

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA
YABANCI İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİYLE ÇALIŞMA
İZİNLERİNİN İLİŞKİSİ



ÖZEL HUKUK DOKTORA TEZİ

Memet Nejat ŞEN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. E. Murat ENGİN

KASIM 2023

ÖNSÖZ

Yüksek lisans ve doktora çalışmalarımın her aşamasında, varlığını her zaman hissettiren, bu çalışmanın en başında konunun seçilmesinde ve devamında bilgi ve görgüsüyle rehberlik eden değerli danışman hocam Prof. Dr. E. Murat Engin olmasaydı bu çalışma olmayacaktı. Kendisi başta olmak üzere, tez izleme komitesi ve tez jürisine, Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a, Prof. Dr.ERCÜMENT ÖZKARACA'ya, Prof. Dr. H. Murat Develioğlu ve Doç Dr. F. Burcu Savaş Kutsal'a teşekkür etmeyi borç bilirim.

Türkiye’de hem çalışma yaşamını aksatmamak hem de aynı anda akademik çalışma yapmanın zorluklarına katlanmama samimiyetle yardımcı olan, enstitü ile ilgili tüm süreçlerde yardımını esirgemeyen Dr. Hazal Tolu Yılmaz’a ve Ar. Gör. Doğan Kara’ya, yüksek lisanstan doktora uzanan 13 yıllık bir arkadaşlığın hatırına isteklerimi ve yardım taleplerimi asla geri çevirmeyen Dr. Hande Heper’e, dışarıdan kaynak temininde her daim yardımsever GSÜ Suna Kıraç Kütüphanesi görevlilerine de çok şey borçluyum. Hiçbirinin emeğine paha biçilemez.

Bu çalışmayı, tıpkı benim gibi, “nedenini bilmedikten sonra...” diyerek insan eğiten bir kuşağın yetiştirdiği, farklılıklarımıza rağmen hiçbir zaman maddi ve manevi desteğini esirgememiş, içinde yaşadığımız zorlu çağda doğru ve yanlış ayırt etme mücadelesinde her zaman birlikte olduğum, aynı zamanda dost, kardeş, öğretmen ve her şey olabilen Doç. Dr. Salih Güran’ın (1957-2021) anısına ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
RESUME	xii
ABSTRACT	xvi
ÖZET.....	xxi
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: 6735 SAYILI ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU’NA GÖRE YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİ	2
1.1. Yabancı Kavramı	2
1.2. Özel Yabancı Statüleri	3
1.2.1. Vatansızlar.....	3
1.2.1.1. Genel Olarak Vatansız Kavramı.....	3
1.2.1.2. Vatansız Statüsüne Bağlanan Sonuçlar	4
1.2.2. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında (Vatansız Statüsü Dışındaki) Koruma Statüleri	5
1.2.2.1. Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancılar.....	5
1.2.2.1.1. Mülteci.....	6
1.2.2.1.2. Şartlı Mülteci	9
1.2.2.1.3. İkincil Koruma Statüsü Sahibi.....	11
1.2.3. Geçici Koruma	12
1.2.4. YUKK Kapsamı Dışındaki Yabancılar	18
1.2.4.1. Genel Olarak Göçmen Kavramı ve Türk Hukukunda Göçmen Kavramı	18
1.2.4.1.1. BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme	18

1.2.4.1.2. Türk Mevzuatında Göçmen Kavramı ve “Türk Soylu Yabancı”	24
1.2.4.1.3. Vatandaşlığı Doğumla Kazanıp Türk Vatandaşlığından İzin Almak Suretiyle Çıkan Yabancılar.....	30
1.2.4.1.4. KKTC Vatandaşları	31
1.3. Yabancılar Hukukuna Hâkim Olan İlkeler	33
1.3.1. Ülkesel Egemenlik İlkesi	34
1.3.2. Yabancı ve Vatandaşın Eşitliği İlkesi (Tebaayı Temsil)	34
1.3.3. Adaletin Milletlerarası Standardı (veya Milletlerarası Asgari Standart) İlkesi ve İnsan Hakları Standartları İlkesi	35
1.3.4. Karşılıklılık (veya Karşılıklı Muamele, Mütekabiliyet) İlkesi	37
1.3.5. En Ziyade Muameleye Mazhar Millet (En Çok Gözetilen Ulus) Kaydı	38
1.3.6. Mukabele-i Bilmisil (Karşı İşlem, Dengiyle Karşılama veya Misilleme) Esası	38
1.3.7. Kazanılmış Hakların Korunması	39
1.4. Çalışma Hakkı.....	40
1.5. Yabancıların Çalıştırılabilecekleri İşlere İlişkin Yasaklar ve Özel Yasal Koşullar	47
1.5.1. Türk Mevzuatında Yabancıların Çalışması Yasak Olan Meslekler	48
1.5.2. Yabancılarla Çalışma Hakkının Özel Koşullarla Tanındığı Meslekler	51
1.6. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı	63
1.6.1. Kanunun Amaç ve Kapsamı	64
1.6.2. Kanun Kapsamı Dışında Kalanlar	65
1.6.3. Yabancı İşçilerin Türkiye’de Çalıştırılmalarının Koşulları	65

1.6.3.1. Türkiye'ye Giriş ve Türkiye'de Bulunma	66
1.6.3.2. Çalışma İzni	69
1.6.3.2.1. Tanım ve Yetkili Makam	69
1.6.3.2.2. Uluslararası İşgücü Politikası	71
1.6.3.2.3. Çalışma İzni Muafiyeti	71
1.6.3.2.4. Çalışma İzni Türleri	75
1.6.3.2.4.1. Süreli Çalışma İzni	75
1.6.3.2.4.2. Süresiz Çalışma İzni	78
1.6.3.2.4.3. Bağımsız Çalışma İzni	80
1.6.3.2.4.4. Turkuaz Kart	81
1.6.3.2.4.5. İstisnai Çalışma İzni (Ya da Çalışma İznine İlişkin Kurallarda İstisnalar Tanınması)	87
1.6.3.2.4.6. Ön İzin	90
1.6.3.2.4.7. Özel Durumlar	91
1.6.3.2.4.7.1. Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancılar	91
1.6.3.2.4.7.2. Yabancı Öğrenciler	95
1.6.3.2.4.7.3. Yabancı Mühendis ve Mimarlar	96
1.6.3.2.5. Çalışma İzni Başvurularının Yapılması ve Değerlendirilmesi	97
1.6.3.2.6. Çalışma İzni Talebinin Reddi	103
1.6.3.2.7. Çalışma İzninin/İzin Muafiyetinin Aktifleştirilmesi	104
1.6.3.2.8. Çalışma İzninin yahut İzin Muafiyetinin İptali ve Geçerliliğini Kaybetmesi	104
1.6.3.2.9. İdari İtiraz ve Yargı Yolu	107
1.7. Yabancı İşçinin Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	108
1.7.1. MÖHUK m. 27'ye Göre Yabancı Unsurlu Bir Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	108
1.7.1.1. Genel Olarak.....	108

1.7.1.2. Tarafların İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukuku Kararlaştırmaları.....	113
1.7.1.3. Taraflarca Seçilmiş Bir hukukun Bulunmaması Halinde Uygulanacak Hukuk	122
1.7.1.3.1. Mutad İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku	122
1.7.1.3.2. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke (İşletme Merkezi) Hukuku.....	126
1.7.1.3.3. Sözleşme İle Daha Sıkı İlişkili Yer Hukuku.....	127
1.7.1.4. Uygulanacağı Belirlenen Hukukun Kapsamına Giren Konular	132
1.7.1.5. Yetkili Yabancı Hukukun Sınırları.....	137
1.7.2. Türk Hukukunun Yabancı İşçinin Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanması	145
2. BÖLÜM: YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİYLE BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİNİN İLİŞKİSİ	147
2.1. Çalışma İzinlerinin Sözleşmenin Kuruluşuna Etkisi	147
2.1.1. İş Sözleşmesinin Kuruluşu	147
2.1.1.1. İş Sözleşmesinin Kuruluşunda Çalışma İzinlerinin Etkisi	149
2.1.1.1.1. Ehliyet	149
2.1.1.1.2. Şekil Şartı	151
2.1.1.1.3. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü	156
2.1.2. Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi	161
2.1.2.1. Genel Olarak	161
2.1.2.2. Hükümsüzlük Yaptırımının İş Sözleşmesine Uygulanması.....	165
2.1.2.2.1. Karşılaştırmalı Hukuk	165
2.1.2.2.2. Türk Hukuku	175
2.1.2.2.2.1. Genel Olarak	175
2.1.2.2.2.2. Doktrindeki Muhtelif Görüşler	179

2.1.2.2.2.3. Yargıtay Uygulaması	183
2.1.2.2.2.4. Değerlendirme	189
2.2. Çalışma İzninin İş Sözleşmesi Türleriyle İlişkisi	202
2.2.1. Çeşitli Sözleşme ve Çalışma Türleri ile Çalışma İzinlerinin İlişkisi	202
2.2.1.1. Sürekli ve Süreksiz Nitelikte İş Sözleşmelerinde	202
2.2.1.2. Azami Süreli İş Sözleşmelerinde.....	203
2.2.1.3. İş Sözleşmelerinin Koşula Bağlanması	203
2.2.1.4. Takım Sözleşmesine Dayalı İş Sözleşmelerinde	205
2.2.1.5. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde	205
2.2.1.6. Uzaktan Çalışma ve Evde Hizmet Sözleşmesinde	207
2.2.1.7. Geçici İş İlişkisinde	209
2.2.1.8. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri	213
2.2.1.8.1. Genel Olarak	213
2.2.1.8.2. Süreli Çalışma İzninin Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Varlığı için Gerekli “Objektif Koşul” Şartını Karşılayıp Karşılamadığı Tartışması	217
2.2.1.8.2.1. Karşılaştırmalı Hukuk	217
2.2.1.8.2.2. Türk Doktrini ve Yargıtay’ın İlke Kararları	220
2.2.1.8.2.3. Değerlendirme	222
2.3.Yabancı İşçinin Çalışma İzinleriyle İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedenlerinin İlişkisi	225
2.3.1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin/Askıya Alınmasının Çalışma İzinlerine Etkisi	225
2.3.2. Çalışma İzninin Yokluğu, Süresinin Sona Ermesi veya Uzatılmaması ve Yabancı İşçinin Sınırdışı Edilmesinin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi	236
2.3.2.1. Genel Olarak	236
2.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuk	237
2.3.2.3. Türk Hukuku	243
2.3.2.4. Değerlendirme	246

2.3.2.4.1. Genel Olarak	246
2.3.2.4.2. İşverenin Kusurlu Hareketleri ya da Sorumluluk Alanında Gerçekleşen Olaylar	250
2.3.2.4.3. İşçinin Kusurlu Hareketleri veya İşçinin Sorumluluk Alanında Meydana Gelen Olaylar	254
2.3.2.4.4. Her İki Tarafa Da İzafe Edilemeyecek Nedenler	257
2.3.2.4.5. Tarafların Hukuki Bir ifa Engeline Rağmen İş İlişkisi Kurmaları veya Devam Etmeleri	260
3. BÖLÜM: SONUÇ	261
KAYNAKÇA	271
ÖZGEÇMİŞ	286

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

al.: Alinéa

Art. : Article

ATF: Arrêt du Tribunal Fédéral

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AY: Anayasa

b. : Bent

Basın İş K. : 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun

Bkz.: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

BMMYK: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği

C.: Cilt

CESEDA: Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Ch. Soc.: Chambre Sociale

CO: Code des Obligations Suisse

ÇSGB: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

Deniz İş K. : 854 Sayılı Deniz İş Kanunu

DEÜ: Dokuz Eylül Üniversitesi

dn.: Dipnot

E.: Esas

ESKHS: BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

f.: Fıkra

GİGM: Göç İşleri Genel Müdürlüğü

GKY: Geçici Koruma Yönetmeliği

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD: Hukuk Dairesi

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

İş K.: 4857 Sayılı İş Kanunu

İTÜ: İstanbul Teknik Üniversitesi

İÜHF: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İYUK: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

K. : Karar

Kamu-İş : Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi

Karş.: Karşılaştırınız

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

KKTC: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

L.: Législative

LEI: Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration

LİSGHD: Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi

m. : Madde

MESS: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÜHFD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

OASA: Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative

p. : Paragraf

R.: Réglementaire

RG: Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

SBUY: Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği

SSGSSK: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

STİSK: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

T. : Tarih

TBK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TİSGLK: 2822 sayılı mülga Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

TİSK: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu

TKY: Turkuaz Kart Yönetmeliği

TMK: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TMMOB: Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği

TRT: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TÜHİS: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası

TVK : 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu

UÇÖ/ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü-International Labour Organisation

UİK : 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu

UY: Uygulama Yönetmeliği

Vd. : Ve devamı

Y. : Yargıtay

YÇİHK: 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun

YİBGK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

YÖK: 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu

YUKK : 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

RESUME

La Turquie est, au cours des dernières années, devenue, un pays subit de la migration, et ce fait a comme l'effet l'augmentation très rapide de la population des ouvriers étrangers dans le pays. Cette augmentation, ayant des réflexions dans le domaine économique et sociale, a été constatée aussi à l'égard des contrats de travail avec une partie étrangère. Il est devenu une nécessité d'examiner la relation des procédures pour l'obtention, le renouvellement et l'annulation d'une autorisation de travail, lesquelles, concernant l'entrée des ouvriers étrangers au pays par des moyens légaux et leurs emploi légal et régulier, restent dans le pouvoir de l'autorité administrative, avec la conclusion du contrat de travail de l'ouvrier étranger, le type de ce contrat et sa résiliation. Pendant cet examen, on a besoin de considérer et comparer, la législation, la pratique juridique et la littérature de droit des pays Européen où la migration est le sujet d'une grande expérience.

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille des Nations Unies, qui est approuvée par la Turquie, en tenant aussi compte que le droit à l'emploi est un droit fondamental de l'homme, nécessite que les dérogations de ce droit aux étrangers, ayant été sujet de la loi numéro 6735 et des autres régulations légales, soient prévues, interprétées et pratiquées d'une façon compatible avec elle-même. La Convention prévoit que les ouvriers étrangers dans la situation régulière ne doivent pas être rendus irréguliers en cas de perte d'emploi pour certaine condition, et que les ouvriers étrangers irréguliers doivent être protégés envers de leurs employeurs qui les font travailler dans cette situation.

La doctrine de droit a généralement admis, que la loi numéro 6735 sur les travailleurs étrangers et la législation en générale concernant l'emploi des étrangers en Turquie dans un travail lucratif protège avant tout l'ordre public et la marchée nationale de travail, et que pour cette raison les violations de cette législation doivent être soumises aux sévères sanctions administratives et civiles. Or, en prétendant que toute la législation concernant les travailleurs étrangers, la loi 6735 y compris, "protège la marchée nationale de travail et l'ordre public", il devient tout à fait un sujet de discussion comment le but de cette protection sera atteint et le problème de sanctionner l'emploi irrégulier reste toujours insoluble.

D'abord, la législation contient des dispositions ignorantes le droit de ne pas être lié à un contrat d'une personne comme une partie des droits de sa personnalité. L'article 15 de la loi sur les travailleurs étrangers qui prévoit que sans faire aucune distinction toute rupture du contrat de travail "pour une raison quelconque" est une cause d'annulation de permis en est un exemple. Il est difficile d'admettre que de telles dispositions sont compatible avec les conventions des Nations Unies a propos des travailleurs étrangers, car elles placent le fardeau d'une rupture de contrat même si elle provient d'une rupture injuste de l'employeur ou d'une rupture par l'ouvrier basée sur les actions injustes de l'autre, sur l'ouvrier. La législation, en tant que tel, menace l'ouvrier d'annuler son autorisation de travail et de séjour dans la condition qu'il exécute le droit lié à sa personnalité. L'effet immédiat de ceci, est la naissance d'une masse de travailleur qui est plus facile à employer et dont le droit a la rupture du contrat est sanctionné par l'annulation de ses permis. En d'autres mots, la disposition légale tel qu'elle est, a un objectif qui n'as aucune relation avec le but de protéger "la marchée nationale de travail". Le sujet de la légalité des autres dispositions, non prévues par la loi mais par le règlement et qui constituent une intervention à la liberté contractuelle (par exemple les limitations pour le droit des parties à suspendre le contrat), est aussi discutable.

Pour discuter leurs effets sur le contrat de travail, il est indispensable de déterminer la nature juridique des dispositions de la loi 6735 et des autres régulations légales. Surtout, l'incertitude concernant l'effet de l'emploi irrégulier du travailleur étranger sur le contrat de travail est toujours présente. On parle d'une part, de la violation du droit, d'autre part de la violation de l'ordre public, mais il y a plusieurs points de vue sur les degrés de cette violation et les conséquences qu'elle doit subir. Il ne faut d'abord pas oublier que ces régulations sont prévues pour la protection de la personnalité de l'ouvrier étranger et la dignité humaine, lutter contre le travail clandestin, le trafic humain et le travail forcé, pour le contrôle de la marchée de travail, en tant que l'objectif de maintenir l'ordre public social et économique et la protection de la marchée national de travail. Dans la doctrine, quoique l'effet de la violation de la législation sur l'autorisation de travail sur le contrat soit évalué de différentes façons, le point de vue admettant une invalidité vers le futur qui est prévue par l'article 394 al. 3 du code des obligations, est prédominant. Or d'un autre point de vue, quoiqu'elle soit réduite à un avis de dissolution, on doit prendre compte que l'invalidité vers le futur est encore une invalidité et elle une sanction sévère.

La source de la disposition légale turque, le droit Suisse, même s'il accepte que l'invalidité du contrat fonctionne vers le futur, ne prévoit pas de telle sanction d'invalidité comme une sanction immédiate dont l'application servira l'employeur qui embauche l'ouvrier sans permis. Quant au droit français, malgré la position conservatrice de la pratique juridique et administrative française, il contient des dispositions légales, lesquelles visent à "assimiler" l'ouvrier étranger irrégulier au statu du régulier quand il y a des problèmes à propos de son contrat de travail.

Quand on examine le droit turc, en s'appuyant au droit comparé, accepter le point de vue qui présume l'invalidité vers le futur en raison d'une illégalité concernant la partie du contrat, va mettre en place une masse d'ouvrier qui ne bénéficiera pas des dispositions protectrices à propos de la rupture et de procédure de rupture et qui sera

sujet a une autre procédure de rupture, et cette position est en contraste au but de la législation sur l'autorisation de travail. Même si, en cas d'exécution d'une profession nécessitant un spécialiste avec une autorisation spécifique, une sanction d'invalidité est admise, il est un sujet de discussion à reconsidérer, surtout à l'égard des objectifs du droit de travail et de la protection de la marchée nationale de travail, si le seul embauche sans permis d'un ouvrier doit porter le fardeau sur l'ouvrier ou non.

Une partie des régulations sur l'embauche des étrangers se trouve dans les règlements, et malheureusement une autre partie, se trouve dans aucune règle écrite et se réalise avec la force de l'administration comme un "fait accompli". Tel est le cas pour le contrat de travail qu'on est obligé de présenter à l'administration et qui est présenté au site internet du ministère de travail. Il est difficile d'admettre que cette forme de contrat, qui est, par exemple, différent du contrat de travail prévue dans la loi 5580, soit une condition pour la validité ou pour la preuve. La demande de l'administration de présenter un contrat écrit, à elle seule, n'affecte pas que ce document ne soit qu'une nécessité formelle pour le processus administratif. La question de concept de "l'ordre public" et de sa forme d'existence et de son degré de prédominance dans chaque régulation, est une question à reconsidérer. L'évaluation qui présume que le control de l'administration sur le contrat de travail de l'ouvrier étranger, se montre de même façon que celui de la loi 5580, a l'égard de l'ordre public et que la forme écrite est une forme de validité pour le contrat, constituera une interprétation qui dépasse l'objectif de la législation. Une autre question se lève à propos de conflit de loi: même si on qualifie des règles concernant l'autorisation de travail comme des règles immédiats, présumer que cette qualification veut dire que le contrat tel que prévue par le règlement est une condition de forme pour le contrat, peut dépasser aussi le but des règles immédiats. La demande d'un contrat écrit pendant l'application d'autorisation de travail, d'une part, est une nécessité de l'autorité de l'état sur le control de l'économie et de la marchée nationale de travail comme une forme de sa souveraineté, d'autres part, est une nécessité de la législation nationale et internationale sur la protection des droits fondamentaux de l'homme, de la prévention du trafic humain, du travail forcé et du travail clandestin. A ce sujet, le control administratif sur le contrat est limité avec ses buts et il est spécial. Il ne peut pas être une question d'invalidité de contrat en raison de la violation de forme écrite à propos des ouvriers étrangers irréguliers, en tant qu'il est inacceptable de dire que le contrat écrit présenté à l'administration sert à se débarrasser des règles légales sur la vraie nature et les provisions du contrat. Faire des conclusions au bénéfice de l'employeur qui embauche un étranger sans permis, veut dire en même temps conclure contrairement à l'objectif de protection des règles légales.

Il est une présomption générale et juste de considérer la question de l'obtention d'un permis de travail comme un risque d'entreprise appartenant à l'employeur. Dans un contrat de travail conclu par les parties pour le but de l'exécution, l'embauche de l'ouvrier sans permis peut être évaluée comme une violation de l'article 24/II-c de la loi de travail ou "l'inexécution des conditions de travail". L'embauche de l'ouvrier sans permis, n'est pas seulement une violation envers l'ordre public et les ouvriers du pays, mais en même temps est une violation immédiate de l'obligation de protéger la personnalité de ce même ouvrier irrégulier. L'ouvrier étranger irrégulier est dans une situation légale plus précaire et plus faible. L'employeur qui embauche un travailleur

sans permis, en principe, ne doit pas pouvoir s'appuyer sur l'invalidité du contrat ou sur l'attitude trompeuse de l'ouvrier ou sa faute à remplir les conditions d'application de l'obtention de permis.

La manque d'un permis de travail ou bien le non renouvellement d'un permis, peut créer une impossibilité d'exécution (ou une impossibilité de son acceptance) continuelle ou temporaire pour les parties. La question est la façon de distribution du fardeau d'un risque et d'imputer un obstacle pour l'exécution qui se montre après la conclusion du contrat mais pendant un intervalle de temps pour l'exécution. La provision légale (code des obligation art. 394/al. 3) protège plutôt les relations contractuelles effectuées. D'autre part, les dates du contrat et du commencement de l'exécution peuvent se différer. Il faut faire une évaluation différente pour chaque possibilité en tenant compte de tous ces éléments. Les points de vue théoriques qui admettent la demeure du créancier pour l'impossibilité de l'exécution en raison d'un obstacle de sa propre zone de dominance et l'impossibilité pour des raisons qui ne sont pas imputables aux parties doivent être nécessairement soulignés.

Un autre problème qui se relève, c'est la relation entre les permis de travail et la nature du contrat de travail. Il est disputable que, le permis de travail qui est parfois temporel, constitue en soi même une condition objective pour qualifier un contrat de travail comme à durée déterminée ou indéterminée. Il est impossible de qualifier l'existence d'un permis de travail temporel comme une condition objective pour que le contrat soit considéré un contrat de travail à durée déterminée. En tenant compte du droit comparé, la législation concernant les permis de travail doit être réglée à nouveau en considérant les différents types de contrat et les différents types d'embauche.

L'effet de plusieurs possibilités concernant le permis de travail (le refus de l'application, l'annulation du permis, non-renouvellement) sur la dissolution du contrat, est une autre question à considérer. Il faut examiner si ces possibilités sont des obstacles pour l'exécution d'une telle gravité qui va nécessiter la résiliation du contrat ou bien qui va mettre en danger les bénéfices et intérêts prévues pendant la conclusion du contrat par les parties. Dans une relation contractuelle, les parties, en principe, ne tiennent pas l'embauche irrégulière et de mettre l'intérêt (soit en droit public soit en droit privé) d'autrui en péril comme un but. Ils prévoient que le contrat soit exécuté avec les permis légaux nécessaires et comme il faut. En cas d'une partie agissant contrairement à ce principe et qui en prévoyant une impossibilité d'exécution n'avertit pas l'autre partie, il sera question de la responsabilité des relations précontractuelles imputable à cette même partie. D'autre part, l'admission de l'absence du permis comme une impossibilité d'exécution ou de son acceptance, n'a jamais empêché le travail au noir. Dans chaque cas actuel, il faut faire une évaluation à propos des raisons de résiliation qui s'appuie ou pas sur la faute d'autre partie, la source de ces raisons et la gravité des raisons.

ABSTRACT

In recent years, Turkey has become a country subject to migration, and this fact has the effect of increasing very rapidly the population of foreign workers in the country. This increase, having reflections in the economic and social field, was also noted with regard to employment contracts with a foreign party. It has become necessary to examine the relation of the procedures for obtaining, renewing and cancelling a work permit, which, concerning the entry of foreign workers into the country by legal means and their legal employment, remain in the power of the administrative authority, with the conclusion of the employment contract of the foreign worker, the type of this contract and its termination. During this review, one needs to consider and compare the legislation, legal practice and legal literature of European countries where migration is the subject of a much greater experience.

The United Nations' International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, which is endorsed by Turkey, also taking into account that the right to employment is a fundamental human right, requires that derogations of this right to foreigners, having been subject to the law number 6735 and other legal regulations, be regulated, interpreted and practiced in a manner compatible with itself. The Convention provides that foreign workers in a regular situation must not be made irregular in the event of loss of employment for certain conditions, and that irregular foreign workers must be protected against their employers who make them work in this situation.

The doctrine of law has generally accepted, that the law number 6735 on foreign workers and the legislation concerning the employment of foreigners in Turkey in gainful work in general, protects above all public order and the national labour market, and that for this reason violations of this legislation should be subject to severe administrative and civil penalties. However, by claiming that all legislation concerning foreign workers, including law 6735, "protects the national labour market and public order", it becomes quite a matter of discussion how the purpose of this protection will be achieved and the problem of sanctioning irregular employment still remains insoluble.

First, the legislation contains provisions ignoring a person's right to not to be bound by a contract as a part of his rights due to his personality. An example is the article 15

of the foreign labour act which, without making any distinction, provides that any termination of the employment contract “for any reason” is cause for cancellation of a permit. It is difficult to accept that such provisions are compatible with the United Nations conventions on foreign workers, because they place the burden of the termination of contract on the worker, even if it arises from an unfair breach by the employer or an act by the worker based on the unjust actions of the other. The legislation, as such, threatens the worker with the cancellation of his work and residence permit in case that he executes the right linked to his personality. The immediate effect of this is the birth of a mass of workers who are easier to employ and whose right to termination of contract is sanctioned by the cancellation of their permits. In other words, the legal provision as it stands has a purpose that has nothing to do with the purpose of protecting “the national labour market”. The subject of the legality of other provisions, not provided for by law but by regulation and which constitute an intervention in the freedom of contract (for example the limitations for the right of the parties to suspend the contract), is also debatable.

To discuss their effects on the employment contract, it is essential to determine the legal nature of the provisions of law 6735 and other legal regulations. Above all, the uncertainty regarding the effect of the irregular employment of the foreign worker on the employment contract is still present. We speak on the one hand of the violation of the law, on the other of the violation of public order, but there are several points of view on the degrees of this violation and the consequences that it must undergo. First of all, one must not forget that these regulations are intended to protect the personality of the foreign worker and human dignity, to prevent clandestine work, human trafficking and forced labour, to control the labour market, along with the objective of maintaining the social and economic public order and the protection of the national labour market. In the doctrine, although the effect of the violation of the legislation on the authorisation to work on the contract is evaluated in different ways, the point of view admitting an invalidity towards the future which is provided for by article 394 al. 3 of the code of obligations, is predominant. However, from another point of view, although it is reduced to a notice of dissolution, we must take into account that invalidity towards the future is still a invalidity and it is a severe sanction.

The source of the Turkish legal provision, the Swiss law, even if it accepted that the invalidity of the contract works towards the future, does not provide for such a sanction of invalidity as an immediate sanction whose application will serve the employer who hires the unlicensed worker. As for French law, despite the conservative position of French legal and administrative practice, it contains legal provisions, which aim to “assimilate” the irregular foreign worker to the status of a regular worker when there are problems with his employment contract.

When one examines Turkish law relying on comparative law, accepting the point of view that presumes invalidity towards the future due to an illegality concerning the

part of the contract, will set up a mass of workers who will not benefit from the protective provisions about termination and termination proceedings and who will be subject to other termination proceedings, and this position is in contrast to the purpose of the legislation on work authorisation. Even if in the event of the performance of a profession requiring a specialist with a specific authorization, a sanction of invalidity is admitted, it is a subject of discussion to be reconsidered especially with regard to the objectives of labour law and of the protection of the national labour market, whether the sole hiring of a worker without a permit should bear the burden on the worker or not.

Part of the legal provisions on the hiring of foreigners is in the regulations, and unfortunately another part is in no written rule and is carried out with the force of the administration as a “fait accompli”. This is the case for the employment contract that one is obliged to present to the administration and which is presented on the website of the ministry of labour. It is difficult to accept that this form of contract, which is, for example, different from the employment contract provided for in law 5580, is a condition for validity or for proof. The request of the administration to present a written contract, by itself, does not affect the fact that this document is only a formal necessity for the administrative process. The question of the concept of “public order” and its form of existence and its degree of predominance in each regulation, is a question to be reconsidered. The evaluation which presumes that the control of the administration on the employment contract of the foreign worker, is shown in the same way as that of the law 5580, with regard to public order and that the written form is a form of validity for the contract, will constitute an interpretation that goes beyond the purpose of the legislation. Another question arises with regard to conflict of law: even if one qualifies rules concerning the authorisation to work as immediate rules, to assume that this qualification means that the contract as provided for by the regulation is a condition of form for the contract, can also go beyond the purpose of the immediate rules. The demand for a written contract during the work permit application, on one hand, is a requirement of state authority over the control of the economy and the national labour market as a form of its sovereignty, on the other hand, is a necessity of national and international legislation on the protection of fundamental human rights, the prevention of human trafficking, forced labour and clandestine work. In this regard, the administrative control over the contract is limited with its purposes and it is special. There cannot be a question of invalidity of contract due to violation of written form regarding irregular foreign workers, as it is unacceptable to say that the written contract presented to the administration serves to get rid of legal rules on the true nature and provisions of the contract. Making conclusions for the benefit of the employer who hires a foreigner without a permit means at the same time concluding contrary to the objective of protection of the legal rules.

It is a general and fair presumption to regard the issue of obtaining a work permit as a business risk belonging to the employer. In an employment contract, concluded by the parties for the purpose of performance, hiring the worker without a permit can be

assessed as a violation of article 24/II-c of the labour law or “the breach of working conditions”. The hiring of the worker without a permit is not only a violation of public order and an act against the workers of that country, but at the same time is an immediate violation of the obligation to protect the personality of this same irregular worker. The irregular foreign worker is in a more precarious and weaker legal situation. The employer who hires a worker without a permit, in principle, should not be able to rely on the invalidity of the contract or on the misleading attitude of the worker or his fault in fulfilling the conditions of application for obtaining of permits.

The lack of a work permit or the non-renewal of a permit may create an impossibility of performance (or an impossibility of its acceptance) continuous or temporary for the parties. The question is how to distribute the burden of a risk and the responsibility of an obstacle to performance that arises after the conclusion of the contract but during a period of time for performance. The legal provision (code of obligations art. 394/al. 3) rather protects the contractual relations which have been actually carried out. On the other hand, the dates of the contract and the start of performance may differ. A different assessment must be made for each possibility, taking into account all of these elements. The theoretical points of view that admit the default of the creditor for the impossibility of performance due to an obstacle of his own area of dominance and the impossibility for reasons that are not attributable to the parties must necessarily be underlined.

Another problem that arises is the relationship between work permits and the nature of the employment contract. It is debatable that the work permit, which is sometimes temporary, constitutes in itself an objective condition to qualify an employment contract as a contract for a fixed term or indefinite. It is impossible to qualify the existence of a temporary work permit as an objective condition for the contract to be considered a fixed-term employment contract. Taking into account comparative law, the legislation concerning work permits must be regulated again by considering the different types of contracts and the different types of employment.

The effect of several possibilities concerning the work permit (refusal of the application, cancellation of the permit, non-renewal) on the dissolution of the contract, is another question to consider. It must be examined whether these possibilities are obstacles for the execution of such gravity that will require the termination of the contract or that will jeopardize the benefits and interests foreseen during the conclusion of the contract by the parties. In a contractual relationship, the parties, in principle, do not consider improper hiring and putting the other party's interest (either under public or private law) at risk as a goal. They expect that the contract is performed with the necessary legal permits and as required. In the event of a party acting contrary to this principle and who, by foreseeing an impossibility of performance, does not notify the other party, the responsibility for the pre-contractual relations will be attributable to this same party. On the other hand, the admission of the absence of the permit as an impossibility of execution or of its acceptance, has never prevented undeclared work.

In each current case, an assessment must be made about the reasons for termination whether they are based on the fault of the other party, the source of these reasons and the seriousness of the reasons.



ÖZET

Türkiye özellikle son yıllarda çeşitli nedenlerle göç alan bir ülke haline gelmiştir ve bunun kaçınılmaz sonucu yabancı işçi sayısının büyük bir hızla artmasıdır. Bu artışın, sosyal ve ekonomik yansımaları olduğu gibi, hukuk alanında da yabancı işçinin tarafı olduğu iş sözleşmeleri artmaktadır. Yabancı işçilerin yasalara uygun olarak ülkeye girişi, çalışma izni alması, düzenli ve kayıtlı istihdamı çerçevesinde daha çok idarenin tasarruf alanında yer alan çalışma izinlerinin alınması, bu izinlerin yenilenmesi, sona ermesi ve iptali süreçlerinin, yabancı işçinin bireysel iş sözleşmesinin kuruluşu, türünün belirlenmesi ve sona ermesiyle olan ilişkisinin tekrar irdelenmesi bir gereklilik halini almıştır. Bu irdeleme yapılırken uzun yıllardır göç alan Avrupa ülkelerinin yabancı işçilere ilişkin mevzuatlarının, yargısal uygulamalarının ve bunlara ilişkin bilimsel görüşlerin de karşılaştırmalı olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, çalışma hakkının temel bir insan hakkı olduğu da göz önüne alındığında, yabancı işçilere 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ve diğer mevzuat ile getirilen sınırlamaların, uyumlu bir şekilde düzenlenmesini, yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir. Sözleşme, düzenli durumdaki yabancı işçilerin belli durumlarda işlerini kaybetmelerinin çalışma izinleri bakımından onları düzensiz hale getirmemesi, düzensiz durumdaki yabancı işçilerin de onları bu şekilde çalıştıran işverenlere karşı korunmasını öngörmektedir.

Hukuk doktrinindeki genel kabul, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ve yabancıların Türkiye'de gelir getirici bir işte çalışmalarına ilişkin mevzuatın, kamu düzenini ve ulusal işgücü piyasasını koruduğu, dolayısıyla mevzuata aykırılıkların ağır idari ve hukuki yaptırımlara tabi tutulması gerektiği yönündedir. Oysa 6735 sayılı kanun da dâhil yabancıların çalışmasına ilişkin mevzuatın "ulusal işgücü piyasasını ve kamu düzenini koruduğu" iddia edilirken, bu koruma amacının nasıl sağlanacağı son derece tartışmalı hale gelmekte ve düzensiz istihdama nasıl bir sonuç bağlanması gerektiği belirsizlik sergilemektedir.

Öncelikle mevzuat, hukukta bir kişinin öncelikle bir sözleşme ile bağlı olmama hakkının aynı zamanda kişilik haklarının bir parçasını olduğunu göz ardı eden düzenlemeler içermektedir. Bunun bir örneği UİK m. 15'te hiçbir ayırım gözetmeksizin "çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi"nin yabancı işçinin çalışma izninin iptal gerekçeleri arasında sayılmasıdır. Bu gibi düzenlemelerin, işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi veya işveren tarafından haksız bir şekilde işten çıkartılması

halinde, bunun külfetini işçiye yüklediklerinden, yabancı işçilerin taraf olunan BM sözleşmeleri ile korunan haklarına uygun olduğunu söylemek güçtür. Yasal düzenleme bu haliyle, işçinin kendi kişiliğine bağlı bir hakkı (fesih hakkını) kullanması halinde çalışma ve ikamet iznini kaybetmesi tehdidiyle karşı karşıya bırakılmasını öngörmektedir. Bunun kaçınılmaz sonucu, Türk işçisine nazaran istihdamı daha kolay ve fesih hakkını kullanması “çalışma izninin iptali” yaptırımına bağlanmış bir işçi kitlesinin doğmasıdır. Yani düzenleme bu haliyle, “ulusal işgücü piyasası”nın korunmasıyla ilgisi olmayan bir amaç göstermektedir. Kanunda yer almayan ve uygulama yönetmeliğinde öngörülen sözleşme serbestisine müdahale niteliğindeki diğer düzenlemelerin de (örneğin sözleşmenin taraf iradesiyle askıya alınmasına getirilen sınırlamaların) hukuka uygunluğu tartışmalıdır.

Sözleşmeye etkinin tartışılabilmesi için, yabancı işçilerin çalışma iznine ilişkin 6735 sayılı kanun ve mevzuattaki diğer düzenlemelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi zorunludur. Özellikle düzensiz istihdamın, izinsiz yabancı işçi çalıştırmanın iş sözleşmesine etkisine ilişkin Türk hukuk sistemindeki belirsizlik sürmektedir. Bir taraftan kamu düzenine diğer taraftan hukuka aykırılıktan bahsedilirken bu aykırılığın derecesi ve olması gereken sonuçları hakkında çok farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu düzenlemelerin, ekonomik ve sosyal açıdan kamu düzenini, ulusal işgücü piyasasını korumak için olduğu kadar, yabancı işçinin kişiliğini ve insan onurunu korumak, kaçak işçiliği, angarya ve insan ticaretini önlemek, devletin işgücü piyasasını denetlemesini sağlamak amacıyla getirilmiş düzenlemeler olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Doktrinde, tek başına çalışma izinlerine ilişkin düzenlemelere aykırılığın sözleşmenin geçerliliğine etkisi, farklı değerlendirilmelere tabi tutulsa da, TBK m. 394/ f. 3 çerçevesinde ileriye etkili geçersizlik görüşü ağır basmaktadır. Oysa bir başka açıdan, pratikte bir fesih ihbarına indirgenmiş görünse de, ileriye etkili geçersizliğin de bir geçersizlik ve ağır bir hukuki yaptırım olabileceği dikkate alınmalıdır.

Kanun maddesine kaynak teşkil eden İsviçre Hukuku, geçersizlik TBK m. 394/f. 3 uyarınca ileriye etkili kabul edilse bile, işverenin kaçak işçi çalıştırmadan fayda sağlamasına yönelik geçersizlik yaptırımının doğrudan uygulanan bir hukuki yaptırım olarak görmemektedir. Fransız hukuku ise, her ne kadar Fransız yargısal ve idari uygulaması bu konuda tutucu davransa da, düzensiz durumdaki yabancı işçinin iş sözleşmesiyle ilgili hukuki sorunlar açısından düzenli durumdaki yabancı işçinin durumuna “asimile edilmesini” sağlamayı amaçlayan ayrıntılı ve açık düzenlemeler içermektedir.

Karşılaştırmalı hukuktan hareketle Türk hukukuna bakıldığında, düzensiz istihdamda, iş sözleşmesinin tarafı bakımından hukuka aykırılık bulunması sebebiyle ileriye etkili geçersizliğin savunulması, sözleşmenin sona ermesi bakımından fesih usulü açısından, işçiye koruyan yasal düzenlemelerden gereği gibi yararlanamayan, farklı bir fesih usulüne tabi bir işçi kitlesi yaratacağı için, çalışma izinlerine yönelik kanun hükümlerinin amacına uygunluğu tartışmalı bir tutum teşkil edecektir. Uzmanlık gerektiren bir mesleğin ancak gerekli ve kendine özgü izinle yapılabildiği hallerde, ağır basan kamu yararının mevcudiyeti halinde geçersizlik yaptırımı düşünülse bile, salt düzensiz işçi çalıştırma halinde, bunu külfetinin işçiye yükletilmesi, iş hukukunun

amaçları ve ulusal iş piyasasının korunması açısından üzerinde tekrar düşünülmesi gereken bir konudur.

Yabancıların çalışmasına ilişkin düzenlemelerin bir kısmı yönetmeliklerde yer almakta, bir kısmı ise ne yazıl ki mevzuatta açıkça belirtilmemesine rağmen doğrudan idarenin tasarrufuyla “fiili uygulama” şeklinde gerçekleşmektedir. Bakanlığın internet sitesinde yer verilen ve idareye sunulması zorunlu iş sözleşmesi de böyledir. Bu sözleşmenin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak, yabancı işçi ile işvereni arasındaki iş sözleşmesine ispat veya geçerlilik anlamında bir şekil şartı olarak etkisinin kabul edilmesi güçtür. Salt idarenin yazılı sözleşme sunulmasını istemesi, bu yazılı sözleşmenin, aslında sadece idari bir işlemin yerine getirilmesine yönelik bir belge olduğu gerçeğini değiştirmez. “Kamu düzeni” kavramının her bir yasal düzenlemede kendini ne şekilde ve ağırlıkta gösterdiği tekrar üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. İdarenin yabancı işçinin iş sözleşmesi üzerindeki denetiminin, kamu düzenini birebir 5580 sayılı kanundaki gibi ilgilendirdiği kabul edilerek bu sebeple yabancılarla yazılı olarak yapılmayan iş sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde bir görüş, düzenlemelerin amacını aşan bir yorum teşkil edecektir. Bir diğer sorun da kanunlar ihtilafı açısından ortaya çıkmaktadır: çalışma iznine ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallara kabul edilse bile, bu kabul sebebiyle yönetmelikteki yazılı sözleşmenin aynı zamanda yazılı şekil şartı anlamına geldiğini kabul etmek, doğrudan uygulanan kurallara amaçlarının ötesinde bir anlam vermek olur. Yabancıların çalışma izni başvurularında yazılı iş sözleşmesi istenmesi, bir yandan devletin egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak ulusal iş piyasasının ve ekonominin korunmasına yönelik denetim yetkisinin diğer yandan temel insan haklarının korunmasının, bu arada insan kaçakçılığının, yasa dışı çalışmanın ve angaryanın önlenmesine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının bir gereğidir. Bu konuda sözleşme üzerindeki idari denetim kendi amaçlarıyla sınırlıdır ve özeldir. Düzensiz durumdaki yabancı işçiler açısından, sözleşmede şekil şartına uyulmadığından veya geçersizlikten bahsedilemeyeceği gibi, idareye sunulan yazılı sözleşmenin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin gerçek türüne ve hükümlerine ilişkin yasal düzenlemeleri bertaraf edici bir etkide bulunabileceği de kabul edilemez. Yabancı işçiyi yasadışı çalıştıran işverenin lehine sonuçlara varılması, çalışma izinlerine ilişkin yasal düzenlemelerinin koruma amacının aleyhine sonuçlara varmak anlamına gelir.

İşyerinde çalıştıracağı yabancı işçinin çalışma izninin alınması sorununun işverene ait bir işletme riski olduğu, yerleşik ve doğru bir kabuldür. Tarafların ifa edilmesi amacıyla yaptıkları bir iş sözleşmesinde, bir işverenin çalışma izni olmadan işçi çalıştırması, “çalışma şartlarının uygulanmaması” olarak ya da m. 24/II-c düzenlemesine aykırılık olarak değerlendirilebilecektir. İzinsiz yabancı işçi çalıştırma, sadece ülkenin kamu düzenine ve yerli iş gücüne yönelik değil, öncelikle ve doğrudan doğruya işçiyi koruma borcuna aykırı bir harekettir. Düzensiz durumdaki yabancı işçi, hukuki statüsü daha kırılgan ve zayıf konumdadır. İzinsiz çalıştırmaması gereken bir işçiyi izinsiz olarak fiilen çalıştıran işveren, sözleşmenin geçersizliğini ya da işçi tarafından aldatıldığını yahut işçinin çalışma izinleri bakımından kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini, kural olarak, ileri sürememelidir.

Çalışma izninin bulunmaması yahut çalışma izni süresinin uzatılmaması, taraflar açısından geçici veya devamlı bir ifa yahut ifayı kabul imkânsızlığı yaratabilir. Buradaki sorun, sözleşme yapıldıktan sonra ifa aşamasına geçilirken ortaya çıkan bir ifa engelinin hangi tarafa atfı kabil olduğu ve riskin nasıl paylaştırılması gerektiğine ilişkindir. Yasal düzenleme (TBK m. 394/f. 3) fiilen ifa edilmiş sözleşme ilişkilerini korumaktadır. Diğer yandan sözleşme tarihi ile ifa başlangıç tarihi farklı olabilir. Bu hususlar da dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek her durumun özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. İfanın alacaklının etki alanından kaynaklanan sebeplerle mümkün olmaması halinde alacaklı temerrüdü, borçlunun etki alanından veya tarafların etki alanı dışında bir sebepten kaynaklandığında imkânsızlık şeklinde bir ifa engelinin varlığını öngören teorik görüşlerin de üzerinde durulması bir ihtiyaçtır.

Ortaya çıkan bir diğer sorun, çalışma izinlerinin iş sözleşmesinin türüyle olan ilişkisidir. Çalışma izninin süreli olmasının, tek başına iş sözleşmesinin belirli süreli niteliği kazanması için gerekli objektif koşulu sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır. Genel olarak süreli çalışma izninin, yabancı işçinin iş sözleşmesini her durumda belirli süreli olarak nitelendirebilmemizi sağlayan bir objektif koşul teşkil ettiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Karşılaştırmalı hukuk da dikkate alındığında, çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın, sözleşme türlerine ve çalışma biçimlerine göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Çalışma iznine ilişkin ortaya çıkabilecek durumların (izin talebinin reddi, iptal veya uzatmama) sözleşmenin sona ermesine etkisi bir diğer ele alınması gereken sorundur. Bu durumların, tarafların sözleşmeden bekledikleri ve ilk başta öngördükleri menfaatleri tehlikeye düşürecek ve sonunda sözleşmenin feshini gerektirecek ağırlıkta bir ifa engeli olup olmadığı sorunu ele alınmalıdır. Bir sözleşme ilişkisinde, taraflar kural olarak, izinsiz işçi çalıştırmayı ve birbirlerinin hem özel hukuk hem de kamu hukuku açısından menfaatlerini tehlikeye atmayı hedeflemezler. O sözleşmenin yasal açıdan gerekli çalışma izinleri alınarak gereği gibi ifa edileceğini öngörürler. Taraflardan birinin aksi durumu öngörmesi ve diğer tarafı bu hususta yanıltılması halinde, bundan sorumlu olan tarafın sözleşme görüşmeleri sırasındaki yanıltıcı fiillerinden dolayı sorumluluğu (culpa in contrahendo) gündeme gelecektir. Öte yandan, izinsiz çalışmada yasal açıdan bir ifa/ifayı kabul engeli olduğunun kabul edilmesi, işçinin fiilen kaçak çalıştırılmasına engel olmamıştır. Her bir somut durumda kusura dayanan veya kusura dayanmayan fesih nedenleri açısından, bu nedenlerin nereden kaynaklandığı ile fesih nedenlerinin ağırlık derecesi de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

GİRİŞ

Türkiye çeşitli nedenlerle göç alan bir ülke haline gelmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre, Türkiye’de 2018’de 115.837, 2019 yılında 145.232, 2020’de 123.574 ve 2021’de 168.103 yabancıya çalışma izni verilmiştir¹. Bu izinlerin çoğunluğu (hatta 2021’de verilen izinlerin tamamı) süreli çalışma izinleridir.

Göç İdaresi Başkanlığı’nın açıklamalarına göre Türkiye’de 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 91 vd. hükümlerinde düzenlenmiş geçici koruma statüsü kapsamında 16.09.2020 tarihi itibarıyla 5 ildeki 7 geçici barınma merkezinde toplam 59.877, bunların dışında 3.559.041 Suriye Arap Cumhuriyeti uyruklu yabancı yaşamaktadır². Bunların resmi veri ve bildirimler olduğu, gerçek rakamların daha da yüksek olduğu iddia edilmekte ve kamuoyunda tartışma konusu olmaktadır.

Bu sosyal olayların, hukuk alanındaki bir yansıması, Türkiye’de iş gücü piyasasında yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin artması nedeniyle çalışma izinleriyle iş sözleşmesinin ilişkisinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacının doğmasıdır.

Bu çalışmanın esas amacı, Türkiye’de, 6735 sayılı UİK başta olmak üzere, yabancılara ve yabancı işçilerin çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın gözden geçirilmesi, bu mevzuattaki düzenlemelerin yabancı işçinin iş sözleşmesinin kuruluşu, sona ermesi ve sözleşmenin türüyle ilişkisinin irdelenmesi, özellikle sözleşmenin geçerliliğine, türüne ve sona erme şekline etkisinin üzerinde durulmasıdır. Bu doğrultuda temel bir hak olan çalışma hakkı, göçmen işçilerin haklarını ilgilendiren milletlerarası antlaşmalar, doktrinle karşılaştırmalı hukuktaki görüş ve düzenlemeler de dikkate alınarak ülke mevzuatının yorumu ve olması gereken hukuk açısından da öneriler getirilmesi hedeflenmiştir.

¹ <https://www.csgb.gov.tr/media/90062/yabanciizin2021.pdf>

² <https://www.goc.gov.tr/gecici-korumamiz-altindaki-suriyeliler>.

1. BÖLÜM: 6735 SAYILI ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU'NA GÖRE YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİ

1.1. Yabancı Kavramı

Tarih öncesi çağlardan beri insanlar çeşitli nedenlerle yaşamak ve geçimlerini sağlamak için yer değiştirmişlerdir. Toplumların kendi içinde ve ülkeler arasında dünya ölçeğinde eşitsizliklerin olduğu çağımızda da yine politik, kültürel, ekonomik, çevresel vb. nedenlerle insanların vatandaşı oldukları ya da yaşadıkları ülkeden başka ülkelere yaşamak veya çalışmak için gitmeleri, göç, emek gücünün hareketliliği ve yabancı işçi somut birer sosyal gerçekliktir³.

Doktrin, yabancı kavramını tanımlarken Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 tarihli “*Yabancı, bir devlet ülkesinde bulunup da o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimsedir*” tanımına yer vermektedir. Bu tanımdan hareketle, bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan kimse yabancıdır sonucuna varılmaktadır. Tanımın içine yabancı devlet vatandaşı, vatansız kişi, mülteci, göçmen, özel statüdeki yabancılar, Türk vatandaşlığı hariç birden çok vatandaşlığı olanlar da girmektedir. Tanım sadece gerçek değil tüzel kişileri de kapsar⁴. Çelikel’e göre, Türkiye Cumhuriyeti için yabancı, Türk vatandaşı olmamakla birlikte Türkiye’de bulunanları ifade etmektedir⁵. Aybay, Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde bulunsun veya bulunmasın

³ Kuvvet Lordoğlu, “Türkiye’deki Çalışma Hayatının Bir Parçası Olarak Yabancı Çalışanlar”, **Çalışma Ve Toplum**, 2007/3, s. 12; Ayhan Gençler, “Yabancı Kaçak İşçilik gerçeği ve Türkiye Örneği”, **TÜHİS** Şubat 2002, s. 28 vd.

⁴ Gülören Tekinalp, **Türk Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 6-7; Vahit Doğan, **Türk Yabancılar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 5 vd.; Nuray Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 40 vd.; Erdoğan Göğer, **Yabancılar Hukuku**, AÜHF Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 5; Halis Kırıl, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları**, TİSK Yayını No: 270, Yorum Matbaacılık, Ankara 2006, s. 14; A. Gündüz Ökçün, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Pelin Ofset, Ankara 1998, s. 3. Ancak tüzel kişilere ilişkin olarak vatandaşlık değil “tabiyet” kavramının kullanılmasına ilişkin bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 5-6 ve s. 22 vd. Devletler Hukuku Enstitüsünün tanımına yönelik eleştiriler ve vatandaşlığın kişinin iddiasından bağımsız nesnel bir olgu olduğuna dair tartışma için bkz. Rona Aybay/Esra Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 13 vd.

⁵ Aysel Çelikel/Günseli (Öztekin) Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 17.

vatandaşlık bağı olmayan herkesin Türk hukuku açısından yabancı kabul edileceğini belirtmektedir⁶.

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) m. 3/f. 1-ı, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK) m. 3/f. 1-d, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) m. 3-ü, yabancıyı Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı olmayan kişi olarak tanımlamaktadır. Bu çalışmada, yabancılar hukukundaki doktrin tartışmalarına girilmeksizin doğrudan bu yasal tanım esas alınacak, çeşitli yabancı kategorileri arasındaki farklılıklara pozitif hukuk bakımından gerekli olduğu ölçüde değinilecektir.

1.2. Özel Yabancı Statüleri

1.2.1. Vatansızlar

1.2.1.1. Genel Olarak Vatansız Kavramı

Vatansız, herhangi bir devletle hiçbir vatandaşlık bağı olmayan, hiçbir bir devletin mevzuatında vatandaş olarak kabul edilmeyen kişidir. Bu sebeple milletlerarası hukuka aykırı olarak şahıs veya malvarlığına yönelik eylemler karşısında hiçbir devletin diplomatik korumasından yararlanamamaktadır⁷.

Vatansız, 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin BM Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki tanıma göre, hiçbir devletin yasal düzeninin kendi işleyişi çerçevesinde vatandaş kabul edilmeyen kimsedir. Türkiye bu BM sözleşmesine katılmayı 01.07.2014 tarihli ve 6549 sayılı Kanunla uygun bulmuş, katılmaya ilişkin Bakanlar Kurulu'nun 30.09.2014 tarih 2014/6866 sayılı kararı ile sözleşmeye katılmıştır⁸.

YUKK m. 3-ş, vatansız yabancı sayılan ve vatandaşlık hiçbir vatandaşlık bağı olmayan kişi olarak tanımlamıştır. Bir kimsenin vatansızlık statüsünü belirleyecek resmi merci ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'dür. Vatansız kişiye ülkede ikamet hakkına ilişkin "Vatansız Kişi Kimlik Belgesi" verilir. Ancak bir kimseye başka bir

⁶ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 15. Ancak yabancılar, ülkede bulunmayan, ülkede bulunması yerel hukuka uygun olan, ülkede bulunması yerel hukuka uygun olmayan yabancılar olarak bir ayrıma tabi tutulabilir, bkz. a.g.e., s. 38 vd.

⁷ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 18.

⁸ RG 25.10.2014/29156.

ülke tarafından vatansız kişi işlemi yapılmış ise bu kişiye söz konusu hak tanınmamaktadır (YUKK m. 50/f. 1).

Vatansız kişi kanun tarafından “Vatansız Kişi Kimlik Belgesi” almakla yükümlü tutulmuştur. Denilebilir ki bu vatansız kişi için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bu belge GİGM’nin görüşü alınarak valilik tarafından düzenlenir ve her iki yılda bir yenilenir. Belge harca tabi değildir. Vatansız kişinin bu kimlik belgesinde ayrıca yabancı kimlik numarası da yer alır (YUKK m. 50/f. 2).

Vatansız kişinin bu kimlik belgesine sahip olarak Türkiye’de geçirdiği süreler ikamet süresinden sayılır; bu belge herhangi bir ülke vatandaşlığının kazanılmasıyla geçerliliğini kaybeder (YUKK m. 50/f. 3 ve 4).

1.2.1.2. Vatansız Statüsüne Bağlanan Sonuçlar

YUKK m. 50’deki kimlik belgesini edinen vatansız kişi, ayrıca ikamet izni alma zorunluluğundan muaftır (YUKK m. 20/f. 1-b). Ancak yine kanuna göre bu kimlik belgesine sahip vatansız kişi kanunda öngörülen ikamet izinleri için başvuruda bulunabilir (YUKK m. 51/a). Kamu düzeni ya da güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkça, vatansız statüsündeki kişi sınır dışı edilmez; yabancılarla ilgili olarak karşılıklılık koşulundan ayrıca muaftır (YUKK m. 51/b ve c). Seyahat özgürlüğü açısından 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 18. maddesine göre yabancılara mahsus pasaport için başvuruda bulunabilir (YUKK m. 51/d).

Türkiye’nin taraf olduğu 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 7. maddesinde, sözleşmecı devletler genel olarak yabancılara gösterdikleri muamelenin aynısını vatansız kişilere de göstermekle yükümlü tutulmuştur. Yine aynı sözleşmenin 17. maddesinde ücretli bir işte çalışma bakımından aynı durumdaki yabancıya nazaran “*daha az elverişli olmayan muamele*” yükümlülüğü getirilmiştir. Bununla birlikte, Sözleşmedeki hükümlere rağmen yabancı ile vatansız arasında tam bir eşitlik bulunmamaktadır, zira devletlerin kendi vatandaşlarını karşılıklı antlaşmalarla korumaları ve vatansızların bu antlaşmalarda tanınan haklardan faydalanamamaları mümkündür⁹.

⁹ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 19.

Sözleşmenin 24. maddesi, ücret, çalışma ve dinlenme süreleri, fazla çalışma, ücretli izin, mesleki eğitim, yaş ve cinsiyete dayalı çalışma yasakları, toplu sözleşmelerden yararlanma gibi çalışma koşulları, iş kazalarına karşı korunma ve iş güvenliği ile sosyal güvenlik hakkı açısından belirli sınırlar dâhilinde taraf devletin kendi vatandaşlarıyla aynı muamele yapılması kaydını getirmiştir.

Türk hukukunda vatansız kişinin, çalışma hakkı açısından 6735 sayılı Kanuna göre çalışma izni alması gerekir (YUKK m. 51/ç). UİK m. 16/f uyarınca vatansız kişi çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar arasındadır. Yani bu kişilere çalışma izninin verilmesine ilişkin olarak UİK m. 7, 9 ve 10'da belirtilen koşullara istisna getirilebilir.

1.2.2. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında (Vatansız Statüsü Dışındaki) Koruma Statüleri

YUKK m. 3-r düzenlemesi, uluslararası koruma statüsünü şartlı mülteci, mülteci ya da ikincil koruma statüsü olarak öngörmektedir. Bunların haricinde, kanunun uluslararası koruma statüsü olarak kabul etmediği, kitlesel akın halinde gündeme gelen “geçici koruma” statüsü vardır ki ileride değinilecektir.

1.2.2.1. Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancılar

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 (UİK m. 17/f. 1). Bu fıkra kapsamında çalışma izni veya çalışma izni muafiyetine başvuru hakkı tanınan yabancılar çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti verilmesi için İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü aranır (f. 2). Yani tüm uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar, bu hususta başvuruda bulunanlar ve geçici korunan statüsündeki yabancıların çalışma izinleri için İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü gerekir. Geçerli çalışma izni veya çalışma izni muafiyetine sahip olunması bu yabancılar Türkiye’de mutlak kalış hakkı sağlamaz (f. 3).

1.2.2.1.1. Mülteci

YUKK m. 61, mülteci statüsünü Avrupa ülkelerinde yaşanan olaylar sebebiyle tabiyet, ırksal, dinsel nedenler, politik görüş, belli bir toplumsal gruba aidiyetinden dolayı zulüm göreceğinden duyduğu haklı bir korku sebebiyle vatandaşı olduğu ülkeden başka bir ülkede bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamayacak durumdaki ya da aynı türden gelişmeler sebebiyle önceleri yaşamakta olduğu ülkenin dışında bulunmak zorunda kalan ve duyduğu korku nedeniyle dönemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonucu tanınacak bir hukuki statü olarak tanımlamaktadır.

28.07.1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair BM Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi), Türkiye tarafından 1961’de¹⁰ ihtirazi kayıtlarla onaylanmıştır. Türkiye bu sözleşmeye coğrafi olarak (sadece Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sonucu bu ülkelerde ikamet edenlerin/bu ülkelerin vatandaşı olanların mülteci olarak kabul edilmesi) ihtirazi kayıt koymuştur. Sözleşmede (m. 1/A-2) yer alan mülteciliğin “01.01.1951’den önce meydana gelen olaylar” sonucu gerçekleşmiş kabul edilmesine dair sınırlama, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihli kararı ile kaldırılmış, Türkiye bu Protokole 1968’de katılmıştır. Ancak mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin coğrafi sınırlama yetkisi sözleşmenin 1/B maddesi ile taraf devlete tanınmış bir hakka dayanmakta olup Türkiye halen bu çekinceyi devam ettirdiğinden, YUKK m. 61 düzenlemesi de bunun bir yansıması olarak aynı kriteri korumuştur. Şu halde Avrupa dışındaki herhangi bir yerde meydana gelen olaylar sonucu olarak da aynı koşulları taşıyan kişi, BM sözleşmesine göre mülteci olduğu halde YUKK m. 61’e göre mülteci değildir¹¹. Kanun bu gibi durumlar için aşağıda belirtileceği üzere farklı statüler öngörmüştür. Ancak YUKK m. 61 anlamında mülteci olabilmek için yabancı gerçek kişiyle ilgili:

- Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sonucu

- Irkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından korkma

¹⁰ Bkz. 359 Sayılı Onay Kanunu, RG 05.09.1961/10898.

¹¹ Bu hususta ayrıca bkz. Ekşi, **a.g.e.**, s. 160.

- Bu korkunun haklı bir sebebe dayanması

- Bu korku sebebiyle vatandaşı olduğu ülkenin sınırları dışında bulunma ve vatandaşı olduğu devletin korumasından yararlanamaması veya duyduğu korku sebebiyle yararlanmak istememesi (ya da vatansızsa bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunması, oraya dönememesi veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istememesi)

- Buna ilişkin statü belirleme işlemlerinin tamamlanması

Gerekir.

Statü belirleme işlemi tamamlanmamış ise (ki bu olasılık sadece mültecilik başvurusu için değil tüm uluslararası koruma statüsü başvurularında söz konusudur) tabi olunacak statü de kanunda belirtilmiştir. 6458 sayılı Kanunun 3/f.1-d hükmü genel olarak uluslararası koruma başvurusunda bulunan ancak başvurusu nihai olarak sonuçlanmayan kişiyi “başvuru sahibi” olarak nitelemiştir. Oysa Cenevre Sözleşmesi bağlamında mültecilik başvurusunda bulunmuş ama başvurusu henüz sonuçlandırılmamış kişiler için uluslararası hukukta “sığınmacı” kavramı kullanılmaktadır¹².

Cenevre Sözleşmesinin 3. maddesinde, sözleşmeye taraf devletlere sözleşme hükümlerini ırk, din veya geline ülkeye dayalı ayırım yapmadan uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Yine sözleşmenin 7. maddesi taraf devletlerin mültecilere (sözleşme hükümlerinin daha “uygun” düzenlemeleri hariç) genel olarak yabancılara uyguladığı muameleleri uygulamak zorunda olduğunu öngörmektedir. Aynı maddede mültecilerin taraf devlette üç yıl ikamet ettikten sonra kanuni müttekabiliyet şartından muaf olacaklarını düzenlenmektedir¹³.

Sözleşmenin 15. maddesi, mültecilerin örgütlenme özgürlüğü bakımından “en müsait muamele” prensibine yer vermekte ve taraf devletlerin ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, meslek sendikaları ile siyasi amaç ve kâr amacı gütmeyen

¹² Neşe Baran Çelik, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1 Yıl 2015, Özel Sayı, s. 77.

¹³ Ek olarak m. 8’de yabancı bir devletin vatandaşlarına karşı kişilikleri, malvarlıkları ya da menfaatleri bağlamında uygulanacak tedbirlerden söz konusu devlet vatandaşı olan mültecinin muaf olduğu düzenlenmektedir.

derneklerle ilgili olarak aynı koşullardaki bir yabancı ülke vatandaşına tanınan en müsait muamelede bulunması gerekliliğini düzenlemektedir.

Çalışma hakkına ilişkin “Gelir Getirici İşler” başlıklı m. 17/f. 1’de de aynı prensibe yer verilmiştir: *“Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışmak hakkı bakımından, aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulayacaklardır”*. Ayrıca m. 17/f. 2’de taraf devletlerin ulusal iş gücü piyasasını korumak için uyguladıkları yasal tedbirlerin belli koşullarda mültecilere uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bunun için ya sözleşmenin taraf devlet açısından yürürlük tarihinde ilgili mültecinin bu sınırlamalardan muaf tutulması veya o ülkede üç yıl ikamet etmiş olması¹⁴, ikamet ettiği ülkenin vatandaşıyla evli bulunması (sözleşme eşinden ayrılma halinde bu hükmün uygulanmayabileceğini belirtmektedir), ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir ya da daha fazla çocuğu olması şartlarından birini taşıması gerekir. Bu şartlar varsa mülteci ile vatandaş çalışma hakkı bakımından eşit muamele görecektir¹⁵.

YUKK kapsamında, mülteci statüsü tespit olunan kişiye üç yıl süreli bir kimlik belgesi düzenlenip verilir. Bu belgenin şekil ve içeriği GİGM tarafından belirlenir, ikamet izni yerine geçer ve harca tabi değildir (YUKK m. 83/f. 1 ve 3). Mülteci, YUKK m. 20/g uyarınca ayrıca ikamet izni alma zorunluluğundan muaf yabancılar arasındadır. Mültecilere, ek olarak bir de valilikçe düzenlenen bir seyahat belgesi verilir (YUKK m. 84). YUKK m. 88, uluslararası koruma statüsü sahiplerini ve bu arada tabi ki mülteciyi, Cenevre Sözleşmesindeki düzenlemelere uygun bir biçimde, karşılıklılık (mütekabiliyet) şartından muaf tutmuştur¹⁶.

YUKK m. 89/f. 4 b ve c bentlerinde mültecinin çalışma hakkıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre mülteci, bu statüyü edinmesiyle birlikte

¹⁴ Söz konusu üç yıllık sürenin sadece statünün tanınmasından sonra geçirilen süre olarak değerlendirilmemesi, ülkede yasal olarak veya olmayarak bulunulan tüm sürelerin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Cansu Kaya, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1 S. 5 Yıl 2017, s. 62.

¹⁵ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 21; Ökçün, **a.g.e.**, s. 90; Zeki Okur, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakları”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaşgünü Armağanı**, İÜHF Yayını No: 718, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 928.

¹⁶ Muafiyet kuralının geçici korunan açısından geçerli olmadığı ancak vatandaştan fazla hak tanınamamasının geçici koruma statüsü sahiplerini de kapsadığına dair bkz. Baran Çelik, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, s. 83 vd.

bağımlı ya da bağımsız olarak çalışabilir. Mülteciye verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine geçer, bu husus kimlik belgesinde de belirtilir. Yani mülteci ayrıca 6735 sayılı UİK'e göre çalışma izni almak zorunda değildir. Nitekim UİK m. 12/f. 1 c. 2, tek başına ikamet izninin yabancıya çalışma hakkı vermeyeceği kuralını getirirken mültecileri bu kuraldan muaf tutmaktadır. Yabancıların çalışmasını yasaklayan mevzuattaki hükümler ise YUKK m. 89/f. 4'te saklı tutulmuştur. Aynı fıkranın c bendinde mültecinin çalışma hakkına ilişkin sınırlamalar ve bu sınırlamaların istisnası yer almaktadır. Buna göre *“Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel 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”*. Mültecinin çalışma hakkının (ki burada “iş piyasasına erişim” ifadesi altında yer verilmektedir) sınırlandırılması, yabancıların mutlak surette çalıştırılmayacağına öngörüldüğü işler dışında, **a)** belirli bir süre için **b)** iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kılması halinde (ki bunların her birinin birbirinden ayrı kavramlar olduğunu söyleyebilmek ilk bakışta güçtür, zira YUKK bu kavramlara ilişkin bir tanım içermemektedir) **c)** tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, yahut belirli bir meslek, iş kolu, veya mülki ve coğrafi alan için söz konusu olabilir. Sınırlandırmanın uygulama alanına ilişkin bu son koşul görüldüğü üzere son derece geniş tutulmuştur. Ancak sınırlamadaki bu genişliği dengelemek için olsa gerek Cenevre Sözleşmesi m. 17/f. 2'ye uygun olarak ulusal iş gücü piyasasının korunması için getirilecek sınırlamaların Türkiye’de üç yıl ikamet eden, Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mültecilere uygulanmayacağı öngörülmüştür.

1.2.2.1.2. Şartlı Mülteci

Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye, Cenevre Sözleşmesinde tanımlanan mülteci kavramını, yine sözleşmede tanınan hakka dayanarak sadece Avrupa’dan gelen mültecilerle sınırlamıştır. Avrupa ülkeleri dışından gelenleri Cenevre Sözleşmesi anlamında mülteci kabul etmemiştir. YUKK’un 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren ilgili hükümleri tarafından yürürlükten kaldırılana kadar, bu kategoriye girenler (yani mülteci tanımına giren tüm şartlara haiz olsalar da Avrupa

lkelerinden gelmeyenler), “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir lkeye İltica Etmek zere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” tarafından¹⁷ “sığınmacı” olarak tanımlanıyordı¹⁸. YUKK m. 62 ise, bu gruptaki yabancılarla ilgili “şartlı Mülteci” tanımına yer vermektedir. Bu tanıma göre, şartlı mülteci, Avrupa lkeleri dışında yaşanan olaylar sebebiyle tabiyet, ırksal, dinsel nedenler, politik görüş, belli bir toplumsal gruba aidiyetinden dolayı zulüm göreceğinden duyduğu haklı bir korku sebebiyle vatandaşı olduğu ülkeden başka bir ülkede bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamayacak durumdaki ya da aynı türden gelişmeler sebebiyle önceleri yaşamakta olduğu ülkenin dışında bulunmak zorunda kalan ve duyduğu korku nedeniyle dönemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonucu tanınacak bir hukuki statü olarak tanımlamaktadır.

6458 sayılı YUKK’tan önce Türk hukukunda yer alan “sığınmacı” kavramı, kanundaki bu tanımla birlikte “şartlı mülteci” olarak değişmiştir. Mülteci-sığınmacı ayrımı, mülteci-şartlı mülteci ayrımı haline gelmiřtir¹⁹. Mülteci-şartlı mülteci arasındaki ilk ayrım, birinin statüsünün Avrupa’da meydana gelen olaylara dayanması diğlerinin ise Avrupa lkeleri dışında meydana gelen olaylara dayanmasıdır. İkinci ayrım ise şartlı mülteci, mlteciden farklı olarak güvenilir bir üçüncü lkeye²⁰ yerleştirilmek üzere tanınan bir statüdür ve bu statüsü kabul edilen kişi, üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar Türkiye’de kalır, bunu sağlamak için kendisine YUKK m. 83/f. 2 uyarınca uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi verilir²¹. Bu kimlik belgesinin geçerlilik süresi aynı hükme göre bir yıldır. şartlı mülteci sayılan kişi, BMMYK tarafından üçüncü ülkeye yerleřtirilir²².

şartlı mülteciye YUKK m. 83 uyarınca verilen kimlik belgesi, ikamet izni yerine geçer, ama mültecilerden farklı olarak, çalışma izni yerine geçmez. YUKK m.

¹⁷ RG 22127/30.11.1994.

¹⁸ Anılan ynetmeliğın 3. maddesindeki tanım bugünkü şartlı mülteci statüsüne benzer bir tanım içermekteydi. Bu konuda ayrıca bkz. Çelikel/(ztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 24-25.

¹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki BMMYK ve uluslararası kuruluşlar, “sığınmacı” kavramını fiili bir durumu ifade etmek için kullanmaktadır. Zira “mülteci” uluslararası bir sözleşmede tanımı yapılmış belirli bir hukuki statüye kavuşmuş yabancı iken, “sığınmacı” (asylum seeker) bu statüye resmen sahip olmayan ve daha sınırlı haklara sahip bir kimsedir.

²⁰ “Güvenli nc ülke” kabul edilebilme koşulları, YUKK m. 74/f. 2’de ayrıca belirtilmektedir.

²¹ elikel/(ztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 24; Ekşi, **a.g.e.**, s. 161-162.

²² Ekşi, **a.g.e.**, s. 162.

89/f. 4-a ayrıca çalışma izni alınması gerekliliğini açıkça belirtmektedir. UİK m. 17/ f. 1 de aynı düzenlemeye yer vermektedir.

Ancak diğer yandan şartlı mülteci, gerek çalışma izni başvurusu, bu başvurunun değerlendirilmesi ve reddi açısından gerekse çalışma izni türleri açısından UİK m. 7, 9 ve 10'da yer alan şartların UİK m. 16/f. 1-f uyarınca istisnai olarak aranmayabileceği yabancılar arasındadır²³.

1.2.2.1.3. İkincil Koruma Statüsü Sahibi

Yukarıda belirtilen mülteci ve şartlı mülteci statüleri dışında YUKK, ayrıca “ikincil koruma” statüsüne yer vermektedir. YUKK m. 63, mülteci ya da şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen ancak menşe ülkesine yahut ikamet ülkesine gönderilmesi halinde

- Ölüm cezasına çarptırılacak ya da ölüm cezası infaz edilecek,
- İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ya da muameleye maruz kalacak,
- Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,

Olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan yahut söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilmesini öngörmektedir.

Bu statünün mülteci ve şartlı mülteci statülerinden farkı, “haklı nedene dayalı korku” şartının aranmamasıdır. Burada amaç insan hakları sözleşmeleriyle korumaya alınmış “yaşam hakkı”na ve “işkence yasağı”na uyulmasıdır²⁴. Bir başka fark ise korumadan yararlanmak için başvuru talebinin ırk, din, siyasi görüş ya da bir sosyal gruba mensubiyetle ilgisinin aranmamasıdır. İkincil koruma statüsü bu açıdan kanunda yer alan diğer iki uluslararası koruma statüsünden daha geniş kapsamlıdır²⁵. Yasada aranan bu şartlardan birini taşıdığı belirlenen ve ikincil koruma başvurusu kabul edilen

²³ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 206.

²⁴ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 25.

²⁵ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 26.

kişiyi YUKK m. 83/f. 2 uyarınca uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi verilir. Bu belge bir yıl sürelidir ve tıpkı mülteci ve şartlı mültecilerde olduğu gibi ikamet belgesi yerine geçer.

Ek olarak belirtmek gerekir ki tıpkı mültecilerde olduğu gibi (ama şartlı mülteciden farklı olarak) ikincil koruma statüsü sahibi yabancıların uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi de çalışma izni yerine geçer (YUKK m. 89/f. 4-b).

1.2.3. Geçici Koruma

Geçici koruma statüsünü düzenleyen YUKK m. 91, kendi ülkesinden zorla ayrılan ve geri dönemeyen, geçici ve acil bir koruma arayışında Türk sınırlarına kitlesel olarak akın eden ya da bu saikle sınırı geçen yabancılara “geçici koruma” sağlanabileceğini düzenlemektedir. Yani geçici koruma ülke topraklarına serbestçe kabul edilme, geri gönderilmeme ilkesi ile temel ihtiyaçların karşılanması unsurlarından oluşur²⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasında geçici koruma sağlananların Türkiye’ye kabulleri, ülkemizde kalışları, haklarıyla yükümlülükleri, Türkiye’den çıkışları için gerekli 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 belirlenmesinin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak²⁷ yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş, “Geçici Koruma Yönetmeliği” (GKY) çıkarılmış ve yürürlüğe girmiştir²⁸. GKY m. 3/f ve 3/g’de geçici korumaya ilişkin yasal tanım tekrar edilmiştir.

Şu ayrıma dikkat edilmelidir ki geçici koruma statüsü aslında uluslararası korumanın bir parçası olmasına rağmen bu statüdeki yabancılar 6458 sayılı Kanunda uluslararası koruma statüsü kapsamında kabul edilmemiş, bu statü hem kanunda hem de yönetmelikte ayrı, özel bir statü olarak düzenlenmiştir²⁹. Nitekim GKY m. 7/f. 1, geçici korumanın kapsamını belirlerken yine m. 3/f’deki tanımı yinelemiş, f. 2’de zaman açısından sınırlamayı ve bunun yine yürütme organının takdiriyle istisnasını belirttikten sonra GKY m. 7/f. 3 açıkça geçici korunan statüsündekilerin yasadaki

²⁶ Baran Çelik, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, s. 79.

²⁷ Daha sora 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK’nin (RG 09.07.2018/30473) 71’inci maddesiyle, “Bakanlar Kurulu” ifadesi yerine, “Cumhurbaşkanı” ifadesi getirilmiştir.

²⁸ RG 22.10.2014/29153

²⁹ Baran Çelik, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, s. 73; Ekşi, **a.g.e.**, s. 242.

uluslararası koruma statülerini doğrudan elde etmiş sayılamayacakları belirtilerek geçici korunanın özel statüsünü vurgulamıştır.

Mülteci veya şartlı mülteci statüleri geçici korumadan farklı olarak bireysel statülerdir ve kanunda uluslararası koruma statüsü olarak düzenlenmişlerdir³⁰. İkincil koruma statüsü de geçici korumadan farklıdır ve bireysel bir koruma statüsüdür. Geçici korumanın amacı kitlesel akın halinde ilgili kimselere belirli bir süreyle sınırlı, acil koruma sağlanmasıdır; uluslararası koruma statüsü sağlanması değildir. İkincil koruma ise geçici ve acil bir araç değil, kişinin uluslararası hukuka göre gönderileceği ülkede işkence görme tehlikesi, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalma riski halinde ya da ülke genelinde silahlı çatışma sonucu ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle geri gönderme yasağı gereği ülkeden çıkarılması mümkün olmayan yabancılara sağlanan korumadır³¹.

Geçici koruma kararını almaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bakanlar Kurulu (kanuna göre artık Cumhurbaşkanı), geçici koruma kararında korumanın kimleri kapsayacağını, ne kadar hangi tarihler arasında süreceğini, uzatılma ve sona erme şartlarını, geçici korumanın tüm ülkede mi yoksa belli bir bölgede mi geçerli olacağını, YUKK m. 105 kapsamında karar alma ve takip yetkisinin Göç Politikaları Kurulu'na ait olduğu hususları belirlemeye, ülkeye kabul işlemlerinin sınırlandırılması ve durdurulması ile ilgili (GKY m. 15) ve gerekli gördüğü diğer hususları belirtmeye yetkilidir (GKY m. 10). Ancak geçici koruma kararını müteakip bu kapsamdaki yabancılar hakkında verilecek bireysel kararlar GİGM tarafından alınır (m. 10/f. 2).

Geçici koruma uygulamasına yine “Bakanlar Kurulu” kararıyla son verilir (GKY m. 11/f. 1, daha sonra bu yetki “Cumhurbaşkanı”na devredilmiştir). Sona erdirmeye kararıyla birlikte korumanın tamamen durdurulmasına, koruma kapsamındakilerin ülkelerine dönmesine, şartları varsa belli bir statünün (mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi) toplu halde verilmesine ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine³², geçici korunanların yasada öngörülecek koşullarla Türkiye’de kalmalarına izin verilmesine karar verilebilir (GKY m. 11/f. 2). GKY m. 12 ise geçici

³⁰ Ekşi, **a.g.e.**, s. 168.

³¹ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 27.

³² Zira bu başvurular geçici koruma devam ettiği sürece değerlendirmeye alınmaz. GKY m. 16 hükmü geçici koruma statüsü devam eden yabancıların bireysel koruma başvurularının işleme konulamayacağını açıkça öngörmektedir.

koruma statüsünün bireysel nedenlerle sona ermesini (ölüm, başka bir ülkenin korumasından faydalanma, ülkeden kendi isteğiyle ayrılma, üçüncü bir ülkeye yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilme) düzenlenmektedir. Son fıkrada 8. madde uyarınca koruma kapsamı dışında bulunduğu sonradan tespit edilen kişilerin geçici korunan statüsünün genel müdürlük ya da valilikler tarafından iptal edilebileceği düzenlenmektedir. Bu son düzenleme geçici korumadan faydalanamayacak, bu kapsama alınamayacak yabancılarla ilgilidir³³.

Geçici koruma statüsü sona eren yabancı koşulları varsa, diğer koruma statülerinden yararlanmak suretiyle çalışabileceği gibi, yine şartları varsa, 6735 sayılı Kanun kapsamında başvuruda bulunabilir³⁴.

Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yaşanan olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Türkiye'ye kitlesel yahut bireysel olarak gelenler ile ilgili ise GKY 1. geçici maddesinde özel bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre:

“28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz.

“Birinci fıkrada belirtilen yabancılardan 28.04.2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar, talepleri halinde geçici koruma altına alınırlar.

“28.04.2011 tarihinden itibaren ikamet izni almış ancak süresi uzatılmamış ya da ikamet izni iptal edilmiş olanlar ile vize süresi veya muafiyeti sonunda koruma talep edenler, 8'inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici koruma kapsamına alınırlar. Bunlardan koruma talep etmeyenler hakkında ise genel hükümler uygulanır.

³³ Yönetmeliğin “Geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar” başlıklı 8. maddesi geçici koruma sağlanamayacak durumları ve statünün iptal sebeplerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Ancak yine yönetmeliğin 14. Maddesinde, 8/f. 1-ç'de sayılan kişilerin, yani ülkelerinde silahlı çatışmaya karışmış kişilerin, faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması koşuluyla, bireysel uluslararası koruma statü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağı belirtilmektedir. Bu hususta örnekler için bkz. Ekşi, **a.g.e.**, s. 169.

³⁴ Kaya, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, s. 72.

“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kimlik belgeleri, 22’nci maddede belirtilen geçici koruma kimlik belgesi düzenleninceye kadar geçici koruma kimlik belgesi yerine geçer. Bu belge sahiplerine, 5490 sayılı Kanun kapsamında yabancı kimlik numarası verilebilir.

“Birinci fıkrada belirtilen yabancılar hariç üçüncü ülke vatandaşlarının, Suriye Arap Cumhuriyeti’nden ülkemize girişleri ve ülkemizden Suriye Arap Cumhuriyeti’ne çıkış işlemleri sınır kapılarından genel hükümler çerçevesinde yapılır.

“28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye’ye gelmiş ve 20.03.2016 tarihinden sonra ülkemiz üzerinden düzensiz yollarla Ege adalarına geçmiş olan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarından, ülkemize geri kabul edilenlere koruma talep etmeleri halinde bu Yönetmelik kapsamında geçici koruma sağlanabilir.”

Geçici korunana valilik tarafından GKY m. 22 uyarınca geçici koruma kimlik belgesi verilir ve bu kimlik sahibi ayrıca 5490 sayılı Kanun uyarınca yabancı kimlik numarası alır. GKY m. 25 uyarınca geçici korunana verilen kimlik belgesi yalnızca ülkede kalış hakkı sağlar, ikamet izni yahut izin belgesi yerine geçen belgeye eşdeğer sayılmayacağı gibi uzun dönem ikamet iznine yönelik bir hak doğurmaz, belge süresi ikamet süresinden sayılmaz, sahibine de Türk vatandaşlığı için başvuru hakkı tanımaz. Geçici korunanın, kamu düzeni, kamu güvenliği ya da sağlığı yönüyle herhangi bir sakınca görülmemesi koşuluyla Göç İşleri Genel Müdürlüğü’nce tespit edilecek illerde kalmasına izin verilmesi mümkündür (GKY m. 24).

Geçici korunanın çalışma izni ya da çalışma izni muafiyeti başvurusunda, İşleri Bakanlığınca bildirilecek olumlu görüş aranır (UİK m. 17/f. 2). Geçici korunan statüsündeki yabancı, Turkuaz Kart hükümlerinden faydalanamaz (UİK m. 11/f. 6). GKY m. 29/f. 1’de geçici korunanın çalışmasının usul ve esaslarının İşleri Bakanlığının da görüşü alınarak, ÇSGB’nin tavsiyesi ile Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Geçici korunan statüsünü tevsik eden kimlik belgesine sahip olanların (Bakanlar Kurulunca/Cumhurbaşkanınca) öngörülen sektörlerde, iş kolu ve coğrafi alanlarda çalışma izni almak için ÇSGB’ye başvurabilecekleri (yabancıların yasaklı olduğu işler saklı tutularak) belirtilmiştir (GKY m. 29/f. 2 ve 3). Geçici korunana verilen çalışma izni süresi, geçici koruma süresini aşamaz, geçici

korumanın sona ermesi verilen çalışma iznini de sona erdirir. Ayrıca geçici korunana verilen çalışma izni ikamet izni yerine de geçmez.

Geçici korunan statüsündeki yabancıların çalışma esasları, YUKK m. 91 ve GKY m. 29 uyarınca çıkarılan “*Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik*”³⁵ ile düzenlenmektedir. Yönetmelikte 6735 sayılı UİK kapsamında belirtilen genel ilkeye uygun olarak geçici korunanların Türkiye’de çalışmalarının veya çalıştırılmalarının çalışma izni almalarına bağlı olduğu belirtilmektedir (m. 4/f. 1). Geçici korunan statüsündekiler, geçici koruma kayıt tarihinden ancak altı ay sonra çalışma izni (veya muafiyeti) için ÇSGB’ye (m. 5/f. 1) müracaat edebilirler. Başvurular işveren tarafından e-devlet kapısı üzerinden yapılır (m. 5/f. 2). Bu şekilde çalışacaklara ilişkin ÇSGB, il ve kota kısıtlaması getirmeye yetkilidir (m. 5/f. 5). Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici korunan yabancılar çalışma izni muafiyeti kapsamındadır (m. 5/f. 4). Geçici korunanların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde bakanlığın değerlendirme kriterleri uygulanacaktır (m. 6/f. 1). Yalnızca Türk vatandaşlarının çalıştırılabileceği işlere yönelik başvurular değerlendirmeye tabi tutulmadan işlemde kaldırılacaktır (f. 2). Çalışma izin başvurusu yapacak sağlık mesleği mensuplarının Sağlık Bakanlığından, eğitim alanında çalışacakların ise Milli Eğitim Bakanlığından veya Yükseköğretim Kurulu Başkanlığından ön izin almaları gerekir. Ön izin belgesi olmayan başvuruların değerlendirme yapılmaksızın işlemde kaldırılacağı belirtilmiştir (f. 3).

Geçici korunanlara çalışma iznine başvuru hakkı verilmesinde, GKY m. 24 uyarınca söz konusu yabancıların kalabileceği iller esas alınacaktır (m. 7/f. 1). Kamu güvenliği, kamu düzeni ya da kamu sağlığı açısından çalışma izni verilmesinin sakıncalı olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirildiği illerde Bakanlık çalışma izni verilmesini durdurur. Bu illerde, verilmiş çalışma izinlerinin uzatılması mümkün değildir. Bununla birlikte, yabancıların söz konusu ilde kalma hakkı sona ermemişse, önceden verilen çalışma izinleri, sona erdiği tarihe kadar kullandırılmak zorundadır (m. 7/f. 2).

Çalışma izni başvurularının Bakanlıkça değerlendirilmesinde, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısına göre sektör ve illerde açık iş ve işe yerleştirmeler

³⁵ RG 15.01.2016/29594

dikkate alınarak, geçici korunanlara sağlanan istihdam kotası değişik oranlarda kararlaştırılabilir. Üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, çalışma iznine başvurulmuş işyerinde çalışan geçici korunan sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu geçemez (m. 8/f. 1). Bir işyerindeki toplam çalışan sayısı ondan az ise, en fazla bir geçici korunanın çalışmasına izin verilebilir (m. 8/f. 2). Ancak işveren tarafından işyerinin kayıtlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünden, çalışma izni başvurusu tarihini önceleyen dört hafta içinde yabancının çalıştırılacağı işi yapacak aynı vasıfta Türk vatandaşı bulunmadığının belgelendirilmişse bu istihdam kotası uygulanmayabilecektir (m. 8/f. 3). Başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılara Bakanlık tarafından çalışma izni verilir ve bu durum İçişleri Bakanlığı ile işverene bildirilir (m. 9/f. 1). Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışması uygun görülen geçici korunan kişilere verilen çalışma izni muafiyetleri Bakanlıkça valiliğe bildirilir (m. 9/f. 2).

Geçici korunana verilen çalışma izninin süresi, UİK m. 10 uyarınca başvurulmuş izin türüne göre belirlenir (UİK m. 17/f. 4), ancak izin süresi geçici koruma süresi ile sınırlıdır³⁶. Yönetmeliğin “Ücret” başlıklı 10. maddesi geçici koruma altındaki yabancılara asgari ücretin altında ücret ödenmesini açıkça yasaklamıştır.

5253 sayılı Dernekler Kanunu çerçevesinde kamu yararına çalışan dernek statüsüne sahip dernekler ile 4962 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun” gereği vergiden muaf olan vakıflara, geçici korunanları insani yardım hizmeti faaliyetlerinde çalıştırmak üzere Bakanlığa çalışma izni başvurusu yapma yetkisi verilmiştir (m. 11/f. 1). Bu düzenlemenin kapsamı dışında kalan dernekler, dernek şube veya temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar ve yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye’deki şube veya temsilcilikleri de geçici koruma sağlanan yabancılara çalıştırmak üzere bakanlığa başvurabilir. Ancak, bu halde söz konusu kuruluşa ilişkin İçişleri Bakanlığının uygun görüşü aranacaktır. Uygun görüş alınamayan kuruluşlara ait başvurular değerlendirme yapılmaksızın işleminden kaldırılacaktır (m. 11/f. 2).

³⁶ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 211; Baki Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, **TİSK Akdemi**, C. 11, S. 22, 2016/12, s. 394.

Yönetmelikteki işyeri istihdam kotasının bir istisnası da Türkiye İş Kurumu’nun düzenlediği kurs ve programlardır. Bu faaliyetler kapsamında bir işyerinde mesleki eğitim ve işbaşı eğitimi görecekle ile bu kişilerin eğitim süresinin sonunda aynı işyerinde çalıştırılması için Türkiye İş Kurumu tarafından bakanlığa başvuruda bulunulabilir (m. 12/f. 1). Bu madde kapsamında yapılacak başvurularda, Bakanlıkça işyeri istihdam kotası farklı uygulanabilir (m. 12/f. 2). Geçici koruma sağlanan yabancıların ve işverenlerin çalışma ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri saklı tutulmuştur. (m. 13/f. 1). Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamında geçici koruması sonlandırılan veya iptal edilen yabancıların almış olduğu çalışma izinleri iptal edilir (m. 13/f. 3). Geçici korunanın kendisine kalma hakkı sağlanan ilde çalışmak için başvuruda bulunması gerekir. Daha önce başka bir işveren yanında çalışma izni bulunduğu veya böyle bir başvurunun sonuçlanmadığı ortaya çıkarsa, başvurusu reddedilecektir³⁷.

Son olarak ilave etmek gerekir ki, Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı sağlık mesleği mensuplarına ilişkin geçici 1. maddesinde Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’nın kurduğu geçici korunanlara hizmet veren barınma merkezleri ile göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmak isteyen Suriyeli sağlık meslek mensuplarının bazı şartlardan muaf olarak çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

1.2.4. YUKK Kapsamı Dışındaki Yabancılar

1.2.4.1. Genel Olarak Göçmen Kavramı ve Türk Hukukunda Göçmen Kavramı

1.2.4.1.1. BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Bağlı bulunduğu ülkeyi (dini, ekonomik, siyasi, vb.) çeşitli nedenlerle terk ederek başka ülkeye giden ve oraya yerleşmek amacı taşıyan kişiye “muhacir” veya

³⁷ Kaya, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, s. 69.

göçmen denir. Göçmenlikte göç edilen ülkede devamlı olarak yerleşme niyeti de bulunabileceği gibi kısa süreli çalışma da amaçlanabilir³⁸.

BM Genel Kurulu'nda 18.12.1990'da onaylanan ve 01.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 13.01.1999 tarihinde imzalanmış, 06.04.2001 tarihli 4662 sayılı onay (RG 09.05.2001/24597) kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulu'nun 2004/7502 sayılı 18.06.2004 tarihli kararıyla onaylanmıştır³⁹.

Sözleşmenin 2. maddesinde göçmen işçi ve çeşitli alt kategorileri şöyle tanımlanmaktadır:

- “Göçmen İşçi”, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devlette ücret ödenen bir faaliyette çalıştırılacak, çalıştırılmakta olan veya çalıştırılmış olan bir kişiyi,
- “Sınır İşçisi”, komşu bir devlette mutad ikametgâhını muhafaza eden ve normal olarak her gün veya en az haftada bir kez normal ikametgâhına dönen bir göçmen işçiyi,
- “Mevsimlik İşçi”, niteliği gereği mevsimsel şartlara bağımlı olan ve sadece yılın bir kısmında yapılabilen işi yapan bir göçmen işçiyi,
- “Gemi Adamı”, balıkçılar da dâhil, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devlete kayıtlı bir gemide istihdam edilen bir göçmen işçiyi,
- “Sahil Açığındaki Tesiste Çalışan İşçi”, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devletin egemenlik alanı içinde yer alan bir sahil açığındaki tesiste istihdam edilen bir göçmen işçiyi,

³⁸ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 28; Kırıl, **a.g.e.**, s. 15; Orhan Ersun Civan/Arzu Gökalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, **Çalışma Ve Toplum**, 2011/1, s. 236; Kıvanç Demirci, “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ve Türkiye'nin Mevzuat Bakımından Sözleşmeye Uyumu”, **Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergi**, C. 2, S. 2, Temmuz 2019, s. 7 vd.

³⁹ RG 08.07.2004/25516; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040708.htm>. Türk mevzuatında o dönemde yabancıların taşınmaz mal edinmesine ilişkin sınırlamaların saklı kalması gerektiği belirtilerek 15. maddeye, 40. maddeye, 45. ve 46. maddeye, 72, 76 ve 77. maddelere çekince konulmuştur. Uyuma ilişkin BM raporları hakkında ayrıca bkz. Demirci, “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ve Türkiye'nin Mevzuat Bakımından Sözleşmeye Uyumu”, s. 11-12.

- “Gezici İşçi”, bir devlette mutad ikametgâhı olan, fakat yaptığı işin niteliği dolayısıyla, kısa süreler için, başka bir devlete veya devletlere seyahat etmek mecburiyetinde olan bir göçmen işçiyi,

- “Projeye Bağlı İşçi”, istihdam edileceği devlete belirli bir süre için ve sadece işvereni tarafından bu devlette gerçekleştirilmekte olan bir projede çalışmak üzere kabul edilen bir göçmen işçiyi,

- “Belirli Bir İş İçin İstihdam Edilen İşçi”,

1- İşvereni tarafından, kısıtlı ve belirlenmiş bir süre ile belirli bir görevi yerine getirmek için, istihdam edileceği bir devlete gönderilen göçmen bir işçiyi veya

2- Profesyonel, ticarî, teknik veya diğer yüksek düzeyde özel yetenek gerektiren bir işte kısıtlı ve belirli bir zaman için görevli göçmen bir işçiyi veya

3- İstihdam devletindeki işverenin isteği üzerine kısıtlı ve belirli bir süre için geçici veya kısa süreli bir işte çalışan göçmen bir işçiyi, ifade eder.

Oturma müsaadesinin bitim tarihinde veya şayet bu özel görevi veya işi daha fazla yürütmüyor ise daha erken bir tarihte göçmen işçinin istihdam devletinden ayrılması talep edilir.

Sözleşmenin 3. maddesinde, bu sözleşme anlamında “göçmen işçi” kavramı içinde değerlendirilmeyecek olan kimseler belirtilmiştir. Buna göre sözleşme:

- Kabulleri ve statüleri genel uluslararası hukuk veya uluslararası özel anlaşmalar veya sözleşmeler ile düzenlenen uluslararası kuruluşlar ve temsilcilikler tarafından gönderilen veya istihdam edilen kişiler veya resmî görevleri ifa etmek üzere bir devlet tarafından ve ülke dışına gönderilen veya istihdam edilen kişilere,

- Bir devlet tarafından veya onun adına kalkınma programlarına ve diğer işbirliği programlarına katılmak üzere, ülke dışına gönderilen veya ülke dışında istihdam edilen, kabulü ve statüsü istihdam eden devlet ile akdedilmiş anlaşma ile düzenlenen ve bu anlaşma uyarınca göçmen işçi sayılmayan kişilere,

- Kendi devletinden başka bir devlette yatırımcı olarak ikametgâh edinen kişilere,

- İlgili taraf devletin ulusal mevzuatında veya o taraf devleti bağlayan uluslararası anlaşmalarda öngörülmemişse, mülteciler ve vatansızlara,

- Öğrenciler ve stajyerlere,

- İstihdam sağlayan devlette ikamet etmelerine ve kazanç getirici bir faaliyette bulunmalarına müsaade edilmeyen gemi adamları ve sahil açığında kurulmuş bir tesiste çalışan işçilere,

Uygulanmayacaktır. Ancak belirtilmelidir ki sözleşmedeki göçmen işçi tanımına ve istisnalarına rağmen, “mülteci”, “sığınmacı”, “göçmen” ve “göçmen işçi” statüleri hem kavram olarak hem de pratikte birbirinden çok uzak değildir ve ayrımı güç olabilmektedir⁴⁰.

Sözleşme kapsamına aldığı herkese, ayırım gözetilmeksizin uygulanacaktır (m 1/f.1). “Aile fertleri” kavramıyla, göçmen işçilerle evli veya evlilikle eşdeğer sonuçları olan bir ilişki içinde bulunan kişiler, çocukları ile yürürlükteki yasal düzenlemelerle ikili veya çok taraflı anlaşmalar uyarınca aile ferdi sayılan diğer bağımlı kişiler ifade edilmektedir (m. 4).

Sözleşme bulunduğu ülkeye yasal yollardan giren göçmen işçileri olduğu kadar bu durumda olmayanları kapsamına almakta⁴¹ ancak bu iki grup arasında yine de bir ayırım yapmakta ve 5. maddede “düzenli” ve “düzensiz” durumdaki işçi olarak ayırdetmektedir⁴².

Bununla birlikte sözleşme düzensiz durumdaki göçmen işçinin de istihdam devletine yasal yoldan girmiş ve çalışan işçi ile aynı haklardan yararlanacağını ve

⁴⁰ Esen Akıntürk, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, **DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 9 S. 2, Yıl 2007, s. 3.

⁴¹ Civan/Gökalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, s. 238 vd.

⁴² Bu hususta ayrıca bkz. Akıntürk, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, s. 14. Doktrinde, yabancı kaçak işçi, bulunduğu ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olmadan mevcut yasal düzenlemelere uygun çalışma ve ikamet izni bulunmayan birey olarak tanımlanmaktadır. Bu kavrama uyanlar beş grupta sınıflandırılabilir:

a) Girişi yasal, çalışması yasal olmayanlar: Yasal yollardan girip vize süresini aştığı için kaçak duruma düşen ve çalışmaya başlayanlar, örneğin turist vizesiyle girip aslında çalışma amacıyla giriş yapanlar.

b) Hem girişi hem de Türkiye’de bulunması yasal olmayanlar: Vizesiz ve kaçak giriş yapan, herhangi bir yerde kaydı olmayan yabancılar.

c) Yasal yollardan giriş yapmış ve vatandaşlık için müracaat etmiş olup cevap bekleyen ve ikamet tezkeresi ile oturanlar: Müracaat sonucunu beklerken kaçak işçi olarak çalışanlar.

d) Başka bir ülkeye sığınmak amacıyla ülkeye vize ile giriş yapanlar: Türkiye’yi transit geçiş ülkesi olarak kullanırken çalışanlar.

e) Mülteci olarak yaşayan ve çalışanlar, bkz. Kırıl, **a.g.e.**, s. 103-104 vd.

istihdam devletindeki işverenlerin bu düzensizlikten istifade edemeyeceklerini açıkça öngörmektedir. 25. madde şöyledir:

“1. Göçmen işçiler ücretler ve aşağıda belirtilen diğer konularda İstihdam Devletinin vatandaşlarına uygulanan muamelelerden daha olumsuzuna maruz kalmayacaklardır.

“a) Fazla mesai, çalışma saatleri, hafta sonu tatili, ücretli tatil, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile bu terimin kapsamı içine giren ulusal yasa ve uygulamalarda yer alan diğer çalışma şartları.

“b) Asgarî istihdam yaşı, evde çalışmanın kısıtlanması gibi istihdam konuları ile, ulusal yasaların ve uygulamaların kapsamı içerisine giren diğer istihdam konuları.

“2. Özel istihdam sözleşmeleriyle bu maddenin 1. paragrafında yer alan eşitlik ilkesinden feragat edilmesi yasalara aykırı olacaktır.

“3. Taraf devletler, göçmen işçilerin, çalıştıkları ülkede ikametleri ve istihdamları konusunda herhangi bir düzensizlik nedeniyle, bu ilke uyarınca kazandıkları haklardan mahrum kalmamalarını teminen tüm uygun önlemleri alacaklardır. Özellikle, işverenler yasal ve sözleşmeye dayanan yükümlülüklerinden kurtulamayacaklar ve böyle bir düzensizlik nedeniyle sorumlulukları hiçbir şekilde sınırlanamayacaktır”. Belirtmek gerekir ki “kaçak yabancı işçi” olgusu, çağımızda bir yandan bulunduğu ülkede ekonomiye katkı sağlayan, katma değer üreten, diğer yandan fiilen yok sayılan bir unsur olarak köleliğin modern boyutu olarak algılandığından⁴³ bu olguya sebep olan ya da fayda sağlayan yerli işverenin bu olguyu kaçak çalıştırdığı yabancı işçiye karşı yasal veya sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulmak için kullanamamasında, taraflar arasında kurulan iş ilişkisinin geçerliliği gibi konularda söz konusu sözleşme hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Öte

⁴³ “(...) Kaçak işçi aynı zamanda üreten, hasılaya sebep olan fakat hukuki varlık bakımından varlığı tescil edilememiş, görülmeyen işçi niteliğindedir. Bunun doğal sonucu olarak da bireyin o ülkedeki insanca yaşamayı sağlayabilecek asgari haklardan dahi yoksun kalmalarına sebep olmaktadır. Bu durumun adeta geçmişte gerçekleştirilen kölelik olgusunun çağımızdaki modern boyutunu yansıttığı da söylenebilir.” Gençler, “Yabancı Kaçak İşçilik Gerçeği ve Türkiye Örneği”, s. 33. Yazar ayrıca yabancı kaçak işçinin “yerli işçinin işini çaldığı” iddiasının dayanaksız olduğunu, yabancı kaçak işçinin genellikle o ülke vatandaşlarının alçaltıcı gördüğü veya rağbet etmediği son derece düşük ücretli işleri yaptıklarını, bu tip işçiliğin yerli işçinin pazarlık gücünü kırmak için işverenlerce sessizce teşvik edildiğini belirtmektedir (aynı makalede s. 39 vd.). Ayrıca bkz. Civan/Gökalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, s. 245; Kırıl, **a.g.e.**, s. 108 vd. Bu hususta diğer bir inceleme için ayrıca bkz. Lordoğlu, a.g.e., 25 vd.

yandan sözleşmenin 3. bölümünde tüm göçmen işçilere (kayıtlı olsun olmasın) uygulanacak kurallara yer verilmekte, ancak bunun göçmen işçi ve ailesinin istihdam devletinin mevzuatına uygun davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı ve düzenlemelerin göçmen işçilerle aile fertlerinden yasa dışı durumda olanların durumlarını yasal kılmış gibi yorumlanamayacağı vurgulanmaktadır (m. 34 ve 35). Sözleşme eşit muamele ilkesi öngörmekle birlikte işe girme hakkı sağlamamaktadır⁴⁴. Göçmen işçi veya aile ferdi, herhangi bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal sebebiyle hapis cezasına çarptırılmaz (m. 20/1). Göçmen işçi veya aile ferdi salt iş sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmediği gerekçesiyle, söz konusu yükümlülük ikamet veya çalışma izninin bir şartını oluşturmadığı sürece, bu izinlerden yoksun bırakılamaz ya da sınır dışı edilemez (m. 20/2).

Sözleşmenin “Kayıtlı ve Kurallara Bağlı Durumda Bulunan Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Diğer Hakları” başlıklı 4. bölümünde düzenli (veya kayıtlı) durumdaki göçmen işçinin haklarının korunmasına yer verilmektedir. Göçmen işçinin çalışma izninin süresinin bitmesinden önce işsiz kalması halinde, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde, “düzensiz” durumda nitelenemeyeceği sözleşmede özellikle belirtilmektedir⁴⁵. Göçmen işçinin çalışacağı işi seçme özgürlüğü olduğu belirtilmekle birlikte istihdam devletinin bu özgürlüğü kendi çıkarları uyarınca sınırlayabileceği de (m. 52) kabul edilmektedir. Ancak göçmen işçinin süresiz ya da kendiliğinden yenilenen ikamet iznine sahip aile fertleri gelir getirici faaliyeti serbestçe seçebilir (m. 53).

Düzenli (kayıtlı) durumdaki göçmen işçiler, ikamet izinlerine, çalışma izinlerine ve sözleşmenin çalışma koşulları ve sosyal güvenlik haklarına ilişkin düzenlemelerini bertaraf etmeksizin, işsizlik parası ve işten çıkartılmaya karşı

⁴⁴ Akıntürk, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, s. 17.

⁴⁵ Sözleşmenin 49. maddesinde ikamet ve çalışma izinlerinin ayrı ayrı edinilmesi durumunda, en az çalışma izni süresi kadar ikamet izni verileceği, istihdam devletinde kazanç sağlayacağı işi kendisi seçme hakkına sahip göçmen işçilerin ise gelir getirici işlerinin çalışma izni (veya benzeri izinlerinin) süresinin bitiminden önce sona ermesi halinde aradaki sürede düzensiz kabul edilemeyecekleri ve oturma izinlerinin geri alınamayacağı, bu durumdaki göçmen işçilere yeni bir iş bulmalarına olanak tanıyacak zamana tanınması ve en azından işsizlik parası almaya hak kazanabilecekleri süreye tekabül eden bir süre boyunca oturma izinlerinin geri alınamayacağı öngörülmektedir. Ayrıca 51. madde de bu konuya değinmektedir: “İstihdam devletindeki ikamet izninin açıkça geçimi sağlamaya yönelik faaliyetin süresine bağlı olduğu durumlar hariç olmak kaydıyla, geçimi sağlamaya yönelik faaliyetin serbestçe seçilemediği istihdam devletindeki göçmen işçilerin durumu düzensiz olarak nitelendirilemez ve çalışma izinlerinin süresi dolmadan, geçimi sağlamaya yönelik faaliyetin bitmiş olması gerekçe gösterilerek ikamet izinleri geri alınamaz. Çalışma izninde belirlenen şartlar ve kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, bu tür göçmen işçiler, başka iş imkânları aramak, kamu projelerine katılmak ve çalışma izni süresinin geriye kalan süresinde mesleki eğitim görme haklarına sahip olacaklardır”.

korunma, işsizlikle mücadele için öngörülen kamusal çalışma programlarına katılma, gelir getirici faaliyetin sona ermesi durumunda, sözleşmenin 52. maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla, başka bir işe girme konularında istihdam devletinin kendi vatandaşlarıyla eşit muameleye tabidirler (m. 54/1). Çalışmalarına izin verilen göçmen işçiler, iznin gerektirdiği şartları yerine getirmeleri koşuluyla, söz konusu faaliyetle ilgili her konuda istihdam devletinin vatandaşlarıyla eşit muamele göreceklidir (m. 55).

Ayrıca sözleşmenin 68. maddesinin 2. fıkrasında istihdam devletine, kendi ülkesinde düzensiz işçi çalıştıran işverene yönelik cezalar da dahil düzensiz göçmen istihdamını önleyici tüm uygun tedbirleri alma, bu önlemleri alırken, düzensiz statüdeki işçinin işverene karşı çalışmasından doğan haklarına zarar vermeme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu şekilde bir yandan kaçak göçmen işçiliğinin önüne geçilmesi diğer yandan bunun birinci derecede kurbanı göçmen işçilerin bu işverenlere karşı haklarının gözetilmesi gereği vurgulanmaktadır. Bu hüküm, sözleşmenin 25. maddesi ile birlikte, Türkiye’de çalıştırılan yabancı işçilerin bireysel iş sözleşmelerinin geçerliliği ve diğer hukuki sorunlarda yorum yaparken dikkate alınması gereken, devlete (yargı organları da dâhil) bir yükümlülük getiren bir düzenlemedir.

1.2.4.1.2. Türk Mevzuatında Göçmen Kavramı ve “Türk Soylu Yabancı”

Türk mevzuatı ise daha farklı ve sınırlı bir göçmen tanımı ve bunun farklı biçimlerine yer vermektedir⁴⁶. 5543 sayılı İskân Kanunu m. 3/d bendine göre göçmen, Türk soyunda gelen, Türk kültürüne bağlı ve tek başına veya toplu halde Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelerek yasa uyarınca kabul edilen kişi olarak tanımlanmıştır. Kanundaki bu tanımın unsurları şunlardır:

1- Türk soyundan olmak

2- Türk kültürüne bağlı olmak

⁴⁶ Bu hususta bir değerlendirme için ayrıca bkz. Civan/Gökalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, s. 240. Yazarlar Türk hukukundaki “yabancı işçi” kavramının uluslararası hukuktaki “göçmen işçi” tanımına (vatandaş olmadığı ülkede çalışan kişi) denk düştüğünü belirtmektedirler.

3- Türkiye'ye yerleşmek amacıyla gelmek⁴⁷

Aynı kanunun 4. maddesi de kimlerin göçmen sayılamayacağını şu cümleyle ifade etmektedir: *“Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler.”* Başka bir deyişle Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olmayan bu kanun uyarınca zaten göçmen sayılamayacak iken, Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı kişi, bu durumuna rağmen sınır dışı edilen ve Türkiye'ye girişine güvenlik bakımından izin verilmeyen bir kimse ise yine göçmen sayılmayacaktır. Bu tanımlarda yer alan “Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olma” hususlarının nasıl tespit edileceğine ilişkin m. 7 düzenlemesi ise bu işlemi yürütme organının takdirine (Bakanlıkların görüşünün alınması, Dış İşleri Bakanlığının teklifi ve Cumhurbaşkanlığının kararı) bağlamaktadır. Başka bir ifade ile “Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı yabancı” kabul edilmek tamamen yürütme organının takdirine ve devletin hâlihazırdaki politikasına bağlıdır⁴⁸. Bu statü toplu veya bireysel olarak Türkiye'ye yerleşecek “Türk soylu” yabancılara aittir⁴⁹. Bu çerçevede yine göçmenlere kanunun 8. maddesi ile vatandaşlığa girme beyannamesi doldurarak “göçmen belgesi” alma zorunluluğu getirilmektedir.

Göçmenlik statüsünü, özünde tamamen siyasi bir kavram olduğu yasal düzenlemeden anlaşılan “Türk soylu” olmaya ve bunun tespitini de yürütme organına bağlayan bu kanunun düzenlenme şeklinin AY m. 10/f. 1 ile, AY m. 90 gereği iç hukuku bağlayan etnik, ırksal, dinsel ayrımcılık yasakları içeren insan hakları metinleriyle, göçmen işçilerle ilgili BM sözleşmesinde yer alan ilkelerle bağdaştığını söylemek güçtür.

Türk soylu yabancıların çalışma hakları, ilk bakışta, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'da düzenlenmiştir. Kanunun amacı Türk soylu yabancıların silahlı kuvvetler ve emniyet teşkilatı hariç kamu ya da özel kuruluş veya işyerlerinde ihtiyaç duyulan meslekleri

⁴⁷ Bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 28 vd. Söz konusu kanunun m. 3/e, f, g, ğ bentleri ise bu tanımın içinde 4 grup göçmen daha tanımlamaktır.

⁴⁸ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 95.

⁴⁹ Nazlı Töre, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, **TİSK Akademi**, Cilt 9 S. 18, 2014/II, s. 164.

serbestçe yerine getirebilmelerine olanak tanımak şeklinde ifade edilmektedir (m. 1). Ancak 10 maddeden oluşan bu kanuna göre Türk soylu yabancıların (m. 3), kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen işlerde çalışabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla çalıştırılabilmeleri, mülga 4817 sayılı Kanun uyarınca (yani artık UİK m. 26/f. 1 gereği 6735 sayılı UİK'e göre) İçişleri ile Dışişleri Bakanlıkları ve ilgili diğer Bakanlık ve kuruluşların görüşleri alındıktan sonra ÇSGB tarafından çalışma izni verilmesine bağlıdır. Yani Türk soylu yabancı olmak (TVK m. 28 kapsamında doğumla Türk vatandaşı olan ancak izin alarak vatandaşlıktan çıkan Mavi Kart sahiplerinden farklı olarak) çalışma izni alma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁵⁰. UİK m. 16/f. 1-ç ise bu kişileri çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde istisna tanınacak yabancılar arasında saymıştır. 2527 sayılı Kanunun 4. maddesine göre çalıştırılmasına izin verilenler (şayet belirli bir meslek kuruluşuna tabi olarak icra edilecek bir meslek söz konusu ise), Türk vatandaşları gibi mevzuat uyarınca bağlı olunan meslek kuruluşlarına kayıtlarını yaptırmak zorundadırlar. Bu kişiler, kaydoldukları meslek kuruluşlarının genel kurullarına katılma hakkı dışındaki bütün haklardan yararlanabilirler (m. 4). Kanun kapsamındakiler hangi kamu, özel kuruluş veya işyerinde çalışmakta iseler orada iş ve çalışma koşullarına ilişkin geçerli mevzuat hükümlerine tabidir (m. 5). Çalışma iznini verecek olan makam ÇSGB olsa da kanunun 6. maddesi gereği çalışmalarına izin verilenlere ait kayıtlarla dosyaların Dışişleri ve İçişleri Bakanlığı ile ilgili Bakanlıklar tarafından tutulacağı öngörülmektedir. 7. maddeye göre ise kanun kapsamında izin alanlar, siyasi haklardan yararlanamamalarına karşın ikamet ve çalışma koşullarına ilişkin mevzuatta öngörülen Türk vatandaşı olma koşulu içeren sınırlamalardan muaf tutulurlar.

Yani Türk soylu yabancılardan çalışma izni alabilenler, iznin geçerlilik süresinde, sadece Türk vatandaşlarınca yapılabilecek bazı işlerde çalıştırılabilirler. Bunlar 6735 sayılı UİK m. 16/f. 1-ç uyarınca istisnai çalışma izni alarak çalışabilirler. Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliğin⁵¹ 3. maddesine göre, mevzuatta Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen işlerde Türk soylu yabancıların

⁵⁰ Kırıl, **a.g.e.**, s. 97.

⁵¹ RG 14.01.1983/17928.

alışmasına izin verilebilmesi için Türk soylu yabancının özel kanunlarda belirtilen nitelikleri taşımak koşuluyla

1- İçişleri Bakanlığından ikamet izni almış olması,

2- Yetkili Türk makamlarından alacağı belgelerle belirli meslek ve sanatlar için, özel yasalarında aranan nitelikleri taşıdığını ispatlamış olması,

3- Yabancı okul veya fakültelerden verilmiş diplomalarının denkliğini Milli Eğitim Bakanlığına onaylatmış bulunması,

4- Söz konusu mesleği yapmasında güvenlik yönünden bir sakınca bulunmaması ve durumunun Bakanlar Kurulunca (Cumhurbaşkanlığınca) ngrlen esaslara uygun olması,

5- Yabancılara zel kütüklerde kayıtlarını yaptırdığını belgelendirmesi,

6- Meslek kuruluşlarına kayıt zorunluluğu olan hallerde üyeliğini belgelendirmesi,

7- Yabancı ülkelerce verilen ustalık, kalfalık ve benzeri belgelerinin ıraklık Kurulunun görüşü ile Milli Eğitim Bakanlığınca denkliğine karar verilmiş olması,

Gerekir. Yönetmeliğin izin başvuru prosedürüne ilişkin 4. maddesine göre Türk soylu yabancının kamu veya özel kurum, kuruluş ve işyerlerinde çalışmasına veya mesleğini serbestçe yapmasına izin verilebilmesi için, oturduğu yer mülki idare amirliğine dilekçe ile başvurulması ve bu dilekçeye üçüncü maddede gösterilen belgelerden gerekli olanları eklemesi gerekir. Dilekçede yapacağı iş açıkça belirtilmek zorundadır (m. 4/f. 1). İllerde Emniyet Müdürlükleri, İlçelerde Emniyet Amirlikleri veya Emniyet Komiserliklerince, varsa eksiklikler tamamlattırıldıktan sonra, emniyet noktasından da ilgilinin durumu incelenecek ve hazırlanan dosya valilik görüşünü belirten bir yazı ile İçişleri Bakanlığına gönderilecektir (m. 4/f. 2). Resmi kurum ve kuruluşlar çalıştırmak istedikleri meslek personeline izin verilmesine yönelik bağlı oldukları Bakanlık yoluyla talepte bulunabilirler. Bu takdirde dördüncü maddede belirtilen dosya, bu kurum veya kuruluşlarca hazırlanarak bağlı oldukları Bakanlık aracılığı ile İçişleri Bakanlığına gönderilir (m. 5).

Yönetmeliğin “izin verilmesi” ve “izin uzatılması”na ilişkin 6 ve 7. maddeleri bu hususta ağırlıklı olarak İçişleri Bakanlığını yetkilendirerek, ÇSGB’yi yetkili kılan 2527 sayılı yasa ile ve ayrıca aşağıda değinileceği üzere UİK’teki düzenlemelerin ihdas amacı (bu hizmetlerin tek bir kurum tarafından yapılması) ile kanımızca çelişmektedir. Bu yönetmelik hükmünü son kertede izin vermeye yetkili makamın ÇSGB olduğunu unutmadan değerlendirmek gerekir. İzin verilmesine ilişkin yönetmelik düzenlemesi (m. 6) esas karar merci İçişleri Bakanlığymış gibi kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm, her ne kadar kanunda ÇSGB izin vermeye yetkili kılınmışsa da, izin prosedürünün bir tür polisiye tedbir konusu gibi değerlendirildiğini ve esas yetkinin İçişleri Bakanlığında olduğunu göstermektedir.

İzin süresi ve uzatılmasına dair 7. madde ise, 6735 sayılı yasa hükümlerinden farklılıklar içermektedir. Bu düzenleme, UİK m. 10’dan farklı olarak, normalde yabancı işçinin çalışma süresi en fazla 1 yıl iken, Türk soylu yabancı işçinin çalışma süresini 2 yıla çıkabileceğini öngörmektedir. Benzerliği ise yönetmelik hükmünde de çalışma izninin belli bir işe bağlı olarak verilebilmesidir. Öte yandan UİK Uygulama Yönetmeliği’nde⁵² ise (m. 34/f. 5) Türk soylu yabancının çalışma izninin süresinin 5 yıla kadar verilebileceği öngörülmektedir. Kanun hükmüne aykırı ve birbiriyle çelişkili yönetmelik hükümlerinin nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunla ilgili olarak Türk soylu yabancının çalışma izni sürecinde istisna kapsamında olmalarına ilişkin UİK m. 16 doğrultusunda UİK m. 10’daki çalışma iznine ilişkin süre sınırlamasında istisna edilebilecekleri önerisi getirilmiştir⁵³.

8. madde, izin süresinin bitmesi ve usulüne uygun olarak yenilenmemesi halinde işverenlere Türk soylu yabancının işine son verme ve durumu emniyet yetkililerine bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu ve benzeri yükümlülüklerin niteliği ve izinsiz çalışmanın/çalıştırmanın iş sözleşmesine etkisi ilerideki bölümlerde tartışılacak olmakla beraber belirtilmelidir ki, tek başına çalışma izninin olmaması, yenilenmemesi veya iptalinin Türk vatandaşı olan işçiye göre yabancı işçiye mevzuatta öngörülen fesih usulleri ve buna bağlı haklarından mahrum ederek ayrı bir fesih usulü yaratması (üstelik bu hususun yönetmelikle yapılması) isabetli değildir. Çalışma izninin olmaması, işverene işçi çalıştırmama yükümlülüğü yüklemekle beraber, bu durumda

⁵² RG 31738/02.02.2022

⁵³ Dilara Karagül, **Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 122 vd.

bir ihbar öneli verilmesi ya da bu önele ilişkin menfaatin derhal karşılanması koşulunu öngören mevzuatla uyumlu bir feshin söz konusu edilmesi gerekir.

Yönetmelik uyarınca bir kurum veya kuruluşta çalıştırılabilmeleri için izin isteminde bulunanlar, mevzuatta o mesleğin yapılması için bir mesleki kuruluşa üye olma zorunluluğu bulunduğu hallerde, üye olduklarını kanıtlayan belgeleri verdikleri takdirde, kendilerine çalışma izni verilebilir (m. 9/f. 1). Mesleki kuruluşlar, kayıt için başvuranları, Türk vatandaşlarına uygulanan şartlarla üye kaydederler (f. 2). Bu kişiler o meslek kuruluşunun genel kurullarına katılamazlar, söz konusu kuruluşun organları bakımından da seçme ve seçilme hakları bulunmamaktadır. Ancak meslek kuruluşlarına girmiş olmanın üyelere sağladığı bütün haklar, tıpkı Türk vatandaşları gibi onlar açısından da geçerlidir. Bunlar diğer üyelerin tabi olduğu tüm yükümlülük ve şartlara aynen uymak zorundadırlar (f. 3). Mesleki kuruluşlardan çıkarılmış olmaları halinde, Türk vatandaşları için doğan sonuçlar bu Türk soylu yabancı üyeler için de aynen geçerlidir (f. 4). Yönetmelik hükümlerine göre kendilerine çalışma izni verilenler personel, iş ve sosyal güvenlik hukuku kapsamındaki haklarına ilişkin olarak aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle anılan hususlarda farklı işleme tabi tutulamayacaklardır (m. 10/f. 1).

Kendilerine çalışma izni verilen Türk soylu yabancılar, bu izin süresince, sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği öngörülmüş işleri yapabilirler. Doktorluk, hemşirelik, avukatlık, mühendislik gibi meslekleri serbestçe veya kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde yapabilmek veya memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler (m. 11/f. 1). Ancak Türk Silahlı Kuvvetlerinde veya Güvenlik Teşkilatlarında çalıştırılmazlar (m. 11/f. 2).

Çalıştırılabilmelerine izin verilen Türk soylu yabancıların, kamu ya da özel kurum, kuruluş ve işyerlerine alınabilmeleri, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, o göreve atanabileceklerde aranacak niteliklerin ilgilide bulunması ve atama için öngörülen usul ve formalitelerin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır (m. 12/f. 1). Türkiye’de ikametlerine izin verilmiş Türk soylu yabancılar, kanun kapsamındaki işlerde personel ihtiyacının karşılanması için açılan yeterlik sınavları ve yarışmalara, Türk vatandaşları gibi girme hakkına sahiptirler. Ancak atanmaları çalışma izni almış olmalarına bağlıdır (m. 12/f. 2). Yönetmeliğin 13. maddesi, Türk soylu yabancıların

özel kuruluşlarla işyerlerinde çalıştırılabilme koşullarının çalışma mevzuatına tabi olduğunu öngörmektedir. Buradaki çalıştırılabilme koşulları ifadesi ile, kanımızca, çalışma iznine ilişkin olarak zaten yönetmelikte özel olarak düzenlenmiş hükümlerde yer almayan ama Türk vatandaşlarına ilişkin olarak çalışma mevzuatında yer alan diğer hususlar (Türk vatandaşı işçilerin çalışabilmeleri açısından tabi oldukları çeşitli kamu hukuku düzenlemeleri) anlaşılmalıdır ve düzenleme yönetmeliğin 14. maddesinde serbest çalışma izni alan Türk soylu yabancıların Türk vatandaşlarının tabi olduğu yasal yükümlülükleri yerine getirmiş olmaları şartının bağlı çalışanlardaki karşılığı olarak değerlendirilmelidir. Yoksa çalıştırılabilme şartlarından kastedilen, “çalışma koşulları” değildir. Zira 2527 sayılı Kanunun 5 ve yönetmeliğin 10. maddesinden, çalışma koşulları açısından (ücret, çalışma saatleri vs.) tabi olunacak mevzuatın Türk mevzuatı olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetmelik kamu veya özel kurum ve kuruluşlarla işyerlerine yönetmelik uyarınca çalıştırdıkları yabancılar hakkında, dosya ve kayıt tutma yükümlülüğü getirmektedir (m. 16). Türk soylu yabancıların siyasi hakları yoktur. Siyasi partilere üye olamazlar, oy kullanamazlar. Bir siyasi partinin leh veya aleyhinde propaganda yapamazlar. Bu amaçla yapılan çalışmalarda görev alamazlar (m. 17). Ancak mevzuata uygun olarak çalışmakta oldukları resmi ya da özel kuruluş ve işyerleriyle ilgili sendikalara üye olabilirler (m. 18).

1.2.4.1.3. Vatandaşlığı Doğumla Kazanıp Türk Vatandaşlığından İzin Almak Suretiyle Çıkan Yabancılar

5901 sayılı Vatandaşlık Kanunu’nun 28. maddesi, yabancı ülkelerde yaşayan, orada çalışan ve yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçen veya geçme arzusunda olan Türk vatandaşlarının, vatandaşlığını arzuladıkları ülke hukukunun çifte vatandaşlığı kabul etmemesi nedeniyle Türk vatandaşlığından ayrılmaları gerekliliği karşısında Türk vatandaşlığından doğan – seçme hakkı gibi istisnalar hariç – haklarını kaybetmemeleri için özel bir düzenleme öngörmüştür⁵⁴. Vatandaşlıktan izin alarak çıkanlarla üçüncü dereceye kadar altsoyları, düzenlemeye göre, kamu düzeni ve milli güvenliğe ilişkin hususlar hariç, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanırlar (f. 1). Sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları korunacaktır (f. 2). Bu kişiler, asli ya da sürekli kamu hizmeti görevinde kadrolu olarak bulunamazlar, ancak

⁵⁴ Bu hususta ayrıca bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 30-31; Ekşi, **a.g.e.**, s. 274 vd.

kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak veya geçici ya da sözleşmeli personel olarak istihdam edilebilirler (f. 3).

Doktrinde bu gruptaki yabancılara, diğer ikili anlaşmalarla ayrıcalık tanınan yabancı ülke vatandaşları ve AB üyesi ülke vatandaşları ile birlikte, “imtiyazlı yabancılar” denilmektedir⁵⁵. 2527 sayılı kanun kapsamındaki Türk soylu yabancılar ve KKTC vatandaşları ile birlikte bu grup yabancılar, “Türk vatandaşları ile aynı veya benzer muameleye tabi yabancılar” başlığı altında da incelenmektedir⁵⁶. Bu kişiler, kural olarak çalışma iznine veya muafiyetine ihtiyaç duymaksızın çalışma hakkından aynen Türk vatandaşları gibi yararlanabileceklerdir⁵⁷. Ancak Türk soylu yabancılardan farklı olarak, çalışma izni almadan çalışabilmelerine rağmen devlet memuru (TVK m. 28/f. 3) olamazlar⁵⁸.

1.2.4.1.4. KKTC Vatandaşları

KKTC vatandaşları, UİK m. 16/f. 1-d hükmüne tabi istisnai çalışma izni kapsamındaki yabancılar arasında sayılmıştır. Bu çalışma izni ÇSGB tarafından verilecektir. Ancak iki ülke arasında anlaşmalar da mevcuttur.

09.03.1987 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Anlaşması’na⁵⁹ göre anlaşma, aksi kararlaştırılmamışsa, tarafların vatandaşlarına ve geçindirmekle yükümlü oldukları, ölümünde hak sahibi kimseler hakkında da uygulanır (m. 3). Anlaşmada aksi öngörülmemişse 3’üncü maddede belirtilen kimseler, tarafların mevzuatına göre, hak ve yükümlülük bakımından, eşit sayılırlar (m. 4). Aksine hüküm olmadığı sürece, çalışanların zorunlu sigortalılıkları, iş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri ile işverenin yükümlülükleri hakkında, işverenin ikametgâhı veya merkezî diğer taraf ülkesinde bulunsa dahi haklarında çalıştıkları ülkede yürürlükte bulunan mevzuat uygulanır (m. 5). Ancak iş merkezi taraf devletlerden birinin ülkesinde bulunan bir işverenin hizmetindeki kimse geçici olarak bir işin icrası için diğer tarafın ülkesine gönderildiği takdirde, bu taraf ülkesine vardığı tarihten başlayarak yirmi dört ay süreyle kendi

⁵⁵ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 92 vd.; Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 31.

⁵⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 277 vd.

⁵⁷ Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 395 vd.; Kırıl, **a.g.e.**, s. 33; Doğan, **a.g.e.**, s. 207; Ekşi, **a.g.e.**, s. 285.

⁵⁸ Bu hususta Türk soylu yabancılarla ilgili bir karşılaştırma ve mevzuatın eleştirisi için bkz. Berk Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, GSÜHFD, 2018/1 s. 469 vd.

⁵⁹ RG 29.04.1988/19799

ülkesinde çalışıyormuş gibi hakkında iş merkezinin bulunduğu taraf devletin mevzuatı uygulanır. Çalışma süresi yirmi dört ayı aştığı takdirde işçi işverenin veya işveren işçinin muvafakatini almak şartıyla, önceden istekte bulunur ve 5'inci madde hükmünü uygulamak durumunda olan diğer akit tarafın yetkili makamı buna muvafakat ederse, bu kimse hakkında iş merkezinin bulunduğu akit taraf mevzuatının uygulanmasına devam edilir (m.6/f.1). Merkezi taraf devletlerden birinin ülkesinde bulunan bir nakliyat işçisi bir işin icrası için geçici olarak diğer taraf ülkesine gönderildiği takdirde, bu işçi hakkında işyeri merkezinin bulunduğu ülkede çalışıyormuş gibi o taraf devletin mevzuatı uygulanır (f. 2). Merkezi, taraf devletlerden birinin ülkesinde bulunan hava nakliye işinde çalışan bir işçi bir işin icrası için geçici olarak diğer taraf ülkesine gönderildiği takdirde, bu işçi hakkında, işyeri merkezinin bulunduğu ülkede çalışıyormuş gibi, o tarafın mevzuatı uygulanır (f. 3). Taraf devletlerden birinin vatandaşı, kamu hizmeti görmek üzere kurumu tarafından, diğer taraf ülkesine gönderilirse, bu kimse hakkında vatandaşı bulunduğu devletin mevzuatı uygulanır. Taraflardan birinin vatandaşı, diğer taraf ülkesinde vatandaşı bulunduğu tarafın dairesinde veya kendi elçilik, temsilcilik veya konsolosluk mensuplarının şahsî hizmetlerinde çalıştırıldığı takdirde, bu kimse hakkında da aynı hüküm uygulanır (m.8/f. 1 ve 2). Tarafların yetkili makamları isterlerse m. 5'teki genel kurala başka istisnalar getirebilirler yahut 6 ve 7. maddelerdeki istisnaları uygulamayabilirler (m. 9).

19.07.1999 tarihinde imzalanan "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma" ile birlikte⁶⁰ Türkiye'de çalışan ve ikamet eden KKTC vatandaşlarının 2527 sayılı Kanun kapsamından çıkartılarak, özel bir statüye sahip olmaları için zorunlu yasal düzenlemelerin yapılması kararlaştırılmıştır. Bu gerçekleşene kadar izin alma işlemlerinde mevcut uygulamaya devam edileceği diğer yandan, ikamet ve çalışma izni sürelerinin azamî 5 yıl süreyle verileceği öngörülmüştür (m. 2). Bu dikkate alındığında, ileride ayrıca değinilecek olan UİK m. 10/f. 1 uyarınca verilecek çalışma izninin azami 1 yıllık süresi, KKTC vatandaşları için 5 yıl olarak uygulanabilecektir. 5 yılı dolduran KKTC vatandaşının ise çalışma iznini uzatma başvurusunda UİK m. 10/f. 2'deki 2 ve 3 yıllık azami süreler uygulanabileceği gibi uygulanmayabilecektir. Zira, bu kişiler, UİK m. 16/f. 1-d

⁶⁰ 03.11.1999 tarihli ve 4465 sayılı onama kanunu, RG 06.01.2000/23928.

uyarınca çalışma iznine ilişkin istisnalar kapsamında oldukları gibi, antlaşmanın 3. maddesinde Türkiye’de ikâmet eden ve çalışan KKTC vatandaşlarının ikamet ve çalışma izinlerinin verilmesi ve uzatılmasına ilişkin konularda, Türkiye Cumhuriyeti makamlarının takdir hakkının saklı olduğu belirtilmektedir. Bu şart baki kalmak kaydıyla bu kişilerin Türkiye’de ikâmet ve çalışma izinlerinin verilmesi ve uzatılması için KKTC makamlarından güvenlik ve soy durumu araştırılması istenilmesi uygulamasına son verilecektir. Kamu sektöründe görev alacak olan KKTC vatandaşlarıyla ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına uygulanan kurallar esas alınacaktır.

1.3. Yabancılar Hukukuna Hâkim Olan İlkeler

Anayasanın kanun önünde eşitliğe dair 10. maddesi herkesin ırk, dil, renk, politik düşünce, felsefi veya dini inanç, mezhep gibi sebepler ayrım yapılmaksızın yasa önünde eşitliğini vurgulamakta ve devlet organlarının ve idari makamların bu ilkeye uygun davranmakla yükümlü olduklarını belirtmektedir. Yine Anayasada “Temel Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan ikinci kısımda m. 12, temel hak ve hürriyetlerle ilgili olarak tüm bireylerin kişiliğine bağlı, devredilemez, vazgeçilemez ve dokunulamaz temel hak ve hürriyetlere iyeliği düzenlenmektedir. Yani Türk hukukunda - siyasal haklar bir yana bırakılacak olursa - vatandaş ile yabancı arasında eşitlik ilkesi vardır⁶¹.

Anayasanın 16. maddesi, yabancılar açısından bir ayrım yaparak şu kuralı getirmektedir: “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” Bu yabancı ile vatandaş arasındaki eşitlik kuralının da istisnalarından biridir⁶². Ancak sınırlama istisnaidir ve dar yorumlanması gerekir⁶³. Yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka aykırı şekilde ve kanuni dayanağı olmadan sınırlandırılmaz⁶⁴.

⁶¹, Bilgin Tiryakioğlu, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, **AÜHFD**, C. 46, Yıl 1997, S. 1, s. 67.

⁶² Cengiz İstar, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti” (Yabancıların İş sözleşmesi Ehliyeti), **Çalışma Ve Toplum**, 2008/4, s. 191.

⁶³ Tiryakioğlu, a.g.e., s. 68.

⁶⁴ Kanunla sınırlamadan dar anlamda yasama organının kanun şeklindeki bir tasarrufunun mu (bkz. Ekşi, **a.g.e.**, s. 71) yoksa geniş anlamda hukukun mu kastedildiği, idareye (örneğin UİK m. 4’te uluslararası iş gücü politikasının belirlenmesi ve başvuru değerlendirme kriterleri yoluyla) bu konuda kısıtlayıcı tasarruf yetkisi verilmesinin anayasaya uygun olup olmadığı tartışmasına bu çalışmada ayrıntılı olarak girilmeyecektir. Bu tartışma için bkz. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 431 vd.

İşte bu noktada, “milletlerarası hukukun Türk hukuk sisteminde yabancılara tanınacak haklara etki eden esasları/ilkeleri nelerdir?” sorusunun cevaplanabilmesi için, bu çalışmanın konusunun sınırları da gözetilerek, yabancılar hukukuna hâkim olan bu esasların belli başlılarına kısaca değinmek gerekir. Devlet, bazı hakları herkese tanıyabilir, bazı hakları sadece vatandaşlarına yahut belli kategorideki kimselere tanıyabilir ve yabancılarla başka statüdekiler açısından farklı bir durum öngörebilir⁶⁵. Bu esaslar milletlerarası antlaşmalardan veya milletlerarası teamülden, uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerinden veya mahkeme kararlarından kaynaklanabilir⁶⁶.

1.3.1. Ülkesel Egemenlik İlkesi

Her devlet yabancılar konusunda egemenlik haklarına dayalı olarak düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Bu ilke milletlerarası teamüllerin bir sonucudur. Bu özellikle yabancının ülkeye girişi, ikameti ve seyahati konularını kapsar. Devletin bu yetkisi ancak uluslararası antlaşmalarla sınırlanabilir. Devletin yabancıyı ülkesine kayıtsız şartsız kabul zorunluluğu bulunmadığı gibi ikametne de izin verme zorunluluğu yoktur⁶⁷. Örnek vermek gerekirse ülke güvenliğini veya kamu düzenini tehdit ettiği düşünülen yabancıları sınırışı etme de buna bağlı bir idari yaptırımdır⁶⁸.

1.3.2. Yabancı ve Vatandaşın Eşitliği İlkesi (Tebaayı Temsil)

Bu ilke, kısaca, yabancıya da vatandaşa uygulanan aynı kuralların uygulanacağını, yabancının vatandaşla aynı haklardan benzer şartlarda yararlanmasını öngörmektedir⁶⁹. AY m. 12 ve m. 16, dolaylı olarak, kanunun bir kısıtlaması olmadığı sürece vatandaş ve yabancının eşit olduğu ilkesini içermektedir⁷⁰. Bir devletin yabancıya kendi vatandaşına uyguladığından daha kısıtlayıcı bir hukuki rejim uygulaması, o devletin sorumluluğunu doğuracaktır⁷¹. Elbette bu durumda yabancı ülke vatandaşı kendi ülkesine göre daha kısıtlayıcı (yahut görece daha geri) bir hukuk rejimi uygulanan bir ülkede o ülke vatandaşı ile eşit muamele görürse, bu sonucun ilkenin amacına tamamen aykırı bir sonuç doğurarak o yabancının zararına sebep olacağı, bu sebeple kendi ülkelerinin hukuki rejimine tabi olmaları gerektiği ileri

⁶⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 162.

⁶⁶ Göger, **a.g.e.**, s. 21 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 164.

⁶⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 18; Doğan, **a.g.e.**, s. 33; Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 80-81.

⁶⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 107.

⁶⁹ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 49.

⁷⁰ Doğan, **a.g.e.**, s. 34 vd.; Göger, **a.g.e.**, s. 16 vd.

⁷¹ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 49-50; Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 38.

sürülebilir. Özellikle 19 ve 20. yüzyılın az gelişmiş ve sömürge ülkelerinde gelişmiş ülke vatandaşlarına ayrıcalıklı konum tanınması ile Osmanlı İmparatorluğu zamanında örneği görülen kapitülasyonlar, bu eleştirel görüşe dayanmaktadır⁷². İşte eşitlik ilkesine yönelik bu eleştiriler, aşağıda belirtilen milletlerarası standart ilkesini doğurmuştur.

Vurgulamak gerekir ki, uluslararası hukukun ilkeleri yabancı ile vatandaş arasında *tam* bir eşitliği ve ayrım yapmamayı zorunlu kılan bir kural içermemektedir. Zira yabancı ve vatandaş farklı hukuki statülerdir. Bunun sonucu olarak yabancıların hakları aleyhine getirilen her kısıtlama, ayrımcılık teşkil etmez⁷³.

1.3.3. Adaletin Milletlerarası Standardı (veya Milletlerarası Asgari Standart) İlkesi ve İnsan Hakları Standartları İlkesi

Bu ilke eşitlik ilkesinin yetersizliği sebebiyle, yabancıya belirli asgari haklar tanınması gerekliliğine dayanır. Bu asgari haklar devletin vatandaşına tanıdığından daha geniş kapsamlı da olabilir. Ancak temel insan haklarının altına düşemez⁷⁴. Zira yabancının statüsü milletlerarası hukukun ilkelerine bağlıdır. Eşitlik ilkesine göre bir devletin yabancıya kendi vatandaşıyla eşit haklar tanımaması o devletin sorumluluğuna sebep olurken, yani sorumluluğun kaynağı kendi iç hukuku olurken iken burada devletin sorumluluğu ancak milletlerarası hukuk tarafından tayin edilmektedir. Devlet kendi iç hukukuna dayanarak milletlerarası hukuktan doğan sorumluluğunu bertaraf edemez⁷⁵.

Bugün yabancılar hukukunun gerek anayasa, kanun, yönetmelik, mahkeme kararları gibi iç kaynaklarıyla, gerek milletlerarası sözleşmeler (İHAS, ILO Sözleşmeleri vb.), teamül ve uygar uluslarca benimsenen genel hukuk ilkeleri, milletlerarası mahkeme kararları şeklinde özetlenebilecek dış kaynaklarıyla, bu asgari standart ilkesi arasında bağlantı vardır⁷⁶. Asgari standart ilkesi, çalışma hakkını da kapsamaktadır⁷⁷.

⁷² Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 38-39; Tekinalp, **a.g.e.** s. 19.

⁷³ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 80.

⁷⁴ Tekinalp, **a.g.e.** s. 19; Doğan, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Ökçün, **a.g.e.**, s. 6.

⁷⁵ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 39-40.

⁷⁶ Bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Tekinalp, **a.g.e.** s. 19-20.

⁷⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 37.

İki ilke de (eşitlik ve adaletin milletlerarası standardı) eleştiriye açıktır. Adaletin milletlerarası standardı ilkesi kapitülasyonlar örneğinde olduğu gibi ekonomik açıdan güçsüz ülkelerde yabancının vatandaştan daha ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasına yol açabileceği için eleştirilmektedir⁷⁸. Milletlerarası standardın yanı sıra “insan hakları standartları”na da yer verilmektedir⁷⁹.

Anayasanın 16. maddesi, eşitlik ilkesini esas kabul etmekle birlikte kamu düzeni kamu güvenliği ve sağlığı ile ekonomik nedenlerle vatandaşlara tanınan haklara getirilen sınırlamaların yabancılara da getirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak burada sınırlamaların sınırına dair bir güvence getirilmektedir ki bu güvence “milletlerarası hukukun esasları”dır. Bu esaslar, milletlerarası hukukun kaynakları, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası örf ve adet ile milletlerarası mahkeme kararları aracılığıyla tayin edilir⁸⁰.

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 2. maddesinde tüm bireylerin din, dil, renk, ırk, siyasi veya başka türlü görüş, sosyal veya ulusal köken, servet, doğum vb. esaslara dayalı ayrımcılığa tabi olmaksızın hak ve özgürlüklerden yararlanacağı öngörülürken bildirgenin 6. maddesinde her bireyin nerede bulunursa bulunsun hukuk öznesi olarak tanınması gerektiği belirtilmektedir. Bu da yabancının nerede olursa olsun temel haklara sahip olduğunu teyit etmektedir. Ayrımcılık yasağına ilişkin İHAS m. 14’te sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet, ulusal veya toplumsal köken, dil, din, politik ya da başka türlü görüşler, servet, doğum, ulusal bir azınlığa mensupluk gibi bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması gerekliliğine yer vermektedir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkeleri insan hakları hukukunun temel ilkeleri olsa da herkesin her durumda aynı işleme tabi olacağı anlamına gelmemektedir. Bu hususta yabancılara uygulanacak kısıtlamaların nesnel ve makul nedenlere dayanması, meşru olması ve bu meşru amaçla orantılı olması halinde eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerine aykırı olmayacağı belirtilmektedir⁸¹.

İHAS m. 14’te ayrımcılık yasağının kapsamı, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerdir. Buna ek olarak “Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması”na ilişkin 16. maddede “10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci

⁷⁸ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 50-51.

⁷⁹ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 51 vd.; Tekinalp, **a.g.e.** s. 19.

⁸⁰ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 76-77; Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 65.

⁸¹ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 53.

Taraflar'a yabancılara siyasal etkinliklerine kısıtlama getirmelerini yasakladığı anlamında değerlendirilemez” düzenlemesi yer almaktadır. Bu durumda ifade özgürlüğü, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü ile siyasal faaliyetler bakımından yabancılara farklı muamele yapılabilecek, ancak bunun dışındaki özgürlükler bakımından ayrımcılık yapılamayacaktır⁸². İHAS’a ek 4 nolu Protokol’de serbest dolaşım ile ilgili maddede (m. 2), bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan yabancılara seyahat özgürlüğüne ilişkin şu düzenleme getirilmiştir:

“1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir.

“2. Herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

“3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.

“4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.” Önemle belirtmek gerekir ki bu madde sadece o ülkede “usulüne uygun” olarak bulunan yabancılara korumaktadır⁸³. Aynı şekilde ek 7 nolu Protokol’de ise devletin kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gerekçesi ile yabancılara ikamet hakkını kaldırarak sınır dışı edebileceği belirtilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, İHAS ek Protokol no 12’de genel olarak ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin 1. madde ile sözleşmenin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilerek “hukuken tanınmış tüm haklardan yararlanma” konusunda ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmüştür⁸⁴.

1.3.4. Karşılıklılık (veya Karşılıklı Muamele, Mütekabiliyet) İlkesi

Karşılıklılık, devletler arasında her birinin kendi ülkesinde diğerinin vatandaşına aynı nitelikteki hakları tanımalarını, bir devletin başka bir devlet vatandaşına o devletin kendi ülkesinde vatandaşlarına tanıdığı haklardan daha fazlasını

⁸² Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 59 vd.

⁸³ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 63.

⁸⁴ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 61 vd.

tanımak zorunda olmaması ifade eder. Çalışma yaşamına ilişkin olarak UİK m. 12/f. 3, Deniz İş Kanunu m. 4, SSGSSK m. 4/f. 2-c, Avukatlık Kanunu m. 44/B gibi hükümlerde bu ilkeye vurgu yapılmıştır. Karşılıklı muamele anlaşmadan doğabileceği gibi fiili olabilir veya kanundan doğabilir. Bu durumda anlaşmaya dayalı bir karşılıklı muamele, taraflardan biri bu anlaşmanın bir hükmünü ihlal ettiğinde diğer tarafa da aynı hakları tanımaktan kaçınma imkânı verecektir⁸⁵.

1.3.5. En Ziyade Muameleye Mazhar Millet (En Çok Gözetilen Ulus) Kaydı

Tarihsel olarak tacirlerin yabancı memlekette rakipleriyle aynı haklara sahip olabilme isteğinden kaynaklanan ve genellikle sözleşmelere konulan kayıtlar, lehine bu hakkın tanındığı devlet vatandaşının, bulunduğu ülkede bir diğer üçüncü devlet lehine aynı alanda tanınmış haklardan yararlanma imkânı verir. Bu kayıt aslında o ülkedeki bütün yabancılara belirli haklardan (ikamet, yerleşme, çalışma, şirket kurma ve işletme, taşınır-taşınmaz mal edinme, vergi, harç ve resimler, miras, gümrük indirimleri vb.) yararlanmada eşit muamele esası getirir⁸⁶. Bu muameleden yararlanma karşılıklılık esasına da bağlanmış olabilir.

1.3.6. Mukabele-i Bilmisil (Karşı İşlem, Dengiyle Karşılama veya Misilleme) Esası

Misilleme, bir devletin yabancı bir devlet ülkesindeki kendi vatandaşları gerçek ve tüzel kişilerin çeşitli haklarını ihlal eden, adil olmayan fiillerine karşı aynı şekilde karşılık vererek gerekli kararları almasıdır. Misillemede orantılılık aranmaz⁸⁷.

Misilleme ilkesinin Türk hukukundaki bir örneği 1062 sayılı 28.05.1927 tarihli “Hudutları Dâhilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedbirleri İttihazı Hakkında Kanun”dur⁸⁸. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 96/f. 2’de de bu ilkenin bir görünümü halen yer almaktadır⁸⁹. 6735 sayılı UİK’te misilleme esasına yer

⁸⁵ Tekinalp, **a.g.e.** s. 20; Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 67; Göğer, **a.g.e.**, s. 25; Doğan, **a.g.e.** s. 38 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 86.

⁸⁶ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 68; Doğan, **a.g.e.** s. 41 vd.

⁸⁷ Tekinalp, **a.g.e.** s. 21.

⁸⁸ RG 15.06.1927/608.

⁸⁹ Bu uygulamanın bir yansıması için bkz. 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu’nun 31. Maddesi. Kanun maddesinde yabancı personel çalıştırılmasına belirli şartlarda izin verilirken, mukabele-i bilmisil esası korunmaktadır.

verilmemiştir⁹⁰. Karşı işlem yapma, aslında yabancılara hak tanınmasından çok bu hakların kısıtlanması veya kaldırılmasında kabul edilen bir ilkedir⁹¹.

1.3.7. Kazanılmış Hakların Korunması

Hukuk düzeninin tanığı olanaklar sayesinde kazanılmış haklar, hukuk kuralları zaman içinde değişse bile korunur. Kazanılmış haklara saygı, iç hukukun olduğu kadar milletlerarası hukukun da önemli bir ilkesidir ancak kanunla veya anlaşmalarla sınırlandırılması mümkündür⁹². İlkenin konusu yabancının bulunduğu ülkede veya dışında edinilmiş özel hukuk alanındaki müktesep haklardır. Ancak bu hakların kullanılmasının o devletin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hali ilkenin istisnasını teşkil eder ve kamu düzeni yahut kamu yararı ile milletlerarası hukuka uygun olarak o hak sınırlandırılabilir⁹³.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak yabancının bir hukuk öznesi olarak tanınması, onuruna saygı gösterilmesi, hak arama özgürlüğünün korunması da milletlerarası teamülün bir sonucudur. Ayrıca “*hukukun uygar uluslarca benimsenen genel ilkeleri*” ile (hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “özel hükmün genel hükme önceliği”, “kanunsuz suç ve cezanın olmaması” vb.), yargı kararları ve doktrin de yabancıların hakları açısından dikkate alınması gereken kaynaklardır⁹⁴.

Yabancıların hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlamanın AY m. 16 uyarınca kanunla öngörülebilme koşulu değerlendirilirken, kanun ifadesinin sadece yasama organının tasarrufu olarak (bu kural olmakla birlikte) algılanmaması, uygulamaya ilişkin ayrıntılarda kanundan doğan yetkiye dayalı olarak, bu yetki alanının nitelik, ölçü ve sınırlarının açıkça belirtilmesi koşuluyla yürütme organının ve idarenin tasarruflarının da bu ifade içinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Ancak kanunun açıkça öngördüğü yetki haricinde uygulama esaslarını belirleme adı altında

⁹⁰ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 70 vd.

⁹¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 44. “Misilleme” ve “zararla karşılık” ayrımı için bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 84-85.

⁹² Bu konuyla ilgili Lozan Antlaşması ve 815 sayılı Kanun (kısaca belirtmek gerekirse “Kabotaj Kanunu”), mülga 2007 sayılı Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Meslek ve Sanatlar Hakkında Kanun ve Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’la ilgili yabancıların bu kanunlar öncesinde çalışma hakkına ilişkin kazanımlarının korunmasına dair örnekler için bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 73 vd.

⁹³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 22; Doğan, **a.g.e.**, s. 42.

⁹⁴ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 81.

kararname, yönetmelik, genelge vb. adlar altında yürütmenin veya idarenin tasarrufuyla hakların özüne dair sınırlama getirilmesi ise hukuka aykırıdır⁹⁵.

1.4. Çalışma Hakkı

Çalışma hakkına ilişkin uluslararası metinler arasında öncelikle 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gelmektedir. Çalışma hakkının tanımını içeren 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (m. 23) herkesin çalışmaya, işini serbestçe belirlemeye, elverişli koşullarda çalışmaya ve işsizliğe karşı korunmaya hakkı olduğu, ayrımcılık yapılmaksızın eşit işe eşit ücret hakkının, ailesiyle birlikte insan onuruna yaraşır ve gerekli ise her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenen bir yaşam sürmesini sağlayacak adil ve elverişli ücret hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca sendikal haklara da yine çalışma hakkı kapsamında yer verilmiştir. Ayrıca bildirgenin 22 ve 24. maddelerinde sosyal güvenlik hakkına ve dinlenme hakkına da çalışma hakkı bağlamında yer verilmektedir.

Doktrinde çalışma özgürlüğü, bir kimsenin iş yapmak, bir teşebbüste bulunmak, dilediği sanatı veya mesleği icra etmek, iş sözleşmesi yapmak hususunda sahip olduğu özgürlük olarak tanımlanmaktadır⁹⁶. Çalışma hakkı, bireyin yaşamasını temin edecek olanakları sağlamasının bir aracı olarak kendini gösterir. Çalışma etkinliği başkalarıyla ortak olarak insanın kişiliğini geliştirmesine ve topluma hizmet

⁹⁵ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 82-83. Ayrıca bkz. Ökçün, **a.g.e.**, s. 51. Yazar (o dönemdeki) Bakanlar Kurulu tarafından getirilecek sınırlamaların anayasaya aykırılığını savunan görüşe katılmaktadır. Karş. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 432-433.

⁹⁶ “Çalışma hürriyeti bir üst kavramdır. Bu üst kavramın içerisinde

- Özel teşebbüs kurma serbestisi

- Çalışma hakkı ve ödevi

- Çalışma koşulları ve sosyal güvenlik yer almaktadır. (...) Yabancıların yukarıda sıralanan haklardan faydalanışı yeknesak bir nitelik taşımamaktadır”, bkz. Göğer, **Yabancılar Hukuku**, s. 75 vd. (yazar, diğer yandan özel teşebbüs serbestisinin her ülkenin hukuk siteminde yer almadığını vurgulamaktadır, s. 76). Ayrıca bkz. A. Can Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, **LİSGHD**, Yıl 2017, Sayı 53, s. 79; Töre, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, s. 155; Kırıl, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları**, s. 29; Ökçün, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti**, s. 9; Doğan, **Türk Yabancılar Hukuku**, s. 195. Başka bir tanıma göre çalışma hakkı kişinin kendisine insanlık onuruyla bağdaşır bir gelir elde edebilme hakkıdır, bkz. Cahit Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, **AÜSBFD**, C. 46, Yıl 1991, S. 1, s. 409. “Sosyal hakların ilki, çalışma hakkı ve özgürlüğüdür; ikincisi, sosyal güvenlik hakkıdır. Bunlar doğrudan doğruya kişinin yaşamını sürdürebilmesi için vazgeçilmez haklardır. Toplu sosyal haklar (sendika özgürlüğü, grev hakkı gibi) ise, çalışma ve sosyal güvenlik haklarının ‘aracı’ hakları ya da güvenceleridir”, bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II**, Petrol-İş Yayını, Ekim 2010, s. 44. Ayrıca bkz. Pir Ali Kaya/Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, Yıl 2016, S. 70, s. 61 vd.

etmesine de katkı sağlar⁹⁷. 1982 Anayasasının 18. maddesindeki zorla çalıştırma (angarya⁹⁸) yasağı ile birlikte 48 vd. maddelerinde düzenlenen çalışma hakkı, temel haklar arasındadır⁹⁹. AY m. 48 ve 49 düzenlemelerinde vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmadan çalışmanın *herkesin* hakkı olduğu, devletin işsizliği önlemek ve herkesin bu haktan yararlanmasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlü olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁰.

Bu hükümlerle bir yandan çalışma bir hak olarak tanımlanırken devletin herkese iş bulmakla görevli olmadığı ifade edilmektedir. Diğer yandan (“ödev” sözcüğü ile) çalışmanın herkesin topluma karşı bir görevi olduğu, ahlaki nitelik taşıdığı da ifade edilmektedir. Ancak bu “ödev” angarya yasağı ile sınırlıdır ve zorunlu çalışma anlamına gelmez. Yani “ödev” ifadesi birey açısından çalışmaya emredici bir nitelik kazandırmaz, aksi halde çalışma (ve karşısı olarak çalışmama) hakkının bir hak olma niteliği, yani hak sahibinin bu hakkı isterse kullanabilme, istemezse çalışmama özgürlüğü ihlal edilmiş olur¹⁰¹. Anayasada düzenlenen hiç kimsenin yaşına ve cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmaması, bedensel ve ruhi yetersizliği olanların korunması (m. 50), dinlenme hakkı, sendikal örgütlenme (m. 51), toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı (m. 53 ve 54), adil bir ücret (m. 55), sosyal güvenlik hakkı (m. 60 ve 61) yine çalışma hakkının birer parçasıdır¹⁰². Ancak her ne kadar çalışma

⁹⁷ Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 137.

⁹⁸ Angarya, kişinin kendi rızası hilafına ve karşılıksız olarak zorla çalıştırılması demektir. Hükümlü ve tutuluların çalıştırılması, belli bir ücret karşılığı olmak zorunda olduğundan zorla çalıştırılmadır ancak angarya niteliğinde değildir. Bir işçinin normal haftalık veya günlük mesaisinin dışında ve zorunlu olarak ücret ödenmeden çalıştırılması ise angarya anlamına gelir ve yasaktır. Bkz. Bülent Tanör, Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 168.

⁹⁹ Hakkın, bir konudaki özgürlüğün pozitif hukuk düzeni tarafından tanınması ile ortaya çıktığına ilişkin doktrindeki ayrım ve tartışmalara bu çalışmada girilmeyecektir.

¹⁰⁰ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 77; Ekşi, **a.g.e.**, s. 229; Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 180; Kaboğlu’na göre (“Anayasada Sosyal Haklar”, s. 46) çalışma hakkı sadece bir iş sahibi olmakla sınırlanamaz, çalışmanın koşulları da (iş güvenliğini de ilgilendiren sağlık hakkı, çalışma saatlerinin sınırlanması, kadim, çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik haklar, adil bir ücretle aynı işte ücret eşitliği, anayasal dinlenme hakkı vb.) bu hakkın tamamlayıcısıdır. Ayrıca bkz. Hakan Keser, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik”, **Kamu-İş**, Yıl 2003, C. 7, S. 2, s. 6.

¹⁰¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını no:119, İstanbul, 2014, s. 141-145 ve s. 153; Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, s. 412; Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 80.

¹⁰² Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı”, s. 141. Ayrıca bkz. Kaya/Ertuğrul Yılmaz, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı, s. 76: “Öte yandan çalışma hakkının güvence altına alınabilmesi için bu hakkın uzantısı olan hakların da güvence altına alınması gerekir. Bunlardan birincisi, istihdam edilmeyi isteme hakkıdır. İstihdam edilmeyi isteme hakkı, çalışma hakkının önemli bir unsurudur. İstihdam edilmeyi isteme hakkı; herkesin çalışarak yaşamını sürdürebileceği bir gelire sahip olmasını kastedir. İşsizliğe karşı korunma, insanın haysiyet ve onurunu koruyarak yaşamayı, bu hakkın esasını oluşturur. İkincisi çalışma özgürlüğüdür. Çalışma özgürlüğü, bireyin herhangi bir ayrımcı muameleye

hakkına ilişkin olarak devletin olumlu edimde bulunma borcunun bulunduğu belirtilse de devletin bu görevi sınırlıdır¹⁰³. Bu sınır AY m. 65 ile, devletin sosyal ve ekonomik alandaki anayasal görevlerinin mali kaynaklar çerçevesinde amaçlarına uygun öncelikler dikkate alınarak yerine getirileceği belirtilerek çizilmektedir. Yani ilk olarak bu haklar kendi amaçları ile ve bu amaçlar doğrultusunda devlet tarafından belirlenecek önceliklerle sınırlıdır, ikinci sınır ise devletin mali kaynaklarıdır. Çalışma hakkı, devletin herkese mutlaka iş bulma yükümlülüğü bulunduğu şeklinde değil, daha çok iş bulmayı kolaylaştırma ve işsizlere yardım olanakları yaratma şeklinde kavranmaktadır¹⁰⁴.

AY m. 90/son düzenlemesi (“*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*”) temel haklara ilişkin uluslararası antlaşmaları da iç hukukun bir parçası haline getirmiştir.

En başta değinilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin yanı sıra, 21 Aralık 1965 tarihli BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’nin¹⁰⁵ 5. maddesi, çalışma hakkına değinmekte, çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli çalışma koşulları, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli ücret hakları, sendika kurmak ve sendikalara katılmak hakkı, mesken edinme hakkı, sağlık, tedavi, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı bakımından ırk, renk, ulusal ve etnik köken ayrımcılığını yasaklamaktadır.

veya zorlaştırıcı bir engele maruz kalmaksızın tam bir özgürlük içinde seçmiş olduğu bir işle hayatını idame ettirmesidir. Çalışma özgürlüğünde, irade özerkliği ile işe erişim hakkı bu hakkın merkezinde yer alır. İrade özerkliği sözleşme yapma özgürlüğünü, işe erişim hakkı ise eğitim, mesleğe yönelme ve iş bulma hizmetleri başta olmak üzere bir işi elde etme fırsatlarını kasteder. Üçüncüsü feshe karşı korunma hakkıdır. Çalışanın feshe karşı korunması bizatihi kendi çalışma hakkının korunmasıdır. Çalışanın feshe karşı korunmasından anlaşılması gereken makul, haklı veya geçerli bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin keyfi olarak sona erdirilmesinin engellenmesidir. Böylece çalışanın işini kaybetme, kendisinin ve ailesinin geçim kaynağı olan ücretinden yoksun kalma endişesinin ortadan kaldırılmasıdır. Dördüncüsü ise, sendikal hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkının korunmasıdır. Çalışma hakkının korunmasında örgütlenme hakkı ve bu hakkın parçası olan müzakere, sözleşme akdetme, grev ve lokavtın etkili bir rolü söz konusudur. Çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarının korunmasında ve çalışma koşullarının insan onurunu koruyacak şekilde yeniden düzenlenmesinde örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkan kolektif iradenin etkisi, çalışma ilişkilerini yeniden şekillendirmektedir. Özellikle bağutlanan toplu iş sözleşmeleriyle hem çalışanların refah düzeyi arttırılmakta, hem de çalışma koşulları daha fazla insanileştirilmektedir.”

¹⁰³ Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı”, s. 142; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁰⁴ Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı”, s. 153. Çalışma hakkının istihdam edilmeyi isteme hakkını da içerdğine dair bkz. Kaya/Ertuğrul Yılmaz, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, s. 65-66, s. 76.

¹⁰⁵ RG 09.04.2002/24721.

BM Genel Kurulu'nun 16.12.1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen ve 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe giren BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin¹⁰⁶ "Maddi Haklar" başlıklı 3. bölümünde yer alan 6. maddede, çalışma hakkının tanımını içermekte ve taraf devletlerin bu hakkın herkes için kabul ederek gerekli tedbirleri almaları gerekliliğini düzenlemektedir. Sözleşme, "Adil ve Uygun İşte Çalışma Şartları" başlıklı 7. maddede tüm çalışanlar için asgari bir gelir güvencesi, ayırım yasağı, eşit işe eşit ücret ilkesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları, dinlenme hakkı, çalışma saatlerinin sınırlandırılması, ücretli izin haklarının güvence altına alınmasını öngörmektedir. Ayrıca 8 ve 9. maddelerde çalışanların sendikal hakları ve sosyal güvenlik haklarına ilişkin taraf devletlere yükümlülükler getirilmektedir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin sözleşmeye ilişkin 24.11.2005 tarihli 18 nolu genel yorumunda¹⁰⁷, çalışma hakkının tüm diğer insan hakları için gerekli olduğu ve insan onurunun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu belirtilmektedir. Çalışma hakkı¹⁰⁸ aynı zamanda bireyin ve ailesinin varlığının korunmasını, kendini geliştirmesini, topluma katkı sağlamasını ve o toplumda kendine bir yer edinmesini sağlar (p. 1). 7. maddede çalışma hakkının bireysel boyutu, özellikle adil çalışma koşulları ve güvenli bir ortamda çalışma hakkı ele alınırken, 8. madde yine çalışma hakkıyla bağlantılı olarak bu hakkın kolektif boyutunu, sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını ele almaktadır. ESKHS m. 6'daki herkesin kendi seçtiği işte çalışarak geçinebilmesi şeklindeki çalışma hakkı tanımı geniş bir tanımlamadır ve tüketici bir tanım değildir (p. 2). Bu hak, işinden haksız bir biçimde yoksun bırakılmama hakkını da kapsar (p. 4). Çalışma hakkı hem bireysel hem de kolektif bir haktır. Hem bağımlı hem de bağımsız çalışmayı kapsamaktadır. Bu hakkın konusu olan "çalışma", onurlu bir işte çalışma ("*decent work*") anlamında, yani hem temel insan hakları anlamında hem de çalışma koşulları ve çalışmanın karşılığı anlamında "onurlu" olmak zorundadır. Bu karşılık işçinin ve ailesinin geçimini

¹⁰⁶ 04.06.2003 tarihli 4867 tarihli onay kanunu gereği 2003/5923 sayılı 10.07.2003 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır, RG 11.08.2003/25196.

¹⁰⁷ <https://www.refworld.org/docid/4415453b4.html>

¹⁰⁸ Bu sözleşmeye ve genel yorum kararına ilişkin olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Gülmez, "Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emeğin Evrimi: Ulusal ve Ulusüstü Hukuksal Boyutlar Üzerine Düşünceler", **VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu**, s. 93 vd. Yazar, s. 96'da şöyle demektedir: "(...) Geniş anlamda çalışma hakkı yaklaşımının benimsendiğine kuşku bulunmayan bu tanımda geçen ve saygı gösterilmesi istenen 'insanın temel hakları'; sendikal haklar, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, zorla ve zorunlu çalış(tır)ma yasağı ve çocuk çalışması konularıyla ilgili olan ve 'temel insan hakları sözleşmeleri' olarak nitelenen 8 UÇÖ sözleşmesinin güvenceye bağladığı haklardır."

sağlamaya yeterli olmalı, işçinin hem fizik hem de manevi varlığını korumasını sağlamalıdır (p. 6 ve 7). Çalışma hakkının ESKHS m. 7 ve 8. maddelerde düzenlenen bireysel ve kolektif yönü 6. madde ile birbirine bağlı olup bölünemez niteliktedir (p. 8).

“Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı” başlıklı 2. maddenin 2. fıkrasında taraf devletlerin sözleşmede öngörülen hakları ırk, din, dil, politik görüş, milliyet veya herhangi bir statü ayrımcılığı yapmadan koruma yükümlülüğüne yer verildikten sonra, eklemek gerekir ki, son fıkrada gelişmekte olan ülkelere bu hakların yabancı işçilere tanınmasına ilişkin bir takdir marjı da tanınmaktadır.

Bu maddede belirtilen ayrımcılık yasağı ve BM tarafından 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı genel kurul kararı ile kabul edilen “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”nin¹⁰⁹ 7. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı, göçmen işçilerin ve ailelerinin iş imkânlarına erişimi açısından da uygulanacaktır (p. 18).

ESKHS, taraf devletlere bu sözleşmede yer alan yükümlülüklerini aşamalı olarak yerine getirme ve “tam istihdam”ı sağlama borcu yüklemektedir (p. 19).

Çalışma hakkıyla ilgili olarak ayrıca İHAS m. 4’te “*Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz*” ve “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz*” düzenlemelerine yer verilmiş, zorla çalıştırma yasağının istisnaları da (zorunlu askerlik hizmetine alternatif iş, kişinin sözleşme hükümlerine uygun olarak tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen işler, toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen hizmetler, olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet) belirtilmiştir. Çalışma hakkı, İHAS m. 8 anlamında kişinin özel yaşantısıyla ve aile yaşantısıyla da bağlantılıdır¹¹⁰.

Çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler, ayrıca Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 18.10.1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi)

¹⁰⁹ Türkiye tarafından 13.01.1999 tarihinde imzalanarak 4662 sayılı 26.04.2001 tarihli onay kanununa dayalı olarak Bakanlar Kurulu’nun 2004/7502 sayılı 18.06.2004 tarihli kararıyla çekincelerle kabul edilmiştir, RG 08.07.2004/25516.

¹¹⁰ Bu hususta bkz. Kaya/Ertuğrul Yılmaz, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, s. 68-69.

ile¹¹¹ 03.05.1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda da¹¹² yer almaktadır. Türkiye iş ve meslek bakımından ayırım hakkında 111 nolu İLO sözleşmesi¹¹³ ve sosyal güvenlik bakımından muamele eşitliği hakkında 118 nolu İLO sözleşmesine¹¹⁴ de taraftır. 111 nolu İLO sözleşmesinin 1. maddesi “ayırım” kavramını şöyle tanımlamaktadır:

“Bu sözleşme bakımından ‘Ayırım’ deyimi;

“İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı,

“İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı,

“İfade eder.

“Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz.

“Bu sözleşme bakımından ‘İş’ ve ‘Meslek’ terimleri, mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsar.” 118 sayılı sözleşme ise 3 ve 4’üncü maddeleriyle tarafların birbirlerinin vatandaşlarına anlaşma kapsamındaki sosyal güvenlik dallarında kendi vatandaşları ile karşılıklılık esas çerçevesinde (ancak istisnalarla) eşit muamele yapma yükümlülüğü getirmektedir.

Türkiye, İstihdam Amaçlı Göçe İlişkin 97 nolu 01.07.1949 tarihli İLO sözleşmesi ile 24.07.1975 tarihli Göçmen İşçiler Hakkında 143 nolu İLO sözleşmelerine henüz taraf olmasa da, olması gereken hukuk açısından değerlendirme

¹¹¹ 16.06.1989 tarihli 3581 sayılı Onay Kanunu, RG 04.11.1989/20215.

¹¹² 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı onay kanununa dayanılarak 2007/11907 sayılı 22.03.2007 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır, RG 09.04.2007/26488

¹¹³ 13.12.1966 tarihli 811 sayılı onay kanununa istinaden Bakanlar Kurulunun 02.09.1967 tarihli 6-8730 sayılı kararı ile (RG 21.09.1967/12705) onaylanmıştır (Yürürlük tarihi: 19.07.1967).

¹¹⁴ 19.7.1971 tarihli 1453 sayılı onay kanununa istinaden 05.04.1973 tarihli ve 7-6217 sayılı Bakanlar Kurulu kararı (RG 09.06.1973/14559) ile onaylanmıştır (Yürürlük tarihi: 25.06.1974).

yapılırken, uluslararası asgari standartlara referans olmaları açısından bu sözleşmelerin de önemi bulunmaktadır. 97 nolu sözleşme ile taraf devletler istihdam amaçlı göçle ilgili özel mevzuatları, çalışma ve geçim imkânları ile ilgili bilgi paylaşımında bulunmayı (m. 1), göçmen işçilere ücretsiz olarak yardımda bulunacak bir teşkilat kurmayı (m. 2), göçmen işçiler ve göç aleyhine her türlü yanıltıcı propagandaya karşı yasal önlemler almayı, göçmen işçilerin kabul, seyahat ve çıkışını kolaylaştıracak yasal düzenlemeleri yapmayı (m. 4), ulus, ırk, din ve cinsiyet farkı gözemsizsin ücret, fazla çalışma ve çalışma saatleri, ücretli izin, evde çalışma yasakları, kadın, çocuk ve genç işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler, sendikal haklar, uyum, sosyal güvenlik bakımından kendi vatandaşlarına tanıdıklarından daha az hak tanımamayı (m. 6) taahhüt ederler¹¹⁵.

143 sayılı İLO sözleşmesi göçmen işçilerin istismarını önlemek, ayrımcılığa, yasa dışı göç ve insan ticaretine karşı tedbir alma yükümlülüğü getirmek amacıyla hazırlanmıştır. Sözleşme tüm taraflara göçmen işçilerin temel insan haklarına saygı gösterme (m. 1), kendi ülkesindeki yasadışı göçmen istihdamını tespit ederek seyahat, yerleşme ve dolaşımları sırasında uluslararası anlaşmalara ve ulusal mevzuata aykırılıkları saptamak (m. 2), yasadışı göçmen işçi trafiği ve istihdamı ile mücadele etmek, sorumlularına yaptırım uygulamak (m. 3 ve 5), yükümlülüklerini getirmektedir. Ayrıca 8. madde taraf devlet ülkesinde yasal olarak çalışan göçmen işçinin işini kaybetmesi halinde ikamet ve çalışma izinlerinin sona ermemesi gerektiğini belirtmektedir. Yasal olarak istihdam edilen göçmen işçi işini kaybetmesi halinde tıpkı o ülkenin vatandaşları gibi işsizliğe karşı korunma, iş bulma, mesleki eğitim ve diğer olanaklardan yararlanmalıdır. Sözleşme göçmen işçiyi, başkasına bağlı olarak çalışmak için bir ülkeden diğerine göç eden ya da göç etmiş olup yasal olarak göçmen işçi kabul edilmiş kişiler, olarak tanımlamaktadır¹¹⁶.

Türkiye'nin çekincelerle birlikte taraf olduğu 1990 tarihli BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 29.07.1951 tarihli BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme¹¹⁷ (1951 Cenevre Sözleşmesi) ve 1954 tarihli BM Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme

¹¹⁵ Bu hususta ayrıca bkz. M. Bülent Alpar, "Göçmen İşçilere İlişkin 97 ve 143 sayılı İLO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı", **Kamu-İş**, Yıl 2000, C. 6, S. 1, s. 3 vd.

¹¹⁶ Alpar, "Göçmen İşçilere İlişkin 97 ve 143 sayılı İLO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı", s. 6 vd.

¹¹⁷ 359 sayılı onay kanunu, RG 05.09.1961/10898

yabancıların çalışma haklarına ilişkin hükümler içermektedir. Aynı şekilde Avrupa Birliği ile imzalanan çeşitli anlaşmalar çerçevesinde Ortaklık Konseyi Kararları da Türkiye’de çalışacak AB üyesi ülkelerin vatandaşları açısından muhtelif haklar öngörmektedir.

Çalışma hakkı kişiye bağlı ve herkese tanınmış bir haktır. Kişiye bağlı olmasının bir sonucu hak sahibinin çalışıp çalışmamakta serbest olmasıdır. Bu yönüyle kişiye çalışmasıyla hukuk alanında sonuç meydana getirme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Aynı zamanda sadece bir iş değil “uygun bir iş” sahibi olmayı içerir. Kişiye bağlılığın diğer sonuçları, hakkın aksi öngörülmedikçe bizzat ve sadece hak sahibi tarafından kullanılabilmesi, devredilememesi, çalışma borcunun işçinin ölümü halinde mirasçılara intikal etmemesidir. Çalışma hakkının herkese tanınan bir hak olması, yurttaşlara olduğu kadar yabancılara da cinsiyet ve yaş farkı gözetmeden tanınan bir hak olması sonucunu doğurur¹¹⁸. Ancak diğer yandan devletler yabancılara çalışma hakkı tanırken kendi takdir yetkilerini kullanarak sınırlamalar da getirmişlerdir¹¹⁹. Bu sınırlamaların temelinde yatan düşüncenin öncelikle o ülke vatandaşlarının çalışma hakkının korunması ve işsizliğin önlenmesi olduğu belirtilmektedir¹²⁰.

1.5. Yabancıların Çalıştırılabilecekleri İşlere İlişkin Yasaklar ve Özel Yasal Koşullar

Yabancıların çalıştırılmasına ilişkin sınırlamaların başında 11.06.1932 tarihli 2007 sayılı Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun gelmekteydi. Bu kanun, 4817 sayılı mülga YÇİHK m. 35 tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak çeşitli yasaklarla kesin bir yasaklama öngörmese de özel koşullar içeren düzenlemeler özel kanunlarda yer almaya devam etmektedir. Diğer yandan belirtmek gerekir ki 4857 sayılı İş Kanunu’nun kapsam ve istisnalara ilişkin 1 ve 4. maddelerinde, işçinin vatandaşlığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun kapsamında çalışacak yabancıların çalışma izinleri (veya muafiyetlerinin) bulunması yeterlidir¹²¹.

¹¹⁸ Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı”, s. 148 vd.

¹¹⁹ Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 381 vd.

¹²⁰ Lordoğlu, a.g.e., s. 21.

¹²¹ Ekşi, a.g.e., s. 261.

1.5.1. Türk Mevzuatında Yabancıların Çalışması Yasak Olan Meslekler

815 sayılı “Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dâhilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun” ile Türk sahillerinin bir noktasından öbürüne mal ve yolcu taşıma, sahillerde liman dâhilinde liman işleri ve kılavuzluk sadece Türk vatandaşlarına münhasır kılınmıştır (m. 1). Nehirler, göller, Marmara havzası ve Boğazlarda bilumum kara suları ile kara sularına dâhil bulunan körfez, liman koy vb. bölgede vapur, römorkör, istimbot, motorbot, mavna, salapurya, sandal vb. araçlarla her türlü nakliyat ve ticaret hakkı “*Türkiye tebaasına münhasırdır*” (m. 2). Türk kara suları içinde balık, istiridye, midye, sünger, inci, mercan, sedef ve saire saydı, kum ve çakıl vs. ihracı, su üstü ve altında kurtarma ve enkaz kaldırma, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, kaptanlık, çarkçılık, kâtiplik, tayfalık ve işçilik, iskele, rıhtım hamallığı ve bilumum deniz esnaflığı icrası Türk vatandaşlarına münhasırdır (m. 3).

4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un “*gemi adamlarının uyruğu ve istihdamı*” başlıklı 9. maddesine göre uluslararası gemi siciline kayıtlı yat ve gemilerde donatanın yabancı veya Türk olmasına bakılmaksızın kaptan Türk vatandaşı olmak zorundadır.

Gemi Acenteleri Yönetmeliği’ne göre¹²² gemi acenteliği yetki belgesi için başvuruda bulunacak gerçek kişinin Türk vatandaşı olması zorunludur (m. 7/f. 1-a). Gemi acentesi personeli olmak için başvuruda bulunan kişinin de aynı maddedeki Türk vatandaşı ola koşulunu karşılaması gerekir (m. 9).

6197 sayılı Eczacılık ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 2. maddesine göre Türkiye’de eczacılık yapabilmek, Türk vatandaşı olmak ve Türkiye’de bulunan eczacılık fakültelerinden mezun olmak yahut yabancı ülke okullarını bitirmekle birlikte 3. maddede öngörülen koşulları sağlamak şartına bağlıdır.

Diş tabipliği için yine 1219 sayılı Kanunun 3. maddesine göre vatandaş olmak zorunludur. Hastabakıcılık için de halen Türk olmak koşulu aranmaktadır (m. 63).

¹²² RG 05.03.2012/28224

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu gereği (m. 9) özel hastanenin bir mesul müdürünün bulunması ve bu hekimin Türk vatandaşı olması zorunludur.

6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere İlişkin Kanun'un 2. maddesine göre veteriner olabilmek için Türk vatandaşı ve diplomasının Tarım bakanlığına tescil ettirilmesi koşulu açıkça aranmaktadır. Dolayısıyla Türk vatandaşı olmayanlar veteriner hekimlik yapamayacaklardır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre (m. 48/f. 1-A-1) devlet memuriyetine alınabilmek için Türk vatandaşı olmak zorunludur. Ancak 2527 sayılı Kanunun 1 ve 7. maddeleri uyarınca Türk soylu yabancılar silahlı kuvvetler ve güvenlik teşkilatları haricinde devlet memuriyetinde çalışma izni alarak çalışabilirler.

Adalet hizmetlerinde de yabancıların çalışmasına/çalıştırılmasına ilişkin sınırlamalar mevcuttur. Hâkimlik ve savcılık mesleği 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/1-a uyarınca sadece Türk vatandaşları tarafından ifa edilebilir. Noterliğe kabul edilebilmek için de 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 7 gereği Türk vatandaşı olmak şarttır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesi de mesleğe kabul için Türk vatandaşlığını şart koşturmaktadır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 227. maddesine göre Türk vatandaşı olmayan kişi gümrük müşavirliği ve müşavir yardımcılığı yapamaz.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'a göre Türkiye'de özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak şart koşulmuştur (m. 10).

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 6. maddesinde maden hakları hak ve fiil ehliyetini haiz Türk vatandaşlarına tanınmaktadır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun Ek 22. maddesinde "personelin statüsü" yan başlığı altında, Türk Telekom'daki kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar, yönetim kurulu üyeliğine yapılacak atamalarda devlet memurluğu için aranan şartların aranacağı belirtilerek Türk vatandaşlığı öngörülmüştür.

4817 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesine göre yönetim kurulu üyesi olabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4. maddesi meslek mensubu olabilmenin genel şartları arasında Türk vatandaşı olmayı saymaktadır. Ancak bu kurala istisnalar getirmektedir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 119. maddesine (f. 1-a) göre Sermaye Piyasası Kurulu üyelerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca Türk vatandaşı olmaları gerekmektedir.

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'e göre¹²³ (m. 8, 11, 20/f. 3, 65) Borsa başkanı yönetim kurulu üyesi, komiseri, borsa üyesi, üye temsilci ve yardımcısı olabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

Kadastro Bilirkişileri Hakkında Yönetmelik¹²⁴ uyarınca (m. 5/1-a) kadastro bilirkişisinin Türk vatandaşı olması gerekir.

772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 6. maddesine göre de bu kanun kapsamındaki mesleği yapabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun 3. maddesinde de mesleğe başvuru için vatandaşlık koşulu getirilmektedir.

Deniz Turizmi Yönetmeliği'nin¹²⁵ 19. maddesine göre deniz turizmi tesisi işletmelerine işletme müdürü olarak atanabilmek için Türk vatandaşı olmak zorunludur.

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 15. maddesine göre Türkiye'de mimar ve mühendis odalarına asil üye olabilmek için Türk vatandaşı olmak zorunludur.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 46/3 düzenlemesine göre özel radyo ve televizyon kuruluşlarının bu kanun gereği çalıştıracakları sorumlu müdürlerin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunması zorunludur.

¹²³ RG 06.10.1984/18537.

¹²⁴ RG 28.10.1987/19618.

¹²⁵ RG 24.07.2009/27298

1.5.2. Yabancılar Çalışma Hakkının Özel Koşullarla Tanındığı Meslekler

854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 1/f. 1 ve 2’de kanun kapsamı belirtildikten sonra, 4. maddesinde mütekabiliyet esasına göre kanun kapsamındaki Türk gemilerinde çalışan yabancı gemi adamları da kapsam altına alınmaktadır. Kanun, yabancı gemi adamı için işverene bir “iade” yükümlülüğü de getirmiştir: 22. madde uyarınca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, işveren ya da vekili, yabancı gemi adamını ikamet ettiği yer limanına bırakmak zorundadır. 815 sayılı “Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dâhilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun” a göre, petrol hakkı sahibi yabancılar Türk karasuları dâhilinde petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler (m. 3). Hükümet, yabancı uzman, kaptan veya tayfanın Türk kurtarma gemilerinde istihdam edilmesine izin verebilir (m. 4).

4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un “gemi adamlarının uyuğu ve istihdamı” başlıklı 9. maddesinde kaptanın Türk vatandaşı olması öngörülmüşse de, donatan Türk vatandaşı ise ayrıca gemi adamlarının % 51’i de Türk vatandaşı olmalıdır. 10. maddede ise Türk Uluslararası gemi Sicili’ne kayıtlı gemi ve yatlarda istihdam edilecek gemi adamlarının Türk iş ve sosyal güvenlik mevzuatına tabi olacakları öngörülmektedir. Yabancı gemi adamları için ise ikili ya da uluslararası sosyal güvenliğe ilişkin sözleşmeler saklı kalmak üzere başka ülkede zorunlu ya da özel sigorta hükümlerine tabi olduklarını ispat etmeleri kaydıyla, uzun vadeli sigorta hükümlerine talepleri halinde tabi tutulmayacakları düzenlenmektedir¹²⁶.

2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu’nun 31. maddesinde ülke içinde hava taşımacılığının Türk hava araçları ile yapılacağı belirtildikten sonra, personelin yabancı devletler tarafından verilmiş yeterlilik belgesine ilişkin 96. maddenin 1. ve 2. fıkralarında:

“Yabancı bir devletin yetkili makamları tarafından usulüne uygun surette düzenlenmiş veya geçerliliği onanmış yeterlik belgeleri, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde bu Kanunun uygulaması bakımından da geçerli olarak kabul edilir.

¹²⁶ Bu hususta ayrıca bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 231-232.

“Yeterlik belgesini düzenlemiş veya onamış bulunan devletin veya belge sahibinin vatandaşı olduğu devletin, Türk Sivil hava araçlarına veya bu Kanun hükümleri uyarınca verilmiş yeterlik belgelerine veya sahiplerine karşı kasıtlı işlem yapmaları durumunda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” denilerek sivil havacılık alanında mukabele-i bilmişil esası korunarak yabancı personel çalıştırılabileceği belirtilmektedir. Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği¹²⁷ m. 22/f. 2 uyarınca işletmeci tarafından UİK’e uygun olarak Bakanlıktan izin alınması koşulu ile geçici olmak şartıyla yabancı uçuş ekibi ve teknik personel çalıştırılabilir. Yirmi ve daha fazla koltuklu hava araçları ve ticari hava taşımacılığı yapacak işletmeler için, işletme ruhsat tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde işletmede görev yapan pilotların, teknisyenlerin, uçuş harekât uzmanlarının ve kabin memurlarının çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve işletmecinin faaliyetlerinin devamı süresince bu koşulu muhafaza etmesi gereklidir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda sendika kuruculuğu için daha önce 2821 sayılı Kanunda aranan Türk vatandaşı olma koşulu kaldırılmıştır. STİSK m. 6/f. 1 düzenlemesinde kurucular için getirilen sınırlamalar arasında vatandaşlık bir koşul olarak sayılmamıştır. Yüksek Hakem Kurulu’na katılacak üyeler için ise aranılacak nitelikler arasında (m. 54) Türk vatandaşı olma doğrudan sayılmasa da¹²⁸ üyelerin bir kısmının devlet memuru olması dolayısıyla zaten bunların vatandaş olması zorunludur. Ancak 2. fıkra uyarınca işçiler adına seçilecek üyeler için 6. maddeye yollama yapıldığından bunların vatandaş olması zorunlu değildir. Aynı durum, m. 54/1-a uyarınca seçilecek üye için de geçerlidir.

Riyaseti Cumhur Senfoni Orkestrası Kuruluşu Hakkında 6940 sayılı Kanun’un 12. maddesine göre konserlerde solist olarak yabancı sanatkar istihdamı mümkündür. Aynı kanunun 13. maddesine göre orkestra şefliği için de yabancı uzman çalıştırılabilir.

5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun’un 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile değişik 19. maddesine göre Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle yabancı sanatkar getirtilebileceği öngörülmektedir.

¹²⁷ RG 16.11.2013/28823

¹²⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 262.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun¹²⁹ yukarıda ön izin bağlamında değinilen 34. maddesi üniversitelerde yabancı öğretim elemanı çalıştırılmasına onay vermiştir. Yabancı öğretim elemanı görev yapacağı enstitü, fakülte ya da yüksekokul yönetiminin önerisi ve üniversite yönetim kurulunun uygun görüşü alınarak rektör tarafından atanacak ancak bu kurumun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu'na verilecek ön izni müteakip Bakanlıktan çalışma izni alınacak ancak bundan sonra üniversitesi ile sözleşme yapacaktır. Yabancı öğretim elemanları çalışma koşulları kanunu 2. maddesinde düzenlenen Türk öğretim elemanlarıyla aynı çalışma şartlarına sahip olacaklardır.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu da yabancılara çalışmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kanunun 8. madde metninde kanun kapsamında çalışacak yabancılara, 4817 sayılı YÇİHK hükümleri doğrultusunda (artık UİK m. 26 uyarınca 6735 sayılı Kanun doğrultusunda) görevlendirilmesi öngörülmüştür (f. 9). Yabancılar tarafından açılmış ve Türkçeden başka dille öğretim yapan okulların kurucuları ve müdürleri, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu, Türkçe veya Türkçe kültür dersleri öğretmenliği yapma niteliğini haiz ve öğretim dilini bilenlerden birini, Türk müdür başyardımcısı olarak çalışma izni düzenlenmek üzere valiliğe önerirler (f. 10). Bu niteliklere sahip öğretmen bulunmaması hâlinde, okulun öğretim dilinde özel alan eğitimi almış, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğretmenler bu göreve atanabilir (f. 11). Uyarıya rağmen anılan öneri yükümünü bir ay içinde yerine getirmeyen okulların Türk müdür başyardımcıları, yukarıdaki şartları taşıyan öğretmenler arasından valilikçe seçilerek işe başlatılır (f. 12). Bu durumda UİK m. 8/f. 2 uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı'ndan ön izin alınması gerekir.

¹²⁹ Kanunun 3. maddesi öğretim elemanı, öğretim üyesi, öğretim görevlisi gibi kavramları şöyle tanımlamıştır:

Öğretim Elemanları: Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri.

Öğretim Üyeleri: Yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleridir.

- Profesör: En yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişidir.

- Doçent: Üniversitelerarası Kurul tarafından verilen doçentlik akademik unvanına sahip kişidir.

- Doktor Öğretim Üyesi: Doktora çalışmalarını başarı ile tamamlamış, tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olan akademik unvana sahip kişidir.

Öğretim Görevlisi: Yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim elemanıdır.

Sağlık alanında daha önce mevzuatta yer alan yabancı istihdamına ilişkin bazı sınırlamalar son yıllarda kaldırılmıştır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 663 sayılı KHK'nin m. 58/f. 8 düzenlemesiyle değişik birinci maddesinde daha önce madde metninde yer alan Türk olmak ve Türkiye'deki bir tıp fakültesini bitirmiş olmak şartları kaldırılmıştır. Burada Türk vatandaşı olma veya Türkiye'deki bir fakülteyi bitirme aranmasa da 4 ve 8'inci maddelerde (yine vatandaşlık koşuluna yer verilmemekle birlikte) yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden mezun hekimlerin Türkiye'de hekimlik yapabilmesi veya uzmanlık derecesiyle faaliyet gösterebilmesi çeşitli koşullara bağlanmaktadır. Ayrıca 7. maddede de kanunun eski haline atıfla münhasıran veya kısmen Türk vatandaşlarının istihdam edileceği müesseselerde 1. ve 2. maddelerdeki vasıflara haiz (Türk) hekimlerin çalıştırılacağı belirtildikten sonra kazanılmış hakkı korunan yabancı hekimlerin bu şartlardan istisna edileceği belirtilmektedir.

Mülga 3958 sayılı Gözlükçülük Hakkında Kanun, numaralı gözlük camı satışı ve gözlükçü unvanının kullanılabilmesi için Türk vatandaşı olma şartını ararken bu kanunun yerini alan 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun'da (17. maddesiyle 3958 sayılı Kanun ilga edilmiştir) böyle bir koşula yer verilmemiştir.

1219 sayılı kanunun ebelikle ilgili 47. maddesinde vatandaşlık koşulu aranmamaktadır, sadece Türk okullarından mezuniyet veya bu yoksa ve yabancı ülkede eğitim alındıysa denklik aranmaktadır.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nda da, 5634 sayılı 24.05.2007 tarihli kanunla değişik m. 1 ve 663 sayılı KHK'nin m. 58/f. 9 düzenlemesiyle değişik m. 3 dikkate alındığında, artık Türk vatandaşı olma şartı aranmamaktadır, sadece Türkiye'de eğitim almış olmak ya da yurt dışında eğitim alınmışsa devlet tarafından tanınan bir okulda eğitim görmek ve denklik durumunun onaylanması aranmaktadır.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nda mesul müdür hekimin Türk vatandaşı olması öngörülmüşse de Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin¹³⁰ Ek-5 maddesi f. 1-k düzenlemesine göre özel hastane, Sağlık Bakanlığınca izin verilmesi şartına bağlı olarak yabancı hekim ve hekim dışı sağlık görevlisi çalıştırabilir. Ancak bu şekilde verilecek izin, hastaneye planlama kapsamında cihaz ve ünite ekleme hakkı

¹³⁰ RG 27.03.2002/24708

vermez. Bu bent doğrultusunda yapılacak başvurular Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik çerçevesinde yürütülür.

Sağlık alanında yabancıların çalıştırılması hakkında Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik yayımlanmıştır¹³¹. Bu yönetmelik eczacılarla dış hekimleri ve hastabakıcılar dışında özel sağlık kuruluşlarında çalışacak tüm yabancı sağlık meslek mensuplarını kapsamaktadır (m. 2/f. 1). Türk soylu dış hekimi, eczacı ve hastabakıcılar hakkında 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun uygulanacaktır (m. 2/f. 2). Yönetmelik kapsamındaki yabancı sağlık meslek mensupları, 5. maddede sayılan şartları sağlamak kaydıyla özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilirler. Çalışma başvurusu, bu şartlar tamamlandıktan sonra, yani çalışma izni alındıktan sonra yapılabilecektir. Yabancı sağlık meslek mensubu tarafından, çalışmak istenilen özel sağlık kuruluşuna başvuru yapılır (m. 6/f. 1). Kuruluşun mesul müdürü bu başvuruyu yönetmelik ekinde belirtilen gerekli belgelerle birlikte İl Sağlık Müdürlüğü’ne intikal ettirecektir (f. 2). Dosyada eksiklik/uygunsuzluk bulunmadığı takdirde dosya Sağlık Bakanlığına gönderilir (f. 3). Başvuru dosyası, Bakanlıkça planlama kapsamında ve ekteki cetvelde yer alan belgeler açısından değerlendirilir. Uygun bulunması halinde yabancı sağlık meslek mensubunun diploması tescil edilerek mesleğini icra etmesinin Bakanlıkça uygun bulunduğu dair belge düzenlenir (f. 4). İlgili mevzuat kapsamında çalışma izni ile ikâmet izni alınarak dördüncü fıkradaki belge ile birlikte personel çalışma belgesi düzenlenmesi için İl Sağlık Müdürlüğü’ne başvurulur. Yabancı sağlık meslek mensubu, personel çalışma belgesinin müdürlük tarafından onaylandığı tarihten itibaren özel sağlık kuruluşunda çalışabilir (f. 5). Anlaşılabileceği gibi burada yabancı sağlık personelinin çalıştırılması için UİK m. 8 anlamında ayrıntılı bir ön izin prosedürü öngörülmüştür, ancak buradaki ikamet iznine ilişkin düzenlemelerin artık sadece çalışma izni olarak düşünülmesi gerekir. Bu düzenlemelerle bağlantılı olarak Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği¹³² yabancıların uzmanlık eğitimlerini 14. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Türkiye’de tıpta uzmanlık eğitimini bu yönetmeliğe göre tamamlayan bir yabancı sağlık personelinin koşulları

¹³¹ RG 02.02.2012/28212.

¹³² RG 26.04.2014/28983.

varsa UİK m. 16 kapsamında çalışma iznine ilişkin istisnalardan yararlandırılması düşünülebilir. Ancak bu yönetmelik uyarınca zaten Türkiye’de uzmanlık eğitimi almış bir kimsenin ayrıca bir daha UİK m. 8 ve Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik uyarınca ön izin prosedürüne tabi olup olmayacağı tartışılabilir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin¹³³ Sağlık Politikaları Kuruluna ilişkin 6. maddesinde *“Danışma kurullarında ve komisyonlarda, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının personeli ile üniversitelerden ve diğer kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından veya yabancı uzmanlardan görevlendirme yapılabilir”* düzenlemesi getirilerek Sağlık Bakanlığınca yabancı uzman görevlendirilebileceği belirtilmektedir (m.6/f. 6). Aynı KHK’nin 45. maddesinde bakanlığa 3 yıllık süre ve 150 kişi sınırı ile sözleşmeli yabancı personel çalıştırma yetkisi verilmektedir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 700 sayılı KHK ile değişik m. 22/f. 3 düzenlemesine göre yabancı sigorta eksperlerinin faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemeye “Cumhurbaşkanı” yetkilidir. Anılan kanunun brokerliğe ilişkin 21. maddesi sigorta brokerliği ile ilgili gerçek kişilerin Türk vatandaşı olmasını aramamakta, bu maddeye dayanılarak hazırlanan Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği m. 4 gerçek kişi broker için vatandaşlık koşulu aramamakta ancak Türkiye’de yerleşik olmasını aramaktadır.

5187 sayılı Basın Kanunu’nun m. 5/f. 2-f düzenlemesi, süreli yayınlarda Türk vatandaşı olmayanların sorumlu müdür olabilmesi için diğer koşulların yanı sıra karşılıklılık koşulunu aramaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu mesleğe kabul için Türk vatandaşlığını şart koşsa da (m. 3) kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasında ise sonradan Türk uyruğuna kabul edilenler için bir istisna hükmü getirilmektedir: *“Türk vatandaşları ve Türk uyruğuna kabul olunanlardan yabancı hukuk fakültelerinden mezun olup da, geldikleri yerde dört yıl süreyle mahkemelerin her derecesinde hâkimlik, savcılık veya avukatlık yapmış ve avukatlığı meslek edinmiş bulunanlar, 3’üncü maddenin (b) bendinde yazılı olduğu biçimde Türk hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden*

¹³³ RG 02.11.2011/28103

usulüne uygun olarak yapılan sınavlarda başarı göstermiş ve ayrıca Türkçeyi iyi bilir oldukları da bir sınavla anlaşılmış olmak kaydıyla, 3'üncü maddenin (c) ve (d) bentlerinde yazılı koşulların dışında tutulurlar.” Kanunun Türkiye’de faaliyet gösterecek yabancı avukat ortalıklarına ilişkin olarak 44/B düzenlemesi, faaliyet alanına ilişkin belirli sınırlamalar ve karşılıklılık koşulu öngörmektedir.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, yabancıların Türkiye’de özel güvenlik şirketi kurabilmesini ve yabancı özel güvenlik şirketlerinin Türkiye’de faaliyet gösterebilmesini mütekabiliyet esasına bağlamıştır (m. 5/f. 2).

3213 sayılı Maden Kanunu’nun 6. maddesinde (maden haklarının hak ve fiil ehliyetini haiz Türk vatandaşlarına tanınacağı belirtilmekte olsa da), bu alanda faaliyet gösteren Türk kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği haiz şirketlere verilebileceği belirtilerek, Türk kanunlarına göre kurulmuş yabancı şirketin de madencilik faaliyeti yürütebileceğini kabul edilmektedir¹³⁴.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 45. maddesine göre yasak bölgelerde bulunmalarına müsaade edilen yabancı uyruklulara verici, verici-alıcı ve radyo ve televizyon yayınlarını almaya yarayan cihazlar dışındaki alıcı telsiz cihazları için telsiz kurma ve kullanma izni ile telsiz ruhsatnamesi verilmesi Genelkurmay Başkanlığının iznine bağlıdır¹³⁵.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun Ek 22. maddesine göre, yönetim kurulu üyeleri dışında kalan personel iş mevzuatına göre çalıştırılacağı için Türk yasalarına göre çalışma izni alarak yabancı işçi istihdam edilmesi de (tabi güvenlik soruşturmasına ilişkin hükümler de dikkate alınarak) mümkündür.

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu’nun (28.12.2006 tarihli 5571 sk. 29 maddesi ile) mülga 9. maddesinde yer alan acentanın sorumlu müdürünün Türk vatandaşı olması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

¹³⁴ Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 96; Kırıl, **a.g.e.**, s. 88.

¹³⁵ Tekrar belirtmek gerekir ki 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun 7. maddesi 1. derecede kara askeri yasak bölgelerine yabancıların geçici olarak girmesi ve kalması Genelkurmay Başkanlığının iznine bağlıdır. Kanunun ikinci derecede kara askeri yasak bölgelerinde uygulanacak esaslara ilişkin 9. Maddesinde bu bölgede izin almadan kalma, yerleşme ve çalışma geçici olarak bile olsa yasaktır.

4817 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesine göre yönetim kurulu üyesi olabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4. Maddesi, mesleğe kabulde Türk vatandaşı olmak gerekliliğinden bahsetse de ardından “*yabancı serbest muhasebeci mali müşavirler hakkındaki hüküm saklıdır*” ifadesini kullanmıştır. Yabancı serbest muhasebeci mali müşavirler ile ilgili 8. maddede, yabancıların kendi memleketlerinde elde etmiş oldukları haklardan kanun kapsamına giren hizmetleri Türkiye’de yapabilmeleri, bu mesleği resmen düzenlemiş bir yabancı devletin uyruğu olmak, Türk vatandaşı serbest muhasebeci mali müşavirliklerde aranan nitelikleri taşımaları koşuluyla ve karşılıklılık şartı ile Maliye Bakanlığı’nın teklifi üzerine Başbakanlığın iznine tabidir¹³⁶.

Kadastro Bilirkişileri Hakkında Yönetmelik m. 5/1-a’da kadastro bilirkişisinin Türk vatandaşı olması gerekliliğinden bahsedilse de 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nda açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmayıp sadece bilirkişi sicilinde yer alacak hususlara ilişkin 12. maddede vatandaşlık numarası sayılmaktadır. Ancak Bilirkişilik Yönetmeliği’nin¹³⁷ 27, 40, 45 ve 67. maddelerinden çıkan sonuç, yabancı gerçek kişilerin de bilirkişilik yapabileceğidir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun m. 3/f. 1-e’de tanımlanan turizm işletmelerinde, kanunun m. 18/a düzenlemesi uyarınca belirli koşullarda yabancı personel çalıştırılmasına izin vermektedir. Buna göre belgeli işletmelerde çalıştırılacak yabancı uzman ve personeli sayısı toplam personelin % 10’unu geçemez, ancak bu oran Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından % 20’ye kadar artırılabilir ve bu personel işletmenin faaliyete geçmesinden 3 ay öncesinden başlayarak çalıştırılabilir¹³⁸.

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu’nun 15. Maddesinde asil üyelik için vatandaşlık koşulu öngörülmüşse de kanunun 34. maddesinde yabancı kuruluşların Türkiye’deki mühendislik veya mimarlık alanındaki taahhütlerinde çalıştıracakları mimar ve mühendisler için meslek kuruluşunca görüş

¹³⁶ 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nin 111. maddesiyle bu izin verme yetkisi “Cumhurbaşkanı”na verilmiştir.

¹³⁷ RG 03.08.2017/30143

¹³⁸ Aynı kanun m. 27/f. 3 ve 4 düzenlemesi ile 29. maddede yer alan yabancı bayraklı deniz turizmi araçlarının gezi amaçlı olarak Türkiye’de 5 yıla kadar kalabilecekleri, Türk ve yabancı bayraklı deniz turizmi araçlarının gezi, spor ve eğlence amacıyla kullanılmasının yolcu taşımacılığı sayılmayacağı düzenlemesi de yabancıların Türkiye’de faaliyet göstermesine olanak sağlayan özel düzenlemelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 254 vd.

bildirilerek ÇSGB tarafından izin verilmesi yeterli görülmüş, diploma denkliği aranmamıştır. Bu madde aslında UİK m. 20 düzenlemesiyle kapsadığı konu ve amaç açısından çakışmaktadır¹³⁹.

6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun yabancı personel çalıştırılması başlıklı 15. maddesi de yabancıların istihdamına ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Buna göre petrol hakkı sahibi, yabancı personeli, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının uygun görüşüne dayalı olarak İçişleri Bakanlığınca düzenlenecek çalışma amaçlı ikamet tezkeresi (yani YUKK m. 122 uyarınca "ikamet izni") ile işçi ve işverenin diğer kanunlardan doğan yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, UİK hükümlerine tabi olmadan en fazla altı ay süre ile çalıştırabilir. Daha uzun süre çalıştırılacak yabancı personel için 6735 sayılı Kanun uyarınca çalışma izni alınması gerekir.

4691 sayılı Teknoloji Bölgeleri Geliştirme Kanunu, 7. maddesinde kanunda tanımlanan yönetici şirkette ve bölgede¹⁴⁰ yer alan faaliyetlerde yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel istihdam edileceği, bölgelerde 4875 sayılı Kanun,

¹³⁹ 6235 sayılı Kanunda yabancı yatırımlarda çalışacak mimar ve mühendisler için diplomada denklik aranmadığı açıkça belirtildiği, ayrıca eğitim görülen kurum için ilgili ülke ve YÖK tarafından tanınma da açıkça aranmadığı, şartlar sadece görüş açıklaması ve Bakanlık iznine indirildiği halde, 6735 sayılı Kanun "denklik" aramasa bile "tanınmış" olma koşulunu getirmektedir. Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 34. maddesi, 6735 sayılı Kanunun 27. maddesi ile paralellik sağlamak için değiştirildikten sonra da bu hüküm korunmuştur. Bu durumda amaç (yatırım projelerinde çalışacak yabancı mimar ve mühendislerin istihdamını kolaylaştırma) açısından "yabancı yatırımcı" söz konusu olduğunda, önceki kanun ilk bakışta yabancı eğitim kurumu tanınmış olma koşulu dahi öngörmediğinden daha geniş bir çalışma imkânı sağlamakta, 6735 sayılı UİK düzenlemesi meslek kuruluşuna ilişkin kanundaki düzenlemeye göre daha sınırlayıcı görünmektedir. 6235 sayılı Kanunun yürürlükteki 35. maddesi ayrıca "*34'üncü madde kapsamına girmeyen işlerde yabancı mühendisler ve yabancı mimarlar, Odalar Birliğinin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile çalıştırılabilir.*" şeklindedir. Yani Türkiye'de yabancı yatırımcılara ait projeler haricindeki işlerde çalışacak yabancı mimar ve mühendislerin çalışması Odalar Birliği'nin görüşünün alınmasına ve ÇSGB'nin iznine bağlıdır. 36. maddede de "*34 ve 35'inci maddeler gereğince gelen yabancı meslek mensupları Türkiye'de bir aydan fazla kaldıkları takdirde ihtisaslarına en yakın odaya müracaatla geçici aza olarak kaydolunurlar.*" düzenlemesine yer verilmektedir. Bu durumda şu soru ortaya çıkmaktadır: 6234 sayılı Kanundaki bu düzenlemelerde diplomada denklik aranmaması ve (meslek kuruluşu görüşü ile Bakanlık izni dışında) başkaca hiçbir koşul belirtilmemesi, UİK m. 20'deki "tanınmış" olma koşulunu da bertaraf edecek midir? Kanımızca yabancı yatırım projesi kapsamında bile olsa (diplomada denklik aranmasa bile) her iki kanunun da ilgili ülke makamlarınca dahi tanınmamış bir eğitim kurumundan mezun bir mimar veya mühendise çalışma izni verilmesini amaçladığından söz etmek mümkün olmasa gerekir.

¹⁴⁰ Kanunda Teknoloji Geliştirme Bölgesi "Yüksek/ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmaların, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitüsünün olanaklarından yararlanarak teknoloji veya yazılım ürettikleri/geliştirdikleri, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet gösterdikleri ve bu yolla bölgenin kalkınmasına katkıda bulundukları, aynı üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitüsü alanı içinde veya yakınında; akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği siteyi veya bu özelliklere sahip teknopark" olarak tanımlanmıştır (m. 3/f. 1-b). Yönetici şirket ise "*bu kanuna uygun ve anonim şirket olarak kurulan, bölgenin yönetimi ve işletmesinden sorumlu şirket*" olarak ifade edilmektedir (m. 3/f. 1-k).

4817 sayılı YÇİHK (yani artık UİK) ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı AR-GE veya tasarım personeli çalıştırılabileceği öngörülmektedir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetler Hakkında Kanun'un 46/3 düzenlemesine göre özel radyo ve televizyon kuruluşlarının bu kanun gereği çalıştıracakları sorumlu müdürler haricindeki personel için vatandaşlık koşulu bulunmamaktadır. 2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanunu ise personelin özlük haklarına ilişkin (703 sayılı KHK m. 95 ile değişik) 50/f.1-ı düzenlemesinde özel hukuk hükümlerine tabi personel kapsamında yabancı istihdamına izin vermektedir. Düzenleme şu şekildedir: “*Özel hukuk hükümlerine tabi personel kurumca yapılacak sınavla istihdam edilen, istihdama, sözleşmeye, sözleşmenin feshine, feshi halinde ödenecek tazminat ile ücretlerine, her türlü mali ve sosyal haklarına ilişkin usul ve esasları Yönetim Kurulunca belirlenen yerli veya yabancı uyruklu personeldir. Özel hukuk hükümlerine tabi personel yönetici kadrolarında görevlendirilebilir*”. Yani TRT bünyesinde özel hukuk sözleşmesi ile istihdam edilen bir yabancı personele yönetim görevi tevdi edilebilecektir.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 2/f. 1-b düzenlemesi yabancı yatırımı tanımladıktan sonra, m. 3/g düzenlemesi kanun kapsamında çalıştırılacak yabancı personel için ÇSGB tarafından çalışma izni verilmesini öngörmektedir¹⁴¹. Yani bu kanun kapsamındaki yabancı personel de 6735 sayılı Kanun uyarınca çalışma izni almak zorundadır. Bu maddeye dayanılarak her ne kadar Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik¹⁴² çıkarılmışsa da buna dayanak olan kanunun m. 3-g bendi 6735 sayılı Kanunun 27. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu hususta UİK m. 25/f. 2-b uyarınca Bakanlık ve Ticaret Bakanlığının 4875 sayılı Kanun uyarına yapılacak işlerde çalıştırılacak yabancı personel için ortak yönetmelik düzenleyeceği belirtilmiştir.

Hâlihazırdaki Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmeliğin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde 4875 kanun çerçevesindeki işlerde çalıştırılacak yabancı personelin çalışma izinlerine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği, yönetmeliğin özellik gösteren doğrudan

¹⁴¹ Bu hususta ayrıca bkz. Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 234 vd.

¹⁴² RG 29.08.2003/25214

yabancı yatırımlarda, irtibat bürolarında çalıştırılacak kilit nitelikteki yabancı personele uygulanacağı belirtilmektedir. Başka deyişle öncelikle her doğrudan yabancı yatırıma değil özellik arz eden doğrudan yabancı yatırıma ve bu yatırımla ilgili belirtilen işyerleri kapsamında istihdam edilecek her yabancı uyruklu personele değil kilit personele uygulanacağı belirtilmektedir. Aynı maddede özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personel dışında kalan yabancı uyruklu personel ile özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımların dışında kalan doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu her türlü personelin çalışma izinlerinde 4817 sayılı Kanun (artık 6735 sayılı Kanun) ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. 4. maddede tanımlanan kilit personele çalışma izni ÇSGB tarafından verilir (m. 5).

4875 sayılı Kanun kapsamında çalıştırılan irtibat bürolarında ise yetki belgesi sahibi en fazla bir kişiye ÇSGB tarafından büro etkinlikleri için son yıl içinde yurt dışından en az 200.000,00 ABD Doları veya karşılığı döviz getirilmiş olması koşuluyla çalışma izni verilir (m. 6). Kilit personel statüsündeki yabancıların yurt dışından yapacakları çalışma izni başvuruları 7. maddeye tabidir. Yurt içi başvuruyu düzenleyen 8. madde uyarınca kilit personel statüsündeki yabancılar ya da işverenleri, yabancıların Türkiye’de yasal yollardan bulunması durumunda, çalışma izni başvurusunu bakanlığa yapabilirler.

Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasıyla çalışma izni verilmiş kilit personele, izin belgesini aldığı tarihten itibaren doksan gün içinde Türkiye’nin dış temsilciliklerine çalışma vizesi talebinde bulunma ve ülkeye giriş yaptığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde İçişleri Bakanlığına ikamet tezkeresi (izni) almak için başvurma zorunluluğu getirilmesinin, artık usulüne uygun alınmış çalışma iznini ikamet izni olarak kabul eden ve vize muafiyeti kapsamına alan YUKK m. 12/f. 1-b ve UİK m. 3/f. 1-c karşısında uygulanabilirliği tartışmalıdır. 10. maddede çalışma izni başvurusu için gerekli belgeler sayıldıktan sonra, 11. maddede izin süresinin uzatılması düzenlenmiştir. Buna göre kilit personel statüsündeki yabancıların çalışma izinleri süre uzatım taleplerinin değerlendirilmesi için yönetmeliğin 10’uncu maddesindeki c, d, e, f ve h bentlerinde sayılan belgelerle önceki iznin aslını da ekleyerek yabancı veya işvereni tarafından doğrudan bakanlığa başvuru yapılması gerekir (f. 1). Burada dikkat çeken husus özellikle c bendinde son bir yılda 200.000,00

ABD doları veya karşılığı döviz getirme koşulunun uzatma talebinde de aranmasıdır. Buradan çıkan sonuç, örneğin 1 yıl çalışma izni alan bir kilit personelin uzatma başvurusu için tekrar bu meblağ veya karşılığı döviz girişini ispatlaması gerektiğidir. Süresi sona ermiş bir çalışma izninin uzatılması başvurusu, sürenin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde yapılmalıdır. Gecikmeli yapılan uzatma başvuruları, Bakanlığa ilk defa başvurulmuş gibi değerlendirilir (f. 2). Çalışma izninin son iki aylık süresinde izin süresi sona ermeden de uzatma başvurusu yapılabilir. Uzatma gerçekleşirse, başlangıç tarihi önceki iznin süresinin bitiş tarihidir (f. 3).

Başvurunun değerlendirilme süresi gerekli tüm evrakların ÇSGB'ye ulaştığı tarihten itibaren 15 gündür. Bu süreç 12. maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 13. maddesinde uygulanacağı belirtilen 4817 sayılı YÇİHK m. 14/f. 1-b'te yer alan kriter, ilga edilmiştir. Ancak halen bakanlığın izin değerlendirme kriterlerinin 1. maddesinde yerli istihdamı korumaya yönelik (bir yabancıya karşılık beş vatandaşın çalıştırılması) sınırlama yer almakta, aynı değerlendirme kriterlerinin 10. maddesinde kilit personel harici istihdam edilecek yabancı personel için 5 vatandaş istihdam etme koşulunun, işletmenin tüm ülke çapındaki işyerlerinde çalışan vatandaş sayısı dikkate alınarak değerlendirileceği öngörülmektedir.

Yönetmeliğin 14. maddesi, yine özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar çerçevesinde *kendi mesleki eğitimi dışında* bir görevde çalıştırılacak yabancı uyruklu kilit personel için, mesleki yeterliliği konusunda ilgili mercilerden görüş alınmayacağını öngörmektedir (f. 1). Bu kişiler Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen (yani artık 6735 sayılı UİK ve yeni Uygulama Yönetmeliği tarafından düzenlenen ya da düzenlenmesi gereken) mesleki yeterlilik istem ve yeterlilik prosedürleri ile lisans istem ve prosedürlerine tabi olmayacaklardır (f. 2). Mülga YÇİHK m. 12/f. 4 düzenlemesi bu gibi istisna ve muafiyetlere cevaz vermekteydi. Ancak 6735 sayılı UİK m. 7 ve 8'de bunun gibi açık bir düzenleme yoktur. Bilakis UİK m. 8 mesleki yeterlilik gerektiren alanlarda ön izni şart koşturmaktadır. Örneğin 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun uyarınca Ar-Ge faaliyetleri kapsamında normalde Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın UİK m. 8/son gereği olumlu görüşü ile çalışma izni başvurusu değerlendirilebilecek bir yabancı, kilit personel olarak kabulü halinde, kendi mesleki eğitim alanı dışında kalan ama yine de bir mesleki yeterlilik gerektiren bir alana giren işte çalışabilmesi için bu kez

yürürlükteki yönetmeliğin yollamasıyla ön izinden yahut görüş alınmasından muaf tutulması gündeme gelebilecek midir? Yönetmelik hükmünün, UİK m. 8’de düzenlenen ön izin müessesini ve görüş alınmasını kilit personel bağlamında, tıpkı daha önce YÇİHK m. 12/f. 4’te olduğu gibi, tamamen bertaraf etmekte olduğu düşünülebilir mi?

Özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda kilit personel çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelerle mevzuatta ön izin ve görüş alınmasını gerektiren durumların aynı konuya ilişkin olmadığı söylenebilir. Ancak çakışma halinde, yönetmeliğin “*Çalışma İzni Taleplerinin Reddi*” başlıklı 15. maddesindeki düzenlemeler dikkate alınmalı ve bakanlığın mesleki eğitim alanı dışındaki bir işte çalışma izni için başvuran yabancı kilit personelle ilgili her durumda UİK m. 7/f. 5 uyarınca (yani gerekli görülen hallerde ilgili kurumlardan görüş isteme hususunda) takdir hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca yabancının kendi mesleki eğitim alanı dışında bir alanda çalışması, yine bu alanda yönetmeliğin 10. maddesine göre eğitim belgesi sunmasını gerektirmektedir. Özellikle mesleki yeterlilik gerektiren bir alanda (eğitim, sağlık vb.) çalışacak yabancıya ilişkin düzenlemeler kamu yararı gözetilerek getirilmiştir. Bu sebeple yönetmelik hükmünün kilit personelin kendi mesleki yeterlilik alanı dışında ama özel bir mesleki yeterlilik gerektirmeyen bir alanda çalışması durumunu düzenlediği düşünülebilir.

Tüm bunlardan hareketle belirtmek gerekir ki, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kapsamında istihdam edilecek personelin artık 6735 sayılı Kanunla Turkuaz kart veya istisnai çalışma izni ile çalıştırılması mümkündür. Yeni kanundaki birçok düzenleme kanun kapsamında kilit personel istihdamına ilişkin yönetmeliği uygulanamaz hale getirmiştir. Nitekim 6735 sayılı Kanunun Turkuaz kart düzenlemesi ile birlikte Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyraklı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik’i hükümsüz kıldığı belirtilmektedir¹⁴³.

1.6. 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı

Doktrinde, 6735 sayılı Kanunun¹⁴⁴ başlığının “uluslararası iş gücü” olması, birden çok devletten oluşan bir iş gücü varmış gibi bir algı uyandırdığı gerekçesiyle

¹⁴³ Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 392.

¹⁴⁴ RG 13.08.2016/29800

eleştirilmektedir. Uluslararası iş gücü kavramından, bir ülkeden diğer bir ülkeye çalışmak için giden yabancıların anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁵.

1.6.1. Kanunun Amaç ve Kapsamı

Kanunun amacı, 1. maddeye göre, yabancı iş gücüne dair politikaların belirlenmesi, uygulanması, takip edilmesi ve yabancılara verilecek çalışma izni ve izin muafiyetlerinde izlenecek usulü, yetki ve sorumlulukla yabancı iş gücü (kanunda kullanılan ifade “uluslararası iş gücü”dür) konusundaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir. Genel gerekçede, Türkiye’nin önceleri göç veren ülke iken iş gücü göçünde önce transit ülke ardından da artık hedef ülke haline geldiği, ülkenin göçlerden sürekli ve her biçimde etkilenen bir coğrafyada bulunduğu, çevre ülkelerdeki savaşlar, ekonomik sıkıntı, işsizlik ve düşük gelir politikalarının bunda rol oynadığı, 2000’li yıllardan itibaren ülkeye çalışmak için gelenlerin sayısının oldukça arttığı, gelenlerin çoğunlukla ev işleri gibi düşük nitelikli işlerde çalıştıkları, seçici bir iş gücü politikasına ihtiyaç duyulduğu, son dönemde vasıflı yabancı iş gücü istihdamında da artış sağlandığı, bu hususların Çalışma, Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarının rol aldığı üç ayrı işlem gerektiren zor bir süreç içeren bir çalışma izinleri konusunda bu süreci basitleştiren ve merkezileştiren yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğurduğu, 4817 sayılı YÇİHK’nun yeniden ele alınmasını ve 6458 sayılı YUKK hükümleri ile uyum sağlanmasını gerektirdiği, göç olgusunun dinamikliği de dikkate alınarak bu olgunun yönetimi için bir uluslararası iş gücü politikasının oluşturulması, kurumlar arasında koordinasyonun sağlanması, nitelikli iş gücünün ülkeye kazandırılması için yeni bir çalışma izni türünün düzenlenmesi gerektiği, kanunun amacının iş gücü açığının öncelikle yerli iş gücüyle karşılanması yanında yerli ve yabancı iş gücü arasındaki denge zedelenmeden nitelikli yabancı iş gücünden faydalanılmasını desteklemek ve kayıt dışı yabancı istihdamıyla mücadele olduğu belirtilmektedir.

UİK’in kapsamı m. 2’de düzenlenmiştir. Maddeye göre kanun kapsamına giren yabancılar, halihazırda çalışan veya çalışmak için başvuran, bir işveren yanında mesleki eğitim gören veya bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan, staj yapmakta olan veya staj yapmak üzere başvuruda bulunan, Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucusu olan,

¹⁴⁵ Ekşi, **a.g.e.**, s. 230; Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 85.

çalışma izni almaktan muaf olan yabancılarla yabancı çalıştıran ya da yabancı çalıştırmak üzere başvuran gerçek ve tüzel kişiler girmektedir¹⁴⁶. Kanun “geçici nitelikte hizmet sunucusu”nu herhangi bir hizmet sunumu amacıyla geçici olarak Türkiye’de bulunan, ücretini ise Türkiye içinde veya dışında bir kaynaktan alan yabancı şeklinde tanımlamıştır (m. 3/f. 1-f).

1.6.2. Kanun Kapsamı Dışında Kalanlar

ÜİK m. 2/f. 3 düzenlemesi, Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı antlaşmalarla uluslararası sözleşme hükümlerini saklı tutmaktadır. Bunun sonucu olarak taraf olunan ikili veya çok taraflı antlaşmalarla uluslararası sözleşme hükümleri öncelikle uygulanacaktır¹⁴⁷. Ayrıca ÜİK m. 6/f. 3’te de özel kanunlarla ve Türkiye’nin tarafı olduğu ikili veya çok taraflı antlaşmalar ve uluslararası sözleşmelerle çalışma izni almadan çalışabilmesi öngörülen yabancılar kapsam dışı tutulmuştur.

ÜİK m. 6/f. 4’te ise 5901 sayılı Kanunun 28. maddesi kapsamında olanların çalışma hakkı saklı tutulmuştur. Buna göre doğumla vatandaş oldukları halde izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanların ve bunların üçüncü dereceye kadar altsoyları TVK m. 28 uyarınca, maddede belirtilen istisnalar hariç, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilecekler, yani izne (veya izin muafiyetine) tabi olmaksızın çalışabileceklerdir. Bu kişiler, talepleri halinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabileceklerini gösteren mavi kart edinebilirler¹⁴⁸.

Özel kanunlarında farklı bir çalışma izni prosedürü öngörülen yabancılar da kanun kapsamı dışındadır¹⁴⁹.

1.6.3. Yabancı İşçilerin Türkiye’de Çalıştırılmalarının Koşulları

Yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri ülkeye yasal olarak giriş yapmalarına ve ülkede yasal olarak bulunmalarına, ülkeye giriş yapmalarına engel bir sebebin bulunmamasına, yurt dışı veya yurt içinden yapacakları başvuru ile usulüne uygun

¹⁴⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁴⁷ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 87.

¹⁴⁸ Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere bu haktan sadece doğumla Türk vatandaşı olup sonradan izinle vatandaşlıktan çıkanlar yararlanabilir. Sonradan Türk vatandaşı olup vatandaşlıktan çıkanlar yararlanamaz, bkz. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 427.

¹⁴⁹ Baki Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 110.

olarak çalışma izni almalarına, yapacakları işin mevzuatta yabancılara yasaklanmamış olmasına bağlıdır¹⁵⁰.

1.6.3.1. Türkiye'ye Giriş ve Türkiye'de Bulunma

Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış, sınır kapılarından¹⁵¹, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin ibrazı ile¹⁵² yapılır (YUKK m. 5). YUKK m. 65/f. 4 ve GKY m. 5 uyarınca, usulüne uygun olarak uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar ile geçici koruma başvurusunda bulunanlar bu kuraldan istisnadır.

Yabancıların Türkiye'ye giriş yapabilmeleri için kural olarak YUKK m. 3/f.1-t ve m. 11 uyarınca vize almaları yahut vizeden muaf bulunmaları gereklidir. Vize, yabancıya Türkiye sınırları içinde en çok doksan güne kadar kalma hakkı ya da transit geçiş tanıyan izindir (YUKK m. 3/f. 1-t). Ancak vize, yabancıya her durumda mutlak giriş hakkı vermez. Vizeye rağmen giriş-çıkış kapısındaki yetkili yabancıların giriş yapması hususunda takdir yetkisine sahiptir¹⁵³. YUKK m. 12/f. 1-b bu hususta özel bir düzenleme getirerek Türkiye'ye giriş tarihi itibarıyla geçerli ikamet veya çalışma izni olanları, mavi kart sahipleri ile birlikte “vize muafiyeti” kapsamına sokmuştur. Dolayısıyla yurt dışı temsilciliklerine yapılan başvuru sonucu alınan çalışma izni aynı zamanda bir çalışma vizesidir¹⁵⁴. Çalışma iznini yurt dışında başvuru yaparak alan bir yabancı, bu iznin geçerliliğinin başlangıç tarihinden 6 ay içinde Türkiye'ye gelmezse izin iptal edilir (UİK m. 12/2).

Yabancıların Türkiye'de kalmaları için, kural olarak, YUKK m. 3/f. 1-j ve 19 uyarınca ikamet izni almaları gerekir. İkamet izni “*Türkiye’de kalmak üzere verilen izin belgesi*”dir (m. 3/f.1-j). Türkiye’de, vize ya da vize muafiyetinin tanıdığı süreyi yahut doksan günü aşacak şekilde bulunacak yabancılar ikamet izni almak zorundadır. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmazsa geçerliliğini kaybedecektir (YUKK m. 19). Kanun önce özel statülü yabancılara (mülteci, vatansız vb.) dair ikamet izninden muaf olunan halleri 20. maddede belirttikten sonra, mevzuata göre çalışma izni sahibi olanların bu izinlerinin ikamet izni yerine geçeceğini düzenlemiştir.

¹⁵⁰ Tiryakioğlu, a.g.e., s. 81; Doğan, a.g.e., s. 197; Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 385.

¹⁵¹ Bkz. 5682 sayılı Pasaport Kanunu m. 1.

¹⁵² Pasaport Kanunu m. 2. Ayrıca bkz. Ekşi, a.g.e., s. 73 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 112 vd.

¹⁵³ Ekşi, a.g.e., s. 82.

¹⁵⁴ Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 126.

“Çalışma izninin ikamet izni sayılması” başlıklı YUKK m. 27, geçerli çalışma izni ile çalışma izni muafiyet belgesinin ikamet izni sayılacağını, bu iznin verilebilmesi ve uzatılabilmesi için yabancının YUKK m. 7 uyarınca Türkiye’ye girişi yasaklanmamış bir kişi olması gerektiğini öngörmektedir.

Ayrıca UİK m. 12/f. 1 hükmü de mülteci ve ikincil koruma statüsü haricinde ikamet izniyle çalışma izninin farkını teyit etmektedir.

Bununla birlikte bu şekilde tanınan ikamet hakkı da mutlak değildir. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun 7/f. 1-c düzenlemesine göre birinci derecedeki kara askeri yasal bölgelerine yabancıların ancak geçici olarak girmelerine ve oturmalarına izin verilebilir ki bu husus da Genelkurmay Başkanlığınca verilecek izne tabidir. İkinci derecedeki kara askeri yasak bölgelerine ise geçici bile olsa izinsiz giremezler, çalışamazlar (m. 9/f. 1-c). Ayrıca halen yürürlükteki Köy Kanunu’nun 88. maddesine göre yabancı ülke vatandaşları köylerde ikamet etmek için İçişleri Bakanlığından izin almak zorundadırlar¹⁵⁵.

Genel kural olarak, yabancıların geçerli çalışma izinleri yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca ikamet izni yerine geçer. Bunun aksi, yani yabancının ikamet izninin çalışma izni yerine geçmesi, mülteci veya ikincil koruma statüsü dışında, mümkün değildir. Yurtta geçerli bir ikamet izniyle bulunmakta olan yabancı da kural olarak çalışma izni başvurusunda bulunabilir¹⁵⁶.

Bir yabancı Türkiye’ye girmeden önce çalışma izni almadıysa yahut geçerli çalışma izni yoksa çalışma vizesi ile giriş yaparak Türkiye’de çalışma izni başvurusu yapabilir. Çalışma vizesi alabilmek için yurt dışı temsilciliğine çalışacağı işi bildirerek başvurabileceği, bu şekilde geçerli çalışma izni sahibi olduğu için sonra tekrar Türkiye’ye giriş yaparken artık vize muafiyeti kapsamına girecektir ve vize almasına gerek kalmayacaktır. Çalışma vizesi, yabancının Türkiye’ye giriş amacını gösteren, Türkiye’nin yurt dışı temsilcilikleri tarafından yabancıların pasaportlarına vurulan bir şerh biçimindedir¹⁵⁷. Ancak artık çalışma izni başvurusu aynı zamanda bir çalışma vizesi başvurusu olduğundan, daha doğrusu vize muafiyeti sağladığından, pratikte yurt

¹⁵⁵ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 100; Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 134 vd.

¹⁵⁶ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 98 Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 386.

¹⁵⁷ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 98; Okur, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakları”, s. 935; Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 86; Töre, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, s. 156.

dışından çalışma vizesi yerine doğrudan çalışma izni başvurusunda bulunmanın yeterli olduğu düşünülebilirse de, aşağıda belirtileceği gibi Uygulama Yönetmeliği, yurt dışı başvurusunda çalışma vizesini aramaktadır.

Bir çalışma vizesi olmadan örneğin normal bir seyahat vizesi yahut transit vizesi olup ve Türkiye’de bulunduğu sırada doğrudan çalışma izni başvurusu yapan bir yabancının alacağı çalışma izninin (ayrıca bir uluslararası koruma statüsüne de girmiyorsa) geçerli olup olmayacağı tartışılabilir. Usulüne uygun olarak ülkede bulunan birinin bu tür bir başvurusunun geçerli olduğu ve başvuru sonucunda alacağı çalışma izninin de geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Ancak “*Vizenin iptali*” başlığını taşıyan YUKK m. 16/f. 1-e düzenlemesi, “*Vize veya vize muafiyetinin amacı dışında kullanılması*”nı vizenin iptali sebebi saymıştır. YUKK m. 54/f. 1-c’de bu husus sınır dışı edilme sebebi sayılmıştır. Ayrıca çalışma izninin iptaline ilişkin UİK m. 15/f. 2-d, çalışma izni başvurusunda sahte ya da yanıltıcı belge ve bilgi kullanılmasının sonradan anlaşılması durumunda çalışma izinlerinin iptal edilebileceğini düzenlemektedir. Mülga YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 3 de çalışma amacı dışındaki turistik vize ya da başka türlü vize ya da vize kolaylıkları yahut muafiyetleriyle ülkede bulunanların yurt içinden çalışma izni başvurusunun alınmayacağını öngörerek bu görüşü desteklemekteydi. Bu durumda Türkiye’de bulunması hukuka uygun olmayan ve çelişkili davranan yabancının çalışma izninin de geçerli olmayacağı düşünülebilir¹⁵⁸. Yine de, hakkın kullanılmasını kısıtlayıcı nitelikte ve şekilci bir yorum tercih edilmeyebilir. Ek olarak doktrinde daha önce bu durumdaki bir yabancının yurt içinden çalışma vizesi başvurusu yapabileceği belirtilmiştir¹⁵⁹. Ayrıca doktrinde Türkiye’de usulüne uygun olarak bulunmakla birlikte çalışma izni olmayan, çalışmaya Türkiye’ye geldikten sonra karar veren bir yabancının yurt dışına gönderilerek çalışma izni/vizesi başvurusunda bulunmak zorunda bırakılması, haklı olarak, “tuhaf” bir tutum, gereksiz bir formalite olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁰.

Türkiye’de bulunan yabancılara (YUKK m. 3/f. 1-v) bir yabancı kimlik numarası verilir ve bu kişiler yabancılar kütüğüne kaydedilirler. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 8’e göre İçişleri Bakanlığı YUKK kapsamındaki yabancıların kimlik numarasını vererek yabancılar kütüğüne kaydetmede yetkilidir. Hüküm,

¹⁵⁸ Ayrıca bkz. Kırıl, **a.g.e.**, s. 37 ve s. 56.

¹⁵⁹ Okur, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakları”, s. 936-937; ayrıca bkz. Keser, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 24 vd.

¹⁶⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 84.

diplomatik misyon mensuplarını kapsamamaktadır. Yabancıların Türkiye’de meydana gelen nüfus olaylarına ilişkin olarak nüfus müdürlüklerine yapılan başvurular üzerine ilgili olay formları düzenlenir ve bir örneği kendilerine verilir. Bu formlar özel bir dosyada saklanır.

Tekrar belirtmek gerekir ki yabancının, Türkiye’ye girişine (YUKK m. 7, 15 ve 54 kapsamında) izin verilemeyecek, vize verilemeyecek yahut sınır dışı edilecek yabancılardan olmaması gerekir¹⁶¹.

1.6.3.2. Çalışma İzni

1.6.3.2.1. Tanım ve Yetkili Makam

Çalışma izni, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından resmi bir belge olarak düzenlenen, sahibine geçerlilik süresi boyunca ülkede ikamet ve çalışma hakkı veren izindir (UİK m. 3/f. 1-c).

Kanunun geçici 1. maddesine göre, yürürlük tarihinden önceki mevzuat hükümleri uyarınca Bakanlık ya da diğer kanunların verdiği yetkiye dayanarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca verilmiş çalışma izinleri, sürelerinin sonuna kadar geçerlidir. Bu çalışma izinleri UİK m. 15 uyarınca süresinin bitmesi iptali halinde geçerliliğini kaybedecektir (f. 1). Geçici 1. maddenin yürürlüğe girdiği tarih öncesi geçerli mevzuat hükümlerine göre Bakanlıkça verilmiş ve geçerliliğini sürdüren süresiz çalışma izinleri, iptal edilmediği sürece geçerlidir (f. 2). Yine anılan düzenlemenin yürürlük tarihinden önce yapılan ve işlemleri devam eden çalışma izni başvurularında, 6735 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önceki mevzuat hükümlerinin başvuru sahibi lehine olan hükümleri dikkate alınacaktır (f. 3)¹⁶².

“Çalışma izninde yetki ve yükümlülük” başlığını taşıyan UİK m. 6’ya göre çalışma izni, 4. madde çerçevesinde oluşturulan uluslararası iş gücü politikasına dayanılarak Bakanlık tarafından verilir (f. 1). Bu kanun kapsamında yer alan yabancıların Türkiye’de çalışma izni olmadan çalıştırılmaları yasaktır (f. 2). Böylece tıpkı daha önce 4817 sayılı Kanunda olduğu gibi genel bir kural olarak Türkiye’de çalışmaları – kural olarak – çalışma iznine bağlanmış ve bu izni vermeye – yine kural

¹⁶¹ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 95 d.

¹⁶² Uygulama Yönetmeliği’nde ise (m. 13), kamu kurum ve kuruluşlarının kendi kanunlarına göre çalışma izni verdikleri yabancılar için ayrı bir kural getirilmekte ve millî güvenlik alanında istihdam edilenler ise çalışma izninden ve bildirimden muaf tutulmaktadır.

olarak – tek yetkili makam ÇSGB kılınmıştır¹⁶³. İzin alma, hem çalışan yabancı işçiye hem de çalıştıran işverene yüklenmiş bir yasal yükümlülüktür¹⁶⁴.

Başvuruya ilişkin 7. maddeye göre, çalışma izni başvuruları yurt içinde doğrudan bakanlığa, yurt dışında yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu¹⁶⁵ ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışından yapılan çalışma izni başvuruları (ki çalışma vizesi başvurusu niteliğindedir) Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarınca bakanlığa iletilir (f. 1). Uygulama Yönetmeliği (m. 17/f. 1-a), yurt dışı temsilciliğine yapılacak izin başvurusunun bir çalışma vizesi başvurusu niteliğini kabul etmektedir.

Çalışma izni başvurusu, UİK m. 3/f. 1-i’de tanımlanan yetkili aracı kurum tarafından yapılabilir (UİK m. 7/f. 2). Çalışma izni uzatma başvurusu ise izin süresinin dolmasına altmış gün kaldığı tarihten itibaren süre dolmadan yapılmalıdır. Gecikme halinde uzatma başvurusu reddedilir (f. 3). UİK Uygulama Yönetmeliği belirli

¹⁶³ Hediye Ergin, “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2016, S. 36, s. 109; Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 387; Aysel Çelikel, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ulusal Programda Öngörülen Düzenleme”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Yıl 2002, S. 2, s. 114 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku**, s. 143; İftar, “Yabancıların İş sözleşmesi Ehliyeti”, s. 195 vd. Öte yandan mülga YÇİHK m. 4/f. 2’de “*Ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir nedenlere bağlı olarak*”, çalışmanın başlamasından önce ilgili makama önceden bilgi vermek ve bir ay geçmeden Bakanlıktan onay almak koşuluyla sonradan çalışma izni alınabileceği *şeklinde* istisnai bir durum düzenlenmekteydi. Buna dayalı olarak “(...) Yani, yabancı işçilerin çalışmasında kural olarak önceden izin alma prensibinin geçerli olduğu ancak istisnai olarak ikili ve çok taraflı anlaşmaların var olması halinde izin yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkabileceği, buna karşın ülke menfaatlerinin gerektirdiği ya da mücbir sebeplere bağlı olarak ortaya çıkan hallerde bu yükümlülüğün ortadan kalkmayacağı fakat çalışmaya başladıktan sonra iznin alınabileceği söylenebilecektir” şeklinde görüşler savunulmaktaydı, bkz. Keser, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 31.

¹⁶⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁶⁵ Bu ifadeden kastedilenin yabancının herhangi bir yasal nedenle (örneğin seyahat amaçlı olarak) bulunduğu ülkedeki değil yabancının ilgili ülkede süreli ya da süresiz oturma, çalışma ya da öğrenim izninin bulunması olduğuna dair bir görüş için bkz. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 428: “*Hükümde geçen yabancının ‘yasal olarak bulunduğu ülke’ şartı, sadece yabancının ilgili ülkeye kaçak olarak girmemiş olmasını aramamaktadır. Zira, her ne kadar yabancının bir iş gezisi ya da turistik amaçlarla bulunduğu ülkede yasal olarak bulunduğu söylenebilirse de, bu ülkeden çalışma izni başvurusu yapması mümkün olmayacaktır. ‘Yasal olarak bulunulan ülke’den kasıt, yabancının ilgili ülkede süreli ya da süresiz oturma, çalışma ya da öğrenim izninin olmasıdır. Örneğin Londra Başkonsolosluğu’ndan çalışma izni başvurusu yapılmak istendiğinde, başvuru sırasında sunulması gereken belgelerden birinin de, kişinin Birleşik Krallık vatandaşı olmaması durumunda, geçerli bir oturma kartı olduğu (konsolosluk sitesinde) belirtilmiştir. Londra’dan başvuru yapmak isteyen kişinin, Birleşik Krallık’a geçerli bir şekilde girmesini sağlayacak bir vizesinin bulunması yeterli değildir. Bu sebeple, UİK m. 7/f. 1’deki ‘yasal olarak bulunduğu ülke’ ifadesinin kısa süreli kalış vizelerini de kapsayacak şekilde anlaşılması için yeniden formüle edilmesi gerekmektedir*”.

koşullarda Türkiye’den yapılacak başvurularda bir ikamet izninin varlığını aramamıştır (m. 15/f. 3). Ancak yönetmelik, aynı maddede (f. 4), Türkiye’den yapılacak başvurularda kural olarak en az altı ay süreli geçerli bir ikamet izninin varlığını aramaktadır.

1.6.3.2.2. Uluslararası İşgücü Politikası

Kanunda uluslararası iş gücü politikasının, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları göz önünde bulundurularak ÇSGB tarafından belirleneceği öngörülmektedir (UİK m. 4/f. 1). UİK m. 4/f. 2’de politikanın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar ayrıntılı bir şekilde sayılmaktadır. Ayrıca bakanlığın, söz konusu politikanın oluşturulmasında ilgili kurum ve kuruluşlardan görüş alacağı da belirtilmektedir (f. 3).

Kanun, yabancı istihdamı taleplerini almak, değerlendirmek ve uluslararası iş gücünün etkilerini izlemek amaçlarıyla üzere bir Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi kurmayı bakanlığın görevi saymaktadır (m. 5/f. 1). Bakanlık, kamu güvenliğini ilgilendiren konular saklı kalmak şartıyla kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden yabancılara, yabancı istihdamı ihtiyacına ve kanun kapsamındaki diğer hususlarla ilgili bilgi ve belge talep etme yetkisine sahiptir¹⁶⁶ (m. 5/f. 2).

1.6.3.2.3. Çalışma İzni Muafiyeti

UİK m. 6/f. 3 ve 4, 5901 sayılı TVK m. 28 kapsamında mavi kartlıların ve diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalar ya da uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabilmesine olanak verilmiş yabancılardan izin almadan çalışabileceğini ya da çalıştırılabileceğini öngörmüştür¹⁶⁷. Bu kapsamdakilerin çalışma izni için kanunda öngörülen başvuru usulüne uymalarına gerek yoktur.

UİK m. 3/f. 1-ç’de yer verilen çalışma izni muafiyeti, resmî bir belge biçiminde düzenlenmiş ve geçerlilik süresinde yabancıya çalışma izni almaksızın Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı tanıyan muafiyet olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶⁶ Uygulama Yönetmeliği’nin 5. maddesinde ise genel müdürlüğün uluslararası iş gücü politikasının hazırlanmasına ilişkin yetkileri sayıldıktan sonra uluslararası iş gücü politikasının genel müdürlük tarafından uygulanacağı öngörülmektedir (UY m. 6/f. 1 ve 2).

¹⁶⁷ Muafiyet kapsamındaki yabancılar, Uygulama Yönetmeliği’nin 48. maddesinde ayrıntılı bir biçimde sayılmaktadır.

Kanunun “*Çalışma izni muafiyeti*” başlığını taşıyan 13. maddesi ise tüm muafiyet hallerine kapsamlı bir şekilde değinmeksizin m. 3/f. 1-ç’de tanımlanan bu belgenin başvuru sürecini düzenlemektedir¹⁶⁸. Çalışma izni muafiyet şartlarını taşıyan yabancıların kendiliğinden çalışması mümkün değildir, bu muafiyete sahip olmaları kaydıyla çalışmaları mümkündür (m. 13/f. 1). Buna ilişkin başvuru mercileri yurt içinde Bakanlık, yurt dışında yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarıdır. Yurt dışında yapılan bu başvurular söz konusu temsilcilikler tarafından bakanlığa iletilir (f. 2). Çalışma izni muafiyeti başvurularının yetkili aracı kurumca yapılması da mümkündür (f. 3). Muafiyet başvurusunun değerlendirilmesinde, UİK m. 7’de çalışma izni başvurusu değerlendirmesine ilişkin bazı esaslar (m. 7/f. 4’teki uluslararası iş gücü politikasına göre değerlendirme esası, m. 7/f. 5’teki düzenleme ile m. 7/f. 7’deki eksik bilgi ve belgelerin tamamlanmasına ilişkin usul) uygulanacaktır (f. 4). Başvurusu kabul edilen yabancılara Bakanlıkça çalışma izni muafiyeti düzenlenecektir (f. 5).

Ancak çalışma izni muafiyeti ile çalışılan süreler, yasal çalışma izni veya ikamet izni süreleri hesaplanırken (muafiyet belgesi aynı zamanda UİK m. 12/f. 1 uyarınca ikamet belgesi yerine geçmekle birlikte) dikkate alınmayacaktır (f. 6).

UİK m. 13, çalışma izninden muaf kişiler olarak:

- 6102 sayılı TTK’na göre kurulan anonim şirketlerin Türkiye’de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağına,
- Türkiye’de gerçekleşen faaliyetleri yüz seksen günlük bir dönem içinde doksan günü geçmeyen sınır ötesi hizmet sunucusuna, yer vermiştir.

Çalışma izni muafiyeti kapsamındaki yabancılara ilişkin olarak ayrıca UİK m. 14’te yabancı diplomatik personelin yardımcılara ve yakınlarına ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır¹⁶⁹. Buna göre:

¹⁶⁸ Bu hususta bir değerlendirme için bkz. Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 100 vd.

¹⁶⁹ Misyon şefi ve diplomatik kadro ile diğer kavramlar 18.04.1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (RG 12.09.1984/18513) 1. Maddesinde tanımlanmaktadır. 24.04.1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi ise 1. Maddesi ise konsolosluk ve konsoloslukla ilgili tanımlara yer vermektedir. Sözleşmenin 47. maddesine göre “1. Konsolosluk mensupları, gönderen devlete gördükleri hizmetlerle ilgili olarak, kabul eden devletin yabancı emek

- Yabancı ülkelerin Türkiye’de bulunan diplomatik ve konsüler temsilciliklerine bağlı birim olarak çalışan okullarda, kültür ve din kurumlarında görevli yabancılar,

- Yabancı ülkelerin Türkiye’de bulunan diplomatik ve konsüler 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 özel hizmetinde yer alan yabancılar,

Çalışma izni muafiyeti çerçevesinde çalışabilirler (ÜİK m.14/f. 1-a, f. 2-b)¹⁷⁰.

Yabancı ülkelerin anılan nitelikteki temsilciliklerinin 18.04.1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve 24.04.1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi sınırları içinde bağlı birimi olarak faaliyet gösteren kurumlarda görevli yabancılarla, yabancı ülkelerin Türkiye’deki aynı nitelikteki 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 ise, ilgili ikili anlaşmada ve mevzuatta zikredilen çalışma izni muafiyeti hükümleri saklı kalmak kaydıyla çalışma izni alarak çalışabilirler (ÜİK m. 14/f. 1-b ve f. 2-a).

gücü istihdamında çalışma müsaadesine ilişkin kanun ve düzenlemelerin koyduğu yükümlülüklerden muaftırlar. “2. Konsolosluk memurlarının ve konsolosluk hizmetlilerinin yanında çalışan özel personel mensupları kabul eden devlette kazanç getiren bir başka işte çalışmadıkları takdirde bu maddenin 1. fıkrasında istihdaf olunan yükümlülüklerden muaftırlar”. Yani çalışma izni rejimine tabi olan diplomatik personelin bu görevi kapsamındaki işleri değildir. Bunlar yabancı devletin atama belgesi, bu belgenin sunulması ve kabulü ile (1961 sözleşmesi 11 ve 12. maddeler) çalışırlar. Bu personelin haricindeki diplomatik kurum çalışanları ile yakınları çalışma izni rejimine tabidir.

¹⁷⁰ Madde gerekçesinde ise “Madde ile, Türkiye’de geçerli ikamet izni olan yabancılara ikamet izin sürelerini aşmamak kaydıyla kamu yararına çalışan dernek statüsüne sahip dernekler ile vergi muafiyeti tanınan vakıflarda, karşılığında ücret veya benzeri menfaat sağlamadan çalışma izni muafiyet belgesi alarak çalışabilme imkânı getirilmektedir. Böylece kamu yararına çalışacak bu yabancılara önemli bir ayrıcalık tanınmakta, konuya ilişkin mevzuat eksikliği giderilerek uygulamada karşılaşılan sorunların çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

“Buna karşın, kamu yararına çalışmaya ilişkin muafiyet başvurularının değerlendirilmesinde; yabancının çalışacağı kuruma katkısı, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığına ilişkin ilgili kuruluşların görüşleri değerlendirmede dikkate alınmakta, yine uygulamanın istismar edilmesine engel olmak için söz konusu dernek veya vakfın çalışanlarının en az üçte ikisinin Türk vatandaşı olması zorunluluğu getirilmektedir.” ifadeleri yer almaktadır.

Yukarıda m. 14/f. 2-b kapsamındaki yabancı kişilerin aynı fıkra da belirtilen statüde bulunmayan işveren yanında çalışmak için yurt içinden yapacakları çalışma izni ya da muafiyet başvuruları ise kabul edilmeyecektir (UİK m. 14/f. 3).

UİK m. 14 kapsamındaki başvuruların yapılacağı merci Dışişleri Bakanlığıdır ve bu Bakanlıkça uygun görülmesi halinde başvuru ÇSGB'ye iletilir. İletilen bu başvurulara düzenlenecek izin veya muafiyetlerde İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü de aranmaktadır (f. 4). Ancak gerek bu madde kapsamındaki olumlu görüş, gerekse UİK m. 18'de Serbest Bölgeler Kanunu kapsamında çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularında Ticaret Bakanlığınca¹⁷¹ uygun bulunma aranması, UİK m. 8'deki ön izinden farklıdır. Bu iki madde uyarınca ÇSGB'nin yaptığı, diğer Bakanlıkların olumlu görüşü üzerine çalışma iznini düzenlemekten ibaret iken, UİK m 8'de hem izin başvurusunu ayrıca kendisi değerlendirmekte hem de izin belgesini düzenlemektedir¹⁷².

Ayrıca 6458 sayılı YUKK uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunmuş ancak başvurusu hakkında nihai karar verilmemiş olanlarla şartlı mülteci statüsündeki yabancılar uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici korunanlarsa geçici koruma kimlik belgesinin düzenlenme tarihinden altı ay sonra çalışma izni ya da muafiyeti almak amacıyla başvurabilirler (UİK m. 17/f. 1).

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m. 5/f. 4 düzenlemesi, mevsimlik tarım yahut hayvancılık işlerinde çalışacak geçici korunan yabancıların çalışma izni muafiyeti kapsamında olduklarını öngörmektedir. Muafiyet başvurusu geçici korumanın sağlandığı ilin valiliğine yapılır ve valilikçe ÇSGB'ye iletilir. Bakanlık, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici korunan yabancılara ilişkin il ve kota sınırlaması getirebilir (m. 5/f. 5).

Görüldüğü üzere çalışma izni muafiyeti mevzuatta dağınık bir şekilde yer almıştır ve muafiyet nedenleri hakkındaki esas belirleme, UİK m. 25 ile yönetmeliğe bırakılmıştır. UİK m. 25/f. 1-a, b, c, ç uyarınca çalışma izni veya muafiyeti başvuru şartları, işlemleri, bunların kapsam, tür ve süreleri, muafiyet kapsamında değerlendirilecek yabancılarla bunların çalışma alanları, yabancıdan ve işverenden

¹⁷¹ Mevzuatta Ekonomi Bakanlığı'na atıf yapılıyor olsa da söz konusu Bakanlık 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile (RG 10.07.2018/30474) Ticaret Bakanlığına devredilmiştir.

¹⁷² Ekşi, a.g.e., s. 238.

istenecek bilgi ve belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan görüş alınmasına ilişkin süre, kapsam, içerik, bildirim ve benzeri hususlar Uygulama Yönetmeliği'nde (m. 48) düzenlenmiştir.

Yönetmelik maddesinde öngörülen kişilerle ilgili faaliyetlerin genellikle kısa süreli ve geçici niteliği vurgulanmaktadır¹⁷³. Bu sebeple olsa gerektir ki yönetmelikte (UY m. 51/f. 3) muafiyet sürelerinin uzatılmayacağı vurgulanmaktadır. Muafiyet süresi kapsamındaki çalışmanın uzaması halinde ise Bakanlığa tekrar başvuru ile çalışma izninin alınması zorunlu kılınmıştır (UY m. 53).

1.6.3.2.4. Çalışma İzni Türleri

1.6.3.2.4.1. Süreli Çalışma İzni:

ÜİK m. 10/f. 1, başvurusu kabul edilen yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak kaydıyla, 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 verileceğini düzenlemektedir. Bu hükümdeki “iş veya hizmet sözleşmesinin süresi” ifadesinden hareketle yabancıların iş sözleşmelerinin belirli süreli yahut şarta bağlı sayılıp sayılamayacağı tartışmasına daha sonra değinilecektir. Ancak bu hükümden çalışma izninin:

a- Kural olarak ilk veya uzatma başvurusu sonucunda verilen süreli bir izin olacağı,

b- Belirli bir işverene ait belirli bir işyerine veya bu işverene ait aynı işkolundaki işyerlerine özgü olacağı,

c- Belirli bir işe özgü olacağı,

Sonuçları çıkmaktadır¹⁷⁴.

¹⁷³ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 102.

¹⁷⁴ Bkz. Töre, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, s. 178; Keser, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 32; Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 388 vd.; Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 441. Eklemek gerekir ki meslek, iş kavramından daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Yabancıların aynı meslek kapsamında farklı bir iş yapabilmesi mümkündür, ancak farklı bir mesleğin icrası gerekirse bu artık çalışma izninin geçerliliğini

Yabancı işçi UİK m. 7/f. 3'te düzenlenen sürelerde çalışma izninin uzatılması başvurusunda bulunabilir. Uzatma başvurusunun kabul edilmesi hâlinde yabancıya yine aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verileceği öngörülmektedir¹⁷⁵. Bununla birlikte, başvuruda başka bir işveren yanında çalışma isteği varsa bu maddenin birinci fıkrası kapsamında ilk başvuru gibi değerlendirilecektir (m. 10/f. 2). Uzatma halinde uzatılan çalışma izninin süresi önceki çalışma izni süresinin bitim tarihinden itibaren başlar¹⁷⁶.

Böylece yabancıların sadece aynı işverene bağlı çalışması veya çalışacak olması ona çalışma hakkı bakımından bir avantaj sağlamakta, mevzuat tarafından ödüllendirilmekte ve uzatma başvurularında bir ayrıcalık tanınmaktadır. Ancak kanun, yabancı işçinin iş sözleşmesini örneğin işverenin 4857 sayılı İş Kanunu m. 24/II kapsamındaki davranışları sebebiyle, cinsel taciz yahut ücretinin ödenmemesi sonucu haklı nedenle feshetmesi durumunda veya işverenin haksız ya da geçersiz feshi halinde bile, Türkiye’de yeni bir işverene tabi olarak başka bir işyerinde çalışmasını tekrar ilk defa başvuruda bulunmuş gibi çalışma izni almasına bağlamış, feshin çalışma izni bakımından külfetini de yabancı işçiye yüklemiştir. Madde gerekçesinde farklı işveren yanında çalışma halinde uzatma işlemlerindeki uygulama zorlukları sebebiyle bu gibi başvuruların ilk başvuru olarak değerlendirmesi yoluna gidildiği belirtilmektedir. Çalışma izninin belirli bir işverenle sınırlı tutulmasının nedeni yabancı işçinin çalışma hakkının bulunduğu ülkenin kamu düzeni, sosyal ve ekonomik dengesi açısından *kayıt altında tutulmasıdır*. Bu amaca ulaşılması sağlandığı, örneğin ülkedeki işsizlik olgusu açısından iş gücü politikası da dikkate alınarak uzatma başvurusunun reddini gerektirir bir gelişme olmadığı sürece ve farklı işveren yanında çalışma, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece salt pratik zorluklar gerekçe gösterilerek daha önce YÇİHK’da da yer alan bu kısıtlamanın ağırlaştırılarak¹⁷⁷ devam ettirilmesinin işçinin kişilik hakları açısından ne denli isabetli olduğu tartışılabilir.

kaybetmesi demek olan ve yeni bir çalışma izni başvurusu gerektiren bir durumdur. Bkz. Mustafa Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, **AÜHFD**, C. 53, Yıl 2004, S. 2, s. 39.

¹⁷⁵ 4817 sayılı mülga YÇİHK m. 5/f. 1’de uzatma süreleri, ilk uzatma başvurusunda 3 yıla kadar, ikinci de 6 yıla kadar öngörülmüştü.

¹⁷⁶ Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 121.

¹⁷⁷ Mülga YÇİHK m. 5/f. 3’te üç yıllık yasal çalışma süresini tamamlayan yabancı işçinin ikinci uzatma başvurusunda aynı meslekte kalmak koşuluyla dilediği işveren yanında çalışabilmesine olanak tanınmaktaydı.

İşyerinin adresinin değiştirilmesi veya işçinin farklı bir şubede görevlendirilmesi işyeri ile ilgili sınırlandırma kuralına aykırılık teşkil etmez. Ancak bu durumda değişikliğin izni veren bakanlığa bildirilmesi gereklidir¹⁷⁸. Şu halde aynı işverene ait farklı bir işyeri ya da farklı bir işletmede görevlendirme halinde bu yeni bir çalışma izni başvurusu gerektirecek midir? Kanunun m. 10/f. 1 ve f. 2 hükümleri madde gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde önemli olan aynı işverene bağlı çalışma olduğundan işveren değişmediği sürece farklı bir işyeri veya işletmede aynı çalışma izni kapsamında görevlendirilmede bir sakınca olmadığı düşünülebilir¹⁷⁹. Ancak işyeri veya işletme değişikliğinin izin kapsamı dışına çıkan bir işkolu değişikliği anlamına geldiği durumlarda aynı sonuca varmak güçtür¹⁸⁰.

Yabancı işçinin ailesi bakımından mülga YÇİHK m. 5/f. 4'te ve Uygulama Yönetmeliği m. 28'de yabancının eş ve çocuklarının kendisi ile birlikte en az beş sene kesintisiz ve yasal olarak ikamet etmiş olması kaydıyla süreli çalışma izni alabilecekleri öngörülerek bir ikamet sınırlaması getirilmişti. 6735 sayılı Kanunda böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla yabancı işçinin ailesi de 5 yıl ikamet koşulu aranmaksızın çalışma izni talebinde bulunabilmelidir. Bu kuşkusuz bir yönüyle çalışma izninin bireyselliği ile diğer bir yönüyle de BM sözleşmelerinde ifade bulan göçmen işçi ailelerinin korunması ile uyumlu bir gelişmedir. Zira sözleşmenin işçinin aile bireylerini de hukuk süjesi olarak koruyan 24. maddesi uyarınca öncelikle yabancı işçinin aile fertlerinin de – koşulları varsa – çalışma izni için bireysel olarak başvurma hakları vardır. Yine madde 44'te aile birliğinin temini ilkesi düzenlenmektedir. Yeni kanun, salt yabancı çalışanın aile ferdi olmayı çalışma izninin verilmesine dayanak kabul etmemekle birlikte, yabancı işçinin birlikte yaşayan eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının süreli çalışma izni başvurusunda en az 5 yıl ikamet etme şartını kaldırmıştır.

¹⁷⁸ Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 119.

¹⁷⁹ Mülga YÇİHK m. 5'te çalışma izninin işletmeye özgü olarak verilebileceği de belirtilmekteydi. Yeni kanunun metninde bir sınırlama ölçütü olarak bu kavrama yer verilmemiştir. Bu durumda aynı işverene ait ve aynı işkolunda olmak koşuluyla farklı bir işletmede çalışılması yeni bir çalışma izni gerektirmeyecektir. Eski kanun hakkındaki bir değerlendirme için bkz. Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, s. 41.

¹⁸⁰ Nitekim “Şube veya görev değişikliği” başlığını taşıyan UY m. 26/f. 1-c farklı bir işyerinde çalışma için işverenin diğer şubesinde yapılacak işin “mesleki yeterlilik veya ön izin gerektirmemesi ve mevcut işiyle benzer veya uyumlu olma” sı gerekliliğini aramaktadır.

1.6.3.2.4.2. Süresiz Çalışma İzni:

Uzun dönem ikamet izni ya da en az sekiz yıllık kanuni çalışma izni Türkiye’de bulunan yabancılar, süresiz çalışma izni için başvurabilir. Ancak, yabancı salt başvuru şartlarını taşıması sebebiyle bu izne yönelik mutlak bir hak edinmiş sayılmaz (m. 10/f. 3), yani yabancının bu koşulları karşılaması her durumda onun süresiz çalışma izni alabilmesini sağlamaz¹⁸¹.

Uzun dönem ikamet izni, YUKK m. 42’de düzenlenmiştir ve madde metninde “süresiz ikamet izni” olarak yer almaktadır. İkamet izni türlerini sayan YUKK m. 30/f. 1-ç’de ise aynı izin, “uzun dönem ikamet izni” olarak ifade edilmektedir¹⁸². Bu ikamet iznine sahip olabilmek için Türkiye’de kesintisiz 8 yıl ikamet etmiş olmak veya Göç Politikaları Kurulu tarafından belirlenen şartlara uymak gerekir. YUKK m. 42 kapsamında en sekiz yıl ikamet izniyle yurtda bulunan ya da Göç Politikaları Kurulu’nun koyduğu şartları karşılayan yabancılar İçişleri Bakanlığının onayı ile valiliklerden süresiz ikamet izni alabilirler. Ancak YUKK m. 42/f. 2’de uluslararası koruma statüsünde ya da geçici korunan statüsündekilerin uzun dönem ikamet iznine hak kazanamayacakları düzenlenmiştir.

Uzun dönem ikamet izninin şartları YUKK m. 43 ve YUKK’un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in¹⁸³ 40 ila 43. maddelerinde düzenlenmiştir. Belirtilen kanun ve yönetmelik maddelerinden uzun dönem ikamet izni için yabancının belirli bir gelir ve yaşam seviyesine sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Süresiz çalışma izni, yabancı işçiye UİK m. 10/f. 4 uyarınca uzun dönem ikamet izninden kaynaklanan tüm hakları sağlar. Süresiz çalışma iznine sahip olan yabancı, kural olarak, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Bu tür çalışma iznine sahip yabancının vatandaşlara özgü hak ve yükümlülükleri (askerlik, seçme, seçilme vb.) yoktur. Türk vatandaşlarına tanınan haklardan çalışma hakkını kullanırken, süresiz çalışma iznine sahip yabancı işçi, sadece Türk vatandaşlarına özgülenmiş işleri yapabilecek midir?

¹⁸¹ Ayrıca bkz. Ekşi, **a.g.e.**, s. 243-244.

¹⁸² Ekşi, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁸³ RG 17.03.2016/29656

YUKK m. 44/f. 1’de¹⁸⁴ uzun dönem ikamet izni tarafından mümkün kılınan hakları belirtmektedir. Buna göre bu izne sahip yabancılar, seçme ve seçilme hakkı, askerlik yükümlülüğü, kamu görevlerine girebilme, muaf olarak araç ithal etme ile özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacaklardır.

Uzun dönem ikamet izni sahiplerinin çalışma hakkı açısından YUKK hükmünde açık bir sınırlama yer almıyor gibi görünse de 6552 sayılı Kanunla değişik YÇİHK m. 6’da bu kişilerin açıkça çalışma izni almaları gerekliliği vurgulanmaktaydı. Diğer yandan bu ikamet iznine sahip olanların haklarına ilişkin YUKK Uygulama Yönetmeliğinin 41. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça *“Birinci fıkradaki hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişiler bu haklardan yararlanmayı talep edemezler”* düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında süresiz çalışma izni, yabancıya sadece Türk vatandaşlarına özgülenen işlerde çalışma hakkı sağlamayacaktır¹⁸⁵. Yasağın kanunla değil yönetmelikle getirilmesi ise hukuk tekniği açısından tartışılabilir niteliktedir.

Diğer yandan TVK m. 11’deki düzenleme uyarınca 5 yıllık kesintisiz ikametle birlikte Türk vatandaşlığına kabul için diğer koşulları sağlayan bir yabancı, süresiz çalışma izni yerine Türk vatandaşlığı için de başvurabilir. Süresiz çalışma izni için gerekli yasal koşulların vatandaşlığa hak kazanmadan daha ağır oluşu ve bu izni pratikte zorlaştırması doktrinde eleştirilmiştir¹⁸⁶.

Süresiz çalışma izni, süreliiden farklı olarak kanunda belirli bir işveren ve bu işverene ait belirli bir iş ve işyeri sınırlamalarına tabi tutulmamıştır¹⁸⁷. Turkuaz Kart örneğine benzer şekilde belirli bir işveren adına olmayan (ama Turkuaz karttan farklı olarak kanunda ayrıca belirtilen bağımsız/kendi ad ve hesabına çalışma hakkı da vermeyen) bir çalışma iznidir. UİK Uygulama Yönetmeliği m. 28/f. 2 maddesine göre süresiz çalışma izni sahibi yabancı, işyeri değişikliğini en geç yeni işyerinde çalışmaya başlamadan on gün önce bakanlığa bildirmek zorundadır.

¹⁸⁴ Bu maddenin 2. fıkrasında önceleri Bakanlar Kurulunun birinci fıkradaki hakları sınırlayabileceği belirtilmekte idi. Daha sonra Bakanlar Kurulunun yetkileri Cumhurbaşkanlığına devredildi.

¹⁸⁵ Ayrıca bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 207 vd.

¹⁸⁶ Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 449 vd.

¹⁸⁷ 4817 sayılı Kanunda da bu benzer şekilde düzenlenmiştir, bkz. Çelikel, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri”, s. 115; Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, s. 41.

Diğer bir husus da 8 yıllık yasal çalışmanın aynı işyerine bağlı olup olmadığının yasal koşulun gerçekleşmesini engellemediğidir. İşçi bu 8 yıllık yasal çalışma süresini değişik işyerlerinde çalışarak da tamamlamış olabilir. Ayrıca kanun, UİK m. 15'teki geçersizlik koşulları hariç, YUKK m. 28'deki ikamette kesinti sebeplerinden farklı olarak çalışma iznine tabi olarak yabancı işçinin istihdam edildiği süre bakımından bir kesinti öngörmemiştir. Yani yabancı işçi Türkiye'de zaman aralıklarıyla da çalışmış ve 8 yıllık süreyi bu şekilde doldurmuş da olabilir¹⁸⁸.

1.6.3.2.4.3. Bağımsız Çalışma İzni

Yabancı kişiye Türkiye'de kendi ad ve hesabına çalışma hakkı veren çalışma iznine bağımsız çalışma izni denir (UİK m. 3/f. 1-a). Bu izin türü UİK m. 10/f. 6 ile 8'de düzenlenmiştir. Yabancılar, diğer kanunlarda belirtilen şartların sağlanması koşuluyla bağımsız çalışma izni verilebilir (m. 10/f. 6). Bağımsız çalışma izninin uluslararası iş gücü politikası doğrultusunda değerlendirilmesinde, kanunda sayıldığı üzere, yabancının eğitimi, mesleki tecrübesi ile bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki çalışmalarının ülke ekonomisine etkisi, gibi hususlarla Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlar göz önüne alınacaktır (f. 7). Bağımsız çalışma izni, yasada yer alan süre sınırlamalarına tabi olmaksızın ama yine de süreli olarak düzenlenecektir (f. 8). Yani yine süreye tabi olmakla birlikte, maddede önceki fıkralarda düzenlenen bir işverene bağımlı çalışacak yabancıların kural olarak tabi olacakları süreye tabi olmayacaklardır. 5. fıkra 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olan limited şirket ortağı olan şirket müdürü, anonim şirketin ortağı olan yönetim kurulu üyesi, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yöneticisi konumundaki komandite ortak yabancıların da çalışma izni almak suretiyle çalışabilecekleri belirtilmiştir. Madde metninde bunun hangi izin olacağı belirtilmese de madde metninden ve gerekçeden kastedilenin bağımsız çalışma izni olduğu anlaşılmaktadır. Bu yabancılar da bağımsız çalışma izni için başvurabileceklerdir¹⁸⁹. Bu çalışmanın konusu bir işverene bağlı olarak çalışan yabancılar olduğu için bu izin ve bu izne sahip kişilerin hukuki durumları üzerinde durulmayacaktır.

¹⁸⁸ Demirkol, "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", s. 445-446.

¹⁸⁹ Tuncay, "Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı", s. 105; Demirkol, "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", s. 452 vd.

1.6.3.2.4.4. Turkuaz Kart

Nitelikli yabancı iş gücünün istihdamı için mevzuatta 6735 sayılı Kanunla istisnai çalışma izni ve ayrıca yabancı mimar ve mühendisler hakkında düzenlemeler öngörülmüş, buna ilave olarak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Serbest Bölgeler Kanunu'ndaki özel düzenlemelerle birlikte birçok hüküm yer almaktadır.

UİK m. 3/f. 1-ğ'de tanımlanan Turkuaz Kart da aynı amaca yönelik bir çalışma izni türüdür. Turkuaz Kart, sahibine Türkiye'de çalışma hakkını süresiz olarak kazandıran, yasaya göre bakmakla yükümlü olduğu eş ve çocuklarına da ikamet hakkı sağlayan belgedir. Bu izin türünün şartları ise UİK m. 11 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ayrıca UİK m. 11 ve 25 hükümlerine dayanılarak Turkuaz Kart Yönetmeliği çıkarılmıştır¹⁹⁰. UİK m. 11 metninden¹⁹¹ anlaşıldığı üzere yasal düzenlemenin amacı nitelikli iş gücünden faydalanmak ve bu iş gücünü ülkeye kazandırmaktır¹⁹². Bu amaca madde gerekçesinde de yer verilmiş ve kolaylaştırılmış bir çalışma izni öngörüldüğü, yabancı istihdamının ekonomiye ve kalkınmaya faydasının en üst seviyeye çıkarılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Bu izin türü, sahibine süresiz çalışma izni sahipleriyle aynı hakları sağlar. Ayrıca bu izin normal çalışma izninden farklı olarak belirli bir işverene ve belirli bir işyerine bağlı olarak verilmemektedir. İlk önce 3 yıllık bir geçiş süresi sonunda, bu süre içinde izin iptal

¹⁹⁰ RG 14.03.2017/30007

¹⁹¹ “Uluslararası iş gücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir.

“Turkuaz Kart, ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilir. Bakanlık, geçiş süresi içinde işveren veya yabancından yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgi ve belge talep edebilir. Geçiş süresi içinde 15’inci madde uyarınca iptal edilmeyen Turkuaz Kartta yer alan geçiş süresi kaydı, yabancının başvurusu hâlinde kaldırılır ve süresiz Turkuaz Kart verilir. Bu başvuru, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren, her durumda geçiş süresi dolmadan yapılır. Bu süre dolduktan sonra geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin yapılan başvuru reddedilir ve Turkuaz Kart geçersiz hale gelir.

“Turkuaz Kart sahibi yabancının, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilir.

“Turkuaz Kart sahibi yabancı bu Kanunda düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır.

“Turkuaz Kart uygulamasında; akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler nitelikli yabancı olarak değerlendirilir.

“Geçici koruma sağlanan yabancılara bu madde hükümleri uygulanmaz.”

¹⁹² Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 106; Ergin, “Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, s. 110.

edilmezse ve süresi dolmadan önce 180 gün içinde talepte bulunulursa tam anlamıyla süresiz çalışma iznine dönüşmektedir¹⁹³.

Turkuaz kart sahibi bağımsız olarak da çalışabilir¹⁹⁴. Turkuaz Kart sahibinin eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen bir belge verilir. Bu izin aileye de YUKK m. 34 hükümlerine göre avantaj sağlamaktadır. Zira bu hükme göre ikamet izni sahibi yabancının eş ve çocuklarına verilecek ikamet izninin süresi her defasında 3 senedir. Turkuaz kart uygulamasında ise iznin sahibinin yakınlarına kart sahibinin izninin geçerlilik süresi kadar bir ikamet izni verilmiş olmaktadır. Ancak çok eşlilik halinde bir hüküm bulunmadığından bu hususta YUKK m. 34/f. 2'nin ("Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir") ve ortak velayette diğer eşin muvafakatine ilişkin 34/f. 3'ün kıyasen uygulanması gerektiği savunulmuştur¹⁹⁵. Bu görüşe göre Turkuaz Kart sahibi yakını statüsündekilere "otomatik" çalışma izni tanınması önerisi kanımızca çalışma izninin bireysel niteliği dikkate alındığında mümkün değildir. Diğer yandan Turkuaz Kart sahibi yakını statüsünde bulunan kişinin çalışma hakkını kullanabilmesinin bulunduğu statüyü terk etmesine bağlı olduğu da söylenemez. Zira bu statünün getirdiği kolaylık, milletlerarası hukukta başka ülkede çalışmak zorunda olan kişinin aile birliğinin korunmasına ilişkin ilke ve kurallara dayanmaktadır. Bu sebeple böyle bir tercih yapmaya zorlanamaz. Yabancının çalışma hakkı, bir yönüyle, o ülkede (mülteci, sığınmacı vb. statüde veya sadece göçmen işçi statüsünde) bulunmasına olanak tanınan yabancı kişinin çalışarak kendi hayatını sürdürmesine de engel olunamayacağı kabulünün sonucudur. Şu halde Turkuaz Kart yakını statüsünün, ikamet izni açısından kolaylık sağlarken, çalışma izni edinilmesine engel olduğu şeklinde yorumlanması kanımızca mümkün değildir. Bu statüdeki kişinin örneğin süreli çalışma izni için başvurması halinde, kanunun iki farklı hükmünün çatışması (bir yandan süreli çalışma izninin o sürede ikamet izni yerine geçmesi, diğer yandan süresiz çalışma izni niteliğindeki Turkuaz kartın tanıdığı statü) sebebiyle, başvurunun nasıl sonuçlanacağı

¹⁹³ Nitekim Turkuaz Kartın süresiz çalışma izninin bir türevi olduğu belirtilmektedir, bkz. Erken, **Türkiye'de Yabancıların Çalışması**, s. 118.

¹⁹⁴ Tuncay, "Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı", s. 108.

¹⁹⁵ Bkz. Demirkol, "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", s. 457. Yazar ayrıca Turkuaz Kart yakınına çalışma izni açısından bir düzenleme getirilmemesini bir eksiklik olarak nitelendirmektedir, bkz. aynı yerde s. 462.

tartışmasının ortaya çıkması düşünülemez. Türkiye’de geçerli ikamet iznine sahip yabancılara yurt içinden çalışma izni başvurusu yasaklanmamışken, Turkuaz kart sahibi yakını statüsündeki yabancıya bu şekilde bir engel çıkarmanın hedeflendiği de söylenemez. Ancak anılan görüşteki temel motif, düzenlemenin amacına istinaden bu statüdeki kişilerin doğrudan doğruya örneğin bir istisnai çalışma izni kapsamına alınmamış olmaları veya kendilerine süresiz çalışma izni bağlamında kolaylık tanınmaması dikkate alındığında, yerindedir.

Nitelikli iş gücü, maddenin 5. fıkrasında tanımlanmıştır. Nitelikli iş gücü ve nitelikli yatırımcı tanımlarının yer aldığı UİK Uygulama Yönetmeliği m. 32’de ise bunların kapsamı oldukça geniş tutulmaktadır.

Yönetmelikte Turkuaz Kart sahibi ve yakını ayrı ayrı tanımlanmakta ve bu izne ilişkin süreçler ayrıntılı olarak düzenlenmektedir (TKY m. 4/f. 1-e, f). Bu çerçevede ilgili yabancı kişinin Turkuaz Kart edinmesinin uygun olduğunu gösteren ve Genel Müdürlükçe belirlenen kurumlar ya da kuruluşlarca verilecek uygunluk belgesi de tanımlanmaktadır (TKY m. 4/f. 1-ğ). Ancak yönetmeliğin uygunluk belgesine ilişkin 10. maddesinde bu kurum ve kuruluşların Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nce belirleneceği tekrar belirtilmekle yetinilmektedir.

Bu iznin kimlere verilebileceği yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiştir¹⁹⁶.

Yönetmelik metnindeki koşullardan bazıları (milli menfaatlere ilişkin hususlar gibi) kanunda belirtilenlerden de geniştir. Gerek kanundaki nitelikli iş gücü tanımı unsurları, gerek bu yönetmelikteki, her ne kadar puanlama sistemine bağlanacağı aşağıda belirtilmişse de, idari makamların takdirine son derece açıktır. Turkuaz Kart başvurusu, yurt içinde doğrudan “Bakanlık Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi” (m. 4/f. 1-ç), yurt dışında ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal

¹⁹⁶ “Turkuaz Kart;

a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli iş gücü olarak değerlendirilen,

b) Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,

c) Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı,

ç) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan,

d) Türkiye’nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye’nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan, Yabancılar verilebilir.”

olarak bulunduğu ÷lkedeki Türk dış temsilciliğı aracılığıyla yapılır (TKY m. 6/f. 1). Yurt dışından yapılan başvuruya ilişkin bilgi ve belgeler Türk dış temsilciliğince elektronik ortamda Bakanlığa iletilir (f. 2). Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancı, yurt içinden yabancı kimlik numarası ile sistem üzerinden doğrudan kendisi başvuru yapabilir (f. 3). Turkuaz Kart başvurusu, yurt içi ve yurt dışından yabancı adına yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilir (f. 4). Turkuaz Kart başvurusu sırasında yabancı ve yakınına ilişkin Genel Müdürlükçe belirlenen bilgi ve belgelerin sisteme girilmesiyle başvuru tamamlanır (f. 5). Yönetmelikte 7 ve 8. maddelerde kart sahibi yakınlarının ikamet başvurusu ile başvuru belgeleri ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Turkuaz kart başvurusunun değerlendirilmesi hususu TKY m. 9’da yer almaktadır. Bu maddeye göre Turkuaz Kart başvurusu değerlendirilirken genel müdürlükçe uluslararası iş gücü politikası doğrultusunda ortaya konulan kıstaslarla geliştirilen puanlama sistemi kullanılacaktır (f. 1). Puanlama sistemine göre yeterli puanı elde eden başvuru olumlu değerlendirilecektir (f. 2). 5’inci maddenin birinci fıkrasının yüksek nitelikli yatırımcı, bilim insanı veya araştırmacı ve kültür sanat, spor faaliyetlerindeki başarılı kimselere ilişkin bentlerinde sayılan yabancılar için yapılan başvuruların değerlendirilmesinde, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından alınmış uygunluk belgesinin bulunması halinde bu belge puanlamaya dâhil edilebilecektir (f. 3). Lisans öğreniminin son yılında olan veya lisansüstü öğrenimi gören örgün öğretim öğrencilerinden öğrenim gördüğü alandaki yüksek becerisi, potansiyeli veya akademik çalışmaları ve araştırmaları ile üstün başarılı olanlar için yapılan başvuruların değerlendirilmesinde, öğrenim gördüğü kurum ile bu kurumda çalışan öğretim üyelerinin ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınabilir (f. 4).

TKY m. 10’da düzenlenen “uygunluk belgesi”nin düzenlenmesi, Turkuaz Kart için başvuran yabancınn gerekli koşulları sağlaması halinde bile, madde metninde yer alan “düzenlenebilir” ifadesi nedeniyle kesinlik arz etmemektedir. Bu ifadeden gerekli görülmezse düzenlenmeyebileceğı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca yukarıda 9. maddede bu belgenin puanlamaya “dâhil edilebileceğı” düzenlemesinden zaten gerekli görülürse düzenlenecek bu belgenin yine *gerekli görülürse* puanlamaya dâhil edilebileceğı sonucu çıkmaktadır. Bu “uygunluk belgesi”, düzenlenmesi ve kullanılması hiçbir şekilde yabancıya Turkuaz Kart talebine ilişkin kazanılmış hak sağlamayacak bir belgedir.

Başvuruların değerlendirilmesinde kullanılacak puanlama sisteminin nasıl hazırlanacağı ise 11. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir ve bölge, il, sektör, meslek, işkolu temelinde puanlama kıstaslarını değiştirme konusunda Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü'ne geniş yetkiler tanınmıştır.

İdarenin son derece geniş yetkilerinin olduğu bu aşamalardan sonra yapılacak değerlendirme sonucunda TKY m. 12'ye aykırı (uluslararası iş gücü politikasına, değerlendirme kıstaslarına aykırılık, sahte ya da yanıltıcı bilgi ve belgelere dayalı olma, yabancı istihdamına ilişkin gerekçenin yetersizliği, Türk vatandaşlarına hasredilen işlere yönelik olma, Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ait olma, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılma, yasal başvuru süresine aykırılık ya da eksikliklerin tamamlanmaması) başvurular reddedilecektir.

Turkuaz Kart sahibi yabancından ve yakınlarından çalışma ve ikamet izin harcı alınmaz (TKY m. 14/f. 1). Yabancıya verilecek Turkuaz Kart ve yakınına verilecek olan Turkuaz Kart sahibi yakını kartı, 210 sayılı Değerli Kâğıtlar Kanunu gereği, değerli kâğıt olarak düzenlenir (m. 14/f. 2).

Turkuaz Kart ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilir (TKY m. 15/f. 1). Geçiş süresinde yönetmelik gereği kart sahibinin faaliyetleri bir uzman eliyle takip edilir ve bu uzman eksikliklere dair rapor hazırlar. Söz konusu rapordaki eksiklikleri gidermeyen kart sahibinin geçiş süresi sonlandırılır ve kartı iptal edilir (f. 2 vd.). Geçiş süresi içinde genel müdürlük tarafından yabancının yurt içi ve yurt dışı faaliyetlerinin incelemesi yapılabilir veya yaptırılabilir¹⁹⁷ (f. 6).

Turkuaz kart sahibi yabancı, geçiş süresi kaydını kaldırılmasını talep edebilir ve bu talep kabul edilirse bu izin süresiz hale gelir. Geçiş süresi kaydının kaldırılması talebi, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kala ve en geç süre dolmadan yapılmak zorundadır. Sürenin kaçırılması halinde Turkuaz Kart geçersiz hale gelir. Süre dolduktan sonra yapılan başvurular reddedilir (TKY m. 17/f. 1). Geçiş süresi kaydı, kart sahibinin talebi üzerine otuz gün içinde hazırlanacak raporun olumlu olması koşuluyla genel müdürlük tarafından kaldırılır (f. 2). İlgili uzman tarafından hazırlanan nihai raporun olumsuz olması halinde genel müdürlükçe bir değerlendirme yapılarak

¹⁹⁷ Bu inceleme müdürlükçe yetkili aracı kuruma da yaptırılabilir, TKY m. 16.

ya geçiş süresinin uzatılmasına ya da sürenin sonlandırılarak kartın iptaline karar verilir (f. 3). Yani geçiş süresi idarenin takdirine bağlı olarak uzatılabileceği gibi iznin tümünden iptaline de karar verilebilir.

Geçiş süresi içinde iptal edilmemesi ve geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin talebin uygun bulunması ile Turkuaz Kart'taki geçiş süresi kaydı kaldırılır ve sonuç olarak Turkuaz Kart süresiz hale gelir (TKY m. 18).

Turkuaz Kart sahibinin hak ve yükümlülükleri TKY m. 19'da süresiz çalışma izni sahibinin haklarıyla eş tutularak düzenlenmektedir. TKY m. 19/f. 3 ise kart sahibinin vatandaşlık başvurusu olanaklarıyla ilgilidir. Bu fıkra, gerçekleşmesi halinde Turkuaz Kartın hükümsüz hale geleceği bir durumu düzenlemektedir. Zira 3 yıllık geçiş süreci sonunda geçiş süresi kaydı kaldırılırsa ve Bakanlıkça teklif edilmesi, bu teklifin kabulü halinde artık yabancı Türk vatandaşı olacağından çalışma iznine ve yabancılara uygulanan kısıtlamaların hiçbirine tabi olmayacaktır.

Turkuaz Kart sahibi yakını için ikamet izni yerine de geçen Turkuaz Kart sahibi yakını kartı düzenleneceği yönetmelikte ayrıca belirtilmektedir (TKY m. 20/f. 1-2). Kartın geçersizleşmesi durumunda kart sahibinin yakını için düzenlenen bu diğer kart da genel müdürlükçe iptal edilir (f. 3). Turkuaz Kart başvuruları ve ilgili sürecin belli koşullarda Bakanlık tarafından sınırlandırılabilmesi veya durdurulabilmesi de öngörülmektedir (TKY m. 21).

TKY m. 22'de bu izin türünün iptal sebepleri düzenlenmiştir. Bu sebepler ileride incelenecek diğer izin türleri için öngörülen sebeplerle benzer sebepler içermektedir. Düzenlemeden kart sahibinin talebi ile de iptal edilebileceği (tıpkı diğer izinlerde olduğu gibi) anlamı çıkarılmaktadır. Çalışma hakkı kişiye bağlı bir hak olduğundan hak sahibi bu hakkını kullanmak istemezse, kendi talebi üzerine her daim Turkuaz Kart iptal edilebilir. Yabancı, bu kart yerine UİK m. 10/f. 1 uyarınca süreli çalışma izni de talep edebilir. Uygulama yönetmeliğinde ise (m. 32) nitelikli iş gücüne 5 yıla kadar çalışma izni verilebileceği öngörülmüştür. İptal sebepleri pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin geçerliliğini kaybetmesi, yabancının Türkiye'ye girişine izin verilemeyecek kimselerden olması, kamu düzeni, kamu güvenliği kamu sağlığı gibi genel sebepler olabileceği gibi, doğrudan Turkuaz kartın koşullarıyla ilgili eksikliklerden, bu iznin kullanımı sırasında iznin verilmesi ile güdülen nitelikli iş gücünden yararlanmaya yönelik iş gücü politikası kapsamındaki amaçlara

aykırılıklardan da (çalışmama, kayıt dışı ya da kanuna aykırı çalışma, belirli sürede Türkiye'ye giriş yapmama ya da uzun süreli ara verme) kaynaklanabilir.

Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak koşuluyla, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini yasal süresi içinde 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre yerine getirirler (TKY m. 23).

Süresi içinde geçici süre kaydının kaldırılması başvurusu yapılmaz ve kart kendiliğinden geçersiz hale gelirse yabancı çalışan hangi yola başvurabilir? Bu durumda, başvurunun reddine ilişkin bir karar olmadığından süre geçtikten sonra yapılacak bir başvuru artık TKY m. 17 uyarınca bir geçiş süresi kaydının kaldırılması talebi olarak değil de yeni bir izin talebi olarak değerlendirilebilir. Bu hususta yeni bir Turkuaz Kart talebi mi yoksa koşullarına göre süreli/süresiz çalışma izni talebi mi bulunduğu konusunda yabancı çalışana bir seçme hakkı tanınabilir.

1.6.3.2.4.5. İstisnai Çalışma İzni (Ya Da Çalışma İznine İlişkin Kurallarda İstisnalar Tanınması)

Kanun, belirli koşullarda çalışma izni talebinin değerlendirilmesi (UİK m. 7), talebin reddi (m. 9) ve izin türleri ve hukuki sonuçlarına (m. 10) ilişkin olarak istisnalar tanınabileceğini, yani çalışma yine izne tabi olmak kaydıyla, verilecek iznin koşullarında değişiklik olabileceğini belirtmektedir. UİK m. 16 düzenlemesi daha önce üzerinde durulan nitelikli iş gücüne¹⁹⁸ ve Türk soylularla “imtiyazlı yabancılar” kategorisine ilişkin olarak da birçok unsur içeren bir hükümdür¹⁹⁹. Hangi kriterlere

¹⁹⁸ Kanunda istisnai çalışma izni ile Turkuaz Kart düzenlemelerinin alanlarının çakışması, ikiliğe sebep olması sebebiyle eleştirilmiştir, bkz. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 464.

¹⁹⁹ “Bakanlıkça belirlenen uluslararası iş gücü politikasına uygun olarak;

a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli iş gücü olarak değerlendirilen,
b) Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,
c) Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye’de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilen,
ç) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen,
d) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı,
e) Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşı,
f) 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru,
g) Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan,
ğ) Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan,

ilişkin nasıl bir istisna uygulanacağını belirlemeye ise Bakanlık yetkilidir. Yani burada da idarenin bir takdir yetkisi söz konusudur²⁰⁰.

UİK m. 16/f. 1-g'deki çalışma izni talebinin değerlendirilmesinde istisna tanınması için Türk vatandaşı ile evli olma ve Türkiye'de eşi ile birlikte yaşama kuralı daha önce YÇİHK m. 8/f. 1-a'da Türk vatandaşı ile evli olup halihazırda Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan ya da bu evlilik en az üç yıl sürdükten sonra sona ermesine karşın Türkiye'de yerleşik olan yabancılarla Türk vatandaşı eşten olan çocuklara yönelikti²⁰¹. Ancak 6735 sayılı Kanunun 16. madde gerekçesinde evliliği sona eren yabancının neden artık istisna kapsamında sayılmadığına dair bir açıklama yoktur²⁰². UİK Uygulama Yönetmeliği'nde istisnalara ilişkin 4. Bölüm altında ayrı bir maddede (m. 36) *“Bir Türk vatandaşı ile en az üç yıl süreyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan yabancı adına yapılan çalışma izni başvurusu bakımından çalışma izinleri, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak üzere üç yıla kadar düzenlenebilir.”* denilmektedir. Türk vatandaşı ile yabancının evliliğinin sona ermesi, kanımızca tek başına bu evliliğin Türk vatandaşlığına geçiş veya sırf Türkiye’ye yerleşmek için yapıldığını göstermez. Burada amaç gerçekten bir evlilik birliği kurulup kurulmadığının anlaşılabilmesidir. Evliliğin sona ermesi bu evliliğin danışıklı olup olmaması ile ilgisiz bir sebepten de gerçekleşebilir. Her durumda, yeni kanun döneminde de evliliğin danışıklı olup olmadığı Bakanlıkça çalışma iznine ilişkin istisna tanınmasında etkili olacaktır. Uygulama Yönetmeliği evliliğin danışıklı olmasını iptal sebebi saymıştır (UY m. 51/f. 1-k).

h) Alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye’ye gelen,

ı) Sınır ötesi hizmet sunucusu,

Yabancılar bu Kanunun 7’nci, 9’uncu ve 10’uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin istisnalar tanınabilir.” Daha önce mülga 4817 sayılı Kanun yürürlüğe girerken AB üyesi ülke vatandaşlarına böyle bir hakkın tanınması “gereksiz bir imtiyaz” olarak nitelendirilmiştir, bkz. Çelikel, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri”, s. 118 vd.

²⁰⁰ Değerlendirme kriterlerinin uygulanmayacağı yabancılar daha önce YÇİHK Uygulama Yönetmeliği’nin 13. maddesinin 5. fıkrasında sayılmıştı. Yeni yasal düzenleme ile eski yönetmelik hükmünün büyük oranda geçersiz hale geldiğine ilişkin değerlendirme için bkz. Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 117. Her iki kanunun karşılaştırması için ayrıca bkz. Ergin, “Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, s. 114.

²⁰¹ Türk vatandaşı ana veya baba ile yabancı ana veya babanın çocuğu TVK’na göre Türk vatandaşı sayılacağı için bu son ifadenin gereksiz olduğu belirtilmekteydi, bkz. Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, s. 47, dn. 29.

²⁰² Doktrinde, kanundaki istisnanın evlilik birliği içinde yaşayan yabancı için geçerli olduğu belirtilmektedir, bkz. Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 396.

İstisna kapsamındakiler, çalışma izni almaktan muaf yabancılar değildir. Bu kişiler de çalışma izni için başvurmak zorunda olmakla birlikte, çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde, çalışma izninin süresi, aynı işverene ve işyerine özgü olup olmaması, gerek süreli gerek süresiz çalışma izninin koşulları bakımından idarece farklı muamele görebilirler. Yani süreli çalışma iznindeki süreler bu kişilere farklı uygulanabileceği gibi süresiz çalışma izninin koşulları bakımından daha lehe bir uygulamaya muhatap olabilirler²⁰³.

Daha önce mülga 4817 sayılı YÇİHK m. 8, AB üyesi ülkelerin vatandaşlarını çalışma iznine ilişkin olarak istisna tanınacak kişiler arasında saymıştı ve YÇİHK Uygulama Yönetmeliği'nin 50. maddesinde de buna yönelik düzenlemeler getirilmişti. Yönetmelikte açıkça atıf yapılan Türkiye ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (bugünkü Avrupa Birliği) arasında Ortaklığın Geliştirilmesine ilişkin 19 Eylül 1980 tarihli 1/80 sayılı ortaklık konseyi kararının 6. maddesinde bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan bir Türk işçisinin üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına sahip olması; o üye devlette, üç yıllık yasal işten sonra ve topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına sahip olması ve üye devlette, dört yıllık yasal çalışmadan sonra, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olması öngörülmekteydi. 11. maddede ise bir karşılıklılık koşulu olarak Türkiye'deki iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olan üye devlet vatandaşı ve onunla birlikte oturma hakkına sahip olan aile bireylerinin, Türkiye'de, AB üyesi ülkelerdeki Türk işçilerine ve ailelerine konsey kararında ön görülen hak ve avantajlardan faydalanmaları öngörülmüştü. Daha önce uygulama yönetmeliğinde atıf yapılan bu konsey kararına, UİK m. 16/f. 1-e'de (veya Uygulama Yönetmeliği'nde) açıkça atıf yapılmamaktadır. Madde gerekçesinde AB üyelik sürecinin bir parçası olarak bu istisnanın tanınmış olmasına dayanılarak, AB üyesi ülke vatandaşlarına gerek çalışma izninin süresi gerekse değerlendirme kriterleri açısından (örneğin her bir yabancı için 5 Türk çalıştırma ölçütü açısından) istisnalar tanınabileceği ve ortaklık konseyi kararının uygulama alanı bulabileceği düşünülebilir. Bu halde AB üyesi işçiler ve aileleri yasada öngörülenden daha kısa süre içinde süresiz çalışma izninin tanıdığı

²⁰³ Mülga 4817 sayılı Kanundaki benzer düzenlemenin eleştirisi için bkz. Alp, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun", s. 48.

olanaklara kavuşacaklardır. Böyle bir kabul, bakanlığın takdir hakkını önemli ölçüde sınırlandıracaktır²⁰⁴.

1.6.3.2.4.6. Ön İzin

Kanun, sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışacak, öğretim elemanı olarak çalışacak yabancılarla Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancılar açısından “ön izin” müessesesini getirmiştir. Bu kapsamdaki kişilerin çalışma izni başvurularının değerlendirilebilmesi için ön izin almaları zorunludur²⁰⁵. Uygulama Yönetmeliği’nde ise 4/f. 1-i düzenlemesine göre ön izin yabancıların mesleki yeterliliğine ilişkin ilgili kurumun uygunluk görüşüdür. Sağlık hizmetleri için ön izin Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetleri için Milli Eğitim Bakanlığı’ndan, Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancılar için ön izin Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’ndan alınmalıdır. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m. 34/f. 2 hükmüne göre çalıştırılacak yabancılar, Yüksek Öğretim Kurulu’nca verilecek ön izne dayanılarak ÇSGB tarafından çalışma izni verilmesi sonunda çalıştırılabilirler.

²⁰⁴ Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, s. 51 vd.

²⁰⁵ Doktrinde madde metninin Ar-Ge faaliyetlerinde çalıştırılacak yabancılar için “ön izin” yerine “olumlu görüş” ifadesini kullanmasına dikkat çekilerek burada ön izinden farklı olarak kişinin mesleki yeterliliğinin ölçülmesinin değil bakanlığın politikalarına uygunluğun arandığı belirtilerek şu sonuca varılmaktadır: “(...) Dolayısıyla, UİK m. 8/f. 3’e göre, ön izin alan yabancıların çalışma izni, bu kişilerin gerekli nitelik ve uzmanlığa sahip olmamaları nedeniyle reddedilemezken, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’ndan olumlu görüş alan yabancı Ar-Ge personelinin çalışma izinleri bu sebeple reddedilebilecektir”, Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 439. Bu hususta madde gerekçesine dayanılmaktadır. Madde gerekçesi olumlu görüş halinde izin verilmesi konusunda “(...)Böylece Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının uzmanlık ve görev alanlarına giren bu alanlarda (yani Ar-Ge alanlarında) çalışacak yabancıların çalışma izinlerinin ilgili bakanlığın (yani Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının) politikalarıyla uyum içinde olması amaçlanmaktadır” cümlesine yer vermekle yetinmektedir. Bu tür bir yorumun kabulü halinde şu varsayımsal örnek üzerinden bir soru sorulabilir: Mesela Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının uygulamakla yükümlü olduğu Basınçlı Ekipmanlar Yönetmeliği’nin (RG 03.03.2018/30349) alanında bir sınai Ar-Ge faaliyetinde çalıştırılacak bir yabancıların, son derece sıkı bir mevzuatla düzenlenmiş, en basit iş için bile mesleki sertifika istenilen ve anılan Bakanlıkça denetim ve yaptırımlar öngörülmüş bu alanda çalıştırılması için, bu konuda bakanlığın olumlu görüşünün söz konusu yabancıların teknik/bilimsel yeterliliğine değil de bundan soyut olarak “bakanlığın politikasına” dayanacağı, bu sebeple ilgili yabancıların olumlu görüşüne rağmen mesleki yetersizlik sebebiyle izin talebinin reddedilebileceği veya aksine kabul edilebileceği ileri sürülebilir mi? Yahut başka şekilde sormak gerekirse: Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından bildirilecek olumlu/olumsuz görüşün mesleki/teknik bir değerlendirmeden soyut bir politik değerlendirmeye dayandığı belirsiz bir kanun gerekçesine dayanılarak önceden (a priori) nasıl ve ne ölçüde kabul edilebilir? Cevap büyük ölçüde evetse, diğer kurum ve kuruluşların görüşleri için de aynı ayrımın yapılması gündeme gelebilir. Kanunun amacı zaten her biri kendi alanındaki teknik gerekliliklere ilişkin politikayı uygulayan kurum veya kuruluşun görüşüne başvurularak bu hususta çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesi sürecinin objektifleştirilmesi ve basitleştirilmesi ile devletin istihdam politikası arasında denge kurmaktır. Dolayısıyla sırf gerekçedeki genel bir ifadeye dayanılarak böyle bir ayrım yapmanın doğru olmadığı savunulabilir.

UİK m. 9/1-d (gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımayan yabancıların başvurusunun reddine ilişkin düzenleme), ön izne dayalı çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır (UİK m. 8/f. 3). Ön izne dayalı çalışacak yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni başvurusunda ise (m. 8/f. 4), UİK m. 7/f. 4, 5, 6 ile yani çalışma izni başvurusunun uluslararası iş gücü politikası dikkate alınarak değerlendirilmesi, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşlerinin dikkate alınması, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları doğrultusunda çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde ve çalışma izni puanlama sisteminin oluşturulmasında kullanılacak kriterler uygulanmayacak ve f, g, ğ bentleri saklı kalmak üzere UİK m. 9/f. 1 uygulanmayacaktır²⁰⁶. Uygulama Yönetmeliği'nde bu husus 20. maddede düzenlenmektedir. Vurgulamak gerekir ki öz izin, sadece kapsadığı yabancı işçiler açısından çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde bir ön koşuldur. Başvurunun mutlak kabul edileceği anlamına gelmez²⁰⁷.

1.6.3.2.4.7. Özel Durumlar

1.6.3.2.4.7.1. Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancılar

Serbest bölge, ülke sınırları içinde yer alan ancak gümrük sınırlarına dâhil edilmemiş bölgedir²⁰⁸. Serbest bölge kavramı, mevzuatta 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu m. 6/f. 1'de tanımlanmıştır. Bu kanun çerçevesinde serbest bölgelerde çalışacak yabancıların çalışma izinleri başvuruları Ticaret Bakanlığına yapılır. Bu bakanlığın yapacağı değerlendirmede çalışma izni almasında sakınca bulunmayan yabancılar ÇSGB'ye bildirilir (UİK m. 18/f. 1). Bildirime konu yabancıların çalışma izinleri UİK m. 9/f. 1-f, g, ğ hükümleri (yani Türkiye'ye girişi yasak olan, vize verilemeyecek ya da sınır dışı edilecek yabancılar, kamu düzeni, güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışması uygunsuz olan yabancılar, Dışişleri Bakanlığının aksine görüş bildirmesi hali hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşlarına ilişkin yasaklar) saklı kalmak kaydıyla ÇSGB tarafından düzenlenecektir (m. 18/f. 2). Başka deyişle, değerlendirme kriterlerinden sadece kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin olanlar

²⁰⁶ Doğan, **a.g.e.**, s. 203.

²⁰⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 204.

²⁰⁸ Elif Çelik, "Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi", **MHB**, C. 33, Yıl 2013, S. 2, s. 45.

dikkate alınacaktır. 6735 sayılı UİK m. 21, 22 ve 23 (yani idari itiraz ve yargı yolu, bildirim ve sosyal güvenlik yükümlülükleri ile denetlemeye ilişkin hükümler) Serbest Bölgeler Kanunu kapsamındaki işyerlerine uygulanmayacaktır. Bu konularda 3218 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır (UİK m. 18/f. 3). 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun 10. maddesinde, kanun kapsamındaki bölgelerde yönetici ve vasıflı personel statüsünde yabancı çalıştırılabileceği, bu bölgelerde Türk sosyal güvenlik mevzuatının uygulanacağı öngörülmektedir.

ÇSGB ve Ticaret Bakanlığı, UİK m. 25/f. 2-a hükmüne dayalı olarak “Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik” çıkarmıştır²⁰⁹. Buna göre Türkiye’de serbest bölgede çalışacak yabancı için çalışma izni alınması (genel kurala uygun olarak) zorunludur²¹⁰ (m. 5). Yurt içinden yapılacak serbest bölgede çalışmak üzere çalışma izni veya süre uzatma başvuruları, Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancı için m. 4/f. 1-d’de tanımlanan kullanıcı tarafından ilgili serbest bölge müdürlüğüne yapılır (m. 6/f. 1). Serbest bölge müdürlüğü kanalıyla yapılacak başvuruda, yabancının Türkiye’de yasal olarak bulunduğu tespiti de o serbest bölge müdürlüğüne yapılır (m. 6/f. 2). Başvuruya ait bilgi ve belgeler serbest bölge müdürlüğü tarafından Bakanlık Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemine girilir. Başvuruda, yabancıya ait yabancı kimlik numarası ile yabancının ve kullanıcının her birinin KEP (kayıtlı elektronik posta) hesabının bulunması zorunludur (m. 6/f. 3). Serbest bölge müdürlüğü başvuruyu değerlendirmesi için Ticaret Bakanlığına iletir (m. 6/f. 4). Yurt dışı başvuruları m. 7’de ayrıca düzenlenmektedir.

Ticaret Bakanlığı, yönetmelik hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla değerlendirme kriterlerini belirler ve bu kriterlere göre kullanıcıya ve yabancıya ilişkin bilgi ve belgeler üzerinden başvuruyu değerlendirir²¹¹. Değerlendirme sonucunu sistem üzerinden ÇSGB’ye iletir (m. 9/f. 1). Serbest Bölgeler Kanunu m.

²⁰⁹ RG 27.05.2017/30078

²¹⁰ Mülga YÇİHK dönemindeki ilave prosedür gerektiren uygulama için bkz. Çelik, “Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi”, s. 57 vd.

²¹¹ Belirtmek gerekir ki Serbest Bölgeler Kanunu m. 12’de yabancılara ilişkin mevzuatın bu kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmektedir. Eskiden serbest bölgelerde çalışacak yabancılar için Türk hukukunun kamu düzeni hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmekteydi, bkz. Çelik, “Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi”, s. 56 vd.). Ancak 6735 sayılı Kanunun 18. maddesi 2. fıkrası ise kamu düzenine ve yurda giriş yasaklarına ilişkin UİK m. 9/f. 1-f, g, ğ bentleri hükümlerini saklı tutmuştur. 3. fıkra serbest bölgelerde çalışacak yabancılar için itiraz ve yargı yolu (UİK m. 21), bildirim ve sosyal güvenlik yükümlülüğü (UİK m. 22) ve denetim (UİK m. 23) hakkında 6735 sayılı Kanunun değil Serbest Bölgeler Kanunundaki özel düzenlemelerin uygulanacağını belirtmektedir.

4/f. 1-d’de tanımlanan kullanıcının istihdam edeceği yabancının yönetici olarak görev yapacak olması veya nitelikli personel olması zorunludur²¹². Bu kuralın istisnası, uluslararası koruma başvuru sahibi, şartlı mülteci ve geçici koruma kapsamındaki yabancılardır. Bunların çalışma izni başvuruları ve bu başvuruların ÇSGB tarafından değerlendirilmesinde tabi oldukları mevzuat hükümleri uygulanır (f. 2). Türk dış temsilcilikleri aracılığıyla yapılan başvurular Ticaret Bakanlığı tarafından sistem üzerinden ÇSGB’ye iletilecek başvuru bilgileriyle birleştirilerek değerlendirilir (f. 3). ÇSGB, İçişleri Bakanlığınca YUKK m. 7, 15 ve 54 kapsamına girdiği belirlenen yabancılara yahut kamu düzeni, güvenliği ya da kamu sağlığına ilişkin nedenlerle Türkiye’de çalışması uygun görülmeyen yabancılardan ya da Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanımamış yahut diplomatik ilişkisinin olmadığı ülke vatandaşlarının başvurularını reddeder ve durumu Ticaret Bakanlığına sistem üzerinden bildirir (f. 4). Ticaret Bakanlığınca olumlu değerlendirilen başvurulardan dördüncü fıkra kapsamında olmadığı tespit edilenlere ÇSGB tarafından çalışma izin belgesi düzenlenir (f. 5).

Yönetmelikte serbest bölgede çalıştırılacak yabancılara ilişkin izin süreleri UİK m. 10’a paralel şekilde düzenlenmiştir. Serbest bölgede çalışacak yabancılara ilk başvuruda en fazla 1 yıllık süreyle çalışma izni verilebilir (m. 10/f. 1). Çalışma izni süre uzatma başvurusu, izin süresinin dolmasından önceki son altmış gün içinde çalışma izni süresi dolmadan yapılır. Bu süre geçtikten sonra yapılmış uzatma talebi reddedilecektir (f. 2). Uzatma başvurusunun olumlu değerlendirilmesi, yabancı açısından, aynı kullanıcıya bağlı olarak çalışması kaydıyla, ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında en çok üç yıl süreyle çalışma izni verilmesini sağlar (f. 3). Çalışma izni sürelerinin tespitinde kullanıcının faaliyet ruhsatının bitiş tarihi dikkate alınır (f. 4). Yabancının pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerinin geçerlilik süresinin bir yıldan az olması halinde çalışma izni bu süreden altmış gün daha kısa süreli verilir (f. 5).

Çalışma izni, süresinin sona ermesi ile geçerliliğini kaybeder (m. 13/f. 1). İptal açısından ÇSGB tarafından doğrudan iptal ve Ticaret Bakanlığının bildirimi üzerine iptal olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Ticaret Bakanlığınca yapılacak bildirim

²¹² Bu kriterin tanımının Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’ndaki kilit personel tanımına göre yapılabileceğine dair bkz. Çelik, “Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi”, s. 60.

istinaden çalışma izninin iptali ÇSGB tarafından şu hallerde yapılır: Yabancı yada yabancıyı istihdam eden kullanıcı tarafından serbest bölge müdürlüğü üzerinden talepte bulunulması, mevzuat çerçevesinde resen iptal, yabancının çalışma izni başlangıç tarihinden itibaren altı ay içinde serbest bölgeye gelmemesi (f. 2). Doğrudan iptal halleri f. 3'te ayrıca sayılmıştır.

Serbest bölgede çalışma izni alan yabancı ile kullanıcı, sosyal güvenlik hukuku açısından hak ve yükümlülükleri, 5510 sayılı Kanuna tabidir (m. 14). Yönetmelikte ve 3218 sayılı Kanunda izin iptali (idari itiraz ve yargı yolu) açısından serbest bölgede çalıştırılan yabancının başvurabileceği özel bir usul öngörülmemiştir. Kanunda ise 21. maddedeki bakanlığa itiraz ve idari yargı yoluna ilişkin düzenlemenin serbest bölgelerdeki yabancılara uygulanmayacağı belirtilmektedir. O halde serbest bölgede çalıştırılan yabancının, UİK m. 21'deki idari itiraz yoluna başvurmaksızın doğrudan İYUK hükümleri uyarınca çalışma izninin iptal kararının tebliğinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesine başvurabileceği kabul edilebilir.

Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'nde de²¹³ hem yerli hem de yabancı iş gücü çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Serbest bölgede faaliyet ruhsatı ve belirli bir işyeri bulunan gerçek veya tüzel kişiler (kullanıcılar) ve bunların serbest bölgedeki işyerleri ile bu işyerlerinde çalışanlar, Serbest Bölge Müdürlüklerinin gözetim ve denetiminde, Türkiye Cumhuriyeti çalışma mevzuatı hükümlerine tabi tutulurlar (SBUY m. 17/f. 1). Yani serbest bölgede yabancı ülke kanunları uygulanamayacaktır²¹⁴. Türkiye sınırları içindeki işyerleri için öngörülen asgari ücret ve fazla çalışma esasları, B.K.İ. ("*Bölge Kurucu ve İşleticisi: Serbest bölgenin özel sektör tarafından kurulması ve işletilmesi halinde, bölgeyi kuran ve işleten kuruluş*", SBUY m. 4/f.1-g) veya işletici ile kullanıcıların işyerleri için de uygulanır (f. 2). Bölgede çalışanlar ile işverenler arasında yapılan "İş Akdi" üç nüsha olarak düzenlenir ve bir nüshası Serbest Bölge Müdürlüğüne verilir²¹⁵ (f. 3). Kullanıcı statüsündekilerin bölge faaliyetleri, çalışma mevzuatı hükümlerine uygun olarak asıl

²¹³ RG 10.03.1993/21520.

²¹⁴ Bkz. Okur, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakları", s. 957. Böyle bir durumda, tarafların MÖHUK m. 27 uyarınca hukuk seçimi yapmalarının önünde açık bir yasaklama olduğunu söylemek güçtür.

²¹⁵ Doktrinde bu sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir, bkz. Çelik, "Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi", s. 61. Oysa burada dayanak olarak değinilen Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü'nün çalışma esaslarına ilişkin 1993/13 sayılı genelgesinde en az 1 ay ve daha fazla çalışanlar için yazılı iş sözleşmesinin bir nüshasının bölge müdürlüğüne verileceği öngörülmektedir. Bu ifadede yabancı ile yapılacak sözleşmenin zorunlu olarak belirli süreli nitelikte olacağı sonucunu çıkarmak güçtür.

işveren-alt işveren ilişkisi kurularak yürütülebilir. Alt işverenin kullanıcı olması şartı aranmaz. Bu statüsü olmayan alt işverenle çalışanlarının da serbest bölgenin çalışma esaslarına uyması gerekir (f. 4). Kullanıcılar, alt işveren çalışanları da dâhil, yanlarında çalıştırdıkları kişilerin yönetmeliğe aykırı davranışlarından ve faaliyetleri sırasında üçüncü şahıslara veya bölgeye verdikleri zararlardan müteselsilen sorumludur. Alt işverenin de kullanıcı olması durumunda bu fıkra hükümleri asıl işveren bakımından uygulanır (f. 5).

“Yabancıların Bölgede Çalışması” başlığını taşıyan SBUY m. 18’e göre serbest bölgede çalıştırılacak yabancılar için Serbest Bölge Müdürlüğüne başvuruda bulunmak ve Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğünün onayıyla Yabancı Personel Çalışma Belgesi almak zorunludur.

Her ne kadar yukarıda anılan maddelerde serbest bölgedeki çalışma koşulları açısından Türkiye mevzuatının uygulanacağı belirtilmişse de ve m. 19’da serbest bölgede ikamet yasaklanmış ise de aynı maddede 1. fıkrada bu yasağa “işin mahiyeti” ve “işgününü takip eden gece de çalışmak zorunda bulunanlar” ifadeleriyle çok geniş bir istisna getirilmektedir.

Bölgede faaliyette bulunan kullanıcılar ile bunların yanlarında bir iş sözleşmesine göre çalışan işçiler, yabancı uyruklular da dâhil olmak üzere, Türk sosyal güvenlik mevzuatı hükümlerine tabidir. Ancak, Türkiye ile başka ülkeler arasında sosyal güvenlikle ilgili yapılan antlaşmaların varlığı halinde, bu antlaşma hükümleri de uygulanacaktır. Sigorta primlerinin yükümlülerce döviz veya Türk Lirası olarak ödenmesi mümkündür. Hak sahiplerine tediye, ise Türk Lirası olarak yapılacaktır (SBUY m. 21).

1.6.3.2.4.7.2. Yabancı Öğrenciler

Mülga 4817 sayılı YÇİHK döneminde Türkiye’de öğrenim amaçlı ikamet edenlerin bu izne dayalı olarak çalışma izni başvurusu yapmaları mümkün değildi²¹⁶. YUKK m. 38 vd. hükümleri öğrenci ikamet iznini düzenlerken 41. madde öğrencilerin çalışma hakkını düzenlemiştir. Buna göre ön lisanstan başlayarak doktora seviyesine kadar (doktora dahil) Türkiye’de öğrenim gören öğrenciler, çalışma izni alarak çalışma hakkını haizdir. Sadece lisans ve ön lisans öğrencileri için ilk yıldan sonra bu hak

²¹⁶ Bkz. Töre, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, s. 171.

doğar (f. 1). 6735 sayılı Kanun da bu hükümlerle paralel düzenlemeler içermektedir. Türkiye’de bir yükseköğretim kurumuna kayıtlı yabancı öğrenci, çalışma izni alarak çalışabilir (UİK m. 19/f. 1). Ne var ki lisans ile ön lisans düzeyinde öğrenim görmekte olanlar, ancak öğrenimlerinin ilk yılının tamamlanmasından sonra çalışma izni için başvurabilirler. Bu kapsamdakiler 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca sadece kısmi süreli çalışabilirler. Lisansüstü öğrencileri bu sınırlamalara tabi değildir (UİK m. 19/f. 2). Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlamış yabancının mezuniyetinden itibaren bir yıl içinde çalışma izni başvurusu yapması durumunda, bu başvuru Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunca belirlenen esaslar doğrultusunda değerlendirilir (f. 5). Bu düzenlemelerden amaçlananın, Avrupa’da nasıl yabancı öğrencilere bazı sınırlamalarla çalışma hakkı tanınmakta ise Türkiye’de de aynı esaslara bağlı olarak öğrencilere çalışma hakkı tanınması olduğu belirtilmektedir²¹⁷.

1.6.3.2.4.7.3. Yabancı Mühendis ve Mimarlar

UİK m. 20, öğrenimlerini Türkiye’deki bir yükseköğretim kurumuna ait mimarlık ya da mühendislik fakültesinde yahut yurt dışında o ülke makamlarınca ve YÖK tarafından tanınan bir yükseköğretim kurumunda tamamlamış, bu şekilde mimar ya da mühendis unvanlarını almış olan yabancıların, proje bazlı olarak geçici süre ile çalışma izni elde ederek bu mesleklerini icra edebileceklerini öngörmektedir. Madde gerekçesinde, bu düzenleme ile nitelikli personel kabul edilen ve Türkiye’deki önemli projelerde önemli rol üstlenen yabancı mimar ve mühendislerin başka bir işleme gerek kalmadan çalışma izni alabilmesinin göz önüne alındığı belirtilmektedir. Bu düzenlemedeki istisnada, eğitimini yurt dışında tamamlayan Türk vatandaşlarının dahi diplomalarında denklik aranırken yabancının başka ülkelerde elde ettiği diplomaya YÖK tarafından denklik tanınmasının gerekmemesine, sadece eğitim görülen yükseköğretim kurumun YÖK tarafından tanınmasının yeterli görülecek olmasına dikkat çekilmektedir. Böylece yabancılara ait yatırım projelerinde geçici olarak çalıştırılacak mühendis ve mimarların diplomasında denklik arayarak zaman kaybına neden olunmasının engellenmiş olacağı belirtilmektedir²¹⁸.

6735 sayılı Kanunla birlikte 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu’nun ilgili hükümleri de değiştirilmiştir. Kural olarak Türkiye sınırları

²¹⁷ Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 115.

²¹⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 240 vd.; Tuncay, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, s. 115.

içinde mimarlık ya da mühendislik mesleğini gerektiren işlerde çalışabilmek veya mesleki eğitim görebilmek için bir meslek odasına kayıt olmak ve üyelik vasfını haiz olmak gerekir (m. 33/f. 1)²¹⁹. 34. maddeye göre yabancı kuruluşlar ya da müteahhitler, resmi yada özel kurum ve kuruluşlara karşı taahhüt ettikleri mimarlık ya da mühendislikle bağlantılı işlerle ilgili sadece bu işlerle sınırlı olmak şartıyla ÇSGB'nin Odalar Birliği'nin görüşünü alarak vereceği çalışma izniyle mühendis ya da mimar çalıştırabilirler. Odalar Birliği'nin bu kanun kapsamında bildireceği görüş için, diploma denklik tespiti aranmayacaktır. Bu hükme tabi olmayan işlerde yabancı mühendisler ve yabancı mimarlar, Odalar Birliğinin görüşü alınarak ÇSGB tarafından verilen çalışma izni ile çalıştırılabilir (m. 35). 34 ve 35. maddeler gereğince gelen yabancı meslek mensupları Türkiye'de bir aydan fazla kalmaları durumunda uzmanlıklarına en yakın odaya müracaat edecek ve geçici üye kaydolunacaklardır (m. 36). Başka deyişle yabancı mimar ve mühendisler çalışma izinlerine ilişkin düzenlemeler uyarınca çalışma izni başvurusu yapacaklar, bu başvuru TMMOB görüşü alınarak değerlendirilecek, ancak diplomada denklik aranmayacaktır. Bu kişiler TMMOB kanununa göre 1 aydan fazla çalışacaklarsa geçici üye olmak zorundadırlar²²⁰.

1.6.3.2.5. Çalışma İzni Başvurularının Yapılması ve Değerlendirilmesi

Yukarıda da kısaca değinildiği üzere UİK m. 7'ye göre çalışma iznine yönelik başvurular yurt içinde Bakanlığa, yurt dışında yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışından yapılan çalışma izni başvuruları büyükelçilikler ya da başkonsolosluklarca Bakanlığa iletilir (f. 1). Çalışma izni başvurusunu yetkili aracı kurum da yapabilir (f. 2). Aracı kurum ÇSGB'nin UİK m. 3/f. 1-i'de tanımlandığı gibi yetkilendireceği kurum veya kuruluştur. Çalışma izni uzatma başvurusu, çalışma izni süresinin son altmış günü içinde çalışma izni süresi dolmadan yapılır, sürenin kaçırılmış olması halinde uzatma başvurusu reddedilecektir

²¹⁹ Ancak odaya kayıt zorunluluğunun istisnaları da vardır. Aynı maddenin 2. fıkrası şöyledir: “*Kamu Kurumu ve Kuruluşları ile İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşlarında asli ve sürekli olarak çalışan mühendislik ve mimarlık meslekleri mensuplarının meslek ve ihtisaslarıyla ilgili odaya girmeleri isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar görevlerinin gereği olan işleri yaparken, mesleki bakımdan, Odaya kayıtlı meslektaşlarının yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Bu konuda Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları ile ilgili hükümler saklıdır*”.

²²⁰ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, **a.g.e.**, s. 226. UY m. 42/f. 1'de kanun maddesi tekrar edildikten sonra, f. 3'de yabancı ve mühendis ve mimarların çalışmasında/çalıştırılmasında meslek odasının da görüşünün alınacağı belirtilmiştir.

(f. 3). Başvuru, uluslararası iş gücü politikası bağlamında değerlendirilecektir (f. 4). Bakanlıkça gerekli bulunması durumunda, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri dikkate alınacaktır (f. 5). Başvuru değerlendirme kriterleri Bakanlıkça belirlenecektir (f. 6). Sunulan bilgi veya belgelerde eksiklik olması hâlinde, bu eksiklikler tamamlanıncaya kadar başvurunun değerlendirilmesi ertelenecektir. Erteleme süresi, resmi bir makam tarafından belgelendirilmiş bir mücbir sebep bulunmadıkça otuz günü aşamaz. Bu süre sonunda eksiklikleri tamamlanmayan başvurular reddedilecektir (f. 7). Yasaya uygun ve belgeleri eksiksiz olan başvuruların değerlendirilmesi otuz gün içinde tamamlanır (f. 8)²²¹. Uygulama Yönetmeliği'nde ise, çalışma izni başvurusu m. 15 ve devamında düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 16. maddesinde ise yurt içi ve yurt dışından yapılacak başvurular düzenlenmektedir. Yönetmelikte (UY m. 17) başvurunun tamamlanabilmesi için 30 gün içinde iznin verildiği işin işvereni için yabancı çalıştırmak için elektronik ortamda onay yükümlülüğü getirilmektedir.

Böylece yönetmelikte bir işverene bağlı olarak çalışacaklarda başvuru sürecinin, YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m. 7'de yurt içi başvuruda öngörüldüğüne benzer şekilde, işverenin başvuruyu onaylamasıyla tamamlanması öngörülmüştür. Mevzuattaki düzenlemelerden çalışma izni alınabilmesi için (hem yurt içi ve hem de yurt dışından yapılacak başvurularda) Türkiye'de faaliyet yürütecek bir işverenle irtibat halinde olunması gerektiğinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Yurt içi başvuruları çoğunlukla yasal ikamet izni bulunanların, mevcut izinlerini uzatma talebinde bulunanlarla uluslararası koruma kapsamındakilerin başvurusu olarak öngörülmüştür.²²²

Başvuru sahibinden istenen belgeler bakanlığın internet sitesinde duyurulmaktadır²²³. Bakanlık yapılan başvuruları, yetkili olup olmadığı, başvuru

²²¹ Bu hususta ayrıca bkz. Tuncay, "Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı", s. 110-111.

²²² Bkz. Erken, **Türkiye'de Yabancıların Çalışması**, s. 126-127.

²²³ Eğitim, havacılık, sağlık mühendislik ve mimarlık gibi her bir alan için aranan özel belgeler dışında genel olarak istenen belgeler şunlardır:

- İşveren ve yabancı tarafından imzalanmış iş sözleşmesi.
- Pasaport sureti. 6458 sayılı Kanunun 23'üncü ve UİK m. 24/f. 1 uyarınca, yabancılara verilecek çalışma izinleri pasaport bitim tarihinden altmış gün önceki tarihi aşmayacak şekilde düzenlenir. Çalışma izni başvuru tarihi itibarıyla altmış günden az süreli pasaport ve pasaport yerine geçen belgeyle yapılan çalışma izin başvurularının işleme alınmayacağı belirtilmektedir.
- Türkçe tercümesi yeminli mütercim veya resmi makamlarca onaylı diploma veya geçici mezuniyet belgesi sureti. Bu belge elektronik başvuru esnasında taranılarak on-line olarak gönderilir. Mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılar ile bakanlığın gerekli gördüğü mesleklerde çalışacak

adına yetkili kimse tarafından yapılıp yapılmadığı, başvuru (veya uzatma başvurusu) süresi, başvuru yeri ve diğer başvuru şartları açısından (yabancıların Türkiye’de yasal olarak bulunup bulunmadığı, dayanılan belgelerin geçerliliği ve gerçekliği vb.) inceler. Gerekli hallerde ilgili kurumlardan görüş alır. Daha önceki başlıklarda değinildiği ve ayrıca ileride değinileceği gibi, eğitim alanında Milli Eğitim Bakanlığı, sağlık hizmetlerinde çalışacak yabancılar bakımından Sağlık Bakanlığı, öğretim elemanları için YÖK, Ar-Ge personeli için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, serbest bölgelerde çalışacaklar için Ticaret Bakanlığı, yabancı mimar ve mühendisler için Türkiye Mühendis ve Mimarlar Odası, uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar için İçişleri Bakanlığından görüş alınacaktır. Bakanlık kural olarak bu mercilerin olumlu veya olumsuz görüşü ile bağlı değildir. Bununla birlikte UİK m. 8’de ön izin düzenlemesinde bakanlığın takdir yetkisinin sınırlı olduğu söylenebilir. Zira burada ön izin alınması gereken sağlık ve eğitim alanındaki mesleklerin belirlenmesinde bu ilgili Bakanlıkların görüşünün alınması gerektiği (f. 2), Ar-Ge kapsamında çalışacak yabancılar için mutlaka Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının “olumlu görüşü”nün alınması gerektiği (f. 6) ifade edilmektedir. Ayrıca çalışma izni veya muafiyeti verilmesi ve iptali için İçişleri Bakanlığının görüşünün şart olması da (m. 9, 14, 15, 17), kanun kapsamında ilgili merci tarafından bakanlığa görüş bildirilmesi gereken durumlarda bakanlığın takdir yetkisinin sınırlı olduğunu göstermektedir²²⁴.

Başvurunun değerlendirilmesi usulüne ve değerlendirme kıstaslarına, bu kıstaslardan muaf yabancılara UİK m. 7’den ayrı olarak yönetmeliğin 18, 19, 21 ve 22. maddelerinde de ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Başvuru usulüne uygun ise 30 gün içinde sonuçlandırılacaktır (UİK m. 7/f. 8). ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nce internet sitesinde yer alan başvuru sahibi yabancıların ve işyerlerinin sahip olması gereken özelliklere ilişkin değerlendirme kriterleri ise şu şekildedir:

1- Çalışma izni istenen işyerinde en az beş Türk vatandaşının çalıştırılması zorunludur. Bir işyerinde birden fazla yabancı için çalışma izni talebi varsa, birinci talebin sahibi yabancından sonraki her bir yabancı için beş Türk vatandaşı çalıştırılması aranacaktır. Çalışacak yabancıların şirket ortağı olması durumunda beş Türk

yabancılar için diploma zorunludur. Ev hizmetlerinde diploma ibrazı zorunlu değildir. Bitirilen en son okula ilişkin beyan yeterlidir.

- Kuruluşun en son sermaye ve ortaklık yapısını gösteren Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi.

- Son yıla ait, vergi dairesi veya yeminli mali müşavir onaylı bilanço ve kar/zarar tablosu.

Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://birim.ailevecalisma.gov.tr/uigm/contents/belgeler/istenilenbelgeler/>

²²⁴ Bkz. Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, s. 135.

vatandaşını çalıştırma koşulu, Bakanlıkça verilecek bir yıllık çalışma izninin son altı ayı için aranacaktır.

2- İşyerinin ödenmiş sermayesinin en az 100.000,00 TL ya da brüt satışlarının asgari 800.000,00 TL yahut son yıl ihracat tutarının en az 250.000,00 ABD Doları olması gerekmektedir.

3- Dernek ve vakıflarda çalışacak yabancılara ilişkin izin taleplerinde 2'nci madde, yabancı devlet havayollarının Türkiye temsilciliklerinde, eğitim sektörü ve ev hizmetlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde ise, 1'inci ve 2'nci maddeler uygulanmayacaktır.

4- İzin isteyen şirket ortağı yabancının, sermaye payının 40.000,00 TL'den az olmamak üzere en az yüzde 20 olması zorunludur.

5- İşveren tarafından yabancıya ödeneceği beyan edilen aylık ücret miktarının yabancının görev ve yetkinliği ile bağdaşır seviyede olması zorunludur. Buna göre, başvuru tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan asgari ücret tutarı dikkate alınmak suretiyle yabancıya ödenecek ücretin en az:

1. Üst düzey yöneticiler, pilotlar ve ön izin talebinde bulunan mühendis ve mimarlar için asgari ücretin 6,5 katı,

2. Birim veya şube müdürleri ile mühendis ve mimarlar için asgari ücretin 4 katı,

3. Uzmanlık ve ustalık gerektiren işlerde çalışacaklar, öğretmenler ile psikolog, fizyoterapist, müzisyen ve sahne sanatçısı unvanlarında çalışacak yabancılar için asgari ücretin 3 katı,

4. Ev hizmetlerinde çalıştırılacak yabancılar için en az asgari ücret, yukarıda sayılanlar dışındaki diğer mesleklerde (satış elemanı, pazarlama-ihracat görevlisi gibi görevler) çalışacak yabancılar için asgari ücretin 1,5 katı olması gerekmektedir.

5. Turizm-Animasyon organizasyon firmalarında akrobat ve benzeri unvanlarda çalışacak yabancılar ile masör, masöz ve SPA terapisti gibi işlerde çalışacak yabancılar için asgari ücretin 2 katı.

6- Bünyelerinde izinli masaj salonu bulunduğunu kanıtlayan Kültür ve Turizm Bakanlığından belgeli en az dört yıldızlı turizm işletmeleri ile belgeli tatil köylerinin, masör, masöz ve SPA terapisti gibi uzmanlık ve ustalık gerektiren talepleri değerlendirmeye alınacak, bu kapsamda bulunmayan işletme ve işyerlerinin talepleri ise uygun bulunmayacaktır.

7- Eğlence sektörünün ve turizm-animasyon organizasyon firmalarının uzmanlık ve ustalık gerektiren işlerinde istihdam edilecek yabancılar için en az 10 Türk vatandaşı çalıştırılması halinde her bir yabancı için ayrı ayrı beş Türk vatandaşı istihdamına ilişkin kota ayrıca uygulanmayacaktır.

8- Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde hüküm bulunan haller ile kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşme veya ihale usulleriyle mal ve hizmet alımı işlerinde çalıştırılacak yabancılarla ilişkin çalışma izin taleplerinin değerlendirilmesinde 1'inci ve 2'nci maddelerde belirlenen kriterler uygulanmayacaktır.

9- İleri teknoloji gerektiren işlerde veya aynı vasıflarda Türk uzmanın bulunmadığı hallerde Genel Müdürlük makamınca verilecek onay üzerine 1'inci ve 2'nci maddelerle belirlenen kriterler uygulanmayacaktır.

10- Özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım koşullarını taşıyan işletmelerde kilit personel dışında istihdam edilecek yabancılar için, 1'inci madde ile belirlenen kriter, işletmenin ülke çapındaki tüm işyerlerinde çalışan Türk vatandaşı sayısı esas alınarak uygulanır.

Belirtmek gerekir ki kanunda ilgili merciden görüş alınması ve ön izin gerektiren mesleklerde bu değerlendirme kriterleri uygulanmayacaktır. Aynı kriterlerle ilgili olarak yine Bakanlık site sayfasında çalışma izni değerlendirme kriterlerine tabi olmayan yabancılar da belirtilmiştir. Bu kapsamdaki yabancıların çalışabilmeleri için çalışma izni almaları zorunludur. Çalışma izni başvuruları değerlendirme kriterlerine tabi tutulmaksızın sonuçlandırılacak söz konusu yabancıların bu kapsamda bulunduklarını T.C. resmi makamlarından alınmış belgelerle kanıtlamaları gerekir. Bunlar:

- Anne, baba veya çocuğu Türk vatandaşı olan yabancılar,

- En az üç yıl süreyle Türk vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşayan yabancılar,
- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı yabancılar,
- Türk ve akraba toplulukları uygulamaları çerçevesinde ikamet izni verilmiş olan yabancılar,
- İnsani mülahazalar çerçevesinde ikamet izni verilmiş olan yabancılar,
- İnsan ticareti mağduru olarak ikamet izni verilmiş olan yabancılar,
- Vatansız statüsünde ikamet izni verilmiş olan yabancılar,

Olarak sayılmıştır²²⁵.

Diğer yandan UİK m. 12/f. 3, karşılıklılık ilkesi uyarınca sosyal, ekonomik veya siyasi çeşitli nedenlerle gerekli olması halinde çalışma izinlerinin sektör, meslek, işkolu, coğrafi ya da idari bir alanla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Bu düzenleme karşılıklılık ilkesinin çalışma izni başvurusunda uygulanmasından çok bu başvurunun değerlendirme aşamasında idareye başvuruyu reddetmede karşılıklılık ilkesinden kaynaklanan bir takdir yetkisi tanındığı şeklinde yorumlanmaktadır²²⁶.

Başvuru reddedilmez ve olumlu değerlendirme yapılırsa, verilecek çalışma izni ya da muafiyeti, UİK m. 24/f. 1 gereği pasaport veya yerine geçen belgenin geçerlilik süresine göre altmış gün kısa olma koşuluyla verilecektir. Çalışma izninin süresi yabancıнын talebi ve kanundaki şartlar dikkate alınarak belirlenir²²⁷. Son olarak eklemek gerekir ki çalışma izni veya muafiyet belgesi ile mavi kart, 210 sayılı Değerli Kâğıtlar Kanunu'na ekli tabloda değerli kâğıt sayılarak harca tabi tutulmuştur. 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda (m. 88/f.1-h) Bakanlıkça çalışma izni (veya muafiyeti) verilen yabancıların ikamet izinlerinin harca tabi olmayacağı düzenlemesi, çalışma izninin zaten UİK m. 12 uyarınca ikamet izni yerine geçtiği kuralı hatırlanacak olursa sadece ayrıca ikamet izni için harç alınmayacağı şeklinde anlaşılabilir. Harçlar Kanunu'na ekli tarifeye göre Dışişleri Bakanlığı çalışma izni belgesi harçlarının tespitine, bu hususta karşılıklılık ilkesi esasını dikkate alacak makam olarak, yetkilidir.

²²⁵ <https://birim.ailevecalisma.gov.tr/uigm/Contents/calismaizni/izindegerlendirmekriterleri/>

²²⁶ Doğan, **a.g.e.**, 200-201.

²²⁷ Tuncay, "Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı", s. 112.

Muafiyet geçerlilik süresi üç aydan kısa olarak öngörülen yabancılar, Turkuaz Kart sahipleri, bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan ya da bağımlı yabancı çocuğu harçtan muaftır. Ayrıca yurt dışından çalışma izni başvurularında çalışma izni için yatırılacak harç çalışma vizesi harcı olarak yatırılacağı için ayrıca harç alınmaz.

1.6.3.2.6. Çalışma İzni Talebinin Reddi

Çalışma izni başvurusunun reddi UİK m. 9'da²²⁸ düzenlenmiştir. Bu madde hükmü uyarınca kanunun 7. maddesine göre yapılan değerlendirme sonucunda:

- a) Uluslararası iş gücü politikasına uygun olmayan,*
- b) Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan,*
- c) Yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmeyen,*
- ç) Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan,*
- d) Gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan,*
- e) Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerini karşılamayan,*
- f) 6458 sayılı Kanunun 7'nci, 15'inci ve 54'üncü maddeleri kapsamında²²⁹ olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilen yabancılara ilişkin olan,*
- g) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan,*
- ğ) Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan,*
- h) Kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan,*

²²⁸ Bu husus Uygulama Yönetmeliği'nde ise m. 23'te düzenlenmektedir.

²²⁹ YUKK'un anılan maddeleri, belirtildiği üzere, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek, vize verilemeyecek ya da sınır dışı edilecek yabancılara ilişkindir.

Başvurular” reddedilir²³⁰. C bendindeki “gerekçesi yeterli görülmemesi” koşulu haricindeki diğer koşullara çalışma içerisinde değinilmiştir. Bu son koşul, başvuru yapılan işte o yabancının çalıştırılmasına neden ihtiyaç duyulduğunun kanıtlanmasını, başvuru tarihi itibarıyla başka kimsenin istihdam edilememesini gerektirir²³¹.

1.6.3.2.7. Çalışma İzninin/İzin Muafiyetinin Aktifleştirilmesi

ÜİK m. 12/f. 2 ve m. 15/f. 2-a birlikte değerlendirildiğinde, çalışma izni veya çalışma izni muafiyetini yurt dışından başvuru sonucu elde eden yabancı kişinin bu belgelerin geçerlilik tarihinden sonraki 6 ay içinde Türkiye’ye kanuni yollardan giriş yapması zorunluluğu bulunduğu sonucu çıkmaktadır. 12. maddenin gerekçesinde bu süre geçirildikten sonra çalışmak isteyen yabancıların tekrar çalışma izni almaları gerektiği belirtilmekte, düzenleme ile çalışma süresinin belirli bir süre geçerli olması ilkesi gereği kötüye kullanmaları önlemenin ve YUKK m. 19’da ikamet izinlerine ilişkin 6 ay içinde giriş yapma kuralı ile uyum sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. Bu süreye uyulmaması aşağıda değinileceği üzere çalışma izninin iptali sebebidir.

UY m. 25 hükmü ise yurt içinden yapılan başvuru üzerine verilen çalışma izninin geçerlilik tarihinden 1 ay içerisinde işe başlanarak çalışma izninin etkinleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

1.6.3.2.8. Çalışma İzninin yahut İzin Muafiyetinin İptali ve Geçerliliğini Kaybetmesi

Çalışma izni ve izin muafiyeti, geçerli olduğu sürenin tamamlanması veya ÇSGB tarafından iptal edilmesiyle geçerliliğini yitirecektir (ÜİK m. 15/f. 1).

Çalışma izni yabancı işçi ya da işverenin talebi üzerine de iptal edilebilir. ÜİK m. 15/f. 2 metninin lafzından (“*Yabancının veya işverenin talebi dışında[...]*”) anlaşılan bu sonuç, yabancı çalışan açısından kişinin kendi hakkı üzerinde tasarruf edebileceği ilkesine uygun olsa bile çalışma izninin iptalini isteyen işverenin çalışanın hakkı üzerinde tasarruf edip edemeyeceği gibi bir sorun ortaya çıkardığı için bir

²³⁰ Erken, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, s. 390.

²³¹ Bu düzenlemenin redde ilişkin mülga YÇİHK m. 14/b’deki koşulun daha esnek hale getirilmiş hali olduğuna dair bkz. Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, s. 437.

belirsizlik de içermektedir. Kanundaki iptal sebeplerinden biri varsa, talep olmasa bile çalışma izni veya muafiyeti iptal edilebilir²³².

Kanuna göre (ÜİK m. 15/f. 2) çalışma izni ya da izin muafiyeti, yabancı çalışanın ya da işverenin iradesi dışında şu hallerden birinin gerçekleşmesi halinde iptal edilir: geçerlilik tarihinden itibaren altı aylık sürede Türkiye'ye gelmeme, İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması durumu istisna olmak üzere pasaportunun ya da onu ikame eden belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması, çalışma izinleriyle ilgili mevzuat hükümlerine aykırı çalışmanın tespiti, herhangi bir nedenle çalışmasının sona ermesi, çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle dayandığının tespiti²³³, Turkuaz Kart hükümlerine tabi kişilerde geçiş süresi içinde gerekli bilgi ve belgelerin sunulmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması, yabancının İçişleri Bakanlığınca 6458 sayılı Kanunun 7'nci, 15'inci ve 54'üncü maddelerindeki kısıtlamalara tabi olduğunun (Türkiye'ye giriş yasağı olan, vize verilemeyecek ya da sınır dışı edilmesi gerekli yabancılardan olduğunun) bildirilmesi, yabancının Türkiye'de çalışmasında kamu güvenliği ve düzeni ya da kamu sağlığı açısından uygun olmadığının ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi, süreli çalışma izinlerinde sağlık sebepleri gibi mücbir sebepler dışında aralıksız altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalma, Turkuaz Kart sahibi olunması hâlinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşması²³⁴. Burada iznin kendiliğinden geçersiz hale geleceği durumlarla iptal işlemi ile geçersiz hale geleceği durumlar bir arada düzenlenmiştir²³⁵.

²³² Tuncay, "Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı", s. 112.

²³³ Burada ifade edilmek istenen yabancının veya belgeyi düzenleyen idareyi yanıltma kastıyla hareket etmiş olması değildir, böyle bir kast olmasa bile objektif olarak bilgi veya belge gerçeğe aykırı ise koşul gerçekleşmiştir. Bu kadar objektifleştirilmiş ve ağır bir koşulun getirilme gerekçesi, göçü belirli standartlara bağlama ve çalışma izni başvurularının daha çok evrak üzerinden değerlendirilmesi olarak gösterilmektedir, bkz. Demirkol, "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", s. 434-435.

²³⁴ Mülga 4817 sayılı Kanun dönemindeki uygulama için bkz. Töre, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma Şartları", s. 176-177.

²³⁵ Uygulama Yönetmeliği ise iptal gerekçelerini ve koşulları 56. maddede saymakta, daha geniş bir biçimde, muvazaalı başvuru ve muvazaalı evlilik kavramlarıyla çalışma izninin askıda kalmasını gerektiren durumlarla bunların bildirilmemesine de yer vermektedir. ÜY m. 56/f. 1-i, önce m. 30'daki, mücbir sebepler hariç tarafların anlaşmasına dayalı ücretli izin nedeniyle askı halinin doksan günü aşmasını iptal sebebi saymaktadır. Ö bendi ise süresiz çalışma izninin yıldan uzun süre askıda olmasını iptal sebebi saymıştır. Uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesi veya statünün sona ermesi, öğrencilere verilen ikamet izninin iptali gibi başkaca sebeplere de yer verilmektedir.

UİK m. 22, yabancı çalıştıran işverenlere, süresiz ya da bağımsız çalışma iznine sahip yabancılara, çalışma izni ya da izin muafiyeti kapsamında çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumlarıyla iptal sebebi oluşturan hâlleri on beş gün içinde bakanlığa bildirme yükümlülüğü getirmiştir (f. 1). Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini yasal süresi içinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre yerine getirmekle mükelleftirler (f. 2 ve 3). Ancak çalıştırma fiilinin yasalara ve uluslararası anlaşmalara aykırı bir insan ticareti faaliyeti ile bağlantılı olarak yürütülmesi halinde bile, çalışma izni iptal edilmekle birlikte YUKK m. 22 ve 48 doğrultusunda işçiye insan ticareti mağduru sıfatıyla ikamet izni başvurusu yapması hakkı tanınması mümkün olmalıdır²³⁶. Ayrıca işçinin UİK m. 16/f. 1-f uyarınca istisnai izin alabilmesi de mümkündür. YUKK m. 49 uyarınca yabancı işçinin tekrar bu suçun failleriyle irtibat kurduğunun tespiti halinde çalışma izninin iptali gerekir.

İptal gerekçeleri arasında sayılan “*çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi*” gerekçesi, çalışma izninin işveren ve işyerine bağlı olarak verilmesi kuralına uygun gibi görünse de, işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi veya işveren tarafından haksız bir şekilde işten çıkartılması halinde, sözleşmenin sona ermesinin külfetini işçiye yüklediğinden yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek güçtür. Bu gibi hallere mahsus olmak kaydıyla Türkiye’de yasaya uygun çalışmış yabancı işçiye hiç olmazsa göçmen işçiler hakkındaki BM sözleşmesindeki ilkeler de dikkate alınarak hak arayabilmesi ve yeni iş bulabilmesinin kolaylaştırılması için iptalin ancak izin süresi sonundan itibaren işleyecek bir ek süreden sonra geçerli olacağı öngörülebilirdi.

Yine kanunda yer alamayan ancak yönetmelikte (m. 30 ve m. 56/f. 1-i) yer verilen “çalışma izninin askıya alınması”na da değinmek gerekir. Buna göre iş sözleşmesinin ücretsiz izinle askıya alınması durumu, bu iznin başlaması ve sona ermesi, en az bir gün önceden işverence ÇSGB’ye bildirilmek zorundadır. Hastalık, analık, iş kazası gibi mücbir sebepler hariç tarafların anlaşmasıyla en fazla doksan güne kadar ücretsiz izin uygulaması yapılması ve bu durumun bildirilmesi üzerine çalışma izni ücretsiz izin süresi boyunca askıda kalacaktır. Süresiz çalışma izinleri bakımından izin belgesinin 5 yıllık süre sonun yenilenmemesi de askıya alınma

²³⁶ Bkz. Ekşi, **a.g.e.**, s. 99 vd.

nedenidir. Askıya alınma sonucu, çalışma hakkı askı tarihinden, ikamet hakkı ise askıya alındığı tarihi takip eden on günlük sürenin sonundan itibaren askı halinin sona ermesine kadar kullanılamayacaktır. Genel müdürlük, çalışma izninin askıya alınabileceği sektör ve iş gruplarını belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Yönetmelik, “iş kazası, hastalık, analık, zorunlu kamu hizmeti gibi ücretsiz izin verilmesini zorunlu kılan haller hariç” ifadesi ile İş K. m. 25/I, 74 gibi halleri açıkça dışlamış, sadece tarafların anlaşmasına dayalı olarak ücretsiz izin hallerinin 90 günü aşması halinde çalışma izninin (10 gün sonrasında da bu izne bağlı ikamet hakkının) askıya alınacağını, belirtmektedir. Doğrudan çalışma hakkına ve sözleşme serbestisine ilişkin böyle bir düzenlemenin kanunla değil de yönetmelikle idareye tanınması anayasaya uygunluk ve hukuk tekniği açısından tartışmalıdır.

1.6.3.2.9. İdari İtiraz ve Yargı Yolu

Çalışma izni ya da izin muafiyeti başvurusunun reddi kararı ve verilmiş iznin iptaline ilişkin karar, yabancı çalıştıran işverene veya bağımsız ya da süresiz çalışma izni yahut Turkuaz Kart sahibine 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na göre tebliğ edilir (UİK m. 21/f. 1). ÇSGB’nin 6735 sayılı Kanun kapsamında verdiği kararlara karşı ilgililer tarafından tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yine bakanlığa itiraz edilebilir (f. 2). Madde metninde (f. 1), başvuru sahibi yabancı işçiye tebliğ açıkça öngörülmemiştir ancak onun da “ilgili” (f. 2) kişi kabul edilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki bu idari itiraz yolu kanunun öngördüğü ihtiyari bir yoldur, zorunlu değildir²³⁷. Red ve iptal kararları ile bunlara ilişkin idari itirazın reddi kararı idari bir merci olan Bakanlık tarafından verilen idari bir karardır. İtirazın reddedilmesi durumunda idari yargı yolu açıktır (m.21/ f. 2). Ancak kanun idari itiraza cevap süresi ve daha sonrasında idari yargıya başvuru için özel bir süre öngörmediğinden bu hususta İYUK hükümleri uygulanacaktır. 2577 sayılı İYUK m. 7/f. 1 uyarınca idare mahkemesine başvurma süresi 60 gündür. İYUK m. 11’deki idari dava açma süresi içinde, kararı veren makama başvurma konusunda UİK m. 21/f. 2 gereği 30 günlük süre geçerli olacaktır. Bu başvuru idari dava süresini durduracaktır (İYUK m. 11/f. 2). İtirazdan itibaren 60 gün içinde Bakanlıkça cevap verilmezse itiraz reddedilmiş sayılacak ve dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır. İdari işlemin

²³⁷ Ekşi, **a.g.e.**, s. 255.

tebliğinden itibaren idari itiraza kadar geçirilen süre de dava açma süresinden sayılacaktır.

Yetkili mahkeme, İYUK m. 32/f. 1 uyarınca dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yer mahkemesi, somut durumda bakanlığın bir işlemi olduğundan Ankara İdare Mahkemesidir. Bununla birlikte, yabancının yurt dışından çalışma izni veya muafiyet başvurusunda bulunabileceği göz önüne alınarak dava dilekçesinin İYUK m. 4 hükmü uyarınca yabancı ülkedeki Türk konsolosluğuna da verilebileceği kabul edilmelidir.

İdare mahkemesinin kararlarına karşı tebliğinden itibaren 30 gün içinde İYUK m. 45 uyarınca Bölge İdare Mahkemesine istinaf yoluna gidilebilir. Ancak Bölge İdare Mahkemesinin çalışma izinlerinin iptaline ilişkin davalardaki kararları İYUK m. 46’da sayılan temyizi kabil kararlar arasında sayılmadığından istinaf mahkemesinin kararı kesin nitelikte olacaktır²³⁸.

1.7. Yabancı İşçinin Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Türkiye’de istihdam edilen bir yabancı işçinin bireysel iş sözleşmesinin, en azından sözleşmenin bir tarafı yönünden yabancılık unsuru barındırdığı, bu sebeple kanunlar ihtilafı kurallarını ilgilendirdiği açıktır. Dolayısıyla öncelikle yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine ilişkin yasal esaslara 5718 sayılı MÖHUK ışığında yer verildikten sonra, Türk hukukunun hangi hallerde uygulama alanı bulabileceğine değinilecektir.

1.7.1. MÖHUK m. 27’ye Göre Yabancı Unsurlu Bir Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

1.7.1.1. Genel Olarak

6735 sayılı Kanun ve yabancıların Türkiye’de çalıştırılmasına ilişkin diğer düzenlemeler kapsamında, Türkiye’de faaliyet gösteren bir Türk veya yabancı işverenle yabancı işçinin akdedeceği iş sözleşmesinden doğan bir ihtilafın Türk mahkemelerinin önüne gelmesi, 5718 sayılı MÖHUK m. 1 uyarınca bu sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi sorununu ortaya çıkarır. Böyle bir durumda

²³⁸ Bu husustaki tartışma için bk. Ekşi, **a.g.e.**, s. 254.

öncelikle uyuşmazlığın önüne geldiği Türk mahkemesinin MÖHUK m. 40 ve 44 uyarınca, milletlerarası yetkisinin bulunması, başka deyişle, mahkemenin, işçinin işini mutaden yerine getirdiği Türkiye’de bulunan yer mahkemesi ya da işçinin işverene karşı açacağı davalarda işverenin yerleşim yeri ile işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesi olması gerekir²³⁹. Türkiye’de çalışan yabancıların iş sözleşmelerinden doğan davalar açısından MÖHUK m. 44 düzenlemesi ile 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun²⁴⁰ 6. maddesindeki yetki kuralı karşılaştırıldığında, MÖHUK m. 44’ün davacı tarafın işçi olması halinde, daha geniş yetki kuralları içerdiği görülmektedir. Kanun işçiye karşı açılacak davalarla işçi tarafından açılacak davalar arasında yetki kuralı bakımından bir ayrım yapmakta, işçiye karşı açılacak davalarda işçinin işini mutaden yaptığı yerin Türkiye’de bulunması halinde mutad işyeri mahkemesini yetkili kılmakta, işçi tarafından açılacak davalarda ise bu mahkemenin yetkisinin yanında yanı sıra işverenin yerleşim yeri ile işçinin yerleşim ya da mutad meskeninin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesini de yetkili kılmaktadır. İşçinin işverene karşı yükümlülüklerini belirli bir ölçüde fiilen Türkiye’de yerine getirmesi, işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğunun kabulü için yeterli görülmektedir²⁴¹. Diğer yandan İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 metninde davanın açıldığı tarihte davalı gerçek ya da tüzel kişinin yerleşim yeri ile işin ya da işlemin yapıldığı yer mahkemeleri yetkili kılınmaktadır (f. 1). İş kazasından doğan tazminat taleplerinde ise iş kazasının veya zararın gerçekleştiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılınmaktadır (f. 3). Yetkiye ilişkin diğer kanunlardaki düzenlemeler saklı tutulmaktadır (f. 4). Bu kanun hükmü yabancılık unsuru içeren iş davalarında uygulanmayacaktır²⁴².

Yabancılık unsuru (yahut milletlerarası unsur), bir hukuki ilişkinin birden çok hukuk sistemi ile bağlantı içinde olmasını ifade eder. Sonuç olarak, uyuşmazlığa hangi devletin maddi hukukunun uygulanacağı sorunu doğar²⁴³. Bu unsur, taraflardan en az birinin yabancı olması, yerleşim yerinin veya mutad meskeninin yurt dışında olması,

²³⁹ Bkz. Rona Aybay/Esra Dardağan Kibar, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması** (Kanunlar İhtilafı), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 16-17, s. 61; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 400-401; Cansu İste-Arlanoğlu, **Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 229 vd.

²⁴⁰ RG 25.10.2017/30221.

²⁴¹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul, Ekim 2017, s. 479.

²⁴² Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2017, s. 609.

²⁴³ Nomer, **a.g.e.**, s. 5; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 6, s. 23-24.

hukuki işlemin yabancı ülkede yapılması veya ilişkiye konu şeyin yurt dışında bulunması, uyumsuzluğa konu sözleşmenin yabancı ülkede ifa edilmesi, haksız fiilin yabancı ülkede gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir²⁴⁴. İş sözleşmelerinde yabancılık unsuru (veya “milletlerarası unsur”) sözleşmenin taraflarının vatandaşlığına, sözleşmenin yapıldığı veya işin yapıldığı yere göre (“kişi veya toprak unsuru”) ortaya çıkabilir yahut sözleşmenin yarattığı etkinin (mal veya hizmet transferinin) sınır aşıcı olmasından kaynaklanabilir. Taraflar farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olabilir, mutad meskenleri, ikametgâhları veya işverenin şirket merkezi ve işyeri farklı ülkelerde bulunabilir. Sözleşmenin yapıldığı ülke ve iş görme ediminin ifa edildiği ülke/ülkeler farklı olabilir²⁴⁵.

²⁴⁴ Çelikel/ Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 10; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları (Bağlama Kuralları)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 20; Nomer, **a.g.e.**, s. 5; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 9 vd.; Vahit Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının Ve Sınırlarının Tespiti** (İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 49; Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, s. 1029 vd.; Arzu Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, s. 11 vd. Hukuk seçimiyle yabancılık unsuru ortaya çıkmasına ilişkin bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 320; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 369 vd.; Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2011, C. 9, s. 113. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 273-274. Karş. Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 250-251; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Doktora Tezi, Mat Yapım, İstanbul, Kasım 2001, s. 99, dn. 18; Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2010, S. 1-2, s. 33-34; A. Can Tuncay, “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, **Onar Armağanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 2354, İstanbul 1977, s. 898-899; Aygün, **Yabancılık Unsurunun Mahiyeti** s. 1033; Doğa Elçin, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 45-46; Ercan Akyiğit, “Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl 1990, C. 4, S. 6, s. 19; Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 292; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 33-34. Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Konvansiyon’un (Roma I Tüzüğü) 3. maddesi, hukuk seçimi zamanında mevcut durumun bütün unsurları tek bir ülkeyle bağlantılı ise, bu halde hukuk seçiminin bu ülkenin emredici kurallarını ihlal edemeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca bkz. Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti”, s. 1031-1032. Karş. Ersin Erdoğan/Canan Erdoğan, “Türkiye’den Yurtdışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **LİSGHD**, Yıl 2016, C. 13, S. 50, s. 4 vd.; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 84-85.

²⁴⁵ Elçin, **a.g.e.**, s. 42-43; Tuncay, “Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, s. 899; Ergin, Hediye, “Yabancıların Çalışma Ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, **LİSGHD**, Yıl 2007, S. 16, s. 1360; Tankut Centel, “Türk hukukunda Bireysel İş uyumsuzluğuna İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi Sosyal Siyaset Konferansları 32-33. Kitaplar**, Yıl 1983, S. 8, s. 217 vd.; Esen Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir, 2006, s. 465 vd.; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 29-30 vd. Ayrıca bkz. Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 118. Yazar iş sözleşmesine yabancılık unsuru veren kıstasların dar yorumlanması gerektiği kanaatindedir. İşveren tarafın yabancı elçilik veya konsolosluk olduğu durumlarda, devletler genel hukuku açısından elçilik veya konsolosluk binaları “farazi olarak” yabancı ülke toprağı sayılsa bile, özel hukuka ilişkin sonuç

Yabancılık unsuru içeren bir hukuki ilişkinin “iş sözleşmesi” olarak veya bir hukuki ilişkinin taraflarının işçi ve işveren olarak nitelenebilmesi, bağlama konusuna ilişkin bir vasıflandırma sorunudur. Vasıf ihtilafları, yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun o hukuki ilişkiye veya bu bağlama konusuyla ilgili hukuku belirlemek için esas alınan bağlama noktalarına (ifa yeri, vatandaşlık, ikametgâh vb.) farklı hukuki nitelik tanımasından doğan ihtilaflardır²⁴⁶. Bağlama konusuna ilişkin vasıflandırmada hâkim görüş, vasıflandırma sorunun *lex fori*’ye göre yani hâkimin hukukuna göre çözülmesi gerektiği yönündedir, yani hakim öncelikle önüne gelen yaşam olayıyla ilgili kendi hukukunun nitelendirmesini (olayda bir iş sözleşmesinin mi bir çıraklık sözleşmesinin mi bir eser sözleşmesinin mi olduğu şeklinde) yapacak, buna göre kanunlar ihtilafının bağlama noktalarını belirleyecek ve yetkili hukuku tespit edecektir; ancak belirli koşullarda sözleşme statüsünün (*lex causae*) de dikkate alınması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur²⁴⁷. İş sözleşmesinin vasıflandırılması kural olarak *lex fori*’ye tabidir²⁴⁸. Bu sebeple sözleşmenin Türk iş hukukunda iş sözleşmesi için yapılan tanıma uygun olması gerekir²⁴⁹. Bağlama konusuna ilişkin vasıflandırma, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku (MÖHUK m. 24) seçmeleri halinde, bu hukuka göre yani *lex causae*’ye göre yapılacaktır. Ancak bağlama noktasının vasıflandırılmasında *lex fori*

doğuran iş sözleşmeleri açısından yer bakımından yabancılık unsurunu ortaya çıkarmazlar. Ancak sözleşmenin tarafları bakımından bir tarafın yabancı temsilcilik öbür tarafın vatandaş veya aynı yabancı ülkenin vatandaşı olması sebebiyle yabancılık unsuru ortaya çıkabilir ve ilişki kanunlar ihtilafı kurallarının müdahale alanında kalabilir, bkz. Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 119; Elçin, **a.g.e.**, s. 43. Karş. Tuncay, “Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, s. 913. Ayrıca bkz. Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, s. 124-125: “(...) hangi yöntemden hareket edilirse edilsin, bir sözleşmenin hangi hukuka tabi tutulacağı hususunda tereddüt varsa, o sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmelidir.” Öte yandan ihtilafa konu hukuki ilişkinin ifa yeri, taraflar, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer ve diğer unsurlar bakımından tek bir ülke ile bağlantılı olduğu ancak sadece davanın ilişkinin bu şekilde bağlantılı olduğu hukuk düzeni dışında yabancı bir ülkede açılmış olması sebebiyle gerçek anlamda bir milletlerarası unsur bulunmadığına dair bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 40-41.

²⁴⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 75; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 148. Ayrıca özellikle bkz. Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 36 vd.

²⁴⁷ Bu hususta bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 100 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 150 vd.; Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 37-38; Elçin, **a.g.e.**, s. 13 vd.; Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, Y. 2010, C. 59, S. 3, s. 526. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, bu iki yöntemden birinin benimsenmesi konusunda bir yasal zorunluluk bulunmadığı, bunların “milletlerarası hukuk hakkaniyetine” uygun karar verilmesini sağlayacak doktriner ve teorik yöntemler olduklarını belirtmektedir, bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 51.

²⁴⁸ Nomer, **a.g.e.**, s. 349; Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997, s. 133. Karş. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 85-86. Ayrıca bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 151 vd.; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 97-98.

²⁴⁹ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 117.

hâkimdir²⁵⁰. Burada çeşitli sorunların ortaya çıkması söz konusudur: Türk hâkiminin kendi hukukuna göre iş sözleşmesi olmayan bir hukuki ilişki, MÖHUK uyarınca bağlantılı olduğu yetkili yabancı hukuk/hukuklar uyarınca iş sözleşmesi addedilebilir, bu hususta farklı hukuk sistemleri farklı vasıflandırmada bulunabilir²⁵¹. İş sözleşmesinin taraflarına ilişkin “işçi” ve “işveren” kavramları ile “işveren vekili” ve “işyeri” gibi diğer kavramlar vasıflandırmaya tabi tutulurken her zaman mutlaka hâkimin hukukuna göre değil kanun hükmünün koruma amacına göre her bir olayın özelliğine göre hareket edilmelidir²⁵².

İş sözleşmesi gibi, bir tarafın sosyal açıdan zayıf taraf olduğu hukuki ilişkilerde bu ilişkiye uygulanacak hukukun tespitinde benimsenen üç ilke veya yöntem bulunmaktadır: ilk yöntemde tarafların irade serbestisi tamamen yasaklanmakta, sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarınca belirlenmektedir. Diğer bir yöntem, kanun koyucunun sözleşme ilişkisi ile bağlantılı olduğunu önceden belirlediği hukuk düzenlerinden birini tarafların seçebilmesidir. Üçüncü yöntem ise zayıf tarafın lehine olmak şartı ile hukuk seçimi yapılabilmesidir²⁵³.

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesini düzenleyen, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesine ilişkin MÖHUK m. 24 düzenlemesine göre özel hüküm niteliğindeki²⁵⁴ MÖHUK m. 27 ise, sınırlı irade serbestisi içermekte, ancak işçinin mutad işyeri hukukunun öngördüğü emredici hükümler dolayısıyla yararlandığı asgari korumayı bir sınır olarak belirlemektedir (f. 1). Taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeye işçinin işini mutaden yaptığı işyeri hukuku uygulanacaktır; işçinin geçici olarak başka bir ülkede çalışması, buradaki işyerini mutad işyeri kılmaz (f. 2). İş görme ediminin belirli bir ülkede mutaden değil de sürekli birden fazla ülkede yerine getirilmesi

²⁵⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 88-89.

²⁵¹ Örneğin Türk hukukuna göre 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamındaki çırak ve stajyerler iş sözleşmesi ile çalışıyor kabul edilmezler ve 4857 sayılı İş Kanunu m. 4'teki istisnalar arasında sayılmaktadırlar; ancak başka bir hukuka göre iş sözleşmesine tabi çalışan olarak kabul edilebilirler. Dolayısıyla Türk hâkiminin bağlı olduğu bu vasıflandırma nedeniyle MÖHUK m. 27'deki koruma kapsamına girmemeleri söz konusu olabilir. İşte bu sebeple, doktrinde, bağımsız ve evrensel bir yöntem izlenmesi gerektiği, iş sözleşmesinin ücret karşılığı çalışma, emir ve talimatlara göre iş görme, işverenin işyeri örgütlenmesine dâhil olma, ekonomik ve kişisel bağımlılık unsurlarının (her ne kadar bunların her biri de ayrıca vasıflandırmaya konu olacak ise de) Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve İLO sözleşmelerinin ışığında değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerektiği belirtilmektedir, bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 25 vd.

²⁵² Elçin, **a.g.e.**, s. 30-31 vd. Karş. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 35.

²⁵³ Vahit Doğan, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2007, C. XI, S. 1-2, s. 149.

²⁵⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 344.

halinde, iş sözleşmesi işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır (f. 3). Maddenin son fıkrası ise “*hâlin bütün şartlarına göre*” iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde önceki fıkralardaki hukuk yerine bu hukukun uygulanmasını öngörmektedir.

MÖHUK m. 27 düzenlemesinde hukuk seçimi yapılması ve yapılmamış olmasına göre ikili bir ayırım yapılmakta ve seçim yapılmamış olması halinde çeşitli ihtimallere göre bağlama noktaları yer almaktadır.

1.7.1.2. Tarafların İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukuku Kararlaştırmaları

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi, bir bağlama kuralıdır ve sözleşmeye uygulanacak hukuku belirler²⁵⁵. Bu hukuk alanında tarafların kendi aralarındaki ilişkiye en elverişli hukuku seçme yetisine sahip olduğu varsayımı, sözleşmeyi idare edecek hukuka dair belirsizlikleri ortadan kaldırmak veya tarafsız yahut gelişmiş bir hukuka sahip olmak ya da bildikleri bir hukukun uygulanmasını sağlamak, çeşitli sözleşmelerden oluşan tüm bir ilişkiyi aynı hukuka tabi kılmak tarafları hukuk seçimi yapmaya iten nedenler olarak sıralanmaktadır²⁵⁶.

MÖHUK m. 24 taraflarca hukuk seçiminin açık olarak yapılmasını yahut sözleşme hükümlerinden ya da halin icabından tereddütsüz bir şekilde anlaşılabilmesini öngörmektedir. Doktrinde bu hüküm, hukuk seçiminin açık veya zımni (örtülü) olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Kanun farazi iradeyi dışlamıştır²⁵⁷. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil maddi hukukunun hükümleri²⁵⁸ uygulanır (MÖHUK m. 2/f. 4).

²⁵⁵ Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, s. 23; Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, s. 15 vd.

²⁵⁶ Elçin, *a.g.e.*, s. 64-65.

²⁵⁷ Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 370; Aybay/Dardağan Kibar, *Kanunlar İhtilafı*, s. 252; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 284 vd.; Elçin, *a.g.e.*, s. 78-79; Çilingiroğlu, “Tarafların İradeleri”, s. 114. Ayrıca bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 29 vd. ile s. 44-45; Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, s. 199-200.

²⁵⁸ Bkz. Nomer, *a.g.e.*, s. 155; Aybay/Dardağan Kibar, *Kanunlar İhtilafı*, s. 253; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 57; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 39-40 ve s. 282; Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, s. 23. Milletlerarası özel hukuka ilişkin başlı başına bir tartışma alanı olan atıf konusuna bu çalışmada ayrıntılı olarak değinilmeyecektir. Ancak bu hususta işçinin tabi olacağı hukuku öngörebilecek durumda olması bakımından taraflarca yasadaki kuralın aksine bir anlaşmanın geçerliliği, yani seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının seçilmesi gibi bir olasılık reddedilmektedir, bkz. Akyiğit, *Hukuk Seçimi*, s. 20. Başka bir görüşe göre, atıf her derecede kabul edilir ve hâkimin asgari korumanın sağlandığına ikna olduğu noktada atfı kesme yetkisi tanınırsa zayıf tarafın korunması amacına daha iyi hizmet edilecektir, bkz. Elçin, *a.g.e.*, s. 155.

Örtülü hukuk seçimi, tarafların davranışlarından, bir ülke mahkemesinin yetkili kılınması, sözleşmenin dili ve belirli bir hukuk düzeninin kurumlarının veya genel işlem şartlarının kullanılması, hukuk seçiminin yapıldığı başka bir sözleşmeye göndermede bulunulmasından anlaşılabilir²⁵⁹. İş sözleşmelerinin özel durumu, işçinin işveren karşısında korunması gereğinin kamu düzeninin müdahalesini de gerektirmesi gerekçe gösterilerek MÖHUK m. 27'deki özel düzenlemede tarafların hukuk seçimini açık olarak yapmalarının öngörülmemiş olması bir eksiklik olarak eleştirilmiştir²⁶⁰. Ancak öte yandan örtülü bir hukuk seçilmiş olsa bile işçiye mutad işyeri hukukundan daha geniş haklar tanıyan bir hukukun, sadece seçime yönelik iradenin açık olmaması sebebiyle reddedilemeyeceği de savunulmaktadır²⁶¹.

Hukuk seçimi konusunda irade serbestisinin kullanılabilmesi, birinci olarak taraflar arasındaki sözleşmenin yabancı unsurlu (ya da milletlerarası unsurlu) bir sözleşme olmasına ve ikincisi bu seçimin tarafların özgür iradesine dayanmasına bağlıdır. Aksi halde bir hukuk seçiminden bahsedilemez²⁶².

Seçilen hukuk, kural olarak, anlaşma tarihi itibarıyla var olan, yürürlükte olan bir hukuk olmalıdır²⁶³. Tarafların seçtiği hukukun bir devletin hukuku olması gerektiği belirtilse de tarafların artık var olmayan bir devletin hukukunu, bir uluslararası organizasyonun kurallarını, bir milletlerarası anlaşmanın veya anlaşmaların hükümlerini sözleşmenin bir parçası haline getirmeleri halinde (incorporation by reference) bu tür bir tercihin objektif kriterlere göre sözleşmeyi idare edecek hukukun sınırları dâhilinde kabul edileceği belirtilmektedir²⁶⁴. Tarafların iş sözleşmesi ile irtibatı olmayan herhangi bir hukuku tercih etmelerinin önünde de yasal bir engel

²⁵⁹ Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, s. 20-21.

²⁶⁰ Nomer, *a.g.e.*, s. 345. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 266. Buna karşılık, seçilen hukukun uygulanması işçiyi daha fazla koruyucu hükümler içermesine bağlı kılındığından seçimin açık veya gizli olmasının fark yaratmayacağına dair bkz. Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 418. Tarafların hukuk seçiminin ya da seçilen hukukun değiştirilmesinin zamanı açısından bir koşul öngörülmemiştir. Ancak doktrinde bu seçimin veya değişikliğin dava sırasında yapılması halinde, bu son anlaşmaya ilişkin sorunların mahkemenin hukukuna tabi olacağı belirtilmektedir, Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 125.

²⁶¹ Elçin, *a.g.e.*, s. 79; Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, s. 22-23.

²⁶² Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, s. 107.

²⁶³ Bkz. Çilingiroğlu, “Tarafların İradeleri”, s. 108.

²⁶⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 269; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 37-38. Ayrıca bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 282; Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, s. 191-192.

yoktur²⁶⁵. Tarafların İLO sözleşmeleri ve tavsiye kararlarını yahut işçi haklarına ilişkin milletlerarası başka antlaşmaların hükümlerini hukuk seçiminin konusu yapabilmelerine ilişkin, doktrinde bu sözleşme ve kararların yargı organlarınca doğrudan uygulanabilir bir hüküm içermedikleri, program hükmü niteliğinde esnek kurallar içerdikleri gerekçesiyle hukuk seçimine konu edilmeleri mümkün görülmemekte, ancak açık, kesin, kendine yeterli, iç hukuk düzenlemeleriyle tamamlanmaya ihtiyaç duymayan düzenlemelerin uygulanabileceği belirtilmektedir²⁶⁶.

Kanun, hukuk seçimine ilişkin anlaşma için özel ve belirli bir şekil şartı öngörmemiştir. Türk hukukunda bireysel iş sözleşmesinin de, kural olarak, bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan şekle uyulmadan yapılan bir iş sözleşmesinin geçerliliğine bu durumun etki etmeyeceği, bu sebeple bu iş sözleşmesine ilişkin hukuk seçiminin de şekle bağlı olmadığı belirtilmektedir²⁶⁷.

Toplu iş sözleşmesine konulacak hükümlerle hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş açısından, seçimine ilişkin anlaşmanın kanunlar ihtilafı bakımından sonuç doğurması, belirli bir (bireysel) iş sözleşmesi yapılmasına bağlıdır²⁶⁸. Başka bir görüşe göre Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi yazılı şekle tabi tutulduğundan bu şekle uyarak taraflar işçinin daha lehine hükümler içeren bir hukuk seçimi yapabilirler. Hatta bu durumda hem bireysel hem de toplu iş sözleşmesi ile hukuk seçimi yapılabilir ve farklı hukuklar seçildiyse bunlardan hangisinin işçi lehine olduğu tespit edilerek uygulanabilir²⁶⁹. Toplu iş sözleşmesi ile hukuk seçimi yapılabilmesini savunan başka bir görüş ise, toplu iş sözleşmesi ile hukuk seçimi yapılabilmesinin, hem aynı işyerinde farklı hukukların uygulamasının ve bu şekilde eşitliğe aykırı işlemlerin hem de zayıf taraf olan işçinin kendi yararına olmayan bir hukuka rıza göstermesinin önüne geçeceğini savunmaktadır²⁷⁰. Ayrıca

²⁶⁵ Elçin, **a.g.e.**, s. 83; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 30; Tarman, “Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 532.

²⁶⁶ Elçin, **a.g.e.**, s. 85.

²⁶⁷ Akyiğit, **Hukuk Seçimi**, s. 19-20.

²⁶⁸ Bu görüş için bkz. Ekşi, “Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 123-124.

²⁶⁹ Akyiğit, **Hukuk Seçimi**, s. 20.

²⁷⁰ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 53. Benzer görüş için bkz. Tarman, “Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 530.

doktrinde, tarafların bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerini bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak belirlemelerinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁷¹.

Yabancı unsurlu iş ilişkisinde, taraflar, kural olarak, sözleşme ile irtibatlı olup olmadığına bakılmaksızın arzu ettikleri herhangi bir ülkenin hukukunu seçme serbestisine sahiptirler. Ancak taraflarca seçim anlaşmasına konu hukuk düzeni, işçiye, kanunlarda öngörülmüş objektif iş sözleşmesi statüsünün emredici hükümleri tarafından sağlanmış korumadan daha az bir koruma sağlayamaz. Bu sınırlama, sözleşme ilişkisinin içeriği bakımından getirilmiş bir sınırlamadır²⁷². MÖHUK m. 27, iş sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapabilmelerine olanak tanımış, ancak serbestiyi, işçi lehine olarak sınırlandırmıştır²⁷³. Buna göre taraflar hukuk seçimi yapsalar dahi, seçilen bu hukuk, mutad işyeri hukukunun işçiye koruyan emredici hükümlerinin sağladığı asgari güvencelere aykırı olarak uygulanamayacaktır²⁷⁴. İş hukukunda işçiye koruma ilkesinin hâkim olduğu kendine özgü emredicilik, “sosyal kamu düzeni” kavramı ile ifade edilmektedir²⁷⁵. İş hukukunun bu kendine özgü emredici yapısının yansıması olarak MÖHUK m. 27/f. 1’deki sınırlamanın amacı, işverenin ekonomik gücünü kullanarak kendisi için elverişli kanunu seçmesi için işçi üzerinde baskı yapmasını, işçinin bilmediği ve öngöremediği bir hukukla karşılaşmasını engellemek ve işçi lehine asgari bir sınır çizmektir. Seçilen hukuk, mutad işyeri hukukuna oranla daha fazla koruma sağlıyorsa, örneğin daha kısa azami günlük veya haftalık çalışma süresi, görece daha uzun ihbar önellere yahut hafta tatili veya yıllık izin süresi öngörüyor, bu halde seçilen hukuk mutad işyeri hukuku sınırlamasına tabi olmadan (ancak kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar gibi diğer sınırlamalar baki kalmak üzere) uygulanır.²⁷⁶ Esas sorun, seçilen hukukun emredici kuralları ile, seçim yapılmaması halinde uygulanması gereken hukukun emredici kurallarının aynı hayat olayına farklı kurumlar aracılığıyla çözüm getirmeleri halinde ortaya çıkar. Örneğin haksız/geçersiz feshe karşı bir hukuk sistemi tazminat

²⁷¹ Elçin, **a.g.e.**, s. 87.

²⁷² Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 61.

²⁷³ Nomer, **a.g.e.**, s. 326.

²⁷⁴ Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu düzenlemenin sağladığı koruma, tarafların (daha doğrusu işverenin) bu asgari korumayı bertaraf etmek için “mutad işyeri” değişikliğine gitmesi ihtimalini dikkate almamaktadır; işyeri değişince sözleşmenin tabi olacağı hukuk yani “sözleşme statüsü” de, sağlanan “asgari koruma” da değişmiş olur, bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 344 ve s. 347.

²⁷⁵ Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s. 4 vd.

²⁷⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 345. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 413 vd.

yaptırımına ağırlık veren bir çözüm benimsemişken diğeri işe iade öngörmüş veya bunların farklı bir kombinasyonuna gitmiş olabilir²⁷⁷.

Ancak iki hukuk arasındaki karşılaştırmaların nasıl, hangi ilkeye ve hangi ölçüte göre yapılacağına dair kanunda bir hüküm yoktur. Doktrinde iki hukuk arasındaki bu karşılaştırmaların toplu iş hukukundaki “yararlılık ilkesi” esas alınarak yapılacağı belirtilmektedir²⁷⁸. Bu ilke temelini (benzeri daha önce mülga 2822 sayılı TİSGLK’da da yer alan) STİSK m. 36/f. 1’deki bireysel iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı, toplu iş sözleşmelerinin bireysel iş sözleşmesine aykırılığı durumunda iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümlerinin geçerli olacağına dair düzenlemelerden alır. Kısaca değinmek gerekirse, toplu iş hukukunda yararlılık ilkesi, normalde yasa kuvvetine sahip toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine ve kolektif erke bir istisna getirilerek, işçi lehine bireysel düzenlemelerin korunması, toplu iş sözleşmesine tabi olsa da bireysel sözleşme özgürlüğünün korunarak sendikal özgürlüklerle bireysel özgürlükler arasında denge kurulması işlevini görür²⁷⁹. Çalışma koşullarını toplu iş sözleşmesi hükmüne göre daha lehe bireysel olarak belirleyen düzenlemelerle toplu iş sözleşmesi arasındaki çatışmayı işçi lehinde çözümler²⁸⁰. Söz konusu çözümleme sırasında, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesinin yalnızca çatışan hükümleri karşılaştırılır; sözleşme koşulları dışında kalan olgular dikkate alınmaz²⁸¹. Ancak milletlerarası özel hukuktaki yararlılık ilkesi, belirli menfaatlerin gerçekleşmesi için daha uygun hukukun uygulanmasını sağlamak veya uygulanacak hukuku sınırlamak amacı güder. Bu hukuk alanındaki yararlılık ilkesi, alternatif bağlama kurallarının tanınmasıyla kendini ortaya koyar. Yararlılık ilkesinde hâkim, maddi hukuk sonuçları itibarıyla eşit şekilde uygulama kabiliyeti taşıdığı belirlenen hukuk düzenlerinden birini seçebilir. İş sözleşmeleri alanında ise bu ilke, tarafların

²⁷⁷ Elçin, **a.g.e.**, s. 99-100.

²⁷⁸ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 62. Buradaki karşılaştırmada toplu menfaatlerin değil, tıpkı toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmeleri arasındaki karşılaştırmadaki gibi bireysel menfaatlerin dikkate alınacağına dair bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 71. Ayrıca bkz. Tarman, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 531 vd.

²⁷⁹ M. Polat Soyer, **Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi** (Yararlılık İlkesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayını No: 19, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, 3 vd. ile s. 28; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2022, s. 425-426; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku C. II: Toplu İş ilişkileri**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016, s. 474-475. Yararlılık ve başarı ilkeleri arasındaki ilişkinin Almanya’da Nazizm döneminin sosyal sınıfların varlığını reddeden korporatist anlayışına dayandığına dair bkz. Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 10-11. Ayrıca bkz. Gülsevil Alpagut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul Ocak 2001, C. II, s. 1494 vd. ile s. 1501.

²⁸⁰ Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 42 vd.

²⁸¹ Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 67 vd.; Alpagut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi”, s. 1525.

seçtiği hukuk sisteminin işçiyi koruyucu hükümlerinin, hukuk seçimi yapmamış olsalardı objektif bağlama kurallarına göre belirlenip uygulanacak hukukun işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerinden daha az bir korumayı sağlaması durumunda objektif bağlama kuralının işçiyi koruyucu hükümlerinin olaya müdahalesini amaçlar²⁸².

Yararlılık ilkesinin uygulanmasında izlenecek karşılaştırma yöntemi açısından da farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bir yöntem, karşılaştırılacak iki hukuk düzenindeki kuralların bir bütün olarak ele alınarak karşılaştırılmasına dayalıdır²⁸³. Bir başka görüşe göre karşılaştırma, genel bir kıyaslama ile değil, uyumsuzluğa uygulanması gereken kanun hükümlerinin bireysel olarak değerlendirilmesiyle yapılır²⁸⁴. Bu şekilde ilgili hukuk düzenlerinden işçi lehine en elverişli hükümler dikkate alınarak aleyhe olanlar ayıklanacaktır. Ancak karşıt görüş, tam da bu sebeple tekli karşılaştırmayı reddederek bu yöntemin hiçbir yerde yürürlükte olmayan bir iş hukuku yaratacağını ve işçi lehine hareket etmek kaygısıyla diğer tarafa zarar verileceğini, bunun ise yararlılık ilkesinin milletlerarası özel hukuktaki amacına aykırı olduğunu savunmaktadır²⁸⁵. Buna göre yapılması gereken iki hukuk düzenindeki birbiriyle bağlantılı veya “iç ilişki içinde bulunan”, “bir hükmün diğeri olmaksızın karşılaştırılamayacağı veya anlamsız olacağının kabul edilebildiği” hükümleri (örneğin, yıllık ücretli izin süresi, yıllık izne hak kazanma koşulları ve yıllık izin ücreti ile ilgili hükümler) grup olarak birlikte ele alarak karşılaştırmaktır; seçilen hukuktaki bu hüküm grupları işçiye, örneğin, Türk hukukundan daha az bir koruma sağlıyor ise Türk hukuku uygulanmalı, seçilen hukukun diğer hususlarla ilgili hüküm grupları ise uygulanmaya devam edilmelidir²⁸⁶. Ama diğer taraftan, işçinin hem bir hukuktaki lehe

²⁸² Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 65.

²⁸³ Bu yöntem ve eleştirisine yönelik, karşılaştırılacak hukukların ilgili hükümlerinin kapsamı ne kadar genişse o kadar zor olacağı, ayrıca örneğin bir hukuk sistemi feshe karşı korunma karşılığı bazı yan haklarda kısıtlamaya gidiyor diğer bir hukuk sistemi ise feshe karşı çok kısa bir ihbar süresi öngörüyorsa hangi hukukun daha iyi koruma sağladığının belirlenmesinin güçlüğüne dair görüşler için bkz. Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 155 vd.; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 68-69. Ayrıca bkz. Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 76; Alpogut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi”, s. 1528 vd.

²⁸⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 345.

²⁸⁵ Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 156; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 69-70.

²⁸⁶ Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 157; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 70; Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 77-78 vd.; Alpogut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi”, s. 1530; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 291-292. Bu hususta başka bir örnek için bkz. Tarman, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 533. Yazar, haksız feshe karşı tazminat öngören Fransız hukukuna göre haksız feshte sözleşmenin devam ettiğini kabul eden hukukun lehe olduğu değerlendirmesinde bulunmaktadır.

düzenlemeden hem de diğerinden yararlanması, örneğin bir hukukta Cuma günü hafta tatili iken diğerinde Cumartesinin hafta tatili olması karşısında ikisinden birden yararlandırılması gibi bir sonuç asgari koruma ilkesi bağlamında kabul edilmeyecektir²⁸⁷.

Bunlara ek olarak karşılaştırmanın hangi ölçüte göre yapılması hususunda da iki değerlendirme ölçüsü vardır: Bir tarafta işçinin kendisinin subjektif kararının esas alınması gerektiği, zira işçinin kendisi için neyin elverişli olacağına karar verebileceği (subjektif değerlendirme ölçüsü) esas alınmaktadır. Buna göre işçinin çalışma sürelerinin kısalığı kendisi için önem arz etmez ve daha yüksek ücret önem arz ederse, çalışma sürelerinin sınırlanması konusunda daha liberal bir hukukun lehe olduğu ileri sürülebilir. Ancak diğer tarafta ise “akıllı ve makul bir işçinin” iş sözleşmesi esas alınarak²⁸⁸, iş hukuku esasları ve değerleri, bu hukukta tanınan hakların tarihsel gelişimi değerlendirilerek hangi hükmün tercih edilebileceğinin kararlaştırılması (objektif değerlendirme ölçüsü) gerektiği kabul edilmektedir. Böylece örneğin süre sınırlamalarına uymak yerine fazla çalışma karşılığı daha yüksek ücret veya yıllık izin kullanılmaması karşılığı daha fazla ücret teklif edilmesi durumunda, işçilerin kişilik hakları ve dinlenme hakkı bağlamında tarihsel mücadeleleri göz önüne alınarak sınırlanmış çalışma süresinin ve yıllık iznin öncelikli olduğu sonucuna varılacaktır²⁸⁹.

Seçilen hukuk, kural olarak, iş sözleşmesinden doğan bütün ihtilaflara uygulanır²⁹⁰. Doktrinde tarafların sözleşmenin tamamı için hukuk seçimi yapabilecekleri gibi kısmi hukuk seçimi de yapabilecekleri, fakat işverenin ekonomik ve sosyal gücünü kullanarak işçiyi istediği şekilde bir kısmi hukuk seçimine yönelttiği durumlarda kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinin bu

²⁸⁷ Elçin, **a.g.e.**, s. 103.

²⁸⁸ Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 73; Alpagut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi”, s. 1527-1528. Ayrıca bkz. Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 426-427.

²⁸⁹ Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 158; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s.71-72. Karş. Soyer, **Yararlılık İlkesi**, s. 74. Aynı yazarın, yararlılık ilkesinin yeni yorumlarıyla ilgili olarak Alman toplu iş hukukunda ekonomik kriz ve rekabet sorunları neticesinde (*Viessman* ve *Burda* olayları) ortaya çıkan istihdam güvencesi ile ücret miktarının birbiriyle objektif ilişki içinde (bir sinalagma ilişkisi içinde) olup olmayacağı, bu gibi durumlarda işçinin işten çıkarılmama karşılığı toplu iş sözleşmesinden daha aleyhe çalışma koşullarıyla düşük bir ücreti tercih etmesinin işçinin bireysel çıkarını mı yoksa işçilerin toplu menfaatlerini mi ilgilendirdiği, bu ki seçeneğin yararlılık karşılaştırmasına esas olup olamayacağına dair tartışması ve Alman Federal Mahkemesi karar özeti için bkz. M. Polat Soyer “‘Yeni Yararlılık’ Düşüncesi Mi? Yoksa Sendikaların Sosyal Taraf Olarak Sorumluluğu Mu? Toplu İş Sözleşmesinin ‘Önceliği’ Üzerine Tartışmalar”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 448-449 vd.

²⁹⁰ Ekşi, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 124.

olumsuzluğa karşı yeterli koruma sağlayabileceği savunulmuştur.²⁹¹ Buna karşın başka bir görüş, iş hukukunun hem (kural olarak) sadece işçi lehine aksi kararlaştırılabilen nisbî emredici, hem de işçi lehine dahi olsa aksi kararlaştırılamayan mutlak emredici hükümler içerdiğini, bu sebeple mutlak emredici hükümlerin kapsamına giren konularda hukuk seçimi yapılamayacağını, nisbî emredici hükümlerin kapsamına giren hususlarda ancak işçi lehine hukuk seçimi yapılabileceğini, her iki tür hükmün kapsamına da girmeyen alanlarda hukuk seçiminin serbest olabileceğini, dolayısıyla iş sözleşmesinin tamamına yönelik bir hukuk seçimi yapılamayacağını savunmuştur²⁹². Türk iş hukukundaki mutlak emredici hükümlerin (yani aksi işçi lehine bile olsa kararlaştırılamayan hükümlerin) hukuk seçimine etki edebilmesi ya mutad işyeri Türkiye’de ise Türk iş hukukunun mutlak emredici hükümlerinin aynı zamanda işçi lehine bu seçilen hukuktan daha üst seviyede bir güvence getirmesine veya seçilen hukukta bunlara aykırı bir hükmün, bizatihi kendi soyut varlığının değil, somut olayda uygulanmasının sonuçlarının Türk kamu düzenini “tahammül edilemez” bir şekilde ihlal etmesine yahut bu kuralların “doğrudan uygulanan” kural niteliğinde kabul edilebilmesine bağlıdır. Sayılan her bir olasılıkta, söz konusu kuralların niteliğine göre doğuracağı etki farklıdır. Seçilen hukukta kıdem tazminatı mahiyetindeki bir hak, Türk hukukunun aksine miktara ilişkin bir tavanla sınırlanmamışsa ve işçi ile işveren Türk hukukundakine göre çok daha yüksek bir tazminat miktarında anlaşmışlarsa, bu uygulamanın önüne geçilebilmesi, ancak somut iş ilişkisinin koşullarında tarafların ve sözleşmenin (mutad işyerinin Türkiye’de bulunmasında olduğu gibi) Türk kamu düzeni ile sıkı ilişki içerisinde olmaları halinde mümkündür; aksi halde Türk kamu düzenine yönelik bir ihlal ortaya çıkması mümkün değildir²⁹³. Örnek vermek gerekirse yabancı bir firmanın çeşitli ülkelerde çalıştırdığı

²⁹¹ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 124-125. Ekleme gerekir ki kısmi hukuk seçimi MÖHUK m. 24/f. 2’de kabul edilmekte, doktrinde ise sözleşmenin hukuki ve ekonomik bakımdan bölünebilir olması, kısmi seçimin tarafların karşılıklı hak ve borçlarında karışıklığa sebebiyet vermemesi koşuluyla kabul edilmektedir, bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 267; Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 281; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 41; Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, s. 138; Çilingiroğlu, “Taraf İradeleri”, s. 108. Ayrıca bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 41-42. Tarafların bir hukuk seçimi yapmaları halinde bu hukukun sözleşmenin tamamına uygulanacağını anlaşıması gerektiği, kısmi hukuk seçiminin ancak bunun açıkça kararlaştırılmış olması şartına bağlı olduğu ve yorum yoluyla kısmi hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılamayacağına ilişkin bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 326. Türk kanunlar ihtilafı kuralları bakımından yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde kısmi hukuk seçimine engel bir düzenleme bulunmasa da, sıkı ilişkili hukukla karşılaştırma bakımından, yani MÖHUK m. 27’deki sınırlamalar bakımından, karmaşıklığa yol açılabileceği, öngörülemezliği artırabileceğine ilişkin bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 106-107.

²⁹² Akyiğit, **Hukuk Seçimi**, s. 21.

²⁹³ Kaldı ki kıdem tazminatı tavanına ilişkin yasal düzenlemenin (1475 sayılı Kanun m. 14/f. 11’te öngörülen en yüksek devlet memuruna bir hizmet yılı karşılığı ödenecek emekli ikramiyesi sınırlaması)

ve geçici olarak Türkiye’de çalıştıracağı bir işçisinin iş sözleşmesinin tesadüfen başka ülkede değil de Türkiye’de çalışırken sona ermesi ve Türk mahkemesinde dava açması halinde, seçilen hukuka göre Türk hukukundakinin aksine tavana göre hesaplanmamış daha yüksek bir kıdem tazminatına hak kazanabilmesine Türk hâkimi hükmedebilir mi? Olaydan bağımsız olarak ele alınırsa böyle bir kuralın Türk kamu düzenine aykırı olduğu düşünülebilir veya kıdem tazminatına ilişkin Türk hukuk normlarındaki tavan sınırlamalarının doğrudan uygulanan kural olduğu iddia edilebilir. Ancak somut olay bakımından ele alınırsa, Türk kamu düzenine aykırı olan bu kuralın, uygulanması sonucu ortaya çıkacak hukuki durumun da Türk kamu düzenini ilgilendirdiğini söylemek zordur²⁹⁴. Böyle bir uygulamanın işyerinde Türk hukukuna tabi çalışanlar bakımından eşit muamele ilkesini zedeleyeceği düşünülebilir ki bu da her olaya göre farklılık gösterebilecek bir husustur. Dolayısıyla burada her ne kadar ikinci görüş iş hukukunun belirli amaçları (işçinin korunması) ve iç hukukun belirli kuralları dikkate alınarak ileri sürülmüşse de, ilk görüşün benimsenmesinin pratikte bu amaçlara aykırılık teşkil edebileceği de her durumda savunulamaz.

Sübjektif bağlanma esastaki bir diğer sorun, taraflarca seçimin yapıldığı andan sonra seçilen hukukta bir değişiklik söz konusu olduğunda, bu değişikliğin geriye yürür nitelikte olmasıdır. Tarafların aslında öngörmedikleri veya arzu etmedikleri bir değişikliğe katlanmak zorunda kalmamaları için sözleşmeye bu amaca yönelik maddeler eklemeleri gerektiği belirtilmektedir. Ancak söz konusu değişiklik taraf iradeleri ile bertaraf edilemeyecek, kamu düzenini ilgilendiren bir değişiklik niteliğinde ise tarafların bunun uygulanmasından kaçınamayacağı kabul edilmektedir²⁹⁵. Tarafların bunun önüne geçmek için seçim tarihi itibarıyla istedikleri

mutlak emredici niteliği, Türk hukukunda dahi tartışma konusu olmuştur. Bkz. Erdem Özdemir, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, **AÜHFD**, Yıl 2005, C. 54, S. 3, s. 118. Karş. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 85. Yazar çalışmasının devamında, günümüzde kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenlemenin toplumsal bir menfaatten çok işverenin yararını koruduğuna değinmektedir, bkz. **a.g.e.**, s. 98-99.

²⁹⁴ Doğrudan uygulanan kural olarak ele alınırsa da bu defa uyuşmazlığın Türk hâkiminin hukuk düzeniyle bu kuralın uygulanmasını sağlayacak bağlantılarının olması gerekir, bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 33.

²⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 271-272. Ayrıca bkz. Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 283. Başka bir görüşe göre, seçilen hukuk kuralı uygulama anındaki haliyle etkisini gösterecektir, bunun istisnası ise seçilen hukukun öngörülemez şaşırtıcı bir değişikliğe uğramasıdır, bkz. Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, s. 173.

hukuku hukuk bir seçimi anlaşmasına konu etmek yerine sözleşmenin bir parçası haline getirmeleri mümkündür²⁹⁶.

İşçinin işyerinin Türkiye’de bulunması halinde, ihtilaf önüne gelen Türk hâkimi, taraflar yabancı bir devletin hukukunu seçmiş olsalar bile, Türk iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik emredici hükümlerini uygulamak, yani seçilen yabancı hukuk işçi aleyhine olarak Türk hukukundan farklı düzenlemeler getirdiği ölçüde uygulamamak mecburiyetindedir. Yabancı hukuk Türk iş hukukundan daha lehe hükümler içeriyorsa Türkiye’de de uygulanır²⁹⁷. Ancak Türk hukuku ne objektif akit statüsü ne de tarafların seçtiği hukuk ise, sadece uyuşmazlık Türk hâkiminin önüne gelmiş ise, Türk hukukundaki işçiyi koruyucu hükümler ya kamu düzeni ya da – koşulları varsa – doğrudan uygulanan kurallar görünümünde uygulama imkânı bulabilir²⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki kanun, tarafların hukuk seçimi yaptıkları durumlarda, MÖHUK m. 27/f. 3 ve 4’ün aksine, mutad işyeri bulunmaması halinde (örneğin Türkiye’de yahut Türk işveren tarafından işe alınan inşaat işçisinin sürekli farklı yabancı ülkelerdeki şantiyelere çalışmaya gönderilmesi halinde) asgari güvencenin nasıl ve neye göre tespit edileceğine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir.

1.7.1.3. Taraflarca Seçilmiş Bir hukukun Bulunmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

1.7.1.3.1. Mutad İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

Taraflarca seçilmiş bir hukuk yoksa veya hukuk seçimine ilişkin anlaşmaları herhangi bir sebeple geçersizse²⁹⁹, iş sözleşmesi işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır (MÖHUK m. 27/f. 2, c. 1). Bu düzenleme anlamındaki işyeri, kanunun ifadesine göre, işçinin işini *mutad olarak* yerine getirdiği işyeridir (*lex loci laboris*),

²⁹⁶ Elçin, **a.g.e.**, s. 88; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 71 vd. Bu hususta, MÖHUK m. 24/f. 3 uyarınca tarafların seçtikleri hukuku değiştirmeleri her zaman mümkün olduğundan yaptıkları hukuk seçimindeki menfaatleri sonraki değişiklikler nedeniyle ortadan kalkmışsa böyle bir durumda anlaşmak suretiyle başka bir hukuk seçimi yapmaları gerektiği aksi halde hukuk seçimindeki irade beyanlarının seçilen hukukun ilerideki değişikliklerle birlikte uygulanacağı anlamına geldiğini, seçilen hukukun önceki halinin sözleşme hükmü haline getirilmesinin ise, bu hukuktaki sonraki değişikliklerle sınırlı bir geçerliliğinin olacağını belirtilmektedir, bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 35-36. Ayrıca bkz. Çilingiroğlu, “Tarafların İradeleri”, s. 109.

²⁹⁷ Nomer, **a.g.e.**, s. 346; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Tuncay, “Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun”, s. 904 vd. Ayrıca bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 66-67.

²⁹⁸ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 77.

²⁹⁹ Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 158 vd.

geçici olarak çalışmaya gittiği başka bir ülkedeki işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır (m. 27/f. 2, c. 2). İşyerinin belirlenmesinde işletmenin iç örgütlenmesi de rol oynamaz³⁰⁰. Mutad işyeri kuralı, işçinin menfaatini dikkate almada en etkili yollardan biri olarak kabul edilmiştir, zira işçiler çalıştıkları yerin, sosyal, ekonomik ve politik koşullarından etkilendiği için bu yerin korumasının da esas alınması gerekli olmakta, öte yandan işverenin işçiler arasında eşit işlem yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından da bu yer hukuku etkili olmakta, işçiler arasında iş sözleşmeleri yabancı unsur içersin içermesin aynı hukukun uygulanmasını sağlamaktadır³⁰¹.

Mutad işyeri, işveren için işçi tarafından yapılacak işin ağırlık merkezinin bulunduğu yerdir. Bu yer, tarafların anlaşmasına uygun olarak işçinin iş görme faaliyetini yerine getirdiği yerdir. Bu hususta tarafların iradesi tespit edilemiyorsa, yapılacak işin niteliği ve özelliği onun ağırlık merkezini belirler. İşçi sözleşmeden doğan edimini birkaç devlet ülkesinde birden yerine getiriyorsa, bunların her biri mutad işyeri olarak kabul edilir. İş ilişkisinin sona ermesinden önce işveren tarafından işçinin çalıştığı yerin gerçek fiili bir etkisi olmayacak şekilde değiştirilmesi ya da işçinin işyerini terk etmesi dikkate alınmaz. Başka ülkelere yapılan iş gezileri, fuar ve sergilerde çalışma, montaj faaliyetleri gibi geçici nitelikteki kısa süreli faaliyetler mutad işyerini değiştirmez; bu faaliyetler mutad işyerinin “yayılması” olarak görülür. Ancak bir işçi sırf bu geçici işlerde çalıştırılmak üzere istihdam ediliyorsa “yayıma” söz konusu olmaz. Mutad işyerinin yayılması ve işçinin gönderilmesinde, mutad işyerinin emredici hükümlerinin de bu diğer ülkedeki çalışmayı kapsayıp kapsamayacağı emredici hükmün kendisine göre tespit edilir³⁰². Uzaktan çalışan işçinin, örneğin internet vasıtasıyla evinden işveren ve müşterileriyle bağlantı kurarak çalışması halinde, işçinin mutad işyerinin onun evi olduğu savunulmaktadır³⁰³. “Mutad işyeri” kavramı, “fiili işyeri”nden farklı olup, bu sonuncu kavram geçici veya kısa

³⁰⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 416; Nomer, **a.g.e.**, s. 346.

³⁰¹ Elçin, **a.g.e.**, s. 120.

³⁰² Nomer, **a.g.e.**, s. 347; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 416 ve s. 418 vd.; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 81-82; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 126; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 292; Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 333 vd.; Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 534-536; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 99 vd. Centel, “Bireysel İş uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, s. 231.

³⁰³ Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 535; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 101-102.

sürekli işlerin yapıldığı yerleri de ifade eder³⁰⁴. Görüldüğü gibi buradaki işyeri kavramı İş K. m. 2'deki işyerinden oldukça farklı ve geniş kapsamlıdır.

Şayet işçinin iş gördüğü yer devamlı değişmekte ise ve faaliyetinin ağırlık merkezi işin sonuna kadar tespit edilemiyor ise, mutad bir işyeri bulunmadığını kabul etmek gerekir³⁰⁵.

İşçinin başka bir ülkedeki işyerine gönderilmesi halinde bu göndermenin geçici olup olmadığı taraf iradelerine göre belirlenir. İşçinin uzun bir süre için mutad işyerinden başka bir ülkeye gönderilmesi mutad işyerini tek başına değiştirmez, yeter ki göndermeden önce de bu mutad işyeri tespit edilebilsin. Ancak işverenin işçiyi geri alma veya işçinin geri dönme niyeti yoksa, gönderilen işçinin fiili işyerinin mutad işyeri haline geleceği belirtilmektedir³⁰⁶.

Yine bu çerçevede, şirket gruplarının muhtelif grup firmaları vasıtasıyla aynı işçi ile yerel iş sözleşmeleri yapmaları veya bu işçiyi aynı grup içinde farklı şirketlerde geçici olarak çalıştırmaları yahut iş sözleşmesini devretmeleri gibi hallerde ortaya çıkabilecek çalışma izni gerekliliği için yapılmış çeşitli iş sözleşmelerinin aslında idari gereklilikler sebebiyle yapılmış olduklarından mutad işyeri/geçici işyeri ayrımını ortadan kaldırmayacak, salt idari izin için yapılmış birer sözleşme olarak mutad işyeri hukukunu bertaraf edemeyeceği ileri sürülmüştür³⁰⁷.

Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi'nin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı 17.06.2008 tarihli Tüzüğü'nün (Roma I Tüzüğü ya da Roma Tüzüğü) 8. maddesinde, hukuk seçimi bulunmaması halinde işçinin “işini mutaden yaptığı yerin” veya bunun tespiti mümkün değilse işini hangi ülkeden yerine getiriyorsa o ülkenin hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Yani örneğin işçi birden çok ülkede çalışıyor ancak bir ülkede mutaden bulunan ofise veya mutad meskenine dönüyorsa, bu ülke işin mutaden yapıldığı yer kabul edilecektir. Bu düzenleme ile çalışanların aşına oldukları hukukun uygulanarak menfaatlerinin daha

³⁰⁴ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 127.

³⁰⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 348.

³⁰⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 347 vd. Bu bağlamda, Türkiye İş Kurumu'nun Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği'ne dayanarak hazırladığı örnek sözleşmelerde atıf yapılan “çalışılan ülke hukuku”, işçinin sürekli ya da geçici olarak çalıştığı yer ayrımı yapmamakta olduğundan, standart sözleşme ile yapılan hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmekte ise de “çalışılan ülke hukuku” ifadesinin “mutad işyeri” kavramı ile bağdaşmadığı savunulmuştur, bkz. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

³⁰⁷ Elçin, **a.g.e.**, s. 131.

çok korunması öngörülmüştür. AB Adalet Divanı, *Koelzsch/Lüksemburg* kararında³⁰⁸ (C-29/10, 15.03.2011), Almanya’da ikâmet eden, Danimarka hukukuna göre kurulmuş bir şirket tarafından Lüksemburg’da imzalanan bir iş sözleşmesi ile ağır vasıta şoförü olarak işe alınan ve sözleşmesinde Lüksemburg hukukunun seçildiği bir işçinin, şirketin Almanya faaliyetlerinin azalması sonucu işten çıkarılmasının ardından çıkan ihtilafta, “mutad işyeri” kavramının geniş yorumlanması gerektiğini, ayrıca tüzüğün 8. maddesini gerekçe göstererek Alman hukukun emredici hükümlerinin asgari korumasının dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır³⁰⁹. Bu milletlerarası metindeki “işin mutaden yapıldığı yer” işin o anda yapıldığı yer anlamına da gelmez. İşin mutaden yapıldığı ülkeye karar vermek için sadece iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki olaylar değil, sözleşme ilişkisinin bütün seyri boyunca açık veya örtülü olarak belirlenen koşullara, işçinin nerede işe alındığı, nereye gidip döndüğü, nerede denetlendiği, ücretin nereden veya nerede nasıl ödendiği gibi unsurlar dikkate alınarak çalışma faaliyetlerinin işlevsel merkezi tespit edilmeye çalışılır³¹⁰.

Düzenlemenin tarihsel arka planı ise, en az koruma amacı kadar büyük bir önem taşımaktadır: yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde uygulanacak objektif bağlama kurallarında işin mutaden yapıldığı yer hukukunun esas alınması, ekonomik gelişmişlik düzeyi düşük ülkelere çalışanlar için giden yabancı işçilerin menfaatlerini korumak için pozitif düzenlemelerde yer almıştır; yani mutad işyeri kuralı, aslında böyle bir dönemin ürünüdür. Ancak yabancı işçinin gelişmiş ülkeden daha az gelişmiş ülkelere çalışmak için gönderilmesi durumunda mutad işyeri hukuku işçiyi daha az koruyucu hükümler içerebilir ve yetersiz kalabilir. Bu gibi sebeplerle, günümüzde giderek karmaşılaşan iş ilişkileri sebebiyle tek bir bağlama kuralına bağlı kalınamayacağı, birden çok bağlama noktasının birlikte göz önünde bulundurulması, her bir durumda menfaat dengesini sağlayacak yeni kurallar geliştirilmesi gerektiği belirtilerek MÖHUK m. 27’deki “mutad işyeri hukuku” esası haklı olarak eleştirilmektedir³¹¹. Buna göre, işçinin geçici olarak gönderildiği ülke hukukunun mutaden çalıştırıldığı yer hukukundan daha lehe hükümler içermesi halinde, nasıl işçinin mutaden iş yaptığı yer hukuku ile sözleşmede kararlaştırılan

³⁰⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7F1F98C9D3C6CA77EF571175DC7CF3A0?text=&docid=84441&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10539514>

³⁰⁹ Karar için ayrıca bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 121-122.

³¹⁰ Elçin, **a.g.e.**, s. 123-124.

³¹¹ Elçin, **a.g.e.**, s. 116-117. Yazar ayrıca “işin mutaden yapıldığı işyeri” ile “işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke” arasında fark bulunduğuna değinmektedir, bkz. s.125-126.

hukukun hükümleri karşılaştırılabilirse, bu geçici yer hukukunun hükümleri ile mutaden çalışılan yer hukuku da karşılaştırılabilir ve geçici çalışılan yer hukuku da işçi açısından bir güvence teşkil edebilmelidir³¹².

Son olarak belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 27/f. 2’de sonuç bağlanan geçici olarak işin başka bir ülkede yapılması durumu ile işçinin başka bir işveren tarafından İş K. m. 7’de düzenlenen geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalıştırılması kapsam açısından hem farklılık gösterebilir hem de çakışabilir³¹³. İşçinin İş K. m. 7 kapsamında aynı şirketler grubunun yurt dışında işyeri olan başka bir firmasında geçici olarak görevlendirilmesi, MÖHUK m. 27/f. 2 anlamında bir geçici görevlendirme teşkil edebilir. Ancak diğer yandan MÖHUK m. 27/ f. 2 anlamında bir geçici görevlendirme, İş K. m. 7 anlamında bir geçici iş ilişkisinin konusu olmayabilir; zira m. 27/f. 2 düzenlemesinde geçici iş ilişkisi için İş K. m. 7’de öngörülen süre sınırlamaları yoktur ve geçici iş ilişkisinin geçerlilik koşulları farklıdır³¹⁴.

1.7.1.3.2. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke (İşletme Merkezi) Hukuku

İşçinin iş görme edimini yerine getirdiği birden çok ülke varsa, devamlı olarak bu ülkeler değişiyorsa ve bunların herhangi birinde mutad işyeri kabul edilebilecek ağırlıkta bir işyeri bulunmuyorsa yahut işçi hiçbir devlete ait olmayan bölgelerde, açık denizlerde çalıştırılıyorsa, işveren ile aralarındaki ilişkiye işverenin *esas işyerinin* (işletme merkezinin) bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (m. 27/f. 3). Devamlı sınır ötesi çalışan, uzak yol sürücüleri, demir, deniz, hava yolu çalışanları, bu duruma örnek gösterilmektedir. Bu bağlama kuralının uygulanabilmesi, işverenin bir işyerine bağlı olması ile mümkündür³¹⁵. Hatırlanacağı üzere, işyeri mal ve hizmet üretimi şeklindeki teknik amaca, işletme ise ekonomik amaca göre bir birinden ayrılan kavramlar olarak tanımlanmaktadır; uygulamada ise bazen örtüşmekte bazen

³¹² Elçin, **a.g.e.**, s. 134.

³¹³ İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 105 vd.

³¹⁴ İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 108-109.

³¹⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 348. Bu hükmün geniş yorumlanmaya müsait olmadığı, kanun koyucunun işverenin esas işyerini yani iş organizasyonunu yürüttüğü işyerini esas aldığı yönünde, kanun maddesinin bir eleştirisi için bkz. Elçin, **a.g.e.**, s.142 vd. Ayrıca bkz. Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 537-538. Yazar kanunun işverenin birden fazla işletme merkezinin bulunması veya hiçbir işletme merkezinin olmaması hallerinin MÖHUK m. 27/f. 3 düzenlemesinde dikkate alınmamasını eleştirmektedir.

ayrışmaktadır³¹⁶. Kanunlar ihtilafına ilişkin çalışmalarda ise “esas işyeri” kavramının, iş hukukuna değil ticaret hukukuna ait bir kavram olduğu, kastedilenin işletme merkezi olduğu, işverenin birden fazla işletme merkezi var ise işçinin işe alındığı işletme merkezi hukukunun esas alınması gerektiği belirtilmektedir³¹⁷.

Deniz taşımacılığında veya benzeri işlerde çalışanlar açısından “bayrak ülkesi” hukuku veya gemi adamının işe alındığı yerin tesadüfiliği sebebiyle bu yerin hukuku yeterli bir çözüm olarak görülmemekte ve geminin esas işletildiği yer hukuku önerilmektedir³¹⁸. Burada şunu belirtmek gerekir ki günümüzde offshore şirket denilen, gerçek sahipleri başka ülkede olup yabancı bir ülkede gemiyi tescil ettirerek yabancı bayrak çektiren ve donatanı da yine diğer başka bir ülkedeki yabancı şirket gösteren teşebbüsler bulunmaktadır. Böyle bir işverenin (veya onun adına kaptanın yahut donatanın) yabancı bir ülkedeki limanda yabancı bir gemi adamı ile sözleşme yaparak çalıştırması halinde bu geminin gerçekten ağırlıklı olarak hangi ülkeye dönük faaliyet gösterdiği tespit edilerek duruma göre bu ülke esas bağlantılı yer kabul edilebilir ve söz konusu ülke hukuku işçinin işe alındığı ülke, bayrak ülkesi hukuklarından biri ile birlikte alternatif olarak uygulanabilir.

1.7.1.3.3. Sözleşme İle Daha Sıkı İlişkili Yer Hukuku

İşverenin bağlı olduğu bir esas işyeri bulunamıyorsa kanun bu hal için başka bir objektif bağlama kuralı öngörmemekle beraber, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını temin etmek için aynı maddenin son fıkrasında genel hüküm niteliğinde bir düzenlemeye yer vermektedir. MÖHUK m. 27/f. 4 (halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesinin daha sıkı ilişkili olduğu bir hukukun bulunması

³¹⁶ Bu husustaki bir inceleme ve ayırım için kullanılan ölçütlerin tartışılması için bkz. Doğan Yenisey, **İşyeri ve İşletme**, s. 65-66 vd.

³¹⁷ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 83; Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 161. Karş. Elçin, **a.g.e.**, s. 144. Yazar bu hükümde işçinin işe alındığı yerin kastedilmediğini, işçinin nerede olduğunu bile bilmediği işverene ait “esas işyeri”ni esas alan kanun koyucunun işverenin çıkarlarını koruduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda sınır aşıcı evde çalışma sorunlarına yönelik işin teslim edildiği veya iş ilişkilerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına dair görüşler hakkında yine bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 139-140. 5718 sayılı ve 2675 sayılı Kanunlardan önce, Muvakkat Kanun döneminde, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak yapılan bir çalışmada, hukuk seçimi yoksa sözleşmenin ilişkinin teknik ve ekonomik yönü itibarıyla ağırlık noktasının ilişkin bulunduğu hukuka tabi olması gerektiği, bu çerçevede işin görüldüğü yer hukukunun tercih edilmesi gerektiği, işçinin geçici olarak yabancı ülkeye gönderilmesinde, birden fazla yabancı ülkede yürütülen işlerde, idari personelin dışarıya başka bir ülkedeki şubeye gönderilmesinde ve kara taşıma işlerinde işçi nerede çalıştırılırsa çalıştırılsın işverenin “ikametgâhı ve teşebbüs merkezi”nin hukukunun sanki kendi ülkesindeki çalışması devam ediyor gibi işçiyi takip edeceği belirtilmekteydi, bkz. Tuncay, “Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, s. 909 vd.

³¹⁸ Elçin, **a.g.e.**, s. 145-146.

durumunda ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukukun uygulanabilmesi) hükmü uyarınca mutad bir işyeri bulunsa veya işverenin esas işyeri belli olsa dahi, iş sözleşmesine bu daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir³¹⁹. Kanun bu düzenleme ile hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda, hâkime bir takdir yetkisi tanımıştır³²⁰. Hâkimin bu sorundaki takdirine etki edecek husus işçinin menfaatidir. Zira objektif bağlama kuralları uygulanırken örneğin işçinin çalışmak için gönderildiği işyeri hukukunun asgari güvencelerinin işçinin menfaatlerini korumada işçinin iş sözleşmesinin akdedildiği edildiği yer hukukuna göre yetersiz kalması halinde, bu sonuncu yer hukukunun uygulanması tercih edilebilecektir³²¹. Bu düzenleme ile sabit nitelikli bağlama kurallarının ortaya çıkarabileceği haksız sonuçların önüne geçilecektir; yani aslında kanunda iş sözleşmeleri ile ilgili bağlama kuralları sabit nitelikte değildir³²².

“Sıkı ilişki” unsurunun tespitindeki “halin bütün şartları” kapsamında, sözleşmenin bütün unsurları ile dikkate alınacağı, tarafların vatandaşlıkları, ikametgâhı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para birimi, sözleşmenin yapıldığı yer gibi olguların göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir³²³. Bir görüşe göre, daha sıkı ilişkili hukukun tespiti için dikkate alınacak unsurlar, örtülü hukuk seçiminin olup olmadığını tespitinde dikkate alınacak olanlardan farklıdır. Bu hukukun uygulanma koşulları değerlendirilirken objektif ve taraflardan bağımsız koşullar önemlidir. Tarafların müşterek vatandaşlığı olduğu halde sadece mutad işyeri yurt dışında

³¹⁹ Bkz. Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 163. Ayrıca bkz. aynı yazar, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 47.

³²⁰ Taraflarca uygulanacak hukukun kararlaştırılması halinde artık MÖHUK m. 27/f. 2 vd. hükümleri uyarınca böyle bir yetki kullanılamayacağı ifade edilmektedir, bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 413; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 286; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 116; İlke Gürsel, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk – Yargıtay Karar İncelemesi” (Karar İncelemesi), **Sicil**, 2021/II S. 46, s. 169.

³²¹ Bu açıklama ve örnekler için bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 349. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 293; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 85; Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 539.

³²² 2675 sayılı Kanun zamanında bu yönde bir değerlendirme için bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 48. Yazar, Yargıtay 9. HD’nin E. 1992/1621 K. 1992/7890 sayılı 06.07.1992 tarihli kararında ifa yerinin bağlama noktası olarak alınmasının iş sözleşmesi özelindeki sakıncalarının görüldüğünü de belirtmektedir, bkz. aynı yerde dn. 145.

³²³ Doğan, “İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 162; Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 87; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 128; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 60. Ayrıca, bir hukuk seçimi yoksa duruma göre ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, işverenin ikametgâhı veya işlem merkezinin bulunduğu yer, tarafların tabiyetlerinin bulunduğu ortak devlet, işletme merkezi gibi bağlama kurallarına da gidilmesinin amaca uygunluğuna dair bkz. Tuncay, “Hizmet İlişkisine Uygulanacak Kanun”, s. 906. Bu unsurların, doktrinde ve yargı kararlarında hukuk seçimine yönelik anlaşmanın tespitinde dayanak kabul edilmeyen “farazi taraf iradesi”nin aslında “daha sıkı ilişkili yer” olarak başka bir kavram adı altında tekrar kabul edilmesi olduğuna dair bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 45 vd. Objektif bağlama noktalarının benimsenmesinin amacının farazi iradeye başvurulmasını sınırlamak olduğuna dair ayrıca bkz. Çilingiroğlu, “Tarafların İradeleri”, s. 111

olabilir; bu halde müşterek vatandaşlık hukuku veya işçinin mutad meskeni hukuku daha sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate alınabilir. Bu şekilde tespit edilecek sıkı ilişkili hukuk ise işçinin daha az lehine olabilir³²⁴. Günümüzde insanların vatandaşı oldukları ve hukuki bağlarının bulunduğu ülke, çalıştıkları ülke ile ekonomik ve sosyal açıdan en çok bağlı oldukları ülke birbirinden çok farklı olabilmektedir³²⁵.

Doktrinde, “daha sıkı ilişki” kavramının aslında yer ile değil belirli bir hukuk düzeni ile olan daha sıkı ilişkiyi ifade ettiği belirtilmektedir³²⁶. Ayrıca, MÖHUK m. 27/f. 4’teki takdir hakkının son derece geniş olduğu, bu sebeple hâkimin şayet daha sıkı ilişkili yer hukukunun sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri örneğin bir mutad işyeri hukukuna göre işçinin daha aleyhine ise, hâkimin takdir hakkını işçi lehine olan mutad işyerinden yana kullanabilmesi gerektiği savunulmaktadır³²⁷. İş sözleşmesinin özel hukuk niteliği ağır basan ve kamu düzeni müdahalesinin veya doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girmeyen bazı unsurları bakımından bu görüş kabul edilmelidir. Ancak sosyal güvenlik hukuku bakımından mutad işyeri hukukunun kuralları “doğrudan uygulanan kural” niteliğindedir, bu sebeple hâkimin bu hukuk alanındaki kuralların uygulama alanı bakımından daha sıkı ilişkili yerin bulunup bulunmadığını araştırması ve buna göre devlet menfaatini ilgilendiren bir alanda bir karşılaştırma yapması mümkün görülmemektedir³²⁸.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, kanunun gerekçesiyle ve lafzıyla bağdaşmıyor gibi görünse de ve doktrinde “daha sıkı ilişkili hukukun” ancak hukuk seçimi yoksa devreye girebileceği belirtilse de³²⁹, hukuk seçimi yapıldığında dahi hâkimin daha sıkı ilişkili yer hukukunu dikkate alması gerektiği düşünülebilir. Zira MÖHUK m. 27/f.1’deki mutad işyeri sınırlaması, mutad işyeri yoksa sınırlamaya tabi olmayan hukuk seçimi mümkünmüş gibi algılanmamalıdır, burada bir asgari güvence için daha sıkı ilişkili hukukun hâkim tarafından tespit edilerek dikkate alınması gerekir. Bunun birinci sebebi “mutad işyeri”nin aslında sıkı ilişkinin tespiti açısından

³²⁴ Bu görüş ve çeşitli yabancı mahkeme kararlarında örnekler için bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 147-148 vd.

³²⁵ Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 37, dn. 37.

³²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 281; Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, s. 58.

³²⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419.

³²⁸ Elçin, **a.g.e.**, s. 151.

³²⁹ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 413; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 286; Tarman, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 539. MÖHUK m. 27’nin alternatifli yaklaşımı içermediğine dair ayrıca bkz. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 56-57 vd. Yazar, geçerli bir hukuk seçimi halinde, MÖHUK m. 27/f. 4’ün uygulama alanı bulamayacağına ilişkin hâkim görüşüne iştirak etmektedir, s. 75-76.

bir karine teşkil etmesi, bu ilişkinin bir görünümü olmasıdır. Bu karine çürütülebilir, yani başka bir ülkenin daha sıkı ilişkili olduğu ileri sürülebilir³³⁰. Birinci fıkradaki “mutad işyeri” diğer fıkralardaki hükümlerden bağımsız değerlendirilmemelidir. Yani hukuk seçimi varsa ve işçinin mutad işyeri yoksa yahut mutad işyeri seçilen hukukla aynı ülkeye aitse – ki bu olasılıkta mutad işyeri hukuku kuralının asgari güvence işlevi tamamen kaybolabilir, bir nevi nötrleşme/etkisizleşme durumu ortaya çıkabilir – hâkim, kanunun asgari güvence sağlama amacına uygun hareket etmek için sözleşme ile sıkı ilişkili başka bir hukukun işçi lehine sınırlamalarını dikkate almalıdır. Nitekim Roma I Tüzüğü’nün iş sözleşmelerine ilişkin 6. maddesinde, hukuk seçimi yapıldığı hallerde bu seçimin işçinin işini mutaden yaptığı yer ya da işçinin işe alındığı iş merkezi ya da bir bütün olarak koşullardan sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinin korumasından yoksun kılamayacağı açıkça belirtilmektedir³³¹. Ancak kanunun aradığı daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile hukuki ilişki ile irtibatlı olup işçi lehine en iyi korumayı sağlayan hukukun uygulanması aynı anlama da gelmeyebilir. Bu hususta hâkimin en lehe hukuku temel alması gerektiği ifade edilmektedir³³².

³³⁰ Elçin, **a.g.e.**, s. 120. MÖHUK m. 24’e göre özel hüküm niteliğindeki MÖHUK m. 27’deki “mutad işyeri hukuku”nun aslında MÖHUK m. 24’teki “daha sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edimin ifa yeri hukuku”nun bir ifadesi olduğuna dair bkz. Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 535.

³³¹ “1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice. “2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed:

a) By the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or

b) If the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated;

Unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.” Doktrinde

hukuk seçimi olmasaydı işçinin mahrum kalmayacağı daha fazla koruma içeren hukukun ilgili hükümlerinin seçilen hukukun yerine uygulanacağı “tercihli hukuk seçimi” yönteminin benimsenmesi ile sözleşmelerin zayıf tarafının daha iyi korunacağı, ancak daha iyi olan korumanın tercihinin nasıl yapılacağı ve dolayısıyla uygulanacak hukukta öngörülebilirlik sorunları ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, s. 158-159. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri açısından “alternatif bağlama kuralı” öngörülmesi gerektiğine dair ayrıca bkz. Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 52-53.

³³² Bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 92-93. Ayrıca bkz. Erdoğan/Erdoğan, “Türkiye’den Yurtdışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s. 8-9. Kanunun mevcut haliyle hukuk seçimi durumunda daha sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanmasını dışladığını kabul eden görüş dahi, ilk fıkranın (MÖHUK m. 27/f. 1) 3 ve 4. fıkraları da kapsayacak şekilde genişletilmesinden yanadır, bkz. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 86-87 ile s. 96.

Uygulama açısından özetlemek gerekirse, bir yabancı işçi, yabancı veya Türk bir işveren tarafından bir süreliğine veya süresiz olarak Türkiye’deki bir işyerinde çalıştırılacaksa:

- Uygulanacak hukuk seçilmişse, bu hukuk mutad işyerinin başka bir ülke veya Türkiye olmasına göre belirlenecek mutad işyeri hukukunu sınırlamaları ile birlikte uygulanacaktır. Kanunda hukuk seçimi yapıldığı ancak mutad işyerinin bulunmadığı yahut mutad işyeri hukuku ile uygulanması seçilen ülke hukukunun aynı olduğu bir durum için asgari sınırlara dair alternatif bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple “mutad işyeri hukuku”, “daha sıkı ilişkili hukuk”un bir görünümü olarak geniş yorumlanmalıdır.

- Uygulanacak hukuk seçilmemişse, mutad işyerinin belirlenip belirlenememesine göre uygulanacak hukuk Türk veya söz konusu yabancı ülke hukuku olabilecektir.

- Uygulanacak hukuk seçilmemişse ve mutad işyeri Türkiye ise, kural Türk hukukunun uygulanması olmakla birlikte Türkiye’ye göre diğer bir ülke hukuku “daha sıkı ilişkili” kabul edilerek uygulanabilecektir. Ancak bu durumda mutad işyeri ile daha sıkı ilişkili hukuk arasında asgari koruma sınırları açısından bir karşılaştırma yapmak gereği doğabilir. Yani normal şartlarda kendisi bir “asgari” güvence olarak kanunda belirtilmiş objektif kritere göre tespit edilen hukuka karşı da güvence olup olmadığı, güvenceye karşı bir güvence sorunu ortaya çıkabilir³³³. Sonuç olarak MÖHUK m. 27/f. 4’teki takdir hakkının işçi lehine geniş tutulması düşünülebilir.

Sıkı ilişki kuralı, genelde kanunlar ihtilafı kurallarının amacının yabancı unsurlu hukuk uyuşmazlıklarında uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığın taraflarının daha sıkı ilişkiye sahip oldukları maddi hukuk sisteminin uygulanması olmasının, yabancı unsurlu iş sözleşmelerindeki bir yansımasıdır. Bu kural, “milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti” anlayışının sonucudur³³⁴. “Daha sıkı ilişkili hukuk” her zaman zayıf tarafı en iyi koruyan hukuk olmayabilir. Daha az ilişkili bir hukuk daha fazla koruma sağlayabilir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun sübjektif veya objektif kriterlere göre

³³³ Bu sebeple MÖHUK m 27 düzenlemesinin, “hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun emredici hükümleri” şeklinde düzenlemesi gerekliliği ve ayrıca iş ilişkilerinin karmaşıklığına (işçinin iş organizasyonundaki konumu, görevin niteliği, işverenle ortak vatandaşlık ilişkileri vb.) göre ayrıntılı öneriler için bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 155-156 vd.

³³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 25. Ancak bu amaç “hangi maddi hukukun en hakkaniyetli sonucu vereceği” ile ilgilenmez, s. 25, dn. 58.

belirlenmesi, tek başına bu sonucun hakkaniyetli olacağı anlamına gelmeyebilir³³⁵. Hem sübjektif hem de objektif bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukukun işçi açısından bir koruma içermemesi, işçiye bir hakkın ya hiç tanınmaması ya da çok az tanınması durumu ortaya çıkabilir³³⁶. Mutad işyeri hukuku veya daha sıkı ilişkili hukuk, özellikle hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, işçiyi koruma bakımından elverişli hükümler içermese bile uygulanmak zorunda kalınabilir. Bu tehlikeye karşı, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Konvansiyonu'nun (Roma I Tüzüğü) 6. maddesi uyarınca hâkimin uyuşmazlıkla daha sıkı bağlantılı hukuku ve 7. maddesi uyarınca üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama yetkisine sahip olması gerekliliği savunulmaktadır³³⁷.

1.7.1.4. Uygulanacağı Belirlenen Hukukun Kapsamına Giren Konular

Kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen hukuk, sözleşmeden kaynaklanan tüm ihtilaflara, icap ve kabule, sözleşmenin kurulmasına, irade sakatlıklarına, tarafların yükümlülüklerine, sözleşmenin yorumuna, ifasına, sona ermesine, geçerliliğine³³⁸ uygulanır. Kural, bu hukukun ait olduğu ülkenin ilgili mevzuatı, emredici ve tamamlayıcı hükümleri, tüzük ve yönetmelikleri, tebliğleri, doktrin ve içtihatlarıyla birlikte bir bütün olarak uygulanmasıdır³³⁹. Yetkili hukuku re'sen uygulama yükümlülüğünün bir sonucu olarak hâkim, bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru olup olmadığını, bu unsur doğrudan hukuki nitelendirmeye ilişkin olduğu için, davanın her aşamasında kendiliğinden dikkate almalıdır³⁴⁰. Yine bu sebeple, iddia ve savunmanın

³³⁵ Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, s. 101-102.

³³⁶ Hukuk seçiminin “asgari koruma” ile sınırlandırılmasındaki bu yetersizliklere ilişkin çeşitli olasılıklar ve değerlendirme için bkz. Elçin, *a.g.e.*, s. 95 vd. Ayrıca bkz. Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, s. 75.

³³⁷ Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, s. 110 dn. 66.

³³⁸ Bkz. Çilingiroğlu, “Tarafların İradeleri”, s. 115-116 vd. Bu konuda MÖHUK m. 32 düzenlemesi şöyledir: “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.

“Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır”. Ancak bu düzenlemenin lafzı doktrinde iş sözleşmesinin ihtiyaçlarını karşılamadığı için tenkit edilmiştir. Buradaki itiraz eden tarafın meskeni, işçinin mutad meskeni veya işverenin işyeri olarak yorumlanmalıdır. İrade beyanının varlığına itiraz eden taraf işveren ise, salt onun mutad meskeni hukuku değil, işin mutaden yerine getirildiği yer hukuku yahut işçinin işe alındığı yer veya işçinin milli hukuku, mutad meskeninin hukuku dikkate alınmalı hüküm böyle yorumlanmalıdır. Bu görüş ve çeşitli durumlara ilişkin bkz. Elçin, *a.g.e.*, s. 161-162.

³³⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 61 ve s. 297 vd.; Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, s. 86-87 vd.

³⁴⁰ Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti”, s. 1048 vd.

geniştirilmesi yasağı yabancılık unsurunun mahkemeye getirilmesi bakımından dikkate alınmayacaktır ve bu unsur kapsamındaki hususlar hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) kapsamında değerlendirilecektir³⁴¹. İş sözleşmesi özelinde işçinin emir ve talimatlara uygun iş görme ve işverenin ücret ödeme borcunun yanı sıra, işçinin rekabet etmeme, işverenin işçiye eşit muamele yapma, koruma ve gözetme borçları, ihbar süreleri, iş sözleşmesini sona erdiren sebepler, sözleşmenin belirli süreli sayılıp sayılmaması veya hangi özel iş sözleşmesi türüne girdiği, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün sonuçları, işe alınma gibi konular yetkili hukuk tarafından idare edilecektir³⁴². Ancak örneğin ücretin miktarı açısından işin yapıldığı ülkedeki asgari ücret düzenlemeleri veya ücretin yabancı para üzerinden ödenip ödenmemesine göre o ülkenin kambiyo mevzuatı bakımından çeşitli kısıtlamalarla karşılaşılabilir. Aynı şekilde uygulanacak hukukun çalışma ve dinlenme süreleri, kadın ve çocukların çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirler ve işçinin kişiliğinin korunmasıyla ilgili diğer mevzuat, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin emredici hükümler, iş güvencesine ilişkin kurallar, yabancı işçinin çalışma izni işin yapıldığı ülkenin yahut uyuşmazlığa bakan hâkimin ülkesinin sosyal ve ekonomik düzeniyle çelişebilir, kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir veya doğrudan uygulanan kuralların alanına girebilir³⁴³.

Zamanaşımı da MÖHUK m. 8 uyarınca sözleşmenin esasına uygulanan hukuka tâbidir. Bu hukuk zamanaşımının başlangıcı, süresi, durması, kesilmesi ve sonuçları hakkında da geçerlidir³⁴⁴. Taraflardan birinin Türkiye’de dava açması halinde bu işlemin zamanaşımına etkisi esasa uygulanan hukuka göre belirlenecektir³⁴⁵. Bu konuda, yetkili hukuka göre zamanaşımının uzun veya kısa olmasının tek başına her durumda kamu düzeni müdahalesini ve yetkili hukukun uygulanmamasını gerektirmediği, ancak aşırı uzun veya aşırı kısa olmasının, ya da hiç zamanaşımı

³⁴¹ Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti”, s. 1050-1051 vd. ile s. 1053. Yazara göre iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı yabancılık unsurunun tespiti bakımından geçerli olmaz. Zira yabancılık unsurunun tespiti hukuki nitelendirmeye ilişkin bir husustur, yani hâkimin resen yapması gereken bir usuli etkinliktir. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tespiti, incelemedeki sıralama açısından, dava şartlarıyla birlikte yapılmalıdır.

³⁴² Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 129; Elçin, **a.g.e.**, s. 60-61.

³⁴³ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 125 vd.

³⁴⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 215.

³⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 104.

bulunmamasının Türk kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşabileceği belirtilmektedir³⁴⁶.

Sözleşme statüsünün kapsamının istisnaları da vardır. Sözleşmenin şekli geçerliliği açısından MÖHUK m. 7, hukuki işlemin yapıldığı yer ya da esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerine atıf yapan seçenekli bir sistem öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre sözleşmenin yapıldığı yer ve yetkili hukuktan birinin şekil için öngördüğü kurallara uygun yapılması geçerliliği için yeterlidir; amaç işlemin şekli geçerliliğini sağlamaktır³⁴⁷. Bu hukuk, sözleşmenin kurulduğu anda yetkili olan hukuktur³⁴⁸. Hukuki işlemin şekli geçerliliği konusunda atıf benimsenmemiştir³⁴⁹. İki taraflı hukuki işlemlerde tarafların hazır bulunmaması halinde her birinin irade beyanının şekli geçerliliği yapıldığı yer hukukuna tabidir. İrade, temsilci vasıtasıyla açıklanıyorsa işlemin yapıldığı yer temsilcinin irade açıklamasında bulunduğu yerdir. İrade açıklamalarından birinin yapıldığı yer hukuku, diğer açıklamaya şekli geçerlilik tanıyor ise bu yer hukukuna göre işlemin geçerli kabul edilmesi söz konusu olabilir³⁵⁰. Hem işlemin yapıldığı hem de esasa uygulanacak hukuka göre işlem şekle aykırılıktan geçersiz ise, geçersizliği daha yumuşak bir yaptırıma bağlayan hukukun uygulanmasının daha yerinde olacağı, zira MÖHUK m. 7 düzenlemesinin amacının işleme mümkün olduğunca geçerlilik tanımak olduğu belirtilmektedir³⁵¹.

Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri açısından kanun özel bir şekil şartı öngörmediği için MÖHUK m. 7'deki kural uygulanacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda (m. 8/f. 1) iş sözleşmesi, bir tarafın (işçinin) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverenin) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmış, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi olmadığı belirtilmiştir. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 394/f. 1'de de aynı kural tekrarlanmaktadır. İş hukukunda, 1 yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması ile (İş K. m. 8/f. 2) belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekle tabi tutulması kuralı (İş K. m. 11/f. 1 c. 2) birlikte değerlendirilerek sadece 1 yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 120 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 106; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 183.

³⁴⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 189 vd.; Nomer, **a.g.e.**, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 102; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 93.

³⁴⁸ Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", s. 32.

³⁴⁹ Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 176.

³⁵⁰ Nomer, **a.g.e.**, s. 211; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 177; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 96.

³⁵¹ Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 178.

yazılı yapılması gerektiği biçiminde yorumlar mevcuttur³⁵². Kanunun yazılı şekil öngördüğü hallerde bu şeklin niteliği ve şekle aykırılığın sonuçlarına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, kanunda öngörülen şekil kuralının TBK m. 12/f. 2 uyarınca geçerlilik şekli olduğunu ve bunun hukuki yaptırımının sözleşmenin geçersizliği olduğu, ancak TBK m. 394/son uyarınca bu geçersizliğin ileriye etkili olduğu ve sözleşmenin geçmişe ilişkin doğurduğu haklara etki etmeyeceği yönündedir³⁵³. Diğer bir görüş ise, yazılı şekil koşuluna uymamanın sözleşmeyi geçersiz kılmayacağını, sözleşmenin belirli süreli olma özelliğini yitireceğini savunmaktadır³⁵⁴.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, iş sözleşmesinin şeklinin, esasa uygulanacak hukukun işçiyi koruyan maddi hukuka ait emredici/asgarî güvence sağlayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, şekle uygulanacak genel hükme tabi olması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, iş sözleşmelerinde aranan şekil şartının amacı işçi lehine bir güvence getirmek ve onu korumak olduğundan ispat değil geçerlilik şartıdır. Ancak aynı amaç (zayıf tarafın korunması) çerçevesinde şekle aykırılığın yaptırımının uygulanacak maddi hukuka göre geçmişe etkili değil ileriye etkili olması veya sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşüp dönüşmemesi her bir hukuk sisteminin kendi maddi hukuk adaletine göre çözülmelidir³⁵⁵.

Kanuni karineler ve ispat yükü maddi hukuka ilişkin olduğu, sözleşmenin kapsamına ve hakkın özüne ilişkin olduğu sürece uygulanacak hukukun kapsamındadır. Ancak usul hukukuna ilişkin ispat yükü ve karineler hâkimin hukukuna tabidir³⁵⁶.

Hak ve fiil ehliyeti, öncelikle MÖHUK m. 9 düzenlemesi uyarınca tarafların her birinin kendi millî hukukuna tabidir³⁵⁷. İlgili taraf kendi millî hukukuna göre

³⁵² Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 324-325.

³⁵³ Süzek, **a.g.e.**, s. 326; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 90.

³⁵⁴ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 333-335.

³⁵⁵ Elçin, **a.g.e.**, s. 59.

³⁵⁶ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 130 vd.

³⁵⁷ Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 58 vd. Tarafların birden fazla vatandaşlığı var ise yahut vatansızlık ya da mülteci statüsü söz konusu ise MÖHUK m. 4, kanunda yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde, vatansızlar ve mülteciler için yerleşim yeri, bu yoksa mutad mesken, o da bulunmuyorsa dava tarihi itibarıyla bulunulan ülke hukukunu, birden fazla devlet vatandaşlığı olanlar için Türk vatandaşlıkları varsa Türk hukuku, bu yoksa daha sıkı ilişki halinde bulunulan devlet hukukunu yetkili kılmaktadır. Mutad mesken, kısaca, kişinin oturduğu ancak ikametgâh sayılması için gerektiği kadar sıkı bağlarla bağlı olmadığı, ancak fiilen bulunduğu ve yaşam ilişkilerinin yoğunlaştığı yerdir, bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 119; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 38-39; Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 56-57. Doktrinde, MÖHUK m. 4/a düzenlemesindeki

ehliyetsiz ancak işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli ise (aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler hariç) yaptığı işlemle bağlıdır (MÖHUK m. 9/f. 2). Bu düzenlemenin amacı işlem güvenliğini sağlamaktır. İşlem muhatabı, yabancıнын ehliyetsizliğini biliyorsa, yani iyiniyetli değilse, bu istisna kuralı uygulanmayacaktır³⁵⁸. Bireyin tabi olduğu şahsi statünün değişikliği, eski statüye göre kazanılmış erginliğe etki etmez (MÖHUK m. 9/f. 3). Ancak belirli bir hukuki işlemde, o işlemi yapabilme ehliyeti, işlemin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenir³⁵⁹. Bu konuda, bir iş sözleşmesine konu işte çalışabilmek için gerekli yaş sınırı, yabancı işçinin milli hukukunda işin yapıldığı yer olan Türk hukukuna göre daha alttıysa, işyerinin Türkiye olması sebebiyle Türk hukukunun bu konudaki yasaklayıcı hükümlerinin dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır³⁶⁰. İşverenin fiil ehliyetine sahip olmaması halinde yasal temsilcisinin, ölümü halinde mirasçılarının işveren sıfatı kazanıp kazanmayacağı, MÖHUK m. 10/f. 1 ve m. 20/f. 1 uyarınca işverenin milli hukukuna göre çözümlenecektir³⁶¹. İşveren bir tüzel kişi veya kişi ya da mal topluluğu ise, hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 9/f. 4 ve 5).

Bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, yukarıda belirtildiği üzere (kural olarak) hâkimin hukukuna tabidir. İş sözleşmesi, tabi

“mülteci” kavramının, 6458 sayılı YUKK m. 61’deki son derece dar mülteci tanımıyla sınırlı tutulmayıp, aynı kanundaki koruma statülerindeki bütün yabancıları kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 31, dn. 61.

³⁵⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 209-210; Nomer, **a.g.e.**, s. 224-225; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 115; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 68 vd. Doktrinde bu düzenlemenin yabancılarla hukuki ilişkiye giren Türklerin işlem güvenliğini korumak için getirildiği belirtilmektedir, bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 188; ayrıca Alman ve Fransız hukuklarındaki benzer düzenlemelere ilişkin bkz., A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Sermaye Piyasası Kurulu yayını, Ankara 1997, s. s. 22-23. Bu düzenlemenin aynı şekilde Türklerle hukuki ilişkiye giren yabancıları da koruduğu söylenebilir. Bundan başka, ayrıca, işlem güvenliğine ilişkin bu kuralın sadece hazırılar arasında yapılan işlemlere ilişkin olduğu temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde geçerli olmadığı, zira kuralın, hazır bulunanlar arasında, karşı tarafın ehliyetsiz kişinin etkisinde alarak onu şüpheye düşmeden kabul ettiği varsayımına dayandığı ifade edilmektedir, bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 69.

³⁵⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 63 vd.

³⁶⁰ Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 478. Karş. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 146. Yazar, sözleşme ehliyeti veya iş sözleşmesine konu bir işte çalışma yaşı bakımından kısıtlayıcı kural işçinin milli hukukuna ait ise, bu kuralın uygulanmasının işin yapıldığı yer hukukundaki sınırdan daha aşağıda olması halinde uygulanacağını belirtmektedir. Yani burada ehliyet konusunda daha esnek hükümler getiren kural, sözleşmenin ayakta tutulması amacıyla dikkate alınmaktadır.

³⁶¹ Elçin, **a.g.e.**, s. 52.

olduğu hukuk uyarınca geçersizse, ancak işçinin işverenin bilgisi dâhilinde fiili çalışması varsa, geçerli bir iş ilişkisi varmış gibi yine yetkili hukuk uygulanır. Bir görüşe göre bu durumda seçilen hukuk, objektif bağlama kuralına göre yetkili hukukun işçi lehine koruyucu hükümleri ile sınırlı olarak yine uygulanır³⁶².

1.7.1.5. Yetkili Yabancı Hukukun Sınırları

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen yabancı hukuk kurallarının uygulanması belirli sınırlara tabidir. Öncelikle bu hukukun uygulanması Türk kamu düzenine *açıkça* aykırı olmamasına bağlıdır. Kamu düzeni kavramı tartışmalı olmakla birlikte, genel hatlarıyla bir toplumun kendine özgü ve zaman içinde değişiklik gösterebilen siyasi, ekonomik, sosyal ve hukuki temel yapısını, ilke ve çıkarlarını koruyan, bazen kanun metinlerinde somutlaşan bazen de somutlaşmayan³⁶³ kuralların bütünü ifade edilmektedir³⁶⁴. Kamu düzeninin koruduğu değerler birbiriyle ilişkili olmakla birlikte bu kavram milletlerarası özel hukukta, iş hukukunda ve usul hukukunda bu alanların her birinin özelliklerini alır³⁶⁵. Bu kavrama ilişkin YİBGK'nun E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı 10.02.2012 tarihli kararında ayrıntılı tanımlamalara yer verilmiştir³⁶⁶.

³⁶² Akyiğit, **Hukuk Seçimi**, s. 18. Benzer şekilde, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde özel bağlama kurallarının (gerek MÖHUK m. 27 gerekse Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesi vb.) geçersiz veya işçiyi koruyan mevzuat tarafından sözleşme olarak vasıflandırılmamış fiili iş ilişkilerine de uygulanması gerektiğine dair bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 17-18. Ekşi'ye göre ise, iş sözleşmesinin hukuk düzeninin temel ilkelerini ihlali sebebiyle geçersizliği söz konusu ise, artık iş sözleşmesi hiç doğmamış sayılacağından taraflar yerine getirdikleri edimin geri verilmesi veya uğradıkları kayıpların tazmini için sebepsiz zenginleşme ve haksız fiile ilişkin bağlama kurallarına göre yetkili hukuk çerçevesinde talepte bulunabilirler, Ekşi, "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", s. 132.

³⁶³ Türk hukukunda kamu düzeni, 6098 sayılı TBK m. 27'de, sözleşme serbestisinin sınırı olarak emredici hükümlerin yanında bağımsız bir biçimde yer almaktadır. Bu anlamdaki kamu düzeni, yazılı metinlerde yer almayan, üstün bir ilke adına yargı tarafından tanımlanan bir kamu düzeni anlayışıdır, bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 104 ve s. 157 vd; aynı yazar, "Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", s. 37 vd.

³⁶⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 140 ve s. 148; Nomer, **a.g.e.**, s. 165; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 125; Ökçün, **Kamu Düzeni**, s. 9.

³⁶⁵ Bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış" (Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış), **Sarper Süzek'e Armağan**, Beta Yayınları 2011, C. I, s. 39; aynı yazar, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 162. Ayrıca bkz. Ökçün, **Kamu Düzeni**, s. 11.

³⁶⁶ RG 20.09.2012/28417, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm>:

"(...) O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.

İç hukuktaki kamu düzeni kurallarının yetkili hukukun uygulanmasını nasıl etkileyeceği MÖHUK m. 5'te belirtilmiştir. Hükme göre, belirli bir olaya uygulanan yetkili yabancı hukukun belirli bir hükmü, Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmayacaktır ve gerekli görülmesi durumunda Türk hukuku uygulanacaktır. Yabancı bir ülkenin kamu düzeni Türk hâkimini ilgilendirmez. Ancak yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık, aynı zamanda Türk toplumunda geçerli ahlak ve hukuk değerlerini ihlal ediyorsa dikkate alınabilir³⁶⁷. Kamu düzeni somut bir olayda *yabancı hukukun belirli bir kuralının uygulanması sonucu* etkisini gösterecektir. Yani kamu düzeninin kendisi bağımsız bir bağlanma kuralı değil bir bağlanma kuralına göre belirlenen hukukun bir istisnasıdır³⁶⁸. Etkisini yabancı hukuk kuralının kendisi değil uygulanmasının doğuracağı sonuçlar üzerinde gösterir³⁶⁹.

Kamu düzeninin müdahalesi için, uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenini açıkça, tahammül edilemez şekilde ihlal etmesi gereklidir: bu aykırılık iç hukuk yönünden değil, milletlerarası özel hukukun niteliği açısından değerlendirilecektir³⁷⁰. Salt Türkiye'deki yasal düzenlemelerden farklı olma veya hukuki ilişkinin taraflarına daha kısıtlı hak tanıma kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyebilir³⁷¹. Yabancı hukukun uygulanmasının Türkiye'deki hukuk düzenini ciddi bir biçimde sarsacak nitelikte olması, dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurması, anayasadaki ilkelerle, temel hak ve hürriyetlerle çelişmesi buna örnek gösterilebilir³⁷².

"İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.(...)"

³⁶⁷ Nomer, **a.g.e.**, s. 183-184; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 128.

³⁶⁸ Bu husustaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 142, 143 vd.; Nomer, **a.g.e.**, s. 162-163; Ökçün, **Kamu Düzeni**, s. 34.

³⁶⁹ Nomer, **a.g.e.**, s. 167 vd.; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 130. Ayrıca bkz. Erdoğan/Erdoğan, "Türkiye'den Yurtdışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", s. 10-11.

³⁷⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 146 ve s. 148; Nomer, **a.g.e.**, s. 171 ve s. 178; ayrıca bkz. Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", s. 134; Tarman, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", s. 544 vd.

³⁷¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149 vd. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 27: "*Davada tatbik edilen hukuk, kamu düzenine aykırı bulunmadıkça, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun maddi hukuk hükümlerinin somut olayda adil sonuçlar yaratıp yaratmadığı, prensip olarak, kanunlar ihtilafı kurallarının konusuna girmez*". Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", s. 66.

³⁷² Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 172 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 152. Örneğin yabancı hukukun kısa veya uzun bir ihbar öneli tanınması kamu düzenine aykırı olmak zorunda değildir. Ancak hiç ihbar öneli tanımaması veya feshe ilişkin taraf menfaatlerini hukuk düzeninin kabul edemeyeceği derecede kısıtlayan çok kısa ya da tam tersine çok uzun bir önel tanınması kamu düzenine aykırılık bağlamında değerlendirilebilecektir, bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 197. İş hukuku doktrininde örneğin işçinin haklı fesih nedenlerinin işçi aleyhine sınırlandırılması mümkün görülmemekte; ancak işverenin haklı fesih nedenlerinin sınırlandırılması bazen (toplu iş sözleşmesi ile) geçerli kabul edilebilmektedir. Haklı fesih

Kanunun aradığı bu derece ağır bir aykırılık için söz konusu ihtilafın tarafları ve uygulanacak işlemle Türkiye arasında belirli bir ilişkinin olması gerekir, zira ancak bu durumda Türk kamu düzeni açısından bir tahammül edilemezlik ortaya çıkabilir³⁷³.

Kamu düzeninin etkisi ya salt *olumsuz* bir şekilde, yani yabancı bir hukuk kuralının uygulanmasını engelleme şeklinde, ya da *olumlu* bir etki yani uygulanması engellenen hüküm yerine tercihen Türk hukukunun hükümlerinin uygulanması ve boşluğun bu şekilde doldurulması şeklinde kendini gösterir. Bunun için Türk hukukunda uygulanacak hükümlerin bulunması gerekir; ancak böyle hükümler bulunmasa bile olumsuz etki kendini gösterir ve kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kuralı uygulanmaz³⁷⁴.

Kamu düzenine ilişkin kurallarla emredici kurallar birbirine karıştırılmamalıdır: Her kamu düzenine ilişkin kuralın emredici niteliği vardır; ancak her emredici kural kamu düzeni etkisini haiz değildir³⁷⁵.

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukukun bir diğer sınırı doğrudan uygulanan kurallardır (MÖHUK m. 6). Doğrudan uygulanan kurallar, kısaca, bir ülkenin sosyal, ekonomik veya politik yapısının korunması için uyulması zorunlu olan ve özel hukuk alanına müdahale eden kurallar olarak tanımlanmaktadır³⁷⁶. “Emniyet ve asayiş kuralları” da denilen bu kurallar, ilke olarak kanunların ülkeselliği gereği ülkede bulunan vatandaş veya yabancı herkese ve düzenleme alanlarındaki her olaya uygulanırlar³⁷⁷. Doğrudan uygulanan kurallar, özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözetken, aksi kararlaştırılamayan emredici hükümlerdir. Kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirleri içerirler; yaptırıma da bağlanmış olabilirler ancak mutlaka kamu hukuku alanında yer almaları gerekli değildir ve özel hukuk düzenlemeleri arasında da yer alabilir, özel hukuk ilişkilerine de müdahale

nedenlerinin her iki taraf için genişletilmesi yahut kişilik haklarına saldırı niteliğinde ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı durumlarda daraltılması ise kabul edilemez addedilmektedir, bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 129 vd. Yetkili yabancı hukukun kıdem tazminatı benzeri bir hakkı hiç tanıması da bu bağlamda değerlendirilmektedir, bkz. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 188-189.

³⁷³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 76-77.

³⁷⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 169; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 147; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 129; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 137.

³⁷⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 170-171.

³⁷⁶ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 12-13. Ayrıca bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, s. 70-71.

³⁷⁷ Ökçün, **Kamu Düzeni**, s. 35-36 vd.

edebilirler³⁷⁸. Doktrinde bu kuralların taraflar arasındaki eşitsizliği gidermek ve hakkaniyeti sağlamanın ötesinde (ancak yer yer bu amacı da dışlamadan) devlet menfaatine bir sosyal ve ekonomik politikaya hizmet eden kural olduğu belirtilmektedir. Kamu menfaati ağırlıklı olmaları sebebiyle bu kurallar müdahaleci norm kabul edilirler. Döviz ve dış ticaret hukukundaki sınırlamalar, para ve tekel kanunlarıyla sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar bu tür kurallara örnek olarak verilmektedir³⁷⁹. Doğrudan uygulanan kuralların işçiyi korumak gibi bir amaçlarının bulunmasının gerekmediği de savunulmaktadır³⁸⁰.

Sözleşmeler alanına müdahale eden doğrudan uygulanan kurallar, amaçları bakımından doktrinde: 1- Sözleşme ilişkisinde ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olan tarafın diğer tarafın baskısı sonucu kendi aleyhine olabilecek şartları kabul etme tehlikesine karşı korumak amaçlı olanlar (devletin korumak istediği özel menfaatlere ilişkin), 2- Devletin ekonomik ve sosyal alanda izlediği politikalarını gerçekleştirme amacı taşıyanlar (devletin kendisine ait menfaatlere ilişkin), olarak ikiye ayrılmaktadır³⁸¹. Diğer taraftan, bir normun sözleşmedeki dengeyi kurmayı amaçlaması ve zayıf tarafı koruması tek başına onu doğrudan uygulanan kural yapmaz, zira bu tip kurallar kamu menfaatini güçlü bir şekilde koruyan kurallardır. Doktrindeki bir görüşe göre, örneğin, çalışma sürelerine ilişkin kurallar kamu menfaatini içlerinde barındırmaktadır ancak güçlü bir şekilde birey menfaatini de barındırmaktadır. İş

³⁷⁸ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 39-40.

³⁷⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 154; Nomer, **a.g.e.**, s. 186-187; Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 141 vd.; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 50 ve s. 300; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 126; İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 121-122; Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Yıl 2011, S. 2, s. 83-84; Erdoğan/Erdoğan, "Türkiye'den Yurtdışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", s. 5 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 7 ("Devletin organizasyonunu tanzim etmek veya devletin mali, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkardığı kurallar, hukuki işlem veya ihtilafın niteliğine bakılmaksızın, doğrudan uygulanır.") ve s. 301. Sosyal devlet anlayışına bağlı olarak iş hukuku, tüketici ve taşınmaz kira hukukunda örnekleri görüldüğü gibi zayıf tarafın korunmasına yönelik kuralların da bu tanıma dâhil olduğu belirtilmektedir, bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 184-185. Ancak yazar diğer taraftan kamu menfaatinden çok zayıf olan tarafın korunmasına yönelik özel düzenlemelerin, doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı, ancak somut olaylarda kamu düzeninin müdahalesine (MÖHUK m. 5) sebep olabileceğini de belirtmektedir, bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 186. İç hukuktaki emredici kuralların milletlerarası özel hukuk terminolojisinde tüm devletlerce kabul edilmiş ortak bir ifadesi bulunmadığı, bu sebeple doğrudan uygulanan kurallar veya derhal uygulanan kurallar denildiği, ancak iç hukuk açısından emredici kural olan her kuralın milletlerarası özel hukuk bakımından bu nitelikte olmadığına dair görüş için bkz. Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", s. 137.

³⁸⁰ Tarman, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", s. 543.

³⁸¹ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 100; Elçin, **a.g.e.**, s. 163.

hukukundaki bir normun “doğrudan uygulanan kural” niteliği taşımasının ancak kamu menfaatini “olağandan daha güçlü” koruması ile mümkün olduğu savunulmaktadır³⁸².

Genel olarak iç hukukta kamu düzenini ilgilendiren veya emredici kural olarak yer alan bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıyıp taşımadığı bir yorum sorunu olup, iç hukuk kuralının konusu bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları göz önünde bulundurmayı gerektirir³⁸³. Hangi hükmün doğrudan uygulanan kural olduğu, uygulanması gereken kanunlar ihtilafından bağımsız olarak uygulanmasının zorunluluğu, hükmün amacına göre değerlendirilmelidir. Doğrudan uygulanan kuralların ortak bir konusu ve hepsinin ortak bir kriteri yoktur, sınırsız ve evrensel bir uygulama alanına sahip değildirler³⁸⁴. Burada ölçüt, hükmün sadece tarafların menfaatine değil daha çok ağırlıklı olarak belirli bir kamu menfaatine hizmet etmesidir; kanun hükmünün kendi uygulama alanı, her bir hukuk normunun amacı, bulunduğu hukuk düzeninde yerine getirdiği işlev önemlidir³⁸⁵.

MÖHUK m. 6, yetkili yabancı hukuku uygulayan Türk hâkiminin, düzenleme amacı ve uygulama bakımından önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacağını vurgulamaktadır. Bu düzenlemenin amacı, hâkimin ülkesinin menfaatlerinin korunmasıdır³⁸⁶. Yabancı hukukun uygulanmasına dair MÖHUK m. 2 ise³⁸⁷ hâkimin yetkili yabancı hukuku

³⁸² Elçin, **a.g.e.**, s. 166-167.

³⁸³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸⁴ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 14-15.

³⁸⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 186; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 10.

³⁸⁶ Elçin, **a.g.e.**, s. 165. Hâkimin hukukunda hangi kuralların doğrudan uygulanan kural olduğuna dair vasıflandırma sorununun yine bu kuralların ait olduğu devletin hukukuna göre (yani *lex fori*’ye göre) çözümleneceğine dair, bkz. Belkıs Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının tespiti ve Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 2017, S. 3, s. 282.

³⁸⁷ Bu düzenleme hâkimin yabancı hukuku kendiliğinden/görevi gereği uygulamasını öngörmekte, taraflarca bu yönde bir talepte bulunulmasını ve yabancı hukukun içeriğinin taraflarca kanıtlanmasını, başka deyişle yabancı hukukun bir vakıa olarak kabulünü dışlamaktadır. Ancak yerel hâkimin yabancı hukuku bilmek gibi geniş bir sorumluluğun altından kalkmasını beklemek gerçekçi olmayacağı için gerektiğinde tarafların yardımına başvurulabileceği de düzenlenmektedir. Hâkim yabancı hukukun içeriğinin tespiti için Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve İlişkiler Genel Müdürlüğü, Dış İşleri Bakanlığı kanalı ile ilgili ülkedeki Türk elçiliklerinden veya o ülkenin Türkiye’deki temsilciliklerinden bilgi talep edebilir. Uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde, yani pratik bir imkânsızlık söz konusu ise, Türk hukuku uygulanır, bkz. Aybay/Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilafı**, s. 114 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 66 vd.; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 48. Ne var ki taraflar uygulanacak hukuku ispatlamakla yükümlü olmasalar bile bağlama noktaları mutad işyeri, işverenin esas işyeri veya en sıkı ilişkili yer, birer maddi vakıa olup re’sen araştırma ilkesine tabi konular haricinde ispatlanması gerekmektedir, bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 63 vd.; Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti”, s. 1046. Yabancılık unsurunun taraflarca getirilen bir *koşul hukuki vakıa* olduğuna, ancak hukuki niteliğinin önemi sebebiyle onun tespitinde hâkimin denetiminin

re'sen uygulayacağını öngörerek açıkça saymasa bile buna yabancı hukukun kamu düzenine ilişkin kurallarını ve doğrudan uygulanan kurallarını da dâhil etmiş olmaktadır. Zira hâkim yetkili hukuku bir bütün olarak uygulamak zorundadır³⁸⁸. Yabancı unsur taşıyan özel hukuka ait işlem ve ilişkilerde Türk kanunlar ihtilafına göre yetkili hukuk, Türk hâkimince uygulanacaktır. Özel hukuktan, bireylerin hukuki durumlarını düzenleyen kurallar bütünü ifade edilmektedir. Ancak yabancı hukukun kamu hukuku karakterli normlarının uygulanabilmesi için bunların özel hukuk normları ile bağlantılı olması gerekir. Yani sözleşme statüsündeki bir normun amacı, esas olarak özel hukuk ilişkileri ise Türk hukuku bakımından da dikkate alınması, ancak esas amacı diğer bir devletin ekonomik ve sosyal amacına hizmet etmekse söz konusu normun Türk hukuku tarafından dikkate alınmaması gerekir³⁸⁹.

Hâkim bir üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almak zorunda değildir. Bunun için kanun koyucunun yetki vermesi gerekir³⁹⁰. MÖHUK m. 31 bu hususta Türk hâkimini belirli şartlarla yetkilendirmektedir. Hükme göre sözleşmeden kaynaklanan ilişkiyi yöneten hukuk uygulanırken, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşme ile sıkı bağlantılı olduğu takdirde etki tanınması mümkündür. Bu etki tanınırken ve bu kuralların uygulanıp uygulanmamasına karar verirken, söz konusu kuralların nitelik, amaç, içerik ve sonuçları göz önüne alınmalıdır. MÖHUK m. 31 uyarınca üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi için önce yabancılık unsuru bulunan bir sözleşmede, sözleşmeye uygulanacak hukukun (yani *lex causae*'nin) belirlenmesi, daha sonra bu uygulanacak hukukun, sözleşme ile sıkı ilişkili olduğu tespit edilen üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olup olmadığının incelenmesi, hem sıkı ilişkinin hem de kanun koyucu tarafından hâkimin takdirine bırakılmış üçüncü ülke devletin korunmaya değer üstün bir menfaatin varlığı gerekmektedir³⁹¹. Bu hükmün, özellikle tarafların hukuk seçimi sözleşme ile hiçbir

bulunması ve tarafların inisiyatifine bırakılmaması, hâkimin hukuku re'sen uygulama görevi bağlamında düşünülmesi gerektiğine dair aynı yazar, s. 1047-1048.

³⁸⁸ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 156 vd. Yazarlar, kanunda Türk hukukunun (yani *lex fori*'nin) doğrudan uygulanan kurallarının bir hükümde anılmasını gereksiz görmekteyirler. Ayrıca bkz. Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 53-54. Yazar, sözleşme statüsünün doğrudan uygulanan kurallarının Türk hâkimince uygulanmasının tek engelini bu kuralların Türk kamu düzenine aykırılığı olabileceğini vurgulamaktadır. Ayrıca bkz. aynı yazar, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 72.

³⁸⁹ Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 109. Bu husustaki tartışma için ayrıca bkz. Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 86-87 vd. ile s. 92-93.

³⁹⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 157.

³⁹¹ Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", s.77-78; Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 86 ve s. 105 vd.

ilgisi olmayan bir ülke hukukuna yöneldiğinde, sözleşme ile yakın ilişkili bir başka ülke hukukunun dikkate alınması gerektiği durumlarda önemli olduğu belirtilmektedir. Ancak böyle bir etkinin (bu üçüncü ülke hukukunun ihlalinin) sonucu, üçüncü ülke hukukuna göre değil yetkili hukuka göre belirlenecektir³⁹².

Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenleme ile MÖHUK m. 5'teki kamu düzeni istisnası birbirinden uygulama olarak farklı iki kurumdur. Yetkili yabancı hukukun uygulanması kural olup, ancak bu hukukun uygulanmasının somut sonucu kamu düzenine açıkça aykırı ise hâkim yabancı hukuku uygulamaktan kaçınır ve gerekli görürse Türk hukukunu uygular. Doğrudan uygulanan kurallar ise, tespit edilmeleri halinde kanunlar ihtilafı kurallarından ve uygulanacak yabancı hukuktan bağımsız olarak, bunların araştırılmasına gerek olmaksızın taraflar arasındaki ilişki yabancı unsurlu olsun olmasın uygulanacak kurallardır. Kamu düzenine ilişkin kurallar yazılı kanun metinlerinin yanı sıra yazılı olmayan ve hukuk sisteminin dayandığı genel ilkelere, yargı içtihatlarına da dayanabilir; ancak doğrudan uygulanan kurallar devlet politikalarını yansıtan yazılı hukuk kurallarıdır³⁹³.

Doktrinde hâkimin hukukuna (yani bizim inceleme konumuza göre esas olarak Türk hukukuna) ait bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının, kuralın nisbî veya mutlak emredici olup olmamasına göre değil, **a-** Devletin pazarlık gücünü destekleyerek iş piyasası etkilerini rahatlatma politikası bulunup bulunmadığına, **b-** Kuralın işverenin devlete karşı sorumluluklarını içerip içermediğine, **c-** Kuralın idari ve cezai yaptırımla desteklenip desteklenmediğine, **d-** Kuralın ülkesel uygulanırlığına ilişkin bir açıklama bulunup bulunmadığına bakılarak tespit edilmesi gerektiği, aksi halde zayıf tarafı koruyan her kuralın kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edici nitelikte kabul edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır³⁹⁴.

³⁹² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 302 vd. Ayrıca bu kuralların sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca mücbir sebep veya geçersizliğe yol açan unsurlardan biri olarak değerlendirilebileceğine dair bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 85-86. Ayrıca bkz. Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 97-98 vd.; Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", s. 76.

³⁹³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 159-160; Nomer, **a.g.e.**, s. 185; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 91; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 21 vd.; Ekşi, Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, s.141-142. Bununla birlikte kamu düzeninin müdahalesi gibi doğrudan uygulanan kurallar da aslında istisnai bir durum teşkil ederler, her uyuşmazlığın bir doğrudan kuralın alanına girmesi gibi bir zorunluluk yoktur ve uyuşmazlık kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenebilir, bkz. Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 73; ayrıca bkz. Vural Çelenk, "For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", s. 288.

³⁹⁴ Elçin, **a.g.e.**, s. 175-176. Ayrıca bkz. Vural Çelenk, "For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", s. 286 vd. ve s. 289.

Sözleşmenin bir hükmünün doğrudan uygulanan kurallar nedeniyle geçersiz kabul edilmesinin sözleşmenin diğer hükümlerine etkisi sözleşme statüsüne göre belirlenecektir. Sözleşme statüsüne göre geçersiz hale gelen hüküm sözleşmeyi bütün olarak geçersiz hale getirmişse, bu geçersizliğin sonuçlarına yine sözleşme statüsü hâkim olacaktır³⁹⁵.

Toplu iş hukukuna ve sendikal haklara ilişkin birçok düzenleme, çalışma barışının korunmasını hedefleyen kurallar, ülkesel kurallardır ve doğrudan uygulanan kural nitelikleri kabul edilmektedir³⁹⁶.

Doktrinde yabancı işçilerin çalıştırılmasına ilişkin olarak bu işçilerin ülkeye giriş çıkışlarına, çalışma ve ikamet izinlerine, seyahatlerine ve işe başvuru koşullarına, çalıştırılmaları yasak olan mesleklere ilişkin yasal düzenlemelerin de kanunlar ihtilafı kurallarına girilmeksizin kendi alanlarıyla sınırlı olarak doğrudan uygulanan kural niteliğinde oldukları savunulmaktadır. Bu görüş, yabancı işçinin çalışma iznine ilişkin Türk mevzuatının, sözleşme ehliyetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmadan uygulanacağını yani bu kuralların (tıpkı kadın ve çocuklarla sağlık nedenlerine ilişkin çalışma yasaklarında olduğu gibi) yabancı işçinin sözleşme ehliyetine ilişkin olduğunu ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak da Türk toplum düzeninin korunmasına yönelik bu düzenlemelerinin aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı, bunun sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı belirtilmektedir³⁹⁷. Diğer görüş ise, yabancıların çalışma iznine ilişkin kuralları ehliyetine ilişkin değil sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran “yasaklayıcı” normlar olarak ele almakta ve tek tarafa getirilmiş bir yasak söz konusu olsa dahi geçersizliğin gündeme gelebileceğini belirtmektedir³⁹⁸. Yabancıların çalışma iznine ilişkin düzenlemelerin, yabancı işçinin fiilen izinsiz çalıştırılması halinde, iş sözleşmesine etkisinin nasıl olacağı, doktrinde karşılaşıldığı üzere, işçinin sözleşme ehliyeti kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği, tartışmalı bir husustur. Yabancıların çalışma iznine ilişkin hükümlerin tıpkı işyerini ve sigortalı çalışmayı bildirme gibi tarafların devlete karşı yükümlülüklerini içeren kamusal iş hukuku normu niteliğinde hükümler mi, yoksa iş sözleşmeleri açısından belirli bir alanı irade

³⁹⁵ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 169.

³⁹⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 331-332; Elçin, **a.g.e.**, s. 187; Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 134. Yazar, şekle ilişkin işçiyi koruyucu kuralları da (örneğin belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı şekle tabi tutulması) doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmektedir, bkz. s. 161.

³⁹⁷ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 143-144; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 140-141; Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 472; Elçin, **a.g.e.**, s. 51.

³⁹⁸ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 283-284 ile s. 287-288.

serbestisine kapatan ve aykırılığın yaptırımının geçersizlik olduğu dar anlamda emredici norm mu veya her durumda geçersizlikle yaptırımıyla sonuçlanmayan ve sadece tarafların düzenleme yetkisine tabi bir alanda taraflardan birini korumak amacıyla belirli davranışları engelleyen yasaklayıcı normlar mı oldukları da tartışılabilir³⁹⁹.

1.7.2. Türk Hukukunun Yabancı İşçinin Bireysel İş Sözleşmesine Uygulanması

Türkiye’de çalışma izni alınmak suretiyle çalışan bir yabancı işçinin bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK m. 27 düzenlemesine tabidir. Taraflarca hukuk seçimi yapıldıysa ve mutad işyeri Türkiye’de ise Türk hukukunun işçi açısından sağladığı asgari güvenceler, Türk kamu düzeni ve Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemeler, seçilen hukuku etkiler. Hukuk seçimi yoksa ve daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilemediyse mutad işyeri olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Yabancı bir şirketin Ilısu baraj inşaatında üstlendiği bir işte jeoloji mühendis olarak çalışan davacının talebi hakkında Yargıtay, yerel mahkemece davanın yetki yönünden reddedildiği (ayrıntısı karardan anlaşılamamaktadır) bir karara ilişkin, “mutad işyeri” ve “kamu düzeni” kriterlerini uygulayarak hem Türk mahkemesinin uluslararası yetkisine hem de uyumsuzluğun esasına Türk hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir⁴⁰⁰.

Başka bir kararda ise, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Fransız Kültür Merkezi’nin bir çalışanın açtığı davada, öncelikle sözleşmenin tarafları, konusu ve hükümleri itibarıyla yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespitinin gerektiğini, bu sebeple Fransız Kültür Merkezinin hukuki statüsünün, Türk mevzuatına göre mi yoksa Fransız hukukuna göre Fransa’nın temsilciliklerine bağlı olarak mı faaliyet gösterdiğinin, işyerinin vergi kayıtlarının, davacının Fransız vatandaşı ve Fransız devletinin bir memuru olup olmadığının, ücretinin kim tarafından ne şekilde ödendiğinin, araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁰¹.

³⁹⁹ Bu kavramlara ve tartışmalara ilişkin bkz. Doğan Yenisey, “Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, s. 47-48; aynı yazar, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 67 ve s. 72 ile s. 96-97. Özdemir de yine emredici hükümlerle ilgili çalışmasında, yabancıların çalışma haklarına ilişkin düzenlemelerin temelde toplumsal menfaatlerin korunmasına yönelik mutlak emredici hükümler olduğunu belirtmektedir, bkz. Özdemir, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, s. 100.

⁴⁰⁰ Bkz. Y. 22. HD, E. 2015/16473 K. 2015/25517 T. 28.09.2015, www.kazanci.com.

⁴⁰¹ Y. 9. HD, E. 1997/8206 K. 1997/13945 T. 08.07.1997, www.kazanci.com. Yabancı işçi ve çalışma izniyle ilgili doğrudan ilgili olmasa da, Yargıtay, eski kararlarında, yurt dışına Türk vatandaşlarınca ya da bağlantılı kişi veya kurumlarca yabancı ülke mevzuatına göre kurulmuş şirketlere ait işyerlerinde çalışmaya gönderilen Türk işçileriyle ilgili olarak “organik bağ” ölçütünü uygulayarak, söz konusu

Tüm bu açıklamalar ışığında, yabancı işçinin bireysel iş sözleşmesine uygulanacak yetkili hukukun Türk hukuku olması halinde, bu sözleşmenin kuruluş ve geçerliliğinin, türünün ve sona ermesinin çalışma izniyle ilişkisi Türk hukuku bağlamında tartışılacaktır.



ilişkide yurt dışındaki firma ile organik bağı olan Türk işverenin sözleşmeden doğan alacak taleplerinin muhatabı olduğuna ve olaya bu ilişki (“organik bağ”) sebebiyle Türk hukukunun uygulanacağına hükmetmekteydi (Y. 9. HD, E. 2012/11518 K. 2012/19333 T. 04.06.2012, E. 2016/22007 K. 2016/19549 T. 08.11.2016, E. 2017/28074 K. 2018/916 T. 22.01.2018, www.kazanci.com). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2020/5617 K. 2020/16556 sayılı 24.11.2020 tarihli kararı ile aynı durumdaki Türk işçileriyle ilgili farklı bir tutum almıştır: hem mutad işyeri hem de tarafların sözleşme ile yaptıkları hukuk seçimine göre Umman hukukunun yetkili hukuk olduğuna ve Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmedikçe ya da doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir kuralın alanına girmediği salt bir taraf aleyhine hükümler içermesinin yetkili hukukun uygulanmasına engel teşkil etmediğine hükmedilmiştir, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>. Karara konu sorunlarla ilgili, yurt dışına çalışmaya götürülen Türk işçileri açısından geçerli bir hukuk seçiminin olup olmadığı, bu bağlamda Türkiye İş Kurumu’nun, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’na istinaden çıkarıldığı belirtilen yönetmeliğin 3/f. 1-ç maddesine dayalı olarak hazırlandığı belirtilen tip sözleşmelerde “çalışılan ülke mevzuatı”nın uygulanacağını belirtilmesi, başka deyişle yönetmeliğe dayalı olarak çıkarıldığı savunulan örnek sözleşme doldurtularak taraflara idarece hukuk seçimi yaptırılması ilişkin farklı görüşler için bkz. İste-Arlanoğlu, **a.g.e.**, s. 46-47 ve s. 78-79; Gürsel, “Karar İncelemesi”, s. 176 vd. Ayrıca bkz. Y. 9. HD, E. 2023/10172 K. 2023/8645 T. 06.06.2023.

2. BÖLÜM: YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİYLE BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİNİN İLİŞKİSİ

2.1. Çalışma İzinlerinin Sözleşmenin Kuruluşuna Etkisi

2.1.1. İş Sözleşmesinin Kuruluşu

İş sözleşmesi, 6098 sayılı TBK m. 393/f. 1 ve 4857 sayılı İş K. m. 8/f. 1 düzenlenmesinde tanımlandığı üzere, işçinin işverene bağımlı olarak bir iş görmeyi işverenin de ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁴⁰². Her sözleşme gibi iş sözleşmesi de tarafların karşılıklı uygun irade beyanları ile kurulur⁴⁰³. Bu irade uyuşmasının sözleşmenin objektif olarak esaslı unsurlarını kapsamaya gerekir⁴⁰⁴. Kısaca belirtmek gerekirse, iş sözleşmesi, iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarından oluşan, her iki taraf karşılıklı borç yükleyen, asli edimin zaman içinde bir süreye yayıldığı sürekli borç ilişkisi doğuran, işçi açısından kişisellik unsurunun ön planda olduğu bir

⁴⁰² Bkz. Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku, C. I, Ferdi İş İlişkileri**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s. 163 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 233 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkara, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 164 vd.; Turhan Esener, **İş Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 139-141; E. Tuncay Kaplan-Seneyen, **Bireysel İş Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 127 vd.

⁴⁰³ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, C. I, s. 51 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 143 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017 (4. Basıdan tıpkı 7. Bası), C. I, s. 165 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 61-62 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonaz/Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 87 ve s. 197 vd.; Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 347 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 276 vd.

⁴⁰⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 74-75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 75-76 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 171, s. 176 vd.; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 199; Eren, **a.g.e.**, s. 278.

sözleşmedir⁴⁰⁵. Ücretin esaslı unsur olması, sözleşmenin başında mutlaka belirlenmiş olmasını gerektirmez⁴⁰⁶.

Sözleşmelerin kuruluş aşamasında taraflar, birbirlerine karşı dürüstlük kuralına (TMK m. 2) uygun olarak davranmak, birbirlerine zarar vermektan kaçınmak, sözleşmenin yapılması ya da koşullarının tespiti açısından birbirlerinin kararlarına etki edecek hususlarda aldatıcı davranışlarda bulunmamak, doğru bilgi vermek ve diğer tarafın hataya düştüğünü fark ettikleri hallerde onu uyarmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülükler, Türkiye’de çalıştırılacak yabancı işçilerle yapılacak iş sözleşmelerinde, gerek işçinin kişisel durumu gerekse Türkiye’de faaliyet gösterecek işveren açısından (örneğin yabancı işçinin Türkiye’ye girişine engel bulunup bulunmaması, özel bir yabancı statüsüne girip girmemesi, işveren açısından o işte bir yabancı çalıştırılmasına Türk mevzuatının uygun olup olmaması ya da Türkiye’deki iş gücü politikası, gerekli bilgi ve belgelerin temini gibi hususlarda) önem taşımaktadır. Genel hukuk teorisine göre, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranan taraf, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu hareketi dolayısıyla (*culpa in contrahendo*) diğer tarafın zararını tazminle mükelleftir⁴⁰⁷. İş sözleşmesinin yapılması aşamasında görüşmeye çalışmak için katılan işçi, kendisinin ve varsa ailesinin geçiminin sağlanması için ücretli işe muhtaç durumdadır. Bu sebeple sözleşme görüşmeleri sırasında işçi adayı, işveren karşısında zayıf konumda olan taraftır. İşveren için işçinin çalışma zamanından elde edeceği kazanç önemli olduğundan iş gücüne yatırım yaparken en az riske girmeyi ve kendi subjektif menfaatine göre en avantajlı konumda olmayı hedefleyecektir. Birbirlerine zıt çıkarları olan iki tarafın sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine verecekleri zararlar, haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) tabi bir hukuka aykırılık değil, sözleşmeden doğan borca aykırılık niteliğinde bir hukuka aykırılık olarak

⁴⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 37-38; M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi** (Fesih), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 3-4 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 222-223; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 480; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 541 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 235 vd.; Kaplan-Senyen, **Bireysel İş Hukuku**, s. 130 vd. Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi** (Sürekli Borç İlişkileri), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 24 vd.

⁴⁰⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 78; Süzek, **İş Hukuku**, s. 234; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 168.

⁴⁰⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 495 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 642; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 975-976 vd.; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 220 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1128-1129 vd.; Sarper Süzek, “İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık” (Hukuka Aykırılık), **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 59. Ayrıca bkz. Rémy Wyler/Boris Heinzer, **Droit du Travail**, Staemphli Editions SA, Bern 2014, s. 54 vd.

değerlendirilmektedir⁴⁰⁸. Sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında dürüstlük kuralı gereği (TMK m. 2/f. 1) birbirlerine zarar vermekten kaçınmalarını, doğru bilgi vermelerini, birbirlerini yanıltmamalarını, karşılıklı haklı menfaatlerini gözetmelerini gerektirecek sosyal bir ilişki doğmaktadır. Bu sebeple, borçlar hukukunda “sözleşme görüşmelerindeki kusur”, “koruma yükümlülükleri”, “genel davranış yükümlülükleri”, “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi” kavramlarıyla sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranışlar da borç ilişkisi bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁰⁹.

2.1.1.1. İş Sözleşmesinin Kuruluşunda Çalışma İzinlerinin Etkisi

Bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların ehil olmaları, sözleşme konusunun imkânsız, emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmaması, irade beyanlarının sıhhatli olması ve muvazaanın bulunmaması gerekir⁴¹⁰. Burada çok genel hatlarıyla iş sözleşmesinin kuruluşuyla ilgili bazı hususlara değinilecek, konumuz özel olarak çalışma izninin yabancı işçinin bireysel iş sözleşmesiyle ilişkisi olduğundan, bu başlık altında İş K. m. 2/f. 4'teki “işveren vekili” durumunda veya bağımsız statüdeki temsilcilerin (örneğin UİK m. 3/f. 1-i'de tanımlanan “yetkili aracı kurum”ların) yabancı işçi ile sözleşme kurma ehliyet ve yetkilerine özel olarak değinilmeyecektir.

2.1.1.1.1. Ehliyet

Genel olarak ehliyet, bireyin hukuk düzeninin verdiği haklara sahip olabilmesini ve bu haklardan yararlanabilmesini ifade eder⁴¹¹. Geçerli bir iş sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin taraflarının hak (TMK m. 8) ve fiil ehliyetine (TMK m. 9) sahip olmaları gerekir⁴¹². Ergin, ayırım gücü olan ve kısıtlı

⁴⁰⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s. 320-321; Eren, **a.g.e.**, s. 1254 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 39 vd. Karş. Gümüş, **a.g.e.**, s. 645-646.

⁴⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 43 ile s. 1263; Süzek, **İş Hukuku**, s. 319-320. Ayrıca bu gibi davranışların sözleşme sırasında gerçekleştirilmesi halinde “kötü ifa” ve “müspet ihlal” kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (İfa Engelleri)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022 (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), s. 337-338 vd. Serozan, culpa in contrahendo sorumluluğunun olumsuz zararlar değil ifaya olan menfaatle yaptırıma bağlanması gerektiği görüşündedir, s. 244-245.

⁴¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 82 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 240 vd.

⁴¹¹ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 491 vd.

⁴¹² Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul 1988, s. 81; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 82; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 384-385; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 123 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 127; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık**, İstanbul 2015, s. 201 vd.; Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, s. 182;

bulunmayan herkes fiil ehliyetine sahiptir (TMK m. 10). Ayrım gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların TMK m. 16 düzenlemesi uyarınca yasal temsilcilerinin rızası olmadan borç altına girmesi yasaklanmıştır⁴¹³. Bu hükümle korunan, korunmaya muhtaç statüdekilerin menfaatidir. Tam ehliyetsizlerle, yani ayrım gücü bulunmayanlarla yapılan sözleşme kural olarak hükümsüzdür⁴¹⁴. Ancak bu halde dahi, hükümsüzlüğün tam ehliyetsiz ile işlem yapan tarafça kötüniyetli olarak ileri sürülmesi halinde, bu hakkın TMK m. 2 uyarınca korunmayabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁵.

Yabancı işçinin sözleşme ehliyeti konusunda sözleşmenin esasına uygulanacak hukukuna göre karar verilecektir⁴¹⁶.

Türk medeni hukukunda, yabancılara taşınmaz mülkiyeti edinme gibi konularda getirilen sınırlamalar, hak ehliyetine ilişkin sınırlamalar olarak değerlendirilmektedir⁴¹⁷. Medeni hukuktaki bu genel teorik kabulün, yabancı işçilere ilişkin mevzuat açısından da aynen uygulanması, yabancılardan çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın çalışma hakkı bakımından hak ehliyetine ilişkin bir sınırlama niteliğinde ve sözleşmenin sağlıklı olarak kurulmasına etkili olduğunun kabulü, mevzuatın çalışma izni başvurularının zaten hâlihazırda tarafları ve işyeri belirtilmiş bir iş sözleşmesinin varlığını gerekli kıldığı düşünüldüğünde güçtür. Daha önce küçüklerin çalıştırılma yasaklarına ilişkin düzenlemeleri, hak ve fiil ehliyeti ile sözleşmenin geçerliliği bağlamında irdeleyen bir çalışmada⁴¹⁸, hak ehliyetini yaş sebebiyle sınırlayan mevzuattaki diğer düzenlemelerle iş hukukundaki çalışmaya ilişkin yaş sınırlamalarının aynı nitelikte düzenlemeler olmadığı, iş hukukundaki düzenlemelerin küçüklerin ekonomik sömürü ve başka olumsuzluklar doğurabilecek şekilde çalıştırılmasına karşı korunmasını amaçladığı, hak ehliyetinin ise genellik ve eşitlik ilkesine dayalı olduğu, bu nedenle söz konusu düzenlemelerin hak ehliyetine

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 266 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 323; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği” (Geçersizlik), **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, S. 1, Özel Sayı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s. 124.

⁴¹³ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 88 vd.; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 62.

⁴¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 436.

⁴¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 81; Ercan Akyiğit, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği** (Hükümsüzlük), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 13.

⁴¹⁶ Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, s. 63.

⁴¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.44-45; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 421.

⁴¹⁸ Ercüment Özkaraca/Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu” (Geçersizlik Sorunu), **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 2014, C. 20, S. 1 (Özel Sayı), Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 355 vd.

ilişkin bir sınırlama kabul edilemeyeceği, ayrıca fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlama olarak da kabul edilemeyeceği, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan yasaklayıcı nitelikteki düzenlemeler oldukları savunulmuştur⁴¹⁹. Gerçekten de anılan çalışmada da belirtildiği gibi, hak ehliyetinin sınırlanmasının din, ırk vb. sebeplere dayanmaması, ayrımcılık teşkil etmeyecek nesnel bir gerekçeye dayalı olması ve açık bir kanun hükmü olmaksızın hak ehliyetini daraltıcı yorum yapmaktan kaçınılması gerektiği, medeni hukukta kabul edilmektedir⁴²⁰. Yabancıların çalıştırılmasına ilişkin mevzuata bakıldığında ise her düzenlemenin hak ve fiil ehliyetini ilgilendirdiğini varsaymak, benzer nedenle güçtür. Bununla birlikte iş hukuku doktrinde, çalışma izinlerine ilişkin mevzuat hükümlerinin, sözleşmenin işveren tarafı bakımından idari yaptırıma bağlanmış yasaklayıcı hüküm niteliğinde olsalar da, işçi tarafı bakımından iş sözleşmesi yapma ehliyetini ilgilendirdiğini, iznin yokluğu halinde, fiilen bir sözleşme ilişkisi kurulsa bile bunun iş sözleşmesi niteliği kazanmayacağını savunan görüşler mevcuttur⁴²¹.

2.1.1.1.2. Şekil Şartı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 394/f.1) bireysel iş sözleşmesi için aksine hüküm bulunmadıkça şekil serbestisi getirilmiştir⁴²².

TBK m. 394/f. 2 hükmüne göre ise durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılacak bir iş için belirli veya belirsiz bir süre bir tarafça iş görme faaliyeti yapılır ve diğer taraf da bu iş görmeyi kabul ederse taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulduğu varsayılır⁴²³. Doktrinde kanunun, anılan kanun maddesinin ikinci fıkrasında, fiili iş ilişkisine yer verdiği de savunulmaktadır⁴²⁴. Öte yandan 4857 sayılı İş K. m. 8/f. 1 düzenlemesi de TBK m. 394/f. 1'e benzer şekilde şekil serbestisi getirmekte, 2. fıkra ise 1 yıldan kısa süreli sözleşmelerin haricindekiler yazılı şekle tabi tutulmakta ve f. 3'te devamla yazılı sözleşme yoksa işçiye en geç iki ay zarfında

⁴¹⁹ Özkaraca/Ünal, "Geçersizlik Sorunu", s. 379 vd.

⁴²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 41.

⁴²¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 490 vd. ile s. 508.

⁴²² Bilindiği gibi, genel olarak şekil şartı, tarafları düşünmeye sevk etmek, özel veya kamu menfaati korumak, işlem güvenliğini ve irade beyanlarının açıklığını (aleniliği) sağlamak, ispat kolaylığı getirmek amacıyla öngörülür, bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 270 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 298 vd. İş sözleşmelerinde şekil serbestisinin amacı ise istihdamı kolaylaştırmaktır, bkz. Esener, **İş Hukuku**, s. 149. Ayrıca iş sözleşmelerinde şekle dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Arzu Arlan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 8 vd.

⁴²³ Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 95-96.

⁴²⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 545-546.

çalışma koşullarını ve fesih halinde tarafların tabi oldukları hükümleri içeren bir yazılı belge verme yükümlülüğü getirilmektedir. İş K. m. 11/f. 2 c. 2 ise, süresine bakılmaksızın tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılmasını öngörmektedir⁴²⁵.

İş sözleşmelerinde şekil şartının niteliği ve şekle aykırılığın sonuçları hakkında farklı görüşler mevcuttur⁴²⁶. Bu konuda daha önce yapılmış ayrıntılı çalışmalar bulunduğundan mevcut çalışmanın sınırlarına uyularak genel bir bakışla yetinilecektir⁴²⁷. Bir görüşe göre kanundaki (İş K. m. 8) şekil şartı TBK m. 12/f. 2 gereği geçerlilik şeklidir. Bu sebeple kanundaki yazılı şekil şartına uymayan bir iş sözleşmesi geçersizdir. Ancak bu geçersizlik TBK m. 394/f. 3 gereği ancak ileriye dönük sonuç doğurur ve sözleşme ortadan kaldırılana kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hak ve borçlarını doğurur. Ayrıca şekil eksikliğine dayalı olarak geçersizliği ileri sürmenin diğer bir sınırı da TMK m. 2/f. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Böyle bir durumda sözleşme baştan itibaren geçerlilik kazanacaktır⁴²⁸. Ancak TMK m. 2/f. 2 uyarınca ortaya çıkabilecek böyle bir durumdan yararlanma hakkı (geçersizliğin dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmesine karşı korunma imkânı) sadece böyle bir halde mağdur olacak işçiye aittir; yani TMK m. 2 etkisini sadece işverenin geçersizliği ileri sürdüğü durumlarda gösterir⁴²⁹.

Genel anlamda şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği durumlar, tarafların sözleşmeyi tam veya kısmen ifa etme durumlarına ve ifa edip etmemenin derecelerine göre değişebilir. Tam veya tama yakın bir ifa etme söz konusu ise ve tüm taraflar sözleşmeyi şekil eksikliğini bilerek ifa etmişlerse, TMK m. 2/f. 2 uygulanacaktır. Diğer hallerde (yani tam ifa yoksa, taraflardan biri şekil eksikliğini bilmiyorsa) dürüstlük kuralının etkisini gösterebilmesi için, ifa olgusuna

⁴²⁵ Bu düzenlemeler sebebiyle kanunda iki hüküm arasında açıkça bir “çatışma boşluğu” olduğu ve kanun koyucu tarafından bu çelişkinin İş K. m. 8/f. 2’ye düzenlenmesi ve kanunun sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan sözleşmeler şeklinde yorumlanması gerektiğine dair bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 324-325; Süzek, “Geçersizlik”, s. 125-126. Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 181.

⁴²⁶ Borçlar hukuku alanında şekil eksikliğinin yaptırımlarına dair “yokluk”, “iptal edilebilirlik”, “kendine özgü (sui generis) hükümsüzlük” görüşlerinin tartışılması ve eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 310 vd. Yazarlar, ifa edilmiş sözleşmelerdeki şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğe ilişkin sorunların çözümünde klasik kesin hükümsüzlük teorisinin TMK m. 2 yardımıyla uygulanmasının yeterli olduğunu belirtmektedirler, s. 312. Ayrıca bkz. Arslan Ertürk, **a.g.e.**, s. 67 vd. ile s.73-74 vd.

⁴²⁷ Şekle aykırılığın sonuçlarına ilişkin farklı görüşlerin karşılaştırılmasına yönelik bir çalışma için bkz. Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 156 vd.

⁴²⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s. 326 vd. Ayrıca bkz. Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 63-64 vd.

⁴²⁹ Süzek, **İş Hukuku**, s. 327; Süzek, “Geçersizlik”, s. 127-128; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 67. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 327; Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 90.

ek olarak karşı tarafta şekil eksiliğine rağmen sözleşmenin ifa edileceğine dair korunmaya değer bir güvenin oluşturulması veya şekil eksikliğini ileri süren tarafın bunu şeklin koruyucu amaçlarından tamamen başka bir amaçla (örneğin yaptığı sözleşmeden doğan ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulmak amacı vb.) yapması yahut bu hususun çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir⁴³⁰.

Diğer bir görüş ise, yazılı şekil koşuluna uymamanın sözleşmeyi geçersiz kılmayacağını, örneğin sadece yazılı şekil koşuluna uymayan ve belirli süreli olduğu işverence ileri sürülen sözleşmenin belirli süreli olma özelliğini yitireceğini savunmaktadır⁴³¹. Buna yakın başka bir görüşe göre, burada şeklin ispat şartı mı geçerlilik şartı mı olduğu tartışması yapılmamalıdır. Şekil kuralları ile kanun koyucu işverene belirli yükümlülükler yüklemiştir ve bunları yaptırıma bağlamıştır. Ancak bu şekil kurallarının amacı işçiyi korumaktır; bu sebeple sırf şekle uyulmadı diye iş sözleşmesinin ileriye etkili dahi olsa geçersizliğinin kabul edilmesi mümkün değildir⁴³².

⁴³⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 317 vd. Yazarlar, şekil eksikliği olan bir sözleşme hiç ifa edilmemiş olsa bile bu duruma tamamen bir tarafın sahip olduğu ekonomik, sosyal vb. temelli üstün konumundan veya ast-üst ilişkisinden yararlanarak daha zayıf olan karşı tarafın şekle aykırı bir sözleşme meydana getirmesine yol açmasının sebep olması halinde, şekil eksikliğine yol açan daha güçlü tarafın TMK m. 2/f. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağına dayalı olarak aynen ifaya mahkûm edilip edilemeyeceğini, bunun TMK m. 2/f. 1'ye dayalı *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile olumsuz zararın tazmininden daha iyi koruma sağlayabileceğini tartışmaktadırlar, ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 324-325 ve s. 328-329. Bu görüşe paralel bkz. Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 84 vd.

⁴³¹ Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Baskan, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 109. Bu hususta ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 327. Ayrıca bkz. s. 329-330: "(...) Yazılı şekil şartı getiren düzenlemelerin incelenmesi, aslında getirilen şekil şartının işçinin haklarını güvence altına almak ve sözleşme ilişkisinin tarafları dâhil olmak üzere olası tereddütleri önlemeye yönelik nitelikteki düzenlemelerden oluştuğunu göstermektedir. Kanımızca bu hükümler *leges quam imperfectea* olarak adlandırılan, taraflara bir davranış yükümlülüğü getiren, ancak aykırılığı bir idari para cezası ile yaptırıma tabi tutan yasaklayıcı norm türlerine örnek olarak gösterilebilir. Düzen hükmü olarak da adlandırılan bu tür şekil hükümleri sözleşmenin geçerliliğini doğrudan etkilemeyip, şekle aykırılık sözleşme ilişkisini geçersiz kılmaz. Ancak normun muhataplarına, iş hukukunda yalnız işverene idari para cezası uygulanır." Yazarın, belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde bu şekil şartının sadece süreye ilişkin olduğuna ve çağrı üzerine çalışmadaki şekil şartı hakkında dair ayrıntılı görüşü için bkz. s. 333-335. Karş. Esener, **a.g.e.**, s. 150-151; Süzek, **İş Hukuku**, s. 325-326; Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, s. 192. Bir diğer görüş ise yazılı şeklin süresine bakılmaksızın tüm belirli süreli iş sözleşmeleri için geçerlilik koşulu olduğunu, ancak bu şekle uyulmamasının yaptırımının sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi olması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Ali Güzel/Ercüment Özkaraca/Deniz Ugan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Beta, İstanbul 2011, s. 547; Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 172-173. Karş. Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, TÜHİS Yayınları, Ankara 1998, s. 22-23; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 108-109.

⁴³² Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 19-20. Ayrıca bkz. Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 117-118: "Kanaatimizce de İş Kanunlarında iş sözleşmelerinin kuruluşu için öngörülen yazılı şekle ilişkin düzenlemeleri, bu düzenlemelerin söyleminden ve Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinden yola

Genel işlem koşulu şeklindeki bir sözleşmenin, yani işçiye imzalatılan ve işverence tip sözleşme olarak hazırlanmış bir iş sözleşmesinin, 6098 sayılı TBK m. 20-25 hükümleri ile denetime tabi olduğunu eklemek gerekir⁴³³.

Bir sözleşmenin belirli bir şekle tabi tutulmasında taraf iradelerine kesinlik sağlaması, tarafları düşünmeye ve dikkatli olmaya sevk etmesi, açıklık ve aleniyet, ispat kolaylığı sağlaması gibi amaçlar güdülür. Bu amaçlara ek olarak sözleşme üzerinde idari makamların (örneğin SGK'nun, maliyenin vb.) denetimini sağlama amacı da güdülebilir⁴³⁴. Tüm bu amaçları tasnif amacıyla, şekil şartının taraflara yönelik özel koruma amacı veya tarafların dışında iyiniyetli üçüncü kişilere ve kamu düzenine yönelik genel koruma amacı (örneğin taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekle bağlı olması gibi) taşıyabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır⁴³⁵. İş sözleşmelerinde ise genel kural, işçinin tam süreli belirsiz iş sözleşmesi ile çalışması esas olduğu için, şekil serbestisi olup, istisnai sözleşme türlerinde (belirli süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma vb.) yazılı şekil şartı öngörülmektedir⁴³⁶.

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'na, sözleşmenin şekline ilişkin bu genel açıklamalar ışında, bakıldığında, yabancı işçinin iş sözleşmesinin şekline ilişkin genel bir hüküm içermediği görülmektedir⁴³⁷. UİK Uygulama Yönetmeliği'nin

çıkarak geçerlilik şartı veya ispat şartı olarak nitelendirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira İş Kanunlarında sözleşmenin şekline ilişkin olarak getirilen düzenlemeler, amaçlarına göre farklı şekilde sınıflandırılabilir niteliktedir. Doğru bir sonuca ulaşabilmek için de kanunun öngördüğü her bir şekil kuralının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümleri mutlak olarak geçerlilik şartı olarak nitelendirmek ve işçiye korumak amacıyla şekle ilişkin kurala aykırılık haline geçersizlik sonucunu bağlamak her zaman kabul edilebilir bir sonuç değildir. Gerçekten de ancak işçiye koruma amacını gerçekleştirebileceği durumlarda şekil kuralı geçerlilik şartı olarak kabul edilebilir bir hal alabilecektir. (...) Öncelikle kanundaki şekil hükümleri zayıf nitelik taşıyan atipik iş ilişkisi kuran sözleşmelerde işçiye koruma amacına hizmet etmektedir. (...) Ancak bu gibi atipik sözleşmelerde şekil şartına uyulmamasını geçersizlik şartına uyulmamasını geçersizlik yaptırımına bağlamanın işçiye cezalandırmaktan başka bir faydası olmayacaktır. (...) Buna karşılık bazı iş sözleşmeleri açısından yazılı şekil başka bir anlayışla öngörülmüş olabilir. Eğer bir iş sözleşmesinin geçerliliği belirli bir merciin onamasına ve onayına tabi ise, sözleşmenin yazılı yapılması, idarenin bu sözleşme üzerinde denetim sağlaması amacına hizmet etmektedir. Böyle bir durumda ise artık şekle ilişkin düzenleme bir geçerlilik şartı olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunundaki düzenleme ile öngörülen şekil şartında, Bakanlığın onayının alınması ile sözleşmenin yazılı olarak yapılması hususunda yakın bir ilişki mevcuttur. (...)”.

⁴³³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 170 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 234 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 73 vd.; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 225 vd.

⁴³⁴ Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 15.

⁴³⁵ Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 16-47.

⁴³⁶ Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 100-101. Kısmi süreli sözleşmede (İş K. m. 13) yazılı şeklin ispat koşulu olması gerektiği yazarca savunulmaktadır, bkz. Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 106 vd.

⁴³⁷ Bu hususta 4817 sayılı YÇİHK dönemindeki şekil koşullarına ilişkin inceleme, değerlendirme ve önerilere ilişkin bkz. Esen Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir, 2006, s. 514-515.

“Sosyal güvenlik yükümlülüğü” başlıklı 60. madde 4. fıkrasındaki (çalışma izni verilmesinden sonra başvuruda sunulan sözleşmedeki değişiklik kısıtlamalarına dair) ifadeden başvuruda yazılı sözleşme ibrazının aranacağı anlaşılmaktadır. Mülga YÇİHK Uygulama Yönetmeliği’nin Ek-2 kısmında ise yabancıların çalışma izni başvurularında yazılı sözleşme ibrazı aranacağı, aksi halde başvuruların işleme alınmayacağı açıkça belirtilmekteydi. Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 8’de de yazılı sözleşme başvuru belgeleri arasında yer almaktadır. Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği ile ilgili olarak Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü’nün çalışma esaslarına ilişkin 1993/13 sayılı genelgesinde en az 1 ay ve daha fazla çalışanlar için yazılı iş sözleşmesinin bir nüshasının bölge müdürlüğüne verileceği düzenlemesi mevcuttur. Ayrıca ÇSGB ve Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nün internet sayfalarında matbu birer sözleşme örneği yabancıların çalışma izni başvurularında istenen belge vasfıyla yer almakta ve bu sözleşme metninde sözleşmenin “belirli süreli” (1 yıl) olduğu, taraflar arasındaki ilişkiye Türk iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanacağı belirtilmektedir⁴³⁸. Gerek mevzuatta belirtilen gerekse bakanlığın internet sitesinde yer verilen ve idareye sunulması zorunlu, işverenin ve yabancı işçinin imzasını taşıyan yazılı sözleşme, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak yabancı işçi ile işvereni arasındaki iş sözleşmesine ispat veya geçerlilik anlamında bir şekil şartı olarak nitelendirilemeyeceği gibi, sözleşmenin türüne ve gerçek niteliğine etkisi olan bir belge olarak da nitelendirilemez. Bu “yazılı sözleşme”, aslında sadece idari bir işlemin yerine getirilmesine yönelik bir belgedir. Burada idarenin yabancı işçinin iş sözleşmesi üzerindeki denetiminin, kamu düzenini birebir 5580 sayılı Kanundaki gibi ilgilendirdiği kabul edilerek bu sebeple yabancılarla yazılı olarak yapılmayan iş sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde bir görüş, düzenlemelerin amacını aşan bir yorum teşkil edecektir. Çalışma iznine ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğu, bu sebeple yönetmelikteki yazılı sözleşmenin aynı zamanda yazılı şekil şartı anlamına geldiğini kabul etmek de doğrudan uygulanan kurallara amaçlarının ötesinde bir anlam vermek olur. Yabancıların çalışma izni başvurularında yazılı iş sözleşmesi istenmesi, tüm bu sayılan örneklerden daha farklı bir şekilde, idarenin bir yandan ulusal iş piyasasının ve ekonominin korunmasına yönelik denetim yetkisinin – deyim yerindeyse bir polis yetkisinin – diğer yandan temel insan haklarının korunmasının, bu

⁴³⁸ Yabancılarla ilişkin mevzuattaki her bir özel düzenleme daha önceki bölümde aktarıldığı için burada tekrarlanmayacaktır.

arada insan kaçakçılığının, yasa dışı çalışmanın ve angaryanın önlenmesine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının bir gereğidir. Yani burada sözleşme üzerindeki idari denetim kendi amaçlarıyla sınırlıdır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin, idareye sunulan sözleşmede belirtilenden başka özellikler ve hükümler içermesi veya böyle bir sözleşmenin imzalanmaması ve verilmemiş olması (ve bunun sonucu çalışma izninin bulunmaması), işçinin fiilen bu şekilde çalıştırılması mümkündür. Böyle bir durumda sözleşmede şekil şartına uyulmadığından veya geçersizlikten bahsedilemeyeceği gibi, idareye sunulan yazılı sözleşmenin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin gerçek türüne ve hükümlerine ilişkin yasal düzenlemeleri bertaraf edici bir etkide bulunabileceği de kabul edilemez. Aksi halde yabancı işçiyi yasadışı çalıştıran işverenin lehine ve bu düzenlemelerinin amacının aleyhine bir sonuca varılmış olur, kamu düzeni adına kamu düzeninin ihlali korunmuş olur. Uygulama Yönetmeliği m. 60/4'teki düzenleme ise, sözleşme serbestisinin kanunda öngörülmeyle bir sınırlamasının yönetmelikle getirilmesi bakımından tartışmaya açıktır. Burada sadece izin başvurusunda beyan edilen ücretin izin alındıktan sonra düşürülmesi ve tam süreli çalışmanın kısmi süreli çalışmaya dönüştürülmemesi bakımından yasaklar getirilmiştir. Ancak bu gibi yasakların kanunla öngörülmesi hukuk tekniği bakımından daha uygundur. Kısacası, çalışma izinleri başvurularına ilişkin olup kanunda açıkça belirtilmeyen, ancak muhtelif yönetmeliklerde öngörülen yazılı iş sözleşmesi ibrazı koşulu, çalışma izni almak için gerekli bir koşul olsa da, TBK m. 12/f. 2 ve m. 391/f. 1 çerçevesinde bir geçerlilik şartı değildir.

2.1.1.1.3. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü

Sözleşme yapma özgürlüğü, kişilerin hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile kendi sorumlulukları altında diledikleri gibi düzenlemelerini sağlayan irade özerkliğinin bir yansımasıdır. Kişiler diledikleri sözleşmeyi, diledikleri konuda, diledikleri kişilerle yapıp yapmamakta, şeklini belirlemekte ve sözleşmeyi değiştirip değiştirmemekte, sona erdirmekte özgürdürler⁴³⁹. Bu özgürlük, AY m. 48 ve 6098 sayılı TBK m. 26'da düzenlenmektedir. Kural sözleşme serbestisi olmakla birlikte istisnai hallerde kanunla sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 503 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 362 vd.

⁴⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 365.

İş sözleşmesinin kendine özgü sosyal niteliği, sözleşme yapma özgürlüğüne müdahale, yasaklama ve sınırlamaların (sağlık, yaş, cinsiyet vb. sebeplerle) yahut sözleşme yapmanın zorunlu olduğu durumların kanunla öngörülmesine yol açmıştır⁴⁴¹. Yabancılik unsuru içeren ve konumuz açısından Türkiye’de yabancı işçi çalıştırılmasını öngören iş sözleşmelerinde de MÖHUK m. 27/f. 1’de hukuk seçme serbestisi sınırlamalarla tanınmış, öte yandan, yabancı işçinin çalıştırılması açısından, daha önce gördüğümüz gibi, 6735 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat ile belli idari sınırlamalar öngörülmüştür.

Ağırlıklı olarak milletlerarası hukuk doktrininde yer bulan bir görüş, yabancı işçilerin çalıştırılmasına ilişkin olarak bu işçilerin ülkeye giriş çıkışlarına, çalışma ve ikamet izinlerine, seyahatlerine ve işe başvuru koşullarına, çalıştırılmaları yasak olan mesleklere ilişkin yasal düzenlemelerin, hukuki ilişkiye dair kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edici nitelikte, kendi alanlarıyla sınırlı olarak “doğrudan uygulanan kural” niteliğinde olduklarını savunmaktadır. Yabancı işçinin çalışma iznine ilişkin Türk mevzuatının, sözleşme ehliyetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmadan uygulanacağı, yani bu kuralların (tıpkı kadın ve çocuklarla sağlık nedenlerine ilişkin çalışma yasaklarında olduğu gibi) yabancı işçinin sözleşme ehliyetine ilişkin olduğunu ileri sürülmektedir. Bu kurallar sözleşme hürriyetine ilişkin değil, sözleşme ehliyetine ilişkin kurallardır: bir kere bu kurallara aykırı bir çalışma varsa, yabancı işçinin ehliyetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeksizin sözleşme geçersiz addedilecektir. Buna gerekçe olarak da Türk toplum düzeninin korunmasına yönelik bu düzenlemelerinin aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı, aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı belirtilmektedir⁴⁴².

Daha ziyade iş hukuku alanında ileri sürülen bir görüş ise, yabancıların çalışma iznine ve çalışma yasaklarına ilişkin kuralları ehliyetine ilişkin değil, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran “yasaklayıcı” normlar olarak ele almakta⁴⁴³ ve aykırılık

⁴⁴¹ Süzek, **İş Hukuku**, s. 327 vd.

⁴⁴² Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, s. 143-144; Ekşi, “Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, s. 140-141; Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu** s. 472, yazara göre yabancı işçinin çalışma yasaklarına aykırılık yok ise MÖHUK’ta yer alan ehliyetine ilişkin hükümler uygulanacaktır, bkz. aynı yerde 476. Ayrıca bkz. Doğa Elçin, **a.g.e.**, s. 209.

⁴⁴³ Süzek, **İş Hukuku**, s. 328-329 vd.; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 72 ve s. 283-284. Yazar burada söz konusu normların işçiyi ve üçüncü kişileri korumaya yönelik normlar olduğunun altını çizmektedir. Ekonomi de yabancıların çalışma izinlerini iş sözleşmesi hürriyeti bakımından değerlendirmektedir, bkz. Münir Ekonomi, **İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku**, İTÜ Vakfı

halinde geçersizliğin gündeme gelebileceğini belirtmektedir⁴⁴⁴. Doğan Yenisey, bu hususta ayırım yaparak, yabancıların istihdamının yasak olduğu işlerde kurulan iş ilişkisinin baştan itibaren geçersiz (mutlak butlanla malul) olduğunu ancak izinsiz çalışma halinde sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkili kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bir ülke vatandaşlarının ancak kendi ülkelerinde izne tabi olmadan çalışma hakları bulunmaktadır; yasadışı çalışmanın istihdam açısından yaratacağı tehlikeler sebebiyle izinsiz çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesi geçersiz kabul edilmelidir, ancak bu geçersizlik ileriye etkili olmalıdır. Çalışma izinlerine ilişkin mevzuat izinsiz çalışan işçinin sözleşme uyarınca talep edebileceği hakları talep edememesi halinde amacına ulaşmış sayılır⁴⁴⁵.

Başka bir görüş, yabancıların çalışma yasaklarında ulusal çıkarı korumak için getirilmiş bir yasak söz konusu olduğu için izinsiz çalışan yabancı işçinin fiili çalışmasının fiili bir iş ilişkisi tesis edemeyeceğini, iş sözleşmesinin baştan itibaren batıl olduğunu ve işçinin ancak sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine göre hak talebinde bulunabileceğini savunmaktadır⁴⁴⁶.

Diğer bir görüş, yabancıların çalışma yasaklarına ilişkin hükümlerin (yabancılar belirli mesleklerin yasaklanmasını içeren düzenlemelerin) belirli bir işin

Yayımlı No: 18 Makine Fakültesi Ofset atölyesi, 1987, s. 93-97. Çalışma izinlerinin yokluğunu hukuki işlem ehliyeti sorunu olarak kabul eden görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 491.

⁴⁴⁴ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 287-288. Buna göre sözleşmeden doğan borcun ifasının yasaklanmış olması halinde, tek tarafa yönelik (yabancı kişinin iş sözleşmesi yapmaması şeklinde) bir yasak olsa dahi geçersizlik gündeme gelebilir.

⁴⁴⁵ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 293. Ayrıca bkz. Akıntürk, **Yabancı Uyraklı İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu** s. 500 vd.

⁴⁴⁶ Bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 84 ve s. 98; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 89 vd. Esener de yabancıların çalışmasına ilişkin düzenlemeleri ehliyet kapsamında ele almakla beraber, esas olarak ehliyete etki eden unsuru çalışma izni olarak değil yabancıların Türkiye’de yapmaları yasak olan meslekler olarak anlamaktadır, bkz. Esener, **a.g.e.**, s. 143. Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, s. 187 vd.; Akıntürk, **Yabancı Uyraklı İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 496 vd. ve s. 503-506. Akıntürk, çalışma izinlerine ilişkin düzenlemelerin amacının işçiyi korumak değil kamu düzenini ve iş piyasasını korumak olduğunu belirtmektedir. Karş. Mustafa Cin, “Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, Yıl 2005, C. 8 S. 1, s. 25 ile s. 36. Yazar çalışma iznine ilişkin hükümlere aykırılığın kamu düzenini ciddi olarak ihlal edeceğinin söylenemeyeceği, burada mutlak bir çalışma yasağı olmadığı, fiilen sözleşme ilişkisi kurulup kurulmadığına bakılması ve işçinin bu ilişki bakımından kazanılmış haklarının korunması gerektiği görüşündedir. Bu görüş çalışma izninin iptali veya uzatılmaması hallerini, söz konusu hallerde sözleşmenin geçersizliğinin normun koruma amacını aşan bir yaptırım olacağı gerekçesiyle, geçerli fesih sebebi olarak değerlendirmektedir. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 294. Akyiğit’e göre ise sözleşmenin ifasına geçilmemişse geçersizlik baştan itibaren etkilidir; sözleşmenin ifasına başlanmışsa geçersizliğin sebebinin hukuk düzeninin temel felsefesiyle bağdaşmayacak kadar ağır bir hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. Bu ağırlıkta bir aykırılık var ise baştan itibaren geçersizdir. Bu ağırlıkta bir aykırılık yok ise geçersizlik ancak geçersizlik iradesinin açıklandığı andan ileriye dönük olarak etkisini doğurur. Bkz. Ercan Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, 2008, C. 1, s. 459.

yabancılar tarafından yapılmasını engellemeyi amaçladığını, yoksa yabancı işçiyi ehliyetsiz bırakmayı amaçlamadığını, ehliyete ilişkin kuralların amacının ehliyetsizi korumak olduğu kabul edildiğine göre de ehliyetsiz aleyhine bir sonuca varılamayacağını belirtmektedir. Sözleşme ehliyeti Medeni Kanuna göre belirlenir, yaş veya cinsiyet temelli çalışma yasakları ya da yabancıların çalışmalarına ilişkin sınırlamalar birer ehliyet kuralı değildir⁴⁴⁷. Yine aynı görüşe göre Türk mevzuatı çerçevesinde bir yabancı, yapılması yabancılık unsuru nedeniyle yasak olmayan, ancak, örneğin yaş sınırı bulunan bir işte çalıştırılması halinde de, Türk işçisinin taraf olduğu sözleşmede hangi hukuki sonuca varılacak ise o sonucun kabul edilmesi ve yaş küçüklüğü sebebiyle bu iş sözleşmesinin ileriye dönük hükümsüzlüğünün benimsenmesi gerekir. Ancak bu sözleşmenin konusu aynı zamanda yabancı, ifa etmesi yasaklanmış bir meslek ise baştan itibaren hükümsüzdür⁴⁴⁸.

Yabancıların çalışmasının yasak olduğu işlere ilişkin düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa (ki aynı zamanda çalışma izni talebinin UİK m. 9/f. 1-ç uyarınca reddi sebebidir), tek başına yabancıların çalışma iznine ilişkin düzenlemeler, elbette yabancı işçinin vatandaşlığından bağımsız olarak doğrudan uygulanan, aksi kararlaştırılmaz ve emredici nitelikte kurallar olmakla birlikte, yabancı işçinin fiilen izinsiz çalıştırılması halinde, bu düzenlemelerin iş sözleşmesine etkisinin nasıl olacağı, gerçekten doktrinde kimi zaman karşılaşıldığı üzere işçinin sözleşme ehliyeti kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği, iş sözleşmelerinin kendine özgü niteliği, hele ki göçmen işçilere ilişkin çağdaş uluslararası antlaşmalarda, daha açık bir deyişle Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 25. maddesi 3. fıkrası ve 68. maddesi 2. fıkrasında düzensiz işçi çalıştıran yerli işverenin bu durumdan faydalanamayacağı kuralının yer alması karşısında tartışmalı bir husustur. Ayrıca yabancıların çalışma iznine ilişkin hükümlerin:

1. Tıpkı işyerini ve sigortalı çalışmayı bildirme gibi tarafların devlete karşı yükümlülüklerini içeren kamusal iş hukuku normu niteliğinde hükümler mi?

2. Yoksa iş sözleşmeleri açısından belirli bir alanı irade serbestisine kapatan ve aykırılığın yaptırımının geçersizlik olduğu dar anlamda emredici norm mu?

⁴⁴⁷ Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 439.

⁴⁴⁸ Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 16-17.

3. Her durumda geçersizlik yaptırımıyla sonuçlanmayan ve sadece tarafların düzenleme yetkisine tabi bir alanda taraflardan birini korumak amacıyla belirli davranışları engelleyen yasaklayıcı normlar mı?

Oldukları da tartışılabilir⁴⁴⁹. Altını tekrar çizmek gerekir ki yabancıların çalışma iznine ilişkin düzenlemelerin amacının Türkiye'deki iş piyasasının düzenliliğini ve ekonomik, sosyal ve toplumsal düzene ilişkin politikaları güvenceye almak olması, yine bu kapsamda başka amaçları dışlamamaktadır ki bu amaçlar, yabancı işçinin kötüniyetli işverence istismarını önlemek, insan ticaretinin ve angaryanın önüne geçerek yerli ve yabancı işçiler arasında haksız rekabeti, bunun yol açabileceği sosyal karışıklıkları ve adaletsizlikleri önlemektir. Daha açık bir deyişle, amaç bizzat hem o yabancı işçiyi korumak, hem de onun ucuz ve güvencesiz iş gücü olarak Türk vatandaşı işçiye karşı ve işçilik maliyetindeki rekabette düzensiz işçi çalıştırmayan işverene karşı bir koz olarak kullanılmasını önlemek, mümkün mertebe eşit haklarını garanti etmektir. Bu sebeple çalışma iznine ilişkin düzenlemeleri, yabancı işçinin çalışma izni olmadan çalıştırılmasının onun sözleşme ilişkisinden doğan haklarını tehlikeye atacak ve kaçak işçi çalıştıran işvereni ödüllendirecek şekilde fiil ehliyeti bakımından uygulanacak birer doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesine taraftar değiliz⁴⁵⁰. Başka bir şekilde de düşünülebilir: bir taraftan

⁴⁴⁹ Bu kavramlara ve tartışmalara ilişkin bkz. Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", s. 47 vd.; aynı yazar, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 67 vd. Doğan Yenisey, iş hukukunda kadın ve çocukların çalışma yasaklarına ilişkin hükümlerle yabancıların çalışmasına ilişkin düzenlemelere "yasaklayıcı norm" kavramı altında yer vermektedir, bkz. Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", s. 48; **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 72. İş hukuku açısından bu tip normlarda "toplumsal menfaatler" in korunduğu savunulmaktadır, bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 96-97. Özdemir de yine emredici hükümlerle ilgili çalışmasında, yabancıların çalışma haklarına ilişkin düzenlemelerin temelde toplumsal menfaatlerin korunmasına yönelik mutlak emredici hükümler olduğunu belirtmektedir, bkz. Özdemir, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", s. 100. Ekonomi, milli menfaatler göz önünde tutularak getirilen yabancılara ilişkin çalışma yasaklarına aykırılık teşkil eden hizmet sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılacağını, ne var ki mutlak bir çalışma yasağının bulunmadığı ve yabancı işçi çalıştırılması için izin alınmasının gerekli olduğu hallerde izin için başvurulup da izin verilmeden çalışmaya başlanması durumunda, ileride izin verilmesi şartıyla yapılan hizmet akdinin geçerli olacağını, izin verildikten bir süre sonra geri alınsa dahi sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır, bkz. Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku**, s. 161-162.

⁴⁵⁰ Ayrıca çalışma iznine ilişkin normlarda sadece lafzen izinsiz çalışma yasaklanmaktadır. Ancak buradan normun koruma amacının yabancı işçinin sözleşme ehliyetine yönelik olduğu tespit edilemediği gibi geçersizliği gerektirip gerektirmediği de belli olmamaktadır. Her ne kadar yaptırımın emredici hükmün koruma amacına göre belirlenmesi gerektiği ve sözleşmenin her iki tarafına da yönelik olan bir yasaklamanın geçersizlikle yaptırma bağlanacağı belirtilse de (bkz. Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", s. 50 ve aynı yazar, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 272 vd. Yazara göre yaptırım "*normun koruma amacı, normun korumayı amaçladığı kişiler çevresi, norma aykırılığın yaptırımı olarak söz konusu olabilecek idari veya cezai diğer yaptırımlar, ihlalin ağırlığı, taraflardan birinin hukuka aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği, sözleşmenin ifasının norma aykırılık teşkil etmesi, sözleşme taraflarının makul beklentileri veya diğer ölçütler çevresinde belirlenecektir*", s. 280) bu yasakların artık sadece Türk kamu düzenini ve iş piyasasını değil yabancı işçiler söz konusu

sözleşmenin yaş ve cinsiyet temelli çalışma yasaklarına dayalı bir geçersizliğinin bu yasaklarca korunmayan işverence ileri sürülemeyeceği kabul edilirken, diğer taraftan “ulusal çıkar” bulunduğu gerekçesiyle yabancı işçiler açısından çalışma izni almadan çalışmanın sorumluluğunun “geçersizlik” yaptırımıyla işçiye yükletilmemesi gerekir. Bu sebeple iş hukuku açısından, yabancı işçilerin çalışma iznine ilişkin 6735 Sayılı UİK ve mevzuattaki diğer düzenlemelerin, ekonomik ve sosyal açıdan kamu düzenini korumak, kaçak işçiliği, angaryayı ve insan ticaretini önlemek, devletin iş gücü piyasasını denetlemesini sağlamak amacıyla getirilmiş, iş sözleşmesinin geçerliliğini değil dışsal, kuruluş koşullarını etkileyen, idari ve cezai yaptırıma bağlanmış “düzen hükümleri” olarak⁴⁵¹ kabul etmek daha uygun görünmektedir. Ancak diğer yandan Türk vatandaşlarına hasredilen işlerde yabancıların çalıştırılmasına ilişkin yasaklarda ise, kamu yararı temelli “dar anlamda emredici norm” karakteri ağır basmaktadır. Ne var ki bu yasaklama da yabancının hak ve fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlamadan çok sözleşmenin tarafının belirlenmesine ilişkin (bununla birlikte salt çalışma izniyle getirilen sınırlamaya nazaran daha ağır bir kamu yararı içeren) bir yasaklamadır. Bir yabancının, Türk vatandaşlarına hasredilmiş bir işte yazılı bir iş sözleşmesiyle çalışma izni başvurusu yapmasını yasaklayan bir düzenleme yoktur; ancak UİK m. 9/f.1-ç bu hususu açıkça başvurunun reddi sebebi saymaktadır. Burada, ileride bu çalışma yasağının kalkmasının öngörülmesi şartıyla hüküm ifade edebilecek bir sözleşmeden bahsedilebilir. Aksi halde, tarafların çalışma izni verilmeyeceğini ve dolayısıyla hukuken mutlak bir ifa imkânsızlığı bulunduğunu bildikleri bir sözleşme yapmaları söz konusudur.

2.1.2. Çalışma İzninin İş Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi

2.1.2.1. Genel Olarak

Hukuk öznelerinin sözleşme serbestisi sınırsız değildir. 6098 sayılı TBK m. 27/f. 1 uyarınca bir sözleşmenin konusunun imkânsız, hukuka aykırı, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir⁴⁵². Hukuka aykırılık, böyle bir sözleşmenin

olduğunda gündeme gelen bazı evrensel insani değerleri de korumaya yönelik olduğu kabul edilerek öncelikle işverene yönelik bir yasaklama olduğu kabul edilmelidir. Zira göçmen işçi, kendi geçimini sağlayabilmek için düzensiz çalışmaya da kolaylıkla razı edilebilir, pasaportuna el konulabilir, toplumsal baskı altına alınabilir.

⁴⁵¹ Bkz. Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, s. 73-75 ve s. 330; Oğuzman/Barlas, *a.g.e.*, s. 220.

⁴⁵² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *a.g.e.*, s. 533-534; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 82-83 vd.

yapılmasının doğrudan hukuk düzeni tarafından yasaklanması, sözleşmenin içeriğinde yer alan tarafların edimlerine ilişkin düzenlemelerin hukuka aykırı olması veya taraflarca dolaylı olarak güdülen ortak amacın hukuka aykırı olması gibi görünümlere bürünebilir⁴⁵³. Hükümsüzlük, geniş anlamıyla, bir hukuki işlemin eksiklik veya sakatlıkları ile sonradan etkisizleştiği tüm halleri kapsar. Dar anlamda hükümsüzlük ise hukuki işlemin kuruluşu anında var olan sebeplerle, “geçersizlik” olarak nitelendirilen durumları ifade eder⁴⁵⁴. Bu başlıktaki incelemenin konusu esasen Türkiye’de çalışan ya da çalışacak olan bir yabancı işçinin çalışma izninin eksikliğinin ve izinlere ilişkin düzenlemelerin hükümsüzlük (geçersizlik/butlan) sebebi olup olmayacağı ile TBK m. 394/f. 3 uygulaması çerçevesinde değerlendirilmesidir.

Bilindiği üzere kesin hükümsüzlük, irade beyanında bulunan kimselerin ayırdetme gücünün bulunmaması, işlemin konusunun emredici hukuk kuralları ya da genel ahlaka aykırı veya imkânsız olması, geçerlilik şekline uyulmaması veya işlemin muvazaalı olmasının sonucudur⁴⁵⁵. Sözleşmenin konusu itibarıyla imkânsızlığın geçersizliğe yol açabilmesi için baştan var olan bir imkânsızlık olması, sürekli ve objektif bir imkânsızlık olması gerekir⁴⁵⁶. Sonradan ortaya çıkan imkânsızlık, borçlunun kusuruna dayalı ise borca aykırılık hükümlerine tabi olur; borçlunun kusuruna dayanmıyorsa borcu sona erdirir. İş sözleşmelerinde sonraki imkânsızlık, borçluya yüklenememesi, ifa zamanının esaslı olmaması ve imkânsızlığın geçici olması halinde, iş sözleşmesinin askıya alınmasına sebep olur⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 535-536 vd.

⁴⁵⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 180; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 374 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 580-582; Gümüş, **a.g.e.**, 232 vd.

⁴⁵⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 181-182; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 218-219; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 539-588; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 174-175; Eren, **a.g.e.**, s. 376 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 240-241; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 478; Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 5 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 346 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 281-282 vd.

⁴⁵⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 372-373; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 404. Ayrıca bkz. Ayşe Ledün Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 10; Aslı Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları** (Geçici İfa İmkânsızlığı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 11 vd. ile s. 53-54. Ayrıntılı bir çalışma için ayrıca bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 178-179 vd. Yazar, her ne kadar ifa engellerini geniş bir başlık olarak değerlendirse de baştaki imkânsızlığın, geçerli olarak kurulmuş ve ifa aşamasına gelerek amacına yaklaşmış bir borç ilişkisinde bu amacın gerçekleşmesini engelleyen olaylar olarak (s. 178) tanımladığı ifa engelleri anlamında gerçek bir ifa engeli olmadığını da eklemektedir, s. 182; s. 227-228 vd. Sözleşmenin kuruluşundaki geçici objektif imkânsızlık ise sözleşmenin kuruluşuna engel olmamakla birlikte burada “askıda hükümsüzlük” söz konusu olur ve şayet bu imkânsızlığın makul bir bekleme süresi sonunda süreklilik kazanması halinde sözleşme kesin olarak hükümsüzdür, bkz. Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 142.

⁴⁵⁷ Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 86; Süzek, **İş Hukuku**, s. 512-513 vd.; ayrıca bkz. Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi** (İş Sözleşmesinin Askıya Alınması), Savaş Yayınları,

Geçersizlik/kesin hükümsüzlük açısından önem arz eden emredici hükümler, kısaca belirtmek gerekirse, taraf iradeleriyle aksi kararlaştırılması mümkün olmayan kanun hükümleridir⁴⁵⁸. Bu hükümler, belli bir konuda tarafların irade özerkliğini sınırlandırmak amacıyla konulurlar. Emredicilik sözleşmenin her iki tarafını da korumak için söz konusu olabileceği gibi iş hukuku alanında görüldüğü gibi daha çok belirli bir tarafı korumak için de söz konusu olabilir⁴⁵⁹.

Emredici hukuk normuna aykırılık, ilke olarak baştan itibaren geçersizlik sonucunu doğursa da, her durumda sözleşmenin geçersizliğini gerektirmeyebilir. Bir hukuk normuna aykırılığın kesin hükümsüzlüğe yol açması için bu hususun kanun hükmünde açıkça belirtilmesi ve hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağının öngörülmesi, ya da açıkça öngörülme bile geçersizliğin gerçekleşmesi önlenmek istenen belirli bir sonucun önemi bakımından, yasaklamayı öngören hükmün amaç ve anlamından çıkarılabilmesi gerekir. Yasağa aykırılık halinde sözleşmenin geçersizliği açıkça öngörülüyor ya da yasak getiren hükmün amacı böyle bir geçersizliğe dayanak sağlamıyorsa, yasağa aykırılık geçersizlik sonucunu doğurmaz. Yasağa aykırılığın yaptırımı başka görünümlere (idari para cezası, bir haktan mahrumiyet vb.) bürünür. Kanun hükmünün anlam ve amacından emredici hükme aykırılığın hapis veya adli para cezası ya da idari para cezası ile yaptırıma bağlandığı sonucu çıkabilir. Borçlar hukuku anlamında bir düzenleme getirmeyen, sadece idarî veya cezaî yaptırımlar öngören kamu hukuku normu niteliğindeki, “düzen hükmü” olarak tanımlanan hukuk normları bu tür normların bir örneğidir⁴⁶⁰. Kesin hükümsüzlük

Ankara, 1989, s. 20-21 vd.; Oğuzman, **Fesih**, s. 156; Tuncay Kaplan-Seneyen, “İşçinin İşgörmeye Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları” (İfa Engelleri), **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 579 vd. Geçici imkânsızlığa ilişkin ayrıca bkz. Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 91 vd. Geçici imkânsızlığın ne kadar süre devam edeceğinin öngörülemediği her durumda bu imkânsızlığın devamlı sayılamayacağı, geçici imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin amacının gerçekleşmesinin tehlikeye düşmesi yahut bu sebeple sözleşmeye devamın karşı taraftan dürüstlük kuralı gereği beklenemez hale gelmesi halinde geçici imkânsızlığa devamlı imkânsızlığın hükümlerinin uygulanması gerektiği de belirtilmektedir, bkz. Süzek, **İş Sözleşmesinin Askıya Alınması**, s. 24-25. İfa zamanının sürekli borç ilişkisi açısından taşıdığı öneme göre yapılabilecek değerlendirmeler için ayrıca bkz. Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 128-129 vd. İş sözleşmelerinde imkânsızlık için ayrıca bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 143 vd. Kusurlu imkânsızlık, aynı zamanda, sözleşmeye aykırı hareket niteliğinde bir fiili durum yaratır ki sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın sona erdiren tarafın düştüğü durum da budur, s. 147. Ayrıca bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 90-91 vd.

⁴⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 536 vd. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 55, 56 vd.

⁴⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 538.

⁴⁶⁰ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 84-85; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 377; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 256-257; Gümüş, **a.g.e.**, s. 214-215 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 380; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 370-371, s. 395-396; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 273; Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 5; Sabahattin Yürekli, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 84-85. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 538-539 ile s. 590-591 vd.

yaptırımının olduğu gibi uygulanmasının, ihlal edilen özel hükmün amacına aykırı sonuçlar doğuracağı anlaşıyorsa, kesin hükümsüzlük, bazı unsurları değiştirilerek olaya uygulanır. Bu son ihtimal, bir sözleşmenin ahlâka ve kişilik haklarına aykırılığı halinde hükümsüzlüğü sadece kişilik hakkı ihlal edilen tarafın ileri sürebilmesi yahut ifasına başlanmış sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde (yani iş sözleşmesinde de) geçersizliğin ileri sürüldüğü veya bir mahkeme kararıyla tespit edildiği andan itibaren ileriye dönük sonuç doğurması hallerini kapsar⁴⁶¹.

Doktrinde, konuyla ilgili olarak, Alman hukukuna atıfla, “yasaklayıcı hükümler” kavramı – her ne kadar bu kavramın nesnesi olan düzenlemeler, İsviçre-Türk hukukunda çoğunlukla genel olarak “emredici hukuk kurallarına aykırılık” kapsamında ele alınıp bir ayırım yapılmıyor olsa da⁴⁶² – üzerinde durulmaktadır: Dar anlamda emredici hükümler, belirli bir konuyu baştan tarafların irade özerkliğinin dışına çıkararak düzenler ve taraf iradelerinin yerine kendisi geçerek özerkliği sınırlandırırken, yasaklayıcı hükümlerde, kanun koyucu tarafından, bu özerkliğin sınırlandırılmadığı alanlarda, yani sözleşme serbestisi sınırları içinde, belirli bir işlemin içeriğini, bu işlemde elde edilecek sonucu veya işlemin yapıldığı sıradaki özel hal ve şartları yasaklama amacı güdülebilir⁴⁶³. Bu hükümler, aykırılığın geçersizlikle yaptırıma bağlandığı “tam kanun” (*lex perfecta*) niteliğinde, aykırılığın geçersizliğe sebep olmadığı sadece cezai yaptırıma tabi olduğu “sınırlı ölçüde tam olmayan kanun” (*lex minus quam perfecta*) niteliğinde ve hiçbir yaptırıma tabi olmayan “tam olmayan kanun” (*lex imperfecta*) niteliğinde olmak üzere ayırma tabi tutulmaktadır. “Düzen hükmü” veya “inzibati hüküm” de denilen “sınırlı ölçüde tam olmayan kanun” hükmüne aykırılık, geçersizlik sonucunu doğurmayacak, başka yaptırımlarla sonuçlanacaktır. Bu niteliğin, yine yasağın anlam ve amacı araştırılarak ve geçersizlik yaptırımı gerektirip gerektirmediği bulunarak belirlenmesi gerekir⁴⁶⁴. Yasaklayıcı kanun hükmü, sözleşmenin içeriğine ilişkin ise, kural olarak buna aykırılığın yaptırımı geçersizliktir. Ancak sözleşmenin içeriğine ilişkin olmayan

⁴⁶¹ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 594-595.

⁴⁶² Gümüş, **a.g.e.**, s. 217-218.

⁴⁶³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 538-539; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 67-68 vd.

⁴⁶⁴ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 539-540; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 69-70 ile s. 73-74.

yasaklayıcı hükümlere aykırılık halinde ise sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık bulunamayacağından hükmün anlam ve amacına göre sonuca gidilecektir⁴⁶⁵.

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, yabancıların çalışma izinlerine ilişkin düzenlemeler de sözleşmenin içeriğine ilişkin olmayan bu ikinci grupta aynı nitelikte yasaklayıcı normlar olarak değerlendirilmektedir⁴⁶⁶.

2.1.2.2. Hükümsüzlük Yaptırımının İş Sözleşmesine Uygulanması

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere konu edimlerin ifa edilmeye başlanmış olması, hükümsüzlüğe ilişkin genel düzenlemelerin bu sözleşmelere aynen uygulanması halinde çözümü gereken sorunlar ortaya çıkarır. Zira bu tür sözleşmelerde, hükümsüzlüğün baştan itibaren etkili olması karşılıklı edimlerin sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini gerektirir. Böyle bir durumda iş sözleşmesi özelinde hükümsüzlüğe sebep olduğu ileri sürülen normun asıl amacı, hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup olmadığı, işçinin yaptığı işlerin, işverence ödenen ücretin iadesi, sigortalılık süresinin ve sosyal güvenlik haklarının iptali gibi sorunlarla karşılaşılır. Kısacası iş sözleşmeleri açısından: 1) Her emredici hükme aykırılık hükümsüzlük sonucunu doğurur mu? 2) Bu sonuç geçmişe etkili midir? 3) Çalışma izinlerine ilişkin hükümlere aykırı çalışmaların hukuki sonucu ne olmalıdır ya da bir hukuki sonuç bağlanmalı mıdır? Soruları ortaya çıkar. Bu sorulara verilen cevaplar değişiklik gösterebilir. Öncelikle farklı ülkelerin teorik çözüm ve uygulamalarına kısaca değinmek gerekir.

2.1.2.2.1. Karşılaştırmalı Hukuk

İsviçre Borçlar Kanunu, (art. 320/3) geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir iş sözleşmesinde, iş görme edimini iyiniyetle ifa eden işçinin menfaatini korumakta ve geçersizlik herhangi bir tarafça ileri sürülene ve iş ilişkisi bu sebeple sonlandırılana kadar bu iş ilişkisinin geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi taraflara borç yükleyeceğini

⁴⁶⁵ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 541; Belirtilmelidir ki yasaklayıcı hükümler ile bir alanı taraf iradelerine kapatan nisbi veya mutlak emredici hükümler farklıdır. Bu hususta ayrıntılı bir tartışma için bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 70.

⁴⁶⁶ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 72; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 542; Tercier/Pichonaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 257. Sözleşmeye taraf olma imkânının belirli kişilere tanınmasını öngören düzenlemelerin bu anlamda emredici değil yasaklayıcı hüküm niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine dair ayrıca bkz. Gümü, **a.g.e.**, s. 220.

düzenlemektedir⁴⁶⁷. Buradaki iyiniyet “sübjektif” iyiniyettir ve işçide var olması aranır⁴⁶⁸. Bu “iyiniyet” kavramı, İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında kendine özgü bir şekilde yorumlanmaktadır: İşçinin sadece sözleşmenin kuruluşunda var olup geçersizliğe sebep olan hukuka aykırılığı bilmesi tek başına yeterli görülmemekte, bu hukuka aykırılığın sonuçlarını da bilmesi gerektiği kabul edilmekte, işveren de işçinin bu durumunu ispatla yükümlü kılınmaktadır⁴⁶⁹. Hükümden yararlanmak için varlığı gerekli olan iyiniyetin bu geniş yorumunun amacı, sözleşme ilişkisinin tasfiyesini kolaylaştırarak edimlerin iadesindeki imkânsızlık derecesinde pratik zorluklardan kaçınmaktır⁴⁷⁰. Kanun koyucu, böylece fiili bir sözleşme ilişkisini geçerli bir sözleşmeye “asimile” etmekte, gerçekleştirilen edimlerin sebepsiz olmadığını öngörerek geçerli bir sözleşme temeline dayandığını varsaymaktadır⁴⁷¹. Başka bir deyişle, sözleşmenin geçerliliğine dair bir varsayım ile geçersizliği ileri sürülene kadar fiili bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır. İleriye etkili olma sonucu sebebiyle sürekli edim ilişkisi içeren sözleşmelere ilişkin genel bir ilkenin yansıması olan bu düzenleme, hem kesin hükümsüzlük hem de iptal edilebilirlik hallerini kapsamaktadır⁴⁷². Ne var ki bu sonucun doğabilmesi için işçinin fiilen bir ifada bulunmuş olması gerekir⁴⁷³.

Yabancı işçinin izinsiz çalıştırılması ise, tek başına sözleşmenin geçersizliğine yol açacak bir hukuka aykırılık olarak görülmemekte, bu hususta “merdivenaltı”

⁴⁶⁷ CO art. 320/3: “*Si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat*”. Bu düzenlemenin ifadesi, şayet işçi, geçersizliği daha sonra ortaya çıkan bir sözleşmeye dayalı olarak işveren için iş görme edimini iyiniyetle ifa ediyorsa, her iki tarafın da, biri ya da diğeri geçersizlik sebebiyle iş ilişkisini sona erdirene kadar, geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi, bu iş ilişkisinden doğan borçlarını ifa ile yükümlü olduklarıdır. Maddenin Almanca metnindeki ifadede anlatılmak istenen durumun, geçersizlik sebebi olan sözleşmenin ifa edilemediği sırada sonradan geçersiz olduğunun ileri sürülmesi ya da ortaya çıkması durumundaki hukuki sonucu anlattığına dair bkz. Özkaraca/Ünal, “Geçersizlik Sorunu”, s. 389-390.

⁴⁶⁸ Pierre Engel, **Contrats de Droits Suisse**, Staempfli Editions SA, Bern 2000, s. 301. Geçersizlik sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesinin, derhal sonuç doğuracağı, fesih bildirim sürelerine ilişkin hükümlerin burada uygulanmayacağı görüşü için, bkz. Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 70.

⁴⁶⁹ Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carnon, **Les Contrats Spéciaux**, Schultess Editions, Geneve 2016, s. 373; ATF 132 III 242, <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlightidocid=atf%3A%2F%2F132-III-242%3Ade&lang=de&type=showidocument>: “*La condition de la bonne foi dont dépendent les effets d'un rapport de travail de fait n'est défaillante que si l'employeur est en mesure de prouver que le travailleur avait la connaissance effective de l'invalidité du contrat. La mauvaise foi consiste dans la connaissance de l'invalidité, ce qui suppose la conscience de l'illicéité de la convention et, en outre, de la conséquence de l'illicéité*”.

⁴⁷⁰ Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 63. Ayrıca bkz. **Commentaire Rommand du Code Des Obligations** (Commentaire Rommand), Ed. Luc Thévenoz -Franz Werro, Helbig-Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s. 1973.

⁴⁷¹ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 373; Engel, **a.g.e.**, s. 301.

⁴⁷² Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁷³ Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 62.

çalışan yabancı işçi ve onu çalıştıran işverene yönelik idari yaptırımların çalışma iznine ilişkin düzenlemelerin amacıyla orantılı ve bu amacı gerçekleştirmekte yeterli olduğu, izinsiz çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesinin sırf bu sebeple geçersiz kabul edilmesinin hem yasaklamaların amacına hem de zaten sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması amacına aykırı ve fahiş bir sonuç olacağı belirtilmektedir. Bu alanda geçersizlik, çalışma konusunun ağır basan bir sosyal koruma amacıyla sınırlanmasına aykırılık halinde kabul edilmelidir ki bunlar çalışmaları özel bir izne bağlı avukat, doktor vb. kişilerin çalışmasıyla bağlantılı, genel olarak çalışmanın değil de belirli bir işin yapılmasının yasaklandığı durumlar olabilir⁴⁷⁴. İsviçre hukuk düzeni, işvereni, yabancı bir işçiyi işe almadan önce gelir getirici bir işte çalışmak için gerekli izinlere sahip olup olmadığı konusunda bilgi edinmekle yükümlü kılmaktadır⁴⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, kamu hukukuna ilişkin yasaklamaların amacını ve orantılılık ilkesini de dikkate alarak, tek başına izinsiz çalışmanın iş sözleşmesinin geçersizliğine sebep olmayacağını, ancak sözleşmenin haklı nedenle feshi gerekçesi olabileceğini belirtmektedir. Mahkeme, izinsiz veya kaçak çalışma olarak ifade edilen olgunun (ya da “*Travail au noir*” veya “*travail clandestin*”) genel olarak bilinen bir olgu olduğu için bu şekilde çalışan işçinin İsviçre Borçlar Kanunu’nun 320/3 düzenlemesinden prensipte yararlanamayacağını, ancak bu sonucun onun durumunu belirsiz (ya da kırılgan) kılacağını, öte yandan iyiniyetli işçinin ise (ileriye etkili olsa bile) geçersizlik sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesiyle korumasız kalacağını, bu sonuçtan tek yararlananın işçiyi izinsiz çalıştıran işveren olacağını, böylece geçersizliğin tüm külfetinin orantılılık ilkesine ve iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin temelinde yer alan zayıf tarafın korunması amacına aykırı olarak işçiye ait olacağını, geçersizlik yaptırımının kamu hukuku alanında önleme amaçlı getirilen yasaklamalarla da çelişeceğini belirterek bu sonuca varmaktadır⁴⁷⁶.

Fransız iş kodunun idari düzenlemeler içeren kısmına göre (Code Du Travail, R. 5221-1) Avrupa Birliği, İsviçre Konfederasyonu veya Avrupa ekonomik alanı

⁴⁷⁴ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 373; Engel, **a.g.e.**, s. 301; Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 66; **Commentaire Rommand**, s. 1972-1973.

⁴⁷⁵ Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 65.

⁴⁷⁶ ATF 114 II 279: “(...) L’interdiction d’un tel travail étant généralement connue, le travailleur ne peut en principe pas se prévaloir de l’art. 320 al. 3 CO, ce qui rend sa situation très précaire. De son côté, le travailleur de bonne foi ne jouit d’aucune protection en cas de résiliation. L’employeur, au contraire, profite de cette situation. La nullité du contrat porterait ainsi préjudice au seul travailleur, contrairement au but de protection de la partie la plus faible qui est à la base de la législation sur le contrat de travail et, partant, au principe de la proportionnalité. Cette sanction contredirait en outre l’objectif de prévention générale poursuivi par la législation de droit public.” Ayrıca bkz. ATF 137 IV 305.

lkelerinden birinin yurttaşı olmayan yabancıların Fransa’da çalışması, gerekli oturma ve çalışma izinlerini almalarına baęlıdır⁴⁷⁷. Fransız iş kodu, çalışma izni olmayan yabancıların herhangi bir surette veya süre ile işe alınmasını ve çalıştırılmasını yasaklamaktadır (L. 8251-1). İşveren, iş kodunun L. 5221-8 düzenlemesi uyarınca bir yabancı işçiyi çalıştırmaya başlamadan önce yetkili mercilere müracaat ederek bu işçinin gerekli izinlere sahip olduğunu teyit ettirmek zorundadır⁴⁷⁸. Çalışma izni, belirli bir meslek, belirli bir işveren ve belirli bir bölge gibi sınırlamalara, işverenin yapılacak işle ilgili ulusal iş gücü pazarında ihtiyacı karşılayan bir personel olup olmadığına ilişkin gerçekten yeterli araştırmayı yapması gibi koşullara tabidir ve bu sınırlamalara uyulması zorunludur⁴⁷⁹.

İşçinin çalışma izni veya çalışma iznini yenileme başvuruları ile ilgili Fransız yasa koyucusu, söz konusu işçinin işini “istem dışı” kaybettiği hallerde korunması için izinlerin uzatılmasını ve çeşitli önlemleri öngörmektedir (R. 5221-33, 5221-36). Ancak işçinin kendi iradesinden kaynaklanan haklı nedenle feshi veya istifası gibi hallerde izin veya izni yenileme talebinin reddedilebilmesi, sözleşmeyi fesih hakkını yok saydığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁸⁰.

Fransız hukukunda, izinsiz çalışan veya çalışmakta iken mevcut çalışma iznini yenileme talebi reddedilen ya da izin belgesinde belirtilenden farklı bir işte çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesi, geçersiz kabul edilmekte, ancak bu geçersizliğin iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurması sebebiyle geriye etkili olmadığı kabul edilmekteydi. Bu geçersizliğin sebebi, kamu düzenine ilişkin genel bir düzenlemenin ihlali olarak değerlendirilmekteydi⁴⁸¹. Daha güncel ve yumuşatılmış bir bakış açısına göre ise “geçersizlik” sonucu benimsenmemelidir; geçersizlik gerekçesiyle işine çalışma izni olmadığı için son verilen işçinin sözleşme ilişkisine ve sözleşmesinin sona

⁴⁷⁷ Céline Mangematin, “Rupture de la relation de travail du travailleur étranger en situation irrégulière”, **Droit Sociale**, Dalloz 2013, s. 1 (erişim tarihi 13.05.2020); Cyril Wolmark, **Travailleur Etranger**, Répertoire de Droit du Travail, Dalloz, Juillet 2019, s. 13 vd., (Erişim tarihi 13.05.2020); Gilles Auzero/Dirk Baugard/Emmanuel Dockès, **Droit du Travail**, Editions Dalloz, 2018, s. 234 vd.

⁴⁷⁸ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 236-237.

⁴⁷⁹ Wolmark, **a.g.e.**, s. 34 vd.

⁴⁸⁰ Wolmark, **a.g.e.**, s. 53-54.

⁴⁸¹ Jean Pélissier/Alain Supiot/Antoine Jeammaud, **Droit Du Travail**, Editions Dalloz, Paris, 2008, s. 223; Séverine Dhennin, **La Nullité du Contrat de Travail**, Université de Lille 2, 2001, s. 60, s. 74 ile s. 93 vd. Pierre Bailly/Groupe d’information et soutien des immigrés (GISTI), “Le travailleur sans papiers peut-il se prévaloir des règles sur le licenciement?”, *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2011, s. 221 vd.

ermesine bağlı talepleri reddedilemez⁴⁸² ve bunun aksi yaklaşım yasa koyucunun amacı olmadığı gibi yargı kararlarında da terk edilmektedir⁴⁸³.

Fransız iş kodu, izinsiz çalıştırılan yabancı işçinin, işe alındığı tarihten itibaren yasa dışı çalıştırıldığı süre boyunca, işverenin kendisine karşı sağlık ve iş güvenliği, doğum öncesi ve sonrası çalıştırma yasakları, süt izni, çalışma ve dinlenme süreleri, işyerindeki kıdemi yönünden yasal yükümlülükleri ile ilgili olarak, düzenli, yani yasal izinlere sahip olarak işe alınan yabancı işçinin durumuna “asimile” edileceğini öngörmektedir (L. 8252-1). İzinsiz olarak çalıştırıldığı süre için yabancı işçi, kanun, sözleşme veya toplu sözleşme ile kararlaştırılmış ücretini ve ücret eklerini talep edebilir. Aksi kanıtlanmadığı sürece bu iş ilişkisinin üç ay süre ile devam ettiği kabul edilir. Ancak yabancı işçi fiili çalışmasını her türlü delille kanıtlayabilir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde izinsiz çalıştırılan yabancı işçi üç aylık götürü bir tazminata hak kazanır. İş kodunda yer alan ihbar tazminatı, kıdem esas alınarak belirlenen işten çıkarma tazminatı, belirli süreli iş sözleşmelerinde bakiye süre ücreti ve sözleşmenin sona ermesine bağlı hak ve tazminatlar işçinin daha lehine ise, üç aylık götürü tazminat yerine bu düzenlemeler esas alınır. İşçinin ihbar önelinde çalıştırılması mümkün olmasa bile (çünkü çalışma izni yoktur) kanun gereği ihbar tazminatı dikkate alınacaktır. İşçi bu hükümlere göre tespit edilen tazminatın karşılamadığı fazladan zararını ispatlayabilirse, bu zarar da ilave bir tazminatla karşılanır (L. 8252-2). Söz konusu zarar, işin kaybedilmesinden doğan, yani sözleşmenin gerçek ve ciddi bir sebep bulunmaksızın feshinden kaynaklanan zarar olabilir. Bunun temelinde, işverenin feshinin, hakkın kötüye kullanılması şeklinde tezahür etmesi değil, işverenin izinsiz olarak yabancı işçi çalıştırmasının hukuka aykırı bir fiil teşkil etmesi yatar⁴⁸⁴. Bu düzenlemelerin amacı bir yandan izinsiz çalıştırılan yabancı işçiyi korumak, öte yandan, işvereni izinsiz yabancı iş gücünün sömürsünden caydırmaktır⁴⁸⁵. Dolayısıyla söz konusu maddenin uygulanması ve öngörülen ücret veya tazminatlara hükmedilmesi için, işverenin iyiniyetli olup olmaması, yabancı işçinin gerekli izinlere

⁴⁸² Véronique Baudet-Caille, “Les sans papiers licenciés ont-ils des droits?”, **Plein droit** no: 80, Mars 2009, <https://www.gisti.org/spip.php?article1412>, s. 1.

⁴⁸³ Jean Savatier, “Licenciement/Travailleurs étrangers en situation irrégulière/Indemnisation”, *İnceleme, Droit Sociale*, Dalloz 1998, s. 840 vd.; Mangematin, a.g.e., s. 2; Wolmark, a.g.e., s. 90-91. Yazar özellikle aşağıdaki kararlara atıfta bulunmaktadır. Ayrıca bkz. Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 239-240. Yazarlar, burada Fransız Yargıtayının görüşündeki değişiklik ve farklılıkları belirtmelerine rağmen, çalışmalarının devamında, yabancıların istihdamı ile ilgili düzenlemelere aykırılığın iş sözleşmesinin geçersizliği ile sonuçlanan durumlardan biri olarak yer vermektedirler, Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 291.

⁴⁸⁴ Savatier, “Licenciement/Travailleurs étrangers en situation irrégulière/Indemnisation”, s. 840.

⁴⁸⁵ Mangematin, a.g.e., s. 2.

sahip olup olmadığını bilip bilmemesi önem taşımaz⁴⁸⁶. Fransız iş kodunda muhtelif yasadışı çalışma halleri ayrı ayrı tanımlanmıştır. İzinsiz çalışmanın yanında, bir de işverenin işçiyi gerekli mercilere bildirmemesi durumu⁴⁸⁷ için gizli veya kaçak çalışma (“*travail dissimulé*”) başlığı altında (L. 8221-5), özel olarak bu durumdaki bir iş ilişkisinin sona ermesi için L. 8223-1 maddesinde altı aylık bir götürü tazminat öngörülmüştür. L. 8252-2 maddesinde, şayet yabancı işçinin çalışma şekli bu tanıma da uyuyorsa üç aylık yerine altı aylık tazminata ilişkin talepte bulunabileceği de düzenlenmiştir. Ancak bu iki tazminata birden hükmedilmez⁴⁸⁸.

L. 8252-2 düzenlemesi, yabancı işçinin baştan beri tamamen izinsiz çalıştırıldığı veya sonradan iznin yenilenmemesine rağmen çalışmaya devam ettirilerek yasadışı çalışır hale geldiği süredeki iş ilişkisini kapsamaktadır⁴⁸⁹. Yasa, işverene, çalışma izni olmayan bir işçiyi çalıştırmama, izni yenilenmeyen bir işçiyi ise işten çıkarma zorunluluğu yüklemektedir⁴⁹⁰. İznin uzatılmaması (ya da yenilenmemesi) ise, şayet tarafların kusurundan kaynaklanmıyorsa, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için “gerçek ve ciddi” bir sebep, ekonomik veya kişisel bir nedenden kaynaklanmayan “objektif bir sebep” teşkil eder. Bu durumda işçi feshe bağlı haklarını talep edebilir, ancak ihbar süresine ilişkin bir tazminat talep edemez, zira bu sürede izinsiz olarak çalışması mümkün değildir⁴⁹¹. Ancak iznin yenilenmemesi, işverenin bu konudaki yükümlülüklerini yerinde getirmemesinden kaynaklanıyorsa, ortada “gerçek ve ciddi” bir sebep bulunmadığından ihbar tazminatı da talep edilebilir⁴⁹². İşçinin iş

⁴⁸⁶ Wolmark, **a.g.e.**, s. 88-89 vd.

⁴⁸⁷ Bkz. Wolmark, **a.g.e.**, s. 71. Ekleme gerekir ki Fransız iş kodu, yasadışı iş gücü ödöncü gibi birçok başka yasa dışı çalışma şekli tanımlamaktadır. Çeşitli yasa dışı çalıştırma halleri bir arada da bulunabilir, bkz. aynı eserde s. 74 vd.

⁴⁸⁸ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 18.02.2016, 14-22.167, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032089302>. Bu içtihadın ve yasal düzenlemenin eleştirisi için bkz. Wolmark, **a.g.e.**, s. 94-95.

⁴⁸⁹ Wolmark, **a.g.e.**, s. 91. Karş. Mangematin, **a.g.e.**, s. 1

⁴⁹⁰ Mangematin, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁹¹ Baudet-Caille, “Les sans papiers licenciés ont-ils des droits?”, s.1. Emeklilik nedeniyle, mücbir sebeple ve deneme süresindeki sona erdirmeler haricinde iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiği tüm hallerin iş kodunda tanımlandığı şekliyle işten çıkarma teşkil ettiğine, iznin yenilenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde ise işçinin işten çıkarmaya bağlı tazminatları isteyebileceği ancak Fransız topraklarında çalışması mümkün olmadığı için ihbar tazminatı talep edemeyeceğine dair bkz. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 14.10.1997, 94-42.604, Recueil Dalloz 1998, s. 338. Bu kararda, işçinin iznin yenilenmemesi veya iptali değil sadece süresinin bitmesinin söz konusu olduğu, burada sözleşmeyi sona erdiren bir zorunlu neden bulunmadığı, izin süresi bittikten sonra işçinin bir ay daha çalıştırıldığı ve bu bir ay geçtikten ve artık işveren için yasa dışı çalışır hale geldikten sonra işveren tarafından yapılan bir bildirim ile sözleşmenin sona erdiği, bu durumda ise ihbar tazminatı ile fesih usulüne bağlı tüm hükümlerin uygulanması gerektiği, geçersizliğe dayanılamayacağına dair bkz. Jean Savatier, “Licenciement/Travailleur étrangers/ Carte non renouvelée”, **İnceleme, Droit Sociale**, Dalloz, 1997, s. 1101. Ayrıca bkz. Mangematin, **a.g.e.**, s. 6-7.

⁴⁹² Wolmark, **a.g.e.**, s. 92.

sözleşmesi, çalışma izninin bulunmaması sebebinden başka bir sebeple feshedilirse (ağır kusuru vb.) ve bu sebebin varlığı ispatlanamazsa, buna tekabül eden yasa hükümleri uygulanacaktır. Ancak işçinin işverene sahte belge sunması veya yanıltıcı bilgi vermesi durumunda, işçinin ağır kusurunun varlığı söz konusu olur ve işçi sözleşmenin sona ermesine bağlı yasal haklarını kaybeder⁴⁹³.

Fransız Yargıtayı, bir kararında, çalışma izni olmadan 2006 yılı Nisan ayında işe alınan ve daha sonra 2007 yılı Şubatında yetkili makamlarca çalışma izni olmadığı işverene bildirilen yabancı işçinin başvurusu ile ilgili olarak, iş kodundaki yabancı işçinin çalışma izni olmadan çalıştırılmayacağına dair kamu düzenine ilişkin düzenlemelerin, işverene işe almadan önce işçinin gerekli yasal izinlere sahip olup olmadığını doğrulama ödevi yüklediğini, işverenin bu sebeple irade sakatlığına ilişkin hükümlerden yararlanamayacağını kabul ederek, yabancı işçinin iş sözleşmesinin yapıldığı sırada yasal statüsüne ve çalışma iznine ilişkin işverene yanlış bilgi vererek iş sözleşmesi yapmaya sevk ettiği, sözleşmenin bu sebeple geçersiz olduğuna dair istinaf mahkemesi kararını ortadan kaldırmıştır⁴⁹⁴. Ancak başka bir kararında, 2001-2007 yılları arasında otelde komi olarak çalışan ve 2007 yılında çalışma iznine ilişkin işverene gerçeğe aykırı belge sunduğu için işten çıkarılan yabancı işçinin başvurusunu ise, işverenin yasadışı çalışmada ve işçinin izin durumunu doğrulamada bir kusuru bulunmadığını ve L. 8251-1 düzenlemesini ihlal etme kastı olmadığını, kanunun yasakladığı sonuca yol açanın aldatıcı davranışı ile yabancı işçinin kendisi olduğunu tespit ederek, bu sebeple götürü tazminatla iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı diğer haklardan yararlanamayacağına hükmetmiştir⁴⁹⁵. Belirtilmelidir ki Fransız Yargıtayı, yasadışı çalıştırılan yabancı işçilerle ilgili çok farklı ve tartışmalı kararlara imza atabilmektedir. 13.04.2001’de işe girerken işverene yazılı sığınma talebini ve eşinin Fransa’daki sosyal güvenlik kartını ibraz eden, ancak 29.05.2002 tarihinde hastalık sebebiyle istirahatleyken işveren tarafından gerekli çalışma izinlerini ibraz edemediği gerekçesiyle işten çıkarılan Cezayir vatandaşının, yasa dışı çalışma nedeniyle öngörülen yasal tazminatlara ek olarak, işverenin işçinin durumunu baştan bildiği halde çalıştırdığı, işten çıkarma prosedürüne uymadığı ve kötüniyetli fesihle

⁴⁹³ Mangematin, a.g.e., s. 4; Wolmark, a.g.e., s. 93.

⁴⁹⁴ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 25.09.2012, 11-19.712, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026441998&fastReqId=1128571951&fastPos=1>

⁴⁹⁵ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 18.02.2014, 12-19.214, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028642376>

bulunduğu gerekçesiyle ek tazminat talebini, işten çıkarma prosedürüne ilişkin yasal düzenlemelerin yasadışı çalıştırılan ve bu durumu sebebiyle işten çıkarılan yabancı işçilere ilişkin L. 8252-2’de yollama yapılan düzenlemelerden olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁹⁶. 13.02.2013 tarihli bir kararda ise, 02.07.2007’de güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmaya başlanan ve 2009 yılında izinsiz çalışıyor olması gerekçe gösterilerek işten çıkarılan yabancı işçinin ihbar tazminatına ilişkin talebini, izinsiz çalışan işçinin ihbar önelinde iş görme edimini Fransa sınırları dâhilinde yerine getirmesinin hukuken imkânsız olduğu gerekçesiyle reddeden istinaf mahkemesi kararı, ihbar önelinde çalışılması mümkün olmasa bile L. 8252-2 maddesinde buna ilişkin tazminata açıkça yollama yapıldığı için bozulmuştur⁴⁹⁷. Fransız Yargıtayına göre, işçinin gerekli izinler olmadan çalışması olgusu, tek başına fesih için işçiye izafe edilebilecek bir kusur teşkil etmez. Ancak işçinin düzensiz durumunda ayrıca ağır kusuru bulunduğunu savunan işveren, fesih bildiriminde buna açıkça yer vermelidir. Bununla birlikte izinsiz çalışma, kendi başına iş sözleşmesinin sona erdirilmesini haklı kılan objektif bir neden teşkil eder. Bu sebeple işten çıkarılan işçi, işçinin davranışlarından veya çalışma şekline kaynaklanan fesihlerde olduğu gibi savunmasının alınmadığını, fesih için neden gösterilmediğini, fesih usulüne uyulmadığını, ciddi ve gerçek bir neden olmaksızın sözleşmenin sona erdirildiğini ileri süremez ve buna bağlı tazminatları talep edemez, ancak sözleşmenin sona ermesine bağlı haklardan da mahrum bırakılamaz⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 13.11.2008, 07-40.689, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019772492>. Bu kararın eleştirisi için bkz. Jean Savatier, “Licenciement d’un étranger en situation irrégulière”, *İnceleme, Droit Sociale*, Dalloz 2009, s. 495 vd.

⁴⁹⁷ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 13.02.2013, 11-23.920, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027073150>. Bu hususta bkz. Jean Siro, “Mensonge du salarié sur son identité et sa situation sur le territoire: absence de faute lourde”, *Dalloz actualité*, 22 mars 2013, erişim tarihi 13.05.2020; Nathalie Ferré, “Une question d’accès au droit et à la Justice : le droit d’un travailleur sans papiers à bénéficier d’une indemnité de licenciement et d’un préavis”, *Revue de droit du travail*, Dalloz 2011, s. 2.

⁴⁹⁸ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 01.10.2014, 13-17.745, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029542687>, ayrıca bkz. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 04.07.2012, 11-18.840, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026157235>. Bu kararda, işçinin ağır kusurunu (yani işçinin izin durumu konusunda kendisine gerçeğe aykırı bilgi vermesini) ileri süren işverenin feshe ilişkin disiplin prosedürüne uygun davranması gerektiği, yani işçinin kusuruna dayalı bir fesihle savunma alınması vb. gibi fesih usulüne uygun davranılması gerektiği belirtilmektedir. Karar incelemesi için bkz. Laurent Perrin, “Travailleur en situation irrégulière: licenciement pour faute et application de la procédure disciplinaire”, *Dalloz actualité*, 5 septembre 2012, erişim tarihi 13.05.2020. Ayrıca bkz. Bailly, s. 221 vd. İşverence dayanan fesih sebebi izinsiz çalıştırılan işçinin “ağır kusuru” ise, bu ispatlanmadığı takdirde feshin usulsüzlüğünden kaynaklanan tazminatlara da mahkûm edilmemesi ihtimaline ilişkin bkz. Mangematin, a.g.e., s. 5. Kararın, işverene dayandığı fesih sebebine göre sözleşmenin sona ermesinde bir şekilde uymama imkânı sağladığı, izinsiz

İzinsiz çalıştırılan yabancı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinde yasal prosedüre (savunma alınması vb.) uyulmaması halinde buna ilişkin normalde Fransız vatandaşı ya da izinli çalışan bir yabancı işçinin sahip olduğu hakların tanınmamasına, yaptırımların uygulanmaması ve L. 8252-1 ve 8252-2 düzenlemelerinin dar yorumuna, Fransız Yargıtayının kararları içinde rastlanmaktadır. Gerek bu yargı uygulamaları gerekse fesih usulü konusunda boşluklar içeren yasa maddeleri, mevzuattaki feshe ilişkin emredici düzenlemelere aykırı “sui generis” bir işten çıkarma usulü ortaya çıkardığı, işverenin fesih işlemi, fesih süreci ve işverenin eylemleri üzerindeki yargı denetimini yok ettiği, bizzat kendisi işçiyi izinsiz çalıştırmasına ve hukuka aykırı bir fiille fayda sağlamasına rağmen, sırf bu sebeple her nasılsa birden bire işçinin izinsiz çalıştığını “keşfeden” ve işçiyi işten çıkaran işverene kötü niyetli olduğu halde kendisi için daha az maliyetli fesih sebebini seçme hakkı tanıdığı, yasadaki maktu tazminatın asgari bir güvence için getirildiği ve diğer tazminatlara hükmedilmesine engel olmadığı, izinsiz çalışmaya ilişkin mevcut düzenlemenin fesih prosedürüne ve işverenin fesih gerekçesini bildirme zorunluluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanmasıyla çelişmediği ve birlikte uygulanması gerektiği, mevcut uygulama işçiler arasında anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı şekilde bir ayrımcılığa sebep olduğu için ağır şekilde eleştirilmektedir⁴⁹⁹. Bu eleştirilere konu olmuş o denli katı yargısal uygulamalar söz konusudur ki, gebelik sebebiyle kadın işçinin iş sözleşmesinin feshini sınırlandıran hükümlerin izinsiz çalışan yabancı işçiye uygulanmayacağına, zira fesih gerekçesinin hamilelikle ilgisinin olmadığına hükmedilebilmiştir⁵⁰⁰.

çalışma “gerçek” bir sebep olsa da “ciddi bir sebep” teşkil etmesi için öncelikle işverenin tutumunun incelenmesi gerektiği yönünde bir diğer eleştirisi için bkz. Michèle Bonnechère, “Travailleur en situation irrégulière – Rupture du contrat de travail – Irrégularité constituant une cause objective – Exclusion de principe des dispositions relatives au licenciement – Exception – Employeur se plaçant sur un terrain disciplinaire, COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 juillet 2012 D. contre Société Place Net”, (İnceleme), Le Droit Ouvrier, Novembre 2012, S. 772, s. 738-739: “De la cause «objective» à la cause réelle et sérieuse, la distance n’est pourtant pas si grande. L’on peut penser en effet que, si la Chambre sociale affirmait l’exigence d’une cause réelle et sérieuse, celle-ci serait constatée dans un grand nombre de cas. La situation illégale de l’étranger est une cause «réelle». Mais comment parler de cause «sérieuse», indépendamment d’une analyse du comportement de l’employeur, qui a souvent profité de la situation pendant des mois, voire des années, et qui a l’obligation, depuis 2007, de vérifier auprès des autorités préfectorales l’authenticité des cartes de séjour?”, <https://ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/201211jurisibonnechere.pdf>.

⁴⁹⁹ Savatier, “Licenciement d’un étranger en situation irrégulière”, s. 495 vd.; Bonnechère, a.g.e., s. 737 vd.; Baudet-Caille, “Les sans papiers licenciés ont-ils des droits?”, s. 2-3; Mangematin, a.g.e., s. 1 ve s. 5. vd; Wolmark, a.g.e., s. 93 vd.; Ferré, “le droit d’un travailleur sans papiers à bénéficier d’une indemnité de licenciement et d’un préavis”, s. 3-4;

⁵⁰⁰ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 15.03.2017, 15-27.928, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034215480&fastReqId=98368864&fastPos=1>. Karar incelemesi ve eleştirisi için bkz. Jean Mouly, “Non-

Son olarak eklemek gerekir ki, Fransız hukukunda, yabancı işçinin çalışma izninin yenilenmemesinin, işveren açısından kaçınılamaz/öngörülemez, zorlayıcı neden niteliğinde bir durum değil, bizzat bu işçiyi işe almasıyla üstlendiği bir risk olduğu belirtilmektedir⁵⁰¹.

Alman ve Hollanda hukuklarında yabancı işçinin izinsiz çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeleri konu alan bir incelemede⁵⁰², Alman hukukunun, yabancı işçinin izinsiz çalıştırılmasında iş sözleşmesini kesin hükümsüz kabul etmediği, çalışma izninin verilip verilmeyeceği kesinlik kazanana kadar sözleşmeyi askıda kabul ettiği aktarılmaktadır. Zira çalışma izninin verilip verilmeyeceği en başta belli değildir. İzin alınmaması iş sözleşmesinin kurulmasına engel değildir. Sonradan izin alınması ile sözleşme başta itibaren geçerli hale gelir. Çalışma izin süresinin uzatılmasında da sözleşme, izin süresi uzatılana kadar askıdadır. Alman hukukunda, yabancı işçinin izinsiz çalıştırılması veya sonradan çalışmasının yasaklı hale gelmesi yahut çalışma izni verilmemesi, iş sözleşmesinin kendiliğinden geçersiz kılmaz. Sözleşme işçinin şahsından kaynaklanan ve çalışmasını engelleyen bir durumun oluşması sonucunda “feshedilebilir” hale gelir. İşverenin işçiyi izinsiz çalıştırmasında ise hukuki açıdan imkânsız ancak fiilen yerine getirilmiş bir iş edimi bulunması sebebiyle, işçi hak ettiği ücreti talep edebilir, çalıştığı süre ihbar öneline ve yıllık ücretli izne esas çalışma süresi olarak kabul edilir. Aksi durumda, işçinin sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilmesi demek, işverenin yabancı işçiyi kaçak çalıştırmaya teşvik edilmesi demektir⁵⁰³. Çalışma izninin verilmesi idari bir işlem iken iş sözleşmesinin kurulması tarafların iradelerine bağlı bir özel hukuk işlemidir. İstisnai bir durum olarak çalışma izninin uzatılmayacağı sözleşmenin kurulması sırasında kesinlikle ve açık olarak biliniyor ise, sözleşme belirli süreli olarak yapılabilir⁵⁰⁴. Hollanda hukuku da benzer bir şekilde izinsiz yabancı işçi çalıştırılmasını, tek başına iş sözleşmesini geçersiz kılan bir sebep olarak değerlendirmemekte, iş sözleşmesinin izinsiz çalışma sebebiyle sona ermesi hali, feshe ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde

renouvellement d'un titre de travail: droit des étrangers versus protection des salariées enceintes”, *İnceleme, Droit Sociale*, Dalloz 2017, s. 566 vd.

⁵⁰¹ Mangematin, a.g.e., s. 6; Wolmark, a.g.e., s. 96. Ayrıca bkz. Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 547: “*Ce fait du prince peut se réaliser dans la personne du salarié mais l'incarcération du salarié ne constitue pas un cas de force majeure., pas plus que le non-renouvellement d'une carte de séjour et de travail à un travailleur étranger*”.

⁵⁰² Hediye Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 67-68; aynı yazar, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, **LİSGHD**, Yıl 2007, S. 16, s. 1384-1385.

⁵⁰³ Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 70.

⁵⁰⁴ Ergin, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, s. 1381.

değerlendirilmektedir. Hatta bu alanda, izinsiz çalıştırılan yabancı işçinin o iş kolunda adet olan ücret karşılığında 6 ay süreyle çalıştırıldığı karine olarak kabul edilmekte, aksini ispat yükü işverene yüklenmektedir⁵⁰⁵.

2.1.2.2.2. Türk Hukuku

2.1.2.2.2.1. Genel Olarak

Borçlar hukukunda genel kural olarak yer alan hükümsüzlüğün baştan itibaren etkili olması, iş sözleşmesine olduğu gibi uygulanması halinde, iş sözleşmesinin de baştan itibaren geçersiz sayılması sonucunu doğuracağı için, iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına ve iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi oluşturma özelliğine tezat teşkil eder⁵⁰⁶. İş sözleşmesinin hükümsüzlüğü ile ilgili olarak TBK m. 394/f. 3 özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılana kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hükümlerini doğuracaktır. Bu düzenleme lafzına göre yorumlanacak olursa, geçersizliğin bu şekilde ileriye etkili olması için “geçersizliğin sonradan anlaşılması”, yani sözleşme yapılırken geçersizlik nedeninin bilinmemesi gerekir. Bu durumda sözleşmenin geçersizlik nedenini bilen işçinin iyiniyeti ve dolayısıyla bu hükümden yararlanması söz konusu olmayacaktır. Şayet işveren de bu geçersizliği biliyorsa geçersizliği ileri süremeyecek ve geçerli bir iş sözleşmesinin sonuçlarından sorumlu olacaktır⁵⁰⁷.

Düzenlemenin lafzını dikkate alan, işçinin iyiniyetini veya geçersizliğe ilişkin bilgisizliğini esas alan bir yorum benimsendiği takdirde, mevzuatta belli bir işte çalıştırma yasağı ile korunan kadınlar ve çocuklar bu yasağı önceden biliyorlar ise, sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacak, bu kanun hükmünden yararlanmaları mümkün olmayacak, çalıştıkları süreye ilişkin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarından mahrum kalacaklardır⁵⁰⁸. Çalışma izinleri bakımından söz konusu düzenleme değerlendirilecek olursa, yabancı işçi çalışma izni olmadan çalışmasının yasak olduğunu zaten bilmekte olduğu yahut bilmesi gerektiğinden onun da bu hükümden yararlanması mümkün olmayacaktır.

⁵⁰⁵ Hollanda ve Belçika hukuklarındaki düzenlemeler için bkz. Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 70 vd. Belçika hukukunda yabancı işçinin izinsiz çalıştırılmasının bütün hukuki, cezai ve idari yaptırımları kaçak işçi çalıştıran işverenin üzerinde, Ergin, **a.g.e.**, s. 72.

⁵⁰⁶ Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, s. 242 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 346 vd.; Yürekli, **a.g.e.**, s. 93-94.

⁵⁰⁷ Bkz. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 479-480; Yürekli, **a.g.e.**, s. 95-96.

⁵⁰⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s. 347.

Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin geçersizliği konusunda, işçinin iş görmesini kabul eden işveren açısından, taraflar arasında “fiili iş ilişkisi” kurulduğunun kabulü gerektiği ileri sürülebilir⁵⁰⁹. Ancak hukuk yazınında çoğunlukla benimsenen fikir, ister kesin hükümsüzlük ister başka şekilde ortaya çıksın sürekli borç ilişkilerinin geçersizliğinin geriye etkili olup olmayacağı sorununun çözümünde “fiili borç ilişkileri” kavramına başvurulmasına gerek olmadığı, sorunun, ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmelerde geçersizliğin ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi ile çözülebileceği⁵¹⁰, böyle bir durumda dürüstlük kuralının gereklerine göre sadece genel kurala bir istisna getirilerek hükümsüzlüğün ya da iptalin sonuçlarının ileriye etkili olması gerektiği yönündedir⁵¹¹. Başka deyişle klasik hükümsüzlük, iş sözleşmelerine “amaca uygun sınırlama” yoluyla revize edilerek uygulanmalıdır⁵¹².

Kanunun lafzına karşıt olarak, doktrinde, lafzi bir yorumun iş sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediği, geçersizliğin baştan itibaren etkili olması sebebiyle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmede tarafların yerine getirdikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) göre iade etmelerinin, yani buna göre işçinin ediminin iadesi ve emeğinin değerinin belirlenmesi gerekeceğinden çözülmesi imkânsız bir tasfiye sistemi yaratacağı, işçi ve işveren arasında koruma ve gözetme borçlarının ve sadakat yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin mümkün olmadığı, TBK m. 394/f. 3’ün dayanağı olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 320. maddesi hükmünün işçinin iyiniyetini geçersizliği baştan bilip bilmemeye ilişkin sübjektif iyiniyet olarak değil salt iş görme borcunun iyi niyetle ifa

⁵⁰⁹ Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 38-39; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 41-42. Fiili sözleşme ilişkisi kavramına ilişkin bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 68-69.

⁵¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 78. Fiili sözleşme görüşünün eleştirisi için ayrıca bkz. Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 79-80; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 43 vd. Fiili sözleşme ilişkisi teorisine yakın bir görüş ise, işçinin mağdur edilmemesi amacıyla kanun koyucunun TBK m. 394/f. 3 ile fiili sözleşme ilişkisine bir sonuç bağladığını belirtmektedir, bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 538. Doğrudan bu çalışmanın konusu olmasa da, “fiili sözleşme ilişkisi” teorisinin Nazi Almanyası döneminde ortaya atıldığına, bu rejimin korporatist politikalarının bir yansıması olarak tarafların irade beyanları ile sözleşmenin kurulmasını reddedilmesine ve işçinin işletmeye fiili katılımının esas alınmasına dayandığına dair bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 76-77; Gümüş, **a.g.e.**, s. 93-94. Fiili sözleşme ilişkisi kavramının bağlanma iradesinin olmadığı bir duruma tekabül ettiği, iş sözleşmelerinde ise sadece geçersizlik rejimindeki istisnai bir durumun (geçersizlik ileri sürülene kadar geçerlilik/ileriye etkili geçersizlik) söz konusu olduğu, dolayısıyla iş sözleşmelerinde fiili sözleşme ilişkisi kavramına gerek olmadığına dair bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 66-67.

⁵¹¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 189-190 ve s. 190 dn. 513.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 179. TBK m. 394/f. 3 düzenlemesinin butlanın etkisini iptale indirgediğine dair bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 159.

⁵¹² Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 392 vd.; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 56-57 vd. Çalışma yaşına ilişkin yasaklar bakımından TBK m. 27’nin iş sözleşmelerine doğrudan ya da kıyas yoluyla uygulanabilir nitelikte olmadığına, küçük işçinin emeğinin korunması yönünden de sakıncalı bulunduğuna dair bkz. Özkaraca/Ünal, “Geçersizlik Sorunu”, s. 383.

edilmiş olması olarak yorumlandığı, bu nedenlerle sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinin geçersizliğinin sözleşmenin niteliği gereği, yargı organlarını bağlayıcı nitelikteki YİBGK'nun 18.06.1958 ve 27.06.1955 tarihli kararlarında belirtildiği gibi⁵¹³, taraflar geçersizlik nedenini bilsin veya bilmesin bu durumun ileri sürüldüğü andan itibaren ileriye etkili kabul edilmesi gerektiği, kanundaki “geçersizliğin sonradan anlaşılması” ifadesinin kaldırılması gerektiği savunulmaktadır⁵¹⁴.

Yasaklayıcı norma aykırılığın yaptırımı belirlenirken, normun koruma amacı, korunması öngörülen kişiler, norma aykırılık dolayısıyla uygulanması söz konusu idari ve cezai yaptırımlar, ihlalin ağırlık derecesi, taraflardan birinin hukuka aykırılığı öngörebilmesi ya da öngörmek zorunda olması, sözleşmeden makul beklentilerle sözleşmenin ifasının normu ihlal edip etmediği gibi hususlar dikkate alınacaktır⁵¹⁵. Kaldı ki yasaklayıcı norma her aykırılığın sözleşmeyi hükümsüz kılmayacağı, normun yasaklayıcı niteliği belirginse her bir tekil durumda bu yasaklamanın anlam ve amacının hukuki işlemin geçersizliğini gerektirip gerektirmediğinin araştırılmasına ihtiyaç bulunduğu, TBK m. 27/1 hükmüne rağmen kanunun, emredici hükümlere aykırı bir sözleşmenin geçerliliğini korumasının ve sadece idari ve cezai yaptırımlar

⁵¹³ YİBGK, E. 1957/20 K. 1958/9 T. 18.06.1958, www.kazanci.com; E. 1955/22 K. 1955/2 T. 09.03.1955, RG 9039/27.06.1955, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9039.pdf>.

⁵¹⁴ Özkaraca/Ünal, “Geçersizlik Sorunu”, s. 386 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 349-350; Süzek, “Geçersizlik”, s. 136-137; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 87-88; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 247; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 283, dn. 556; Başak Güneş/Bariş Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2011, S. 30, s. 236-237 vd.; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 364 vd.; Nurşen Caniklioğlu, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, 20-21 Eylül 2011 İstanbul, TİSK Yayını, Yayın No: 318, Ankara, 2012, s. 81-82 vd.; Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, s. 114; Yürekli, **a.g.e.**, s. 94. Başka bir yazar da benzer eleştiriler getirmekle birlikte İsviçre Borçlar Kanunu’nun da bu açıdan yeterli bir referans olamayacağı yönünde görüş belirtmektedir, bkz. M. Polat Soyer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” (TBK Tasarısı üzerine Düşünceler), **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal, İstanbul 2008, s. 151-152. Yazara göre “İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak ve kanaatimce isabetli bir biçimde tasarı, sözleşmenin ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmasını, işçinin iyi niyetli olması; yani geçersizliği bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması şartına bağlamış değildir. Gerçekten, bu konuda iyiniyet şartını aramak, işçinin geçersizlik itirazına kadar herhangi bir talepte bulunamamasına yol açabilecektir. Örneğin çalıştırıldığı işte istihdam edilmesinin yasak olduğunu bilen bir işçi bakımından durum budur. Fakat böyle bir sonucu koruma prensibi ile bağdaştırmak hiç şüphesiz ki mümkün değildir. Çünkü işçinin bu tür bir işi çoğu kez zaruretler nedeniyle kabul ettiği açıktır. Böyle olunca, maddede geçersizliğin ‘sonradan anlaşılması’ndan bahsedilmesi de isabetli görünmemektedir.”, ayrıca bkz. s. 152 dn. 7. Karş. Özkaraca/Ünal, “Geçersizlik Sorunu”, s. 390-391. Farklı bir değerlendirme için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 190 dn. 511: “(...) Bizdeki düzenlemeye göre, geçersizliğin anlaşılma zamanından ne anlaşılacağı belirsiz olduğu gibi; işçinin iyiniyetli olması aranmadığından, işvereni aldatarak geçersiz sözleşme yaptıran işçinin de iptalden sonra bile hizmet sözleşmesi hükümlerine göre haklar kazanmış olması sonucu doğabilecektir”.

⁵¹⁵ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 280.

öngörmesinin mümkün olduğu da kabul edilmelidir⁵¹⁶. Yasaklayıcı bir hükmün sadece idari ve cezai yaptırımların uygulanması sonucunu doğurmaktan mı ibaret olduğu yoksa aynı zamanda iş sözleşmesinin geçersizliğine mi yol açacağı hükmün amacına göre belirlenecektir. Başka bir deyişle, yasaklayıcı hükmün koruduğu yararın buna ters düşen işlemin, yani iş sözleşmesinin geçersizliği ile sağlanması zorunlu olmalıdır. Bu zorunluluk tespit edilirken yasaklayıcı hükmün sözleşmenin içeriğine ilişkin olup olmadığına bakılır: kural olarak, şayet hüküm sözleşmenin içeriğine ilişkin bir hüküm ise, geçersizlik yaptırımı söz konusu olacaktır. Şayet hükmün getirdiği yasaklama, iş sözleşmesinin içeriği ile ilgili değilse, sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık bulunmadığından, bu defa hükmün anlam ve amacı irdelenerek geçersizlikle malul olup olmadığı tespit edilecektir⁵¹⁷.

Tüm bunların sonucu olarak, TBK m. 394/f. 3'ün iş yasalarına göre genel hüküm niteliğinde olduğu, geçersizliğin ileriye dönük etkisini bu durumun işçi tarafından bilinmemesine bağlayan bu hükmün iş hukukunun özel karakterine ve koruma amacına uygun olarak uyarlanması gerektiği belirtilmektedir⁵¹⁸. İşçi, geçersizlik nedenini bilmesine rağmen, iş bulma güçlüğü veya başka zorunluluklar sebebiyle sözleşme ilişkisine girmiş olabilir⁵¹⁹. Hükmün lafzına göre yorumlanarak olduğu gibi uygulanması, işçiyi korumak için getirilmiş (örneğin yaş ve cinsiyete ilişkin) çalıştırma yasaklarının bu yasaklarca korunan işçi aleyhine sonuç yaratmasına yol açacaktır. Oysa Yargıtay içtihatları ve doktrinde benimsenen işçinin geçmişe dönük emeğinin ve kıdeminin korunması gereği, iş sözleşmesinin geçersizliğinin geriye etkili olmamasını, işçinin emeği karşılığı hak ettiği iş ve sosyal güvenlik hukukuna doğan haklarından yoksun bırakılmamasını gerektirir. Bu sebeple işçinin geçersizlik nedenini bilip bilmemesine göre bir ayırım yapılmaksızın, işçinin iş görme edimini iyiniyetle yerine getirmesi sebebiyle iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olduğunun kabulü gerekmektedir.⁵²⁰ Ancak bu görüş dâhi, işçi ve işveren

⁵¹⁶ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 282.

⁵¹⁷ Süzek, "Geçersizlik", s. 132-133.

⁵¹⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s. 349 vd.; Kübra Doğan Yenisey, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (Değerlendirme), **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) 2014 Yılı Toplantısı**, MESS Yayını No: 669, İstanbul Ekim 2015, s. 12.

⁵¹⁹ Süzek, "Geçersizlik", s. 139; Soyer, "TBK Tasarısı Üzerine Düşünceler", s. 151 vd.

⁵²⁰ Süzek, **İş Hukuku**, s. 349-350; Doğan Yenisey, "Değerlendirme", s. 13-14; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 366. Buradaki "iyiniyetle ifa etme", İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrindeki kavrayışına dayanmaktadır. Bu hususta yukarıdaki İsviçre hukukuna ilişkin açıklamalara ek olarak bkz. Özkaraca/Ünal, "Geçersizlik Sorunu", s. 392 vd.

arasında kurulan iş ilişkisine sonuç bağlanmasının hukuk düzenince hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği, yürürlükteki hukuk düzeninin ilkelerine, kamu düzenine, ahlâka ağır bir biçimde aykırı (örneğin konusu fuhuş, kaçakçılık vb. olan) sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz olacağını kabul etmektedir⁵²¹.

2.1.2.2.2.2. Doktrindeki Muhtelif Görüşler

Doktrinde bir görüş, izinsiz çalışan yabancı işçinin fiili çalışmasının, hukuken korunan fiili bir iş ilişkisi tesis edemeyeceği, ulusal çıkarı korumak için getirilmiş bir yasak söz konusu olduğu için iş sözleşmesinin baştan itibaren batıl olduğu ve işçinin ancak sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine göre hak talebinde bulunabileceğini savunmaktadır⁵²². Bir diğer görüş, çalışma izni olmayan veya çalışma izninden muaf olmayan yabancı işçinin iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmadığını, bu sebeple sözleşmenin geçersiz olduğunu ancak bu geçersizliğin ileriye etkili olduğunu savunmaktadır⁵²³. Bu görüş, işverenin kadın veya çocuklarla yabancı uyrukluların çalıştırılmasına ilişkin sınırlamaların işveren açısından cezai ve idari yaptırıma bağlanmış birer “yasaklayıcı” hüküm niteliğinde olsa bile işçi açısından ehliyetle ilişkin kurallar olduğunu ve sözleşmenin geçersizliğine götüreceği esastan hareket etmektedir⁵²⁴.

Süzek’e göre, yabancı işçinin çalışma izni alınmaksızın çalıştırılmasında, aslında sadece idari yaptırım öngören ve sözleşmenin içeriğine ilişkin bir yasaklama içermeyen yasaklayıcı hükümlere aykırılık söz konusu olduğu için, sözleşmenin konusu bakımından bir hukuka aykırılık olmasa da, çalışma iznine ilişkin hükümlerin koruduğu yarara, yani, bu iznin ülke menfaatleri, iş piyasasının durumu, işsizlik, istihdama ilişkin ekonomik ve sektörel gelişmeler dikkate alınarak verilmesi söz konusu olduğu dikkate alındığında, “kamu yararı”na aykırılık söz konusu olduğu için, izinsiz çalıştırılan yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁵²⁵.

Kocayusufpaşaoğlu, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına atıfla, yasaklayıcı hükümlerin, taraflardan birinin veya her ikisinin belirli bir sözleşmeye taraf olmasını

⁵²¹ Süzek, **İş Hukuku**, s. 350; Süzek, “Geçersizlik”, s. 140. Aynı yönde bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 366.

⁵²² Bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 84 ve s. 98; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 100.

⁵²³ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, **İş Hukuku**, s. 508-509 ve ayrıca s. 568 vd.

⁵²⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 491 vd.

⁵²⁵ Süzek, “Geçersizlik”, s. 133; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 84.

yasakladığı hallerde, geçersizlik yaptırımının doğrudan uygulanamayacağını, hükmün amacının ve anlamının araştırılması gerektiğini savunmaktadır. Çalışma izni olmaksızın, kaçak işçi olarak çalıştırılan bir işçinin iş sözleşmesinin içeriğinde hukuka aykırı bir unsur yoktur. Hukuka aykırılık, yasağa rağmen yabancı işçinin bu sözleşmeye taraf olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda sözleşmenin geçersizliğinin kabul edilmesi, sadece işverenin bu durumdan (yani kaçak işçi çalıştırmadan) fayda sağlamasına, iş sözleşmesine ilişkin zayıf tarafının korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerden işçinin yararlanamamasına ve bu hükümlerin amacına aykırılığa, bu sebeple de çalışma izni olmayan yabancılara yönelik kanun hükümlerinin amacına aykırılığa yol açacağından (idari yaptırım saklı kalmak kaydıyla) iş sözleşmesinin geçerliliği kabul edilmelidir. Ancak gerçekten daha ağır basan bir kamu yararı söz konusu ise, ki uzmanlık gerektiren bir mesleğin ancak gerekli ruhsatla icra edilebildiği haller böyledir, geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır⁵²⁶. Aynı kararlara atıfla, söz konusu durumda sözleşmenin içeriğine ilişkin bir yasaklamanın ihlal edilmediği, sadece taraflardan birinin çalışma iznine ya da sözleşmeye konu etkinlikler için zorunlu izinlere sahip olmadığı durumlarda (izin üçüncü kişileri korumayı da hedeflediği durumlar istisna olmak üzere) bu durumun tek başına sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı yönünde görüşler de mevcuttur⁵²⁷. Yabancılar için çalışma izni edinilmesine ilişkin düzenlemeler halihazırda zaten düzen hükmü niteliğindedir, cezai ve idari yaptırımlarla sınırlıdır⁵²⁸.

Doğan Yenisey, dar anlamda emredici hükümlere aykırılığın ilke olarak geçersizlikle sonuçlanacağını, tam kanun niteliğindeki yasaklayıcı hükümlere aykırılığın da aynı şekilde geçersizlikle sonuçlanacağını belirtmektedir⁵²⁹. Yabancıların çalışma yasaklarına ilişkin düzenlemelerin ise kişilerin hukuki işlem yapabilme şartlarını düzenleyen dar anlamda emredici nitelikte ehliyeteye ilişkin kurallar olarak kabul edilemeyeceğini, yasaklayıcı normlar olduklarını savunmaktadır⁵³⁰. Buradan hareketle bir ayırım yaparak, yabancıların istihdamının yasak olduğu işlerde kurulan iş ilişkisinin baştan itibaren geçersiz (mutlak butlanla malul) olduğunu ancak

⁵²⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 542-543. İzinsiz işçi çalıştırmayı, işverence işçinin çaresizliğinden yararlanıldığı ve işçi elverişsiz koşullarda çalıştırıldığı için ahlaka aykırı bir davranış olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır, bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 378. Ahlaka aykırı olması bir yana, öncelikle, bu hareketin kendisinin bizzat işçinin şahsına karşı hukuka aykırı bir fiil teşkil ettiği tartışılabilir.

⁵²⁷ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 254.

⁵²⁸ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 257.

⁵²⁹ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 282-283.

⁵³⁰ Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s. 283-284.

izinsiz çalışma halinde sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkili kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: bir ülkenin vatandaşları ancak kendi ülkelerinde izin almadan çalışma hakkına sahiptirler; yasadışı çalışmanın istihdam açısından yaratacağı tehlikeler sebebiyle izinsiz çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesi geçersiz kabul edilmeli ancak bu geçersizlik ileriye etkili olmalıdır. Çalışma izinlerine ilişkin mevzuat, izinsiz çalışan işçinin sözleşme uyarınca talep edebileceği hakları talep edememesi halinde amacına ulaşmış sayılmalıdır⁵³¹. Çalışma izni almak taraflara ait bir yükümlülüktür. Çalışma izninin uzatılıp uzatılmaması sorunu veya iptali durumu ise ayrıca değerlendirilmelidir: bu durumda geçersizlik normun amacını aşan bir yorum olacak, sadece iznin uzatılmaması veya iptali işçi aleyhine geçerli fesih sebebi teşkil edebilecektir⁵³².

Ekonomi, yabancılara ilişkin belirli mesleklerde getirilen çalışma yasaklarının milli menfaatler göz önünde tutularak getirildiğini, bu sebeple bu yasaklara aykırılık teşkil eden hizmet sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılacağını, ne var ki mutlak bir çalışma yasağının bulunmadığı ve yabancı işçi çalıştırılması için izin alınmasının gerekli olduğu hallerde, izin için başvurulup da izin verilmeden çalışmaya başlanması durumunda, ileride izin verilmesi şartıyla yapılan hizmet akdinin geçerli olacağını, izin verildikten bir süre sonra geri alınsa dahi sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır⁵³³.

Bir diğer görüş ise, yabancılara çalışma iznini düzenleyen hükümlere uyulmamasının kamu düzenini ciddi bir şekilde ihlâl etmeyeceği, burada, yabancılara yasaklanan işlerde öngörüldüğü kadar mutlak bir çalışma yasağının olmadığını, buradan hareketle çalışma izni alınmadan bir sözleşme yapılarak bir süre fiilen çalışılmış ise sözleşme feshedilinceye kadar fiili iş ilişkisini fiili sözleşme sayarak işçinin ücret ve diğer işçilik haklarından yararlanmasının sağlanması gerektiğini savunmaktadır⁵³⁴.

Akyiğit, yabancılara ilişkin çalışma yasaklarının, genel sağlık ve ülkenin ekonomik çıkarlarına yönelik olduğu için kamu düzeninden olduğunu

⁵³¹ Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s. 293.

⁵³² Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s. 294.

⁵³³ Bkz. Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku**, s. 161-162.

⁵³⁴ Bkz. Cin, **a.g.e.**, s. 25 ile s. 36. Karş. Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 506-507. Buna karşın Akıntürk de geçersizliğin, özellikle işveren izinsiz çalışmadan fayda sağlamışsa, ileriye etkili olması ve işverence ileri sürülememesi gerektiği görüşündedir, bkz. s. 505 ve s. 507-508.

belirtmektedir⁵³⁵. Akyiğit'e göre, sadece izinsiz çalışan yabancı işçi söz konusu ise ve sözleşmenin ifasına geçilmemiş olması durumunda geçersizlik baştan itibaren etkilidir. Buna karşın sözleşmenin ifasına başlanmışsa geçersizliğin kaynağının hukuk düzeninin temel felsefesiyle uyumsuzluk derecesinde ağır bir hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığına bakılır. Bu ağırlıkta bir aykırılık var ise baştan itibaren geçersizdir. Bu ağırlıkta bir aykırılık yok ise geçersizlik ancak geçersizlik iradesinin açıklandığı andan ileriye dönük olarak etkisini doğurur⁵³⁶.

Eyrenci, 4817 sayılı Kanun dönemindeki bir karar incelemesinde, yabancıların çalışamayacakları mesleklere ilişkin yasal düzenlemelere aykırı olmayan, sadece yabancı işçinin çalışma izni olmaksızın yapılan iş sözleşmesinin geçersizliğini reddetmektedir. Çalışma izni alma yükümlülüğü bir sözleşme yapma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bir yabancı ile çalışma izni alınmadan yapılan iş sözleşmesi çalışma izninin verilip verilmeyeceği kesinleşene kadar geçerliliği askıda olan bir sözleşmedir. Yabancı işçi izin almadan çalışmaya başlamışsa, iznin sonradan alınmasıyla sözleşme baştan itibaren geçerli olacaktır. İznin daha sonra iptali halinde de sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Aynı şekilde çalışma izni alınmadan çalıştırılan yabancının iş sözleşmesinin geçersizliğini kabul etmek yerine iş hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlandırılmaları yabancı işçilerin sömürülmelerini önleyecektir. Çalışma izinlerine ilişkin mevzuat, izinsiz çalışan yabancı işçiye ve bu şekilde işçiye çalıştıran işverene idari para cezaları, sınır dışı edilme, yabancı işçi ile varsa eş ve çocuklarının konaklama giderleri ile ülkelerine gönderilme masraflarını işverenin karşılaması şeklinde yaptırımlar öngörmüştür.

⁵³⁵ Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 11, dn. 58 ve s. 25.

⁵³⁶ Bkz. Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 459. Daha önceki çalışmasında ise yazar, iznin işlevine göre bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, yapılacak işin yasaklı olmasına engel olacak nitelikteki iznin yokluğunun iş sözleşmesini kesin olarak hükümsüz kılacağını, böyle bir işlev yoksa iznin bulunmayışının hizmet akdinin kesin hükümsüzlüğüne yol açmayacağını belirtmektedir. Böyle bir durumda çalışma konusu yasak olmamakla birlikte izin almadan iş sözleşmesi yapan yabancı işçi, yasadışı durumu sonucu iş görme edimini fiilen yerine getiremiyorsa, iş sözleşmesi yine geçerlidir ancak yabancı işçi bu durumda sözleşmenin diğer tarafına karşı ifa edememenin sonuçlarına katlanır. Yine iş sözleşmesi yapılırken yabancılar açısından yapılması yasak olmayan bir işin daha sonra yasaklı hale gelmesi veya verilen bir iznin geri alınması hallerinde de kesin hükümsüzlük söz konusu olmayacaktır, bkz. Akyiğit, **Hükümsüzlük**, s. 27. Ayrıca bkz. Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 72-73; Ergin, "Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi", s. 1390-1391. Yazar bu son incelemede, işçinin çalışma izni almadan çalışmasında şayet işçi izin başvurusu için kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmediyse bu durumun işçinin kendi kusurundan kaynaklanan bir fesih sebebi olduğunu ve işverenin iş sözleşmesini İş K m. 25/II-e bendine göre derhal feshedebileceğini savunmaktadır.

Ancak çalışma izni alınmadan iş sözleşmesi yapılmasını kural olarak (4817 sayılı Kanun açısından) yasaklamamaktadır⁵³⁷.

2.1.2.2.2.3. Yargıtay Uygulaması

Öncelikle belirtmek gerekir ki 1955 ve 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararlarında, YİBGK, yaş sınırlaması nedeniyle çalıştırılma yasağı olan yahut ayırım gücünden yoksunluk sebebiyle iş sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelen işçilerin iş sözleşmesi ile ilgili olarak, hükümsüzlükle korunmak istenen menfaate ve güdülen amaca aykırı olarak hükümsüzlüğün geçmişe etkili olmasını veya bu durumu bilerek çalışmadan istifade eden işverence ileri sürülmesini korumamıştır. Hatta içtihadı birleştirme genel kurulu, işçinin bu durumunu işverenden gizlemesinin dahi sonucu değiştirmeyeceğini belirtmektedir⁵³⁸. Ne var ki bu kararların, Türk hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı bir şekilde yasak işlerde çalıştırılan yabancı işçi lehine bir sonuç doğurmayacağı savunulmaktadır⁵³⁹.

Yargıtay'ın çalışma izninin niteliğine ve iş sözleşmesine etkisine dolaylı olarak temas eden ve farklı yaklaşımlar sergileyen kararları bulunmaktadır.

Çalışma izninin iş sözleşmesinin sona ermesine etkisinde tekrar değinilecek olan bir kararda⁵⁴⁰, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, çalışma ve ikamet izni olan, ancak bu izinlerin yenilenmesi için kendi ülkesinden aldığı diploma için bir denklik belgesi alması gerektiği halde almayan, işverenin bu konuda verdiği süreye de uymayan ve bu sebeple iş sözleşmesi feshedilen Azerbaycan uyruklu mühendisin ihbar tazminatına hak kazanamasa bile kıdem tazminatına hak kazanabileceğine hükmetmiştir. Bu kararda çalışma izninin verilmemesi yahut uzatılması için gerekli belgelerin temin

⁵³⁷ Öner Eyrenci, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi**, Kamu-İş Yayını, Ankara 2014, s. 8.

⁵³⁸ YİBGK, E. 1957/20 K. 1958/9 T. 18.06.1958: “(...) İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velev ki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salahiyetlerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve İşçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına (...)” www.kazanci.com. Ayrıca bkz. YİBGK, E. 1955/22 K. 1955/2 T. 09.03.1955, RG 9039/27.06.1955, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9039.pdf>.

⁵³⁹ Cin, **a.g.e.**, s. 25 dn. 29: “(...) Bu karardan yabancılar lehine bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Çünkü, yabancıların çalışmasına ilişkin yasaklar ile Türk kamu düzeni ve yerli işçiler korunmakta, fiilen çalışmış olan yabancıların işçi sayılmaması kanunun amacına aykırı değildir; aksine onu destekler niteliktedir”.

⁵⁴⁰ Y. 9. HD, E. 2001/15931 K. 2002/348 T. 17.01.2002, www.kazanci.com.

edilememesi (mülga 1475 sayılı Kanunun 17/III maddesi, 4857 sayılı Kanunun 25/III maddesi uyarınca uyarınca) “zorlayıcı sebep” olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin E. 2004/24583 K. 2005/20488 sayılı 07.06.2005 tarihli başka bir kararında, üniversitede öğretim elemanı olarak görev yapan çalışanın o dönemde yürürlükteki 4817 sayılı Kanun çerçevesinde gerekli izinlerinin olup olmadığının belirlenmesi gerektiği, yabancı işçiye verilecek ikamet izninin süresinin iş sözleşmesinin süresine göre kanunun 5. maddesi gereği en fazla 1 yıl olduğu, 6. maddede ise bazı koşullar altında süresiz çalışma izni verilebilmesinin öngörüldüğü, bu düzenlemeler dikkate alınarak işçi yönünden çalışma izinlerinin nasıl alındığının tespit edilmesi gerektiği, izinlerin birer yıllık alınması ve sözleşmenin de aynı şekilde birer yıllık yapılması halinde bu şekilde birden fazla sözleşmeyle çalışılmasının, sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesine çevirmeyeceği, dolayısıyla ihbar tazminatına hak kazanılamayacağı, iznin süresiz olması ya da izinsiz çalışılması halinde ise iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiği, bu durumda işçinin ihbar tazminatına hak kazanabileceği belirtilmektedir⁵⁴¹.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, fiilen izinsiz çalışmış yabancı öğretim elemanının sözleşmesinin geçerliliğini sorgulamamaktadır, sözleşmeyi geçerli kabul etmektedir. Yabancı işçinin çalışma izninin iş sözleşmesinin türüne etkisi bağlamında bu karara aşağıda ayrıca değinilecektir⁵⁴². Ancak kararda yer verilen yabancı öğretim görevlilerinin özel durumu genelleştirilerek, izin almadan çalışan her yabancı işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının, süreli izinle yasal olarak çalışan işçinin ise sözleşmesinin belirli süreli olduğunun kabulü, yabancı işçilere ilişkin mevzuatın ve uluslararası antlaşmaların amacına aykırı bir biçimde, düzensiz durumdaki yabancı işçiye düzenli durumdaki yabancı işçiden daha fazla avantaj (belirli süreli iş sözleşmesine göre daha lehe olan belirsiz süreli sözleşme ile çalışmak gibi) sağlayıcı ve kaçak yabancı işçi çalıştırılmasını teşvik edici niteliktedir. Bu örnekte Yargıtay, izinsiz çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesini, bir bakıma, tıpkı geçerli bir belirli süreli sözleşme olmadığından bu geçersiz sözleşmeyi geçerli bir belirsiz süreli sözleşmeye

⁵⁴¹ Y. 9. HD, E. 2004/24583 K. 2005/20488 T. 07.06.2005, www.kazanci.com.

⁵⁴² Bu kararın incelemesi için ayrıca bkz. Hediye Laçiner, “Yabancı Öğretim Elemanının Çalışma İzninin İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Yapılmasına Etkisi” (Karar İncelemesi), **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl 2006, C. 20, S. 6, s. 32 vd.

tahvil eder gibi ve sanki çalışma izni yabancı işçi için belirli süreli sözleşmenin geçerlilik şartı imiş gibi ele alarak, geçerli kabul etmektedir.

Başka bir kararda⁵⁴³, sözleşmeden kaynaklanan cezai şartın, çalışma izni olmadığı için işyerine alınmayan yabancı işçi tarafından talep edilmesi haline ilişkin olarak, davacının çalışma izni alınmasında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, davalı tarafça noter kanalıyla ihtarname keşide edilerek çalışma izni verilmemesi sebebiyle sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği, diğer yandan davacının işyerine alınmadığının sabit olduğu, bu durumda yazılı iş sözleşmesine rağmen fiili çalışma olgusu gerçekleşmediğinden iş ilişkisinin fiilen kurulmadığı, sonuç olarak sözleşmede öngörülen cezai şartın sözleşme kurulmadığından davacı tarafça talep edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Böylece Yargıtay, yazılı sözleşme olsa bile çalışma izni olmadığı için fiilen çalışmaya başlanılmamasına, daha doğrusu işveren tarafından işçinin işyerine alınmamasına, sözleşme ilişkisinin doğmaması sonucunu bağlamaktadır. Burada iş sözleşmesinin doğumuyla ilgili fiili çalışmanın yokluğundan bahsedilerek, aslında işverenin çalışma izni olmayan bir işçiyi işe almamakla yükümlü olduğunun üstü kapalı bir şekilde ifade edildiği de düşünülebilir. Ancak bu kararda benimsenen esasa göre, fiili çalışma olsa idi, yani işveren, somut olayda aktarıldığı kadarıyla izin almada üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen işçiyi izinsiz olarak işe başlatsa idi, farklı bir sonuca varılırdı.

Doktrinde eleştirilen bir kararda⁵⁴⁴ ise, evde yatalak hastaya bakması için işe alınan yabancı işçinin kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin tahsili talebini değerlendirirken, önce iş sözleşmesinin genel tanımı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun, bu kanunun kapsamı dışında kalanlara ilişkin 4. maddesine dayanılarak, (o zaman yürürlükteki) 5521 sayılı Kanunun görevinin İş Kanunu uyarınca işçi sayılanlarla işveren ya da işveren vekilleri arasında iş sözleşmesi veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarıyla ilgili hukuki ihtilafların çözülmesi olduğu, işçi sıfatı taşımayan kişilerin talepleriyle ilgili genel mahkemelerin görevli olduğu, olayda ise yabancı uyruklu davacının çalışmasının yasal çalışma izinlerine dayalı olup olmadığının belirlenmesinin gerektiği, izinsiz çalışmanın tespiti

⁵⁴³ Y. 9. HD, E. 2006/20061 K. 2006/24888 T. 26.09.2006, www.kazanci.com.

⁵⁴⁴ Y. 9. HD, E. 2010/6666 K. 2012/25526 T. 02.07.2012, www.kazanci.com. Karar eleştirisi için bkz. Eyrenci, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, s. 8.

halinde taraflar arasındaki sözleşmesinin niteliği gereği ihtilafın genel hükümlere göre çözülmek zorunda olduğuna hükmedilmiştir.

Öncelikle hatırlanmalıdır ki, İş K. m. 4/f. 1-e düzenlemesindeki “ev hizmetleri” kavramı, evde hastaya bakan kişileri kapsamamakta, bu tip çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi olarak değerlendirilmektedir⁵⁴⁵. Bu işi gören yabancı çalışanların 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu m. 3 kapsamında hemşire olarak kabul edilip edilmedikleri belirsizdir. Yukarıda belirtildiği üzere hemşirelik alanında belirli şartlarla izne tabi olarak yabancıların çalıştırılmasına izin verilmektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 63. maddesi ise hastabakıcılık için Türk vatandaşlığı koşulunu açıkça aramaktadır. Bu durumda iki olasılık ve hareket tarzı benimsenebilir. Şayet evde hastaya bakmak için işe alınan yabancı işçinin icra edeceği faaliyet izne bağlı bir hemşirelik faaliyeti veya 1219 sayılı Kanunun 63. maddesi anlamında ruhsat ve vatandaşlık şartına bağlı nitelikli bir hastabakıcılık faaliyeti ise, bu durumda ağır basan bir kamu yararı ihlal edildiğinden taraflar arasındaki iş sözleşmesi baştan itibaren geçersizdir ve taraflar ancak genel hükümlere göre (haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme) birbirlerinden talepte bulunabilir⁵⁴⁶. Yani Yargıtay’ın kararı, gerekçesi itibarıyla değil ama sonucu açısından yerinde bir karar olabilir. Bu halde dahi, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde talep edilebilecek haklar değerlendirilirken, her ne kadar iş ve sosyal güvenlik mevzuatında öngörülen tazminatlar, ücret ve diğer haklar istenemeyecek olsa da, kamu düzenine açık ve ağır aykırılık teşkil edecek şekilde yabancı çalıştıran işveren, kötünietli sebepsiz zenginleşen (TBK m. 79/f. 2) olarak kabul edilmeli, bu sebeple, işveren, cezai hükümlerin yanı sıra, aynı durumdaki benzer bir işçiye ödemesi gereken ücret ve tazminatlara denk bir tutarı ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

Ancak söz konusu olan 6283 sayılı Kanun anlamında bir hemşirelik veya 1219 sayılı Kanunun 63. maddesi anlamında bir hastabakıcılık hizmeti değil de mutad bir evde bakım hizmeti ise, burada (Eyrenci’nin söz konusu kararı eleştirirken savunduğu gibi) çalışma izninin verilmesine kadar sözleşmenin askıda geçerli olduğu ve izin verilmediği takdirde ileriye dönük hükümsüz olduğu düşünülebilir. Yargıtay’ın önceki

⁵⁴⁵ Bkz. Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Legal Yayınları, 2008, C. I, s. 141; Y. 9. HD, E. 2013/16982 K. 2014/3992 T. 11.02.2014, <http://calismatoplum.org/sayi44/xyz/12i35.pdf>, Y. 22. HD, E. 2016/30630 K. 2017/1090 T. 26.01.2017, <http://www.calismatoplum.org/sayi55/xyz/11i57.pdf>.

⁵⁴⁶ Bkz. Cin, **a.g.e.**, s. 26-27.

kararlarının aksine fiili çalışma olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmenin iznin verilmemesine bağlı bu ileriye dönük hükümsüzlüğü, işçiye genel hükümlere göre daha lehe olan iş sözleşmesine dayalı haklarını ileri sürme imkânı sağlar, işçinin henüz çalışma izni olmadığını veya izin alma prosedürünün sonuçlanmadığını bildiği halde işçiyle sözleşme yapan işverenin de kötü niyetini ödüllendirmez. Bununla birlikte fiili çalışma kriteri yine esas alınacak veya çalışma izni bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmeyecek ise, zaten ortada bir sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyeceği için işçinin taleplerinin 4857 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/2956 K. 2013/27665 sayılı 02.12.2013 tarihli bozma kararına konu olayda, sonradan Türk vatandaşlığını kazanan bir yabancı işçinin daha önceki çalışması sırasında çalışma izninin olup olmamasının, fiili çalışmayı bertaraf etmeyeceğini, bu hususta yabancı işçinin hizmet süresi tespit edilirken SGK hizmet tespit davalarındaki ispata ilişkin esasların da uygulanamayacağını öngörerek fiili sözleşme ilişkisi esasına yer vermiştir⁵⁴⁷.

Başka bir Yargıtay kararında, yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçerliliğinin sigortalılık ilişkisine etkisi değerlendirilirken, sadece Türk vatandaşlarının çalışabileceği işlere yönelik yabancılarla yapılan iş sözleşmelerinin 6098 sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca kesin olarak hükümsüz olduğu ve fiili çalışmanın sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği, bu şekilde çalışan bir yabancının işçi sayılmayacağı ve sadece sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayalı taleplerde bulunabileceği, sigortalılığa hak kazanamayacağı, ancak yabancılara yasaklanmamış bir işte sadece izin alınmadan çalışma halinde ya da çalışma izninin süresi bittikten sonra izinsiz çalışma halinde, çalışma izni zorunluluğu getiren düzenlemelerin kamu düzeninden olmadığı bu nedenle iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olmadığı savunulmuştur⁵⁴⁸.

Başka bir kararda, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı ve sözleşmenin başlangıç tarihinin çalışma izni tarihi olarak kararlaştırıldığı, işçinin çalışma izni başvurusunun idarece uygun bulunduğu ancak işveren tarafından gerekli harcın yatırılmaması sebebiyle çalışma izni alınamaması sebebiyle sözleşmede

⁵⁴⁷ YHGK, E. 2015/22-1774 K. 2018/794 T. 18.04.2018, www.kazanci.com.

⁵⁴⁸ Y. 10. HD, E. 2013/14038 K. 2014/327 T. 16.01.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

kararlaştırılan tarihte işe başlanılamamasından dolayı haksız fesih gerekçesiyle bakiye süre ücreti talebi içeren bir olayda, esas mahkeme, haksız fesih bulunmadığı ve şarta bağlı bir sözleşmede şart gerçekleşmediğinden iş ilişkisi kurulmadığına hükmederek davayı reddetmiş, Yargıtay ise, çalışma izni alınmadığından sözleşme ilişkisinin kurulmadığına bu nedenle işçinin sözleşmede belirtilen ücretini isteyemeyeceğine ancak işverenin sözleşme görüşmelerindeki yükümlülüklerine aykırı hareketten dolayı kusuru sebebiyle sözleşme kurulamadığından sözleşme öncesi zararlarını talep edebileceğini bu nedenle iş mahkemelerinin görevli olmadığına, genel yetkili mahkemelerin yetkili olduğuna hükmetmiştir⁵⁴⁹. Karardan taraflar arasındaki sözleşmenin ve sözleşmedeki geciktirici koşulun TBK m. 20-25 uyarınca genel işlem şartı olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığını anlaşılamamaktadır. Hem yerel mahkeme hem de Yargıtay kararı tartışmaya açıktır: öncelikle işverenin yasal olarak sağlamak zorunda olduğu çalışma iznini sağlamamasından dolayı sözleşmenin amacına ulaşmamasından, işveren kârlı çıkmakta ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktan sıyrılmaktadır. Sürekli edim ilişkisi içeren borç ilişkilerinde sözleşmenin tarihi ile ifanın tarihi farklı olabilir ve teoride borç ilişkisinin ifa tarihinden sonra doğacağı belirtilmektedir⁵⁵⁰. Ne var ki iş sözleşmesi açısından çalışma izninin alınması bir işletme riski olduğu kadar işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu esaslı bir çalışma koşuludur. Tarafların sadece asli edim yükümlülükleri değil, karşılıklı sadakat ve koruma, rekabet etmeme gibi borçları da vardır ve işveren idareye sunulan bir iş sözleşmesine imza atarak yasa ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini (çalışma izni alınması dâhil) yerine getireceğini de beyan etmiş olmaktadır. Burada sözleşme ilişkisinin iş görme edimi dışındaki yükümlülükler bakımından doğmuş olduğu, belirli süreli sözleşme olduğu ve ifa zamanının esaslı olabileceği dikkate alınarak işverenin kusuruyla ifanın imkânsızlaştığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla haksız fesih iddiasına dayalı talep teorik olarak haklı görülebilir. Kaldı ki her iki karar, sözleşmenin bir tarafınca dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bir koşulun gerçekleşmesine engel olunması halinde o koşulun gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin TBK m. 175/f. 1'in açık hükmüne de aykırıdır. Bu hüküm TMK m. 2'nin bir yansımasıdır. Şayet tarafların açık veya örtülü irade beyanlarından çalışma izninin alınmasını iş sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için geciktirici bir koşul olarak öngördükleri anlaşılıyorsa, işverence yasal yükümlülüklerin yerine getirilmeyerek

⁵⁴⁹ Y. 9. HD, E. 2016/20712 K. 2020/8343 T. 17.09.2020, www.kazanci.com.

⁵⁵⁰ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 66.

koşulun gerçekleşmesinin engellenmesi halinde, o koşul yasa gereği gerçekleşmiş ve iş sözleşmesi hüküm doğurmuş kabul edilmelidir. Burada işverenin sözleşmenin hüküm doğurmasını yerine getirmeyeceği bir koşula bağlamış olması dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olsa da sözleşme yapılmış, geciktirici koşula bağlanmış, bu koşulun gerçekleşmesi için işçi üzerine düşeni dürüstlük kuralına göre yaptıktan sonra işveren gerçek tavrını ortaya koymuştur. Bu nedenle işverenin TBK m. 175/f. 1 uyarınca sözleşme hükümlerini doğurmuş gibi sorumlu tutulması gerekir.

2.1.2.2.2.4. Değerlendirme

Çalışmaları yasak olan işlere ilişkin düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, yabancı işçilerin çalışma izinlerine ilişkin 6735 Sayılı UİK ve mevzuattaki diğer düzenlemeler, ekonomik ve sosyal açıdan kamu düzenini, ulusal iş gücü piyasasını korumak, kaçak işçiliği, angarya ve insan ticaretini önlemek, devletin iş gücü piyasasını denetlemesini sağlamak amacıyla getirilmiş, iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyen, idari ve cezai yaptırıma bağlanmış “düzen hükümleri” olarak kabul edilmelidir. UİK m. 6/f.2’de yer alan kanun kapsamındaki yabancıların Türkiye’de çalışma izni almadan çalıştırılmalarının/çalışmalarının yasak olduğuna dair düzenleme ile UİK m. 23/f. 5’teki idari yaptırımlara ilişkin düzenlemeler, amacıyla sınırlı hükümler olarak değerlendirilmelidir. Çalışma izninin verilmesi veya verilmemesi, süresinin uzatılıp uzatılmaması, son kertede (yani başvuru işlemlerinin gereklerinin taraflarca yerine getirilmemesi durumu haricinde) idari bir tasarruftur. Tek başına çalışma izinlerine ilişkin düzenlemelere aykırılık sözleşmenin geçerliliğine etkili görülemez. Çalışma izni türlerine dair UİK m. 10/f. 1’in lafzından tartışmalı olarak iş sözleşmesinin sanki mutlaka sürelendirilmiş olması zorunluluğu varmış gibi bir anlam çıkarılsa da esas olarak çalışma izninin süresinin sözleşmeyle sınırlı olarak belirlenmesi esas, yani öncelikle karşılaştırmaya esas bir sözleşmenin varlığını gerektirmesi, ayrıca Bakanlıkça yayımlanan başvuru şartlarında taraflarca imzalanmış bir iş sözleşmesinin istenmesi ve uygulama yönetmeliğinde de (m. 60) buna atıf yapılması, bir iş sözleşmesinin izin başvurusunu önceleyecek şekilde kurulmuş olması gerektiğini düşündürmektedir: çalışma izni alma süreci, her ne kadar izinsiz fiili çalışma UİK m. 6/f. 2’de açıkça yasaklanmış olsa da, mevzuat, bütünüyle incelendiğinde, zaten kurulmuş bir sözleşme ilişkisi üzerinde kendi amacıyla sınırlı bir idari denetimi ifade etmektedir. Çalışma izinlerinin kural olarak belirli bir işveren ve

işyerine ilişkin olması zorunluluğu da bu çıkarımı desteklemektedir. Süresiz çalışma izninde ise böyle bir koşul aranmamaktadır.

Çalışma izninin olmamasını, kamu yararına aykırılık bağlamında değerlendirerek ileriye etkili geçersizliği benimseyen görüş de⁵⁵¹, çalışma izninin ileride verilmesi yahut mevcut iznin süresinin uzatılması koşuluyla sözleşmenin askıda geçerliliğini savunan⁵⁵² görüş ile yine benzer şekilde izinsiz çalıştırılan işçinin iş sözleşmesinin geçerliliğini ileride izin verilmesi koşuluyla geçerli kabul eden görüş de⁵⁵³, yahut çalışma izninin geçerliliğe etkisini fiili çalışmanın olup olmadığına göre ileriye veya geriye yönelik kabul eden görüş de⁵⁵⁴ sonuç olarak esasen idari yaptırımlarla ulaşılması gereken bir amacı, yani izinsiz yabancı işçi çalıştıran işvereni ve bu şekilde çalışan işçiyi caydırma, iş piyasasını ve yerli istihdamı koruma şeklinde tanımlanan bir amacı, hukuki yaptırım ile (geçersizlikle) sağlamayı - farklı yollardan - kabul etmekte, bu sebeple idari nitelikteki düzenlemelere amaçlarının ötesinde etkiler tanımaktadır. Başka deyişle, ileriye etkili hükümsüzlük zayıf tarafı korumak için benimsenmiş olsa da, iş sözleşmesinin hüküm ifade etmesi idari bir makamın işlemine (çalışma izninin verilmesine veya süresinin uzatılmasına) bağlanmaktadır⁵⁵⁵. Ancak

⁵⁵¹ Süzek, “Geçersizlik”, s. 133; Süzek, “Hukuka Aykırılık”, s. 84; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 293 vd.

⁵⁵² Eyrenci, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, s. 8

⁵⁵³ Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku**, s. 161-162. Ayrıca bkz. Laçiner, Karar İncelemesi, s. 43 vd.

⁵⁵⁴ Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 459.

⁵⁵⁵ Burada 6098 sayılı TBK m. 170 vd. anlamında taraf iradeleriyle kararlaştırılan ve ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olgu olarak tanımlanan bir geciktirici veya bozucu şartın varlığı da tartışılabilir. Bir işlemin hüküm ifade etmesi, hem taraf iradelerine hem de başka bir kişinin iradesine bağlı kılınarak karma koşul kararlaştırılabilir (bu hususta koşulun gerçekleşmesinin taraf iradelerine bırakılmasının belirsizlik özelliğine ters düşmediğine dair bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, C. II, s. 523-524. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 331-332). Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde tarafların çalışma izni için kendi üzerlerine düşen işlemleri idari makamlar nezdinde yapma yükümlülükleri, serbest iradelerinden değil yasadaki kaynaklanır. Elbette teorik olarak, iş sözleşmesi yaparken tarafların, tesadüfi koşul şeklinde, yabancı işçiyle yapılan iş sözleşmesinin hüküm ifade etmesini, ileride idareden çalışma izninin alınabilmesine bağlamaları yahut mevcut iznin iptal veya uzatılmamasını bozucu şart olarak kabul etmeleri mümkündür. Bu durumda şartın gerçekleşmesine kusuru ile engel olan taraf aleyhine çalışma izni verilmese bile verilmiş gibi sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yürürlükte olduğu sonucuna varılabilir (Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 146-147). Ancak bu durumda bile, pratikte, vatandaş statüsünde olan işçiye nazaran daha kırılğan ve belirsiz durumdaki yabancı işçinin, kendi hukuki durumunu öngörebilmesi yine de zorlaşacak, hukuki durumunun riski ve belirsizliği daha da artacaktır. Kaldı ki bir diğer taraftan, tarafların yasa gereği yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin bozucu veya taliki şart kavramına sokulmasının, çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın niteliği ile bağdaştırılması güçtür. Başka deyişle tarafların yaptıkları bir sözleşmenin hüküm ifade etmesini her bir tarafın zaten yasa gereği yapması gereken bir işleme bağlamaları, bu şartın geçerliliği açısından da sorunludur. Taraflar yasal bildirim ve başvuru yükümlülüklerini yerine getirirlerse bile, idarenin iş piyasasının durumuna göre izin vermeme veya izni uzatmama yönünde takdir yetkisi bulunmaktadır. İznin sözleşmenin hüküm ifade etmesine etkisi reddedilirse ve kendi amacıyla sınırlı etkili kabul edilirse bu belirsizlik ortadan kaldırılabilir. Öte yandan Yargıtay (Y. 9. HD, E. 2001/15931 K. 2002/348 T. 17.01.2002), çalışma izninin uzatılmasında diploma

böyle bir çözümün (yazarların amacından bağımsız biçimde), iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olarak ileri sürülmesine bağlı olarak bir bakıma yukarıda Fransız Hukukunda eleştirilen şekliyle bir “sui generis” fesih usulüne yol açma ihtimali yahut uygulamada Yargıtay’ın 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi 1. fıkrasını askerlik hizmeti, evlilik ve emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kıdem tazminatına hak kazanmada “özel bir fesih hali” doğuracak şekilde yorumlamasında güttüğü “işçiyi koruma” kaygısını bu defa tersten güdereak, yabancı işçiyi izinsiz çalıştıran işvereni sözleşmenin geçersizliğine dayanarak fesih usulü ve külfetlerinden kurtarmaya dönüştürmesi tehlikesi tartışılabilir. Böyle bir durumda kaçak işçi çalıştıran veya izin başvurusunun sonucunu öngörebilecek durumda iken iş sözleşmesi yapan işverenin aynı durumda kurallara uygun işçi çalıştıran işveren karşısında daha avantajlı konuma geçirilmesi sonucu doğabilir. Geçersizlik, TBK m. 394/f. 3 uyarınca ancak geçersizlik sebebi ileri sürüldükten sonra, yani bozucu yenilik doğuran bir iptal hakkı gibi, sonuç doğuracaktır. Kanunun lafzı, burada ileriye veya geriye etkili geçersizlik sebepleri açısından ağır basan veya ağır basmayan bir menfaat ayrımı da yapmamaktadır. Bu ayrım, tamamen çalışma yasaklarına ve çalışma izinlerine ilişkin yasal düzenlemelerin her birinin ayrı ayrı amacından çıkarılmaktadır. Yargıtay’ın bazı kararlarında olduğu gibi izinsiz çalışma veya iznin yenilenmemesi durumu, fesih için İş K. m. 25/III anlamında zorlayıcı neden veya doktrinde (Doğan Yenisey) belirtildiği üzere geçerli sebep kabul edilse bile (ki sona ermeye etki konusuna ayrıca değinilecektir), tüm bu farklı varsayım ve kabuller, bilerek izinsiz yabancı işçi çalıştıran işverenin feshe bağlı bazı sonuçlardan (örneğin ihbar tazminatı gibi) kurtularak avantaj elde etmesine yada yasadaki fesih usullerinden kurtulmasına engel olmayabilir⁵⁵⁶.

6735 sayılı Kanunda da diğer mevzuatta izinsiz çalıştırılan işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. UİK m. 23, izinsiz

denklik belgelerinin sunulmamasını “zorlayıcı neden” saymaktadır. Aynı olayla ilgili olarak bu idari tasarrufun sonucunun öngörülebilir kabul edilmesi halinde işçinin iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kuralına aykırılık sebebiyle (yani kusurlu ifa imkânsızlığı sebebiyle) feshedilebileceği de ileri sürülmüştür, bkz. Akıntürk, **Yabancı Uruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 531-532. O halde her bir olayda idari tasarrufun öngörülebilirliği tartışılmalı mıdır ya da tarafların böyle bir öngöründe bulunabilme yükümlülüğünden bahsedilmeli midir?

⁵⁵⁶ Nitekim, geçersizliğin TBK m. 394/f. 3’e dayalı olarak ileriye etkili şekilde ileri sürülmesinde dahi, bir fesih beyanı ile sona erme olmadığı, bu durumun ihbar öneline ilişkin hakları zedelediği gibi 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde sayılan sona erme hallerinden biri de olmadığından kıdem tazminatına hak kazanmayı da güçleştirdiği belirtilmektedir, bkz. Özkaraca/Ünal, “Geçersizlik Sorunu”, s. 398-399.

çalışmada hem işçi hem işveren tarafına idari para cezaları⁵⁵⁷ (f. 5), bu durumdaki işçi için sınır dışı edilme (f. 8), izinsiz yabancı işçi çalıştıran işveren veya işveren vekili için ayrıca sınır dışı edilen işçinin kendisinin ve ailesinin konaklama, sınır dışı edilme ve sağlık harcamalarını karşılama yükümlülüğü (f. 9) öngörmektedir. İşveren açısından para cezasının düşüklüğü tartışması bir yana, işçi açısından sınır dışı edilme de dâhil ağır yaptırımlar kamu yararını korumada yetersiz kalıyorsa, geçersizlik yaptırımının bu kamu yararını, iş sözleşmesinin konusu itibarıyla olmasa bile tarafları itibarıyla yasaklayıcı hükümlere aykırılığında, geçersizlik geriye veya ileriye dönük olsun, koruyacağı tartışmalıdır. Her ne kadar örneğin ithalat/ihracat konusu olması devlet tekelinde olan bir emtianın alım satımını konu alan bir sözleşmenin, hukuki imkânsızlıkla daha baştan hükümsüzlükle malul olduğu borçlar hukuku bakımından tartışılmakta ise de⁵⁵⁸, hukuki imkânsızlığa ilişkin bu örneğin, TBK m. 394/f. 3 karşısında dahi, iş sözleşmelerine olduğu gibi uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir⁵⁵⁹. Kaldı ki yabancı işçinin izinsiz çalışmasında konu itibarıyla bir imkânsızlık bulunmamakta, taraf yönünden bir yasaklama bulunmaktadır. En gerçekçi ve yerinde çözüm, Kocayusufpaşaoğlu'nun belirttiği gibi, yasaklayıcı hükümlerin, taraflardan birinin sözleşmeye taraf olmasını yasakladığı bu durumda, geçersizlik yaptırımının hükmün amacı ve anlamı araştırılarak uygulanmasıdır. Çalışma izni olmaksızın çalıştırılan bir işçinin iş sözleşmesinin içeriğinde hukuka aykırılık bulunmaz; buradaki hukuka aykırılık, yasağa rağmen yabancı işçinin bu sözleşmeye taraf olmasıdır. Ne var ki bu aykırılığın hukuki yaptırımı olarak sözleşmenin geçersizliğinin kabul edilmesi, sadece işverenin kaçak işçi çalıştırmadan fayda sağlamasına, geçersizlik TBK m. 394/f. 3 uyarınca ileriye etkili kabul edilse bile, fesih

⁵⁵⁷ Vurgulamakta yarar vardır ki, izinsiz yabancı işçi çalıştıran işverene yönelik para cezaları caydırıcılıktan uzaktır; bu şekilde çalıştırılan işçiye yönelik para cezası öngörülmesi ise hem (özellikle insan ticareti kurbanları söz konusu olduğunda) hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek, hem iş ilişkilerinin doğasına aykırı hem de yine caydırıcılıktan uzak bir yaptırımdır. İşverene kanunda görece daha yüksek tutarda para cezası öngörülmesi de bu yanlış gidermemektedir. Burada, Belçika hukukunda yabancı işçinin izinsiz çalıştırılmasının bütün hukuki, cezai ve idari yaptırımları kaçak işçi çalıştırarak bundan fayda sağlayan işverenin üzerinde olması örneği dikkate alınmalıdır, bkz. Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 72.

⁵⁵⁸ Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 328, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 91; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 404; Gümüş, **a.g.e.**, s. 856-857 vd. Bu durumda fiilen veya mantıken imkânsız olmayan bir edimin hukuki nedenlerle hiçbir biçimde yerine getirilememesi söz konusudur, bkz. Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 31-32 vd. Bu husustaki bir tartışma için ayrıca bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 859 vd. Hukuki imkânsızlığın her durumda butlan yaptırımına bağlanmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 228-229. Yazara göre somut menfaatler durumu, taahhütte bulunulan hukuki ayıptan ötürü garanti sorumluluğunu haklı gösteriyorsa, bu taahhüdü imkânsızlık kavramının ve butlan yaptırımının dışına çıkarmak doğru olacaktır.

⁵⁵⁹ İmkânsızlık kavramı ve imkânsızlık türlerinin ayrımları için bkz. Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 8-9 vd.

usulü açısından işçinin kendisini koruyan yasal düzenlemelerden gereği gibi yararlanamamasına, giderek çalışma izinlerine yönelik kanun hükümlerinin amacına aykırılığa yol açacağından, idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla, iş sözleşmesinin geçerliliğinin kabul edilmesi gerekir. Uzmanlık gerektiren bir mesleğin ancak gerekli ve kendine özgü izinle yapılabildiği hallerde, ağır basan kamu yararı var ise geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır⁵⁶⁰.

İzinsiz yabancı işçi çalıştırma, doktrinde, işverence işçinin çaresizliğinden yararlanıldığı ve elverişsiz koşullarda çalıştırıldığı için ahlaka aykırı bir davranış olarak nitelendirilmiştir⁵⁶¹. Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık iddiası, işverenin çalışma izni olmadan işçi çalıştırması, İş K. m. 24/II-f anlamında çalışma koşullarının uygulanmaması olarak ya da m. 24/II-c'deki işçinin ya da aile üyelerinden birinin kanuna aykırı davranışa yönlendirilmesine ilişkin düzenlemeye aykırılık olarak değerlendirilebilirse, bir açıdan dikkate alınabilir: izinsiz yabancı işçi çalıştırma, sadece ülkenin kamu düzenine ve yerli iş gücüne yönelik değil, öncelikle ve doğrudan doğruya bizzat o durumda çalıştırılan yabancı işçiye (ve dahi ailesine, zira ÜİK m. 23/f. 9 dikkate alındığında, hepsinin sınır dışı edilme tehlikesi vardır) karşı hukuka aykırı bir harekettir. Yabancı işçiye hukuki statüsü açısından daha kırılgan, düzensiz bir duruma itmektedir. İzinsiz çalıştırmaması gereken bir işçiye izinsiz olarak fiilen çalıştıran işveren, sözleşmenin geçersizliğini ya da işçi tarafından aldatıldığını yahut işçinin çalışma izinleri bakımından kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini kural olarak ileri sürememelidir. Süreli izinle işçi çalıştıran işveren ise bu iznin uzatılmasında gerekli işlemleri yapılmasına yardım etmek ve üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Ancak bundan sonradır ki yabancı işçinin iznin uzatılması için üzerine düşenleri yapmaması, kusurlu davranışı veya böyle bir kusur da yoksa idarenin işleminin (yani tüm gerekli başvuruların yasaya uygun olarak yapılmasına rağmen iznin uzatılmamasının) sözleşmeye etkisi tartışılabilir. Kaldı ki çalışma izninin alınamaması, yukarıda Fransız hukuku incelenirken görüldüğü gibi, işyerine ait bir işletme riskidir.

Bir diğer sorun, işverenin buradaki yasal yükümlülüklerine aykırılığın, işverenin alacaklı temerrüdü şeklinde de değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

⁵⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 542-543. Bu halde dahi şayet geçersizlik sebebi veya baştaki imkânsızlığın geçici nitelikte olması halinde sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmemesi gerektiğine dair bkz. Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 140-141.

⁵⁶¹ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 378.

Bilindiği gibi, iş görme edimi, sözleşmeye uygun olarak kendisine fiilen sunulan alacaklı işveren, haklı bir sebep olmaksızın bu edimi kabul etmezse işverenin temerrüdü söz konusu olur. Bunun için işçinin ifayı teklifte üzerine düşen her şeyi yapmış, ifanın gerçekleşmesi için tek eksiğin işverenin ifayı kabul etmesi olması gerekir. İş K. m. 66/f. 1-c uyarınca işçinin edimini işverenin emrine hazır tutması yeterlidir. Ancak işveren edimi kabul etmeyeceğini açıkça bildirmiş veya davranışları bu yönde ise sözlü bir teklif de yeterli görülmektedir⁵⁶². İşveren, öncelikle çalışma iznine sahip olmayan yabancı işçileri çalıştırmamakla yükümlüdür; tedbirli ve dikkatli davranmak, iş sözleşmesi yaptığı yabancı işçilerin izin durumlarını resmi makamlar nezdinde teyit etmek ve kendi bildirim yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. İşverenin, nasıl ki işçinin işini yapabilmesi için işçinin kişiliğini koruma borcu çerçevesinde iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alması gerekli ve bu yükümlülükler aykırı davranışı işverenin alacaklı temerrüdü olarak niteleniyorsa⁵⁶³, izinli olarak çalıştırdığı yabancı işçilerin çalışma izinleri süreli ise, süresinin uzatılıp uzatılmadığı konusunda üzerine düşen gerekli bilgi ve belgeleri verme, işçiye bu işlemleri tamamlama imkânı ve süresi tanıma gibi külfetleri yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. İşte bu yükümlülüklerin TBK m. 106 anlamında borcun ifası için alacaklının yapması gereken bir hazırlık fiili olarak nitelendirilmesi ve işverenin TBK m. 408 uyarınca temerrüdünden bahsedilmesi düşünülebilir⁵⁶⁴. Bu olasılıkta, çalışma izninin alınmasında veya süresinin uzatılmasında işverenin ihmali davranışları ile karşılaşan işçi, çalışmadığı süreye ilişkin ücretini TBK m. 408 uyarınca talep edebilmelidir. Bu sonuca ulaşabilmek için, diğer yandan, çalışma izninin yenilenmemesinin işverene atfi kabil bir işletme riski olarak kabulü gerekir⁵⁶⁵. Ne var ki işverenden kaynaklanan böyle bir durumun, işçi açısından – tıpkı çalışma ortamında iş güvenliği tedbirlerinin sağlanmamasında olduğu gibi – özel hüküm niteliğindeki İş K. m. 24/II-f uyarınca bir fesih sebebi teşkil edeceği, temerrüde dayalı bir talepten çok

⁵⁶² Süleyman Başterzi, “İşverenin İşgörme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi ve Bunun Sosyal Sigorta Üyelik ilişkisine Etkisi” (İşverenin Temerrüdü), **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınları, 2009, s. 241-242; Gamze Turan, “İşverenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları” (İşverenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü), **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 21, S. 5-6, Ağustos-Kasım 2008, s. 45. Reddetmenin “haklı sebeple” olup olmasının kanunun (TBK m. 408) aradığı bir şart olmadığına dair bkz. Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 97-98. Ayrıca bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 196 vd.

⁵⁶³ Başterzi, “İşverenin Temerrüdü”, s. 251 vd.; Turan, “İşverenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü”, s. 52 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 946-947; Kaplan-Seneyen, Bireysel İş Hukuku, s. 273-274.

⁵⁶⁴ Kaplan-Seneyen, İfa Engelleri, s. 571. Yabancıların çalışmasının yasak olduğu durumlarda, bunun işi kabulden kaçınmak için hukuki bir neden teşkil edeceğine dair görüş için bkz. M. Polat Soyer, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku” (İşletme Rizikosu), **DEÜHFD** Yıl 2, S. 2, s. 105.

⁵⁶⁵ Başterzi, “İşverenin Temerrüdü”, s. 242-243. Ayrıca bkz. Soyer, “İşletme Rizikosu”, s. 109; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 199-200.

İş K. m. 26/f. 2 uyarınca bir tazminat talebi gündeme geleceği savunulabilir. Yine de izinsiz yabancı işçi çalıştırmada da tıpkı 6331 sayılı Kanunun 13. maddesi 2 ve 4. fıkralarında olduğu gibi işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kabulü ve bu süre boyunca çalışmış gibi kabul edilerek ücrete hak kazanması, işveren üzerinde caydırıcı bir etki doğuracaktır.

Kişisellik unsurunun ağır bastığı, tarafları arasında hukuki, ekonomik ve sosyal eşitsizlik bulunduğu iş sözleşmesinin koşula bağlı yapılması, özellikle işverenin yine iş sözleşmesi ve kanun gereği yerine getirmesi gereken bir çalışma koşulu olan çalışma izni konusunda iradi koşul öngörülmesi, bu çalışmada benimsenmemekle beraber, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/20712 K. 2020/8343 sayılı 17.09.2020 tarihli kararında yaptığı gibi, sözleşmenin başlangıç tarihinin çalışma izni tarihi olarak kararlaştırıldığı, işçinin izin başvurusunda üzerine düşeni yaptığı ancak işverenin kusuruyla çalışma izninin alınamadığı bir olayda, iş sözleşmesinin doğmadığı sonucuna varılması, TBK m. 175/f. 1 karşısında mümkün değildir. Bu hüküm TMK m. 2'nin bir yansımasıdır. Şayet iş sözleşmelerinin koşula bağlı yapılacağı kabul edilecekse, açık kanun hükmü göz ardı edilerek, gerçekte bağlanma iradesinin olmamasını gizleyerek geciktirici koşulun gerçekleşmesini engelleyen işverenin kendisi değilmiş gibi Yargıtay'ca sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğa göre daha dar kapsamlı olabilecek bir menfi zararın tazminini içerebilecek culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilmesini savunmak, TMK m. 2'nin amacı ile de bağdaşmaz.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken başka bir soru da şudur: çalışma izninin bulunmaması yahut çalışma izni süresinin uzatılmaması, taraflar açısından geçici veya devamlı bir ifa yahut ifayı kabul imkânsızlığı yaratır mı? İşçinin iş görme edimini gerçekleştirmesinde, işçinin kendi iradesinden bağımsız olaylar (hastalık veya meslek hastalığı, iş kazası, gebelik, doğum, doğal afetler, bir kamu görevinin yerine getirilmesi, tutuklanma, yasalarla öngörülen yasaklar, vb.) iş görme ediminin ifasında maddi imkânsızlık yaratabilir. Diğer yandan doğal afetler, yasama veya yürütme organının öngördüğü ithalat yasakları gibi nedenlerle iş görme ediminin kabulü (mutlaka bir “zorlayıcı neden” olarak ortaya çıkmasa bile) işveren açısından imkânsız hale gelebilir. Ancak maddi imkânsızlığın yanı sıra, işçinin fiili çalışması mümkün olsa bile başka sebeplerle (kişisel, ailevi nedenler, vb.) işçiden ifada bulunması

beklenemeyebilir⁵⁶⁶. Başka bir deyişle işçi açısından sadece maddi imkânsızlık halleri değil, somut koşullarda dürüstlük kuralı gereği edimini ifa etmesinin beklenemeyeceği tüm haller, imkânsızlık kavramı içine alınmaktadır (manevi ifa imkânsızlığı). “Beklenemez olma” ölçütü sadece iş güvencesi amacıyla işçi açısından geçerli kabul edilen bir ölçüttür; işveren açısından bu denli geniş bir imkânsızlık ölçütü kabul edilmemektedir⁵⁶⁷. İmkânsızlık hali, geçici nitelikte ve taraflara yüklenemez ise iş sözleşmesinin askıya alınması ile sonuçlanacaktır⁵⁶⁸. Diğer yandan genel borçlar hukuku ilkelerine göre, imkânsızlığın taraflara isnad edilebilmesi için (ister taraf etki alanından ister başka bir etki alanından kaynaklansın), onlara atfı kabil bir kusurlu davranışın varlığı gereklidir⁵⁶⁹.

Bu hukuki müesseselerin yanı sıra, kanun hükmünün (TBK m. 394/f. 3) fiilen ifa edilmiş sözleşme ilişkilerini koruduğu ve sözleşme tarihinin ifa başlangıç tarihi anlamına gelmeyebileceği⁵⁷⁰ hususu da dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek her durumun özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Zira buradaki sorun, sözleşme yapıldıktan sonra ifa aşamasına geçilirken ortaya çıkan bir ifa engelinin hangi tarafa atfı kabil olduğu ve riskin nasıl paylaştırılması gerektiğine ilişkindir⁵⁷¹. Dolayısıyla iznin yokluğu halinde hükümsüzlük veya onunla aynı sonucu doğurabilecek sonuçlara varmamak gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere, süreli çalışma izni başvurusuna ilişkin mevzuat, taraflar arasında akdedilmiş bir iş sözleşmesinin varlığını (süresiz çalışma izninde ise farklı işverenler ve işyerlerinde de olsa yasal çalışma süresinin varlığını) aramaktadır. Ayrıca bu sözleşme ile başvuruda bulunarak idari prosedürü tamamlamak isteyen yabancı işçi, kendisini çalıştıracak Türkiye’deki işverenin de bu konuda kendi başvuru yükümlülüklerini yerine getirmesine muhtaçtır; bu hususta tarafların karşılıklı bağımlılığı vardır. Şu halde, izin alma sürecinde kendisine ait yükümlülükleri yerine getiren taraf açısından, diğer tarafın bu yükümlülükleri yerine getirmemesi veya her iki taraftan kaynaklanan bir sebeple değil de idarenin tavrı sebebiyle izin işlemlerinin

⁵⁶⁶ Süzek, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması*, s. 46-47; Süzek, *İş Hukuku*, s. 516 vd.; Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*, s. 112 vd.

⁵⁶⁷ Süzek, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması*, s. 51-52.

⁵⁶⁸ Geçici olarak nitelendirilebilmenin ölçütleri hakkında bkz. Süzek, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması*, s. 66-67 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s. 518-519; Seliçi, *Sürekli Borç İlişkileri*, s. 96-97; Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı*, s. 97-98 vd.

⁵⁶⁹ Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı*, s. 53-54.

⁵⁷⁰ Seliçi, *Sürekli Borç İlişkileri*, s. 66.

⁵⁷¹ Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı*, s. 55.

uzaması sebebiyle çalışma izni sürecinin (veya iznin uzatılması başvurusunun) sonuçlanmaması söz konusu olabilir. Örnek olarak, yabancı işçi çalışma izni başvurusu için gerekli işlemleri yaptığı halde işverence gerekli başvurular yapılmamış, belgeler temin edilmemiş olabilir. Yahut her iki taraf üzerine düşeni yaptığı halde idarece menfi-müspet bir işlem yapılmamış olabilir. Bu konuda, ifanın alacaklının etki alanından kaynaklanan sebeplerle mümkün olmaması halinde alacaklı temerrüdü, borçlunun etki alanından veya tarafların etki alanı dışında bir sebepten kaynaklandığında imkânsızlık şeklinde bir ifa engelinin varlığını öngören etki alanı teorisinden de faydalanılabilir⁵⁷².

Şayet iş sözleşmesi akdedilmiş ancak işveren çalışma izni başvurusu sürecinde üzerine düşen ödevleri (örneğin belge teminini, izin sürecinin tamamlanması için elektronik ortamda yapması gereken işlemleri) yapmamışsa (ister çalışma izni başvuru sürecinin olumlu sonuçlanacağı taraflarca öngörülebilsin ister olumlu veya olumsuz bir sonuç öngörülemiyor olsun), işverenin kendisine düşen hazırlık hareketlerini yapmaması sebebiyle temerrüdünün varlığı ve işçinin bu nedenle çalışmaktan kaçınabilmesi imkânı (zira sınır dışı edilme dâhil idari yaptırımla karşılaşacaktır) kabul edilmelidir⁵⁷³. İşçi TBK m. 408 uyarınca ücretini veya varsa zararının tazminini (İş K. m. 26/f. 2) talep edebilmeli veya İş K. m. 24/II-e hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmelidir. Zira ifa engeline kendisi sebep olan alacaklının karşı edim borcundan kurtulamaması ilkesinin bu durumda geçerli kabul edilmesi gerekir⁵⁷⁴. Diğer yandan bu aynı konuyla ilgili, bir çalışma koşulunun uygulanmadığı, iş verilmediği şeklinde, yani işverenin borca aykırı davranışı sonucu işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğması yönünde değerlendirme yapılması da mümkündür (İş K. m. 24/II-f). Burada izin başvuru sürecinin olumlu sonuçlanıp sonuçlanmayacağının öngörülememesi de işverenin kusurlu hareketinin sonuçlarını ortadan kaldırmaz, zira başvuru süreci işverenin kasti veya ihmali davranışı sebebiyle tamamlanamadığından, alacaklı temerrüdü değil de işverenin borca aykırı hareketi sebebiyle imkânsızlık hali kabul edilse bile, bu imkânsızlık işverenin kusurlu hareketinden kaynaklanmaktadır ve işçinin zararının karşılanması gerekmektedir⁵⁷⁵.

⁵⁷² Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*, s. 23 ile s. 91-92 vd.

⁵⁷³ Bu hususta bkz. Kaplan-Senyan, *a.g.e.*, s. 571.

⁵⁷⁴ Serozan, *İfa Engelleri*, s. 214-215 vd.; Gümüş, *a.g.e.*, s. 879.

⁵⁷⁵ Soyer, “İşletme Rizikosu”, s. 110, dn. 45. İş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil ettiği kabulünden hareket eden ve kanundaki “iş görme edimini kusuru ile engellerse” ifadesi nedeniyle TBK m. 408 hükmünün sadece işverenin alacaklı temerrüdünü düzenlemediği, daha geniş bir şekilde

Şayet işçi, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş ve izin alma sürecinde ihmalkâr davranmış ise, işçinin kusurlu davranışı sebebiyle iş sözleşmesiyle bağlı kalması ve ifayı kabul ederek idari yaptırımlarla karşılaşması kendisinden beklenemeyecek olan işveren iş sözleşmesini İş K. m. 25/II-g kapsamında haklı nedenle feshedebilir, koşulları varsa İş K. m. 26 uyarınca bundan kaynaklanan zararının tazminini isteyebilir. Zira burada aslında fiilen mümkün olan bir edimin ifasının kabulü, işçinin kusuruyla hukuken imkânsız hale gelmektedir. İşverenden, idari yaptırımla karşılaşma sonucunu doğuracak şekilde çalışma izni olmayan bir yabancı işçiyi çalıştırmasının beklenemeyeceği, bu imkânsızlığın ise sözleşmenin diğer tarafının kusurlu davranışından kaynaklandığı açıktır. Yine de bu denli bir ağır sonuca ulaşılabilmesi için, işçi yükümlülüklerini yerine getirseydi, izin başvurusunun olumlu sonuçlanacağını taraflarca kesin bir şekilde öngörülebilir olması ve işçinin sırf bu sonucu önleme gayesi ile hareket etmiş olması gerekir, çünkü son tahlilde usulüne uygun çalışma izninin idareden alınması işverene ait bir işletme riskidir, işçinin izninin olup olmadığını kontrol etmek de işverene ait bir yükümlülüktür. Şayet işçinin ihmali davranışı var ise ve bu ihmal olmasaydı bile izin başvurusu sonucunun olumsuz olacağı önceden bilinmiyor veya öngörülemiyor ise, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih söz konusu edilmemelidir. İhmali davranışa karşın sonucun öngörülemiyor olması halinde ise koşulları varsa geçerli nedenle fesih

alacaklıdan kaynaklanan bir ifa engeline yer verildiğine dair bir değerlendirme için bkz. Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 50-51. Bu görüşün dayanakları arasında yer alan, söz konusu hükmün önceli olan mülga 818 sayılı Kanunun 325. maddesine ilişkin olarak hükmün alacaklı temerrüdü değil aslında işverenin iş verme borcunu yerine getirmedeki temerrüdünün söz konusu olduğu dolayısıyla aslında temerrüt değil, bir kusurlu imkânsızlık-akde aykırı hareket halini düzenlemekte olup buradaki ücretin niteliğinin aslında tazminat olduğuna dair bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 151. Yazara göre bunun nedeni cebri icra yoluyla işvereni iş verme borcunu yerine getirmesini sağlamanın imkânının olmamasıdır. Bu hüküm işveren iş vermekten ister sürekli ister geçici olarak imtina etsin uygulanacaktır. Başka deyişle işverenin aynı eylemini geçici ise temerrüt sürekli ise imkânsızlık olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ancak bu ön kabule (yani iş vermenin işveren açısından bir borç teşkil ettiği ve yerine getirmemesinin kusurlu imkânsızlık nedeniyle borcu sona erdirdiği görüşüne) eleştirel yaklaşan başka bir görüş, iş vermenin işçiyi koruma ve gözetme borcundan çıkarılan bir borç olduğunu, asli edimle bir karşılıklı ilişki içinde olmadığını savunmaktadır, bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 216-217, dn. 341. Serozan ise, edimi kabul etmenin alacaklı için bir yükümlülük olduğunu reddetmekte, edimin alacaklıya ait bir hak olduğunu dolayısıyla edimi kabul zorunluluğunun (tam ifade ile yükümlünün) olmadığını, kabul veya reddin alacaklının ihtiyarında olduğunu, sonuç olarak edimi kabulün olsa olsa bir külfet olabileceğini, borçlu temerrüdünün aksine burada bir hukuki bir yüküme aykırılık değil ödeve aykırılık olabileceğini, ancak bu hareketin aynı zamanda bir sözleşmeye aykırılık oluşturduğu ve somut olarak borçluya zarar vermesi halinde zarar gören borçlunun tazminat hakkının saklı olduğunu savunmaktadır, Serozan, **İfa Engelleri**, s. 201-202. Yazara göre alacaklı temerrüdü geçici bir ifa engelidir ve edimin sonradan telafi edilmesinin olanaklı olduğu durumda söz konusu olur. Ancak edim alacaklının sebep olacağı şekilde temelli bir ifa engeli sonucu hiç gerçekleştirilemiyorsa alacaklının sebep olduğu bir ifa imkânsızlığı vardır. Örneğin işçinin çalışacağı inşaatın iznini almamada böyle bir durum söz konusudur, s. 211

uygulama alanı bulabilir. Zira işçinin davranışlarından kaynaklanan bir sebep söz konusudur.

Tarafların her biri başvuru sürecinde üzerlerine düşen ödevleri yerine getirmişse, ancak idare kendi görevini yerine getirmeyerek çalışma izni sürecinin uzamasına neden olmuşsa ve bu durum geçici nitelikte ise, bu sürede iş sözleşmesinin askıya alınması teorisinden faydalanılarak sözleşmenin askıda olduğu kabul edilmelidir. Şayet ifa zamanı esaslı ise yahut askı süresi dürüstlük kuralı uyarınca geçici olarak nitelendirilemeyecek ölçüde uzarsa, tarafların karşılıklı olarak iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip oldukları tartışılabilir. Buradaki sorun, başka koşullar altında, İş K. m. 24/III'te işyeriyle ilgili, İş K. m. 25/III'te işçiyle ilgili zorlayıcı nedenlerin düzenlenmesi ve tarafların kural olarak kendi etki alanlarına ait bir zorlayıcı nedene dayalı olarak fesih işlemi gerçekleştirememeleri söz konusu iken⁵⁷⁶, çalışma izninin (daha doğru bir deyişle süreli çalışma izninin) yasada aynı zamanda hem işçiye, hem işverene, hem de belirli bir işyerine hem de idarenin kendi takdirine bağlı bir işlem olarak düzenlenmesidir. İdarenin eylemsizliği nedeniyle belli bir işyerinde çalışmak/işçi çalıştırmak için izin alınamamasının, her iki taraf açısından da ifaya/ifayı kabule engel bir zorlayıcı sebep yarattığından karşılıklı fesih hakkı verdiği ileri sürülebilir. Ancak bu sonucun söz konusu edilebilmesi için gerçekten de ortada tarafların risk alanlarından kaynaklanan bir zorlayıcı neden olması gerekir. Zorlayıcı neden, tarafların iradesinden ve kusurundan bağımsız, öngörülemeyen, dışsal ve kaçınılması mümkün olmayan bir nedenle iş görme ediminin ifasının (ya da ifasının kabulünün) imkânsızlaşmasına yol açan olay olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁷. Kanundaki tanımlara göre tarafların etki alanından kaynaklanan bir neden yokken salt idarenin işçi için çalışma izni vermemesinin İş K. m. 24/III veya 25/III uyarınca bir zorlayıcı sebep olarak kabul edilmesi güçtür. Ne var ki diğer taraftan, idarenin tasarrufundan kaynaklanan sebepler ortaya çıksa bile, çalışma izni sürecinin temelde işverene ait bir işletme riski olduğu kabul edilirse, bu durumda işçinin TBK m. 408 uyarınca ücrete hak kazanması gündeme gelebilir⁵⁷⁸.

Her iki tarafın da başvuru sürecinde üzerine düşeni yerine getirdiği ancak idare tarafından çalışma izni verilmediği yahut izin süresinin uzatılmadığı veya iznin iptal

⁵⁷⁶ Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 715; Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 107 vd.

⁵⁷⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 422-423; Süzek, **İş Hukuku**, s. 716; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 1000-1001 vd. Ayrıca bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 873 vd.

⁵⁷⁸ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 220.

edildiği durumda, izinsiz işçi çalıştırması halinde yasal yaptırımlarla karşılaşacak işverenin (yasal koşulları varsa) İş K. m. 18 uyarınca geçerli nedenle sözleşmeyi sona erdirebileceği de kabul edilebilir⁵⁷⁹. Ancak izinsiz kalma durumu, tarafların kusuruna dayanmıyor ve sonunda çalışma izninin alınmasıyla sona erecek şekilde TBK m. 409'daki gibi kısa süreli bir ifa engeli teşkil ediyorsa, bu durumda, fesih hakkı tanınmamalıdır ve bu durum süresince işçinin ücrete hak kazandığı da kabul edilmelidir⁵⁸⁰.

Bir diğer yönden, şayet idarece çalışma izni başvurusunda verilecek kararın olumsuzluğu taraflardan biri tarafından öngörülebiliyorsa ancak söz konusu taraf bu hususta diğer tarafı uyarmamışsa, İş K. m. 24/II-a veya m. 25/II-a anlamında iş sözleşmesinin esaslı unsurunu ilgilendiren bir konuda yanılma söz konusu olduğu için haklı fesih nedeni ve karşı tarafın uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar⁵⁸¹.

Teorik olarak çelişkili, pratikte ise anlamsız bir diğer olasılık, her iki tarafın da, üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirseler dahi, izin başvuru sürecinin olumsuz sonuçlanacağını kesin olarak öngörülebildiği bir durumdur. İdari tasarrufun olumsuz sonucunun kesin olarak öngörülebildiği bu varsayımsal durumda, sözleşme yapılmış olsa da, (fiili bir çalışma bulunmaması koşuluyla) tarafların dışarıya karşı yapmış gibi görünseler de ifa edilmesini hiç öngörmedikleri (TBK m. 19) baştan itibaren geçersiz bir sözleşme söz konusu olur. Bu durumda TBK m. 394/f. 3'ün de hiç gündeme gelmemesi de düşünülebilir; zira hükmün amacı, sürekli borç ilişkisinde yerine getirilen edimleri geçmişe dönük olarak güvenceye almaktır.

Bu sayılan olasılıklar (ki dikkat edilirse çoğunlukla geçerliliğe değil de sona ermeye etki söz konusudur), süreli veya süresiz çalışma izni alınmamış olmasına rağmen tarafların idari yaptırımları göze aldığı ve işçi tarafından iş görme ediminin fiilen ifa edildiği, işverenin de bu ifayı kabul ederek izinsiz istihdam edilen işçinin çalışmasından fayda sağladığı hallerde dikkate alınmamalıdır. Bu son (ve pratikte en sık gerçekleşen) olasılıkta artık izinsiz çalışmanın yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçerliliğine (yabancılarca icrası açıkça yasaklanmış bir mesleğin yapılması gibi kamu düzeninin ağır bir surette ihlalini teşkil eden bir durum olmadıkça) etkisi kabul edilmemelidir. Sözleşmenin sona erdirilmesine etkisi (örneğin işçinin UİK m. 23/f. 8

⁵⁷⁹ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 294.

⁵⁸⁰ Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 61-62.

⁵⁸¹ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 181-182 ve 215-216.

kapsamında sınır dışı edilmesi durumunda) ayrıca tartışılmalıdır. Ancak “ileriye etkili bir geçersizlik” bu sona erdirmenin gerekçesi olmamalıdır. İdari yaptırımlar elbette saklıdır.

Çalışma izninin süresinin uzatılmamasının (UİK m. 7/f. 3, m. 10/f. 2) veya iptalinin (UİK m. 15/f. 2) geçerliliğe etkisinde de benzer bir tavır benimsenebilir: söz konusu idari işlemlerin geçerliliğe bir etkisi yoktur. Ancak iznin süresinin uzatılması için başvuru işlemlerinde yahut iznin iptalinde taraflara atfı kabil bir kusurlu davranış yahut yüklenebilecek bir ifa engeli olup olmamasına göre askı hali, fesih için haklı sebep ya da geçerli neden teşkil edebilir (örneğin işçinin, bu hususta işveren tarafından kendisine izin verilmesine rağmen gerekli işlemleri yaptırmaması ya da aksine işverenin bu hususta işçiye başvuru işlemleri için izin vermemesi sonucu işlemlerin yapılamaması).

Görüldüğü gibi, tek başına çalışma izninin olmaması yahut çalışma izninin süresinin uzatılmaması (veya çalışma izninin iptali), kural olarak, yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açacak ağırlıkta bir neden olarak değerlendirilemez. Ancak sözleşmenin geçerliliğinden çok sona ermesine, bu sona ermenin usulüne ve sonuçlarına ilişkin sorunlar doğurur. İş sözleşmesinin ve buna dayalı çalışma izni başvurusunun Türk vatandaşlarına hasredilmiş bir işe ilişkin olarak yapılması hali ise (ki UİK m. 9/f. 1-ç uyarınca açık seçik olarak izin başvurusunun reddi sebebidir), tarafların dışarıya karşı yapmış görünseler de ifa edilmesini hiç öngörmedikleri bir sözleşme yapması gibi değerlendirilmelidir. Ancak bu durumdaki yabancı işçi fiilen çalıştırılmışsa, sözleşmenin tarafı yönünden bu defa kamu düzenine ilişkin ağır bir ihlal olmakla birlikte, sözleşmenin baştan itibaren hükümsüzlüğü ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin aynen uygulanması yerine İş K. m. 394/f. 3’ün dikkate alınması, ayrıca bu yasaya aykırılığı gerçekleştiren işverenin, kendi sebep olduğu bir durumdan faydalanmaması için pozitif hukukta bir düzenleme yapılarak aynı işte çalışacak Türk işçisinin çalışmasına ve feshe bağlı haklarına denk götürü bir tazminatla yükümlü kılınması, caydırıcı bir medeni yaptırım olacaktır. Fakat bu şekilde çalışan yabancı işçinin de aynı nedenden dolayı ödüllendirilmemesi gerektiği savunulacaksa, o halde işveren açısından böyle bir durum için gerçekten caydırıcı idari ve cezai yaptırımlar öngörülmesi ve fiilen hayat geçirilmesi gerekir.

2.2. Çalışma İzninin İş Sözleşmesi Türleriyle İlişkisi

Bu başlık altında tartışılacak husus, süreli çalışma izinlerinin, yabancı işçiyle akdedilen bir hizmet sözleşmesinin 4857 sayılı İş K. m. 11 uyarınca bir “belirli süreli” iş sözleşmesi (İş K. m. 11) olarak tanımlanmasında bir ölçüt teşkil edip edemeyeceğidir. Bununla birlikte, öncelikle hukukumuzda yer alan bazı sözleşme türlerine de çalışma izinleri bakımından ortaya çıkabilecek teorik veya pratik sorunlar bağlamında değinilecektir.

2.2.1. Çeşitli Sözleşme ve Çalışma Türleri ile Çalışma İzinlerinin İlişkisi

2.2.1.1. Sürekli ve Süreksiz Nitelikte İş Sözleşmelerinde

4857 sayılı İş K. m. 10, sürekli işleri, nitelikleri gereği en çok otuz iş günü süren işler olarak tanımlamaktadır. Bu tanıma göre bir işin süreksiz iş olarak nitelenmesi, taraf iradelerine değil, bu işin objektif olarak gerektirdiği “iş günü” cinsinden süreye bağlıdır⁵⁸². Yani tarafların iradeleriyle bir işi “süreksiz iş” olarak nitelemeleri o işi süreksiz iş kılmayacağı gibi, objektif olarak 30 iş gününden az sürmesi gereken bir işin çeşitli gecikmeler nedeniyle daha uzun sürmesi veya tam tersine 30 iş gününden daha uzun bir süreyi objektif olarak gerektiren bir işin üç vardiyalı çalışma ile daha kısa sürede bitirilmesi de o işi süreksiz iş olmaktan çıkarmayacaktır⁵⁸³.

ÜİK m.10’da çalışma izninin süresinin iş sözleşmesinin süresini aşamayacağının belirtilmesi, bu süreksiz işler açısından çözümlenmesi gereken bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle çalışma izni işgününe göre değil belirli bir takvim süresine göre verilmektedir. İkincisi niteliği gereği en çok 30 iş günü sürmesi gerektiği halde işin çeşitli nedenlerle daha uzun sürebilmesi halinde 30 işgünü dikkate alınarak verilmiş bir çalışma izninin uzatılması için ayrıca başvuru yapılması gerekebilecektir. Bu sebeple çıkabilecek aksaklıklar göz önüne alınarak ve idareye yapılacak çalışma izni başvurusunda bu konuda tamamlanacak işin uzama riski dikkate alınarak hazırlanmış bir sözleşmenin sunulması gerekir. İş K. m. 10/f. 2’de süreksiz işlerde uygulanmayacağı belirtilen kanun maddeleri arasında İş K. m. 11

⁵⁸² Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 210-211; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 68; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 426.

⁵⁸³ Süzek, **İş Hukuku**, s. 249-250; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 177; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 68; Esener, **a.g.e.**, s. 132.

sayılmadığından, belirli bir işin tamamlanmasına yönelik belirli süreli iş sözleşmesi yapılarak çalışma izni başvurusunda kullanılabilir.

2.2.1.2. Azami Süreli İş Sözleşmelerinde

İş sözleşmesi yapan tarafların sözleşme için azami bir süre belirledikleri ve bu süre içerisinde sözleşmeyi fesih ihbarı ile sona erdirmeye haklarını saklı tuttıkları sözleşmeye “azami süreli iş sözleşmesi” denir⁵⁸⁴. Süresinin devamı boyunca bu sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabidir. Bir yandan, bu tür sözleşmelerin, süresi zarfında olağan fesih ile sona erdirilmesi mümkün belirli süreli iş sözleşmeleri oldukları, ancak diğer yandan hem bu fesih ihbarının sürelendirmeyi anlamsız kılması bakımından belirli süreli iş sözleşmesi ile gerçek anlamda bir özdeşlik taşımadıkları hem de kararlaştırılan sürede sona erme halinde nesnel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile bir farklılık sergilemediği için iki sözleşme tipi (belirli ve belirsiz) arasında karma bir sözleşme tipi olduğu belirtilmektedir⁵⁸⁵. Kararlaştırılan azami sürenin sona ermesi ile iş sözleşmesi bir bildirime gerek duyulmadan kendiliğinden sona ereceği için azami süreli iş sözleşmesinin kurulması, İş K. m. 11’te belirli süreli iş sözleşmelerinin kuruluşu için öngörülen koşullara tabidir. Dolayısıyla bu sözleşmenin kurulabilmesi için belirli süreli sözleşmenin varlığı için aranan “objektif neden” aranacaktır⁵⁸⁶. Doktrinde, süreli çalışma izni olan yabancı işçinin iş sözleşmesinin azami süreli nitelikte olabileceği yahut aynı işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile de çalışabileceğini savunulmaktadır⁵⁸⁷.

2.2.1.3. İş Sözleşmesinin Koşula Bağlanması

TBK m. 170 ve m. 173’te, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin veya sona ermesinin taraf iradeleriyle kararlaştırılan ve ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olguya (geciktirici veya bozucu koşula) bağlanması düzenlenmektedir. Bir

⁵⁸⁴ Esener, **a.g.e.**, s. 134; Oğuzman, **Fesih**, s. 12-13; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 71.

⁵⁸⁵ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 13-14; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 29-30. Karş. Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 224-225.

⁵⁸⁶ Gülsevil Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mercek**, Yıl 9, S. 3, s. 76; Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 20-21 Kasım 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 48; Süzek, **İş Hukuku**, s. 265; Münir Ekonomi, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu I” (Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu), **LİSGHD**, Yıl 2006, S. 9, s. 32; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 31. Ayrıca bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 81.

⁵⁸⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 248.

iş sözleşmesinin tamamı veya bazı hükümleri de koşula bağlı olarak düzenlenebilir. Koşulun geçerliliği TBK m. 27 ve m. 176 hükümlerine uygun olarak, yani hukuka ya da ahlaka aykırılık teşkil eden olumlu ya da olumsuz bir eylem içermeyecek, kesin hükümsüzlük arz etmeyecek şekilde kararlaştırılmasına bağlıdır. İş sözleşmesi geciktirici koşula bağlanmış ise, ancak bu koşul hukuka veya ahlaka aykırı yahut konusu itibarıyla imkânsız ise sözleşme geçersizdir. Sözleşmenin hüküm ifade etmesi bozucu koşula bağlanmış ve bu koşul geçersiz ise sözleşme koşulsuz olarak yapılmış sayılır ve geçerli olur⁵⁸⁸. Bu tür sözleşmelerin bir olayın ortaya çıkmasına bağlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinden farkı, belirli süreli iş sözleşmesinde bu olayın kendisinin gerçekleşeceğini kesinliği kadar gerçekleşme süresinin kesinliğinin de öngörülebilir olmasının gerekmesidir⁵⁸⁹.

Bozucu veya geciktirici koşula bağlı bir iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı tartışması, iş sözleşmesinin çalışma izninin verilmesi/uzatılması şeklinde bir geciktirici ya da bozucu koşula bağlanıp bağlanamayacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Ancak bu soruya olumlu yanıt vermek, teorik olarak mümkün olsa da, böyle bir kabul, vatandaş statüsündeki işçiye göre hukuki durumu itibarıyla zaten daha kırılgan durumdaki yabancı işçinin kendi hukuki durumunun öngörülebilirliğini daha da azaltacaktır. Bu hususta daha önce de belirtildiği gibi, çalışma izninin alınıp alınmaması veya süresinin uzatılıp uzatılmaması bir iş sözleşmesinde bozucu koşul olarak kararlaştırıldığında, fesihle ilgili hükümlerin dolanılması ve iş sözleşmesinin yabancı işçiler açısından kendine özgü bir sona erme şeklinin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır⁵⁹⁰. Kişisel ve hukuki bağımlılık unsurlarının bulunduğu bir sözleşmede, sözleşmenin güçlü tarafının iradesine bağlı bir geciktirici koşul getirilmesinin TBK m. 27 ve kişilik haklarıyla ne kadar bağdaşacağı ayrı bir sorundur. Tüm bu sonuçların Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin amaçlarıyla da uyumlu olduğunu söylemek güçtür.

⁵⁸⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s. 996.

⁵⁸⁹ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 15. Ayrıca bkz. Alpagut, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", s. 76-77; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Esener, **a.g.e.**, s. 134.

⁵⁹⁰ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 16 vd. Belirli süreli sözleşmede bozucu şarta bağlı sürelendirme lehine görüş için bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 67-68.

2.2.1.4. Takım Sözleşmesine Dayalı İş Sözleşmelerinde

Uygulamada artık rastlanmasa da çalışma izinleri bakımından teorik bir sorun ortaya çıkarabilecek diğer bir alan da takım sözleşmesine dayalı iş sözleşmeleridir. Kısaca belirtmek gerekirse İş K. m. 16'da düzenlenen takım sözleşmesi kavramıyla, birden çok işçinin bir "takım" meydana getirmesi ve bu işçilerden birinin, "takım kılavuzu" olarak takımı temsilen işverenle bir sözleşme yapması ifade edilir (m. 16/f. 1). Bu sözleşme yazılı geçerlilik şekline tabidir. Her işçinin kimliğinin ve alacağı ücretin ayrı ayrı belirtilmesi zorunludur (m. 16/f. 2).

Takım sözleşmesi çerçevesinde kurulacak iş sözleşmeleri bakımından, takım kılavuzunun UİK m. 7 ve m. 10 kapsamında bir izin alma yükümlülüğünden bahsedilemez, zira çalışma izni başvurusu bizzat çalışacak işçi ve işverene ait bir yasal yükümlülüktür. 6735 sayılı Kanun, iş kanunlarında yer alan işveren vekili, takım kılavuzu gibi kişilerin yükümlülüklerine açıkça değinmemektedir. Para cezasına ilişkin İş K. m. 102/f.1-a düzenlemesinde işverenin yanında işveren vekilinin de sorumlu tutulmasına benzer bir hüküm, UİK kapsamında m. 23/f. 9'da öngörülümüşse de takım kılavuzuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatın hâlihazırdaki durumunda, çalışma izni alamayan yabancı işçinin bu nedenle çalışmaya başlamaması halinde takım kılavuzunun ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden olarak⁵⁹¹ hukuki sorumluluğu söz konusu edilebilir (TBK m. 128, İş K. m. 16/f. 3).

2.2.1.5. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde

Yabancıların çalışma izinlerinin kural olarak belirli bir işyeri ve işverenle sınırlı olmasının sorun teşkil ettiği durumlardan biri de kısmi çalışmadır. İşçinin haftalık normal çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçinin çalışma süresine göre nazaran önemli derecede daha az belirlendiği⁵⁹² iş sözleşmeleri, kısmî süreli iş sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır (İş K. m. 13/f. 1, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 6).

⁵⁹¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 94-95. Karş. Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 84; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 463-464.

⁵⁹² Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 85-86; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 196-197 vd.; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 75; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 428 vd.

İşçinin değişik işverenlerin yanında birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması mümkündür⁵⁹³. Ancak bu durumdaki yabancı işçi ile ilgili olarak, her bir işveren ve işyeri için (şayet yabancı işçi UİK m. 10/f. 4'teki ayrıcalıklara sahip olmasını temin eden süresiz çalışma izni veya başka türde özel bir çalışma izni bulundurmuyorsa) UİK m. 10/f. 1 uyarınca ayrı bir izin prosedürünün takip edilmesi mi gerektiği sorulabilir. UİK m. 19/f. 2 ve Uygulama Yönetmeliği m. 43/ f. 2, yabancı öğrencilerden ön lisans ve lisans düzeyinde öğrenim görmekte olanların ancak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışabileceklerini açıkça düzenlemiştir. Bununla birlikte kural tam süreli iş sözleşmesiyle çalışmadır. Zira Uygulama Yönetmeliği m. 56 f.1-n ve m. 60/f. 4, çalışma izni alındıktan sonra tam süreli çalışmanın kısmi süreliye dönmesine sebep olacak şekilde bir sözleşme değişikliği yapılmasını yasaklamakta ve çalışma izninin veya muafiyetinin iptali sebebi kabul etmektedir. Diğer yandan 6735 sayılı Kanunda yabancı işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Yasada öngörülme-yen bir sınırlamanın yönetmelikle getirilmesi hukuk tekniği bakımından sakıncalıdır ve ayrıca tarafların sözleşmede esaslı değişiklik yapmasına imkân tanıyan düzenlemelerle de (İş K. m.22) çelişkilidir. Öte yandan yine Uygulama Yönetmeliği m. 60/f. 2 c. 1, açıkça, çalışma izni veya izin muafiyetinin kısmi süreli çalışma için de düzenlenebileceğini düzenlemektedir; ne var ki kapsamını belirtmemektedir. Süreli çalışma izninin belirli bir iş ve işyerine ilişkin olarak verilebilmesi karşısında (UİK m. 10/f. 1), tüm bu düzenlemelerin, birden fazla işverene ve işyerine bağlı olarak kısmi süreli iş sözleşmesi yapmak isteyen bir yabancı işçinin çalışma izni sorununu çözdüğünü söylemek veya böyle bir talepte bulunan bir işçinin izin talebinin kabul edilebileceğini söylemek güçtür. Bu hususta, şayet yabancı işçinin birden fazla işyerinde kısmi süreli sözleşme ile istihdamının önüne geçmek şeklinde bir iş gücü politikası yoksa, her bir çalışma tipi ve sözleşme türü dikkate alınarak mevzuattaki çelişki ve eksikliklerin giderilmesi gerekir.

Kanunda ayrıca düzenlenen (İş K. m. 14/f.1) ve kısmî süreli iş sözleşmesinin özel bir görünümü niteliğindeki çağrı üzerine çalışma⁵⁹⁴ için de, kanunda yer verilmeyen ancak uygulamada rastlanan “iş paylaşımı” ve “yan iş” gibi başka kısmi

⁵⁹³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 88-89; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 200; Gizem Sarıbay, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal, İstanbul 2008, s. 278-279.

⁵⁹⁴ Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 79; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 213 vd.; Sarıbay, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi”, s. 284 vd.

sürelî iş sözleşmesi türleri için de⁵⁹⁵, yabancıların çalışma izinlerine ilişkin mevzuatta, açık bir düzenleme yer almamaktadır.

2.2.1.6. Uzaktan Çalışma ve Evde Hizmet Sözleşmesinde

Uzaktan çalışma ve evde hizmet sözleşmeleri, tanımları dikkate alındığında, çalışma izinlerinin içermesi gereken “belirli bir işyeri” unsuru açısından değinilmesi gereken diğer bir sorunlu alandır. İş K. m. 14/f. 4’e göre, uzaktan çalışma, işverenin *iş organizasyonu içinde iş görme ediminin ifasının işçinin evinde veya teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla işyerinin dışında gerçekleştiği* ve yazılı olarak kurulması gereken bir iş ilişkisidir. Evde hizmet sözleşmesi ise 6098 sayılı TBK m. 461/f. 1’de tanımlandığı şekliyle, işveren tarafından tevdi edilen işin, ücret karşılığı işçinin evinde yada belirleyeceği başka bir yerde bizzat veya aile fertleri ile beraber yerine getirilmesinin borçlanıldığı sözleşmedir. Uzaktan çalışmanın hem evde çalışma hem de yapılacak işin teknolojik iletim araçları ile işyeri dışında çalışma (tele çalışma) temelindeki iş ilişkilerini kapsayan geniş bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁶. Diğer taraftan, uzaktan çalışmanın (daha doğrusu tele çalışmanın) evde tele çalışma şeklinde yapılsa bile, klasik anlamda evde hizmet sözleşmesiyle aynı türden işlere ilişkin olmadığı, farkı bir beceri ve organizasyon biçimi gerektirdiği belirtilmektedir⁵⁹⁷. Yazılı şekle tabi olan sözleşmede görev tanımı, işin ne şekilde nerede ve ne kadar sürede görüleceği, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin düzenlemeler, işçiye işverenin temin edeceği ekipmanla bu ekipmanın korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin yer alması gerekir (f. 5).

⁵⁹⁵ Sarıbay, Kısmi Sürelî İş Sözleşmesi, s. 289-290 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s.276 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 436 vd.

⁵⁹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 215-216; Süzek, **İş Hukuku**, s. 280. Yazarın uzaktan çalışmanın İş Kanunu’nda, evde çalışmanın TBK’da düzenlenmiş olmasının, evde çalışma faaliyetini iş kanunun kapsamı dışına çıkarmayı amaçlamadığına dair görüşü ve tele çalışma ile evde çalışma sözleşmelerinin uzaktan çalışmaya ilişkin iş kanunu hükümleriyle ilişkisi için bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 283 vd. Ayrıca bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 99-100. Karş. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 480-481, yazarlar evin İş Kanunu anlamında bir işyeri olmadığını ve bu sebeple 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Evde çalışma sözleşmesine yönelik bir inceleme için bkz. Murat Engin, “Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı**, 2002, s. 128 vd.

⁵⁹⁷ Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, Legal, İstanbul 2011, s. 44-45 ile s. 75; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 218-219. Teknolojinin uzaktan çalışmanın asli bir unsuru olduğu, klasik anlamda evde çalışma ile veya teknolojinin kullanıldığı her işle karıştırılmaması gerektiğine dair bkz. Ufuk Aydın, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal, İstanbul 2008, s. 352-353.

İşyeri kavramı, İş K. m. 2/f. 2 ve 3'te tanımlanmaktadır⁵⁹⁸. UİK m. 10 çerçevesinde çalışma izninin “belirli bir işyeri”ne özgü olması ile uzaktan çalışma ve benzeri tipte çalışmaların kanunda özellikle işyeri dışında yapıldığının belirtilmesi, bu tip bir sözleşmeye dayalı olarak yabancı işçi istihdamını engelleyen çelişkili bir durum gibi görünmektedir. Ancak UİK işyerini tanımlamamaktadır. Bu sebeple çalışma izni talebi sırasında belirli bir işverenin iş organizasyonu içinde uzaktan çalışmaya ilişkin yazılı sözleşmenin idareye sunulması, iznin belirli bir işyerine ilişkin olması koşulunun karşılanması için yeterli sayılmalıdır. Kaldı ki aynı işverenin aynı iş kolundaki başka işyerlerine ilişkin çalışma izni alınabiliyorken (UİK m. 10/f. 1), aynı işverenin iş organizasyonu içinde (ama bu defa işyeri dışında) uzaktan çalışma sözleşmesine ilişkin çalışma izni verilmemesi düşünülemez. Eklemek gerekir ki işyeri kavramının geleneksel sınırlarının aşılması ve işçi ile işveren arasındaki bağımlılığın ölçütü olarak “iş organizasyonu” kavramının⁵⁹⁹ öne çıkması dikkate alındığında da, UİK m. 10/f. 1'deki işyerini dar yorumlamamak gerekir⁶⁰⁰. Bu sebeple işçinin işverenin iş organizasyonu içinde uzaktan çalışma sözleşmesi ile çalışacağını izin başvurusunda idareye bildirilmiş olması, çalışma iznine ilişkin “belirli işyeri” koşulunun karşılanması için yeterli kabul edilmelidir. Zira, günümüzde artık sanal iş organizasyonlarının tartışıldığı da dikkate alındığında⁶⁰¹, burada işin yapıldığı yerin “tele” işyeri olarak nitelendirilmesinin⁶⁰² önünde engel teşkil eden bir kanun hükmü yoktur. Sonuç olarak iş hukuku ve uzaktan çalışma bağlamında hangi terimle ifade edilirse edilsin, UİK m. 10 anlamında çalışma izninin bir unsuru olarak işyerinin geniş anlaşılması gerekmektedir.

⁵⁹⁸ Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal, İstanbul 2007, s. 11 vd.; Kandemir, **a.g.e.**, s. 25 vd.

⁵⁹⁹ Doğan Yenisey, **İşyeri ve İşletme**, s. 82 ile özellikle s. 408-409. Yazar, işyerinin artık bünyesinde işçi istihdam edilen ve süreklilik taşıyan bir organizasyonu ifade ettiğini, İş K. m. 2'deki tanımın da iş organizasyonu kavramına yer verdiğinden hâkime güncel bir yorum için yeterli imkânı tanıdığını ve normun koruma amacı da dikkate alındığında kanundaki tanımın dar yorumunu gerektirecek bir durumun olmadığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Engin, “Atipik İstihdam Biçimleri”, s. 129; Kandemir, **a.g.e.**, s. 100-101.

⁶⁰⁰ İşyerinin fiziki bir birim olarak değil, bünyesinde bütün çalışanların edimlerini sundukları organizasyonel bir birlik olarak kavranması gerektiğine dair yaklaşımlar için bkz. Doğan Yenisey, **İşyeri ve İşletme**, s. 84.

⁶⁰¹ Doğan Yenisey, **İşyeri ve İşletme**, s. 418-419.

⁶⁰² Kavram için bkz. Aydın, “Tele Çalışma”, s. 369-370. Karş. Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s. 108. Yazar, tele çalışma ve evde çalışma hallerinde işçinin çalıştığı yerin çalışma yeri olarak nitelendirilse de işyeri olarak nitelenmesinin tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Aslına bakılırsa yazar, bu çalışmasında yasal düzenlemelerde sadece tipik bir durumun tanımlandığını, işyerinin tatmin edici ve kapsayıcı bir tanımının bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz. Doğan Yenisey, **a.g.e.**, s. 381 vd., s. 390.

Uzaktan çalışmada bir diğer önemli olgu, hiç kuşkusuz, işçinin çalıştığı yerin asıl işyerinin dışında ve aynı zamanda başka bir ülkede olması durumunda işin yapıldığı yer açısından da bir yabancılık unsurunun ortaya çıkmasıdır⁶⁰³.

2.2.1.7. Geçici İş İlişkisinde

İş ilişkisinde taraf değişikliğini düzenleyen farklı hukuki kurumlar, yabancı işçilerin çalışma izinleri söz konusu olduğunda çeşitli sorunları gündeme getirebilirler. Geçici iş ilişkisini bu yönden değerlendirerek, bu tip bir ilişki üzerinden taraf değişikliği içeren tüm hukuki kurumlar açısından belirli sonuçlara varılabilir. Geçici veya ödünç iş ilişkisi, mesleki amaçlı olan ve bu amacı taşımayan iş ilişkisini kapsayan bir kavramdır⁶⁰⁴. İş K. m. 7/f. 1'deki tanıma göre geçici iş ilişkisi, bir holding yapısı ya da *aynı şirketle topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirmeye ya da bir özel istihdam bürosu vasıtasıyla* kurulabilir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, 2. fıkra göre, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulur⁶⁰⁵. Özel istihdam bürosu bu ilişkiyi kurmayı gelir getirici bir faaliyet olarak yapar; kurduğu ilişki sebebiyle, geçici işçiyi ödünç alan işverene devreden büro, bu faaliyetinin karşılığı ondan bir parasal karşılık alır. Bu mesleki amaçlı geçici iş ilişkisidir ve büro bu ilişkide işveren sıfatını taşır (f. 11). Özel istihdam bürosu aracılığı ile bu ilişki ancak kanunda belirtilen (İş K. m. 7/f. 2-a, b, c, d, e, f, g vd.) koşullarla kurulabilir⁶⁰⁶. Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi ise İş K. m. 7/son fıkrasına göre işçinin devir sırasında yazılı onayı alınmak suretiyle bir işverenin işçisinin aynı şirketler topluluğunda yer alan ya da holding yapısı içinde bağlı başka

⁶⁰³ Kandemir, **a.g.e.**, s. 162-163 vd.

⁶⁰⁴ Engin, "Atipik İstihdam Biçimleri", s. 118-119; Münir Ekonomi, "Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, Legal, İstanbul 2008, s. 234-235 vd. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Ali Güzel/Hande Heper, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2017, S. 1, s. 11 vd.

⁶⁰⁵ Bu hususta bkz. Ercüment Özkaraca, "Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayını, Kasım 2018, s. 55 vd.

⁶⁰⁶ Özkaraca, "Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi", s. 68 vd.; Güzel/Heper, **a.g.e.**, s. 30 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 296 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 234 vd.; Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s. 258 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 128-129; Ekonomi, "Ödünç İş İlişkisi", s. 247 vd. Geçici işçi teminine ilişkin sözleşme, İş K. m. 7/f. 2-a bendinde sayılan hâllerin (yani analık ve doğum izni, anne-babanın kısmi çalışması ile askerlik ve iş sözleşmesinin askıda olduğu benzeri durumların) devamı süresince, b ve c bentleriyle öngörülen hâllerde (mevsimlik tarım işleri ve ev hizmetlerinde) süre sınırı olmaksızın, diğer bentlerde sayılan hâllerde ise en fazla dört ay süreyle kurulur. Yapılan bu sözleşme, aynı fıkranın (g) bendinde öngörülen istisna hariç, en fazla iki defa ve toplamda sekiz ayı geçemeyecek şekilde yenilenebilir. Bu şekilde geçici işçi istihdam eden esas işveren yasal sürenin bitiminde, aynı iş için altı ay geçmeden tekrar geçici işçi işe alamaz (f. 3).

bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi halinde kurulur. Geçici iş ilişkisinin, borçlar hukukundaki alacağın temlikinin, işçinin yazılı rızasına bağlı, ancak alacağın temlikinden farklı olarak iş görme edimini talep hakkı kazanan geçici işvereni iş sözleşmesinin işveren tarafına tam anlamıyla oturtma amacı gütmeyen özel bir düzenlenişi olduğu belirtilmektedir⁶⁰⁷.

Bu ilişkide, geçici işçi, geçici işverenin işyerinde onun emir ve talimatı altında çalışmaktadır⁶⁰⁸. Bu durumun yabancı işçinin geçici işçi olarak çalıştırılması halinde çalışma izni bakımından sorunlara yol açabileceği düşünülebilir. Ama öncelikle belirtmek gerekir ki, yabancı işçilerin çalışma izinlerinin türünün, bu iznin süreli veya süresiz olmasının, bu işçilerin İş K. m. 7 kapsamındaki geçici iş ilişkisine dâhil olmaları halinde bu ilişkinin yasayla düzenlenmiş süreleri ile birbirine etkisi olacağını söylemek güçtür. Zira söz konusu ilişkide esas iş sözleşmesi devam etmektedir ve çalışma iznini almakla birinci derecede sorumlu olan esas işverendir. Yabancı işçinin süreli veya süresiz çalışma izniyle çalışmasının onun başka bir işverenle geçici iş ilişkisine dâhil olup olmamasına bu açıdan bir etkisi yoktur. Kaldı ki 6735 sayılı Kanunun lafzı tam tersine çalışma izninin iş sözleşmesinin süresini aşamayacağını belirtmektedir. Böyle olunca şayet yabancı işçi bir geçici iş ilişkisi çerçevesinde süreli olarak (örneğin sadece 6 ay süreyle) başka bir işveren yanında çalıştırılacaksa, burada tam tersine sözleşmenin niteliğinin çalışma iznine etkisinden bahsedilebilir. Ancak izin süresi dolmuş, izni iptal edilmiş veya izni yenilenmemiş ya da hiç izni olmayan bir yabancı işçinin özel istihdam bürosunca çalıştırılması halinde, özel istihdam bürosunun⁶⁰⁹, işçinin geçici iş ilişkisi çerçevesinde diğer bir işverene ait işyerinde çalıştırılması halinde, hem özel istihdam bürosu (veya esas işveren) hem de geçici işçi çalıştıran geçici işverenin UİK m. 23'teki idari para cezalarından birlikte sorumlu olmaları düşünülebilir. Zira burada geçici işverenin aslında işçinin gerçek işvereni sıfatı olmadığı ileri sürülecek olsa bile yasadışı yabancı işçi istihdamının önlenmesi açısından geçici iş ilişkisi kurulan işveren de işçiyi çalıştırdığı süre açısından UİK m. 10, m. 22'deki bildirim yükümlülüğü ve diğer yasal düzenlemelerle bağlı kabul

⁶⁰⁷ Engin, “Atipik İstihdam Biçimleri”, s. 120-121; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 368-366.

⁶⁰⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 239-240 vd.

⁶⁰⁹ Özel istihdam Büroları Yönetmeliği'nin (RG 11.10.2016/29854) 27/f.1-f düzenlemesine göre çalışma izni yabancı işçi çalıştırmak, ayrıca özel istihdam bürosunun izninin iptali sebebidir.

edilmelidir⁶¹⁰. Geçici işçi çalıştıran işverenin nasıl ki İş K. m. 7/f. 9 uyarınca SGK yükümlülükleri bulunmakta ise, yabancı işçinin çalışma izni açısından da aynı sonuca varılmalıdır. Bu hususta açık bir yasal düzenleme yerinde olacaktır.

Geçici iş ilişkisiyle bağlantılı bir diğer sorun ise, çalışma izninin idari denetimin gereği olarak yasada belirli bir işyerine ve işverene ilişkin olması karşısında (UİK m. 10/f. 1 vd.) nasıl başka bir işverenin yönetim yetkisi altında ve onun işyerinde çalışmak üzere geçici iş ilişkisi kurulabileceğidir. İster mesleki amaçlı ister mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi söz konusu olsun, farklı bir iş, işyeri ve işveren için ayrıca çalışma izni talep edilmesi gerekecek midir? 6735 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği, bu hususta bir düzenleme içermemektedir. Üstelik UİK m. 15/f. 2 yanıltıcı veya eksik bilgilerle çalışılması veya kanuna herhangi bir aykırılık halinde çalışma izninin iptalini öngörmektedir. Bu sebeple başka bir işverenin işçisini işyerinde İş K. m. 7 kapsamında çalıştıracak işverenin ve işçisini bu işverene devredecek işverenin, ayrı bir çalışma izni için başvurmaları gerekliliği ortaya çıkar. Ancak diğer yandan işçinin zaten mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin tarafı olan bir özel istihdam bürosunda çalıştırılacak olması, UİK m. 15/f. 2-d uyarınca esas işveren yanında çalışma izni alırken bildirilmesi gereken bir husustur. Özel istihdam bürosu için çalışma izni alındıktan sonra, geçici iş ilişkisi kurulduğunda ve işçi geçici işverenin işyerinde çalışmaya başlayacağı sırada, yeni işyeri ve işveren için tekrar izin alınmasının kanunun amacı ve pratik açısından gerekli olduğunu söylemek güçtür. Denetim sağlanması açısından, bu hususun idareye ilk izin başvurusundaki koşullara atıfla geçici işveren yanındaki çalışma başlarken bildirilmesi şeklinde bir yasal yükümlülük getirilebilir. Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde de benzer bir çözüm benimsenebilir. Ancak izin başvurusunda böyle bir bilgilendirme yapılmamışsa tekrar izin almak gibi bir zorunluluk ortaya çıkacaktır⁶¹¹.

Yabancı işçiler, geçici iş ilişkisine tabi olarak çalışmaları halinde, İş K. m. 7/f. 10 gereği geçici işçi çalıştıran işveren kendilerini doğrudan istihdam etseydi hangi koşullarda çalıştırılmaları gerekiyorsa o koşullarda çalıştırılmak zorundadırlar⁶¹².

⁶¹⁰ Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 522 vd. Yazar bu hususta açık bir düzenleme olmadığından geçici işverenin yaptırımla karşılaşmaması anlamına gelebileceğini, bunun önüne geçilmesi gerektiği görüşündedir, bkz. s. 525.

⁶¹¹ Bu hususta ayrıca bkz. Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 525, dn. 252.

⁶¹² Bu halde, çalışma ve dinlenme saatlerine, genel tatil ve izinlere ilişkin düzenlemeler, geçici işçi çalıştıran işverenin kendi daimi işçilerine uyguladığı düzeyin altında olamayacaktır. Bu çalışma

Geçici iş ilişkisi kurularak, yabancı işçinin, örneğin, geçici işveren yanında yabancılara yasaklanmış bir mesleği icra etmesinin sağlanmasının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçici iş ilişkisini geçersiz kılacağı savunulmaktadır⁶¹³. Geçici işverenle işçinin kendi işvereni arasındaki ilişki açısından bu sonuç yerinde kabul edilebilir. Aynı görüş, böyle bir geçici iş ilişkisinin amaçlanmasının, işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesini de geçersiz kılacağını ileri sürmekte ise de esas iş sözleşmesi açısından bu sonuca, sadece esas işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinde sırf yabancılara yasak mesleklerle ilgili emredici kuralları ihlal amacı güdülmesi ve bu amaçla işçi istihdam edilmesi halinde varılmalıdır.

Geçici işçinin bu iş ilişkisi sona erdikten sonra gerçek işverenin, işyerine dönmesi gerekir. İşçi geri dönemezse veya gerçek işvereni onu çalıştırmazsa iş sözleşmesi ilk durumda işçi, ikinci durumda işverence haklı bir sebep olmaksızın feshedilmiş sayılır⁶¹⁴. Bu durum, UİK m. 15/f. 2-ç düzenlemesine göre çalışma iznini sona erdirir. Gerçek işverenle yapılan sözleşme sona ermiş ancak bu sırada işçi geçici işverenin yanında çalışmaya devam ediyor ise bu durumun artık geçici işverenle yeni bir sözleşme kurulduğu anlamına geldiği kabul edilmektedir⁶¹⁵. Nitekim İş K. m. 7/f. 13'de, bu olasılığa, geçici iş ilişkisinin sona erme tarihinden itibaren bir belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulması sonucunu bağlayan özel düzenleme mevcuttur. Böyle bir durumda geçici işveren yanındaki çalışması bir çalışma iznine dayansa bile esas iş sözleşmesi sona erdiği ve artık yeni bir iş sözleşmesi söz konusu olduğu için UİK m. 15/f. 2-ç dikkate alınarak yeni bir çalışma izni talebinin gerekli olduğu kabul edilmelidir. Zira burada artık önceki işveren yanındaki sözleşme ile alınan iznin iptal koşulları ortaya çıkmış ve (işyeri aynı ama sözleşmenin tarafı artık farklı bir işveren olduğundan) farklı bir izin başvurusu koşulları oluşmuştur.

koşulları açısından eşit muamele yükümlüsü geçici işverendir. Ancak ücret vb. haklar bakımından geçici işçinin işvereni özel istihdam bürosu olduğu için, esas iş sözleşmesinde işveren sıfatına haiz olan büronun, geçici işverenin aynı durumdaki kendi işçilerine ödediğinden daha düşük bir ücret ödememekle yükümlü olduğu belirtilmektedir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 310. Ayrıca bkz. Özkaraca, "Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi", s. 81-82 vd. Yasal düzenlemenin geçici işverenin ücretten doğan sorumluluğunu, sadece İş K. m. 7/f. 2-f kapsamında çalıştırılacak geçici işçi için m 7/f. 11'de sınırlı olarak içermesinin eleştirisi için bkz. Güzel/Heper, **a.g.e.**, s. 46 vd.

⁶¹³ Akıntürk, **Yabancı Uyraklı İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 526.

⁶¹⁴ Ekonomi, "Ödünç İş İlişkisi", s. 245.

⁶¹⁵ Engin, "Atipik İstihdam Biçimleri", s. 125-126; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 126. Karş. Ekonomi, "Ödünç İş İlişkisi", s. 246-247. Yazar, böyle bir durumda sözleşmenin devredildiği sonucuna varılması gerektiği görüşündedir.

İş sözleşmesinin sona ermesi nedeni teşkil etmese bile, taraf değişikliği doğuracağından, yabancı işçinin çalışmasının devamı sırasında işyerinin devri (İş K. m. 6, TBK m. 428) veya iş sözleşmesinin devri (TBK m. 429) halleri açısından da benzer bir değerlendirme yapılabilir.

2.2.1.8. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

2.2.1.8.1. Genel Olarak

İş K. m. 11/f. 1, iş sözleşmesinin bir süreye bağlı kılınabileceği halleri ve belirli süreli iş sözleşmesinin tanımını içermektedir. Buna göre belirli süreli işlerde ya da bir işin tamamlanması yahut belli bir olgunun ortaya çıkması gibi nesnel koşullara dayanan ve yazılı olarak yapılan sözleşme belirli süreli iş sözleşmesidir. Genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı TBK m. 393/f. 1’de hizmet sözleşmesinin belirli veya belirli olmayan süreyle yapılabileceği, TBK m. 430/f. 2’de ise ancak esaslı sebep olması halinde belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste kurulabileceği öngörülmektedir.

Hukuk sistemimizde, iş sözleşmelerinin belirsiz süreli yapılmaları esastır. Bunun sebebi iş hukukunun işçiyi koruma amacıyla bağlantılı olarak güvenceli, düzenli ve sürekli istihdam hedefi, iş sözleşmesi belirsiz süreli nitelikte olan işçinin iş sözleşmesinin fesih usulü ve feshe bağlı sonuçlar ile iş güvencesine kavuşma açısından belirli süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçiye nazaran daha avantajlı konumudur⁶¹⁶. İş sözleşmesinin bu “normal”den sapılarak kurulmasını meşru kılan bir neden bulunması gerekmektedir⁶¹⁷. İş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılabilmesi için kanun (İş K. m. 11/f. 1) objektif koşullar öngörmektedir⁶¹⁸.

Bir belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için yasaya göre “belirli süreli bir iş”, yani ne kadar süreceği taraflarca bilinen veya öngörülebilen bir iş

⁶¹⁶ Güzel/Özkaraca/Ugan, **a.g.e.**, s. 275 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 212 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 251-252; Çelik/Canıklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 178-179; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 70-71.

⁶¹⁷ Alpogut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 73 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 14-15, ayrıca bkz. s. 48-49; Alpogut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, s. 74-75 vd.; Alpogut, “Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.45-46; Güzel/Özkaraca/Ugan, **a.g.e.**, s. 520 vd.; Çelik/Canıklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 181 vd. Farklı bir değerlendirme için bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 71.

⁶¹⁸ 6098 sayılı TBK m. 393 ve 430’dan hareketle bu kanun kapsamında sözleşmenin ilk bağitlandığında belirli süreli yapılmasına dair bir koşul içermediğine ilişkin bir karşılaştırma için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 401-402.

olmalıdır⁶¹⁹. İşin niteliği icabı belirli süreli olması gerekir⁶²⁰. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına olanak tanıyan bir diğer koşul, iş sözleşmesinin “belli bir işin tamamlanmasına” bağlanmasıdır. Bir bina yapımının veya bir projenin bitirilmesi için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁶²¹.

Yasada belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi öngörülen bir diğer hal, “belirli bir olgunun ortaya çıkması”dır. Bunun anlamı, işyerinin normal faaliyetine dâhil olmayan yahut olağan işleyişi dışında ve ancak geçici olarak iş gücüne ihtiyaç doğuran bir durumun ortaya çıkmasıdır. Örneğin iş sözleşmesi herhangi bir nedenle askıda olan bir işçinin yerine bir süre için başka bir işçi ile iş sözleşmesi yapılması mümkün olduğu gibi, bir siparişin yetiştirilmesi için ek iş gücüne ihtiyaç duyulması halinde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir veya işyerinin kendi faaliyeti dışında arızı olarak başka bir işin yapılması halinde de belirli süreli iş gücü çalıştırılabilir. Bu ve benzeri durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁶²².

Belirli süreli iş sözleşmesinin kuruluş koşullarında belirleyici olan işçinin nitelikli olup olmaması (yani belirli süreli sözleşme yapan işçinin nitelikli iş gücüne dâhil olup olmaması) değil, işin kendi niteliğidir⁶²³. Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesi yapma koşulları var olsa bile taraf iradeleri belirli süreli iş sözleşmesine yönelmiş olmayabilir, taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmak istemiş olabilirler⁶²⁴.

Doktrinde deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceği, tarafların sözleşme ile kesin olarak bağlanma amacı gütmeyen karşılıklı olarak birbirlerini ve

⁶¹⁹ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 7 vd.; Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, s. 78; Ekonomi, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu”, s. 20 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Esener, **a.g.e.**, s. 132-13; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 214-215. Karş. Savaş Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil**, Mart 2008, S. 9, s. 16 vd.; Savaş Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, **LİSGHD**, Yıl 2006, S. 9, s. 25 vd. Bozucu şarta bağlı sözleşmenin de belirli süreli olabileceği görüşü için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 10.

⁶²⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 184-185.

⁶²¹ Süzek, **İş Hukuku**, s. 253-254. Yazar, ihale ile verilen işlerde işverenin ihale almasının işçilerin de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışabilmesini gerektiren bir objektif koşul olmadığını, burada önemli olanın işverenin ihaleyi hangi süreyle aldığı değil işin niteliği olduğunu vurgulamaktadır, s. 254. Ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 230.

⁶²² Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 95 vd.; Güzel/Özkaraca/Ugan, **a.g.e.**, s. 537 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 254; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 214 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, **a.g.e.**, s. 73. Mevsim ve kampanya işlerinde belirli süreli iş sözleşmesi yapıp yapılamayacağına ilişkin tartışma için bkz. Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 105 vd.; Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, s. 80; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 208-209.

⁶²³ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 186-187; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 184.

⁶²⁴ Süzek, **İş Hukuku**, s. 260; Güzel/Özkaraca/Ugan, **a.g.e.**, s. 522. Karş. Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, s. 37-39.

çalışma koşullarını tanımak için bir süre öngörerek belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekleri, bunun objektif bir haklı neden oluşturabileceği belirtilmektedir. Ancak bunun için somut olayda denemenin gerçekten gerekli olmasına bağlı olduğu ve işçinin zaten çalıştığı bir işyeri ile deneme amaçlı sözleşme yapmasında bir haklı neden bulunmadığı, bunun dürüstlük kuralına aykırı olduğu çekincesi de konulmaktadır⁶²⁵.

Bazı hallerde, yasal düzenlemelerin “objektif koşul” teşkil ettikleri kabul edilmektedir⁶²⁶. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 9. maddesinde, özel öğretim kurumlarında çalışacak öğretmen ya da belirtilen diğer personel ile kurucu ya da kurucu temsilcisi arasında kurulacak iş sözleşmesinin en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yapılacağı, mazeretlerine dayanak kurumdan ayrılmış öğretmen ve öğrencilerin yerine alınacak olanlarla devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğrencileriyle bir yıldan daha az bir süre için iş sözleşmesi kurulabileceği düzenlenmektedir. Bu ve benzeri yasal düzenlemelerin gerçekten asgari süreli iş sözleşmesine mi imkân sağladıkları yoksa belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasını mı amaçladıkları, yasal düzenlemenin gerçekten objektif koşul sağlayıp sağlayamayacağı Yargıtay kararlarında ve doktrinde tartışılmıştır⁶²⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir dönem, 5580 sayılı Kanunun bu maddesi kapsamında her yıl yenilenen iş sözleşmeleri ile çalışan yönetici ve öğretmenlerin asgari süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı yönünde kararlar vermiştir⁶²⁸. Ne var ki Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, kanundan kaynaklanan bir objektif neden bulunduğu gerekçesiyle aynı kanun kapsamında çalışanlar hakkında belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına hükmetmiştir⁶²⁹.

⁶²⁵ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 77-78; Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, s. 83.

⁶²⁶ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 112 vd.

⁶²⁷ Yasal objektif neden aleyhine bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan, **a.g.e.**, s. 542 vd. Tartışmalar için ayrıca bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 758 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 235 vd.; Muhittin Astarlı, “İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Değerlendirme), **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 25-26 Kasım 2016**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 122 vd. Karş. Gaye Burcu Yıldız, “Bireysel İş ilişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 25-26 Kasım 2016**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 53. Ayrıca bkz. Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara 2016, s. 40 vd.

⁶²⁸ Y. 9 HD, E. 2015/17183 K. 2015/24789 T. 07.09.2015, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/ozel-ogretim-kurumlarinda-her-yil-yenilenen-sozlesmelerle-calisma>.

⁶²⁹ Y. 22. HD, E. 2016/10409 K. 2016/14333 T. 11.05.2016, <https://calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-3240-0599a755.pdf>.

Bu çelişkili kararlar sonrasında, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2017/1 K. 2018/2 sayılı 23.02.2018 tarihli içtihadı birleştirme kararında⁶³⁰ söz konusu düzenlemenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna vararak içtihadın birleştirilmesine karar vermiştir. Kararda, 5580 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin amacının eğitim-öğretim faaliyetinin öğrenciler bakımından kesintisiz devam etmesi, bu nedenle eğitim hizmetinin ve öğrencilerin korunması için belirli süreli sözleşme yapılarak tarafların fesih hakkını kullanmalarının önlenmesi olduğu belirtilmekte ve kanundan kaynaklanan bir objektif neden bulunduğu varsayılmaktadır.

Bir iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşme olabilmesi için yasada öngörülen objektif koşulları taşıması yetmez; taraflarında belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı amaçlamış olması gerekir. Başka bir deyişle başta işçi tarafı olmak üzere taraflarca, sözleşmenin devamının işin nitelik ve amacıyla sınırlı bulunduğu taraflarca ama anlaşılabilir olması gerekir. İşin amacına bağlı olarak sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin taraflarca objektif olarak yeterli açıklıkta saptanabilir, öngörülebilir olması şarttır⁶³¹.

Aynı işçi ile birden fazla kere belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması esaslı nedenlerin varlığına bağlanmıştır. Her ne kadar İş K. m. 11/f. 2'nin lafzı belirli süreli iş sözleşmelerinin bir defaya mahsus esaslı neden olmaksızın tekrar yapılmasına olanak tanır gibi görünse de, hatta sözleşmenin ilk kuruluşu için dahi esaslı neden bulunmasına gerek olmadığı savunulmuşsa da⁶³², hem ilk hem de ikinci defa belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında esaslı neden aranacağı ve bu esaslı nedenlerle ilk sözleşmenin varlığı için aranan “objektif nedenler”in aynı anlama geldiği kabul edilmektedir⁶³³.

Belirli süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan aynı durumdaki (emsal) işçiye göre, farklı ayrımı haklı kılan kıdem, vasıf, işin niteliği gibi bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin

⁶³⁰ YİBGK, E. 2017/1 K. 2018/2 T. 23.02.2018, www.kazanci.com.

⁶³¹ Süzek, *İş Hukuku*, s. 260-261; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, *a.g.e.*, s. 73-74.

⁶³² Bkz. Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, s. 18 vd. ve s. 21. Başka bir değerlendirme için ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *a.g.e.*, s. 414-415 vd.

⁶³³ Bkz. Ekonomi, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu”, s. 28 vd.; Güzel/Özkaraca/Ugan, *a.g.e.*, s. 529 vd. ve s. 557; Süzek, *İş Hukuku*, s. 261-262; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *a.g.e.*, s. 190; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *a.g.e.*, s. 418-419.

sürelî olmasından dolayı farklı işleme tâbî tutulamaz (İş K. m. 12/f. 1). Belirsiz ve belirli sürelî iş sözleşmesine göre çalışan işçiler arasında esaslı bir neden olmadıkça ayırım yapılamaz⁶³⁴. İş K. m. 12/f. 2 hükmünde ise, zaman kriterine göre bölünebilir menfaatler açısından orantılı muamele edileceğini, işçiler için bir iş koşulundan yaralanmada kıdem esas alındığı durumlarda da aksi uygulama için haklı neden olmadıkça belirsiz sürelî sözleşmeye tabi çalışan işçi için esas alınan kıdemin belirli sürelî sözleşmeye tabi işçi için de esas alınacağı öngörülmüştür.

2.2.1.8.2. Sürelî Çalışma İzninin Belirli Sürelî İş Sözleşmesinin Varlığı İçin Gerekli “Objektif Koşul” Şartını Karşılıyıp Karşılamaadığı Tartışması

2.2.1.8.2.1. Karşılaştırmalı Hukuk

İsviçre hukukunda belirli sürelî iş sözleşmesi, taraflarca bir süreye bağlanmış bir sözleşme olarak tanımlanmakla birlikte, bu sürenin her iki tarafça kesin olarak belirlenebilir, sürenin sonunun her iki tarafça da kesin olarak bilinebilir olduğu bir sözleşme olduğu belirtilmektedir⁶³⁵. Öngörülebilirlik koşuluna uyulması için, sözleşmenin süresinin yapılacak işin amacına, bir sonuç elde edilmesine, işin kapsamına ve benzeri koşullara göre anlaşılabilmesi gerekir. Bozucu şarta bağlı bir sözleşmede “belirlilik” unsuru yoktur⁶³⁶. Hastalanan bir işçi iyileşene ve işbaşı yapana kadar yerine başka bir işçi ile yapılan iş sözleşmesi, süre sonunun (yani iyileşme olgusunun ortaya çıkışının) bilinebilir olmaması sebebiyle belirsiz sürelî bir iş sözleşmesidir. Bununla birlikte hastalık rapor süresinin esas alındığı durumlarda iş sözleşmesinin belirli sürelî olduğu kabul edilmektedir. Her durumda, işçinin sözleşmesinin ne zaman sona ereceğini tam olarak bilmesi gerekir⁶³⁷. Kanun hükmü veya salt taraf iradeleriyle de süre belirlenebilir⁶³⁸.

İsviçre hukukunda 16 Aralık 2005 tarihli Yabancılar ve Entegrasyona İlişkin Federal Yasa’ya (LEI - Loi fédérale sur les étrangers et l’intégration) göre, ister bağımlı ister bağımsız çalışma şeklinde olsun, İsviçre’de gelir getirici faaliyette bulunmayı amaçlayan her yabancı (Avrupa Birliği vatandaşları ile Art. 2’de sayılan diğer istisnalar hariç) çalışma izni alması gerekmektedir (Art. 11 LEI). Yabancı

⁶³⁴ Bu hususta ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 64-65 vd.

⁶³⁵ Engel, **a.g.e.**, s. 355 vd.; Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 495.

⁶³⁶ Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 496.

⁶³⁷ Engel, **a.g.e.**, s. 356.

⁶³⁸ Wyler/Heinzer, **a.g.e.**, s. 496-497.

ikamet amacına göre farklı uzunlukta izinler öngörülmüştür (Art. 32-33 LEI). Bu konudaki 24 Ekim 2007 tarihli yönetmeliğe göre (Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative), en fazla bir yıllık bir çalışma ile bir yılı aşan çalışmalara farklı ikamet izinleri verilir (Art. 18a OASA). Yabancıнын kalış amacı ve koşullarında değişiklik meydana gelirse yeni bir izin alınması zorunludur (Art. 54 OASA). Yasa ve yönetmelik, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasını gerektiren bir düzenleme içermemektedir. Ancak her durumda bir iş sözleşmesinin ibrazı gerekmektedir (Art. 22, 44 OASA).

Fransız İş Kodunda belirli süreli iş sözleşmesi, L. 1241-1 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir ve bu sözleşmenin yapılabileceği haller sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bir işletmenin sürekli ve normal faaliyetine bağlı bir iş belirli süreli iş sözleşmesine konu edilemez veya belirli süreli iş sözleşmesi işletmenin normal devamlı faaliyetini içerir şekilde akdedilemez (L. 1242-1)⁶³⁹. Belirli süreli iş sözleşmesinin koşulları L. 1242-2 ve 1242-3 düzenlemelerine tabidir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesine sadece belirli ve geçici bir görevin ifası için (*"pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire"*), çeşitli nedenlerle (tatil vs.) devamsızlığı olan veya kendisi yerine belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılacak işçinin iş sözleşmesi yürürlüğe girene kadar başka bir işçinin çalıştırılmasının gerekmesi, ya da iş sözleşmesi askıda olan bir işçinin yerine başkasının çalıştırılması, kısmi süreli çalışmaya geçen bir işçinin işinin tamamlanması hallerinde, işletmenin normal çalışma yükünün üzerinde olması ve işletmenin normalde mevsimsel olarak böyle bir artışla karşılaşmaması şartıyla geçici bir faaliyet artışı yaşanması, mevsimlik işlerde ve belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının işin niteliği gereği teamül haline geldiği işlerde, belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için toplu sözleşmeler kapsamında işkolu sözleşmesi veya işletme sözleşmesinde yasadaki tanımlamalara uyularak mühendis ve kadro istihdamında, ayrıca belirli işlerde işletme şeflerinin yerine başkasının istihdamında (L. 1242-2 al. 4-5) başvurulabilir. Ayrıca L. 1242-3 düzenlemesi ile, işsizlikle mücadele kapsamında yasadaki öngörülen çalışma biçimlerinde, işverenin stajyer, öğrenci ve araştırmacılara tamamlayıcı bir mesleki formasyon sağladığı durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi yapılması kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Belirli süreli iş sözleşmesinin yasal koşullara aykırılık nedeniyle belirsiz süreli olarak kabul

⁶³⁹ "Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise."

⁶⁴⁰ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 307 vd.

edilebilmesi, sadece işçinin talebi ile mümkün olabilir⁶⁴¹. Ekonomik nedenlerle işçi çıkarılmasından itibaren 6 ay belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz (L. 1242-5). Toplu iş uyuşmazlığı sonucu iş sözleşmesi askıda olan bir işçinin yerine ve ayrıca yasa gereği belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırılmayacağı kabul edilmiş tehlikeli işlerde de bu tür bir sözleşme yapılamaz (L. 1242-6). Kural olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı sırada, süresi de belirlenmiş olmalıdır (L. 1242-7 al. 1). Ancak L. 1242-2'deki bazı hallerde belirli süreli iş sözleşmesinin asgari süreli olarak yapılacağı, bu durumda belirli süreli iş sözleşmesinin yeri doldurulacak işinin devamsızlığının sona ermesi veya sözleşmede amaçlanan şeyin gerçekleşmesi ile sona ereceği belirtilmektedir (L. 1242-7 al. 2-3). Belirli süreli iş sözleşmesinin süresi, iş kolu sözleşmesi ile de belirlenebilir (L. 1242-8). Bunun haricinde Fransız İş Kodu belirli süreli iş sözleşmeleri için çeşitli süreler öngörmüştür (L. 1242-8-1). Belirli süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır ve yapılaş nedeni belirtilir, aksi halde sözleşme belirsiz süreli kabul edilir (L. 1242-12).

Fransız hukukunda belirli ve belirsiz iş sözleşmelerine göre çalışacak yabancı işçilerin almaları gereken izinler farklıdır⁶⁴². Sığınma hakkı ve yabancıların ülkeye giriş ve ülkede ikâmetleri hakkındaki kanun (CESEDA - Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), her bir sözleşme türü için farklı düzenleme öngörmüştür (L. 421-1, L. 421-3). Başka bir deyişle, Fransız hukukunda çalışma ve ikâmet izinleri, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasını belirlememekte, yabancı işçi hangi türdeki sözleşme ile çalışacak ise ona göre izin başvurusunda bulunmaktadır. Yine de, Fransız idari uygulamasında, işveren ve yabancı işçinin akdettikleri belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin, verilecek yasal izin süresini aşması halinde izin taleplerinin reddedildiğine ilişkin örnekler bulunmaktadır⁶⁴³. Öte yandan, belirli süreli iş sözleşmesinin devamında yasal izin süresinin uzatılmamasının (yenilenmemesinin), iş sözleşmesinin süresini yasal izin süresine göre belirlemeyen işverenin baştan kabul ettiği bir risk olduğu ve işverenin yasada öngörülen tazminatlardan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir⁶⁴⁴.

Alman hukukunda süreli çalışma izninin tek başına sözleşmeyi belirli süreli kılmadığı, zira çalışma izninin kamu hukukuna giren bir idari işlem iken iş

⁶⁴¹ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 320-321.

⁶⁴² Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 235.

⁶⁴³ Bkz. Wolmark, **a.g.e.**, s. 34.

⁶⁴⁴ Wolmark, **a.g.e.**, s. 95-96.

sözleşmesinin özel hukuk alanında gerçekleşen bir özel hukuk işlemi olduğunu, birinin diğerinin ön koşulu olmadığı belirtmektedir. Ancak sözleşmenin kuruluş aşamasında çalışma izninin uzatılmayacağı apaçık ve kesin olarak belli ise sözleşme belirli süreli yapılabilir ve objektif nedenden bahsedilebilir⁶⁴⁵.

2.2.1.8.2.2. Türk Doktrini ve Yargıtay'ın İlke Kararı

Türk hukuk doktrinde bir görüş, çalışma izninin süreli olarak verilmesinin yabancı işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi kabul edilmesi için gerekli objektif koşul unsurunu sağlamayacağını, çalışma izni verilmesinin idari bir prosedür olduğunu, belirli süreli iş sözleşmesi kabul edilebilmenin İş K. m. 11'de düzenlenen koşulların karşılanmasına bağlı olduğunu savunmaktadır⁶⁴⁶. Çalışma izinlerine ilişkin yasal düzenlemelerin amacı hangi durumda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini düzenlemek değildir ve bu yönde bir kural öngörülmemektedir⁶⁴⁷. Ek olarak, süreli çalışma izni olan yabancı işçinin, azami süreli iş sözleşmesi ile veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile de çalışabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁶⁴⁸.

Başka bir görüş ise, çalışma izinlerine ilişkin yasal düzenlemelerin belirli süreli iş sözleşmesinin kuruluşu için bir objektif koşul teşkil ettiğini savunmaktadır⁶⁴⁹. Bu görüşü savunan Başterzi, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmasında her durumda korunacak bir menfaati olmayabileceği kabulünden hareket etmektedir⁶⁵⁰. Buna paralel bir görüş, çalışma izinlerinin süreli olarak verilmesinin belirli süreli iş sözleşmesinin kuruluşuna yönelik bir objektif neden sayılabileceği ancak bunun tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmalarına engel olmayacağını savunmaktadır. Buna göre yabancı işçi, çalışma izninin süreli olması nedeniyle Türkiye'de ilk defa çalışmasında ve sonraki yıllardaki çalışmalarında, birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırılabilir ve bu sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını teşkil etmeyebilir. Bu şekilde art arda yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri tek bir

⁶⁴⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 249-250; Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 77-78; Ergin, "Yabancıların Çalışma Ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi", s. 1381.

⁶⁴⁶ Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 77 vd.; Ergin, "Yabancıların Çalışma Ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi", s. 1380-1381. Ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 248-249.

⁶⁴⁷ Ali Güzel, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi" (Değerlendirme 2005), **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara 2007, s. 29.

⁶⁴⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 248.

⁶⁴⁹ Süleyman Başterzi, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi 'İşçinin Haklı Menfaati'", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 428 vd. Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 217-218.

⁶⁵⁰ Başterzi, **a.g.e.**, s. 441.

sözleşme olarak değil ayrı ayrı belirli süreli iş sözleşmeleri olacaktır⁶⁵¹. Bu görüşlere benzer şekilde, Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'nde m. 17/f. 3'te sadece adı geçen "iş akdi"nin, Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü'nün çalışma esaslarına ilişkin 1993/13 sayılı genelgesine göre, belirli süreli iş sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir⁶⁵². Söz konusu genelgede ise, en az 1 ay ve daha fazla çalışanlar için yazılı iş sözleşmesinin bir nüshasının bölge müdürlüğüne verileceği belirtilmekle yetinilmektedir, başka bir ifade yer almamaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin – sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bölümde de değinilen – 07.06.2005 tarih E. 2004/24583 K. 2005/20488 sayılı, çok tartışılmış bir kararında, çalışma izinlerine ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak işçi yönünden çalışma izinlerinin nasıl alındığının belirlenmesi ile izinlerin birer yıllık alınması ve sözleşmenin de aynı şekilde birer yıllık yapılması halinde belirli süreli sözleşmeden bahsedilmesi gerektiği, iznin süresiz olması ya da izinsiz çalışılması halinde ise iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁶⁵³. Yargıtay'ın bu kararında süreli çalışma izinlerini belirli süreli iş sözleşmesi için tıpkı 5580 sayılı Kanunda olduğu gibi yasadan kaynaklanan objektif bir koşul gibi değerlendirmesi eleştiri konusu olmuştur⁶⁵⁴.

Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Daireleri'nin birleşmeleri sonrasında, Eylül 2020'de yapılan görüşmede, iki daire arasında görüş farklılıklarına konu olan hususlar ilkeye bağlanmıştır. Bu hususlar arasında yabancıların çalışma izniyle belirli süreli iş sözleşmesi arasındaki ilişki de bulunmaktadır. Yeni ilke kararına göre (33 nolu ilke kararı) Türkiye'de çalışan işçilerin yabancı ülke vatandaşı olması, tek başına iş sözleşmelerinin belirli süreli yapılması için bir objektif neden teşkil etmediği gibi, çalışma izinlerinin süreli olması da sözleşmelerinin türüne etkisizdir⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 516 vd.

⁶⁵² Çelik, "Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi", s. 61.

⁶⁵³ Y. 9. HD, E. 2004/24583 K. 2005/20488 T. 07.06.2005, www.kazanci.com. Karşı oy yazısında, Başkan Mustafa Kılıçoğlu, olayda 9 yıl süreyle kesintisiz ve izinsiz çalıştırılan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerektiğini, bu kadar uzun süre çalıştırılan bir kimsenin süreli çalışma izninin olmasından bahsedilemeyeceğini ve fiili çalışmasının zaten kabulü gerekeceğini belirtmektedir.

⁶⁵⁴ Laçiner (Ergin), Karar İncelemesi, s. 32 vd. Ayrıca bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, s. 29.

⁶⁵⁵ Şahin Çil, "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)", Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 1634. Aynı ilke kararında, Türkiye İş Kurumu vasıtasıyla yurt dışında çalışmak üzere gidecek işçilerin sözleşmelerinde süre öngörülmesinin de sözleşmenin belirli süreli sayılmasını gerektirmediği belirtilmektedir.

2.2.1.8.2.3. Değerlendirme

Türk hukukunda, öncelikle pozitif düzenlemelere bakılacak olursa:

- UİK m. 10/f. 1’de süreli çalışma izninin sözleşme süresini aşmamak şartıyla en çok bir yıl süreli olarak verilebileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Tek başına bu düzenlemeden süreli çalışma izninin zorunlu olarak 1 yıla kadar süreli bir belirli iş sözleşmesini gerektireceği sonucunu çıkarmak güçtür. Öte yandan UİK m. 15/f. 2-ç lafzı, iznin iş sözleşmesinin sona ermesi ile iptal edileceğini göstermektedir.

- Mülga YÇİHK Uygulama Yönetmeliği Ek-2-I-A’da ilk defa çalışma izni başvurusunda yazılı iş sözleşmesi istenilse de, sözleşmenin türü konusunda bir zorunluluk belirtilmemektedir. UİK Uygulama Yönetmeliği’nde ise (m. 15/f. 8) başvuruda gerekli belgelerin Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nce internet sayfasında yayınlanacağı belirtilmektedir. Bakanlık ve Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde sadece “belirli süreli iş sözleşmesi” örneği içeren matbu belgeler sunulmaktadır ki, tarafların sözleşmenin türünü belirleme serbestisine hiçbir açık yasal düzenleme olmadan bu şekilde internet sitesinden matbu sözleşme yayımlayarak ve onları bu sözleşmeyi doldurmaya zorlayarak hukuka uygun bir müdahalede bulunulmuş olunmayacağı izahtan varestedir.

6735 sayılı Kanun kapsamında, kanuna dayalı bir sürelendirmenin⁶⁵⁶ olup olmadığı tartışılabilir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif neden olmasa bile belirli süreli iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun kanunda yer aldığı yönündeki, 5580 sayılı Kanunla ilgili yapılan yorumların lafzi dayanağı, bu kanunun 9. maddesinde iş sözleşmesi ile ilgili “en az bir yıl” şeklinde açık bir sürelendirme yapılmış olmasıdır. Oysa 6735 sayılı Kanunda ve yabancıların çalışma izinleriyle ilgili diğer yasal düzenlemelerde 5580 sayılı Kanundaki gibi doğrudan sözleşme serbestisine müdahale niteliğinde açık bir sürelendirme lafzi olarak dahi yer almamaktadır. Bu da tesadüfi değildir, bu düzenlemelerin amacının farklı olmasının sonucudur.

5580 sayılı Kanunun 9. maddesiyle ilgili YİBGK kararında yapıldığı tarzda bir “amaçsal yorum”a benzer bir yorumun da 6735 sayılı Kanun ile yabancıların çalışmasına ilişkin mevzuat ve uluslararası anlaşmalar konusunda *genel bir kabul*

⁶⁵⁶ Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, s. 112 vd.

olarak yapılması güçtür. Zira 5580 sayılı Kanununda sözleşmenin sürelendirilmesinin dayanağının belirli, son derece özel bir iş ilişkisinde eğitim ve öğretim hizmetinin sürekliliği ve öğretmenin eğitim ve öğretim dönemi sonuna kadar çalışmasının temini olduğu savunulurken, aynı veya benzer bir korunmaya değer yararın genel olarak yabancı işçilerin tümünün iş sözleşmeleri açısından tecelli edeceğini söylemek mümkün değildir.

Bu hususta UİK m. 20’de yabancı mimar ve mühendislerin *proje bazlı olarak* geçici bir süre için çalışmasının öngörülmesi de kanundan kaynaklanan bir objektif neden olarak kabul edilemez. Zira burada nitelikli iş gücüne ihtiyaç duyulan, tamamlanacak bir işe yönelik⁶⁵⁷ geçici bir istihdam izninden bahsedilmektedir. Yani tam da İş K. m. 11/f. 1 c. 2 kapsamındaki işler söz konusu olduğu için belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilir. Burada da kanundan kaynaklı açık bir sürelendirme yoktur.

Yabancı işçilere süreli çalışma izni verilmesinin amacı, belirli aralıklarla çalışma izni alabilmek için gerekli ölçütleri halen taşıyıp taşımadıklarının idarece denetlenebilmesidir⁶⁵⁸. Bakanlığın veya Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde matbu bir sözleşme örneği yabancıların çalışma izni başvurularında “genel olarak” istenen belge vasfıyla yer almakta ve bu sözleşme metninde sözleşmenin “belirli süreli” olduğu, taraflar arasındaki ilişkiye Türk iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanacağı belirtilmektedir. Genel olarak yabancı işçilerin izin başvuru sürecinin, özelde 5580 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan öğretmenlerin istihdamıyla, iş sözleşmesinin idareye sunularak izin alınmasını içermesi yönünden gösterdiği benzerlik, sadece şekli ve yüzeysel bir benzerliktir. YİBGK’nun yukarıda alıntılanan kararı, 5580 sayılı Kanunun 9. maddesinin *ratio legis*’ini eğitim hizmetinin aksamaması olarak kabul etmiş, asgari süreli belirsiz iş sözleşmesinin bu amacı sağlamaya hizmet etmeyeceğini savunmuştur⁶⁵⁹. Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin düzenlemeler ise çok farklı iş alanlarını kapsamaktadır ve her tekil durumda bu şekilde korunacak bir “hizmetin sürekliliği” olmayabilir. Süreli çalışma iznine ilişkin kurallara, sözleşmenin kanuna dayalı sürelendirilmesine benzer bir müdahale gücü

⁶⁵⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s 212-213.

⁶⁵⁸ Laçiner, Karar İncelemesi, s. 44-45.

⁶⁵⁹ Kaldı ki, son derece gerçekçi ve isabetli bir yorumda, bu düzenlemenin eğitim ve öğretim faaliyetlerinin sürekliliği amacını gütmekten çok iş güvencesiz işçi çalıştırmanın ve tazminatsız işten çıkarmanın aracı olduğu açıkça dile getirilmektedir, bkz. Astarlı, “Değerlendirme 2015”, s. 126.

tanınması, amaçsal bir yorum değil, bu kuralların amacını aşan bir yorum olacaktır. Yabancıların çalışma izni başvurularında yazılı iş sözleşmesi istenmesi, idarenin bir yandan ulusal iş piyasasının ve ekonominin korunmasına yönelik denetim yetkisinin – deyim yerindeyse bir polis yetkisinin – diğer yandan temel insan haklarının korunmasının, bu arada insan kaçakçılığının, yasa dışı çalışmanın ve angaryanın önlenmesine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının bir gereğidir. Bu sözleşmenin gerçeğe uygun yapılması taraflar açısından UİK m. 15/f. 2-d'den kaynaklanan bir yükümlülük olarak yer almaktadır. Ancak burada dahi sözleşmenin türüne ve süresine yönelik olarak 5580 sayılı Kanundakine benzer saiklerle bir sınırlandırma getirilmemektedir.

Sürelî çalışma izninin belirli süreli iş sözleşmesi için objektif bir neden olarak kabul edilmesini desteklemek için ileri sürülen gerekçelerden biri, belirsiz süreli iş sözleşmesinin her durumda işçinin menfaatini korumayabileceğidir⁶⁶⁰. Burada ilk defa çalışma izni alan yabancı işçinin 1 yıl (aynı işverene ilişkin olarak iznin uzatılması halinde UİK m. 10/f. 2 gereği önce 2 ve sonra 3 yıl) için belirli süreli iş sözleşmesi yaptığı kabul edildiğinde, haksız fesih halinde işveren yabancı işçiye TBK m. 438 uyarınca bakiye süre ücretini tazminat olarak ödemek zorunda kalacaktır. Kısa süreli bir sözleşme ilişkisi açısından bakıldığında, sözleşme belirsiz süreli kabul edildiğinde İş K. m. 17 uyarınca ihbar tazminatı ile diğer feshe bağlı haklar her durumda bu kadar maddi avantaj sağlamayabilir. Ne var ki, işçinin hukuki menfaatleri ve korunması söz konusu olduğunda, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen yabancı işçinin, iş güvencesinden yoksun bırakılması söz konusu olabilecektir.

Diğer yandan BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesinin 25. maddesinde, göçmen işçilerin ücret ve sözleşmenin sona ermesinde istihdam devletinin vatandaşlarına uygulanandan daha olumsuz muameleye maruz bırakılamayacakları öngörülmüştür. Aynı işte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan Türk vatandaşına nazaran yabancı işçinin, salt çalışması süreli izne tabi olduğu için fesih usulüne ilişkin koruyucu kurallardan ve iş güvencesinden yoksun kalacağı bir sözleşme türüne mahkûm edilmesi bu kuralla bağdaşmamaktadır. Bir diğer taraftan, süreli çalışma izninin belirli süreli iş sözleşmesi için bir objektif koşul olduğu varsayıldığında, belirli süreli iş sözleşmesi sona ermeden, yabancı işçinin UİK m. 10/ f. 3-4 uyarınca süreli çalışma izninin yerine

⁶⁶⁰ Başterzi, a.g.e., s. 441.

süresiz çalışma izni olarak aynı işyerinde ve işverene tabi çalışmaya devam etmesi halinde ya da Türk vatandaşı olması durumunda, doktrinde savunulduğu gibi, sözleşmenin belirli süreli sayılmasına neden olan objektif nedenin ortadan kalkması ve sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi⁶⁶¹ mi kabul edilecektir? Oysa süreli çalışma izinlerine dayalı bir “objektif neden”den bahsederken aslında çalışma izninin niteliğine ya da işin niteliğine değil de aynı işte çalışacak işçiler arasında ayrımcılığa dayalı bir yorum esas alınmaktadır.

Bu sebeplerle, genel olarak süreli çalışma izninin, her durumda, yabancı işçinin iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirebilmemizi sağlayan bir objektif koşul teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Yapılması gereken, çalışma izinlerine ilişkin mevzuatı, sözleşme türlerine ve çalışma biçimlerine göre yeniden tereddüte mahal vermeyecek şekilde düzenlemektir.

2.3. Yabancı İşçinin Çalışma İzinleriyle İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedenlerinin İlişkisi

Bu kısımda, yabancıların çalışma izinlerine ilişkin mevzuatta yer alan iş sözleşmesinin sona ermesine ya da askıya alınmasına bağlı çeşitli düzenlemelerle, iş sözleşmesinin sona ermesinin ilişkisine değinilecektir. Ayrıca, çalışma izinlerinin iptali, izinsiz çalışma ve yabancı işçinin sınır dışı edilmesi, çalışma izninin süresinin sona ermesi veya yenilenmemesi hallerinin iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilişkisi, Türk iş hukukundaki haklı nedenle ve geçerli sebeple fesih kavramları çerçevesinde incelenecektir.

2.3.1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin/Askıya Alınmasının Çalışma İzinlerine Etkisi

İş sözleşmesinin sona erme biçimleri, nedenlerine göre çeşitlilik gösterse de, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’nun çalışma izni ve izin muafiyetinin sona ermesi ve iptaline ilişkin 15. maddesinin f. 2-ç düzenlemesi, sözleşmenin sona erme nedeni veya çalışma izninin türü konusunda bir ayırım yapmaksızın, yabancı işçinin iş sözleşmesinin sona erme nedeni hangisi olursa olsun çalışma izninin (veya izin muafiyetinin) Bakanlıkça iptal edileceğini öngörmektedir. “Sözleşmenin sona ermesi” ifadesi açıkça kullanılmamakta, bağımsız çalışanlar da kapsama alınacak şekilde,

⁶⁶¹ Bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 268-269.

genel bir ifade ile “çalışmanın sona ermesi”nden bahsedilmektedir. Uygulama Yönetmeliği’nde ise hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın bu sona erme durumunun tespiti çalışma izninin iptali sebebi olarak yer almaktadır (m. 56/f. 1-ç). Bu kaleme alınış tarzından ilk bakışta sanki yabancı işçinin fiili çalışmasının sona ermesi gibi bir anlam çıkarılabilir. Bununla birlikte, mevzuata göre, yabancı işçi açısından, çalışma izni başvurusu aşaması dahi (iş görme edimi henüz fiilen ifa edilmeye başlanmamış olsa bile) bir iş sözleşmesinin varlığını gerektirdiğinden, kanundaki söz konusu ifade iş sözleşmesinin sona ermesi olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde, çalışma fiilinin kendisi esas alınır, çok geniş bir yorum yapılmış olur ki, örneğin zorlayıcı nedenle iş sözleşmesinin askıda kaldığı, işçinin iş görme edimini fiilen getiremediği ancak tarafların henüz fesih hakkına da başvurmadığı haller çalışmanın sona ermesi şeklinde anlaşılabilir. En baştan belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin sona erme halleri, sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli oluşu, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması, sona erme sebebinin işçi veya işverenin kusurundan yahut etki alanından kaynaklanıp kaynaklanmaması gibi çeşitli durumlarda değişiklik gösterir. İş sözleşmesi, bir yönüyle, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan genel hükümlere de tabidir. Ancak diğer taraftan iş hukukundaki işçinin korunması ilkesi, sosyal kamu düzeni ve işin devamlılığının sağlanması gibi nedenlerle 6098 sayılı TBK’nun yanı sıra 4857 sayılı Kanun, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile çeşitli özel düzenlemeler getirilmiştir⁶⁶². Bu denli farklı boyutları olan bir hukuki meselede çalışma izinlerinin sona ermesi bakımından bir ayırım yapılmadan yapılan düzenlemenin sorun teşkil edeceği öngörülebilir.

Örneğin, UİK m. 10/f. 1’de ve Uygulama Yönetmeliği m. 24/f. 3’te çalışma izninin iş sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla en çok 1 yıl verilebileceğinin belirtilmesi, daha uzun süreli bir belirli süreli iş sözleşmesinde izin iş sözleşmesinin süresi içinde sona ermesi halinde yahut yenilenmesi veya bu sözleşmenin süresi bitip de belirsiz süreliye dönüşmesi halinde ayrıca çalışma izni başvurusunu gerektirmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesi, tanım gereği (taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde) bir fesih ihbarına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sona erdiğinde (TBK m. 430/f. 1), süresi henüz dolmamış bir çalışma izni de iptal edilecektir. Ancak sözleşme ilişkisi ister esaslı bir nedene dayalı olarak yine belirli süreli bir iş sözleşmesi biçiminde devam etsin, ister sözleşme TBK m. 430/f. 2

⁶⁶² Esener, **a.g.e.**, s. 209-210; F. Burcu Savaş, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi** (Haklı Fesih), Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 20.

uyarınca belirsiz süreliye dönüşün, yani süresi sonunda taraflarca örtülü olarak devam ettirilmiş ve esaslı bir nedene dayanmaksızın işçi işverenin emir ve talimatı altında iş görmeyi, işveren de bu edimi kabul etmeyi sürdürmüş olsun, yeni çalışma izni başvurusu ücret ve diğer çalışma koşulları açısından en baştaki sözleşmeye dayanmak zorundadır. Belirsiz süreliye dönüşme halinde, kural olarak bu dönüşümde yeni sözleşme, önceki sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren yine bu sözleşmenin (süre koşulu hariç) şartları ile hüküm doğuracaktır. Ne var ki bu aksi ispatlanabilen bir karinedir⁶⁶³. İşte bu halde, sözleşme ilişkisinin gerçekte belirsiz veya belirli süreli olarak devam edip etmemesinde, tarafların arasında gerçekten bir belirli süreli iş sözleşmesi olup olmadığına ilişkin ihtilaf ortaya çıkması, süresi biten çalışma izninin uzatılması için yapacakları başvuruda (ÜİK m. 9/f. 1-b ve m. 15/f. 2-d) yanıltıcı bilgi veya belge ile başvuru yapmış gibi kabul edilmelerinde etkili olabilir. Ancak sözleşmenin süresinin bitmesi, çalışma izninin iptali sebebi teşkil etse bile, esaslı nedene dayansın veya dayanmasın devam eden sözleşme ilişkisine dayalı olarak tekrar çalışma izni başvurusuna engel değildir.

Çalışma izinlerine ilişkin düzenlemelerde iş sözleşmesinin sona erme sebeplerini dikkate almaksızın tek bir sonuç bağlanması, gerçek kişi işverene bağlı olarak verilmiş çalışma izinlerinde bu işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin ve dolayısıyla çalışma izninin sona erip ermeyeceği ve bildirim yükümlülükleri açısından da belirsizlikler doğurabilecektir. Bilindiği üzere, iş sözleşmesi, kural olarak, özellikle işçi tarafı açısından, kişisellik unsurunun belirgin olduğu bir sözleşmedir. Borçların ifasına ilişkin genel kuralın (TBK m. 83) bir istisnası olarak iş sözleşmesinde (aksi kararlaştırılabilir olsa da) işçinin iş görme edimini bizzat yerine getirme yükümlülüğü vardır (TBK m. 395). Bu yükümlülük, iş sözleşmesinin işçinin kişiliğini ön plana çıkaran özelliğinin (intuitus personae) sonucudur. Kişilik unsurunun ön planda olması sebebiyle, TBK m. 440'da, işçinin ölümü, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiren (infisah etmesine sebep olan) bir neden olarak düzenlenmiştir⁶⁶⁴. Bunun sonucu olarak

⁶⁶³ M. Polat Soyer, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi" (Sona Erme), **Sicil**, Yıl 6 S. 22, Haziran 2011, s. 12-13. Yenilemeye ilişkin bu düzenlemelerin İş Kanunu kapsamındaki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 302-303 vd. Ayrıca bkz. Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri" (Hizmet Sözleşmesi), **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, TİSK yayını, Ankara, Ocak 2012, s. 139.

⁶⁶⁴ Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması** (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması), Kazancı Yayınları, Ankara 1976, s. 5-6; Alpagut, Hizmet Sözleşmesi, s. 150 vd.; Savaş, **Haklı Fesih**, s. 21; Süzek, **İş Hukuku**, s. 537; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 335-336.

çalışma izni de sona erecektir. Ancak ölüm olayına bu kendiliğinden sona erme sonucunun bağlanması, gerçek kişi işverenin ölümü halinde her zaman mümkün olmaz. Zira, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran yönü, işverenden çok işçinin kişiliği açısından ağır basan unsurdur. İşçi açısından belirleyici olan, işyerinin çalışma koşulları, ücret ve işyerinin özellikleridir. İşveren tarafı söz konusu olduğunda, iş sözleşmelerinde kişilik unsuru (*intuitus personae*) yerine işyerine bağlılık unsuru (*intuitus rei*) ağır basar⁶⁶⁵. TBK m. 441/f. 1’de külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak işverenin ölümü halinde onun yerini mirasçılarının almasının ve işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri sebebiyle iş sözleşmesinin devredilmesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanacağını öngörülmesi⁶⁶⁶, mirasın reddi (TMK m. 605 vd.) halinde iş sözleşmesinin sona ermesi⁶⁶⁷ de bu hususla bağlantılıdır. Sözleşme işverenin kişiliği dikkate alınarak yapıldıysa, işverenin ölümü iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir (TBK m. 441/f. 2). İlk durumda gerçek kişi işverenin ölümü, çalışma izninin de iptali sebebi teşkil etmeyecektir, zira miras reddedilmediği sürece aynı iş sözleşmesi mirasçılarla devam edecektir. Mirasbırakanın aczinin tespiti (TMK m. 605/f. 2) veya terekenin borca batıklığı sonucu mirasın hükmen reddinde de sözleşmenin sona ermesi ve dolayısıyla çalışma izninin sona ermesi söz konusu olur. UİK m. 22 ve Uygulama Yönetmeliği m. 61 düzenlemeleri incelendiğinde, bu gibi durumların bildirilmesine ilişkin, mirasçılar açısından, açık bir bildirim yükümlülüğü getirilmemektedir: mirası reddeden veya reddetmiş sayılan kişiler için bu tür bir yükümlülük öngörülmesi de, mirasın reddi kurumunun niteliği dikkate alındığında, güçtür. Dolayısıyla, gerçek kişi işverenin kişiliğinin önem arz etmediği ve yabancı işçinin çalışma izninin bu işveren adına verildiği iş sözleşmelerinde, işveren gerçek kişinin ölümü ve mirasının reddi halinde, çalışma izninin iptalini gerektirir bu durumun bildirim yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca mirasın reddedilmemesi halinde, sözleşme sona erme de, iş sözleşmesine mirasçıların taraf olacak olması karşısında yeni işveren isimlerine dayalı yeni bir çalışma izni başvurusu gerekmektedir. Mevzuat bu olasılığa ilişkin kolaylaştırıcı bir usul de içermemektedir.

Bir diğer husus da 6735 sayılı Kanunda, sözleşmenin askıda kalması hali, çalışma izni ve izin muafiyeti bakımından bir iptal veya sona erme nedeni olarak

⁶⁶⁵ Süzek, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması*, s. 8; E. Murat Engin, *İş sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi* (İşletme Gerekleri İle Fesih), Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 9.

⁶⁶⁶ Soyer, “Sona Erme”, s. 19; Alpagut, “Hizmet Sözleşmesi”, s. 151-152.

⁶⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 566.

açıkça öngörülmediği halde, Uygulama Yönetmeliği'nde buna ilişkin düzenlemelerin yer almasıdır. Öncelikle yönetmeliğin 30. maddesinde mücbir sebepler dışında tarafların kendi anlaşmalarına dayalı askı haline yer verilmektedir. Bu maddeye göre, iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulamasıyla askıya alınması ve bu iznin sona erdirilmesi hallerinin en az bir gün önceden işveren tarafından ÇSGB'ye bildirilmesi gerekir (f. 1). Bir işverene bağlı olacak şekilde verilen çalışma izinleri bakımından, en fazla doksan güne kadar yapılan ve zorunlu kamu hizmeti, analık, hastalık gibi mücbir sebepler bulunmaksızın tarafların karşılıklı anlaşmasına dayalı ücretsiz izin uygulamasının bildirilmesi halinde, çalışma izni bu ücretsiz izin süresince, başka deyişle sözleşme askıda kaldığı sürede askıda kalacaktır (f. 2). Bir işverene bağlı olmayan, yani süresiz çalışma izinlerinde izin belgesinin başlangıç tarihinden itibaren 5 yıllık süre sonunda yenilenmemesi iznin yenilenene kadar askıya alınması sebep olur (f. 3). Çalışma izni askıya alınan yabancı işçi, çalışma hakkını iznin askıya alındığı tarihten, ikamet hakkının ise takip eden 10 günlük süre sonundan askı halinin sonlanmasına kadar kullanamaz (f. 4).

Tarafların sözleşme serbestisi kapsamında kalan bir hususun (sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile askıya alınmasının) kanunda açıkça öngörülme-yen bir sınırlamaya yönetmelikle tabi tutulması tartışmalı bir husustur. Yönetmelikte, bu kısıtlamalara başkaları da eklenmektedir. Buna göre süresiz çalışma izni, işçinin çalışmasının mücbir sebepler haricinde aralıksız üç ayı aşkın ya da bir yıl içinde aralıklarla toplam altı ayı aşkın şekilde kesintiye uğradığının tespiti (m. 56/f. 1-d), bir işveren bağlı olarak verilen çalışma izinlerinde işçinin mücbir sebepler haricinde Türkiye dışında aralıksız şekilde altı ayı aşkın ya da bir yıl içinde aralıklarla toplam 1 yılı aşkın bir süre kalması (m. 56/f. 1-h) hallerinde iptal edilir. Devamla, m. 56/f. 1-i'de iptal sebepleri arasında, yukarıda anılan 30. maddede yer alan çalışma izninin doksan günü aşkın askıda kalması ile askıya alınmayı gerektiren durumun bildirilmediğinin tespiti de sayılmaktadır. Bu durumda 30. maddede yer alan ve tarafların iradeleri dışındaki sebeplerden kaynaklanmayan askı hali, 90 günü geçmesi halinde çalışma izninin bir iptal sebebini teşkil edecektir. Bu düzenlemelerde yer alan mücbir sebep (veya zorlayıcı neden) kavramı, borçlar hukukunun genel teorisine göre anlaşılacak olursa, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen, tarafların sorumlu tutulamayacağı ve borcun ifasını imkânsızlaştıran dışsal bir nedendir ve

borcun sona erme nedenlerinden biridir⁶⁶⁸. 6098 sayılı TBK m. 136, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması halinde borcun sona ereceğini düzenlemektedir, ki bu fesihle değil, kendiliğinden sona ermeyi içermektedir. Mücbir sebepten kaynaklanan ifa imkânsızlığına ilişkin 4857 sayılı İş K. m. 24/III ve 25/III’te “zorlayıcı sebepler” başlığı altındaki özel düzenlemeler mücbir sebebi haklı fesih nedeni olarak tanımladıklarından, iş sözleşmesinde kendiliğinden sona erme değil, mücbir sebebe dayalı askı halinin belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması nedeniyle haklı fesih söz konusu olacaktır⁶⁶⁹. Bu şekilde iradi olmayan, mücbir sebebe dayalı askı halleri, yasada ve yönetmelikte, tek başına çalışma izninin iptali sebebi olarak düzenlenmemiştir.

Mevzuat, (UİK m. 15/f. 2 c.1, Uygulama Yönetmeliği m. 56/f. 1) çalışma izninin (izin iptaline neden olan durumların bildirim yükümlülüğünden ayrı olarak) tarafların talebi ile iptal edilebileceğini öngörmektedir. İzne konu çalışma hakkının öznesi durumundaki yabancı işçi açısından böyle sebepten soyut bir iptal hakkının varlık nedeni anlaşılabilse de UİK m. 22 uyarınca zaten iş sözleşmesinin sona ermesini bildirmekle yükümlü işverenin sözleşmenin diğer tarafına ait bir hak üzerinde neden ayrıca böyle sebepten soyut bir tasarruf hakkına sahip kılındığı anlaşılamamaktadır. Bu düzenlemenin, bir yönüyle, sözleşme serbestisi ilkesinin bir görünümüyle bağlantılı olup olmadığı tartışılabilir: İş sözleşmesinin, tarafların anlaşması, başka bir deyişle sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir sözleşme (ikale sözleşmesi) yapmalarıyla sona ermesi⁶⁷⁰ hali açısından, iki taraf da sözleşmenin sona ermesinde mutabık kabul edileceğinden, böyle bir düzenleme hukuk mantığına uygun görülebilir. Belirli ya da belirsiz süreli olsun, tarafların anayasal sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak her zaman anlaşma yoluyla iş sözleşmesini sona erdirebilecekleri kabul edilmektedir⁶⁷¹ zira sözleşme özgürlüğü, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü de içerir⁶⁷². İ kale sözleşmesi, iş sözleşmesinin

⁶⁶⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 422; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 1002 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 798; Çavuşoğlu, **Geçici İfa İmkânsızlığı**, s. 166-167.

⁶⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 798-799.

⁶⁷⁰ Muhittin Astarlı, **İş Hukukunda İ kale** (İ kale Sözleşmesi), Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 6 vd.

⁶⁷¹ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 336 vd.; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi” (Anlaşma Yoluyla Sona Erme), **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s. 42; Mahmut Kabakçı, “Sözleşme Özgürlüğü ve İ kale” (İ kale), **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 7, S. 25, Mart 2012, s. 122 vd.; Astarlı, **İş Hukukunda İ kale**, s. 15 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 533; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 104 vd.

⁶⁷² Kabakçı, “İ kale”, s. 125.

niteliği gereği – kural olarak – ileriye yönelik hukuki sonuç doğuran ve tarafların karşılıklı uygun irade beyanıyla kurulan bir sözleşmedir⁶⁷³. Bu durumda serbest iradeleriyle ikale sözleşmesini yapan tarafların her biri çalışma izninin iptalini isteyebilecektir. Ancak, ikale sözleşmesi, özellikle işçinin iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı, sözleşme için önerinin işverenden veya işçiden gelip gelmemesi de dikkate alınarak karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesinde işçinin bu tür bir sözleşme yapmada “makul yararı” olup olmadığı, ikalenin hukuki sonuçları bakımından işçinin bilgilendirilip bilgilendirilmediği yönlerinden her bir somut olayın koşulları incelenerek denetime tabi⁶⁷⁴ tutulduğundan, iş sözleşmesinin ikaleye dayalı olarak sona ermesi, çalışma izninin iptalini gerektiren bir durum olarak idareye UİK m. 22 uyarınca bildirildiğinde, yahut işverence doğrudan doğruya UİK m. 15’e dayalı olarak çalışma izninin iptali istendiğinde, yabancı işçi açısından hem ikale sözleşmesinin irade sakatlığına ya da makul yarar yokluğuna dayalı iptali talebi ile açılacak bir işe iade veya işçilik alacaklarının tahsiline ilişkin bir eda davasını hem de çalışma izninin işveren talebi ile iptali işlemine karşı açılacak bir idari davayı gündeme getirebilir. Zira yabancı işçinin iş sözleşmesinin ikaleye dayalı olarak sona ermesi ve tarafların buna bağlı olarak çalışma izninin iptalini talep etmelerinde, mevzuat ikale sözleşmesi üzerinde idari bir denetim yapılmasını öngörmemektedir. Ayrıca böyle bir sona erme halinin zaten hali hazırda UİK m. 22 kapsamında olması da dikkate alındığında, işverene de sebepten bağımsız gibi görünen bir iznin iptalini talep hakkının tanınması çelişkilidir. Dolayısıyla UİK m. 15/f. 1 uyarınca yapılacak taraf talebi idarece değerlendirilecek ise, bu talebin gerekçesi de araştırılmalıdır.

Çalışma izninin belirli bir işveren ve işyerine bağlı olarak verilmesi genel esası dikkate alındığında, bu işveren ve işyeri ile yapılan iş sözleşmesi sona erdiğinde, çalışma izninin de dayanağının kalmadığı ve bu nedenle sona erme sebebinde ayrım yapılmaksızın iznin iptaline ilişkin hükümlerin yerinde olduğu aynı genel bakış açısıyla düşünülebilirse de, bu düzenlemelerin doğurduğu bir başka sorun, sözleşmesi sona eren yabancı işçi açısından bir koruma hükmüne yer verilmemiş olmasıdır. Mülga

⁶⁷³ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Astarlı, **İş Hukukunda İkale**, s. 310 vd. Ayrıca bkz. Alpagut, “Anlaşma Yoluyla Sona Erme”, s. 43 ve s. 51; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 106-107. Bu tip sözleşmelerin açık veya örtülü irade uyuşmasıyla kurulabileceği kabul edilse de ikale sözleşmesinin varlığının kabulü, işçinin iş güvencesi hükümlerinden, ihbar önelleriyle kıdem tazminatı ve işsizlik sigortasından faydalanmasını engelleyeceğinden, bu ağır sonuç dikkate alınarak sözleşmenin örtülü bir uyuşma yoluyla kurulmasına şüpheyile yaklaşılması gerektiği savunulagelmıştır, bkz. Alpagut, “Anlaşma Yoluyla Sona Erme”, s. 44 vd.; Astarlı, **İş Hukukunda İkale**, s. 306 vd.

⁶⁷⁴ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 337-338; Astarlı, **İş Hukukunda İkale**, s. 124 vd. ile s. 215 vd.; Kabakçı, “İkale”, s. 123-124; Süzek, **İş Hukuku**, s. 534-535.

YÇİHK m. 14, 15 ve 16, yabancı işçinin iş sözleşmesinin sona ermesini çalışma izninin bir iptal sebebi olarak açıkça içermemekteydi. Mülga kanunun 18. maddesinde, işveren açısından, herhangi bir nedenle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde durumu bakanlığa bildirme yükümlülüğü öngörülmekteydi. Bu eksiklik sebebiyle durumun işverence bakanlığa bildirilmesi ve bakanlığın yabancının durumu ile ilgili değerlendirme yaparak çalışma izninin iadesini talep etmesi, yabancının da yeni iş bir arayarak yeni bir çalışma izni başvurusu yapması gerektiği değerlendirilmekteydi⁶⁷⁵.

UİK'e göre ise, işçi işveren tarafından gerçekte haklı bir neden veya geçerli bir sebep olmaksızın işten çıkarılmışsa ya da örneğin kendisi İş K. m. 24/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmişse, çalışma izni iptal edilecektir. Hatta UİK m. 15/f. 1 (talep üzerine iptal) böyle bir gerekçe dahi aramamaktadır. Derhal fesihte fesih iradesinin karşı tarafa ulaşması ile, süreli fesihte ise ihbar öneli sonunda çalışma izninin iptali gündeme gelebilecektir. İşveren, çalışma izninin iptalini gerektiren bir durum ortaya çıktığından, UİK m. 22/f. 1 uyarınca sözleşmenin sona erdirildiğini 15 gün içinde bakanlığa bildirmek zorundadır. İptal kararlarının tebliğine ilişkin UİK m. 21 düzenlemesi ise başvuru reddi, izin belgesinin iptali gibi idari tasarrufların nasıl tebliğ edileceğini düzenlemektedir. Uygulama Yönetmeliği de benzer bir düzenleme öngörmektedir (m. 66). Öte yandan iptale ilişkin UİK m. 15/f. 2-ç, çalışmanın sona ermesi halinde, iptal işlemi konusu olacak çalışma izninin süreli mi süresiz mi olduğu konusunda bir ayırım yapmamaktadır. Yani yabancı işçinin çalışma hakkını ilgilendiren bir idari işleme karşı idari itiraz ve yargı yolunun işlemesi için gerekli bildirimle ilişkin olup hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkıyla bağlantılı düşünülmesi gereken bu hüküm, süresiz çalışma izniyle özel izin türlerine dayalı çalışanları kapsamakta, herhangi bir izne sahip yabancı işçi çalıştıracak işvereni kapsamakta, ancak anlaşılması güç bir şekilde süreli çalışma izni sahibi yabancı işçiyi kapsamamaktadır. Süreli çalışma izniyle çalışan yabancı işçinin de, kendi hukuki statüsüne, yani çalışma izninin iptaline ilişkin idari bir kararı öğrenme hakkı olup, Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı ile 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair hüküm de dikkate alındığında, yabancı işçiye de idarece bildirim yapılmasının gerekli olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca süreli çalışma izni alınması (yahut süresinin uzatılması) iş sözleşmesinin her iki tarafına ait bir yükümlülük iken, talebin yahut uzatma talebinin

⁶⁷⁵ Bkz. Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 284.

reddi veya süreli iznin iptali halinde sadece işverene tebligat yapılması çelişki arz etmektedir. Kanunun lafzına göre süreli izinle çalışan yabancı işçinin işvereni, işçinin hukuki durumundan daha önce haberdar olmaktadır.

6735 sayılı Kanunun m. 15/f.2-ç düzenlemesine ilişkin madde gerekçesinde ayrıntılı bir bilgi verilmemektedir. Kanunun genel gerekçesinde ülkenin ihtiyaç duyduğu sektörlerde nitelikli iş gücü istihdamı hedefi aktarılırken şu ifadeler dikkat çekmektedir: “(...) Ayrıca bu tasarı, kurumsal altyapının güçlendirilmesiyle, kayıt dışı yabancı istihdamı ile mücadele edilmesini, uluslararası iş gücü hareketliliği de izlenerek ihtiyaç duyulan yabancı istihdamının karşılanmasını, yabancı çalışanlara ve işverenlerine uygulanacak ulusal ve uluslararası mevzuatla uyumlu çağdaş kuralların oluşturulmasını (...) sağlayacaktır.”

Sözleşmeyi kendi iradesiyle sonlandırabilme, sözleşme serbestisinin bir parçası olarak anayasada ve genel hukuk ilkelerinde temelini bulan, feshe ilişkin düzenlemelerde ifade edilen tarafların kişilik hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Kişilerin bir sözleşme ile sınırsız bir süre ile bağlı olmalarının kişi özgürlüğü ve sözleşme serbestisi ile bağdaşmayacağı esasına dayanır. Bu bağlamda, fesih hakkı, hak sahibine sözleşmenin diğer tarafına ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile bir sözleşmeyi belirli bir süre sonunda (olağan fesih) veya sözleşmenin devamını dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez kılan bir haklı nedenle derhal (olağanüstü fesih) ileriye etkili bir biçimde sona erdirmeye yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran haktır ve fesih bildirimi, bu hukuki sonuca yönelmiş, bu sonucu tek başına ve diğer tarafın rızasına bağlı olmaksızın doğuran bir irade beyanı olması sebebiyle tek taraflı bir hukuki işlemdir⁶⁷⁶. İş hukuku alanında da, belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılması ile taraflar arasında süreli fesih hakkı doğar⁶⁷⁷. Başka bir deyişle sözleşme serbestisi, sözleşmenin kurulmasıyla kendi içindeki zıt unsura tekabül eden sözleşmeden kurtulma özgürlüğünü (dönme hakkını ya da sürekli edim ilişkisi içeren sözleşmelerde

⁶⁷⁶ Esener, **a.g.e.**, s. 217 vd.; Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 14 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 540-541 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 455 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 349 vd.; Engin, **İşletme Gereklileri İle Fesih**, s. 10-11; Savaş, **Haklı Fesih**, s. 24-25 vd.; Oğuzman, **Fesih**, s. 33 vd. Olağanüstü fesih ve haklı fesih terimleri hakkında bir tartışma için bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 206-207. Yazara göre olağanüstü feshin işlevi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde başlangıçtaki sakatlıkların ileri sürülmesinde, geçici imkânsızlık halinde sözleşmenin devamı çekilmez hale geldiyse fesihle bu durumdan kurtulmanın sağlanmasında, kusurlu tam ve devamlı imkânsızlık halinde fesihle sözleşmenin ileriye dönük sona erdirilmesinde kendini gösterir. Haklı feshin işlevi ise sürekli borcun gelişme aşamasındaki ifa engelleri sebebiyle veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesi halinde borçtan kurtulma imkânı sağlanmasında kendini gösterir.

⁶⁷⁷ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 131-132.

fesih hakkını) ve sözleşme ile bağlı olmamayı da doğurur. Dolayısıyla süreli fesih hakkı, belirsiz süreli sözleşme kavramının bizzat kendisinden doğar. Borç ilişkisinin sürekliliğinde yatan ekonomik istikrarı koruma amacına karşın, bu istikrarın kişi özgürlüğü aleyhine işlemlerini engellemek için taraflara belirsiz süreli bir sözleşmeyi bir ifa engeli olmasa bile bir fesih ihbarı ile sonlandırma hakkı tanınmaktadır. Bununla birlikte fesih hakkının kullanılmasından dolayı tarafların zarar görmesini göreceli olarak engellemek amacıyla hukuk düzeni sözleşme sürelerine göre değişen ihbar süreleri (İş K. m. 17, 6098 sayılı TBK m. 432, Basın İş Kanunu m. 6-7, Deniz İş Kanunu m. 16-17) öngörmüştür. Bu süreler içinde sözleşmenin ve tarafların yükümlülüklerinin devam ettiği kabul edilmiş ve sona ermenin etkilerini azaltmak için işçiye iş arama izni (İş K. m. 27) tanınmıştır⁶⁷⁸. Ancak feshi ihbar hakkı sınırsız bir hak da değildir: İş K. m. 18 vd. hükümleri (aynı zamanda 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un – Basın İş Kanunu – 4773 sayılı Kanunun 12. maddesiyle eklenen m. 6/son hükmü) çerçevesinde iş güvencesi kapsamında kalan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesihle sona erdirilmesi, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur⁶⁷⁹. Diğer yandan, tarafların sözleşmeyi doğrudan kendi kişilik haklarının ihlâli nedenine dayalı olarak (İş K. m. 24/II ve 25/II) haklı nedenle feshetmeleri de mümkündür. Bu hak, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesinin devamını, bu sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ifasını dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenemez kılan bir durumla karşılaşan tarafa sözleşmeyi herhangi bir önele uymadan karşı tarafa bildirilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile derhal sona erdirme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran haktır⁶⁸⁰. Haklı sebep teşkil eden yaşam olayının kendisi ise bu hakkın doğumunu sağlayan ve genel olarak sözleşmenin devamını dürüstlük kuralı çerçevesinde çekilmez kılan bir hukuki

⁶⁷⁸ Esener, **a.g.e.**, s. 212 vd. ile s. 217; Süzek, **İş Hukuku**, s. 544 vd.; Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 27-28; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 364 vd.; Savaş, **Haklı Fesih**, s. 26; Oğuzman, **Fesih**, s. 158 vd. ile s. 167-168; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 32-33 vd. ile s. 103-104 vd.

⁶⁷⁹ İş güvencesine tabi olan işçiler açısından fesih hakkının işveren tarafından kullanılması farklılık arz etmekte ve fesih hakkının doğması, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin varlığı, fesih sebebinin yazılı bir bildirimde açıkça belirtilmesi, işçiden kaynaklanan sebeplere dayanılmışsa işçinin savunmasının alınması gibi sınırlamalara bağlanmaktadır. Ayrıca kanunun toplu işçi çıkarma usulüne yönelik 29. maddesi, 6356 sayılı STİSK m. 23, 24 ve 25 hükümleri de fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 512 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 541 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri İle Fesih**, s. 29 vd., Savaş, **Haklı Fesih**, s. 29-30 vd.

⁶⁸⁰ Esener, **a.g.e.**, s. 231-232; Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 16-17; Süzek, **İş Hukuku**, s. 691 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 405-406; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 799-800 vd. Ayrıca bkz. Savaş, **Haklı Fesih**, s. 38-39 vd.; Oğuzman, **Fesih**, s. 36-37 vd. ile s. 116; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 156 vd. ile s. 188-189.

olaydır⁶⁸¹. Başka bir ifade ile haklı sebepler, ya taraflara atfı kabil nedenlerle ya da taraflarca böyle bir böyle bir etki olmadan dış etkenlerle sözleşme ilişkisinin en başındaki durumun değişmesinden kaynaklanırsa ifa engelleridir⁶⁸².

Yabancı işçinin haklı nedenle ve kendi kişiliğinin korunması için dahi olsa (örneğin İş K. m. 24/II’de belirtilen hallerde) sözleşmeyi derhal sona erdirdiğinde UİK m. 12/f. 1 uyarınca aynı zamanda ikamet izni niteliğindeki çalışma izni belgesinin geçerliliğini yitirmesiyle bir anda düzensiz işçi statüsüne girmesi anlaşılabilir bir sonuç değildir. Bu sonuç, Anayasanın 48. maddesindeki sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmadığı gibi işçinin kişiliğinin korunmasına yönelik tüm mevzuatın önünde fiili bir engel teşkil etmektedir; çalışma hakkı ve ödevine ilişkin devletin 49. maddede öngörülen yükümlülüklerine de hukukun temel ilkelerine de⁶⁸³ aykırıdır. Anayasanın 10. maddesinde hak ve hürriyetler açısından ayrımcılık yasağı öngörülmüş, 16. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Ortaya çıkan gerçek durum ise, yabancı işçinin, gerek milletlerarası hukuk metinlerinden ve hukukun evrensel ilkelerinden gerek Türk çalışma mevzuatından doğan haklarını kullanmaktan, düzensiz işçi durumuna düşme baskısı altında fiilen caydırılmasıdır. Bu mevzuat karşısında yabancı işçinin fesih hakkını kullanması, haksız veya geçerli olmayan bir sebeple sözleşmesinin feshi halinde ise hakkını araması zorlaşacak, bu sebeple istihdam edilmesi yerli iş gücünden daha cazip bir kategori yaratılmış olacaktır. Başka deyişle, bir tarafta izinsiz çalıştırılan ve pasaportuna el konulan yabancı kaçak işçilerin yanında, bir de yasa hükmü ile kaçaklık/düzensizlik statüsüyle tehdit edilen ve fesih hakkına fiilen el konulan yabancı işçiler yaratılmış olmaktadır. Yasa koyucu şayet bu sonucu bilerek hareket etmemiş ve yasanın gerekçesi ile lafzı arasındaki bu çelişkileri öngörmemiş ise, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde çalışma izninin belirli bir süre ile sınırlı ikamet izni olarak devam edeceğini, bu sürede işçinin haklarını kullanabileceğini (örneğin işe iade davası açma, başka bir iş arama ve çalışma izni başvurusunda bulunma vb.) öngören bir düzenleme getirebilirdi.

⁶⁸¹ Oğuzman, **Fesih**, s. 42; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 157.

⁶⁸² Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 169. Haklı sebeple işlem temelının çökmesine sebep olan olgular karşılaştırması için bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 195-196, dn. 284.

⁶⁸³ Zira örneğin bir olağanüstü fesih hakkı, emredici hükümleri ve kişiliğin - kişinin kendisine rağmen - koruması gerekliliğini de ilgilendirir, bkz. Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 164-165.

Başka ülkelerin yasa koyucularının da sözleşmesini kendi irade beyanıyla sona erdiren yabancı işçiler karşısındaki tavrının farklı olmadığı görülmektedir: Fransız hukukunda da, işçinin işini istem dışı kaybettiği hallerde çalışma ve ikamet izinlerinin uzatılmasına ilişkin tedbirler bulunmakla birlikte, işçinin kendi iradesiyle işini kaybetmesi (yani örneğin işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışları sebebiyle haklı nedenle feshetmesi) halinde yeni izin veya iznin uzatılması taleplerinin reddedilebilmesi, işçinin fesih hakkını yok saydığı için eleştirilmiştir⁶⁸⁴.

Koruyucu hükümlerin yokluğunda, sözleşmesini haklı nedenle fesheden yahut işveren tarafından sözleşmesinin haksız veya geçersiz bir şekilde feshedildiğini düşünen yabancı işçinin başvurabileceği yollar, bu sebeple idarece iznin iptali işlemleri başlatılmadan evvel vakit kaybetmeksizin yeni bir işyerinde yeni bir çalışma izni başvurusunda bulunmak yahut 6458 sayılı YUKK kapsamındaki izinlerden biri için başvuruda bulunmak olabilir. Bu çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmamakla birlikte, bu yollarla birlikte başvurulması gereken bir diğer yol, iptal işleminin ve dayanak UİK m. 15/f. 2-ç ile süreli çalışma izni sahibi yabancıya bildirim kapsamayan m. 21 düzenlemesinin anayasa, hukukun genel ilkeleri ve temel insan haklarına aykırılığı sebebiyle iptal kararının tebliği veya öğrenmeden itibaren itiraz ve dava prosedürünü yürütmek olmalıdır.

2.3.2. Çalışma İzninin Yokluğu, Süresinin Sona Ermesi veya Uzatılmaması ve Yabancı İşçinin Sınırdışı Edilmesinin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

2.3.2.1. Genel Olarak

Çalışma izinlerinin iş sözleşmesinin kuruluşuna etkisi tartışılırken, bu izinlerin yokluğunun, süreli ise süresinin uzatılmaması veya izinlerin (ya da muafiyetin) iptali hallerinin, sözleşmenin kuruluşuna etkisinden çok sona ermesine etkisinin tartışılması gerektiği belirtilmişti. Zira TBK m. 394/f. 3 düzenlemesinin koruma amacı ve iş sözleşmelerinin geçersizliğinin dahi pratikte bir fesih beyanı gibi ileriye etkili olması, bu idari işlemlerin sözleşmenin sona ermesine etki bağlamında tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu hususta kuruluşla ilişkin bölümde atıf yapılan bazı yazarlar da iznin yokluğu halini ileriye etkili bir geçersizlik veya uzun sürmesi halinde fesihle sonuçlanacak bir askı hali, süre uzatılmamasını ya da iptalini ise fesih sebebi olarak

⁶⁸⁴ Bkz. Wolmark, **a.g.e.**, s. 53.

değerlendirmektedirler. Bu bölümde sona ermeye ilişkin görüş ve tartışmalar irdelenerek, çeşitli olasılıklar dâhilinde çalışma izinleriyle iş sözleşmenin sona erme sebeplerinin ilişkisi incelenecektir.

2.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuk

İsviçre hukukunda taraflar, kural olarak, iş sözleşmesini sebebi ne olursa olsun olağan fesihle (ihbar öneli sonunda) sona erdirmekte serbesttir. Ancak bazı sebepler (art. 336 CO), feshi ihbar hakkının kötüye kullanılması sonucunu doğurur. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 336. maddesinde düzenlenen bu haller, tüketici olarak sayılmamıştır⁶⁸⁵. Derhal fesih sebepleri ise (art. 337 CO), doğruluğu ispatlanmış olağan fesih sebeplerinden (veya 336. maddeye göre kötüye kullanılmamış feshin sebeplerinden) daha dardır⁶⁸⁶. 336. madde kapsamında, sözleşmenin diğer tarafının kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle fesih, bu sebepler iş ilişkisi ile bağlantılı olmadıkça veya işletmenin çalışma düzenine zarar vermedikçe hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir (art. 336 al. 1a CO). İşçinin anayasal haklarını kullanması sebebiyle yapılan, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden kaynaklanan bazı haklarının (örneğin kıdeme bağlı hakların) doğumunu engelleme amaçlı, diğer tarafın sözleşmeden kaynaklanan haklarını talep etmesi üzerine misilleme amaçlı yapılmış veya yasalar çerçevesinde zorunlu bir kamusal yükümlülüğü (askerlik vb.) yerine getirmesi sebebiyle yapılan fesihler (art. 336 al. 1b, c, d, e CO), hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Benzer şekilde, işçinin, olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü çerçevesinde, sendikal haklarını kullanması, işçi örgütlerinin faaliyetlerine katılması veya katılmaması sebebiyle yahut işverence başkaca bir sebebin varlığı ispatlanamamışsa işçilerin seçilmiş temsilcisi görevinde olduğu, bir işletme komisyonunun veya işletmeyle ilgili bir kuruluşun üyeliğini yürütmesi sırasında yapılan fesihler (art. 336 al. 2 a, b, c CO), hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir⁶⁸⁷. Fesih sebebinin doğrulanamamasının yaptırımını, feshin geçersizliği değil, kanunun 336a maddesine göre tazminattır⁶⁸⁸. Tarafların fesih sebebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gereğinin yanı sıra, feshi ihbar hakkının uygun bir zamanda kullanılması gerekmektedir (art. 336c CO). İşçinin kamusal bir zorunlu hizmeti yerine getirdiği, kendi kusuru olmaksızın kaza veya hastalık sonucu

⁶⁸⁵ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 412.

⁶⁸⁶ **Commentaire Rommand**, s. 2080-2081.

⁶⁸⁷ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 410-411; **Commentaire Rommand**, s. 2082 vd.

⁶⁸⁸ **Commentaire Rommand**, s. 2086.

iş göremez hale geldiği dönemler, hamilelik dönemi ve doğumu takip eden belirli süreler, işverenin de onayıyla yetkililerin emrettiği bir yurt dışı yardım hizmetinden geçen sürelerde fesih ihbarında bulunulamaz, bu sürelerde yapılan fesih ihbarı geçersizdir. Bu sürelerden önce yapılmış ve ihbar öneli tamamlanmamış bildirimlerde ise, ihbar önelinin işleyişi söz konusu süreler boyunca askıda kalır ve bu süreler sona erdikten sonra işlemeye devam eder⁶⁸⁹.

İş sözleşmesinin derhal feshi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 337 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Taraflar, süresi belirli veya belirsiz olsun, haklı nedenlerin varlığı halinde sözleşmeyi her zaman derhal feshedebilirler⁶⁹⁰. Sözleşmeyi fesheden taraf, diğer tarafın talebi halinde, kararının nedenini yazılı bildirmek zorundadır (art. 337 al. 1 CO). Fesih bildiriminde bulunan taraftan objektif iyiniyet uyarınca iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği tüm durumlar, haklı neden olarak kabul edilir (art. 337 al. 2 CO). Bunlar, bir tarafın sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ihlal derecesinin ağırlığına bağlı (sadakat borcuna aykırılık, iş görme edimini yerine getirmemekte ısrar, işverenle haksız rekabet, diğer tarafın kişiliğine yönelik saldırılar ve cinsel taciz, ücretin ödenmemesi, diğer tarafa karşı haksız fiil niteliğindeki davranışlar, hırsızlık ve güvenin kötüye kullanılması, işçinin statüsünde tek taraflı ve beklenmedik değişiklikler yapılması gibi) olarak güven ilişkisinin yıkıldığı hallerdir. Başka deyişle bu ihlal ya çok ağır bir ihlal olmalı, yada sözleşmenin çok ağır bir ihlali söz konusu olmamakla birlikte benzer ihlallerin tekrarlanması ile bu durum ortaya çıkmalıdır. Her bir özel durumda taraflara atfedilen kusurlu davranışın ağırlığı, niteliği, sıklığı ve tekrar etmesi ayrıca değerlendirilir⁶⁹¹. Haklı sebepler, sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ağır şekilde ihlalden doğmayıp olağanüstü sebeplerden de kaynaklanabilir⁶⁹². Derhal fesih hakkının kullanılması, haklı nedenden haberdar olunduktan sonra, uygun bir süre sonuçları hakkında düşünme gereği de dikkate alınarak bir an evvel kullanılmalıdır, aksi halde işveren bu hakkından feragat etmiş kabul edilir⁶⁹³. İşveren haklı bir sebebin varlığını öğrendikten sonra olağan bir feshi de tercih edebilir. Kısa bir süre önce meydana gelen ve iş sözleşmesinin olağan (ihbar öneli tanınarak) feshinde dayanan aynı fesih sebeplerine dayalı ayrıca bir derhal fesih

⁶⁸⁹ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 408-409.

⁶⁹⁰ Engel, **a.g.e.**, s. 376 vd.; Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 415.

⁶⁹¹ Engel, **a.g.e.**, s. 377-378; **Commentaire Rommand**, s. 2096-2097; Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 416-417.

⁶⁹² Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 419.

⁶⁹³ Engel, **a.g.e.**, s. 379; **Commentaire Rommand**, s. 2098.

gerçekleştirilemez, zira işveren olağan feshi tercih etmişse derhal fesih hakkından vazgeçmiş sayılır⁶⁹⁴.

İsviçre hukukunda yabancı işçinin çalışma izninin bulunmaması, daha önce de belirtildiği gibi, tek başına yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçerliliğini etkileyen bir durum değildir. Ancak bu iznin olmaması, izin talebinin reddi, süresinin uzatılmaması veya iptali, taraflar açısından İsviçre Borçlar Kanunu (art. 337) uyarınca sözleşmeyi derhal feshetmek için haklı bir nedendir. Ne var ki bu hakkın doğması ve mahiyeti, idari işlemlere karşı itiraz süreçlerinin sonuçlanması ile bağlantılıdır ve bu itiraz süreçleri sonuçlanmadıkça işveren ifayı kabulden kaçınmaz⁶⁹⁵.

Fransız hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesi halleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ama yabancı işçinin düzensiz durumunun (yani izinsiz çalışması, çalışma izninin süresinin uzatılmaması veya iptali halinde) sona ermeye etkisi çok farklı ve tartışmalı bir konudur. Daha önce de belirtildiği gibi, Fransız iş kodu izinsiz çalıştırılan yabancı işçinin, işe alındığı tarihten itibaren yasa dışı çalıştırıldığı süre boyunca, işveren karşısında düzenli, yani yasal izinlere sahip olarak işe alınan yabancı

⁶⁹⁴ Tercier/Bieri/Carnon, **a.g.e.**, s. 416; Engel, **a.g.e.**, s. 380; **Commentaire Rommand**, s. 2098

⁶⁹⁵ Le Cour Civile 14.12.2000, 4C.306/2000, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F14-12-2000-4C-306-2000&lang=de&type=show_document&zoom=YES&. Bu kararda, işveren aleyhine verilmiş bir yerel mahkeme kararı tartışılırken, çalışma iznini iptali kararına karşı yasal yollara başvuran ve İsviçre mevzuatına göre yürütmeyi durdurma kararı alan yabancı işçinin iş sözleşmesinin, bu başvurusu sonuçlanana kadar devam ettiği, derhal fesih hakkının ancak idari kararın (yani iptal kararının) uygulanabilir hale geldiği ve yasal yolların kesin olarak sona erdiği tarihten sonra doğabileceği, aradaki sürede işverenin işçinin iş görme edimini kabul etmemesinin haklı bir nedene dayanmadığı, iş sözleşmesinin kuruluşunda çalışma izni sürecinin bozucu koşul olarak kararlaştırılmasının, sözleşmede bu yönde bir maddenin olmasının, tarafların sözleşmenin kuruluşunda çalışma izninin iptalini öngörebilecek durumda oldukları şeklinde yorumlanamayacağı tespit edilmektedir: “(...) La cour cantonale a estimé que cette formulation ne permettait pas de dire que les parties avaient envisagé l'éventualité d'une révocation de l'autorisation en cours de contrat, de sorte qu'elles n'avaient en réalité pas réglé cette hypothèse. Elle en a déduit qu'aucune condition n'avait été valablement stipulée pour le cas d'une révocation de l'autorisation de travailler. On ne voit pas en quoi cette interprétation, fondée sur une analyse raisonnable des termes de l'accord noué entre les plaideurs, violerait les règles de droit fédéral sur l'interprétation des déclarations de volonté selon le principe de la confiance. (...) La recourante fait valoir que la décision octroyant l'effet suspensif n'était pas claire et qu'elle a été induite en erreur sur sa portée par l'office cantonal. Il appartient à l'employeur de veiller à ce que son employé dispose de l'autorisation requise et il doit pour cela entreprendre les démarches nécessaires auprès de l'autorité (cf. ATF 114 II 279 consid. 2d/bb). Si la décision sur l'effet suspensif lui paraissait ambiguë, il appartenait donc à la recourante de prendre contact avec l'autorité qui avait rendu cette décision, à savoir le Juge instructeur du Tribunal administratif, pour clarifier la situation, comme cela a pu être fait sans difficulté par la suite. Même en admettant que la réponse de l'office cantonal, qui n'avait manifestement aucune compétence particulière pour interpréter la volonté du magistrat précité, a eu pour effet d'induire la recourante en erreur, on cherche vainement le fondement qui permettrait à celle-ci de répercuter les conséquences de son erreur sur l'employée, laquelle n'en est en rien responsable. Que la recourante ait erré ou non, il reste que la demanderesse était encore en droit de travailler et que le refus de l'employeur n'était donc pas fondé”.

işçinin hukuki durumuna “asimile” edileceğini⁶⁹⁶ öngörmektedir (L. 8252-1). Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bölümde, Fransız hukukunda düzensiz çalıştırılan yabancı işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ve bu durumda ileri sürebileceği talepler konusuna ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz için burada tekrara düşmemeye çalışarak özetlemekle ve fesih sebebi açısından gerekli bazı hususlara değinmekle yetineceğiz.

Türk hukukundaki fesih için geçerli sebebe (İş K. m. 18 vd.) Fransız hukukunda tekabül eden kavram, “gerçek ve ciddi sebep” (cause réelle et sérieuse) kavramıdır. İşverence gerçekleştirilecek bir işten çıkarma işleminin “gerçek sebep” taşıması gerekir. İşçinin kendi şahsından kaynaklanan fesihlerde sebebin gerçekliğinden kasıt, dış dünyada somut olarak ortaya çıkmış olgulara dayanması yani nesnellik taşıması, bu nesnel olguların gerçekten var olması ve doğru olması⁶⁹⁷ gereğidir (cause objective, existante et exacte). “Ciddi sebep” ise iş sözleşmesinin işletmeye zarar vermeksizin devamını imkânsız ve işten çıkarmayı zorunlu kılacak ağırlıkta bir nedendir. Ancak burada işçinin ciddi kusuru ile haklı nedenle fesih kavramına tekabül eden ağır kusuru arasında bir derecelendirme ve ayırım yapılmakta, ilkinde işçi yasa tarafından işten çıkarma halinde öngörülen tazminatlardan mahrum edilmemektedir⁶⁹⁸.

Fransız iş kodunun işverene, çalışma izni olmayan bir işçiyi çalıştırmama, izni yenilenmeyen bir işçiyi ise işten çıkarma zorunluluğu yüklediğini belirtmiştik⁶⁹⁹. Var olan bir çalışma izninin yenilenmemesi ise, tarafların kusurlu davranışlarından ileri geldiği ispatlanmadığı takdirde, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bölümde atıf yapılan Fransız Yargıtayı’nın bazı kararlarında “gerçek ve ciddi” bir sebep, bazılarında ise ekonomik veya kişisel bir nedenden kaynaklanmayan ve zorlayıcı nedene benzer bir “objektif bir sebep” olarak nitelenmektedir⁷⁰⁰. Düzensiz durumdaki yabancı işçi bu sebeple işten çıkarılırsa feshe bağlı haklarını talep edebilir, ancak daha önce de

⁶⁹⁶ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 238-239.

⁶⁹⁷ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 573 vd.; Serkan Odaman, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı” (Geçerli-Haklı Sebep Ayrımı), **Kamu-İş**, C. 7, Y. 2003, S. 3, s. 6-7.

⁶⁹⁸ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 577-578; Odaman, “Geçerli-Haklı Sebep Ayrımı”, s. 7-8.

⁶⁹⁹ Bkz. Mangematin, a.g.e., s. 6.

⁷⁰⁰ Bkz. Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 547 dn. 6’da atıf yapılan ve daha önce değinilen Cour de Cassation, Chambre Sociale, 04.07.2012, 11-18.840. Ayrıca bkz. Rodrigue Goma Mackoundi, “La rupture du contrat de travail d’un salarié étranger en situation irrégulière”, **Le Droit Ouvrier** Mai 2014, No: 790, https://ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/201405_doctrine_goma_mackoundi.pdf, s. 333.

değinildiği gibi ihbar süresine ilişkin bir tazminat talep edemez⁷⁰¹. Ancak diğer taraftan çalışma izninin işverenin kusurlu davranışı sebebiyle yenilenmemesinde, ortada “gerçek ve ciddi” bir sebep bulunmadığından ihbar tazminatı da talep edilebileceği belirtilmektedir⁷⁰². Aynı şekilde, iznin yenilenmemesi, işçiye atfedilebilecek bir nedenden kaynaklanmıyorsa, örneğin sadece yetkili makamların cevap vermede gecikmesinden kaynaklanıyorsa, yine ortada gerçek ve ciddi bir sebepten bahsedilememesi gerekmektedir⁷⁰³. Yabancı işçinin işverene sahte belge sunması veya yanıltması durumunda, ağır kusurlu kabul edilen işçi sözleşmenin sona ermesine bağlı haklardan faydalanamaz⁷⁰⁴. Örneğin işverene gerçeğe aykırı belge sunduğu için işten çıkarılan yabancı işçi, işverenin yasadışı çalışmada ve işçinin izin durumunu doğrulamada bir kusuru bulunmadığı takdirde, yasaklanan sonuca kendi aldatıcı davranışı ile sebep olduğundan, iş kodundaki götürü tazminatla iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı diğer haklardan yararlanamaz⁷⁰⁵. İzinsiz çalışan yabancı işçinin ihbar önelinde çalışması yasal olarak mümkün olmasa bile iş kodunun L. 8252-2 maddesinde buna ilişkin tazminata açıkça yollama yapıldığı için dikkate alınmalıdır⁷⁰⁶. İşçinin gerekli izinler olmadan çalışması olgusu, tek başına fesih için işçiye izafe edilebilecek bir kusur teşkil etmez. Ancak işçinin düzensiz durumunda ayrıca ağır kusuru bulunduğunu savunan işveren, fesih bildiriminde buna açıkça yer vermelidir. İzinsiz çalışma, kendi başına iş sözleşmesinin sona erdirilmesini meşru kılan objektif bir neden teşkil eder. Bu sebeple işten çıkarılan işçinin iş sözleşmesi, ciddi ve gerçek bir nedenle sona erdirilmiş kabul edilmektedir ve ciddi ve gerçek bir sebep olmamasına bağlı tazminatları talep edemeyeceği, ancak sözleşmenin sona ermesine bağlı haklarından da mahrum bırakılamayacağı belirtilmektedir⁷⁰⁷. Fransız

⁷⁰¹ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 14.10.1997, 94-42.604, Recueil Dalloz 1998, s. 338. Ayrıca bkz. Baudet-Caille, Les sans papiers licenciés ont-ils des droits?, s.1. Jean Savatier, “Licenciement/Travailleur étrangers/Carte non renouvelée”, *İnceleme, Droit Sociale*, Dalloz, 1997, s. 1101; Mangematin, a.g.e., s. 6-7.

⁷⁰² Wolmark, **a.g.e.**, s. 92.

⁷⁰³ Goma Mackoundi, **a.g.e.**, s. 335.

⁷⁰⁴ Mangematin, a.g.e., s. 4; Wolmark, **a.g.e.**, s. 93.

⁷⁰⁵ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 18.02.2014, 12-19.214, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028642376>

⁷⁰⁶ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 13.02.2013, 11-23.920, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027073150>.

⁷⁰⁷ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 01.10.2014, 13-17.745, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029542687>; “ALORS QUE, d’une part, si l’irrégularité de la situation d’un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l’application des dispositions relatives aux licenciements et de l’allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle n’est pas constitutive en soi d’une faute privative des indemnités de rupture ; que l’employeur qui entend invoquer une faute grave distincte de la seule irrégularité de l’emploi doit donc en faire état dans la lettre de licenciement; qu’en déboutant, par conséquent, M. Atemlefec X...de ses

hukukunda, idarenin yabancı işçiye ilişkin (çalışma izninin yenilenmemesi vb.) bir tasarrufuna dayalı olarak zorlayıcı neden oluşması fikri de reddedilmekte, Fransız Yargıtayının farklı kararlarına rağmen, yabancı işçinin çalışma izninin yenilenmemesinin, işveren açısından kaçınılamaz/öngörülemmez, zorlayıcı neden niteliğinde bir durum değil, bizzat bu işçiye işe almasıyla üstlendiği bir risk olduğu belirtilmektedir⁷⁰⁸. Dolayısıyla, Fransız hukukunda, işçinin ağır kusurlu davranışına ya da aldattıcı bir davranışına dayanmadığı sürece, tek başına çalışma izni bulunmaksızın çalışması yahut çalışma izninin yenilenmemesi veya süresinin sona ermesi, işveren feshi için gerçek ve ciddi bir sebep olarak görülmekle birlikte bu durumdaki işçinin feshe bağlı hakları korunmaktadır⁷⁰⁹.

Alman hukukunda yabancı işçinin çalışma izninin olmaması, işverene her durumda haklı nedenle fesih (derhal fesih) hakkı vermemektedir. İzin yokluğu, iş görme ve ücret ödeme borçlarını askıya alan bir durum olarak değerlendirilmekte, derhal fesihle korunmaya değer bir menfaat görülmemektedir. Ne var ki izin olmaması nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan işçi yerine derhal birinin çalıştırılması gerekli ancak askı hali nedeni ile işe alınamıyorsa, bu askı halinin nasıl sona ereceği de öngörülemiyorsa işverenin derhal fesih hakkı olduğu kabul edilmektedir. Yabancı işçinin kendi hukuki durumuna (sınır dışı edilmesi vb.) ilişkin bilgileri işverenden saklayarak işvereni yasadışı duruma düşürmesi derhal fesih sebebi olarak değerlendirilmektedir. Ancak diğer yandan işçinin çalışma yasağının geçici olması veya çalışma izni talebinin reddi halinde yargı yoluna başvurusu halinde, işçinin yakın bir gelecekte çalışma izni alıp alamayacağının öngörülebilmesi, bu süreçte işyerinin zarara uğrayıp uğramayacağı, işyerinde geçici işçi istihdamı gibi çözümlere başvurulmasının beklenip beklenemeyeceği dikkate alınmalıdır. Her ne kadar çalışma izninin olmaması işçinin şahsından kaynaklanan bir fesih nedeni olarak görülebilse de

demandes tendant à la condamnation de la société Monop à lui payer diverses sommes à titre d'indemnité de licenciement, à titre d'indemnité compensatrice de préavis et à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis, quand il résultait de ses propres constatations que la lettre de licenciement du 11 mai 2009 mentionnait comme seul motif le fait que M. Atemlefac X...n'avait pas présenté à la société Monop une autorisation de travail valable sur le territoire français, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1232-6, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (...)"; Cour de Cassation, Chambre Sociale, 04.07.2012, 11-18.840, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026157235>.

⁷⁰⁸ Auzero/Baugard/Dockès, **Droit du Travail**, s. 547; Mangematin, a.g.e., s. 6; Wolmark, a.g.e., s. 96.

⁷⁰⁹ Ne var ki Fransız Yargıtayının düzensiz durumdaki yabancı işçinin iş sözleşmesinin feshinde 158 sayılı İLO Sözleşmesi ve İş Kodu çerçevesinde uygulanması gereken fesih prosedürünün (savunma alma vb.) uygulanmayacağı yönündeki tavrı eleştiri konusu olmuştur, bkz. Goma Mackoundi, a.g.e., s. 336-337 vd.

bunu açık bir şekilde öngören bir düzenleme bulunmadığından her somut olayda menfaat dengelerinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷¹⁰.

2.3.2.3. Türk Hukuku

Türk hukukunda yabancı işçilerin çalışma iznine ilişkin ortaya çıkabilecek durumların iş sözleşmesine etkisine ilişkin görüşlere çalışma izinlerinin sözleşmenin kuruluşuna etkisi başlığında ayrıntılı olarak değinilmiştir. Bununla birlikte, yukarıda atıf yapılan yazarların fesihle alakalı görüşlerine tekrar değinilmesi gerekmektedir.

İş hukukumuzda bir görüş, çalışma izni olmayan yahut çalışma izninden muaf olmayan yabancı işçinin iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmadığını, ancak bundan kaynaklanan geçersizliğin ileriye etkili olduğunu, işçinin çalışma izni alması durumunda sözleşmenin tekrar hüküm doğurmaya devam edeceğini savunurken⁷¹¹, iznin uzatılmaması durumunda sözleşmenin İş K. m. 25/III hükmünde öngörülen işçiyi bir haftadan fazla süre çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı sebep bulunduğunun kabulü ve iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshi gerekeceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, yabancı işçinin düzensiz durumuna rağmen işveren sözleşmeyi feshetmediği takdirde, fiilen çalıştırma mümkün olmadığı için sözleşmenin askıda olduğu kabul edilmelidir⁷¹².

Eyrenci, daha önce de aktardığımız üzere, bir yabancı ile çalışma izni alınmadan yapılan iş sözleşmesinin çalışma izninin verilip verilmeyeceği kesinleşene kadar geçerliliği askıda olan bir sözleşme olduğunu, iznin sonradan alınmasıyla sözleşmenin baştan itibaren geçerli olacağını ve iznin daha sonra iptali halinde de sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini, çalışma izni alınmadan çalıştırılan yabancının iş sözleşmesinin geçersizliğini kabul etmek yerine iş hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlandırılmalarının yabancı işlerin sömürülmelerini önleyeceğini savunmaktadır⁷¹³.

Süzek, izinsiz çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliğini savunmakla birlikte, yabancı işçinin çalışma izninin uzatılmaması halini

⁷¹⁰ Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 78-79.

⁷¹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 508 vd.

⁷¹² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 509-510.

⁷¹³ Eyrenci, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, s. 8.

iş sözleşmesinin mesleki yetersizlikten kaynaklı bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmektedir⁷¹⁴.

Doğan Yenisey de çalışma izni olmadan çalışan yabancı işçinin iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliğini kabul etmekle birlikte, çalışma izninin uzatılması veya iptali durumunu ayrıca değerlendirmekte ve bu durumda geçersizliğin normun amacını aşan bir yorum olacağını, iznin uzatılmaması ve iptali hallerinin bir geçerli fesih sebebi teşkil edeceğini ifade etmektedir⁷¹⁵.

Ergin, çalışma izni alınması için işçi tarafından sağlanması gerekli belgelerin veya işçinin yapması gerekli işlemlerin yapılmaması nedeniyle çalışma izni alınmamasını, İş K. m. 25/II-e anlamında doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan davranış olarak nitelendirmekte ve kusurlu borca aykırılık sebebiyle iş sözleşmesinin işverence haklı feshinin gündeme gelebileceğini savunmaktadır⁷¹⁶. Cin, çalışma izni alınarak ifasına başlanan ancak daha sonra çalışma izninin iptal edildiği veya sürenin uzatılmadığı durumlarda sözleşmenin işveren tarafından feshedilene kadar geçerliliğini koruyacağını, yabancı işçinin hukuken iş görme edimini ifasını imkânsızlaştıran bu durumun zorlayıcı neden teşkil edeceği ve derhal fesih hakkı doğuracağını, ne var ki çalışma izninin süresi sona eren, yenilenmeyen veya izni iptal edilen yabancı işçinin iş sözleşmesini işveren feshetmez ve işçiyi çalıştırmaya devam ederse fiili iş ilişkisi teorisinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Alman hukukunda olduğu gibi çalışma izni başvuruları hakkında kesin bir karara varılmadan önce işverenin fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekir. Fesih hakkının kullanılabilmesi için işverenin çalışma izinleri hakkındaki sürecin “ne zaman karara bağlanacağını öngörememesi ve söz konusu işi boş bırakmasının işletmesi için önemli zararlar doğuracak olması” gerekir⁷¹⁷. Akıntürk ise, yasal düzenlemelere uygun olarak çalışmaya başlayan bir yabancı işçinin çalışma izninin iptali veya süresinin uzatılmaması gibi bir durumla karşılaşılması halinde, çalışmaya devam olanağı ortadan kalkacağından sözleşmenin ihbar öneline uyularak feshinin düşünülebileceğini, ancak yenilenmemenin işverenin sorumlu olduğu bir

⁷¹⁴ Süzek, **İş Hukuku**, s. 601.

⁷¹⁵ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 293-294. Yabancı işçinin çalışma izninin iptali veya süresinin uzatılmamasını işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli neden olarak kabulü için ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 518; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 1031.

⁷¹⁶ Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 83.

⁷¹⁷ Cin, **a.g.e.**, s. 36-37.

işlem olmadığını, zorlayıcı nedenin kaçınılmaz ve öngörülemez bir olay olduğunu, ne var ki çalışma izninin yenilenmemesi ihtimalinin öngörülemeyen bir durum olmadığını ve zorlayıcı neden teşkil etmeyeceğinin ileri sürülebileceğini savunmaktadır. Çalışma izninin yenilenmemesinin işçiden kaynaklanması halinde ise iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri gerekçesine dayanılarak feshedilebileceğini ileri sürmektedir⁷¹⁸.

Yargıtay kararlarında, hem yabancıнын geçerli bir iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı hem de çalışma izinlerine ilişkin işlemlerin sözleşmenin sona ermesine etkisi bir arada alındığından daha önce değindiğimiz kararları burada kısaca vurgulamak zorundayız.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bazı kararlarında izinsiz çalışmanın veya çalışma izninin yenilenmemesinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenle derhal fesih nedeni teşkil edeceğini, ancak bu durumda işçinin ihbar tazminatı alamasa bile kıdem tazminatına hak kazanması gerektiğini belirtmiştir⁷¹⁹. Bu karar gerek denklik belgesinin alınmamasının işçinin kusurlu davranışı olduğu gerekse olayda öngörülemezlik koşulunu taşıyan bir zorlayıcı neden bulunmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁷²⁰. Yine daha önce de atıf yapılan ve çalışma izinlerine ilişkin işlemlerin işçi tarafından sonuçlandırılmadığı bir olayda Yargıtay, iş sözleşmesinin hiç kurulmadığına hükmetmiştir. Ancak burada kullanılan kriter, işçinin o işyerinde fiilen çalıştırılmamış olmasıdır⁷²¹.

Yabancı işçilerle bağlantılı olmasa da çalışmak için yasa gereği izin alması gereken özel güvenlik görevlilerine ilişkin bir kararda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, çalışma iznini yenilemeyerek kaybeden bir özel güvenlik görevlisinin iş sözleşmesinin feshinin İş K. m. 25/II kapsamında değil, zorlayıcı neden olarak İş K. m. 25/III kapsamında değerlendirileceğini öngörerek çalışmak gerekli iznin kaybedilmesini işçinin risk alanından kaynaklanan bir husus olarak değerlendirmiş, ihbar tazminatı alamasa bile kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷²².

⁷¹⁸ Akıntürk, **Yabancı Uruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 527 ile s. 532.

⁷¹⁹ Bkz. yukarıda değinilen Y. 9. HD, E. 2001/15931 K. 2002/348 T. 17.01.2002, www.kazanci.com.

⁷²⁰ Akıntürk, **Yabancı Uruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 531-532; Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, 82-83.

⁷²¹ Y. 9. HD, E. 2006/20061 K. 2006/24888 T. 26.09.2006, www.kazanci.com.

⁷²² Y. 9. HD, E. 2017/11091 K. 2019/11043 T. 15.05.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Ayrıca bkz. Y. 9. HD, E. 2016/35636 K. 2021/3450 T. 04.02.2021, www.kazanci.com.

2.3.2.4. Değerlendirme

2.3.2.4.1. Genel Olarak

Çalışma izninin alınması hakkındaki mevzuat (örneğin UİK m. 6/f. 2, m. 23, Uygulama Yönetmeliği m. 12 vd.) iş ilişkisinin tüm taraflarına belirli yükümlülükler getirmektedir. İş sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin kısımda incelendiği üzere, bu yükümlülüklerden bazıları işverenin bazıları ise işçinin sorumluluğundadır; ancak bu yükümlülükler her iki tarafça da yerine getirilse bile, çalışma izni (yahut muafiyeti) veya iznin uzatılması talepleri tarafların sorumluluk alanlarının dışındaki etkenlere (idarenin tutumu, iş gücü politikası vb.) bağlı olabilir. İptal, süre uzatım ya da çalışma izni talebinin reddi durumlarında, işçinin (veya işverenin) bu işlemlere karşı idari itiraz ve yargı yoluna başvurma hakkı vardır. Bu yola başvurulması halinde geçecek sürede yabancı işçinin hukuki durumu belirsizliğini sürdürecektir.

Çalışma iznine ilişkin ortaya çıkabilecek bu durumların (izin talebinin reddi, iptal veya uzatmama) tarafların sözleşmeden bekledikleri ve ilk başta öngördükleri menfaatleri tehlikeye düşürecek, işlem temelini ve güven ilişkisini sarsacak, en sonunda sözleşmenin feshini gerektirecek ağırlıkta bir ifa engeli olup olmadığı yahut bu ağırlıkta olmamakla birlikte yine de sözleşmeye devam edilmesini imkânsız kılan bir engel olup olmadığı ele alınmalıdır. İşçi tarafı bakımından yabancılık unsurunun bulunduğu bir iş sözleşmesinde, taraflar kural olarak, izinsiz işçi çalıştırmayı ve birbirlerinin özel hukuk ve kamu hukuku alanlarına giren menfaatlerini tehlikeye atmayı değil, o sözleşmenin yasal açıdan gerekli çalışma izinleri alınarak gereği gibi ifa edileceğini öngörürler. Ancak tarafların çalışma izni verilmeyeceğini ve bunun bir hukuki ifa engeli teşkil edip bu nedenle sözleşmenin yerine getirilemeyeceğini öngörerek bir iş sözleşmesi yapması halinde sözleşme geçersiz olacaktır. Taraflardan birinin çalışma izni verilmeyeceğini öngörmesi ve diğer tarafı bu hususta yanıltması halinde ise, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanunun 24/II-a veya 25/II-a uyarınca feshi gündeme gelebilecektir. Öte yandan, izinsiz çalışmada yasal açıdan bir ifa/ifayı kabul engeli olduğunun kabul edilmesi⁷²³, işçinin fiilen kaçak çalıştırılmasına engel olmamıştır. Dolayısıyla her bir somut durumda kusura dayanan veya kusura

⁷²³ Bu husustaki kavramların ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 6-7 vd.

dayanmayan fesih nedenleri açısından, bu nedenlerin kaynaklandığı etki alanı (veya hukuki alan⁷²⁴) da dikkate alınarak ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir.

Bu değerlendirmede öncelikle, Türk hukukundaki iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ve geçerli nedenle fesih kavramlarını kısaca irdelemekte yarar vardır. Türk bireysel iş hukukunda fesih, sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi için mümkün olan süreli fesih (İş K. m. 17) ve hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmeler için haklı nedenle fesih (ya da olağanüstü fesih) olarak ikiye ayrılmaktadır. Süreli fesih hakkı her hak gibi dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır (İş K. m. 17/f. 6). Süreli fesihte işverenin (fesih için haklı sebep oluşturacak bir olgu ortaya çıkmamış olsa da) makul ve meşru bir menfaatinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir. İşçinin resmi makamlara şikâyetle bulunması, sendikal faaliyette bulunması, mevzuattan kaynaklanan bir hakkını kullanması, tamamen özel yaşamını ilgilendiren ve işyerinde olumsuzluklara yol açmayan fiilleri gibi hususlar (yahut İş K. m. 18/f. 3'te sınırlı sayıda belirtilmemiş hususlar, vb.) nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılması kabul edilmektedir⁷²⁵. Ancak İş K. m. 18 vd. hükümlerinin uygulama alanında kalan ve Basın İş Kanunu kapsamındaki (bu kanunun 6/son hükmü uyarınca İş K. m. 18 vd. uygulanacağından) çalışanlar açısından feshe karşı korunmada hakkın kötüye kullanılması teorisi yerine (İş K. m. 17/f. 6), iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır⁷²⁶.

İş K. m. 18 anlamında belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi için işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler, sözleşmenin dayandığı güven temelini çökertecek ve haklı nedenle fesih sebebi oluşturacak ağırlıkta olmamakla, yani bu derecede bir ağır kusur teşkil etmemekle birlikte, yine de karşı tarafın güvenini sarsacak ve ondan iş sözleşmesinin devamını beklenemez kılacak, işçinin hafif kusurlu davranışı olarak nitelenebilecek, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini engelleyen, işyerinin olağan işleyişini, çalışma barışını ve uyumu bozan hallerdir⁷²⁷. İşçinin İş K. m. 25/II'de belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına

⁷²⁴ Bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 74 vd.

⁷²⁵ Esener, **a.g.e.**, s. 226-227 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 392 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 479-480 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 559-560 vd.; Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 110-111; Engin, **İşletme Gereklere İle Fesih**, s. 16-17 vd.; Oğuzman, **Fesih**, s. 168-169.

⁷²⁶ Süzek, **İş Hukuku**, s. 572 vd. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 485 vd. Ayrıca bkz. Sarper Süzek, "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Sebebiyle Geçerli Fesih" (İşçinin Davranışları Sebebiyle Fesih), **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayınları, İstanbul 2005, s. 566-567.

⁷²⁷ İşçinin fiziki yetersizliği (örneğin İş K. m. 18/f. 3-f yollamasıyla İş K. m. 25/I-b uyarınca işçinin hastalığı veya rahatsızlığının belirli süreleri aşması), benzer işi yapan ortalama bir işçiye göre daha

aykırı davranışlarıyla aynı önem ve ağırlıkta olmamakla birlikte işyeri düzenine uymaması, geçimsizliği, işverenle veya diğer çalışanlarla tartışmaya girmesi, itaatsizliği ve bunda ısrarlı davranması, işvereni yanıltması, huzursuzluk yaratması, işveren aleyhine konuşmalar yapması, sürekli geç kalması veya sık sık rapor alması, bağlılığının zayıflığı, işçinin görevini yerine getirmekteki isteksizliği veya yetersizliği, işe yoğunlaşmasının düşüklüğü, işyerinde iş akışını etkileyecek derecede sürekli telefon görüşmeleri yapması veya sohbet etmesi, iş saatleri içinde iş amacı dışında sık sık internete girmesi, ücretine sık sık haciz konulması, kısa süreli tutukluluğu, iş amaçlı tahsis edilmiş olanakları özel amaçlı kullanması gibi haller, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih halleridir⁷²⁸.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, kısaca belirtmek gerekirse, teknolojik değişimler, yeniden yapılanma veya ekonomik zorluklar nedeniyle işçinin işinin ortadan kalkması veya niteliğinin değişmesi sonucunu doğuran, işçinin istihdam edilmesi olanağını ortadan kaldıran, işçinin kişiliğinden tamamen bağımsız sebeplerdir (İş K. m. 18/f. 1, ayrıca bkz. m. 6/f. 5, m. 29/f.1). Bunlar işletme risklerinin yol açtığı ifayı kabul engelleri (finansal darlık, ekonomik kriz, hammadde sıkıntısı, pazarın daralması ve müşteri kaybı, talep ve sipariş azlığı, vb. durumlar) sonucu ortaya çıkabileceği gibi, işverenin kendi işletmesel kararına dayalı (üretimin düşürülmesi, yeniden yapılanma ve farklı bir iş örgütlenmesine gitme, üretilen mal veya hizmette değişikliğe gitme, farklı teknolojilerin kullanılması, vb.) tasarruflarından da ileri gelebilir⁷²⁹.

İş K. m. 18 çerçevesinde iş güvencesi sistemi geçerli nedenle fesih, iş sözleşmesinin kişisellik unsurunda meydana gelen ve ilişkinin temelindeki güven unsurunu sarsan ya da sözleşmenin işyeri (yahut işletme) unsurundaki değişimin işçinin edimini konusuz bırakacak nitelikte olması sonucu, işçinin edimi ile işletme

düşük verimle çalışması gibi haller bu başlık altında sayılmaktadır, bkz. Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s. 512-513 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 1024 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 511 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 593 vd. ile s. 601; Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 125-126; Süzek, “İşçinin Davranışları Sebebiyle Fesih”, s. 570-571 vd. Ayrıca bkz. Savaş, **Haklı Fesih**, s. 59 vd.; Ayşegül Sarı, **İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi (İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih)**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 118-119 vd.; Serkan Odaman, “Geçerli-Haklı Sebep Ayrımı”, s. 6 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Y. 9. HD, E. 2018/6582 K. 2018/16484 sayılı 24.09.2018 tarihli kararı, www.kazanci.com.

⁷²⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s. 604 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 519 vd.; Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s. 514; Sarı, **İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih**, s. 142 vd.

⁷²⁹ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Engin, **İşletme Gerekleri İle Fesih**, s. 36-37 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 616 vd.; Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s. 515-516; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 1047-1048 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 532 vd.

faaliyeti arasındaki bağın kopması, işin özdeşliğini ve sürekliliğini yitirmesi halinde süreli fesih hakkının kullanılabilmesini öngörür⁷³⁰. Fesih bildiriminde bulunan işveren, sözleşmenin bu iki unsurundan birinin işlevsiz kaldığını ve işçinin istihdam olanağının ortadan kalktığını ispatla yükümlüdür. İşveren, aynı işyerinde farklı üretim tekniklerini uygulayabilir, işin niteliğini, işletme faaliyetinin konusunu değiştirebilir. Bu değişikliklerin sonucunda işçinin o işyerinde çalışma olanağı kalmamış olduğunun ispat yükü işverene aittir⁷³¹. İşveren sadece bu sebeplerin varlığını değil, bu sebeplerin varlığının işçinin herhangi bir şekilde istihdam edilmesini imkânsız kıldığını, bu amaçla ölçülülük ilkesi çerçevesinde gerektiği takdirde kademeli tedbirlere başvurduğunu, fesihden kaçınmanın mümkün olmadığını ortaya koymak, feshe son çare olarak başvurulduğunu ispatlamak zorundadır⁷³².

İş K. m. 24/I-II ve III'te, işçi açısından haklı fesih teşkil edebilecek haller sayılmıştır. Kanun metninde yer aldığı şekliyle "Sağlık sebepleri" ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hallerle benzerleri ve işyerinde bir haftayı aşkın süre ile işin durmasına sebep olan zorlayıcı nedenlerin vuku bulması, işçi açısından sözleşmeyi derhal sona erdirmeyi haklı kılan sebepler olarak düzenlenmiştir⁷³³. Öte yandan işveren açısından haklı feshe dayanak olabilecek haller İş K m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre sağlık sebepleri, işçinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı hareketleri (, işçinin kendi alanında oluşan ve işçiyi bir haftadan uzun bir süre işyerinde çalışmaktan alıkoyacak zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması, işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığının İş K. m. 17'deki bildirim sürelerini aşması hallerinde işverenin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı doğar⁷³⁴.

Çalışma izni talebinin reddi, iptal veya uzatmama ile izinsiz çalıştırma olgularının işte bu hukuki kurumların hangisine girebileceği, ortaya çıkabilecek durumlara göre belirlenmelidir.

⁷³⁰ Engin, **İşletme Gereklere İle Fesih**, s. 26.

⁷³¹ Engin, **İşletme Gereklere İle Fesih**, s. 77-78.

⁷³² Engin, **İşletme Gereklere İle Fesih**, s. 90-91 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 623 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 517-518; Sarı, **İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih**, s. 125 vd.

⁷³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 835 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 708 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 607 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 419 vd.

⁷³⁴ Bkz. Savaş, **Haklı Fesih**, s. 45 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 692 vd.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 436 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 854 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, **a.g.e.**, s. 617 vd.

2.3.2.4.2. İşverenin Kusurlu Hareketleri ya da Sorumluluk Alanında Gerçekleşen Olaylar

İş hukuku açısından çalışma izni alınması, yabancı işçinin iş görme edimini ifası için gerekli bir hazırlık işlemidir. Genel kural olarak, bu tür bir hazırlık işlemi, aynı zamanda bir işletme riski olarak işverenin üzerindedir. Bu işlemin işverenin kusuruyla veya onun sorumluluk alanındaki bir nedenden dolayı yerine getirilmemesi ve işçinin yasal sürece ilişkin tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olması halinde, şayet henüz bu durumun düzeltilmesi ve çalışma izninin alınması ile ifa mümkün hale gelebilecek ise, başka deyişle işçi kendi üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirerek hukuka uygun bir ifa teklifinde (fiilen olmasa bile söz veya davranışlarla) bulunmuş, gecikmeye rağmen ifada tarafların halen korunmaya değer bir menfaati bulunmakta ancak işverenin kusurlu hareketi veya sorumluluk alanından kaynaklanan geçici bir ifa engeli varsa, böyle bir durum kural olarak TBK m. 408 uyarınca alacaklı temerrüdü hükümlerine tabi kabul edilmelidir⁷³⁵. İşverenin yabancı işçinin iş görme edimini kabul etmemesinde TBK m. 408 uyarınca temerrüde düşmüş kabul edilmemesi için kabulden kaçınmada haklı bir nedene dayanması gerektiği genel olarak kabul edilegelmişse de⁷³⁶, kendi kusurundan kaynaklanan bir nedenle çalışma izni talebi konusunda olumsuz sonuca sebebiyet veren işverenin, işçinin çalışma izni henüz verilmediği için ifayı hukuka uygun olarak teklif etmediğini ileri sürememesi gerekir⁷³⁷. Zira kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olan tarafın bizzat bu tavrı ifaya (veya ifayı kabule) hazır olduğu anlamına gelir. Söz konusu durumun devamında izin başvurusunun olumsuz sonuçlandığının (örneğin izin talebinin reddine ilişkin kararın tebliği üzerinden yasal sürelerin geçmesi ya da bu husustaki itiraz süreçlerinin tamamlanması ile) kesin olarak anlaşılması halinde artık işverenin sorumlu olduğu bir hukuki ifa imkânsızlığı söz konusudur. Bu halde yabancı işçi, öncelikle UİK m. 23/f. 8-9 uyarınca izinsiz çalışma gerekçesiyle sınır dışı edilmemek için fiilen çalışmaktan kaçınmak zorundadır. Diğer yandan TBK m. 408 uyarınca arada çalıştırılmadığı süre ücretini talep edebilir ve İş K. m. 24/II-e uyarınca ücretinin

⁷³⁵ Kaplan-Senyen, **a.g.e.**, s. 571; Soyer, “İşletme Rizikosu”, s. 109-110; Engin, **İşletme Gereklileri İle Fesih**, s. 41 vd. ile s. 45; Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 92-93 vd. Ne var ki, iş vermenin aynı zamanda işverene ait bir borç olarak kabul eden görüşün benimsenmesi halinde artık borca aykırılık hükümleri devreye girecektir, Oğuzman, **Fesih**, s. 151. Bu halde, işverenin çalışma izni alınmasında üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemesi, İş K. m. 24/II- f uyarınca haklı feshi gündeme getirebilir.

⁷³⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 370. Ayrıca bkz. Soyer, “İşletme Rizikosu”, s. 105.

⁷³⁷ “Haklı sebeple” kaçınmanın yasal dayanağına ilişkin tartışma için bkz. Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, s. 97-98.

ödenmemesi sebebiyle veya 24/II-f uyarınca çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

Tarafların çalışma izninin alınmasını sözleşmenin hüküm ifade etmesi için bir geciktirici şart olarak kararlaştırmaları halinde, işverenin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemesi ve bu şartın gerçekleşmemesi halinde, sözleşme öncesi görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa gidilmeden önce TBK m. 175 uyarınca işverence engel olunan koşul gerçekleşmiş ve sözleşme kurulmuş gibi değerlendirme yapılmalıdır.

Çalışma izninin süresinin uzatılması başvurusu da tıpkı izin alınması gibi, işyerinin ihtiyaç duyduğu iş gücünün çalıştırılmasına ilişkin bir hazırlık işlemidir. Bu süreçte ortaya çıkan olumsuzluklar sonucunda uzatma talebinin olumsuz sonuçlanmasının işverenin sorumluluk alanından kaynaklanması halinde de işçinin işyerinde çalışmasına geçici veya sürekli bir ifa engeli oluşturup oluşturumamasına göre sonuca varılabilir. Şayet uzatma talebi reddedilmiş olup bu işleme karşı idari itiraz ve yargı yoluna başvurulması sonucu İYUK m. 27/f. 2 uyarınca verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı da var ise, ya da uzatma talebi işverenden kaynaklanan bir sebeple süresinde yapılamadığından olumsuz sonuçlanacağı öngörülerek aynı işyeri ve işveren için yeni bir çalışma izni başvurusunda bulunulmuş ise, yeni izin talebinin (veya uzatma talebinin) kabulü şartıyla, bu süreçler sonuçlanana kadar sözleşmenin tüm hak ve borçlarıyla yürürlükte olacağı ve bir fesih nedeninin doğamayacağı kabul edilmelidir. Ancak burada yürürlükteki izin süresinin aşılması ve izin yenilenmemesi halinde, bir yürütmeyi durdurma kararı da yoksa, izinsiz çalışma halinde taraflar ağır idari yaptırımlarla (sınır dışı edilme gibi) karşılaşacağından, itiraz ve yargı süresinde sözleşmenin askıda olacağı da öngörülebilir. Bu hususta yukarıda atıf yapılmış olup idari itiraz yollarına başvurulmasına durumunun iş sözleşmesine etkisini değerlendiren İsviçre Federal Mahkemesi kararlarındaki esaslar dikkate alınabilir.

Çalışma izninin alınamaması ya da süresinin uzatılmaması veya iptali kendi etki alanından kaynaklanan bir sebeple gerçekleşen, ancak bu hususta kusuru bulunmayan işverene karşı işçinin sözleşmeyi İş K. m. 24/III koşullarında feshetmesi (ve İş K. m. 40 uyarınca bir haftaya kadar işlemiş ücretini talep etmesi) düşünülebilir. Aynı durumdaki işveren, sözleşmeyi İş K. m. 25/III uyarınca işçiden kaynaklanan bir sebebin olduğunu iddia ederek feshederse haksız feshin sonuçlarına katlanmalıdır. Bu duruma kendisi sebep olan işveren, işçinin izinsiz çalıştırılmasının zaten UİK m. 6/f.

2, m. 23/f. 8 ve 9 uyarınca da mümkün olmadığını, işçinin sınır dışı edileceğini ileri sürememelidir. Bu veya benzer gerekçeye dayalı bir işveren feshinin vukuu halinde, işyerinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre İş K. m. 17/f. 6 uyarınca fesih hakkının kötüye kullanılması ya da İş K. m. 20 vd. hükümleri de uygulama alanı bulmalıdır. Çalışma izninin iptali durumunda yine benzer bir çözüm benimsenebilir. Zira UİK m. 9 f. 1'deki red sebepleri ile UİK m. 15'teki iptal sebepleri, salt işverenden kaynaklandığı sürece ve işçi 6458 sayılı YUKK uyarınca ülkeye girişi yasak olmadıkça ya da Türk kamu düzeni, kamu sağlığı ve güvenliği açısından ülkede çalışmasında sakınca görülen şahıslardan olmadıkça, kısacası red veya iptal sebebi işçinin çevresinden kaynaklanmadığı ve aynı işyerine ilişkin aynı veya farklı bir görevde yeni bir çalışma izni başvurusu daha yapılarak izin almak mümkün olduğu sürece, ifa engelinin geçici olduğu kabul edilmelidir⁷³⁸. İşe iade davası sırasında işyerinin kapanması veya işe iade davası açan işçinin vefatı gibi durumlarda dahi davanın karara bağlanmasında ve fesih sebeplerinin fesih tarihi itibarıyla varlığının araştırılmasında işçinin menfaati kabul edilmişken⁷³⁹, çalışma izinleri konusunda farklı bir sonuca varmayı gerektirecek bir neden yoktur: İşçinin istihdam olanağı, işverence aksi ispatlanmadığı sürece (örneğin yukarıda da atıf yapılan yasada belirtilmiş yasaklılık sebepleri olmadığı sürece), halen mevcut kabul edilmelidir. Ne var ki gerek izin talebinin reddi, gerek iptal gerekse süre uzatma talebinin olumsuz sonuçlanması hallerinde, buna ilişkin yasal itiraz yollarına başvurulmuşsa, itirazların sonuçlanmasının – sözleşmenin bu askı durumu çekilmez hale gelmedikçe – beklenmesi gerekir.

UİK m. 9/f. 1'deki izin talebinin red sebeplerinden özellikle sahte ve yanıltıcı bilgilerle başvuruda bulunulmasının işverenden kaynaklanması, yabancı istihdamı için gerekçesi yeterli görülmemesi, Türk vatandaşlarına hasredilen mesleklerde yabancı çalıştırılmak istenmesi, Bakanlıkça ilan edilen değerlendirme kriterlerinin (işverenin veya işletmenin yeterliliğine ve işverence taahhüt edilen çalışma koşullarına ilişkin olarak) karşılanmaması, başvurunun ve eksiklik gideriminin süresinde

⁷³⁸ Yabancı işçinin 6458 sayılı YUKK uyarınca ülkeye girişi yasak ya da Türk kamu düzeni, kamu sağlığı ve güvenliği açısından ülkede çalışmasında sakınca görülen şahıslardan olması, bu durumun yakın gelecekte değişmesi öngörülemediği sürece işçinin (kusuru olmasa bile) risk alanından kaynaklanan kalıcı bir ifa engeli olduğu kabul edilmelidir. Türkiye'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin olmadığı ülke vatandaşı olması durumunda ise bu durumun işveren tarafından bilinmesi gerektiği ve buna rağmen bir sözleşme ilişkisi kurulması halinde işverenin kusurlu davranışının varlığı kabul edilmelidir.

⁷³⁹ Bu son iki durumun işe iadeye etkisine ilişkin olarak bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 643 vd.

tamamlanmaması gibi durumlar, işverenin ihmal veya kast derecesinde kusuru ile ortaya çıkabilecek durumlardır. Hatta işverenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkide bulunmadığı ülke vatandaşlarını çalıştıramayacağını da öngörmesi gerektiği gibi, Türk vatandaşlarına hasredilen işlerde yabancıları çalıştıramayacağını, yabancı istihdamı için gerekli kriterleri ve yeterli gerekçe unsurunu araştırması, bilmesi ve öngörmesi beklenebilir. Bunlar işverenin kendi işyeri organizasyonunu yürütebilmesi için bilmesi gerekli koşullardır.

Çalışma izninin iptal sebeplerine ilişkin özellikle ÜİK m. 15/f. 2-d ve e düzenlemeleri ile ayrıca diğer sebeplerde (örneğin yabancı işçinin yurt dışında mazeretsiz olarak geçirdiği sürelerin belli bir sınırı aşması, çalışma izni veya muafiyeti aldıktan sonra Türkiye'ye gelmemesi, Turkuaz kartla ilgili bilgi ve belgelerin sunulamaması veya geçerliliğini kaybetmesi) dahli ortaya çıkan işveren açısından da durumun özelliğine göre işçi karşısında hukuki sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında izinsiz yabancı çalıştırmanın iş sözleşmesinin derhal feshi için zorlayıcı sebep olduğu belirtilmişse de, gerçekten işverenin (veya işçinin) sorumlu olduğu davranış söz konusu olduğunda, burada mücbir sebebin unsurları olan taraflara yüklenemez olma, kaçınılmazlık ve öngörülemezlik koşullarının oluşması mümkün görünmemektedir⁷⁴⁰.

Ancak idari kararlara karşı itiraz süreci mevcut ve bir taraf kendine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş, diğer tarafın kusuru ise tam olarak ortaya konulamamış ise, bu sürecin fazla uzaması, ne zaman ve nasıl sonuçlanacağını belli olmaması kaydıyla (yani öngörülemezlik koşulunun oluşması kaydıyla, zira işverenin veya işçinin kusurunun açık olması halinde sürecin olumsuz sonuçlanacağı öngörülebilir bir durumdur), bu durumun işçi için (veya işveren için) katlanılamaz kabul edilmesi koşuluyla, kusuru olmasa bile işverenin (veya işçinin) sorumluluk sahasındaki bir neden söz konusu olduğundan, İş K. m. 24/III (veya İş K. m. 25/III) uygulama alanı bulabilir, işçinin İş K. m. 40 uyarınca işlemiş ücretini talep etmesi söz konusu olabilir.

⁷⁴⁰ Bkz. yukarıda Ergin, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, s. 82-83; Akıntürk, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, s. 530-531 vd. Ayrıca bkz. Savaş, **Haklı Fesih**, s. 132 vd.

Ayrıca, işçinin örneğin 6458 sayılı YUKK uyarınca ülkeye girişi yasak ya da Türk kamu düzeni, kamu sağlığı ve güvenliği açısından ülkede çalışmasında sakınca görülen şahıslardan olması, İş K. m. 25/III anlamında böyle bir mücbir sebep teşkil edebilir. Ne var ki böyle bir engelin varlığı halinde bunu bilen tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında dürüst davranma ilkesi gereği birbirleriyle iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaları gerekir. Söz konusu yasaklılık sebepleriyle ilgili olarak doğru bilgi vermede kusurun varlığına ya da yokluğuna ve ait olduğu tarafa göre İş K. m. 25/II-a, 24/II-a veya 25/III uygulanma imkânı bulabilir. Halihazırda tarafların kusurlu davranışlarının varlığı ortada ise ve bunun çalışma izinleriyle ilgili olumsuz sonucu konusunda bir ihtilaf yoksa, riskin İş K. m. 24/III ve 25/III hükümlerinde olduğu gibi askı hali teşkil edecek şekilde paylaştırılmasının şartı olan geçici ifa/ifayı kabul engelinden tarafların sorumlu tutulamaması koşulundan bahsetmek güçtür.

Diğer yandan, işverenin UİK m. 15/f. 2 c. 1'e dayalı olarak hiçbir neden göstermeksizin işçinin çalışma izninin iptalini istemesi, koşulları varsa işçinin bu iptal talebini öğrendiği tarihten itibaren işveren tarafından gerçekleştirilen geçersiz bir fesih işlemi ya da (işçi iş güvencesinden yararlanma koşullarını taşııyorsa) kötüniyetli fesih olarak kabul edilmelidir. Vurgulamak gerekir ki işverene tek taraflı taleple çalışma iznini iptal ettirme yetkisi veren bu maddenin düzenlenme şekli İş K. m. 18'le getirilen iş güvencesi sistemi ve fesih usulüne ilişkin düzenlemelerle ile açıkça çelişmektedir.

2.3.2.4.3. İşçinin Kusurlu Hareketleri veya İşçinin Sorumluluk Alanında Meydana Gelen Olaylar

Çalışma izninin, işçinin ağır kusurlu davranışları sebebiyle alınamaması, bu nedenle var olan iznin iptali veya süresinin uzatılmaması, işçinin sahte belgelerle başvuruda bulunması, istenen belgeleri bilerek temin etmemesi yahut işlemleri kasten sürüncemede bırakmasına ilişkin sebepler (veya yabancı işçinin yurt dışında mazeretsiz olarak geçirdiği sürelerin belli bir sınırı aşması, çalışma izni veya muafiyeti aldıktan sonra Türkiye'ye gelmemesi, Turkuaz kartla ilgili bilgi ve belgelerin sunulmaması veya geçerliliğini kaybetmesi) değerlendirilirken, UİK m. 9 ve m. 15 düzenlemelerinden yararlanılabilir. Ancak dikkat edilirse bu sebeplerden bazıları İş K. m. 25/II'de yer bulan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık veya benzer haller derecesinde veya ağır kusurlu davranış olarak nitelendirilebilecek durumlar olmayıp, örneğin gerekli nitelik ve uzmanlığı taşıyama, değerlendirme kriterlerini

karşılamama, kamu düzeni vb. açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca görülen yabancılardan olma ya da hakkında 6458 sayılı YUKK uyarınca Türkiye’ye girişine izin verilemeyecek yabancılardan olma gibi nedenler açısından, daha çok İş K. m. 25/III (veya bu sebeplerle gözaltına alınması ya da bir geri gönderme merkezine yollanması halinde İş K. m.25/IV) ya da İş K. m. 18’de işçinin kişiliğinden ya da mesleki yetersizliğinden kaynaklanan sebepler kapsamında değerlendirilebilecek birbirinden çok farklı sebeplerdir.

Çalışma iznini verilmemesi, iptali veya süresinin uzatılmamasında, yabancı işçiden kaynaklanan sebeplerin vuku bulması halinde, işveren tıpkı yukarıda olduğu gibi bu sonuçlara ilişkin UİK m. 21’deki itiraz ve yargı yolunun sonuçlanmasını beklemelidir. Zira hukuki bir ifa/ifayı kabul engeli olup olmadığı bu sürece göre belirlenecektir. Bu sonuca kadar, reddedilen ilk izin başvurularında iş sözleşmesinin askıda olduğu, var olan bir izinle ilgili süre uzatma başvurusunda ise şayet red (ya da iptal) kararına ya da süresiz çalışma izninin iptali kararına karşı (İsviçre Hukukundaki örneklerde olduğu gibi) bir yürütmenin durdurulması kararı varsa sözleşmenin askıda olmayıp yürürlükte olduğu ve herhangi bir fesih nedeninin henüz oluşmadığı, böyle bir karar yoksa sözleşmenin askıda olduğu kabul edilmelidir. Ancak askı hallerinde bu itiraz süreci, sonuçlanmasının dürüstlük kuralına göre işverenden beklenemeyeceği kadar uzarsa, işçinin kusurlu bir davranışı olmasa bile İş K. m. 25/III uyarınca işçinin sorumluluk alanında meydana gelen bir nedenden dolayı ifayı kabul imkânsızlığından bahsedilebilir. İşçinin iş ilişkisi ile bağlantısız herhangi bir nedenden dolayı sınır dışı edilmesi halinde de benzer sonuca varılmalıdır. UİK m. 23/f. 8 ve 9 kapsamında sınır dışı edilme de tek başına işçinin kusurlu davranışının sonucu olarak nitelendirilemez: örneğin işveren işçinin kendi işyerindeki izinsiz çalışması nedeniyle sınır dışı edilmesinde işçinin kusuruna sığınamaz. Ancak sınır dışı edilme kararı, işçinin o işverenin işyeri veya işletmesiyle ya da buna ilişkin çalışma izni süreci ile ilgili bir kusurlu bir fiilinden kaynaklanıyorsa, kısacası iş görme edimi açısından imkânsızlık işçinin ağır kusurlu bir hareketinden kaynaklanmışsa (örneğin işverene tedarik edilen belgelerin sahteliği, verilen bilgilerin gerçeğe aykırılığı söz konusu ise, veya her ne kadar işveren işçinin izin durumunu kontrolle yükümlü ise de bu hususta işçinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu ve işvereni yanılttığı ortaya konulabiliyorsa) haklı feshe ilişkin İş K. m. 25/II-a, e veya g düzenlemelerinden biri uygulama alanı bulabilir. Zira bu durumda İş K. m. 25/III’teki gibi işçinin çevresinde gerçekleşen olayın

öngörülemezliği ya da önüne geçilemezliği, veya tarafların sorumlu tutulamayacağı bir olay söz konusu değildir.

İşverene gerçeğe uygun bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili olarak eklemek gerekir ki, burada yabancı işçilerden özellikle YUKK kapsamında bazı uluslararası koruma statülerinde bulunanların (örneğin mültecilerin, şartlı mültecilerin veya ikincil koruma sahiplerinin) kimlik ve uyrukları hakkında her zaman doğru bilgi veremeyebilecekleri, bunun sebebinin bu kişilerin vatandaşı oldukları kendi ülkeleri veya ikamet ettikleri yer dışına kaçmalarına neden olan korkutma fiilleri ve tehlikenin devamı nedeniyle, haklı bir kaygıya (takip edilme ve öldürülme korkusu dolayısıyla kendini ve yakınlarını koruma gibi) dayalı bu tür yanlış bilgi verme, gizleme ve aldatma fiillerinin TMK m. 24/f. 2 de dikkate alınarak korunmaya değer daha üstün bir yarar sebebiyle haklı bir nedene dayandığı, işyerinde bir olumsuzluğa yol açmadıkça ya da zarara sebep olmadıkça fesih sebebi yapılamayacağı kabul edilmelidir.

İzin talebinin veya süre uzatma talebinin reddi ya da iznin iptalinde, yukarıda belirtilenler kadar ağır bir kusur teşkil etmemekle birlikte işçinin daha hafif kusurlu davranışlarının ya da işçinin kişiliği veya yetersizliğinden kaynaklanan, daha çok İş K. m. 18’de düzenlenen nedenlere benzer nedenlerin varlığı halinde, İş K. m. 25/II uygulama alanı bulamamalıdır. Zira bu durumlarda taraflar arasındaki güven ilişkisi tümünden çökmemekle birlikte sarsıldığından, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık gibi ağır kusura dayalı bir neden söz konusu değildir. İlk izin başvurusunda bilgi ve belge eksikliğini tamamlamaması, buna ilişkin ihmali tavırlarından kaynaklanan hafif kusurlu işçinin bu tavrını düzelterek eksiklikleri tamamlaması ve yeniden başvuru yapması beklenebilir. Halihazırda devam eden bir çalışma izninin ve buna dayalı olarak tüm sonuçlarıyla yürürlükte bir iş sözleşmesinin varlığı halinde, bu iznin iptal edilmesi veya uzatma talebinin reddinin işçinin hafif kusurlu davranışlarından kaynaklanması (yahut yetersizlik veya gerekli diploma veya kalifikasyon belgelerinin sağlanmaması gibi nedenler) İş K. m. 18 kapsamında değerlendirilmelidir.

Kısacası, uzatma talebinin reddine veya iznin iptaline ilişkin her durumda İş K. m. 25/II ya da m. 25/III uyarınca haklı neden (veya İş K. m. 18 uyarınca geçerli sebep) söz konusu olur, şeklinde genel bir kabule gidilmemeli, kanunda yer alan izin talebinin (veya uzatma talebinin) reddi veya iznin iptali sebeplerinin her biri açısından kusurun derecesi ve nedensellik ilişkisi irdelenerek ifa engelinin geçici veya kalıcı olup

olmamasına göre, fesih sebebinin doğup doğmadığı, fesihden önce başka tedbirlerin mümkün olup olmadığı, iş sözleşmesinin askıya alınması teorisine başvurulup vurulamayacağı, ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kuralı ile her bir yabancıнын özel statüsü dikkate alınarak olaya uygulanacak hüküm belirlenmelidir.

2.3.2.4.4. Her İki Tarafa da İzafe Edilemeyecek Nedenler

ÜİK m. 9/f. 1-a’da uluslararası iş gücü politikasına uygun olmama, çalışma izni talebinin reddine ilişkin bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu neden, aynı düzenlemedeki diğer koşullardan bağımsız olarak ele alınırsa, tarafların devletin uluslararası iş gücü politikasını veya bu politikadaki değişiklikleri öngörmesi kural olarak beklenemez⁷⁴¹. Tarafların da her türlü tedbiri almış olsalar dahi öngöremeyeceği ve önleyemeyeceği böyle bir neden, tarafların sorumluluk alanından doğmayan bir hukuki ifa engeli teşkil edebilir. Bu durum, İş K. m. 24/III veya İş K. m. 25/III’te belirtilen tarafların kendi çevrelerinde ortaya çıkan zorlayıcı sebeplerin kapsamı dışındadır. Bu hukuki ifa engeline karşın sözleşme ilişkisine devam edilerek işçinin çalıştırılması, her iki tarafa açısından zarara ve idari yaptırımlara sebep olacaktır. Dolayısıyla bu boşluğun genel hükümler çerçevesinde doldurularak TBK m. 435 uyarınca bir haklı fesih nedeninin her iki tarafça da ileri sürülebileceği kabul edilmelidir.

Ancak taraflar çalışma izninin verileceğine (veya süresinin uzatılacağına) güvenerek iş görme edimi ile buna bağlı diğer edimlerin fiilen ifasına başlamışlarsa, yahut sözleşmenin ifası devam ederken mevcut bir çalışma izninin iptali veya süresinin uzatılmaması yine iş gücü politikası gibi bir nedenden kaynaklanmışsa, işçinin fiili çalışmasının ve feshi ihbar öneli bakımından doğacak haklarının korunması iş hukukunun dayandığı ilkeler ve bu hukuk dalının amaçları açısından elzemdir. Burada her ne kadar iş gücü politikası (veya bu politikadaki değişiklik) sebebiyle yabancı işçinin istihdam olanağının kalmadığı, ihbar öneli tanınarak bu sürede dahi işçi çalıştırmaya devam edilmesi halinde işletmenin idari para cezası, işçinin de hem idari para cezası hem de sınır dışı edilme yaptırımı ile karşılaşacağı açık olsa da, kanunda böyle bir durum için işçinin kıdemine bağlı olarak (ihbar önelinde çalıştırılması mümkün olsaydı hak kazanacağı) ihbar ve kıdem tazminatlarına denk bir götürü

⁷⁴¹ Aksi halde, bu politikayı ve sonucunu öngördüğü halde karşı tarafla sözleşme yapan diğer tarafın culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

tazminat düzenlemesi ile ancak bu tazminat ödenerek işçinin işten çıkarılabileceğine ilişkin açık bir koruyucu hüküm getirilmesi yerinde olurdu⁷⁴².

Her iki tarafın da başvuru sürecinde üzerine düşeni yerine getirmiş olması kaydıyla, idare tarafından iznin uzatılmadığı veya iptal edildiği durumda, izinsiz işçi çalıştırması halinde yasal yaptırımlarla karşılaşacak işverenin İş K. m. 18 uyarınca geçerli nedenle sözleşmeyi sona erdirebileceği de, risk paylaşımı ve hakkaniyet ilkesi açısından, kabul edilebilir⁷⁴³. Böyle bir kabul, en azından işçinin feshi ihbara bağlı haklarını güvence altına almış olur. Ne var ki işveren bu durumda ihbar öneline ilişkin ücreti peşin ödeyerek derhal fesihte bulunmak zorundadır; çünkü izni olmayan yabancı işçi çalıştırması yasaktır.

Bunun haricindeki nedenlerde, yani iş gücü politikasına ilişkin olmayıp, izne ilişkin red kararına veya sürenin uzatılmamasına neden olan idarenin kusurlu davranışı veya süreci uzatması ise, ilk defa yapılan izin başvurularında sözleşmenin askıda kalması, var olan yürürlükteki izinlerin uzatılmasında ise (izin süresini aşmamak kaydıyla) işçinin iş görme ediminin ve buna bağlı hak ve borçların yürürlükte olduğu kabul edilmelidir, aksi halde burada da iş sözleşmesinin askıya alınması söz konusu olabilecektir. Askı halinin kısa sürmesi halinde TBK m. 409 uyarınca işçi ücrete hak kazanmalıdır. Ancak askı hallerinin uzun sürmesi halinde taraflar açısından beklenilemezlik söz konusu ise derhal fesih gündeme gelebilir. Buna rağmen haklı/derhal fesih yapılmayarak işçinin çalıştırılmasına devam edilmesi halinde ise aşağıda belirtildiği gibi düzensiz istihdam (idari yaptırımlar her iki taraf için de saklı olmak kaydıyla) haklı bir fesih gerekçesi teşkil etmemelidir.

Bu çerçevede değinilmesi gerekli diğer bir husus da iş güvencesi kapsamındaki yabancı işçinin halihazırdaki bir feshin geçersizliğine yönelik işe iade kararına dayalı olarak (İş K. m. 20 ve 21) işverene başvurması üzerine, işçinin işe başlatılması gereken bir aylık süre içinde gerekli çalışma izninin alınamaması sorunudur. Şayet izin alınamaması başvuru sürecinde yabancı işçinin kusurlu davranışı ile gerçekleşmişse işçinin samimi bir işe başlatma başvurusunda bulunmaması nedeniyle feshin geçerli hale gelmesi (İş K. m. 21/f. 6) söz konusu olacaktır. Şayet kendisine işe başlatma için

⁷⁴² Başka bir deyişle, bizim hukukumuzda da Fransız hukukuna benzer şekilde, düzensiz durumdaki yabancı işçi, düzenli durumdaki yabancı işçinin hukuki statüsüne asimile edecek hukuki yaptırımlar öngörülmesi, caydırıcı olurdu.

⁷⁴³ Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, s. 294.

süresinde başvuru alan işveren çalışma izninin alınması için kendi yasal yükümlülüklerini yerine getirmemişse işçiyi çalışmak için davet etmişse bile bu davet dürüstlük kuralına uygun samimi bir davet olmayacağından işe başlatmama tazminatından sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak taraflarca samimi bir işe başlatma başvurusu ve işverenden işçiye yönelik samimi bir işe başlatma daveti olup, salt idareden kaynaklanan sebeplerle yasal işe başlatma süresinde çalışma izninin alınamaması söz konusu olursa nasıl bir sonuç doğacaktır? Öte yandan henüz çalışma izni alınmadığı bir durumda mevcut bir hukuki ifa/ifayı kabul engeli varken bir tarafın 10 iş günü içinde işe başlatma başvurusu yapması diğer tarafın süresi içerisinde işe başlaması için işçiyi samimi bir şekilde davet edebilmesinden bahsedilebilecek midir? Mevzuat (ÜİK m. 7/son) çalışma izni başvurularının 30 gün içinde tamamlanmasını öngörmekte, ayrıca sunulan bilgi ve belgelerde eksiklik halinde 30 günlük de erteleme süresi öngörmektedir (f. 7). Uygulama Yönetmeliği'nde ise, (UY m. 17) başvurunun tamamlanabilmesi için 30 gün içinde iznin verildiği işin işvereni için yabancı çalıştırmak için elektronik ortamda onay yükümlülüğü getirilmekte olduğuna değinmiştik. Ancak bu izin alma usulünün 4857 sayılı Kanunda işe iade halinde işe işçinin başvurusu için 10 iş günü ve işçiyi işe başlatma için 1 aylık sürelerle uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Bu özel duruma ilişkin çalışma izni başvurusunda iş sözleşmesi yerine mahkemenin işe iade kararının kesinleşme şerhli suretinin sunulmasını yeterli kabul eden kısaltılmış bir süreye dayalı farklı bir usul öngörülebilirdi.

Tarafların kusurundan kaynaklanmayan bir hukuki ifa/ifayı kabul imkânsızlığı söz konusu ise, yani taraflar bu 10 işgünü ve bir aylık sürede çalışma izni alınması için gerekli prosedürü yerine getirmişler ve başvuruyu tamamlamışlarsa, ancak bir aylık süre de geçmesine rağmen henüz çalışma izni konusunda idarece bir işlem yapılmamışsa, başvurunun elektronik ortamda tamamlandığı tarihten çalışma izninin verilmesine kadar olan sürede (iznin verileceğine güvenildiği varsayımıyla) iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmelidir, zira çalışma izni başvurusunda üzerine düşeni yerine getiren işverenin işe davetinin samimi olduğu ancak işe başlatamaması meşru bir sebebe dayandığından burada işe başlatmama tazminatının doğmaması gerekir. Bu askı süresinin katlanılması beklenemez hale gelmesi durumunda derhal fesih gündeme gelebilecektir. Ancak izin başvurusu taraflardan birinden kaynaklanan bir nedenle reddedilirse burada süresinde işe başlatma başvurusu yapılmamış veya başvuruya rağmen işçi işe başlatılmamış gibi kabul edilmelidir.

2.3.2.4.5. Tarafların Hukuki Bir İfa Engeline Rağmen İş İlişkisi Kurmaları veya Devam Etmeleri

Yukarıda sayılan durumlar ve bu çerçevede kusur dereceleri ile ifa engelinin niteliğine göre yapılan değerlendirmelerin hepsi, tarafların izinsiz çalışmanın hukuki bir ifa engeli olarak sonuçlarını öngörmelerine ve buna göre hareket etmelerine bağlıdır. Hukuki ifa engelinin varlığına rağmen izinsiz yabancı işçi çalıştırmak fiilen her zaman mümkündür. Şayet sözleşmenin tarafları, çalışma izni için hiç başvurmaksızın ya da iznin verilmeyeceğini, süresinin uzatılmayacağını veya iptalini bilerek ve öngörerek düzensiz yabancı istihdamına başlamış ve devam etmişlerse, sırf bu nedene (yani işçinin düzensiz durumuna) dayalı bir fesih, idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla, haksız veya geçersiz fesih teşkil edecek, idarenin tasarrufu sebebiyle gerçekleşecek bir mücbir sebebe yahut birbirlerinin sorumluluğundan kaynaklanan sebeplere dayanmaları mümkün olmayacaktır, zira fesih sebebinin varlığına rağmen fesih hakkının kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, Türk vatandaşlarına hasredilmiş meslekleri konu edinen ve kamu düzenine ağır bir aykırılık sergileyen iş ilişkileri hariç, yabancı işçinin fesih tarihi itibarıyla Türkiye’de nesnel olarak istihdam olanağı olup olmamasına göre işçinin İş K. m. 18, 19 vd. hükümlerine göre ya da İş K. m. 17 ile diğer hükümler uyarınca, feshe bağlı haklarını veya işe iadeyi talep etmesi mümkün olabilir. Aynı işverenin izinsiz işçi çalıştırmasının devamında bu nedenle idarenin yaptırımına maruz kalması halinde, bu durumun normal koşullar altında bir işveren feshi için haklı neden ya da geçerli bir fesih sebebi oluşturması düşünülse bile, aynı işçi için çalışma izni alınmasının mümkün olması halinde işçinin düzensiz durumunda sorumluluğu olan işverence bu tür bir sebebe dayanılamaması gerekir.

3. BÖLÜM: SONUÇ

Türkiye, BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'ye taraftır ve bu sözleşme, düzenli durumdaki yabancı işçilerin belli durumlarda işlerini kaybetmelerinin çalışma izinleri bakımından onları düzensiz hale getirmemesi, düzensiz durumdaki yabancı işçilerin de onları bu şekilde çalıştıran işverenlere karşı korunmasını öngörmektedir. Bu bağlamda UİK m. 15'te yabancı işçinin çalışma izninin iptal gerekçeleri arasında sayılan “çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi” gerekçesi, çalışma izninin işveren ve işyerine bağlı olarak verilmesi kuralına uygun gibi görünse de, işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi veya işveren tarafından haksız bir şekilde işten çıkartılması halinde, bunun külfetini işçiye yüklediğinden yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek güçtür. Bu gibi hallerle sınırlı olmak kaydıyla Türkiye’de yasaya uygun çalışmış yabancı işçiye hiç olmazsa göçmen işçiler hakkındaki BM sözleşmesindeki ilkeler de dikkate alınarak hak arayabilmesi ve yeni iş bulabilmesinin kolaylaştırılması için iptalin ancak izin süresi sonundan itibaren işleyecek bir ek süreden sonra geçerli olacağı öngörülebilirdi. Mevcut düzenleme işçinin kendi kişiliğine bağlı bir hakkı (fesih hakkını) kullanması halinde çalışma ve ikamet iznini kaybetmesi tehdidiyle karşı karşıya bırakılmasını öngörmektedir.

Yine kanunda yer alamayan ancak yönetmelikte (m. 30 ve m. 56/f. 1-i) yer verilen “çalışma izninin askıya alınması”nda tarafların anlaşmasına dayalı olarak ücretsiz izin hallerinin 90 günü aşması halinde çalışma izninin (10 gün sonrasında da bu izne bağlı ikamet hakkının) askıya alınacağını, belirtmektedir. Doğrudan çalışma hakkına ve sözleşme serbestisine ilişkin böyle bir yetkinin idareye kanunla değil de yönetmelikle tanınması anayasaya uygunluk ve hukuk tekniği açısından tartışmalıdır.

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, yabancı işçinin iş sözleşmesinin şekline ilişkin genel bir hüküm içermemektedir. UİK Uygulama Yönetmeliği'nin “Sosyal güvenlik yükümlülüğü” başlıklı 60. madde 4. fıkrasındaki düzenlemeden başvuruda yazılı sözleşme ibrazının aranacağı anlaşılmaktadır. Turkuaz Kart

Yönetmeliği m. 8’de de yazılı sözleşme başvuru belgeleri arasında yer almaktadır. Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği ile ilgili olarak Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü’nün çalışma esaslarına ilişkin 1993/13 sayılı genelgesinde en az 1 ay ve daha fazla çalışanlar için yazılı iş sözleşmesinin bir nüshasının bölge müdürlüğüne verileceği öngörülmektedir. ÇSGB ve Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nün internet sayfalarında çalışma izni başvurularında istenen belge vasfıyla matbu sözleşmeler yer almakta ve bu sözleşme metinlerinde sözleşmenin “belirli süreli” olduğu, taraflar arasındaki ilişkiye Türk iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanacağı belirtilmektedir. Gerek mevzuatta belirtilen gerekse bakanlığın internet sitesinde yer verilen ve idareye sunulması zorunlu sözleşme, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak, yabancı işçi ile işvereni arasındaki iş sözleşmesine ispat veya geçerlilik anlamında bir şekil şartı olarak nitelendirilemeyeceği gibi, sözleşmenin türüne ve gerçek niteliğine, uygulanacak hukuka dair MÖHUK hükümlerine etkisi olan bir belge olarak da nitelendirilemez. Bu “yazılı sözleşme”, aslında sadece idari bir işlemin yerine getirilmesine yönelik bir belgedir. Burada idarenin yabancı işçinin iş sözleşmesi üzerindeki denetiminin, kamu düzenini birebir 5580 sayılı Kanundaki gibi ilgilendirdiği kabul edilerek bu sebeple yabancılarla yazılı olarak yapılmayan iş sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde bir görüş, düzenlemelerin amacını aşan bir yorum teşkil edecektir. Çalışma iznine ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallar olması sebebiyle yönetmelikteki yazılı sözleşmenin aynı zamanda yazılı şekil şartı anlamına geldiğini kabul etmek de doğrudan uygulanan kurallara amaçlarının ötesinde bir anlam vermek olur. Yabancıların çalışma izni başvurularında yazılı iş sözleşmesi istenmesi, tüm bu sayılan örneklerden daha farklı bir şekilde, idarenin bir yandan ulusal iş piyasasının ve ekonominin korunmasına yönelik denetim yetkisinin – deyim yerindeyse bir polis yetkisinin – diğer yandan temel insan haklarının korunmasının, bu arada insan kaçakçılığının, yasa dışı çalışmanın ve angaryanın önlenmesine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının bir gereğidir. Yani burada sözleşme üzerindeki idari denetim kendi amaçlarıyla sınırlıdır. Böyle bir durumda sözleşmede şekil şartına uyulmadığından veya geçersizlikten bahsedilemeyeceği gibi, idareye sunulan yazılı sözleşmenin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin gerçek türüne ve hükümlerine ilişkin yasal düzenlemeleri bertaraf edici bir etkide bulunabileceği de kabul edilemez. Aksi halde yabancı işçiyi yasadışı çalıştıran işverenin lehine ve bu düzenlemelerinin amacının aleyhine bir sonuca varılmış olur. Uygulama Yönetmeliği m. 60/4’teki

düzenleme ise, sözleşme serbestisinin kanunda öngörülme­yen bir sınırlamasının yönetmelikle getirilmesi bakımından tartışmaya açıktır. Burada sadece izin başvurusunda beyan edilen ücretin izin alındıktan sonra düşürülmesi ve tam süreli çalışmanın kısmi süreli çalışmaya dönüştürülmemesi bakımından yasaklar getirilmiştir. Ancak bu gibi yasakların kanunla öngörülmesi hukuk tekniği bakımından daha uygundur.

Yabancı işçilerin çalışma iznine ilişkin 6735 Sayılı UİK ve mevzuattaki diğer düzenlemeler, iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyen, idari ve cezai yaptırıma bağlanmış “düzen hükümleri” olarak kabul edilmelidir. Tek başına çalışma izinlerine ilişkin düzenlemelere aykırılık sözleşmenin geçerliliğine etkili görülemez. Doktrinde Kocayusufpaşaoğlu’nun belirttiği gibi, yasaklayıcı hükümlerin, taraflardan birinin sözleşmeye taraf olmasını yasakladığı bu durumda, geçersizlik yaptırımının hükmün amacı ve anlamı araştırılarak uygulanmalıdır. Çalışma izni olmaksızın çalıştırılan bir işçinin iş sözleşmesinin içeriğinde hukuka aykırılık bulunmaz; buradaki hukuka aykırılık, yasağa rağmen yabancı işçinin bu sözleşmeye taraf olmasıdır. Ne var ki bu aykırılığın hukuki yaptırımı olarak sözleşmenin geçersizliğinin kabul edilmesi, sadece işverenin kaçak işçi çalıştırmadan fayda sağlamasına, geçersizlik TBK m. 394/f. 3 uyarınca ileriye etkili kabul edilse bile, fesih usulü açısından işçinin kendisini koruyan yasal düzenlemelerden gereği gibi yararlanamamasına, giderek çalışma izinlerine yönelik kanun hükümlerinin amacına aykırılığa yol açacağından, idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla, iş sözleşmesinin geçerliliğinin kabul edilmesi gerekir. Uzmanlık gerektiren bir mesleğin ancak gerekli ve kendine özgü izinle yapılabildiği hallerde, ağır basan kamu yararı var ise geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır.

İşverenin çalışma izni olmadan işçi çalıştırması, “çalışma şartlarının uygulanmaması” olarak ya da m. 24/II-c düzenlemesine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Diğer yandan izinsiz yabancı işçi çalıştırma, sadece ülkenin kamu düzenine ve yerli iş gücüne yönelik değil, öncelikle ve doğrudan doğruya işçiyi koruma borcuna aykırı bir harekettir. İzinsiz çalıştırmaması gereken bir işçiyi izinsiz olarak fiilen çalıştıran işveren, sözleşmenin geçersizliğini ya da işçi tarafından aldatıldığını yahut işçinin çalışma izinleri bakımından kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini, kural olarak, ileri sürememelidir. Çalışma izninin alınamaması, işverene ait bir işletme riskidir.

İşverenin, izinli olarak çalıştırdığı yabancı işçilerin çalışma izinleri süreli ise, süresinin uzatılması söz konusu olduğunda kendine düşen yasal yükümlülükleri, işçiye bu işlemleri tamamlama imkânı ve süresi tanıma gibi külfetleri yerine getirmekle yükümlü olduğu dikkate alınır, bu yükümlülüklerin 6098 sayılı TBK m. 106 anlamında “borçlunun borcunu ifa edebilmesi için alacaklı tarafından yapılması gereken hazırlık fiili” olarak nitelendirilmesi ve işverenin TBK m. 408 uyarınca temerrüdünden bahsedilmesi düşünülebilir. Bu olasılıkta, işçi, çalışmadığı süreye ilişkin ücretini TBK m. 408 uyarınca talep edebilmelidir.

Çalışma izninin bulunmaması yahut çalışma izni süresinin uzatılmaması, taraflar açısından geçici veya devamlı bir ifa yahut ifayı kabul imkânsızlığı yaratabilir. Bu hukuki müesseseyle birlikte kanun hükmünün (TBK m. 394/f. 3) fiilen ifa edilmiş sözleşme ilişkilerini koruduğu ve sözleşme tarihinin ifa başlangıç tarihi anlamına gelmeyebileceği hususu da dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek her durumun özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Buradaki sorun, sözleşme yapıldıktan sonra ifa aşamasına geçilirken ortaya çıkan bir ifa engelinin hangi tarafa atfı kabil olduğu ve riskin nasıl paylaştırılması gerektiğine ilişkindir. İfa engelinin alacaklının etki alanından kaynaklanan sebeplerle mümkün olmaması halinde alacaklı temerrüdü, borçlunun etki alanından veya tarafların etki alanı dışında bir sebepten kaynaklandığında imkânsızlık şeklinde bir ifa engelinin varlığını öngören etki alanı teorisinden de faydalanılabilir.

İşçinin, işverenin izin prosedürüne ilişkin görevlerini ihmali nedeniyle çalışmaktan kaçınabilmesi imkânı (zira çalışması halinde sınır dışı edilme dâhil idari yaptırımla karşılaşacaktır) kabul edilmelidir. İşçi TBK m. 408 uyarınca ücretini veya varsa zararının tazminini talep edebilmeli veya İş K. m. 24/II-e uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmelidir. İfa engeline kendisi sebep olan alacaklı karşı edim borcundan kurtulamamalıdır. Diğer yandan bu aynı konuyla ilgili, bir çalışma koşulunun uygulanmadığı, iş verilmediği şeklinde, yani işverenin borca aykırı davranışı sonucu işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğması yönünde değerlendirme yapılması da mümkündür (İş K. m. 24/II-f).

İzin alma sürecinde işçi ihmalkâr davranmış ise, işçinin kusurlu davranışı sebebiyle iş sözleşmesiyle bağlı kalması veya ifayı kabul ederek idari yaptırımlarla karşılaşması kendisinden beklenemeyecek olan işveren iş sözleşmesini İş K. m. 25/II-g kapsamında haklı nedenle feshedebilir, koşulları varsa İş K. m. 26 uyarınca bundan

kaynaklanan zararının tazminini isteyebilir. Zira burada aslında fiilen mümkün olan bir edimin ifasının kabulü, işçinin kusuruyla hukuken imkânsız hale gelmektedir. Bu denli bir ağır sonuca ulaşılabilmesi için, işçi yükümlülüklerini yerine getirseydi, izin başvurusunun olumlu sonuçlanacağına taraflarca kesin bir şekilde öngörülebilir olması ve işçinin sırf bu sonucu önleme gayesi ile hareket etmiş olması gerekir. Şayet işçinin ihmali davranışı var ise ve bu ihmali olmasaydı bile izin başvurusu sonucunun olumsuz olacağı önceden bilinmiyor veya öngörülemiyor ise, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih söz konusu edilmemelidir. İhmali davranışa karşın sonucun öngörülemiyor olması halinde ise İş K. m. 18 uygulama alanı bulabilir. Zira işçinin davranışlarından kaynaklanan bir sebep söz konusudur.

Tarafların her biri başvuru sürecinde üzerlerine düşen ödevleri yerine getirmişse, ancak idare kendi görevini yerine getirmeyerek çalışma izni sürecinin uzamasına neden olmuşsa ve bu durum geçici nitelikte ise, bu sürede sözleşmenin askıda kaldığı kabul edilmelidir. Burada tarafların riziko alanının dışında bir sebep söz konusudur. Buradaki sorun, başka koşullar altında, İş K. m. 24/III'te işyeriyle ilgili, İş K. m. 25/III'te işçiyle ilgili zorlayıcı nedenlerin düzenlenmesi ve tarafların kural olarak kendi etki alanlarına ait bir zorlayıcı nedene dayalı olarak fesih işlemi gerçekleştirememeleri söz konusu iken, çalışma izninin yasa da aynı zamanda hem işçiye, hem işverene, hem de belirli bir işyerine hem de idarenin kendi takdirine bağlı bir işlem olarak düzenlenmesidir. Kanundaki tanımlara göre tarafların etki alanından kaynaklanan bir neden yokken salt idarenin işçi için çalışma izni vermemesinin İş K. m. 24/III veya 25/III uyarınca bir zorlayıcı sebep olarak kabul edilmesi güçtür. Ne var ki diğer taraftan, idarenin tasarrufundan kaynaklanan sebepler ortaya çıksa bile, çalışma izni sürecinin temelde işverene ait bir işletme riski olduğu kabul edilirse, bu durumda işçinin TBK m. 408 uyarınca ücrete hak kazanması gündeme gelebilir. Şu halde izinsiz işçi çalıştırması halinde yasal yaptırımlarla karşılaşacak işverenin İş K. m. 18 uyarınca geçerli nedenle sözleşmeyi sona erdirebileceği de kabul edilebilir. Ancak izinsiz kalma durumu, tarafların kusuruna dayanmıyor ve TBK m. 409'daki gibi kısa süreli bir ifa engeli teşkil ediyorsa, bu durumda, fesih hakkı tanınmamalıdır ve bu durum süresince işçinin ücrete hak kazandığı da kabul edilmelidir .

İşçi tarafından iş görme ediminin fiilen ifa edildiği, işverenin de bu ifayı kabul ederek izinsiz istihdam edilen işçinin çalışmasından fayda sağladığı hallerde artık izinsiz çalışmanın yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçerliliğine (yabancılarca icrası

açıkça yasaklanmış bir mesleğin yapılması gibi bir durum olmadıkça) etkisi – idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla - kabul edilmemelidir. Tek başına çalışma izninin olmaması yahut çalışma izninin süresinin uzatılmaması (veya çalışma izninin iptali), kural olarak, yabancı işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açacak ağırlıkta bir neden olarak değerlendirilemez. Ancak sözleşmenin geçerliliğinden çok sona ermesine, bu sona ermenin usulüne ve sonuçlarına ilişkin sorunlar doğurur.

Çalışma izninin iş sözleşmesi türleri ve farklı çalışma şekilleri ile ilişkisi bağlamında uzaktan çalışma konusuna değinilmiştir. UİK m. 10 çerçevesinde çalışma izninin “belirli bir işyeri”ne özgü olması ile uzaktan çalışma ve benzeri çalışma şekillerinin kanunda özellikle işyeri dışında yapıldığının belirtilmesi, bu tip bir sözleşmeye dayalı olarak yabancı işçi istihdamını engelleyen çelişkili bir durum gibi görünmektedir. UİK işyerini tanımlamamaktadır. Bu sebeple çalışma izni talebi sırasında belirli bir işverenin iş organizasyonu içinde uzaktan çalışmaya ilişkin yazılı sözleşmenin idareye sunulması, izin belirli bir işyerine ilişkin olması koşulunun karşılanması için yeterli sayılmalıdır. Aynı işverenin aynı iş kolundaki başka işyerlerine ilişkin çalışma izni alınabiliyorken (UİK m. 10/f. 1), aynı işverenin iş organizasyonu içinde (ama bu defa işyeri dışında) uzaktan çalışma sözleşmesine ilişkin çalışma izni verilmemesi düşünülemez. İşyeri kavramının geleneksel sınırlarının aşılması ve işçi ile işveren arasındaki bağımlılığın ölçütü olarak “iş organizasyonu” kavramının öne çıkması dikkate alındığında da, UİK m. 10/f. 1’deki işyerini dar yorumlamamak gerekir. Bu sebeple işçinin işverenin iş organizasyonu içinde uzaktan çalışma sözleşmesi ile çalışacağının izin başvurusunda idareye bildirilmiş olması, çalışma iznine ilişkin “belirli işyeri” koşulunun karşılanması için yeterli kabul edilmelidir.

İzin süresi dolmuş, izni iptal edilmiş veya yenilenmemiş ya da hiç olmayan bir yabancı işçinin özel istihdam bürosunca çalıştırılması halinde özel istihdam bürosunun, işçinin geçici iş ilişkisi çerçevesinde diğer bir işverene ait işyerinde çalıştırılması halinde, hem özel istihdam bürosu (veya esas işveren) hem de geçici işçi çalıştıran geçici işverenin UİK m. 23’teki idari para cezalarından birlikte sorumlu tutulmaları gerekir. Geçici işverenin aslında işçinin gerçek işvereni sıfatı olmadığı ileri sürülecek olsa bile yasadışı yabancı işçi istihdamının önlenmesi açısından ödünç iş ilişkisi kurulan işveren de işçiyi çalıştırdığı süre açısından UİK m. 10, m. 22’deki bildirim yükümlülüğü ve diğer yasal düzenlemelerle bağlı kabul edilmelidir. Geçici

işçi çalıştıran işverenin nasıl ki İş K. m. 7/f. 9 uyarınca SGK yükümlülükleri bulunmakta ise, yabancı işçinin çalışma izni açısından da aynı sonuca varılmalıdır. Bu hususta açık bir yasal düzenleme yerinde olacaktır.

Çalışma izninin idari denetimin gereği olarak yasada belirli bir işyerine ve işverene ilişkin olması karşısında (UİK m. 10/f. 1 vd.) nasıl başka bir işverenin yönetim yetkisi altında ve onun işyerinde çalışmak üzere geçici iş ilişkisi kurulabilmesine ilişkin 6735 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği bir düzenleme içermemektedir. Üstelik UİK m. 15/f. 2 yanıltıcı veya eksik bilgilerle çalışan veya kanuna herhangi bir aykırılık halinde çalışma izninin iptalini öngörmektedir. Bu sebeple başka bir işverenin işçisini işyerinde İş K. m. 7 kapsamında çalıştıracak işverenin ve işçisini bu işverene devredecek işverenin, ayrı bir çalışma izni için başvuruları gerekliliği ortaya çıkar. Diğer yandan işçinin zaten mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin tarafı olan bir özel istihdam bürosunda çalıştırılacak olması, UİK m. 15/f. 2-d uyarınca esas işveren yanında çalışma izni alırken bildirilmesi gereken bir husustur. Özel istihdam bürosu için çalışma izni alındıktan sonra, geçici iş ilişkisi kurulduğunda ve işçi geçici işverenin işyerinde çalışmaya başlayacağı sırada, yeni işyeri ve işveren için tekrar izin alınmasının kanunun amacı ve pratik açısından gerekli olduğunu söylemek güçtür. Denetim sağlanması açısından, bu hususun idareye ilk izin başvurusundaki koşullara atıfla geçici işveren yanındaki çalışma başlarken bildirilmesi şeklinde bir yasal yükümlülük getirilebilir. Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde de benzer bir çözüm benimsenebilir. İzin başvurusunda böyle bir bilgilendirme yapılmamışsa tekrar izin almak gibi bir zorunluluk ortaya çıkacaktır.

Geçici iş ilişkisi kurularak, yabancı işçinin, örneğin, geçici işveren yanında yabancılara yasaklanmış bir mesleği icra etmesinin sağlanmasının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçici iş ilişkisini geçersiz kılacağı savı, geçici işverenle işçinin kendi işvereni arasındaki ilişki açısından yerindedir. Ancak esas işverenle işçi arasındaki sözleşme ilişkisi bakımından bu denli ağır bir sonuca, sadece esas işverenin de sırf yabancılara yasak mesleklerle ilgili emredici kuralları ihlal amacıyla işçi istihdam etmesi ve ödünç vermesi halinde varılmalıdır.

Geçici işçinin bu iş ilişkisi sona erdikten sonra gerçek işverenin işyerine dönememesi veya gerçek işverenin onu çalıştırmamasında, iş sözleşmesi ilk durumda işçi, ikinci durumda işverence haklı bir sebep olmaksızın feshedilmiş sayılır. Bu durum, UİK m. 15/f. 2-ç düzenlemesine göre çalışma iznini sona erdirir. İş K. m.

7/f. 13 düzenlemesine giren hallerde ise, işçinin geçici işveren yanındaki çalışması çalışma iznine dayansa bile esas iş sözleşmesi sona erdiği ve artık yeni bir iş sözleşmesi söz konusu olduğu için UİK m. 15/f. 2-ç dikkate alınarak yeni bir çalışma izni talebinin gerekli olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin sona ermesi nedeni teşkil etmese bile, taraf değişikliği doğuracağından, yabancı işçinin çalışmasının devamı sırasında işyerinin devri veya iş sözleşmesinin devri halleri açısından da benzer bir değerlendirme yapılabilir.

Çalışma izninin süreli olmasının tek başına iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşme niteliği kazanması için gerekli objektif koşulu sağlamadığı kabul edilmelidir. Genel olarak süreli çalışma izninin, yabancı işçinin iş sözleşmesini her durumda belirli süreli olarak nitelendirebilmemizi sağlayan bir objektif koşul teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yeni ilke kararları da bu yöndedir. Karşılaştırmalı hukuk da dikkate alındığında, çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın, sözleşme türlerine ve çalışma biçimlerine göre yeniden tereddüte mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Çalışma iznine ilişkin ortaya çıkabilecek durumların (izin talebinin reddi, iptal veya uzatmama) sözleşmenin sona ermesine etkisi konusunda, bunların tarafların sözleşmeden bekledikleri ve ilk başta öngördükleri menfaatleri tehlikeye düşürecek, işlem temelini ve güven ilişkisini sarsacak, en sonunda sözleşmenin feshini gerektirecek ağırlıkta birer ifa engeli olup olmadığı üzerinde durulmuştur. İşçi tarafı bakımından yabancılık unsurunun bulunduğu bir iş sözleşmesinde, taraflar kural olarak, izinsiz işçi çalıştırmayı ve birbirlerinin hem özel hukuk hem de kamu hukuku açısından menfaatlerini tehlikeye atmayı değil, o sözleşmenin yasal açıdan gerekli çalışma izinleri alınarak gereği gibi ifa edileceğini öngörürler. Ancak taraflardan birinin aksi durumu öngörmesi ve diğer tarafı bu hususta yanıltılması halinde, bundan sorumlu olan tarafın sözleşme görüşmeleri sırasındaki yanıltıcı fiillerinden dolayı sorumluluğu (culpa in contrahendo) gündeme gelecektir. Öte yandan, izinsiz çalışmada yasal açıdan bir ifa/ifayı kabul engeli olduğunun kabul edilmesi, işçinin fiilen kaçak çalıştırılmasına engel olmamıştır. Her bir somut durumda kusura dayanan veya kusura dayanmayan fesih nedenleri açısından, bu nedenlerin kaynaklandığı etki alanı (veya hukuki alan) ile fesih nedenlerinin ağırlık derecesi de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira söz konusu durumların toptancı bir yaklaşımla İş K. m. 25/II, 24/III veya 25/III ya da m. 18 kapsamında değerlendirilmesi mümkün

olmayıp her bir ifa/ifayı kabul engelinin kendi özelinde değerlendirilerek kendine uygun hukuki sonucun bağlanması gerekir.

Yabancı işçinin işe iadesi kapsamında (İş K. m. 20 ve 21) mahkeme kararına dayalı bir işe başlatma başvurusunda, önceki geçersiz fesih nedeniyle iptal edilen çalışma izni yerine yeniden çalışma izni başvurusu yapılması gerekecektir. Bu süreçte işe başlatma başvurusu için yasal 10 işgünü içinde işçinin izin başvurusu için kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi ve işverenin de başvurudan itibaren 1 ay içinde aynı süreçte kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak taraflara atfı kabil olmayan nedenlerle izin sürecinin uzaması ve işçinin işe başlatılamaması halinde, başvurunun işverence elektronik ortamda tamamlandığı tarihten çalışma izninin verilmesine kadar olan sürede (izin verileceğine güvenildiği varsayımıyla) iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmelidir, zira çalışma izni başvurusunda üzerine düşeni yerine getiren işverenin işe davetinin samimi olduğu ancak işe başlatamaması meşru bir sebebe dayandığından burada işe başlatmama tazminatının doğmaması gerekir. Bu askı süresinin katlanılması beklenemez hale gelmesi durumunda derhal fesih gündeme gelebilecektir. Ancak izin başvurusu taraflardan birinden kaynaklanan bir nedenle reddedilirse burada süresinde işe başlatma başvurusu yapılmamış veya başvuruya rağmen işçi işe başlatılmamış gibi kabul edilmelidir. Bu hususta sadece işçinin kesinleşmiş işe iade ilâmını sunmasını yeterli kılan hızlı bir başvuru usulü öngörülmesi yerinde olacaktır.

İş sözleşmesinin sona ermesinde çalışma izninin iptali veya uzatılmamasının bir bozucu koşul gibi kabul edilmesi, feshe ilişkin koruyucu hükümlerin dolanılmasına sebep olabilecektir; bozucu koşulun emredici nitelikteki iş güvencesi hükümlerine ve işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere aykırılığı sebebiyle geçersiz olacağı düşünülebilir. Diğer yandan, tarafların iş sözleşmesinin hüküm doğurmasını yasal çalışma izni alınmasına bağlamaları halinde TBK m. 170 uyarınca bir geciktirici koşul kararlaştırdıkları açıktır. Ancak böyle bir durumda vatandaş statüsünde olan işçiye nazaran daha kırılgan ve belirsiz durumdaki yabancı işçinin, kendi hukuki durumunu öngörebilmesi yine de zorlaşacak, hukuki durumunun riski ve belirsizliği daha da artacaktır. Kaldı ki bir diğer taraftan, tarafların yasa gereği yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin iradi nitelikteki geciktirici şarta konu edilmesinin, çalışma izinlerine ilişkin mevzuatın niteliği ile bağdaştırılması güçtür. Taraflar yasal bildirim ve başvuru yükümlülüklerini yerine getirseler bile, idarenin iş piyasasının

durumuna göre izin vermeme veya izni uzatmama yönünde takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu halde, ilk bakışta koşulun gerçekleşmemesi halinde bir iş sözleşmesinin doğumundan bahsedilmemesi gerekli gibi görünse de, bir tarafın bu koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olumlu/olumsuz bir eylemle engel olması halinde, TBK m. 175/f. 1 dikkate alınarak koşul gerçekleşmiş kabul edilmeli, iş sözleşmesi hüküm doğurmuş gibi söz konusu tarafın, sözleşme öncesi görüşmelerdeki kusurlu hareket değil sözleşmeye aykırı hareket nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Ayrıca çalışma izninin alınması işveren açısından yerine getirmekle yükümlü olduğu esaslı bir çalışma koşulu ve aynı zamanda bir işletme riski olması, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki sosyal eşitsizlik ve işçinin korunması gereği de yasal ve sözleşmesel bir yükümlülüğün bir iradi şart olarak kararlaştırılmasını tartışmalı kılmaktadır.

ÜİK m. 15/f. 2’de, çalışma izninin iptalini gerektiren ve halihazırda m. 22 uyarınca taraflarca bildirilmesi gereken nedenlere ek olarak her iki tarafça da sebepten bağımsız bir şekilde yapılmış bir taleple çalışma izninin iptal edilebilmesinin öngörülmesi, çalışma hakkının bizzat öznesi konumundaki işçi bakımından anlaşılabilse de işveren açısından da böyle bir soyut talep hakkının tanınmasının gerekçesi yoktur. İşverenin bu madde uyarınca yapacağı sebepten soyut bir tasarruf, işçi tarafından işverenin bu tasarrufunun öğrenildiği tarih itibarıyla iş sözleşmesinin haksız ve kötüniyetli (iş güvencesi kapsamındaki bir işyeri ve işçi söz konusu ise geçersiz) bir feshi olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdeniz, Ayşe Ledün, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık** (İmkânsızlık), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018

Akıntürk, Esen, **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir, 2006

Akıntürk, Esen, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, **DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 9 S. 2, Yıl 2007

Akyiğit, Ercan, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği (Hükümsüzlük)**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990

Akyiğit, Ercan, **İş Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, 2008, C. 1

Akyiğit, Ercan, “Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl 1990, C. 4

Alibaba, Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005

Alp, Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, **AÜHFD**, C. 53, Yıl 2004, S. 2

Alpagut, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, TÜHİS Yayınları, Ankara 1998

Alpagut, Gülsevil, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mercek**, Yıl 9, S. 3

Alpagut, Gülsevil, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve**

Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 20-21 Kasım 2015, On İki Levha
Yayıncılık, İstanbul, 2017

Alpagut, Gülsevil, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”,
Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014,
Ankara 2016

Alpagut, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona
Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri” (Hizmet
Sözleşmesi), Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu
Semineri, TİSK yayını, Ankara, Ocak 2012,

Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Sona ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve
Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi” (Anlaşma Yoluyla Sona Erme),
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri,
İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran
2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008

Alpagut, Gülsevil, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde
Yeni Eğilimler”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul Ocak
2001

Alpar, M. Bülent, “Göçmen İşçilere İlişkin 97 ve 143 sayılı İLO Sözleşmeleri ile İlgili
Çalışma Mevzuatı”, Kamu-İş, Yıl 2000, C. 6, S. 1

Arslan Ertürk, Arzu, “İş Sözleşmesinde Şekil”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017

Astarlı, Muhittin, “İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından
Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş ve Sosyal
Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 25-26 Kasım 2016,
On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017

Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale (İkale Sözleşmesi), Turhan Kitabevi, Ankara
2016

Auzero, Gilles/Baugard, Dirk/Dockès, Emmanuel, “Droit du Travail”, Editions
Dalloz, 2018

Aybay, Rona/Dardağan Kibar, Esra, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010

Aybay, Rona/Dardağan Kibar, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008

Aydın, Ufuk, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal, İstanbul 2008

Aygün, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (Basım Yılı: 2015)

Bailly, Pierre/Groupe d'information et soutien des immigrés (GISTI), “Le travailleur sans papiers peut-il se prévaloir des règles sur le licenciement?”, Revue de droit du travail, Dalloz, 2011

Baudet-Caille, Véronique, “Les sans papiers licenciés ont-ils des droits?”, Plein droit no: 80, Mars 2009, <https://www.gisti.org/spip.php?article1412>

Baran Çelik, Neşe, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 Yıl 2015, Özel Sayı

Başterzi, Süleyman, “İşverenin İşgörme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi ve Bunun Sosyal Sigorta Üyelik İlişkisine Etkisi” (İşverenin Temerrüdü), Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, 2009

Başterzi, Süleyman, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi ‘İşçinin Haklı Menfaati’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013,

Bonnechère, Michèle, “Travailleur en situation irrégulière – Rupture du contrat de travail – Irrégularité constituant une cause objective – Exclusion de principe des dispositions relatives au licenciement – Exception – Employeur se plaçant sur un terrain disciplinaire, COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 juillet 2012 D. contre Société Place Net”, İnceleme, Le Droit Ouvrier, Novembre 2012, S. 772, https://ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/201211_juris_bonnechere.pdf

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, “Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

Caniklioğlu, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, 20-21 Eylül 2011 İstanbul, TİSK Yayını, Yayın No: 318, Ankara, 2012

Centel, Tankut, “Türk hukukunda Bireysel İş uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi Sosyal Siyaset Konferansları 32-33. Kitaplar**, Yıl 1983, S. 8

Cin, Mustafa, “Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, Yıl 2005

Civan, Orhan Ersun/**Gökalp**, Arzu, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, **Çalışma Ve Toplum**, 2011/1

“Commentaire Rommand du Code Des Obligations” (Commentaire Rommand), Ed. Luc Thévenoz -Franz Werro, Helbig-Lichtenhahn Verlag, Basel 2012

Çavuşoğlu, Aslı, Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları (Geçici İfa İmkânsızlığı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020

Çelik, Elif, “Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Serbest Bölgeler Yönünden Değerlendirilmesi”, MHB, C. 33, Yıl 2013, S. 2

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment, “İş Hukuku Dersleri”, Beta Yayınları, İstanbul 2022

Çelikel, Aysel, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ulusal Programda Öngörülen Düzenleme”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Yıl 2002, S. 2

Çelikel, Aysel/(**Öztekin**) **Gelgel**, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2017

Çil, Şahin, “İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)”, Yetkin Yayınları, Ankara 2022

Çilingiroğlu, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2011, C. 9

Demir, Fevzi, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını no:119, İstanbul, 2014

Demirci, Kıvanç, “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ve Türkiye’nin Mevzuat Bakımından Sözleşmeye Uyumu”, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergi, C. 2, S. 2, Temmuz 2019

Demirkol, Berk, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, **GSÜHFD**, 2018/1

Dhennin, Séverine, **La Nullité du Contrat de Travail**, Université de Lille 2, 2001

Doğan, Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017

Doğan, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının Ve Sınırlarının Tespiti** (İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı), Yetkin Yayınları, Ankara 1996

Doğan, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2007, C. XI, S. 1-2

Doğan Yenisey, Kübra, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış” (Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış), **Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayınları 2011, C. I

Doğan Yenisey, Kübra, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Yayınları, İstanbul 2014

Doğan Yenisey, Kübra, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Değerlendirme), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) 2014 Yılı Toplantısı, MESS Yayını No: 669, İstanbul Ekim 2015

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007

Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, İTÜ Vakfı Yayını No: 18 Makine Fakültesi Ofset Atölyesi, 1987

Ekonomi, Münir, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu I” (Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu) , LİSGHD, Yıl 2006, S. 9

Ekonomi, Münir, “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal, İstanbul 2008,

Ekşi, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2016

Ekşi, Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997

Elçin, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012

Engel, Pierre, Contrats de Droits Suisse, Staempfli Editions SA, Bern 2000

Engin, Murat, “Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, 2002

Engin, E. Murat, İş sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi (İşletme Gerekleri İle Fesih), Beta Yayınları, İstanbul 2003

Erdoğan, Ersin/**Erdoğan**, Canan, “Türkiye’den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **LİSGHD**, Yıl 2016, C. 13, S. 50

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2020

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015

Ergin, Hediye, “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2016, S. 36

Ergin, Hediye, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, Beta Yayınları, İstanbul 2017

Ergin, Hediye, “Yabancıların Çalışma Ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, **LİSGHD**, Yıl 2007, S. 16

Erkan, Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Yıl 2011, S. 2

Erken, Baki, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, **TİSK Akdemi**, C. 11, S. 22, 2016/12

Erken, Baki, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018

Esener, Turhan, **İş Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975

Eyrenci, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Baskan**, Esra, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2020

Eyrenci, Öner, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu-İş Yayını, Ankara 2014

Ferré, Nathalie, “Une question d’accès au droit et à la Justice : le droit d’un travailleur sans papiers à bénéficier d’une indemnité de licenciement et d’un préavis”, **Revue de droit du travail**, Dalloz 2011

Gençler, Ayhan, “Yabancı Kaçak İşçilik gerçeği ve Türkiye Örneği”, **TÜHİS** Şubat 2002

Goma Mackoundi, Rodrigue, “La rupture du contrat de travail d’un salarié étranger en situation irrégulière”, **Le Droit Ouvrier** Mai 2014, No: 790, https://ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/201405_doctrine_goma_mackoundi.pdf

Göğer, Erdoğan, **Yabancılar Hukuku**, AÜHF Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1976

Gülmez, Mesut, “Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emeğin Evrimi: Ulusal ve Ulusalüstü Hukuksal Boyutlar Üzerine Düşünceler”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu**, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü 13-14 Kasım 2014, Petrol-İş Yayını 119, İstanbul Kasım 2014

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021

Güneş, Başak/**Mutlay**, Barış, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2011, S. 30

Gürsel, İlke, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk – Yargıtay Karar İncelemesi” (Karar İncelemesi), **Sicil**, 2021/II S. 46

Güzel, Ali/**Özkaraca**, Ercüment/**Ugan**, Deniz, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta, İstanbul 2011

Güzel, Ali/**Heper**, Hande, “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2017, S. 1

Güzel, Ali, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi” (Değerlendirme 2005), **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara 2007

İste-Arlanoğlu, Cansu, Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021

İştar, Cengiz, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti” (Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti), Çalışma Ve Toplum, 2008/4

Kabakçı, Mahmut, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale” (İkale), Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 7, S. 25, Mart 2012

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II, Petrol-İş Yayını, Ekim 2010

Kandemir, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal, İstanbul 2011

Kaplan-Senyen, Emine Tuncay, “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları” (İfa Engelleri), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011

Kaplan-Senyen, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023

Karagül, Dilara, Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021

Kaya, Cansu, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 S. 5 Yıl 2017

Kaya, Pir Ali/Ertuğrul Yilmazer, Işın Ulaş, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Yıl 2016, S. 70

Keser, Hakan, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik”, Kamu-İş, Yıl 2003, C. 7, S. 2

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayınları, 2008, C. I

Kıral, Halis, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları, TİSK Yayını No: 270, Yorum Matbaacılık, Ankara 2006

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017 (4. Basıdan tıpkı 7. Bası), C. I

Laçiner, Hediye, “Yabancı Öğretim elemanının Çalışma İzninin İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Yapılmasına Etkisi” (Karar İncelemesi), **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl 2006, C. 20, S. 6

Lordoğlu, Kuvvet, “Türkiye’deki Çalışma Hayatının Bir Parçası Olarak Yabancı Çalışanlar”, **Çalışma Ve Toplum**, 2007/3

Mangematin, Céline, “Rupture de la relation de travail du travailleur étranger en situation irrégulière”, **Droit Sociale**, Dalloz 2013 (erişim tarihi 13.05.2020)

Mollamahmutoğlu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, **İş Hukuku**, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022

Mouly, Jean, “Non-renouvellement d’un titre de travail: droit des étrangers versus protection des salariées enceintes”, İnceleme, **Droit Sociale**, Dalloz 2017

Narmanhoğlu, Ünal, **İş Hukuku C. I: Ferdi İş İlişkileri**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014

Narmanhoğlu, Ünal, **İş Hukuku C. II: Toplu İş ilişkileri**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016

Nomer, Ergin, “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Basım Yayım, İstanbul, Ekim 2017

Odaman, Serkan, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı” (Geçerli-Haklı Sebep Ayrımı), **Kamu-İş**, C. 7, Yıl 2003, S. 3

Oğuzman, M. Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve İş mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi** (Fesih), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955

Oğuzman, M. Kemal/**Barlas**, Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, C. I

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, C. II

Okur, Zeki, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakları”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaşgünü Armağanı, İ.Ü.H.F. Yayını No: 718, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999

Ökçün, A. Gündüz, “Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti”, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Pelin Ofset, Ankara 1998

Ökçün, A. Gündüz, “Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni”, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1997

Özdemir, Erdem, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, Yıl 2005, C. 54, S. 3

Özdemir Kocasakal, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Doktora Tezi, Mat Yapım, İstanbul, Kasım 2001

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 2010, S. 1-2

Özkaraca, Ercüment, “Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi”, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayını, Kasım 2018

Özkaraca, Ercüment/Ünal, Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu” (Geçersizlik Sorunu), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, C. 20, S. 1 (Özel Sayı), Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan

Pélissier, Jean/Supiot, Alain/Jeammaud, Antoine, Droit Du Travail, Editions Dalloz, Paris, 2008

Perrin, Laurent, “Travailleur en situation irrégulière: licenciement pour faute et application de la procédure disciplinaire”, **Dalloz actualité**, 5 septembre 2012, erişim tarihi 13.05.2020

Sarı, Ayşegül, **İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi** (İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih), Seçkin Yayınları, Ankara 2019

Sarıbay, Gizem, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal, İstanbul 2008

Savaş, F. Burcu, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi** (Haklı Fesih), Beta Yayınları, İstanbul 2012

Savatier, Jean, (Licenciement/Travailleurs étrangers en situation irrégulière/Indemnisation), İnceleme, **Droit Sociale**, Dalloz 1998

Savatier, Jean, (Licenciement/Travailleur étrangers/Carte non renouvelée), İnceleme, **Droit Sociale**, Dalloz, 1997

Savatier, Jean, “Licenciement d’un étranger en situation irrégulière”, İnceleme, **Droit Sociale**, Dalloz 2009

Seliçi, Özer, **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi** (Sürekli Borç İlişkileri), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018

Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme** (İfa Engelleri), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022 (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı)

Siro, Jean, “Mensonge du salarié sur son identité et sa situation sur le territoire: absence de faute lourde”, **Dalloz actualité**, 22 mars 2013, erişim tarihi 13.05.2020

Soyer, M. Polat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” (TBK Tasarısı üzerine Düşünceler), **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal, İstanbul 2008

Soyer, M. Polat, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku” (İşletme Rizikosu), **DEÜHFD**, Yıl 2, S. 2

Soyer, M. Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi” (Sona Erme), **Sicil**, Yıl 6 S. 22, Haziran 2011

Soyer, M. Polat, “Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi” (Yararlılık İlkesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayını No: 19, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991

Soyer, M. Polat, “‘Yeni Yararlılık’ Düşüncesi Mi? Yoksa Sendikaların Sosyal Taraf Olarak Sorumluluğu Mu? Toplu İş Sözleşmesinin ‘Önceliği’ Üzerine Tartışmalar”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005

Süzek, Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması** (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması), Kazancı Yayınları, Ankara 1976

Süzek, Sarper, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi** (İş Sözleşmesinin Askıya Alınması), Savaş Yayınları, Ankara, 1989

Süzek, Sarper, “İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık” (Hukuka Aykırılık), **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012

Süzek, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği” (Geçersizlik), **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, S. 1, Özel Sayı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014

Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2022

Süzek, Sarper, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Sebebiyle Geçerli Fesih” (İşçinin Davranışları Sebebiyle Fesih), **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayınları, İstanbul 2005

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Fıganmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018

Talas, Cahit, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, **AÜSBFD**, C. 46, Yıl 1991, S. 1

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2012

Tarman, Zeynep Derya, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, Yıl 2010, C. 59, S. 3

Taşkent, Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil**, Mart 2008, S. 9

Taşkent, Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, **LİSGHD**, Yıl 2006, S. 9

Tekinalp, Gülören, **Türk Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003

Tekinalp, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları** (Bağlama Kuralları), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

Tercier, Pierre/**Bieri**, Laurent/**Carnon**, Blaise, **Les Contrats Spéciaux**, Schultess Editions, Geneve 2016

Tiryakioğlu, Bilgin, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, **AÜHFD**, C. 46, Yıl 1997, S. 1

Töre, Nazlı, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Şartları”, **TİSK Akademi**, Cilt 9 S. 18, 2014/II

Tuncay, A. Can, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, **LİSGHD**, Yıl 2017, Sayı 53

Tuncay, A. Can, “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkisine Uygulanacak Kanun”, **Onar Armağanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 2354, İstanbul 1977

Tunçomağ, Kenan, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul 1988

Tunçomağ, Kenan/**Centel**, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2022

Turan, Gamze, “İşverenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları” (İşverenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü), **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 21, S. 5 - 6, Ağustos - Kasım 2008

Vural Çelenk, Belkıs, “Yabancı Unsurlu İş sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının tespiti ve Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 2017, S. 3

Wolmark, Cyril, **Travailleur Etranger**, Répertoire de Droit du Travail, Dalloz, Juillet 2019, (Erişim tarihi 13.05.2020)

Wyler, Rémy/**Heinzer**, Boris, **Droit du Travail**, Staempfli Editions SA, Bern 2014

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2014

Yıldız, Gaye Burcu, “Bireysel İş ilişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 25-26 Kasım 2016**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017

Yürekli, Sabahattin, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011

Yargıtay kararları için www.kazanci.com, Çalışma ve Toplum ile Yargıtay karar arama motorundan yararlanılmıştır.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Memet Nejat Şen
Tez Başlığı : Türk Bireysel İş Hukukunda Yabancı İşçilerin İş Sözleşmeleriyle Çalışma İzinlerinin İlişkisi
Savunma Tarihi : 13/ 12 / 2023
Danışman : Prof. Dr. E. Murat Engin

JÜRI ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. E. Murat Engin

Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

Prof. Dr. Ercüment Özkaraca

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Doç. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü