Hacı, TOKER, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 14.

Doktrindeki diğer görüşe göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri milletlerarası ticaretin çıkarları ile ilgiliyse klasik görüşteki şartlar aranmadan borç ilişkisinin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilir. Örnek verilecek olursa Türk Telekom şirketinin özelleştirilmesi ihalesinde yabancılar satın alıyor ve bedeli de yabancı ülkeden transfer edilmiş parayla ödemişlerdir.

Bu yönde özelleştirme işleri kapsamında yapılmış olan sözleşmeye yabancılık unsuru barındırdığı savıyla uygulanacak ülke hukukunu seçebileceklerini tayin etmişlerdir.⁵⁴ CAN/TOKER yabancı ülkeden transfer edilen paraların sözleşmenin başlı başına seçilen ülke özel hukuku çerçevesinde değerlendirilmesine imkan sağlamayacağı görüşündedir.⁵⁵ Bu görüşteki önemli olan nokta, sözleşmeden doğan ekonomik sonuçların birden çok devleti ilgilendirmesi o sözleşmeye milletlerarası sözleşme niteliği vermesidir.⁵⁶

3.2.3.2. Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinin Tespit Edilmesi

Bir ülkenin vatandaşlığına sahip bulunan işçi ile işveren arasında yapılan ve o ülkede hükümlerini doğuracak olan iş sözleşmesi, yerel bir boyut mahiyetinde olduğu için oluşturulduğu ve yerine getirildiği ülke hukukuna tabi olacaktır.⁵⁷

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesinden evvel yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler ele alınmalıdır. İş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin meydana geldiği yer, işletme merkezi ya da sözleşme konusu işin yapıldığı yer veya sözleşme hizmet, mal ile sermaye transferi sağlayarak sınır aşıcı nitelik taşıyorsa yabancılık unsuru taşımaktadır.⁵⁸ İş sözleşmesine konu olan işin Türkiye’de yapılması fakat taraflarının yabancı ülke vatandaşı olduğu uyumsuzluklarda yabancılık unsurunun varlığı kabul edilir.⁵⁹ Tarafların Türk vatandaşı

⁵⁴ DOĞAN, Milletlerarası H. , s. 6.

⁵⁵ CAN/TOKER, s. 14.

⁵⁶ AYGÜN, s.1031.

⁵⁷ KUTLU, s.104.

⁵⁸ CENTEL, Tankut, Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları, s. 217, <http://static.dergipark.org.tr/article-download/imported/1023013356/1023012579.pdf?;KUTLU,s.105>

⁵⁹ ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.43; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ‘‘İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması hâlinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir.’’

olması, sözleşmenin oluşturulduğu yerin Türkiye olması fakat işçinin devamlı ya da geçici olarak yurt dışında çalıştırıldığı hallerde çalışma yerine bağlı bulunarak iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilir.⁶⁰

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, elçilik ve konsolosluklarda çalışanların iş sözleşmeleri, her halükarda yabancılık unsuru taşıyacağından Kanunlar ihtilâfına neden olmaktadır. Çünkü işveren hep yabancı ülke vatandaşıdır.⁶¹ Kanımızca, bu görüş yerindedir. Öyle ki konsolosluk ve elçilikler yabancı devletin temsilcisi olduğu için daima yabancılık unsuru barındıracakları kabul edilmelidir.

Doktrinde yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili işçi ve işveren tarafın yabancı bir hukuku seçip seçemeyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Doktrindeki bir görüşe göre, tarafların aralarındaki sözleşmeye yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilmesi için sözleşmenin bir yabancılık unsuru taşıması zorunlu değildir.⁶²

Doktrindeki diğer görüşe göre irade muhtariyetinin kabul edildiği borç sözleşmelerinde, yabancı bir hukuk seçilebileceği ve hukuki ilişkinin yabancı unsurlu bir hukuki ilişki hâline geleceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.⁶³

Doktrinde başka bir görüşe göre, yabancılık unsuru bulunmayan hukuki ilişkilerde, hangi ülkenin hukuk kurallarının uygulanacağı seçimi yapılamaz. Aynı ülkenin vatandaşı olan işçi ve işveren, kendi ülkesindeki işyeri için yapacakları iş sözleşmesine yabancı ülkenin hukuk kurallarının uygulanacağına karar vermeleri, milletlerarası özel hukuk açısından geçerli olmayacaktır.⁶⁴ Öyle ki yabancılık unsuru içeriğinin genişletilip yabancı ülke hukuk kurallarının uygulamasını sağlamak, sözleşmenin zayıf tarafında bulunan kişilerin haklarını arayıp savunmaları açısından zor olacaktır. Bu nedenle, yabancılık unsuru dar yorumlanarak yalnız tarafların yabancı

Şeklinde karar vermiştir. YHGK, 07.6.1989 tarih, E. 1989/10-316, K. 1989/411 bkz. <http://www.kazancı.com>

⁶⁰ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, GEMİCİ FİLİZ, Beste, Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Turhan ESENER' e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s.599

⁶¹ KUTLU, s.106

⁶² NOMER, Ergin, ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 296; ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.341,342.

⁶³ ŞANLI, Cemal, ESEN, Emre, (ATAMAN) FİGENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Yayınları, İstanbul, 2016, s.268.

⁶⁴ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s. 369; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ s.599.

hukuk kurallarının uygulanacağı kararı almalarının sözleşmeyi yabancılık unsuru taşıyan bir niteliğe ulaştırmayacağı kabul edilmelidir.⁶⁵

3.2.3.3. Uygulanacak Hukuk

3.2.3.3.1. Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

Emeğe ve sermayeye dayalı göçlerin ilerleyen zaman içerisinde artması sonucu iş ilişkilerine uluslararası nitelik kazandırmaktadır. Bu şekilde yabancılık unsuru meydana gelmiştir. İş sözleşmeleri içerisinde yabancılık unsuru meydana gelmesiyle yapılan sözleşme çeşitli ülkelerin hukuk sistemleriyle bağlantılı duruma gelir.⁶⁶

Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. maddesine göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.⁶⁷

Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir.⁶⁸ Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geçerlidir.

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 tabi olur.

⁶⁵ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s. 16.

⁶⁶ AYAN, s. 195.

⁶⁷ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s. 364.

⁶⁸ AYAN, s.198

Anılan madde uyarınca sözleşmenin taraflarına, aralarında yapılmış olan sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak olan hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Bu madde ile öncelikle hukuki ilişkinin taraf iradelerine bağlı olacağına belirtilmesiyle sübjektif bağlama kuralları gereği taraflar hukuk seçimi yaparak aralarındaki sözleşmeye belirli bir hukukun uygulanacağını,⁶⁹ tarafların yetkili hukuk kurallarının seçimi ile ilgili iradelerinin bulunmaması halinde daha önce Kanunlarda belirlenen kurallara bağlanacağını belirtilmesiyle objektif bağlama kuralları gereği de tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde MÖHUK 4. maddesine göre milletlerarası hukuk kuralları uygulanacağı⁷⁰ kabul edilmiştir.⁷¹

3.2.3.3.2. *Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*

MÖHUK 27. maddeye göre, “ (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (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 tabidir. (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.”.

MÖHUK 27. maddenin uygulanması için ilk önce bir iş sözleşmesinin varlığı gerekir. Bu maddede belirtilen iş sözleşmesi ile ne ifade edilmiş olduğu nitelendirmede bir sorun oluşturup hangi hukuka tabi olacağı hakkında doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Doktrindeki görüşe göre, iş sözleşmelerinin nitelendirilmesinin mahkemelerin kendi usul hukuku kurallarını uygulayacağı ilke olan lex fori⁷²,ye göre yapılabileceği kabul edilmiştir.⁷³ Bu yönde hâkim iş sözleşmelerinin

⁶⁹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s. 258, 259,260

⁷⁰ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s. 258

⁷¹ DOĞAN, Vahit, 5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s.17 http://static.dergipark.org.tr/article-download/da67/9889/1e7b/JA25CY65VE/5cb9ecb48258e_3a99fba4845a1aec4e51cc4acd9dbd67.pdf?

⁷² DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.25; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s. 42.

nitelendirilmesinin sözü edilen iş sözleşmesinin varlığını Türk Hukukunu esas alarak belirler.⁷⁴

3.2.3.3.2.1. *Sübjektif Bağlama Kuralı*

3.2.3.3.2.1.1. *Genel Olarak*

İş sözleşmesinin işçi tarafının sosyal, ekonomik benzeri açılardan daha zayıf konumda bulunması nedeniyle zayıf tarafın korunmak amacıyla emredici kurallar düzenlenmiştir. Bu strateji milletlerarası hukukta da bulunmaktadır.⁷⁵ İş sözleşmesi Kamu Hukuku ile Özel Hukukla ilgili çeşitli hususları barındırmasından ötürü başka sözleşmelerden ayrılır. İşverenin karşı tarafında bulunan işçi eşit bir güce sahip bulunmadığından kendi yararına olan hükümleri işverenin işçiye mecburi kabul ettirebilmesi olasılığı açısından sözleşmeye uygulanacak hukuk önem teşkil etmektedir.⁷⁶ Yabancılık unsuru iş sözleşmelerinde işçi veya işverenin yabancı oluşu, işyerinin merkezi yurtdışında olması, yabancı devlette iş görme gibi durumlardan bir tanesinin bulunması halinde bulunmaktadır. Yabancılık unsuru barındıran hukuki ilişkilerde hangi ülkenin hukuku uygulanması hususu Kanunlar ihtilafına ilişkindir.⁷⁷

MÖHUK 27. madde ile iş sözleşmeleri hukuk seçimine konu olabilmekte ve iş sözleşmeleriyle ilgili bağlama kuralları düzenlenirken ilk önce tarafların iradesine bakılıp irade muhtariyeti prensibi⁷⁸ yönünde MÖHUK 2. maddenin 4. fıkrasıyla seçilmiş olan hukuka sadece maddî hukuk kurallarının uygulanacak olup milletlerarası özel hukuk (Kanunlar ihtilafı) kurallarının ise uygulanmayacaktır.⁷⁹ Sübjektif bağlama kuralı Kanun koyucu hukuk seçimine izin vermişse seçimi yapılarak tespit edilen hukuk olarak tanımlanabilir.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler ile ilgili taraflar hukuk seçimi yapmış ise bu durumda iki farklı sözleşmenin varlığından söz edilir. Bu

⁷³ ELÇİN, s.13; TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.59 C.3 2010, s. 626, <http://static.dergipark.org.tr/article-download/2f2a/1745/d6ee/imp-JA29FT64BC-0.pdf?>

⁷⁴ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 343.

⁷⁵ DOĞAN, Milletlerarası Ö., s. 372.

⁷⁶ EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, s. 26.

⁷⁷ TARMAN, s.526.

⁷⁸ NOMER, Devletler Hususi. , s.16; DOĞAN, İş A. , s. 10,11.

⁷⁹ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.363,364.; NOMER, Devletler Hususi. , s. 320,321.; TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.351,369.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ, s.602.

sözleşmelerden biri taraflar arasındaki borç doğuran asıl sözleşme olup diğeri asıl sözleşme taraflarının hukuk seçimine ilişkin yaptıkları hukuk seçimi sözleşmesidir. Buradaki önemli olan nokta, iki sözleşmenin de birbirlerinden bağımsız nitelikte olmalarıdır.⁸⁰ Bağımsızlık sonunda, hukuk seçimi için yapılan sözleşmenin şekil açıdan geçersiz olması, asıl sözleşmenin geçerli olmasını etkilemeyecektir.⁸¹ Asıl sözleşme açısından şekli bir geçerlilik şartı öngörülse de bu şart ile hukuk seçimi sözleşmesinin şekline bir etkisi dokunmaz.

MÖHUK 24. maddeye göre⁸², “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.”. Bu madde uyarınca, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk seçiminin, sözleşmenin taraflarının sadece açık irade beyanlarıyla değil, örtülü irade beyanlarıyla da gerçekleşebileceği belirtilmiştir.⁸³

Tarafların, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk seçimini belirlemelerinde zaman ile ilgili olarak bir serbesti tanınmaktadır. Taraflar, aralarındaki iş sözleşmesine uygulanacak hukuk kurallarıyla ilgili seçimini iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında yapabilecekleri gibi sözleşmenin kurulması anından uyuşmazlığın çıktığı ana kadar geçen süre içinde de yapabilirler.⁸⁴ Taraflara aralarındaki iş sözleşmesine uygulanması için seçecekleri hukuk kurallarının, sözleşmeye ilişkin olup olmamasıyla ilgili bir kısıtlama getirilmemiştir.⁸⁵ Sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin olarak kısmî hukuk seçimi yapmakta serbesttir. Taraflar, yapmış oldukları sözleşmenin bir kısmını, seçmiş oldukları bir hukuka tabi tutabilirler.⁸⁶

Hukuk seçiminin toplu iş sözleşmesiyle yapılıp yapılamayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin korunması ilkesi konusunda toplu iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapmak

⁸⁰ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.377,378.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s.603.

⁸¹ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.377,378.; NOMER, Devletler Hususi. , s.320.

⁸² MÖHUK madde 27 de tarafların iş sözleşmesine uygulanacak hukuk seçimlerinin şekliyle ilgili özel bir hüküm yer almadığı için MÖHUK madde 24 uygulanacaktır.

⁸³ NOMER, Devletler Hususi. , s.339.; TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.358.

⁸⁴ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.356.; NOMER, Devletler Hususi. , s. 321.

⁸⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s.605.

⁸⁶ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.354, 369; NOMER, Devletler Hususi. , s.321.

mümkündür.⁸⁷ Doktrindeki bir diğer görüşe göre, yapılmış olan hukuk seçiminin Kanunlar ihtilâfi bakımından sonuçlarını doğurması, uygulanacak hukuk seçiminin belirli bir iş sözleşmesine ilişkin yapılması şartına dayalı olduğundan pozitif hukuk bakımından toplu iş sözleşmesi ile hukuk seçimi yapılamaz.⁸⁸

İş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile tarafların sözleşmeye uygulamak istedikleri hukuk kurallarını seçebilmesi ve ikisi arasında farklılık olması durumunda ortak bir görüş sağlanamamıştır.

3.2.3.3.2.1.2. İş Sözleşmelerine İlişkin Hukuk Seçiminin Sınırlandırılması

MÖHUK 27. madde 1. fıkrası uyarınca, “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.”. Anılan madde ile iş sözleşmesinin zayıf konumunda kabul edilmiş olan işçi⁸⁹ tarafı korumak için sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının seçimi sınırlandırılmıştır. Bu maddenin düzenlenme amacı, sözleşmenin güçlü tarafındaki işverenin, ekonomik gücünü kullanarak zayıf konumda olan işçiyi, kendi lehine olan hukuk kurallarının uygulanmasını kabul ettirmesinin önüne geçmektir.⁹⁰ Bu durumda, tarafların seçmiş olduğu hukuk, işçiyi, işçinin mutad işyeri hukukunun sağladığı minimum orandaki korumadan daha az koruyacak ise seçilen hukuk uygulanmaz.⁹¹ Buna göre işçi, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak hukuk kurallarından kendisi için daha yararlı olacak kuralların uygulanmasını talep edebilir.⁹² İşçi için, tarafların seçtiği hukuk mu ya da işçinin mutad işyeri hukukun mu daha fazla koruyacağı belirlenirken önemli olan konu, iki ayrı hukuk kurallarının genel olarak karşılaştırılmadan uyumsuzluk bazında özel olarak değerlendirilmesi gerekir.⁹³

⁸⁷ TARMAN, s.530.

⁸⁸ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 286.

⁸⁹ İşçi, İş sözleşmesi, iş ilişkisi gibi kavramlar İş Kanununda yer aldığından Lex Fori uyarınca vasıflandırılır.

⁹⁰ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.89.

⁹¹ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s. 420; AYAN, s. 200.

⁹² DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.89; SÜZEK, s. 28.

⁹³ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 286; NOMER, Devletler Hususi. , s. 339.

MÖHUK 27. madde “yararlılık ilkesi” temel alınarak düzenlenmiş bir maddedir.⁹⁴ Yararlılık ilkesi, zayıf konumdaki işçiyi koruma düşüncesini hayata geçirmeyi hedefleyen bir ilkedir.⁹⁵ Yararlılık kavramı değerlendirilirken, ayrı hukuk düzenleriyle ilgili hükümlerin nasıl karşılaştırılması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlar, tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç ayrı öneri halinde savunulmuştur.⁹⁶

İş Hukukunda, kamu menfaatinin bir gereği olarak işçiyi korumak amaçlı düzenlenen emredici vasıfta olan kurallar, özel bir etkiye sahiptir.⁹⁷ Nitekim taraflar kendi iradeleriyle bu hükümlerin etkilerini kaldıramazlar.⁹⁸

3.2.3.3.2.2. *Objektif Bağlama Kuralı*

3.2.3.3.2.2.1. *Genel Olarak*

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralını seçmemeleri ya da seçtikleri hukukun geçersiz olması durumunda uygulanacak olan hukuku, objektif bağlama kuralı belirler. MÖHUK 24. madde 4. fıkrası uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda, sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. En sıkı ilişkili olan hukuk kavramı ile ne ifade edilmek istendiği maddenin devamında, “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 tabi olur.” olarak belirtilmiştir.

Borç doğuran sözleşmeler açısından genel bağlama kuralını oluşturan “en sıkı ilişki”, MÖHUK 24. maddenin 4. fıkrası devamında yer alan “karakteristik edim” kavramıyla somutlaşmıştır. Karakteristik edim sözleşmeyi

⁹⁴ TARMAN, s. 531.

⁹⁵ TARMAN, s. 531.

⁹⁶ ELÇİN, s.100-104; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 607; TARMAN, s. 533.

⁹⁷ NOMER, Devletler Hususi. , s.340.

⁹⁸ CENTEL, s.230.

karakterize eden o sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayırıp sözleşmeye adını veren edimdir. İş sözleşmeleri açısından karakteristik edim işçinin iş görme edimini ifade eder.⁹⁹

3.2.3.3.2.2.2. İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Objektif Bağlama Kuralları

3.2.3.3.2.2.2.1. İşçinin Mutad İşyeri Hukuku

MÖHUK 27. madde 2. fıkrası uyarınca taraflar hukuk seçimi yapmadıkları takdirde uygulanacak olan özel bir bağlama kuralı düzenlenmiştir. Bu hükme göre kabul gören objektif bağlama kuralı ile mutad işyeri hukuku kastedilmektedir. Buna göre, taraflar hukuk seçimi yapmadıkları hallerde, aralarındaki iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanmaktadır. İşçi işini devamlı olarak belli işyerinde icra ediyorsa işyerine katılmakta sayılacağından sözleşmenin statüsü sıkı ilişkili olduğu yerin belirlenmesinde en zor kıstas mutad işyeri kabul edilir.¹⁰⁰ Fakat, işçinin işini geçici olarak yapmış olduğu yer, mutad işyeri kapsamına girmemektedir.¹⁰¹ İşçinin işini geçici olarak yapması durumlarında mutad işyeri değişmez.¹⁰² Bu gibi durumlarda, hizmetin ağırlık merkezinde bir değişiklik olmamaktadır. Nitekim, hangi vasıftaki işlerin geçici olarak değerlendirileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Mutad işyerine ilişkin esas alınacak nokta, işçinin işini “fiilen” yerine getirdiği yerdir.¹⁰³ Mutad işyeri kavramı, işçinin işini zaman ve içerik olarak devamlı bir şekilde icra ettiği yeri ifade eder.¹⁰⁴ Mutad işyerinin değişmesi halinde, iş sözleşmesinin uygulanacağı hukukta da değişecektir.¹⁰⁵

İşçinin mutad işyerinden ayrılması kısa bir süre için olabileceği gibi uzun bir süre için de olabilir. Buna ilişkin olarak işçinin farklı devlette işverene mi bağımlı ya da işverene bağlı olmadan çalışmak için mi gönderildiğine bakılır. İşverene bağımlı olmadan çalışmak için başka bir ülkede işe alınmışsa işçinin mutad işyeri, o

⁹⁹KUTLU, s. 121.

¹⁰⁰ ÇELİKEL, ERDEM s. 382-385.

¹⁰¹ NOMER, Devletler Hususi. , s. 341

¹⁰² NOMER, Devletler Hususi. , s. 341; AYAN, s.202.; TARMAN, s. 535.

¹⁰³ NOMER, Devletler Hususi. , s. 341.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 609,610.

¹⁰⁴ NOMER, Devletler Hususi. , s. 341.; ÇELİKEL, ERDEM, s. 384.; TARMAN, s. 534.

¹⁰⁵ TARMAN, s. 534.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 609.

ülke olmaktadır. Tersine bir durumda işçinin mutad işyeri, varlığını korumaktadır. İşverenin, işçiyi başka bir devlete göndermesi halinde işveren işçiyi geri alma amacı ya da işçi geri dönmekten vazgeçerse işçinin gönderilmiş olduğu fiilî işyeri, mutad mesken işyeri haline gelir.¹⁰⁶

3.2.3.3.2.2.2. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

İşçi icra etmekte olduğu işi belirli bir devlette sürdürmeye devamlı olarak çeşitli ülkelerde çalışması nedeniyle mutad işyeri yoksa MÖHUK 27. maddenin 3. fıkrası uyarınca doktrinde kabul gören görüş işverene ait işyerinin merkezi bulunduğu yer hukukunun uygulanmasıdır.¹⁰⁷

İşin yerine getirilmesi açısından bir ülkede mutad olarak vasıflandırılabilir ağırlığa ait işyeri bulunmayabilir. Öyle ki sözleşmenin konusuna sahip olan işin, aynı ağırlıkta ve sürekli bir şekilde birden fazla ülke ya da açık denizlerde, uzayda veya devletsiz bölgelerde icra edilmesi halinde, mutad işyeri bağlantısı ağırlığını kaybedeceğinden ortadan kalkar.¹⁰⁸

MÖHUK 27. madde 3. fıkrası uyarınca “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.”. Anılan maddedeki “esas işyeri” ile işverene ait olan işyerinin merkezinin bulunduğu ülke kastedilmektedir.¹⁰⁹

Esas işyerinin bulunmakta olduğu ülkenin hukuku, havayolu personeli, açık denizlerde görevli mürettebat, buz revüleri ile uzak yol şoförleri gibi işini sürekli olarak başka ülkelerde icra eden işçiler açısından geçerlidir.¹¹⁰

3.2.3.3.2.2.2.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

İş sözleşmesinin kurulması sonucu taraflar arasında doğmuş olan borç ilişkileri için yetkili olan hukuku tespit etmekte MÖHUK 27. madde 4. fıkrası istisnai bir hüküm olarak getirilmiştir. MÖHUK 27. madde 4. fıkrası uyarınca, “Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması

¹⁰⁶ NOMER, Devletler Hususi. , s. 342.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 609.

¹⁰⁷ ELÇİN, s. 120.

¹⁰⁸ NOMER, Devletler H. , s. 342,343.

¹⁰⁹ AYAN, s. 202.

¹¹⁰ NOMER, Devletler Hususi. , s. 343.

hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.” Anılan maddedeki iş sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin istisna kural ile somut olay açısından objektif bağlama kuralıyla sağlanamamış milletler özel hukuku adaletini sağlamak hedeflenmiştir.¹¹¹ İş sözleşmesinin daha sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun tespit edilmesinde iş sözleşmesinin yapılmış olduğu yer, ifa edilmiş olduğu ülkeler, tarafların ortak vatandaşlıkları, işçinin işe alınmış olduğu yer, işverenin ikametgâh adresi ya da teşebbüsünün bulunduğu yer gibi benzeri ölçütler temel alınır.¹¹² Ücretin ödeneceği para birimi, iş sözleşmesinin ulusal bir iş hukuku dahilinde özel bir esasta düzenlenmesi ya da bu ülkenin hukukunda uygulanmış olan daha evvelki bir sözleşmeye gönderme yapılması ile sözleşmenin hangi dilde yapılmış olduğu esas alınabilecek olan ölçütler arasında yer alır.¹¹³

MÖHUK 27. madde 4. fıkarda yer alan hüküm ile hem fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak 28. madde, hem eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeleri hüküm altına alan 29. madde 3. fıkrasından farklı olmak kaydıyla, işçinin korunması niyetiyle hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır.¹¹⁴ Hâkime tanınmış olan takdir yetkisiyle, işçinin mutad işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilmiş olsa da, işçinin mutad işyeri hukukunun sosyal güvenlikle ilgili hükümleri işçiyi daha fazla koruyan bir niteliğe sahip ise hâkimin, daha sıkı ilişkili olduğu hukuku uygulayıp uygulamamakta karar verme yetkisine sahip olduğunu ifade eder.¹¹⁵ Daha sıkı ilişkili olduğu hukuk var ise dahi hâkime takdir yetkisi tanınmış olsa da hâkimin tam anlamda serbest olduğu söylenemez. Hâkim takdir yetkisini işveren karşısında zayıf konumda olan işçi lehine kullanır.

Türkiye’de işe alınmış olan Türk işçinin, çalışmak niyetiyle yabancı ülkeye gönderilmesi durumunda taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimini yapmamış ise daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk Hukukunun uygulanması gerekir.¹¹⁶

¹¹¹ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s. 367; AYAN, s. 203.; ÇELİKEL, ERDEM, s. 391.

¹¹² TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.368; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 611.

¹¹³ ELÇİN, s. 152.

¹¹⁴ ÇELİKEL, ERDEM, s.391; AYAN, s. 203.

¹¹⁵ ÇELİKEL, ERDEM, s.391,392,393.

¹¹⁶ Yargıtay, sözü edilen biçimde yurt dışına çalışması için gönderilmiş olan Türk işçilerin, kıdem, ihbar, yıllık izin ücreti benzeri işçilik alacaklarının ödenmesi talebiyle, çalışmalarını için gönderen işverenlere karşı Türk mahkemelerinde açtıkları yabancılık unsuru içeren davalarda; hem işveren sıfatının hem de esasa uygulanacak hukukun tespit edilmesinde Türk İş Hukuku’nun uygulanacağı belirtilmiştir. Kararın

3.2.3.3.2.3. Yetkili Yabancı Hukukun Uygulanmayacağı Hâller

3.2.3.3.2.3.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Her ülkenin toplumsal yapısı sonucu politik ve ekonomik çıkarlarını koruma niyetiyle vatandaş ile yabancı ayrımı yapmadan uyguladığı kurallara, “doğrudan uygulanan kurallar” adı verilmektedir.¹¹⁷ Doğrudan uygulanan kurallar yabancı hukuk normlarının somut olaya uygulanabilmesinin sınırlarını teşkil eder.¹¹⁸ Doğrudan uygulanan kurallar, özel hukuk ilişkileri açısından hüküm ifade edip kamunun çıkarlarını gözeten emredici bir özelliğe sahiptir.¹¹⁹ Hukuk normları ülkede gerçekleşmiş bütün hukuki ilişkiler için uygulanması amacıyla düzenlenmişse doğrudan uygulanan kural vasfındadır.¹²⁰ Şöyle ki doğrudan uygulanan kuralların, uygulama alanlarına giren bütün uyuşmazlıklara uygulanmaları, ülkenin ekonomik, toplumsal, politik alanda takip ettiği siyaseti gerçeğe dönüştürmesi için mecburidir.¹²¹ Sözü edilen kurallar MÖHUK 24. maddede tarafların sözleşmesinden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hususunda taraflara tanınmış olan sözleşme serbestisi ilkesini de kısıtlamıştır.¹²² Anılan kurallar¹²³, Kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca tespit edilmiş olan yetkili hukuk ile sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulama alanı bulur.¹²⁴

gerekeceği, “İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde, gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk iş hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır.” Şeklinde dir. Y7HD. , 24.10.2013 tarih ve E. 2013/10105, K. 2013/17312. bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

¹¹⁷ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s. 58, 378.;ELÇİN, s. 163,164.; TARMAN, s. 540.

¹¹⁸ CAN, TOKER, s. 148.

¹¹⁹ ÇELİKEL, ERDEM, s. 153.; NOMER, Devletler Hususi. , s. 183,184.

¹²⁰ CAN, TOKER, s.142.

¹²¹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s. 7.

¹²² ERKAN, Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, 2011, s. 82.

¹²³ Doğrudan uygulanan kurallara, döviz ve dış ticaret hukukuna ilişkin yasaklar, kotalar, para ve kartel kanunlarla irade serbestisine getirilmiş olan sınırlamalar, iş sağlığı ve güvenliği gibi kamu hukuku niteliğine haiz düzenlemelerle hava ve çevre temizliği, kültür varlıklarının korunması gibi sermaye, mal ve hizmet dolaşımıyla ilgili kurallar kambiyo mevzuatıyla ilgi hükümler ve rekabet kuralları örnek verilebilir. Bkz. TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.379; NOMER, Devletler Hususi. , s. 185; ÇELİKEL, ERDEM, s.153,154.; ŞANLI ,ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s.295.; NOMER, Devletler Hususi. , s.185

¹²⁴ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s.10; NOMER, Devletler Hususi. , s.183; DOĞAN, İş A., s.101,102.

Doğrudan uygulanan kurallar, mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, hüküm statüsünün doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olmak üzere üç gruba ayrılmıştır.¹²⁵

Yabancı kişinin Kanuna uygun olarak bulunmakta olduğu ülkede yaptığı iş sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlenmeden evvel kişinin bulunduğu ülkede bahsi geçen işi yapabilecek olup olmasının ve Kanundan doğan hak ile borç ehliyeti bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Yabancı kişinin icra etmek istediği iş o ülkede yabancıların çalışmasına yasaklanan meslekler arasında yer alıyorsa hangi hukukun uygulanacağını belirleme gereksinimi bulunmaz. Nitekim yabancı kişinin vatandaşı bulunduğu ülkede icra edebileceği mesleği bir başka devletin Kanunlarına aykırı davranmak suretiyle yapması mümkün değildir.¹²⁶

3.2.3.3.2.3.1.1. Mahkemenin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK 6. madde uyarınca, “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.” Anılan maddeye göre Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları başlığında hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, tüm hukuki ilişkiler açısından geçerli olacak biçimde düzenlenmiştir. Bu husus için doktrinde yabancı hukukun uygulanması tamamıyla engellenmemiş yalnızca Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların bulunduğu hallerde sınırlı şekilde uygulanmadığı düzenlenmiştir.¹²⁷

MÖHUK’ nin 6. maddede, hangi tür kuralların doğrudan uygulanan kurallara girdiği hususu açık olarak belirtilmemiştir. Anılan maddede “düzenleme amacı ve uygulama alanı” kavramından yola çıkarak hangi tür kuralların doğrudan uygulanan kurallar çerçevesine gireceğine bir açıklık getirilebilecektir.¹²⁸ Kuralın getirilmesindeki amaç, taraflar arasındaki ilişkinin yabancılık unsuru barındırıp barındırmadığına bakılmadan ilgili devletle bağlantılı olan tüm hukuki olaylara

¹²⁵ KUTLU, s.129.

¹²⁶ TİRYAKİ, s.186.

¹²⁷ CAN, TOKER, s.133.

¹²⁸ TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.58, 59; DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.384.

uygulanıyorsa bu kural, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilir.¹²⁹ Önem teşkil eden diğer bir konu hukukumuzda yer alan her emredici kural doğrudan uygulanan kural olarak vasıflandırılmaz.¹³⁰

MÖHUK' nin 6. maddedeki doğrudan uygulanan kuralların iş sözleşmeleri bakımından iş ilişkisine yönelik maddî hükümlerin geneli başta doğrudan uygulanan kurallar olarak görünse dahi, iş sözleşmelerine ilişkin doğrudan uygulanan kuralların tespit edilmesinde, sözleşme serbestisi esası ile sıkı ilişkili hukukun uygulanması, taraflarca yapılan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukta esas ilke olduğu dikkate alınmalıdır.¹³¹ Bu yönde, kamu çıkarlarını ilgilendirmeyen ve sadece işçiyi koruma amacı güden hükümler, doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde değil, MÖHUK 27/ 1 e göre “emredici hükümler” uyarınca değerlendirilebilirler.¹³²

Bir uyuşmazlık Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına giriyor ve bu uyuşmazlık Türk mahkemelerinde görülüyorsa hâkim, uyuşmazlığın konusunu, taraflarını, ülke ile bağlantısını dikkate almaksızın¹³³, bu kuralları uyuşmazlığa doğrudan doğruya uygulamaktadır.¹³⁴

3.2.3.3.2.3.1.2. Hüküm Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK uyarınca, ihtilâfa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili açık bir hüküm düzenlenmemiş fakat MÖHUK' nin atfi düzenleyen maddesi buradaki boşluğa uygulanmaktadır. MÖHUK 2. maddeye göre “Hâkim, Türk Kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.”. Bu maddede yer alan “yetkili olan yabancı hukuku uygular” kavramı ile ifade edilmek istenen husus, yabancı yetkili hukukun emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı kurallarının tümüyle uygulanması gerektiğidir.¹³⁵ Dolayısıyla ihtilafa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeye uygulanacak hukukun bir unsurunu oluşturacağı için uygulama alanı

¹²⁹ DOĞAN, İŞ A., s.101,102,103; CAN, TOKER, s.132.

¹³⁰TEKİNALP, Milletlerarası H. , s.59.

¹³¹ ELÇİN, s. 165.

¹³² BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ, s. 613.

¹³³ Burada hakim yabancı hukukun yetkili olup olmadığını araştırmaz.

¹³⁴ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s. 385; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGENMEŞE, s.10,11.

¹³⁵ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.244.

bulmaktadır.¹³⁶ Buna göre hâkim yabancı hukuku uygularken, o hukukun hükümlerinin neden konulduğuna bakmaz.¹³⁷ Tersine bir durumda, hâkimin seçilen hukukun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almaksızın başka maddî hukuk kurallarını uygulaması halinde verilecek kararın uygun olması da etkilenecektir.¹³⁸ Hüküm konumundaki doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanması sonunda verilmiş olan kararlar iç hukukumuzda kamu düzenine ilişkin aykırılık oluşturuyor ise bu hüküm uygulanmaz.¹³⁹

3.2.3.3.2.3.1.3. Üçüncü Devletin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancılaşık unsuru taşıyan sözleşmenin, başka ülkelerde de etkileri olabilmektedir. Sözleşmeye ile ilgili üçüncü devletin, doğrudan uygulanan kurallarının hesaba katılmasında, mahkemenin tabi olduğu devlet kadar yabancı devlette de bu kuralların uygulanmasında o devletin menfaatlerinin ne olduğuna bakılmalıdır.¹⁴⁰ Buna ilişkin iş sözleşmesiyle ilgili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları iş sözleşmeleri üstünde etki oluşturabilir.¹⁴¹

MÖHUK 31. maddeye göre “Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi 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.” Anılan madde ile üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmaması hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.¹⁴² Üçüncü bir devletin hukuku lex fori ile lex causae haricinde bir hukuk olabilmektedir.¹⁴³ MÖHUK 6. madde hükmü genel kural niteliğinde olup tüm

¹³⁶ CAN, TOKER, s.135.

¹³⁷ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.243.

¹³⁸ KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, Y.28, S.1-2, s.157.

¹³⁹ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.244.

¹⁴⁰ ELÇİN, s. 179.

¹⁴¹ KUTLU, s. 133.

¹⁴² DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s. 386.

¹⁴³ CAN, TOKER, s. 318.

hukuki işlemler ile ilişkiler hakkında uygulanırken 31. madde sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri hususunda uygulanabilir.¹⁴⁴

3.2.3.3.2.3.2. Kamu Düzeni Müdahalesi

Kamu düzeni müdahalesi konusunu anlatmadan önce kamu düzeni kavramına değinmek gerekir. Kamu düzeni kavramı için ortak bir görüş olmayıp birden fazla tanımı yapılmıştır. Fakat tüm hukuk görüşlerinde kamu düzeni müdahalesi olumlu görülmüş olup uygulanmıştır.¹⁴⁵

Kamu düzeni tanımı “Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açıdan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünü”¹⁴⁶ olarak yapılabilir.

Kamu düzeninin bir başka tanımı, “Bir olayda, adalete uygun olmayan aşırı bir sonuca yol açabilecek yabancı hukukun istisnai durumlarda uygulanmaması hususunda hâkimin genel biçimde yetkilendirildiği bir kuraldır.”¹⁴⁷ İç hukuk bakımından kamu düzeni, toplumun ekonomik, sosyal ve siyasal birliğinin sağlanması için konulan kurallar olarak ifade edilmiştir.

MÖHUK 2. madde uyarınca Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda yabancı hukuk uygulanacağı öngörülmüşse esas olan yetkili kıldıkları yabancı hukuku uygulamaktır. Davaya bakacak olan hakimin hukukuna ilişkin esas değerler ile ilkelerinin gerekleri açısından yabancı hukukun sentezlenmesi zorunluluğu vardır. Bu noktada milletlerarası özel hukukta sentezleme olayı kamu düzeni müdahalesi ile yapılır.¹⁴⁸

Kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, uygulanması icap eden yabancı hukukun, uygulandığı takdirde kamu düzeni belli bir hadisede bozulacaksa kamu düzeni müdahalesinden bahsedilmektedir.¹⁴⁹ Yabancı hukuk düzeniyle ilgili bir hüküm uygulandığı takdirde verilen kararın, hâkimin tabi olduğu hukukun adalet sistemine aykırılık oluşturması halinde, bu hüküm uygulanmaz.¹⁵⁰ Nitekim hâkim, maddî hukuk

¹⁴⁴ CAN, TOKER, s. 317.

¹⁴⁵ NOMER, s. 159.

¹⁴⁶ TANRIVER, Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, C. 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 476.

¹⁴⁷ DOĞAN, İŞ A. , s.130.

¹⁴⁸ CAN, TOKER, s.141.

¹⁴⁹ NOMER, Devletler Hususi. , s. 159.

¹⁵⁰ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.386.

adaletini sağlama mükellefiyeti olmasından dolayı yabancılık unsuru barındıran maddî ilişkiler biçiminden kendi tabi olduğu hukuk düzenine aykırı olmayan adaletli bir şekilde karar verme mecburiyeti vardır.¹⁵¹

Kamu düzeni kavramı zamana ve yere uygun olarak değişiklik göstermektedir.¹⁵² Toplum içinde oluşan ahlak ve hukuk anlayışıyla ilgili farklılıklar zamanla kamu düzeni anlayışında da değişiklikler oluşturacaktır. Bu nedenle, yabancı hukukun uygulamasını engelleyecek bir kavram olan kamu düzeni, davanın açıldığı zamandaki anlayışın yerini hâkimin karar verme zamanındaki anlayış olarak bu şekilde belirlenecektir.¹⁵³

Kanunlar ihtilâfî kurallarına göre yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda, tarafların seçmiş oldukları hukuk esas alınsa dahi somut hadiseler açısından uygulanacak olan hukukun her daim başlangıçta bilinmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda düşündüğümüzde uygulanacak olan hukuk, hâkimin tabi olduğu hukuka göre daha çok gelişen bir hukuk olabileceği gibi geride kalmış bir hukuk da olabilmektedir. Hâkimin, seçilmiş olan hukuku, kendi tabi olduğu hukukun esas değerleri ile ilkeleri açısından sentezlemesi gerekir.¹⁵⁴

Doktrinde, kamu düzeninin vasıflandırılmasına ilişkin iki ayrı görüş vardır. Doktrindeki birinci görüşe göre, kamu düzeni, bağımlı olmayan umumi bir bağlama kuralı oluşturmaktadır. Nitekim hukuki işlem veya hukuki ilişki, kamu düzenine ilişkin ise o işlem ya da ilişkiye hâkimin tabi olduğu hukuk uygulanır.¹⁵⁵

Doktrindeki diğer görüşe göre, kamu düzeni, Kanunlar ihtilâfî kurallarınca yetkilendirilmiş olan yabancı hukuk düzeninin uygulanması ilkelerinin istisnası durumundadır.¹⁵⁶ Bu görüş uyarınca, bağlama kuralı, yabancı hukukun uygulanmasını kabul ediyorsa ilk önce yabancı hukuk, mahkemenin tabi olduğu hukukun kamu düzenine aykırı olmaması açısından incelenir. Aykırı olmaması halinde, yabancı hukuk uygulanabilir. Bizim görüşümüze göre ikinci görüş yerindedir. Çünkü

¹⁵¹ DOĞAN, İŞ A. , s.130 .

¹⁵² DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.218.

¹⁵³ DOĞAN, Milletlerarası Ö. , s.219.

¹⁵⁴ CAN, TOKER, s. 140.

¹⁵⁵ CAN, TOKER, s. 144; Bir örnek verilecek olunursa, ülkedeki menkul ile gayrimenkullere millî hukuk uygulanmaktadır. bkz. NOMER, Devletler Hususi. , s. 159.

¹⁵⁶ NOMER, Devletler Hususi. , s. 159.

kamu düzeni yer ve zamana göre değişmesi nedeniyle hâkimin her bir somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapması gerekir.

MÖHUK 5. maddeye göre, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk Hukuku uygulanır.”. Anılan madde uyarınca, yabancı hukuk kuralının, kamu düzenine açık bir şekilde aykırı bulunması aranmaktadır. Bu hükmün getirilmesinin nedeni, kamu düzeni müdahalesini en aza indirmek ve hâkimin nesnel bir şekilde yabancı hukuku uygulayabilmesini sağlamadır.¹⁵⁷ Söz konusu madde ile kamu düzeninin, bağlama kuralı olması yönündeki görüşünün yerine Kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkilendirilmiş olan yabancı hukuk düzeninin uygulanması ilkesinin istisnası olduğu görüş kabul edilmiştir.

158

Yabancılık unsuru barındıran iş sözleşmeleri ile ilişkilerinde kamu düzeninin müdahalesi, başka sözleşmelere oranla daha azdır. Nitekim iş sözleşmeleri ile ilişkileri açısından fazla sayıda emredici kurallar ve doğrudan uygulanan kurallar vardır.¹⁵⁹ Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kavramları arasında kimi farklılıklar mevcuttur. Doğrudan uygulanan kuralların yer aldığı kimi Kanunların, kamu düzenini koruma kanaatiyle konulması bu iki kavramın birbirine karıştırılmasına neden olmuştur.¹⁶⁰ Kamu düzeni, Kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kılmış olduğu yabancı hukukun uygulandığı kademedede araya girip yabancı hukukun uygulanmasını önlerken doğrudan doğruya uygulanan kuralların getirmiş oldukları düzenleme gereği, Kanunlar ihtilâfı kuralları ile bu kuralların yetkili kılacağı hukukun uygulanmasını önlemektedir.¹⁶¹ Nitekim doğrudan uygulanan, Kanunlar ihtilâfı kurallarına gidilmeksizin taraflar arasındaki uyumsuzluğa uygulanmaktadır.¹⁶² Kamu düzeninden bahsedebilmek için ilk önce o uyumsuzlukla ilgili doğrudan uygulanan bir kural

¹⁵⁷ CAN, TOKER, s. 145.

¹⁵⁸ DOĞAN, İŞ A., s. 130,131.

¹⁵⁹ DOĞAN, İŞ A., s. 132.; BOZKURTGÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ, s. 615.

¹⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:503, 1996, s. 81.

¹⁶¹ CAN, TOKER, s. 142.

¹⁶² BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 615.

olmamalı ve bu şekilde Kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayabilme fırsatı meydana gelmelidir.¹⁶³

İş Hukukunda örneğin ırk, dil, din, cinsiyet ve siyasi görüş kaynaklı ayrımlar, iş kazası sonucunda işçiye yeterince koruma sağlamayan hükümler, hayat boyu süreli iş sözleşmeleri yer alan hükümler, fahiş cezai şart, kadının yapacağı iş sözleşmesi için kocasının aşırı müdahalesi ile ilgili hükümler söz konusu olduğunda genel olarak uygulanacak olan hukukun işçi için herhangi bir koruma sağlamadığı hallerde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaktadır.¹⁶⁴ Önemli olan konu, yabancı hukukun, sadece bizim iç hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olduğu gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesinden bahsedilemez.¹⁶⁵

3.3. YABANCI ile YAPILAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

3.3.1. Genel Olarak

Hukuk normlarını diğerlerinden ayıran özellik normlara uyulmadığı takdirde devletin yaptırım gücü ile güvenceye alınmasıdır. Bireylerin hareket serbestisine kısıtlama vasfındaki normların emredici niteliği, normlara aykırı davranılması durumunda karşılaşılabilecek olan yaptırımları göstermektedir. Emredici kurallara uygun davranmamanın sonucu sözleşmenin tamamen ya da kısmen geçersiz ya da hükümsüz olmasıdır. Bu şekilde uygulamanın sonucunun ağır neticeler doğurabileceği gerekçesiyle modern hukuk sistemi geçersizlik yaptırımından ise anılan yaptırıma aşamalar konulmasına yani “esnek geçersizlik” şeklinde bir yaptırım uygulanmasını öngörmüştür.¹⁶⁶ Kesin geçersizlik yaptırımından yola çıkılan esnek geçersizlik yaptırımının ortaya çıkması, yasa koyucunun geçersizlik kavramını tanımlamamasından kaynaklanır. Yasak koyucu normun amacı ile manasına zıt sonuçlar oluşturması durumunda kuralı himaye etme niyetinden çıkan bir eylemle

¹⁶³ KÖSOĞLU, s. 152,153.

¹⁶⁴ DOĞAN, İş A., s. 132.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s.615.; TARMAN, s.545.; Yargıtay, Türkiye’de iş sözleşmelerine ilişkin özel yasal bir düzenleme bulunmadığı önceki kanun döneminde, Libya Yasalarına tabi iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta, kıdem tazminatı Türk kamu düzenine ilişkin olduğu ölçütüne dayanarak, bu uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanacağını belirtmiştir. Sözü edilen olayda Libya Hukukunda kıdem tazminatı verilmesi kabul edilmiş olup işçiye ödenecek tazminat miktarı Türk Hukukuna oranla daha düşüktür. Bu nedenle Yargıtay kamu düzeni müdahalesi esasına dayanarak uyuşmazlık için Türk Hukuku uygulanması kararını vermiştir. Bkz. Y9HD., 06.07.1992, E. 1992/1621 ve K. 1992/7890 bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

¹⁶⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 615.

¹⁶⁶ AYAN, s. 181

geçersizlik yaptırımını esnekleştirilip ve olaya göre uyarlanmasıdır. Bugün emredici hukuk kurallarının sayıca artmasıyla emredici yasa hükümlerine uygun şekilde yapılmayan sözleşmelerin kesin geçersizlik sonucunu doğurması bu nedenle kabul edilemeyecek derecede sert bir yaklaşımdır. Bu şekilde sözleşmenin geçersiz ya da kesin hükümsüz kabul edilmesi sözleşmeler hukukunda meydana gelen problemler için direkt bir çözüm yolu şeklinde görülmemektedir.¹⁶⁷

Yokluk ile geçersizlik kavramlarının bu aşamada karıştırılmaması bakımından ayrılması gerekir. Yokluk yaptırımını sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin olup, sözleşmenin yapılması anında İş sözleşmesinin kurucu unsurları arasında yer alan birbirine uygun irade beyanlarının olmaması durumunda, sözleşme hukuken varlık kazanamayacak ve yok hükmünde kabul edilecektir.¹⁶⁸ Sözleşmenin yok hükmünde olmasını, hâkim kendiliğinden dikkate almaktadır. Geçersizlik/hükümsüzlük yaptırımında sözleşmenin kurucu unsurlarıyla alakası olmayıp, geçerlilik unsurlarının yokluğu aranır. Sözleşmenin geçerlilik unsurlarından kasıt taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuk düzeni kapsamında geçerli şekilde sonuçlarını meydana getirmesini sağlamaktadır. Geçersizlik, yalnız sözleşme kurulduktan sonraki aşamada tarafların iradeleri haricindeki nedenlerle alakalıdır.¹⁶⁹

Yürürlükteki bir iş sözleşmesinin geçersiz olması halinde geçmişi de kapsamı fikri, Türk İş Hukukunda yer almakta olan Kanunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmamaktadır.¹⁷⁰ Fakat iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olmasının ileriye yönelik sonuç doğurması kural olarak kabul edilse de kimi hallerde, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmaktansa yaptırımını ya da iş sözleşmesinin yeniden nitelenmesi de muhtemel olacaktır.¹⁷¹ Buna örnek olarak belirli süreli iş sözleşmesi objektif koşullara dayanmadığı hallerde, sözleşme geçersiz bir iş sözleşmesi haline gelmektense belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilebilir.¹⁷² Buna İlişkin, Türk Borçlar Kanunu'nun 394. mad. 3. fıkrasına göre, geçersiz olduğu sonradan anlaşılmış hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi sonlandırılıncaya değin geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Sözü edilen madde uyarınca iş hukukunda

¹⁶⁷ EREN, s.307,349,350

¹⁶⁸ ERGİN, s. 63.; EREN, s.349.; AKYİĞİT, Hizmet A., s. 3.

¹⁶⁹ EREN, s.348.

¹⁷⁰ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s. 90.

¹⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.170.

¹⁷² KUTLU, s. 142.

geçmişten günümüze kadar kabul edilen iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun ileriye yönelik hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ilkesiyle, borçlar hukuku açısından kanuni bir esasa dayandırılmıştır.¹⁷³

Doktrinde, emredici kuralların çok sayıda bulunduğu İş Hukukunda sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkili olduğu kabul edilip sert bir şekilde geçersizlik yaptırımı sonucu meydana gelen sorunlar giderilmeye çalışılmaktadır. Sözleşmeye ilişkin geriye dönük olmayıp yalnız ileriye etkili biçimde geçersizlik kabul edilirse bile iş ilişkisi her halükarda sona erecektir. Bu nedenle iş hukukunda emredici kurallara aykırı davranmanın ne vakit hukuki işlemde geçerliliği etkileyeceği konusunda karara varmak hayli zordur. Emredici kurallara uygun davranmamanın her halde geçersizlik yaptırımı sonucunu doğurması ile keyfi yaptırımlar girmeyen yerinde bir denge kurmakta zorlanılabilir. İş hukuku alanındaki önemli sorun bundan kaynaklanmaktadır.¹⁷⁴

İş Hukuku alanında emredici vasıftaki kuralların başında iş sözleşmesi yapılması ile işçinin bazı işler için istihdam edilmesiyle ilgili düzenlemeler gelir. Düzenlemelerin geneli yasak olan kurallar olup bazı kişiler ile belirli koşullarda iş sözleşmesi kurulabilmesini yasaklayan vasıftaki düzenlemelerden oluşur. İş sözleşmesinin yapılmasıyla ilgili yasak normlar sözleşmenin tarafı konumundaki işçiyi koruma amaçlı olabileceği gibi üçüncü bir kişi ya da iyiniyetli kişilerin korunması da amaçlanabilir.¹⁷⁵

Emredici kurallar ile yasak koyucu kuralların çeşitli olması kaynaklı anılan yaptırımları belirleme amaçlı kimi kıstaslar konulmuştur. Kurallara uygun davranmamanın sonucunda, kuralın himaye niyeti, kuralların himaye altına almayı hedeflediği kişilerin çevresi, aykırı davranışın ağırlığı, taraflardan bir tanesinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ya da bilmesinin gerekli olması sözleşmenin ifa edilmesinin kurallara aykırılık oluşturması, sözleşmenin taraflarının uygun beklentileriyle doğabilecek idari yaptırımlar ile diğer cezai müeyyideler kapsamında belirlenmektedir. Fakat bu kıstaslar sınırlı sayıda değildir.¹⁷⁶

¹⁷³ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 89.

¹⁷⁴ ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.61.

¹⁷⁵ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 256-258.

¹⁷⁶ AYAN, s. 183.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen hukuki sınırlamalarda iki amaç vardır. Bunlardan ilki sözleşmenin taraflarının bir unsurunu oluşturan toplumun çıkarlarının korunması olup ikincisi ise sözleşmenin tarafı işçi ile işverenin çıkarlarını korumaktır. Toplumsal çıkarları korumayı hedefleyen emredici normlar genel olarak kamunun yararı, güvenliği ile kamu düzeni ve kamusal sağlığı veya çalışma barışını korumaya yönelik getirilmiştir. Emredici normlar ortak çıkarların kişisel çıkarlar karşısında üstünlüğünü hedefleyen normlardır. Bu kuralların bir kısmı kamu hukuku vasfında iken bir kısmı da özel hukuk vasfındadır. Her kural bakımından hangi toplumsal değerlerin himaye altına alındığı ile sözü edilen değerlerin himaye altına alınmasının gerekli olup olmadığı ya da neye dayandığı anayasal ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu tarafıyla yabancı işçilerin çalışma yaşamı ile alakasını düzenleyen kurallar, toplumsal çıkarları koruyan kamu hukuku kaynaklı düzenlemelerdir.¹⁷⁷

Türk hukukunda yabancıların çalışmalarıyla ilgili iki çeşit sınır ile karşılaşılır. Bunlardan birincisi, yabancıların Türkiye 'de çalışması yasaklanan iş ile mesleklere ilişkin kurallardır. Kimi özel yasalarla yalnız Türk vatandaşlarının çalışabileceği meslekler varlığını Uluslararası İşgücü Kanununun yürürlükte olduğu dönem içerisinde de sürdürmektedir. Çalışma yasağı içeren bu kurallar, yabancıların belirtilmiş olan meslek ile işlerde çalıştırılmasına direkt engel koymaktadır. Bu yönde kimi meslekler yalnızca Türk vatandaşlarının çalışmasına özgülenmiş olup, anılan kurallara uygun davranmama gibi bir durumda yapılmış olan sözleşme kesin geçersiz sayılır. Bu normların himaye altına alınmasının amacı, üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması olduğundan tarafların bu hususu bilip bilmemesine bakılmaksızın sözleşmeler başlangıç itibariyle geçersizdir.¹⁷⁸

İkinci sınırlama, yabancılar çalıştırılmadan evvel çalışma izni alıp almadığıdır. İşçinin çalışma izni almaması durumunda işçi ile işveren tarafa idari para cezası öngörülmektedir. Fakat sözleşmeciler arasında iş sözleşmesinin durumuyla ilgili bir düzenleme yabancılar hukuku mevzuatı içinde yer almamıştır.

¹⁷⁷ AYAN, s.183.

¹⁷⁸ İŞTAR, Cengiz, Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti, Çalışma ve Toplum, 2008, s. 206. bkz <http://www.calismatoplum.org/say119/cengiz.pdf>

3.3.2. Çalışma Yasakları Açısından İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş sözleşmesi yapabilmede ehliyet kavramı işçi ile işverenin geçerli şekilde iş sözleşmesi yapabilme yeteneklerini ifade etmektedir. İş sözleşmesinin hükümlerini doğurması geçerli olarak kurulmasına bağlı olup geçerliliğin koşulu da Medeni Kanunun 9. madde uyarınca işçi ve işveren tarafın tam fiil ehliyetlerinin bulunmasıyla mümkün olur. Medeni Kanunun 10. madde uyarınca ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olmayan kimseler yani tam ehliyetliler, hukuken geçerli şekilde iş sözleşmesi yapabilirler. İş ilişkisi kurulabilme hususunda ayırt etme gücüne sahip olmayanların kanuni temsilcilerinin iş sözleşmesi yapılıp yapılamamasına ilişkin temsil eden kişinin kim olduğu önem arz eder. Nitekim iş sözleşmesinde yabancı işçi işin icrasını yalnız kendi yapabileceğinden yasal temsilci ayırt etme gücünden yoksun yabancı kişi adına iş sözleşmesi yapamaz. İşveren açısından ise işverenin iş sözleşmesi yapıldıktan sonra ayırt etme gücünden yoksun hale gelmesi durumunda yasal temsilci hukuken geçerli bir biçimde iş sözleşmesi kurabilir.

İş sözleşmesinin taraflarının gereken fiil ehliyetlerinin olmaması sözleşmenin geçerlilik koşullarına uymamaları kamu düzeni, genel ahlak ya da kişilik haklara aykırılık bulunması, sözleşme kapsamında imkânsızlık hali oluşturmasıyla iş ilişkisinde muvazaa olması, toplu iş sözleşmelerine aykırı durum oluşturması, genel işlem koşulları sözleşme içerisinde yer alması ya da sözleşmenin emredici hukuk kurallarına uygun olmaması, ayrı ayrı geçersizlik sebebi olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁹

Yabancıların çalışma yasakları hususunda sözleşme yapma ehliyeti bulunup bulunmadığı, doktrinde tartışılmaktadır. Ehliyetle ilgili hükümler konu uyarınca belirttiğimiz şekilde olup, doktrinde kimilerine göre, yabancıların çalışma yasaklarının ehliyet kuralı olmadığı savunulur. Bu yazarlara göre, iş sözleşmesi yapılmasında tarafların ehliyetleri hususunda Medeni Kanunumuzun ehliyetle ilgili genel hükümleri uygulanır. Bu görüşü savunanlar için işçinin yabancı olması sadece, iş sözleşmesinin kurulması hürriyetine sınır vasfındadır.¹⁸⁰ Doktrinde çoğunluktaki görüş çocuklar ya da kadınların çalıştırılmasıyla ilgili konulan yasaklarla beraber yabancılarla ilişkin yasaklar

¹⁷⁹ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA , s.23; AKYİĞİT, İş H., s. 203.

¹⁸⁰ AKYİĞİT, İş H. , s.137,138; ERGİN, s. 65; ALPER, Yusuf, KILKIŞ, İlknur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 26.

bu kişilerin ehliyetlerine sınırlama getiren düzenlemeler olduğunu kabul etmektedirler.¹⁸¹

Doktrindeki bir görüşe göre, yabancıların kendilerine yasaklanan mesleklerde çalışmak için yaptıkları iş sözleşmeleri, kamu düzeninin temel ilkeleri ile millî menfaatlere aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilmiştir.¹⁸² Kamu yararı nedeniyle getirilen yasaklara aykırılık oluşturan iş sözleşmeleri, baştan itibaren hükümsüz olmakta ve tarafların bu durum hakkında bilgi sahibi olup olmamalarına bakılmamaktadır.¹⁸³ 1957 yılında Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda, Türk vatandaşı olmayan ve Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun uyarınca yabancıların çalışmasına ilişkin yasaklanmış olan garsonluk mesleğini icra eden yabancıların kıdem tazminatı talebini reddetmiştir.¹⁸⁴

Yabancıların çalışma yasaklarına ilişkin hususu hangi kapsamda değerlendirirsek de yabancıların yasaklı olan meslekte çalıştırılmaları, direkt hukuka aykırılık oluşturur. Bu kapsamdaki hukuka aykırılıklar, hukuk düzeni içerisinde objektif nitelikteki emredici kurallara aykırılık oluşturur. Kamu düzeni, emredici hukuk normları, yasaklayan yasa hükümleri, kişilik haklarına aykırılıkların tümü, hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilir. Hukuka aykırılık kapsamı içerisinde olan emredici kurallar, tarafların iradeleri doğrultusunda aksini kararlaştırılmanın mümkün olmadığı uygulanması zorunlu olan hükümlerdir.¹⁸⁵

Çalışma izni olmadan çalıştırılan işçi ile yabancıların çalışmasına yasaklanan mesleklerde çalıştırma arasında kimi farklar mevcuttur. Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan çalışma izni almadan direkt yabancı işçi çalıştırılması durumunda genel olarak, iş sözleşmesinin içeriği gönünden hukuka aykırılık oluşturacak bir tarafı yoktur. Burada sözleşmenin tarafı olan işçinin taraf olması engellenir.¹⁸⁶

Yabancıların çalışmasına yasaklanan meslekleri icra eden yabancılar için durum biraz farklıdır. Yabancılar yasaklanan meslekler Mülga 4817 sayılı Kanun 35. madde

¹⁸¹ ŞAKAR, Uygulama, s.65.; NARMANLIOĞLU, s.187.; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.243.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 155.

¹⁸² AYAN, s. 186,187.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 80.

¹⁸³ AYAN, s. 187.; SAVUR, s. 220.

¹⁸⁴ ERGİN, S. 66.

¹⁸⁵ GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Yayınları, Eskişehir, 2017, s.103-105.

¹⁸⁶ AYAN, s.186.

de hüküm altına alınmış fakat bunlar 2007 sayılı Kanun kaldırılrsa da özel yasalar ile düzenlemelerde getirilen yasaklar vardır. Doktrinde yabancı işçilerin iş sözleşmelerinin kesin geçersizlik hali ya da hükümsüzlük hali yabancılara yasaklanan işlerde çalışmaları bakımından tartışılmıştır. Bir görüş kamu güvenliği ile kendi vatandaşlarımızın çıkarları benzeri sebeplerle yabancılara yasaklanmış meslekleri konu edinen iş sözleşmelerinin kesin geçersiz ya da hükümsüzlüğünü savunmuştur.

Kesin geçersiz sözleşmeler batıl olup başlangıç itibariyle geçerli olmayan hukuki işlem ortaya çıkmakta ve hiçbir biçimde geçerlilik kazanamayacak olup hukuki sonuçlar doğurmamaktadır. Butlan nedeni ortadan kalkıp mesela yabancılara yasaklanan meslekler için yasak kalkarsa dahi sözleşme yine de geçersiz olup başlangıçta yapılan sözleşme hukuka aykırılık teşkil ettiğinden her koşulda batıl olur. Taraflar kendi edimlerini yapsalar da vaziyet yine değişmeyecektir. Fakat sözleşmenin tarafları yeni durumu dikkate alarak tekrardan iş sözleşmesi yapabilmektedirler. Tekrar yapılan sözleşme, eski sözleşmenin geçerlilik kazanması değil tümüyle eskisine bağımlı olmayan yeni bir sözleşme olmaktadır. Böyle hükümsüz olan sözleşmeler direkt kamu düzenine aykırılık teşkil eder.¹⁸⁷ Hâkim kamu düzenine aykırılığı re'sen dikkate almak mecburiyetindedir. Batıl olan sözleşmeler, çıkarı bulunan herkesçe ileri sürülebilmektedir.¹⁸⁸

Kamu yararı nedeniyle getirilen yasaklara aykırılık teşkil eden iş sözleşmeleri tarafların mevcut durumu önceden bilip bilmediğine bakmadan başlangıç itibariyle geçersiz sayılır. Yargıtay 2007 sayılı Kanun yürürlükte bulunduğu dönemde garsonluk yapmaması gerekli olan yabancı işçinin çalışma süresini dikkate almayıp kıdem tazminatı talebini red kararı vermiştir. Yargıtay diğer bir kararında yabancı çalışmakta olduğu mesleğin yasaklanması, yasaklama tarihinden itibaren iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılması ile belirtilen nedenlerle sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş olduğu, bundan ötürü kıdem tazminatına hak kazanılamayacağı hakkında hüküm kurarak iş sözleşmesinin başlangıç itibariyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir.¹⁸⁹

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 96.

¹⁸⁸ EREN, s. 351.

¹⁸⁹ Y4HD., 11.09.1958, 7336/5560 K., <https://sinerjimevzuat.com.tr>

3.3.3. Çalışma İzninin Alınmaması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş sözleşmesinin geçersizliği durumunda sözleşme kurulmuş olmakta fakat taraflarca sözleşme yapılırken gerçek olmasını istenilen sonuç geçersizlik nedeniyle engellenmektedir. Bu doğrultuda sözleşmenin imkânsızlığı ahlak veya hukuka aykırılığı, sözleşmeyi yaparken en az bir tarafın fiil ehliyetinin bulunmaması, yasadan kaynaklı şekil şartlarına uyulmaması, muvazaa bulunması ya da icazet verilmemesi geçersizlik nedenidir.¹⁹⁰

Türk Hukukunda yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçerli olması, daha fazla Türk vatandaşlarına tanınmış olmakla yabancılara yasaklanan mesleklere ilişkin inceleme alanı bulmuştur. Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun ile yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılabilecek olan meslekler düzenlenmişti. Fakat bu Kanun, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun kabul edilmesiyle birlikte yürürlükten kalkmış da olsa bugün yürürlükteki kimi Özel Kanunlarla Türkiye'de yabancılara yasaklanan ya da özel şartlara tabi tutulan meslekler vardır.¹⁹¹ Uluslararası İşgücü Kanunu 9. madde 1. fıkrası (ç) bendinde, başka Kanunlarda Türk vatandaşlarına özgü iş ve meslekler için yapılan çalışma izni başvurularının reddedileceği hükme alınmıştır. Bu nedenle, sözü edilen meslekleri icra eden yabancıların iş sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağı önem arz eden bir konudur.

İş sözleşmelerinde şahsi ilişki kurulması ile tarafların yükümlülükleri doğmakta olup yabancılar ile yapılacak sözleşmelerde de bazı konular söz konusu olabilir. Bu konuların başlıcası çalışma iznidir. Yabancılar çalışmaya başlamadan evvel çalışma izni almalıdır. İş görüşmeleri sırasında çalışma izninin bulunması, olmaması ya da başvuru sürecinde olup olmaması taraflarca değerlendirilmelidir. Çalışma izninin alınmasında işverenin rolü büyüktür. Çalışma izninin hukuki vasıflandırması temel alınarak, yabancıların çalışma izni almadan önce çalışmaya başlaması halinde iş sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler vardır.

Doktrinde çoğu kişinin savunmuş olduğu görüşe göre, yabancı işçilerin çalışma izni alınması gerektiği hallerde, izin başvurusu yapmış fakat başvuru henüz sonuçlanmadan işe başlamış olmaları halinde daha sonra izin verilmesi şartıyla

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, s. 96.

¹⁹¹ AKYİĞİT, İş H., s. 145.

yapılmış olan iş sözleşmesinin geçerli olacağı kabul edilir.¹⁹² Çalışma izni verildikten sonra geri alınması halinde iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olacağı öne sürülemez¹⁹³. İş sözleşmesi yapıldığı sürede yabancıların çalışmasının yasak olmadığı bir işin sonradan yasaklanması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu söylenemez.¹⁹⁴

Doktrindeki bir diğer görüşe göre çalışma izni alma mecburiyeti, kamu düzeniyle ilgili olmayıp “düzen hükmü” niteliğindedir.¹⁹⁵ Yabancılara çalışma izni alma yükümlülüğü getirilmesinin amacı, yabancıların çalışma izni almadan yaptığı iş sözleşmesini geçersiz saymak değil, ülkemize çalışmak için gelen yabancı sayısını denetim altına almaktır. Çalışma izni almadan çalışan yabancı için iş sözleşmesini kesin hükümsüz kabul etmek işçi açısından ciddi sonuçlar meydana getirebileceğinden bu durumda iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü değil de iş sözleşmesinin feshedilebileceğinden söz edilebilir.¹⁹⁶

Doktrinde başka bir görüşe göre çalışma izni olmamasının iş sözleşmesine etkisi konusunda çalışma izninin işlevi kontrol edilmelidir.¹⁹⁷ Buna göre, yabancıların çalışma izni, yabancıların icra edeceği işi, işçi için yasak olmaktan çıkararak bir işleve sahipse çalışma izninin olmamasının, iş sözleşmesini kesin hükümsüz duruma getirdiği kabul edilmesi gerekir.

Doktrindeki bir görüş, işçinin geçerli olarak çalışma izni alıp işe başladığı ve bu iznin süresinin uzatıldığı hallerde işçinin iş sözleşmesi, işverence feshedilinceye kadar geçerli sayılması gerektiğini savunmaktadır.¹⁹⁸

Hukukumuzda yabancılar bakımından çalışma izni alınması gereken durumlarda çalışma izni başvurusu yapıp sonucu beklenmeden yabancı işe başlatılmışsa (izin verilmesi şartıyla) yapılan sözleşme geçerlidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre yabancıların çalışmasının yasak olmadığı meslekler bakımından çalışma izni almadan iş sözleşmesi yapan yabancı işçi, çalışma izni almaması nedeniyle fiilen

¹⁹² AKYİĞİT, Hizmet A. s. 26.; SAVUR, s. 221; AYAN, s.190.; ERGİN, s. 72.

¹⁹³ ERGİN, s.73; AKYİĞİT, Hizmet A., s. 26.; AYAN, s. 190,191.

¹⁹⁴ AKYİĞİT, Hizmet A., s. 26.

¹⁹⁵ SAVUR, s. 221.

¹⁹⁶ CİN, Çalışma İ., s.28.

¹⁹⁷ AKYİĞİT, Hizmet A., s. 26.

¹⁹⁸ KUTLU, s.145.

çalışmıyor olsa da iş sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir.¹⁹⁹ Çalışma izni verildikten sonra geri alınması halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılmaz. Ancak işçinin kendi kusurundan kaynaklanan nedenlerle çalışma izni almaması iş sözleşmesinin fesih nedenidir. Yargıtay bir kararında çalışma izni alınamayan yabancıların sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğine hükmetmiştir.²⁰⁰ Bu durumda anılan kararda çalışma izni alınmadan yapılmış iş sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir.

3.3.4. Yabancılarla Yapılan İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Sonuçları

Çalışma izni almaksızın çalışan yabancı işçi ve onun bağlı olduğu işveren için idari para cezası yaptırımını getirilmiştir. Yasalara aykırı davranan yabancı işçi ile işverene yaptırım uygulamak yerinde bir karardır. Yasada iş sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi yer almayıp idari ya da cezai yaptırım düzenlenen durumlarda anılan yaptırımların sözleşmenin geçersizliği yaptırımını için ek mi ya da sözleşmeyi geçersizliğe tabii tutmadan tek olarak mı uygulanacağı buna ilişkin yasak koyan hükmün amacına bakılarak belirlenmektedir. Yasak koyan hükmün doğruluğu amaç gerçekleşebilmesi, hukuka uygun olmayan sözleşmenin geçersizliği ile mümkün olabiliyorsa işlem geçersiz sayılıp gereken yaptırımlar uygulanır.²⁰¹

3.3.5. İş Sözleşmesinin Feshinin Geçersizliği Halinde Yapılacak Ödemeler

İş Kanunu 18. mad. uyarınca otuz ya da daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz iş sözleşmesi geçerli bir sebep belirtilmeden ya da belirtilen sebebin geçerli olmadığı iş mahkemesi ya da özel hakem tarafından tespit edilerek yapılan feshin geçersiz olduğuna karar verilmesi durumunda; Başvurmasına rağmen bir ay içinde işçinin işe başlamasına izin vermeyen işveren tarafça işçiye ödenen, iş mahkemesi ya da özel hakem tarafından belirlenmiş en az dört en fazla sekiz ay ücret tutarında tazminat, vasfı gereği ücret kapsamına girecek kazanç olarak sayılmaması ile işe başlatılmamış olan sigortalı işçinin sigortalılık vasfının da olmaması sebebiyle sözü edilen tazminat tutarı prime esas sayılmamaktadır.

¹⁹⁹ ERGİN, s. 73.; AKYİĞİT, Hizmet A., s. 26.

²⁰⁰ Y9HD., 07.06.2005 tarih, 2004/24583 E., 2005/20488 K., TÜBA/iiÇB:1581-20 Şubat 2006, s.7-9.

²⁰¹ AYAN, s. 192.

Feshin geçerli olmadığına ilişkin özel hakem veya mahkeme tarafından verilen karar kesinleşinceye kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en fazla dört ay tutarında doğmuş olan ücret ile diğer hakları işveren tarafın işçiyi işe başlatıp başlatmaması dikkate alınmaksızın işverence ödenecektir.

İşe iadesi nedeniyle kesinleşen özel hakem ya da mahkeme kararları kendisine tebliğ edilen işçi tebliğ tarihi itibarıyla on iş günü içerisinde işe başlamak amacıyla başvurması şartıyla, işe başlamış veya başlamamış olsun bu vasıftaki işçiler için çalıştırılmayan süreye ilişkin ödenen dört aya kadar ücret ile diğer haklar sözleşmenin feshedildiği aydan başlayıp diğer ayların prime esas kazançlarına eklenerek işsizlik sigortası primi de dâhil bütün sigorta çeşitlerine ilişkin primler kesilir ve bu süreler de hizmetten sayılır.

İşçi işe başlatıldığı takdirde ihbar ve kıdem tazminatı peşin şekilde ödendiye işçiye en fazla dört ay tutarında ödenecek olan ücret ve diğer hakları alacak miktarlarından düşeceğinden ihbar tazminatı ile kıdem tazminatının prime esas olmaması sebebiyle işçinin işe başlatılması durumunda en fazla dört ay tutarında ödenecek olan ücret ve diğer hakları alacak miktarından düşmemiş haliyle prime tabi tutulup sözü edilen süreler prim ödeme gün sayısından kabul edilir.²⁰²

3.4. ÇALIŞMA İZİNİ ALINMAMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİSİ

3.4.1. Genel Olarak Fesih

3.4.1.1. Fesih Kavramı

Fesih kavramı doktrinde, tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmıştır.²⁰³ Fesih beyanı, yalnızca geleceğe yönelik hüküm doğurur.²⁰⁴ Fesih beyanı, hak sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye ile ilgili irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmış olması ile hüküm doğurur

²⁰² OLGAC /BULUT s. 111.

²⁰³ SÜZEK, s.549; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.455.; AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.173, ELMAS, Serkan, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Lykion Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 5.

²⁰⁴ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.173.

sözleşmenin karşı tarafınca kabul ya da reddedilmesi muhtemel değildir.²⁰⁵ Fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hükümlerini doğurmaya başlayacağı için fesih bildiriminden tek taraflı geri dönülemeyip tarafların anlaşması koşulu ile beyandan dönülebilir.²⁰⁶ Borçlar Kanunu'nun 10. maddeye göre, “Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır.”

Fesih beyanının belirli, net bir şekilde yapılması mümkün olup, teklif ya da soru şeklindeki beyanlar fesih beyanı olarak kabul edilmemektedir.²⁰⁷ İş Kanun'unun 109. maddeye göre, “Bu Kanun'da öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat bu Kanun hükümlerine göre yapılır.”

Fesih bildirim yazılı olarak ve imza edilmesi sonucunda yapılması şartının geçerlilik şartı mı veya ispat şartı mı olduğu hakkında doktrinde farklı görüşler vardır. İş Kanunu 109. maddenin gerekçesinde yazılı bildirim yapmanın ispat koşulu olduğu belirtilse dahi 19. maddede yazılı bildirim yapmanın, geçerlilik şartı olduğu hükme alınmıştır.²⁰⁸ Fesih bildirim yazılı olarak yapılmasının geçerlilik şartı olması, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkileri açısından söz konusu olabilecektir. İş güvencesine dayalı olmayanlar haricindeki süreli fesih bildirimleri açısından yazılı şekil, bir geçerlilik şartı vasfında değildir.²⁰⁹

Yabancıların çalışma izni almaması nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkin İş Kanunu ile Uluslararası İşgücü Kanunumuzda herhangi bir hüküm yoktur. Bu nedenle çalışma izni alınmamasının iş sözleşmesinin feshedilmesine etki etmesi bakımından öğretici ve Yüksek Mahkeme kararlarına bakılmalıdır.

²⁰⁵ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.173.; SÜZEK, s.555.

²⁰⁶ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.174

²⁰⁷ AYAN, s.208; AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.174

²⁰⁸ SÜZEK, s.646; ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s.461,462.

²⁰⁹SÜZEK, s.646; ELMAS, s. 8.

3.4.1.2. Fesih Türleri

3.4.1.2.1. Bildirimli Fesih ve Usulsüz Fesih

Sürelî fesih, belirsiz sürelî bir iş sözleşmesini belirli bir süreye bağılı olmak koşuluyla belirlenen sürenin sonunda sona erdiren ve tek taraflı irade beyanıyla oluşan fesihtir.²¹⁰ Türk Hukukunda İş Kanunu 11. madde uyarınca sürelî fesih hakkı belirsiz sürelî sözleşmeler için geçerlidir.²¹¹ Bildirimli fesih ile sözleşmenin sona erdirilmesinde, belirsiz sürelî iş sözleşmesini feshetmek isteyen tarafın sözleşmeyi sona erdirme iradesini önceden bildirmesi gerekmekte olup, sözleşme bildirim süresinin dolmasıyla sona ermektedir. Belirli sürelî iş sözleşmeleri kural olarak bildirimli fesih yoluyla feshedilemez.

İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan süreler asgari vasıfta olup bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle sürelerin azaltılması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim arttırılması muhtemeldir. İşçi ve işveren sözleşmeyle arttırdıkları ihbar sürelerini, yasayla belirlenen asgari sürelerden az olmamak şartıyla azaltabilir.

Bildirim önelleri sona erdiği için işi bırakacağını bildiren işçiye, işverence günlük 2 saatten az olmamak şartıyla “yeni iş arama izni” verilmelidir. İşveren iş arama izninden yararlanan işçinin ücretinde kesinti yapamaz. İşçi dilerse günlük 2 saat iş arama izni sürelerini birleştirip toplu kullanabilmektedir. Fakat işçi toplu kullanma niyetinde olduğu iş arama sürelerini kullanacağı vakit sözleşme süresinin sona ereceği tarihten evvel işverene bildirmesi gerekir.²¹²

Yasa koyucu, bildirim önelleri içerisinde işçinin moralinde düşme yaşanmaması işe bağlılık ile verimde azalma olmaması nitekim işyerindeki iş güvenliğini tehlikeye sokacak hareketlerde bulunması için işveren tarafın bildirim önellerine ilişkin ücreti peşin olarak ödeme biçiminde fesih imkânı sağlamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında “Bildirim önellerine bağılı ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini derhal fesih yoluyla sona erdiren işveren, alakası ve

²¹⁰ OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 165; SÜZEK, s. 456; TUNÇOMAĞ, CENTEL, s. 189 ; DEMİRCİOĞLU, Murat, CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.169; AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s. 173.

²¹¹ OĞUZMAN, s.161; SÜMER, s.99.

²¹² ANDAÇ, Faruk, İş Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 89.

verimi düşebilecek bir işçinin çalıştırılmasından meydana gelebilecek zararlardan korunmaktadır” şeklinde verdiği kararlar Kanunun amacının bu doğrultuda olduğunu belirtmiştir.²¹³

Bildirim önellerine ait olan ücreti peşin şekilde ödeyerek sözleşmenin derhal feshi, kimi zaman işçi bakımından da yararlı olabilir. Bildirim önellerine ait olan ücreti peşin şekilde alan işçi bu süre içerisinde çalışmaması ile bütün zamanını yeni iş aramaya ayırması yarar sağlamaktadır. Bildirim süreleri içerisinde işçinin işin yerine getirilmesi, işverenin ise ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Sözü edilen süre içerisinde işçinin iyiniyet kuralları ve ahlak kurallarına uydun olmayan tavırları sebebiyle, sözleşme işverence haklı nedenle feshedilebilme imkânı tanınmıştır. Anılan süre içerisinde işçiye ücret ödenmesi yapılmaması işverenin sigorta primlerini yatırmaması veya işverenin işçinin hakkı olan iş arama iznini vermemesi işçi açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih yetkisi hakkını doğurur.²¹⁴

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesinde işverene tanınan iki hukuki olanak tanınmıştır. İlki işçinin hizmet süresini göz önünde bulundurarak bildirim süresinde bulunmak suretiyle iş sözleşmesini feshedecek veyahut ikinci yok olan bildirim önellerine ait olan işçinin ücretini peşin ödeyip iş sözleşmesini derhal feshedecektir. Bildirim önellerinin bölünmek suretiyle iki feshi birlikte uygulamak söz konusu olamaz. Örnek verecek olursak işveren işçiye bildirim önelleri tanınmasının ardından, bildirim önellerinin işlediği sürede bu süreyi kesmek suretiyle kalan sürenin ücretini peşin ödeyerek iş sözleşmesini derhal fesih yoluyla sona erdiremez.²¹⁵

Bildirimli fesih yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi işverene de işçiye de tanınan bir haktır. Fakat bildirim önellerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı yalnızca işverene aittir. İşçi peşin ödeme suretiyle sözleşmeyi feshedemez. Kesinlikle fesih bildiriminde bulunması aranmaktadır.²¹⁶ Şöyle ki iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshetme niyetinde olan işçi, yalnızca ihbar sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilmektedir. Ters bir durumda bu nedenle işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi gündeme gelmektedir. (İş Kanunu m.17/4). Uygulamada genel olarak işçinin işverende kalan ücret alacağıyla

²¹³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 547.

²¹⁴ ELMAS, s. 10.

²¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 547.

²¹⁶ ANDAÇ, s. 89.

işverenin işçiden ihbar tazminatına ilişkin alacak hakkı mahsup edilir. Fakat buradaki önemli nokta anılan duruma işçinin rıza göstermesi gerekmektedir. İşçi rıza göstermeksizin ihbar tazminatı ve işçiye ait ücret alacağı mahsup edilememektedir. Sözü edilen rıza yazılı bir şekilde işçinin ücret alacağı ile ihbar süresine ait ücretinden kesinti yapılabileceği şeklindedir.

Anlatılan şekilde bildirimli fesih usulüne uygun olmayan bir biçimde yapılmış fesihler usulsüz fesih olarak nitelendirilmektedir. Yani bildirim koşuluna uyulmadan ya da işverenin bildirim önellerine ait ücreti eksik şekilde ödeyip ya da hiç ödemeksizin iş sözleşmesini feshetmesine usulsüz fesih denir. Usulsüz fesih iş sözleşmesini vaktinden evvel bildirim süresi vermeksizin hemen sona erdiren, fakat geçerli bir dayanağı olmaksızın belirli nedenlerin var olması gerekli olan fesih türüdür.²¹⁷

Usulsüz fesihte genel bir düşünce belirli bildirim sürelerine uyma zorunluluğunun olmadığıdır. Fakat taraflar daha önce aralarında bildirim süresi hakkında bir kural belirlemişse buna uyma yükümlülükleri vardır. Usulsüz fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeye, belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmaktadır.

Sözleşmenin iki tarafına tanınmış olağanüstü fesih hakkına ilişkin kamu düzeniyle ilgili emredici hükümlerin söz konusu olmasıyla sözleşme ile fesih hakkından vazgeçilemez ve kısmi sınırlandırma yapmak da mümkün değildir. Kimi hallerde tarafların iş ilişkisini sürdürmesini talep etmek Medeni Kanunun 3. madde uyarınca iyi niyet kurallarının ve Medeni Kanunun 2. maddeye göre dürüstlük kuralları kapsamının ihlali niteliğindedir.²¹⁸

İş sözleşmesinin işçi ve işveren tarafınca çekilemeyecek duruma gelmesinin tespit edilmesinde, işin türü, işçi ve işverenin sosyal halleri, iş sözleşmesinin süresi, tarafların davranışı benzeri ölçütler dikkate alınır. Bu doğrultuda usulsüz feshe ilişkin kurallar emredici niteliktedir. İş Kanunu 24. madde ve 25. maddede belirtilen, taraflara bildirimsiz fesih hakkı veren nedenler haricinde kimi nedenlerin haklı sebep sayılacağını sözleşmeyle kararlaştırabilirler. Usulsüz feshe

²¹⁷ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 74.

²¹⁸ ELMAS, s. 11.

maruz kalan taraf karşı taraftan ihbar tazminatı ile şartları varsa kıdem tazminatı ile maddi-manevi tazminat talep edebilir.²¹⁹

3.4.1.2.2. Haklı Nedenle Fesih ve Haksız Fesih

Derhal (haklı nedenle) fesih, belirli süreli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerine zamanından önce sona erdirme hakkı tanıyan bozucu yenilik doğuran haktır. İş sözleşmesi işçiyle işveren arasında kişisel nitelikte ilişkiler kurup sözleşmenin taraflarının karşılıklı edimlerini dürüstlük kuralı çerçevesinde yerine getirmesi gerekli olan sözleşme türüdür. Taraflardan birinin herhangi bir davranışıyla diğer tarafın güvenini zedelediği hallerde, İş Kanunu uyarınca; belirli haklı nedenlerin gerçekleşmesi durumlarında, işçi ya da işveren tarafa ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğuran fesih beyanıyla sözleşmeyi derhal sona erdirebilir. İş sözleşmesinin derhal (haklı nedenle) feshinin sebebi, sözleşme çerçevesinde iş ilişkisine devam etmek bir taraf için dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez duruma gelmesidir. Bu nedenle bir tarafın sürekli borç ilişkisine olan inancını yitirmiş olmasından kaynaklı sözleşmeye devam etmesi beklenemeyecektir.²²⁰

Sözleşmeyi sürdürmenin beklenememesi taraflardan birinin davranışıyla meydana gelebileceği gibi bazı şartların oluşması halinde de gündeme gelmektedir. İş Kanunu'na tabi sürekli işlerde, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle bağlı olan tarafların iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı bulunmaktadır. Derhal fesih hakkı, haklı sebep niteliğindeki hallerin meydana gelmesi ile doğmaktadır. Fakat sözü edilen sebebin doğması sözleşmeyi tek başına sona erdirmemektedir. Fesih hakkı sahibinin bu hakkını kullanması gerekmektedir.²²¹

Haklı Fesih İş Kanunu'nun 24 ile 25. madde de düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu 435. maddede haklı sebep nedeniyle hizmet akdinin feshine yer verilmiştir. İş Kanunu 26. madde uyarınca derhal fesih uygulaması ahlak ve iyiniyet

²¹⁹ KORKMAZ, Fahrettin, ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.195; Yargıtay İş sözleşmesinin ihbar önelleri vermeden işverence feshedildiğinde, ihbar tazminatına hükmedildiğinde, ihbar önellerinin hizmet sürelerine ilave edileceğini belirtmiştir. Bu durumda ihbar süresi içinde kıdem tazminatı hesaplaması yaparken yeni haklar tanıyan toplu sözleşme yürürlüğe konulmuşsa bu sözleşmenin de dikkate alınması biçiminde karar vermiştir. Y9HD., 28.2.1978, E. 1978/15693, K. 1978/3379.

²²⁰ SAVAŞ, Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 35.

²²¹ ANDAÇ, s. 92.

kurallarına uygun olmayan durumlar nedeniyle yapılmışsa, fesih hakkı sahibi hakkını, haklı fesih nedenini öğrendiği tarih itibarıyla altı iş günü ve her haluklarda fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanması gerekmektedir.²²² İşçinin olayda maddi çıkar sağladığı durumlarda bir yıllık süre uygulanmaz. İşveren tarafından derhal (haklı nedenle) iş sözleşmesi feshedilmiş olan işçi, işverenin dayandığı nedenlerin 25. maddede belirtilen nedenler ile uyumlu olmadığı iddiasıyla, İş Kanunu 18, 20, 21. maddeye dayalı olarak yargı yoluna başvurabilir. İş güvencesi kapsamındaki işçiler fesih nedeninin haklı olmadığı iddiasıyla işe iade davası açabilirler.²²³

Yukarıda açıkladığımız haklı nedenler bulunmaksızın yapılan bildirimsiz feshin usulüne uygun yapılmaması ya da iş sözleşmesinin feshedilebilmesi nedeniyle disiplin kurulu kararı alınması zaruri iken kararın alınmaması hallerinde sözleşmenin feshinde usule uyulmaması nedeniyle yapılmış olan fesih haksız feshe dönüşür.²²⁴

Belirsiz süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi iş güvencesine dâhil değilse işçi, işveren taraftan usulsüz fesih nedeniyle bildirim süreleri miktarında ihbar tazminatı ve şartları olduğu takdirde kıdem tazminatı ve kötü niyet tazminatı talep edebilir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde bildirimli fesih söz konusu olmaz. Borçlar Kanunu 428. madde uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi sözleşme süresine uyulmaması nedeniyle, sözleşmedeki sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Belirli süreli iş sözleşmesi işçi tarafca feshedilmesi halinde belirlenen süre boyunca işin yapılması borcunu ifasına zorlama hakkı tazminat hakkına dönüşmektedir.²²⁵

İş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi iş güvencesine dâhil ise İş Kanunu 18. maddede belirtilen geçerli sebeple fesih usulüne tabi olan işçiler kapsamındadır. Bu doğrultuda İş Kanunu 18., 20. ve 21. maddeye göre yapılan feshin geçersiz kılınması gerekçesiyle yargı yoluna başvurabilir.²²⁶

²²² ELMAS, s. 14.

²²³ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s. 208.

²²⁴ ELMAS, s. 61.

²²⁵ SAVAŞ, s. 37.

²²⁶ ANDAÇ, s. 93.

3.4.2. Çalışma İzninin Olmaması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshedilmesi

Mevzuatımızda İş Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanununda çalışma izni almamış olan yabancı işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesiyle ilgili kanuni bir düzenleme yoktur. Yabancıların çalışma izni almaması nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi hususunda İş Kanunu'nda ve Uluslararası İşgücü Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum, doktrinde ve Yargıtay kararlarında yer almaktadır.

Çalışma izninin bildirimli feshetme etkisi yönünden çalışma izni süresinin bitmesi durumunda sözleşme sona erer mi ermez mi hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş bu durumda sözleşmenin kendiliğinden sona erip tarafların ayrıyeten feshi ihbar etmesinin gerekmediğini savunur.²²⁷ Doktrindeki diğer görüş ise sürenin bitmesinin sözleşmeyi sona erdirmeyip sözleşmeyi feshetmek için geçerli bir neden oluşturacağını savunmaktadır. Buradaki görüş uyarınca sözleşmenin taraflarının geçersizlik beyanı fesih iradesi şeklinde düşünülmelidir.²²⁸ Kanımızca çalışma izni süresinin bitmesiyle sözleşme kendiliğinden sonlanmamalıdır. Çünkü yabancı işçi çalışma iznini uzatabilir, yeni çalışma izni alabilir veyahut T.C. vatandaşlığına geçme olasılığı bulunabilir. Bu ihtimaller dahilinde iş ilişkisinin devamı kural olup tarafların istemi doğrultusunda geçerli nedenle fesih iradesi ortaya koyulabilmelidir.

Doktrindeki bir görüş yabancıların çalışma izni almak amacıyla gereken belgeleri sunmaması durumunda işveren tarafça zorlayıcı sebep gündeme gelmekte ve sözleşmeyi İş Kanunu 25. maddenin I. fıkrası a bendi uyarınca doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan davranışa dayanıp derhal feshedebilir. Buna ilişkin 2002 yılında Yargıtay Türkiye'de çalışan yabancı uyruğu bulunan işçinin, işe başlarken onanmayan denklik belgesinin daha sonra istenmesi durumunda bunu sağlayamamasının "zorlayıcı sebep" olarak değerlendirilmesi ile işçi yararına kıdem tazminatı ödenmesine karar vermiştir.²²⁹ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddenin III. fıkrasına göre, işçiyi işyerinde bir haftadan uzun süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin varlığı halinde, derhâl fesih nedeni olarak yer almıştır. Sözü edilen olay açısından yabancı işçinin diploması için denklik belgesi alamaması nedeniyle çalışma izni süresinin

²²⁷ AYAN, s.209

²²⁸ CANBOLAT, Talat, Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD. Sayı:13 Yıl:2007, 215

²²⁹ Y9HD., 17.01.2002, E. 2001/15931, K. 2002/348 bkz. <http://www.kazanci.com>

uzatılmaması, zorlayıcı neden şeklinde değerlendirilip işçi lehine kıdem tazminatı verilmesine hükmedilmiştir. Karardaki karşı oy yazısında diplomanın ibraz edilmesi ve denklik belgesi istenmesinin imtina edilemeyen ve öngörülemeyen bir olay niteliğinde olmadığından zorlayıcı neden olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. İşçinin kusurunun zorlayıcı neden olamayacağını belirten karşı oy yazısı uyarınca işçi çalıştırılması için gerekli olan izni almamakla birlikte iş görmekten imtina etmiş olarak değerlendirilip mahkemenin kararı onanmalıdır. Kanımızca bu olayda, işverenin işçiden diploma denklik belgesini süresi içerisinde istemeyip daha sonra istemesi göz önünde alındığında işçi lehine kıdem tazminatına hükmedilmesi yerinde bir karardır.

Yargıtay 2006 yılında verdiği kararda 28.5.2004 tarihinde, davacı yabancı işçi ile davalı işveren arasında 28.5.2004 tarihinde iş ilişkisinin başlayacağı yer alan işçinin iki yıl süresince çalışacağına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır.²³⁰ 07.6.2004 tarihinde yabancı işçinin çalışması için ilgili Bakanlığa işveren tarafından çalışma izni başvurusunda bulunulmuş, Bakanlık işverenden eksik belgeleri tamamlanmasını istemiştir. Bakanlığın istemine karşın yabancı işçinin çalışma izni almasına ilişkin yükümlülükler yerine getirilmediğinden, işverence 18.6.2004 tarihinde düzenlenmiş noterlikçe gönderilen ihtarnamede yabancı işçinin iş başı yapması gerekli olan tarihe kadar çalışma izni verilmemesi nedeniyle sözleşmenin 21.6.2004 tarihinde feshedilmiş olduğu bildirilmiş. Buna istinaden yabancı işçi 28.5.2004 tarihli işverenle imzaladığı sözleşmeye dayanıp cezai şart, sözleşmedeki kalan süreye ait ücret- maddi tazminat talebinde bulunmuştur. İşveren de aralarında iş ilişkisi kurulmadığından, çalışma izni alma mecburiyetine uygun prosedürleri yerine getirmeyen yabancı işçiyle ilgili işe başlaması gerekli olan 21.6.2004 tarihinde başlamadığını belirterek davanın reddedilmesini talep etmiştir.

Yargıtay, bu olaya ilişkin kararda, taraflarca yapılmış olan yazılı iş sözleşmesinin varlığına karşın çalışma fiilinin gerçekleşmemesi ile fiili iş ilişkisi kurulmadığına, sözleşmede belirlenen cezai şartın da bir dönme cezası olmayıp iş sözleşmesi kurulmadığından davacı tarafından istenemeyeceğine hükmetmiştir. İş sözleşmesinin kurulmaması nedeniyle işçinin, sözleşmenin kalan süresindeki dönem için ücret talep edemeyeceğini, çünkü bakiye süreye ilişkin ücret talebinin, iş sözleşmesinin süresi içinde feshedilmesi şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'ın

²³⁰ Y9HD., 26.09.2006, E. 2006/20061, K. 2006/24888. bkz. <http://www.kazanci.com>

hem 2002 hem de 2006 yılında verdiği kararlardaki olaylar benzerlik göstermektedir. Anılan iki olayda da yabancı işçiler, eksik belgelerini ibraz etmediğinden kendi kusurları nedeniyle çalışma izni alamamışlardır. Fakat 2002 yılında konu olan kararda zorlayıcı nedene dayanarak fesih yapılmakta iken 2006 yılında sözü edilen kararda feshin hangi duruma dayandığıyla ilgili net bir ifadeye yer verilmemiştir. Nitekim 2006 yılında verilen kararda 2002 yılında verilen kararda olduğu gibi feshin zorlayıcı nedene dayanıp dayanmadığı konusunda kafalarda bir soru işareti oluşmaktadır. Kanaatimizce sözü edilen Yargıtay kararlarının farklı olmasının sebebi fiili olarak çalışmaya dayanmaktadır. 2002 yılına ilişkin verilen kararda, yabancı uyruklu işçi fiili olarak çalışmakta iken 2006 yılına ilişkin verilen kararda yabancı uyruklu işçi ve işveren arasında iş sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte işçi fiilen çalışmaya başlamamıştır.

İş Kanunu 25. maddenin 3. fıkrasına göre, işyerinde işçiyi bir haftadan uzun süre çalışmaktan engelleyen zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde işverence haklı nedenle derhâl fesih hakkı doğmaktadır. Fakat bu maddede yer alan zorlayıcı neden, işyerinde değil de işçinin çevresinde meydana gelip işçinin kusuru olmadan geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle iş görme borcu ifa edilemeyip iş sözleşmesi askıda kalmaktadır.²³¹ Bir örnek verecek olursak sel, kar, deprem gibi doğa olayları nedeniyle ulaşımın kesilmesi ya da salgın hastalık sebebiyle işçinin, ikamet etmiş olduğu bölgenin dışına çıkmasının yasaklanması gibi durumlar zorlayıcı neden olarak değerlendirilmektedir.²³² Kaza, arıza gibi teknik nedenler, işyerine el konması, ithalat yasakları, belediyece yapılan yol genişletme çalışmaları sebebiyle işyerinin kapatılması zorlayıcı nedene örnek olarak gösterilebilir.²³³ Sözü edilen örneklerden anlaşılacağı üzere zorlayıcı neden, imtina edilemeyen ve önceden öngörülemeyen kişinin kendisi dışında meydana gelen bir olay olup, işçinin kusurundan doğan olaylar bu kapsamda yer almaz.²³⁴ Yargıtay kararına konu olayda işçiden çalışma izni alması için gerekli belgelerin istenmesi, imtina edilemeyen ya da öngörülemeyen bir olay olmadığından zorlayıcı neden olarak nitelendirilememektedir. Doktrindeki bizim de katıldığımız görüşe göre, 4857 sayılı İş Kanun'un 25. maddenin I. fıkrası (a) bendi uyarınca işçinin doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan davranışlarda bulunma nedeniyle iş sözleşmesi

²³¹ SÜZEK, s.729; ERGİN, s.82,83.

²³² ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.596,597.; ERGİN, s.83.

²³³ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.211.

²³⁴ AKTAY, ARICI, SENYEN KAPLAN, s.211.

işverence derhâl fesih nedenidir.²³⁵ İşçinin sözleşme hükmüne uygun fiilen çalışmaya başlamaması, üzerine sözleşme yürürlükten kalkmaktadır.

3.4.3. Feshin Sonuçları

3.4.3.1. İhbar Tazminatı

İşçi ya da işveren bildirim süresine uymaksızın hizmet sözleşmesini feshetmesi sonucunda karşı tarafa bildirim süresine bağlı ücret miktarında tazminat ödemek mecburiyetinde kalmasına ihbar tazminatı adı verilmektedir. İş Kanunu 10. madde 2. fıkra gereği ihbar tazminatı sadece belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmelerinin usulsüz feshi halinde talep edilebilmektedir.

İhbar tazminatının hukuki niteliği hususunda İş Kanunu 17. madde 4. fıkrası uyarınca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında kavramı ile tazminatın götürü bir şekilde belirlendiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda usulsüz fesih nedeniyle zarara uğramış olan taraf zararını, bildirim önellerine ilişkin miktardan düşük de olsa veya fesih sebebiyle yabancı işçinin herhangi bir zararı olmasa da ihbar tazminatı talep etme hakkına sahiptir.²³⁶

İhbar tazminatı hakkına sahip olabilmek için iş sözleşmesinin bildirim koşullarına uyulmadan feshedilmiş olduğunun ispatı ile götürü ve kesin olarak belirlenmiş olan bir ücret belirtilmesi gerekli olup uğranan zararın ispatlaması gerekmez. İş Kanunu Ek madde 3'e göre ihbar tazminatı beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.²³⁷ Yargıtay'ın kimi kararlarında, iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilmesi halinde, işçinin bir iş bulana değin geçen sürenin tazminatı niteliğinde kabul edilip "işsizlik tazminatı" olarak belirtilmiştir.²³⁸ Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında "Kanundan doğan götürü bir tazminat" olarak kabul edilmektedir.²³⁹

²³⁵ ERGİN, s.83.

²³⁶ NARMANLIOĞLU, s.377.

²³⁷ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s.163 (2015).

²³⁸ Yargıtay 9. HD. 31.12.1965. E. 1965/10578-K. 1965/10295, Yargıtay 9. HD. 06.05.1986. E. 1986/3589-K. 1986/4642, Yargıtay işyeri kamulaştırılmadan önce, işveren davacıyla birlikte diğer işçilerine de durumu bildirmiş ve işçilerin tamamı yakınlarında farklı iş bulup ara vermeden çalışmaya başlamışlardır. Yargıtay bildirim önellerinin, içi ve işveren için fesih güvencesi olduğunu kabul etmektedir. Davacı işçi vakit kaybetmeksizin iş bulması nedeniyle fesih güvencesi amacına ulaşmıştır. Y9HD., 17.1.1985, E. 1984/10618-K. 1985/175

²³⁹ Yargıtay, işverence usulsüz şekilde iş sözleşmesinin feshedilmesinin ardından işçinin yeni bir iş bulması ihbar tazminatı istemeye engel teşkil etmediği, 1475 sayılı İş Kanunu 13. maddesine (4857 sayılı İş Kanunu 17. madde) göre hangi şartlarda ihbar tazminatı isteyeceğini belirttiği kanunda işsiz

İhbar tazminatının nitelendirilmesi doktrinde “götürü tazminat”, işçi açısından “ücret”, işveren açısından “Kanundan doğan tazminat” olarak belirtilmiştir.²⁴⁰

Yargıtay’ın kararlarında, ihbar tazminatı iş sözleşmesinin feshi nedeniyle mağdur taraf için iş güvencesi olarak belirtilmiş, bildirim önellerine tabi götürü tazminat kavramı ile düzenlendiğinden, iş sözleşmesini fesheden tarafça ihbar tazminatına hak kazanılamayacağı benimsenmiştir.²⁴¹

İhbar tazminatının hukuki niteliği konusunda ortak bir kanaate varılamamıştır. Bildirim önellerine uymayıp usulsüz fesih yapan taraflarının, karşı tarafa ödeme yükümlülüğüne girdiği tazminatın kazanılması için feshi yapan tarafın herhangi bir kusuru, muhatap karşı tarafın da zararının olması gerekmez.

İş Kanunu 17. madde 2 ve 4. fıkrası uyarınca ihbar tazminatının miktarı belirlenirken işçinin iş yerinde çalışmış olduğu süresi (kıdemine) ile iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler dâhil edilerek ve uyulmayan bildirim önelleri de sayılarak hesaplanır.²⁴² İş Kanunu 17. madde 7. fıkrası uyarınca İhbar tazminatın belirlenmesinde esas alınacak ücret işçinin sözleşmenin feshedilme zamanındaki brüt ücreti olup bu miktara “para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler” de eklenir.

3.4.3.2. Kıdem Tazminatı

İş Kanunu uyarınca bir yıldan fazla çalışan işçinin iş sözleşmesinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uygun olmayan davranışları haricinde başka bir nedenle işveren tarafından usulüne uygun ya da uygun olmayan bir şekilde feshedilmesi kıdem tazminatı hakkının doğmasına neden olmaktadır.²⁴³

818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken işverence iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ayrı ayrı hukuki vasıflandırmalar gündeme gelmiştir. Bu

kalma koşulunun belirtilmediği nedeniyle ihbar tazminatına hükmedilmesinin gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Y9HD., 02.12.1997, E. 18410, K.20006.

²⁴⁰ AKYİĞİT, s. 208; NARMANLIOĞLU s. 388; SÜZEK, s. 529.

²⁴¹ Y9HD., 24.03.1988, E. 1988/3199, K. 1988/3417, İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gerektiği tazminat türü olduğundan iş sözleşmesini fesheden taraf feshini haklı bir sebebe dayandırsa bile ihbar tazminatına hak kazanamaz. İşçi 1475 Sayılı İş Kanununun 14. maddesine göre emeklilik, evlilik benzeri sebeplerle iş sözleşmesini feshederse ihbar tazminatı isteme hakkı bulunmaz. Sözü edilen fesih hallerinde işverenin de ihbar tazminatı hakkı yoktur.

Y9HD., 22.6.2010. E. 2009/46208-K. 2010/19768.

²⁴² NARMANLIOĞLU, s.383.

²⁴³ SÜZEK,s.803.

vasıflandırmalara tabi olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız olarak feshedilmesi durumunda işçinin kıdem tazminatı almaya hakkının olup olmadığı yönünde kimi görüşler vardır.

Öğretideki haksız fesih durumunda işverenin temerrüdünü savunan görüşe göre, iş sözleşmesinin belirlenen süre sona erinceye kadar devam etmesi ve belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona ermesi nedeniyle işçinin kıdem tazminatı talep etme hakkı yoktur.²⁴⁴

Öğretide işverenin kusurlu imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin sona erdiğini savunan görüşe göre, işçi kıdem tazminatı talep edemez. Fakat işveren bu davranışıyla sözleşmeye aykırılık oluşturduğundan işçinin, kıdem tazminatı tutarında talep hakkı vardır. Çünkü kıdem tazminatını, haksız fesih sonucunda işçinin uğramış olduğu zararlardan bir tanesi olarak kabul etmişlerdir.²⁴⁵

Haksız fesih nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesini savunan görüşe göre, bu fesih sonunda işçi kıdem tazminatı talep edebilmektedir.²⁴⁶ Çünkü, iş sözleşmesi İş Kanununun 25. madde 2. fıkrası haricinde bir nedenle son bulan işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır.²⁴⁷

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe konulmasıyla işverence iş sözleşmesinin haksız fesih iradesi sonucunda iş sözleşmesinin sonlandığı kabul edilmektedir. Böylelikle iş sözleşmesinin işverence haksız feshi ile ilgili tartışmalar sonlanmış olup işçinin, yasanın aramış olduğu koşulları taşıması durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı hükmü getirilmiştir.²⁴⁸

İş Kanunu bağlı olarak çalışan işçinin, haksız fesih tazminatı almaya hak kazanmasıyla düzenlenme amaçları farklı olsa da kıdem tazminatı talep etmesinde hiçbir engel yoktur. Bakiye sürelerle ilgili tazminat talebinde bulunulan esnada kalmış

²⁴⁴ TUNCAY, A. Can, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.8, S.31, 2011, s.907,908.

²⁴⁵ OĞUZMAN, s.143.

²⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.322

²⁴⁷ ALPAGUT, s.189; Y9HD. 19.09.2003 tarih, E. 2003/2296, K.2003/14832; Yargıtay, bu görüş doğrultusunda belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı yönünde içtihatları vardır. Y9HD. 27.09.2007 tarih, E.2007/437, K:2007/28441 Davacı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, sözleşmenin işverence haklı bir sebep olmaksızın feshedildiği, 1475 sayılı yasanın 14 maddesi 2. fıkrasında işçinin aynı işverene bağlı olarak ard ardına sözleşmelerle çalışması kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır. İşçinin çalışmaya başladığı tarih ile fesih tarihi arasında 1 yıldan fazla süre geçtiğinden kıdem tazminatına hüküm kurulması gerekirken mahkemece bu isteğin yazılı şekilde reddi hatalıdır ” şeklinde karar vermiştir.

²⁴⁸ ŞAHANKAYA, Sarp, Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2016, s.205.

olan süreler kıdem süresine eklenmez.²⁴⁹ Buna ilişkin Yargıtay kıdem tazminatı süresinin hesabında işçinin çalışmadığı hizmet sürelerinin hesaba katılmaması yönünde karar vermiştir.²⁵⁰

Kıdem tazminatının miktarı belirlenirken tazminat almaya hak kazanmış işçinin işe başladığı tarih itibariyle geçmiş olan her tam yıl için işçinin otuz günlük ücreti tutarı esas alınır. Kıdem tazminatı işçinin işyerinde çalışmış olduğu son ücreti baz alınarak hesaplanır.²⁵¹

3.4.3.3. Yabancılara İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi

İş Kanununa göre düzenlenmiş tüm hususlarda Türk vatandaşlarıyla yabancı işçiler aynı haklara sahiptirler. İş Kanununda belirlenen şartların varlığı halinde ihbar-kıdem tazminatı ödenir.

Mevzuatta yabancı şahısların Türkiye’de çalıştıkları esnada iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi ile kıdem tazminatı ödenmesinde kural olarak mani bir durum bulunmamaktadır. Yabancı işçi işyerinde bir yıl hizmet süresini doldurup iş sözleşmesi de kıdem tazminatını alabilmek için ise belirtilen nedenlerden birisiyle sona ermesi gerekir ki buna hak kazanabilmelidir.

Önemli olan bir diğer nokta da çalışma izninin süreli ya da süresiz olması durumudur. Yargıtay, çalışma izinleri bir yıllık halinde alınması durumunda iş sözleşmesinin aynı süreler ile birer yıl olarak yapılmasını isabetli bulup, ardı sıra takip eden birden çok sayıda sözleşme yapılmasının, iş sözleşmesinin belirsiz süreli hale gelmeyeceğine hükmetmiştir.

Bu hususta, kıdem tazminatına hak kazanmak açısından Yargıtay kararlarında vurgulanan belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı göz önünde bulundurulmalıdır. Çalışma izninin ne olacağıysa, iş sözleşmesi kıdem tazminatı alınarak feshedilmesi durumuna bağlı olmayacaktır. Söz Konusu, kıdem tazminatına hak kazanabilmek açısından belirlenen sözleşmenin fesih sebebi şartlarına göre değerlendirmektedir.

²⁴⁹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.327.

²⁵⁰ Y9HD., 03.06.2010, E.2008/28693, K.2010/16017

²⁵¹ SÜZEK, s.803

SONUÇ

Uluslararası Hukuk uyarınca, devletler kendi sınırlarında egemenliklerini kullanmaktadırlar ve bu sınırlarda kendi vatandaşları ile yabancılara tamamen eşit haklar vereceği konusunda bir mecburiyet yoktur. Bu konuya ilişkin Türk Hukukunda da Anayasa'nın 16. maddesinin, "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak Kanunla sınırlanabilir" hükmü yer almaktadır. En eski çağlardan günümüze kadar yaşanan değişimler ve gelişmeler neticesinde bugün baktığımızda yabancılara gerek sosyal gerek çalışma hayatına ilişkin olumlu yönde hukuki düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz.

Anayasanın 50. madde hükmünde yabancı ve vatandaş ayırımına gidilmeksizin çalışma hakkına ilişkin iş sözleşmesinin yapılabilmesi için uyulması zorunlu şartların yanında Türk iş hukukunda mevzuatımızda iş sözleşmesi yapma yasakları içinde yabancılık unsuru ile ilgili durumlar düzenlenmiştir. Vatandaşların çalışma haklarına ilişkin hürriyetin tamamının yabancılara da tanınması devletin ekonomisine olumsuz bir şekilde yansıyabilmesinden, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni gibi ölçütlerin zarar görebileceğinden yola çıkarak Türkiye'de yabancılara çalıştırılmasının esas itibarıyla düzenlendiği 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda yabancılara çalışmasına ilişkin yasaklar düzenlenmiştir. Sözü edilen Kanunlar uyarınca yabancılara çalışma izni alsalar da bu yasalarda belirtilen meslekleri icra edemeyeceklerdir.

Yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri için çalışmaya başlamalarından önce bazı işlemleri yapmaları gerekmektedir. Bu işlemler çalışma izni alabilmek için başvurusunu Türkiye'de yapacak yabancılara için Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na, yurtdışından yapacak yabancılara için elçilik ve konsolosluklara, Uluslararası İşgücü Kanunu 14. ve 18. maddede belirtilen özel nitelikli yabancılara Dışişleri Bakanlığı ile Ekonomi Bakanlığı'na yapacağı çalışma izni başvurularıdır. Fakat bazı yabancılara nitelikli işgücü olarak ülkeye kazandırmak amacıyla çalışma izni almaktan muaf tutulmuştur.

Kanunlarda belirtilen çalışma izni için usulüne uygun başvuru yapıp çalışma iznini alan yabancılar ile iş sözleşmesi yapılabilecektir. Bu iznin türlerine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi mi yahut belirsiz süreli iş sözleşmesi mi kurulacağı konusu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu husus tartışmalı olup çoğunluktaki görüşe göre iznin türü süreli çalışma izni ise de yabancı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için objektif haklı neden oluşmamaktadır. Süresiz çalışma izni alınması halinde çoğunluktaki görüş yapılan iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Mevzuatımızda iş sözleşmesinin süresinin çalışma izni süresiyle sınırlı olduğuna ilişkin bir yasak getirilmediğinden kanımızca yapılacak olan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi kurulması objektif şartların olmasına bağlı olup işçi ile çalışma izninin süresi ile sınırlı olarak sözleşme yapılabileceği gibi iznin süresi gözetilmeksizin belirsiz süreli iş sözleşmesi de yapılabilir.

Çalışma izni başvurusu yapıp sonucun gelmesinden evvel iş sözleşmesi yapılması durumunda, başvurunun olumlu sonuçlanması halinde sözleşmenin geçerli olabileceği kabul edilmiştir. Yabancıların çalışmasına yasaklanan meslekler arasında yer alan mesleği icra eden yabancılar için yasak daha sonra kalksa da sözleşme geçerli hale gelmemektedir.

Çalışma izni almaksızın çalışan yabancı işçi ve onun işverenine Uluslararası İşgücü Kanunu uyarınca idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Yasada yalnızca idari ya da cezai yaptırım düzenlenen durumlarda belirtilen yaptırımların sözleşmenin geçersizliği haline ek biçimde mi, ya da sadece o idari veya cezai yaptırım mı uygulanacağına ilişkin emredici hüküm ile yasak koyucu hükmün amacına göre belirlenir.

Dolayısıyla bu çalışmada Türk iş hukukuna göre, yabancıların Türkiye'de çalışabilmesi için gerekli şartlar ve sınırlar neler olduğu ile yasaklanan meslekler nelerdir incelenmiştir.

Çalışmamda, yabancı işçilerin Türkiye' de iş sözleşmesi yapabilmesi konusu ele alınmıştır. Dikkat etmek gerekir ki yabancı tüzel kişilerin çalışmaları ele alınmamış sadece gerçek kişilerin durumları incelenmiştir.

Doktrinde yabancılarla iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile ilgili iki görüş yer almaktadır. Bunlar katılma görüşü ve sözleşme görüşüdür. Kanımızca işçinin korunması ilkesi uyarınca her olay için, olayın özelliklerine göre anılan görüşlerden uygun olanın seçilmesi yerinde olacaktır. Çünkü İş Hukuku bakımından iş ilişkisinin esasının iş sözleşmesi olduğu kabul edilse de kıdem tazminatı hesabında çalışanın işyerinde işe fiilen başladığı tarih başlangıç olarak kabul edilir. İhbar önelleri ile yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasında işçinin işe başladığı tarih esas alınır. Yargıtay işçilik hakları konusunda işçinin fiilen işe başlamış olduğu tarihi esas almaktadır.

Uluslararası işgücü politikasında yabancı işçi istihdamının önemi nitelikli yabancı işçiler örneğin Ar-ge faaliyetleri, sağlık, bilim gibi alanlarında önemli katkılar sağlamıştır. O nedenle bugün ülkemizde nitelikli yabancıların istihdamı konusunda işçi lehine yorum ilkesi yabancılar bakımından uygulanmalı ve bu konuda mevzuatımızdaki hükümler geliştirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKTAY, Ahmet Nizamettin-ARICI, Kadir-SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Basım, Ankara 2013.

AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Basım, Ankara 2016.

AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1990.

ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Gözetilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ALİU, Armando-ÖZTÜRK, İlyas-ALİU, Dorian-ÖZKAN, Ömer, Türkiye de Göç Olgusunun Türk Yabancılar Hukuku ve Yabancı Bilim İnsanlarının Türkiye'deki Hakları Çerçevesinde İncelenmesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S. 1, Konya 2016.

ALPER, Yusuf- KILKIŞ, İlknur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2016.

ALTUĞ, Yılmaz, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul Üniversitesi Yayınları-Menteş Matbaası, İstanbul 1971.

ALTUĞ, Yılmaz, Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1967.

ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.

ANDAÇ, Faruk, İş Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008.

AYAN, Hasan, Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1., Konya 2018. (Turkuaz Kart)

AYAN, Hasan Alparslan, Yabancıların Çalıştırılması, Seçkin Yayıncılık, 2018.

AYAN, Mehmet-AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016. (Kişiler)

AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

AYBAY, Rona- ÖZBEK, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

AYGÜL, Musa, Yabancıların Çalışma Hakkı(Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, 2019.

AYGÜN, Mesut Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.16 Özel Sayı, 2014.

BAŞTERZİ, Süleyman, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, C.15, S.2013, s.428; GENİŞ, Hasan, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları, Kadir Has Üniversitesi SBE, Danışman:Ali GÜZEL/Fuat BAYRAM, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman: ESENER, Turhan, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz/ GEMİCİ FİLİZ, Beste, Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Turhan ESENER' e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 599.

CAN, Hacı/ TOKER, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

CENTEL, Tankut, Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları.

CİN, Mustafa, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Danışman: Cemal ŞANLI, İstanbul 2004.

CİN, Mustafa, Yabancıların Kendilerine Yasaklanan İşlerde veya Çalışma İzni Olmadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu İş, C.8, S.1, 2005.

ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

ÇELİKEL, Aysel, GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 22. Baskı, İstanbul 2016.

ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, İstanbul,2016.

ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar Hukuku ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı 2016.

ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Polis, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancıların Çalışma İzinleri, TİSK Yayınları, Ankara 2004 (Çalışma İ.).

DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara, 2016 (Milletlerarası H.).

DOĞAN, Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınları, 2019.

DOĞAN, Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, 1996.

DOĞAN, Vahit, 5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007.

ERDEM, B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

ERGİN, Hediye, Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

EKONOMİ, Münir, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 25 Haziran 2004, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, TÜSİAD Yayını, Mart 2005.

ERKAN, Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, 2011.

ERKEN, Baki, Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri, Seçkin Yayıncılık, 2013 (Çalışma İ.).

ERKEN, Baki, Türkiye’de Yabancıların Çalışması, Seçkin Yayıncılık, 2018 (Yabancıların Çalışması).

ERKEN, Baki, Anayasal Çerçeve de Türkiye’de Çalışma Hakkı Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S.2, 2013.

EKŞİ, Nuray, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’ a ARMAĞAN, İstanbul, Beta, 1997, s.141.

EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınları, 2012.

EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Hazırlanmış), Beta Yayınları, 2018.

EKŞİ, Nuray/ ÇİÇEKLİ Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ELMAS, Serkan, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Lykion Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2018.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ERTEN, Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçerisindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005.

ESENER, Turhan, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

EYRENCİ, Öner-TAŞKENT, Savaş-ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

GENİŞ, Hasan, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

GÜN, Yeliz, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerlilik Koşulları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Aziz Can Tuncay, Bahçeşehir Üniversitesi, 2012.

GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Yayınları, Eskişehir 2017.

İŞİĞİÇOK, Özlem, Küresel Gerçeklerle Türkiye’de Yabancı Kaçak İşçi Sorunu: Boyutları ve Sonuçları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş’a Armağan, S.50, 2005.

İŞTAR, Cengiz, Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti, Çalışma ve Toplum, 2008.

KAÇAR, Gülden, Türkiye’de Beyin Göçü ve Tersine Beyin Göçü Olgularının Değerlendirilmesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Danışman: Ahmet APAY, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

KIRAL, Halis, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları, Türkiye İşveren Sendikaları, 2016.

KORKMAZ, Fahrettin-ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2016.

KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, Y.28, S.1-2.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2011.

KUTLU Melis, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2019.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2015 (Devletler Hususi).

NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, 21. Baskı, İstanbul 2016.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

NURDUĞAN, Ali Kemal; DUR, Ali İhsan Burak; ÖZTÜRK, Mustafa, Türkiye'nin Mülteci Sorunu ve Suriye Krizinin Mülteci Sorununa Etkileri, İş ve Hayat Dergisi, S.4, 2016.

ODMAN, M. Tevfik, Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana 2011.

ODMAN, Mustafa Tevfik, Mülteci Hukuku, A.Ü SBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara 1995, s.167.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 5. Bası, İstanbul 1995.

OLGAÇ, Cüneyt /BULUT, Mehmet, Türkiye’de Çalışan Yabancıların Çalışma İzinleri ve Sosyal Güvenliği, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2011.

ÖKÇÜN, Gündüz, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1998.

ÖZCAN, Deniz Ela, Çağdaş Göç Teorileri Üzerine Bir Değerlendirme, İş ve Hayat Dergisi, S.4, 2016.

ÖZTÜRK, Ali İhsan, 100 Soruda Yabancı Uyrukluların Türkiye’de Çalışması, Seçkin Yayıncılık, 2015.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Beta Yayınları, 11. Baskı, Ankara, Turhan 2012.

SAVAŞ, Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012.

SAVUR, Elçin, Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Danışman: Naciye Günseli GELGEL, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016.

SAYGICI, Bahtiyar, Yeni Gelişmeler Işığında Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, Danışman: Prof. Dr. Mustafa TİFTİK, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 2019.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2016.

ŞAHANKAYA, Sarp, Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2016.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.

ŞAKAR, Müjdat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul 2016 (Uygulama).

TALAS, Cahit, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.46, 1991.

TANRIVER, Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, C. 17-18, S. 1-2, 1997-1998.

TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.59 C.3, 2010.

TEKİNALP, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

TEKİNALP, Gülören/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.

TEMİR, Arif, Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri, Yaklaşım Yayıncılık, 2015.

TİRYAKİ, Hamit, Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri, Bilge Yayıncılık, Ankara 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:503, 1996.

TUNCAY, A. Can, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.8, S.31, 2011.

TUNÇOĞMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul 2006.

YILMAZ, Mücahit, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.