

Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLi

Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi

Danıştay'ın Yabancıların Çalışma İzinleriyle İlgili Uygulama Yönetmeliğinin Bazı Hükümlerini İptali

Yabancıların Türkiye'deki çalışmalarına ilişkin yasal rejimin temelini, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" (YÇİHK)¹ ile bu Kanunun uygulamasını göstermek üzere çıkarılan "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği" (UY)² ve "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" (YYY)³ meydana getirmektedir.⁴

YÇİHK'nın 2. maddesinde, karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve AB hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancıların Kanunun uygulama kapsamı dışında tutulacağı belirtilmiştir. Kanunun bu hükmü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, değişen sosyal ve ekonomik koşullara, uluslararası ilişkilerde meydana gelen gelişmelere bağlı olarak, bazı yabancıları çalışma izninden muaf tutma olanağı verilmiştir. Ayrıca, YÇİHK'nın 22 (1). maddesinde, "*Her türlü çalışma izninin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esaslar bu Kanuna göre*

çıkartılacak yönetmelikle düzenlenir.", hükmü yer almaktadır.

YÇİHK'nın bu hükümleri çerçevesinde Uygulama Yönetmeliği'nin 55. maddesinde çalışma izninden muaf tutulan yabancıların kimler olduğuyla ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeyle, özel kanun hükümleri saklı kalmak ve yabancı ile işverenin diğer kanunlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri kaydıyla, bazı yabancı kategorileri çalışma izni almaktan muaf tutulmuştur.

Diğer taraftan, YÇİHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yabancıların çalışmaları konusunda bazı problemlerin yaşandığı kamuoyunca bilinmekte ve değişik meslek ve sivil toplum kuruluşlarınca (TOBB, TÜSİAD, TİSK, YASED gibi) dile getirilmektedir. Kanunun uygulama sürecinde ortaya çıkan sorunları gidermek üzere gerek Uygulama Yönetmeliği'nde gerekse YÇİHK'da değişiklik yapılma yoluna gidilmiştir. Bu amaçla ilk olarak Uygulama Yönetmeliği'nin muafiyetleri düzenleyen 55. maddesinde değişiklik yapılmış, bu değişikliğin Danıştay tarafından iptali üzerine karşılaşılan sorunları çözmek üzere bir kanun tasarısı hazırlanmıştır.

Mesleki yeterlilik ve diploma denklik işlemlerinin uzun sürmesi, yabancı uzmanların istihdamına ihtiyaç duyan işletmelerin işleyişlerine olumsuz etki edebilmektedir.

Bu kısa değerlendirmede sırasıyla Türkiye’de çalışacak yabancıların mesleki yeterlilik ve denklik prosedüründen kaynaklanan sorunları, bu sorunları çözmek amacıyla yapılan Yönetmelik değişikliğinin Danıştay tarafından iptali ile kanun koyucunun bu iptal kararı üzerine başvurduğu yasalastırma çalışmalarını irdelenmektedir.⁵

1. Mesleki Yeterlilik ve Denklik Prosedürü

4817 sayılı YÇİHK’nın 26 ve 27. maddeleri ile değişik 6235 sayılı “Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu”nun 34 ve 35. maddeleri gereğince, yabancı mühendis ve mimarların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’ndan çalışma izni almaları gerekmekte ve bu yabancı mühendis ve mimarlara çalışma izinlerinin verilmesinde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği’nden (TMMOB) mesleki yeterlilik konusunda görüş alınması icap etmektedir.

Bu bağlamda, 6235 sayılı Kanununun değişik 34. maddesine göre, “*Yabancı müteahhit veya yabancı kuruluşlar, Türkiye’de Devlet daireleri ile resmi ve özel kuruluş ve şahıslara karşı resen veya yerli kuruluşlarla birlikte taahhüt ettikleri mühendislik veya mimarlıkla ilgili işlerde, yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla, Bayındırlık ve İskân Bakanlığının ve Odalar Birliğinin görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile yabancı uzman çalıştırabilirler.*”

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu’nun değişik 35. maddesine göre ise, “*34 üncü madde kapsamına girmeyen işlerde yabancı mühendis ve yüksek mühendisler ile mimar ve yüksek mimarlar, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca verilen görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile çalıştırabilirler.*”

Ayrıca, 6235 sayılı Kanununun 33. maddesinde, “*Türkiye’de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensuplarının mesleklerinin icrasını iktiza ettiren işlerle meşgul olabilmeleri ve mesleki tedrisat yapabilmeleri için ihtisasına uygun bir odaya kaydolmak ve azalık vasfını mubafaza etmek mecburiyetindedir.*” hükmü yer almaktadır. Yine aynı Kanununun 36. maddesinde, “*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.*” hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanununun 38. maddesi ise, “*Bu Kanununun 33 ve 34 üncü maddelerinde yazılı vecibeleri yerine getirmeyen yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis ve mimarlar Türkiye’de mesleki faaliyetten menedilirler.*” hükmünü amirdir.

Bu yasal gereklilikler, özellikle meslekî hizmetler kapsamında çalışacak yabancıardan çalışacakları alanlarla ilgili akademik ve meslekî yeterliliklerine ilişkin diploma ve belgelerin istenmesine neden olmaktadır. Bu diploma ve belgelerin Türkiye’de denkliğinin belgelenmesi gereği ve yabancıların meslekî yeterlilikleri konusunda ilgili mercilerden görüş sorulması zorunluluğu, özellikle yabancı mühendis ve mimarlar açısından çalışma izninin verilmesi süresini uygulamada oldukça uzatmaktadır.⁶

İlgili kurumlardan mesleki yeterlilik konusunda görüş alınabilmesi için de yabancıların sahip oldukları diplomaların denkliği araştırılmaktadır. Yüksek Öğretim Kurumu’ndan (YÖK) diploma denklik prosedürünün tamamlanabilmesi bazı durumlarda yedi sekiz ay gibi süreleri bulabilmektedir. Mesleki yeterlilik ve diploma denklik işlemlerinin uzun sürmesi, yabancı uzmanların istihdamına ihtiyaç duyan işletmelerin işleyişlerine olumsuz etki edebilmekte ve ülke ekonomisi için önemli ulusal, uluslararası projelerin yürütülmesinde aksamalara neden olmaktadır.

2. Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılması ve Danıştay’ın İptal Kararı

Bu sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla 2004 yılında Yönetmeliğin muafiyetler konusunu düzenleyen 55. maddesinde değişiklik yapılma yoluna

gidilmiştir. Yapılan değişiklikle 55. maddeye (1) bendi ile bir geçici madde eklenmiş ve maddenin 2. fıkrasına bir ekleme yapılmıştır.⁷ Eklenen (1) bendine göre, “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmeler gereğince veya konsorsiyumlar tarafından yürütülecek ulusal, uluslararası projelerde veya uluslararası kuruluşlarda çalışacak yabancılar” çalışma izni almaktan muaf tutulmuşlardır.

55. maddenin 2. fıkrasına yapılan eklemeye ilgili fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: “*mesleki hizmetler kapsamında olup, muafiyet hükümlerine tabi yabancı mimar, mühendis ve şehir plancılarının hizmet sürelerinin bir ayı aşması, (1) bendi kapsamındakilerin ise bir yılı aşması durumunda akademik ve mesleki yeterliliğini tamamlayarak Bakanlıktan çalışma izni alması, ilgili meslek kuruluşuna geçici üye olması ve ulusal kurum ve kuruluşların uygulamalarına uyması zorunludur.*”

Eklenen Geçici 1. madde ile “*Mesleki hizmetler kapsamında çalışma izni uzatma talebinde bulu-*

kapsayacak şekilde, belirli projelerde çalışacak yabancı uzmanların tamamının çalışma izninden muaf tutulmalarını öngören Yönetmeliğin 55. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendi 6235 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine aykırıdır.⁹

Danıştay Dairesi diğer taraftan Türkiye’de çalışan yabancı mimar, mühendis ve şehir plancılarının Türkiye’deki hizmet sürelerinin bir ayı aşması halinde yerine getirmek zorunda oldukları odaya kayıt yükümlülüğünü (1) bendi kapsamındaki işler açısından bir yıldan sonraki çalışmalar için düzenlemek suretiyle muafiyet kapsamını genişleten 55. maddenin 2. fıkra değişikliğini de 6235 sayılı Kanuna aykırı bulmuştur.¹⁰

Danıştay Dairesi nihayet Yönetmelik değişikliği ile getirilen Geçici 1. madde hükmünde de hukuca uyarlık bulmamıştır. Zira 4817 sayılı YÇİHK’nın Geçici 1. maddesi gereğince önceki mevzuata göre daha önceden verilen tüm çalışma izinleri izin süresi sonunda geçerliliğini yitirmiş olduğundan, mesleki hizmetler kapsamında daha önceki mev-

Normlar hiyerarşisi gereğince alt norm grubunda yer alan yasal düzenlemenin üst norm grubunda yer alan yasal düzenlemelere aykırı olmaması genel bir hukuk ilkesidir.

nan yabancıların Kanunun yürürlüğe girmesinden önce diğer merciler tarafından verilen çalışma izinleri akademik ve mesleki yeterliliğe ilişkin prosedürün tamamlanabilmesi için bir yılı geçmemek kaydıyla uzatılabilir.” hükmü getirilmiştir.

Yapılan Yönetmelik değişikliklerinin iptali talebiyle Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından dava açılmış ve açılan dava üzerine Danıştay Onuncu Dairesi yapılan Yönetmelik değişikliğinin bazı hükümlerinin iptaline karar vermiştir.⁸ İlgili Danıştay Dairesi iptal kararını verirken 4817 sayılı YÇİHK’nın ilgili maddelerinin verdiği yetkiyle çıkarılan Yönetmelik hükümlerinde yapılan değişiklikleri, mühendislik ve mimarlık hizmetlerinin yürütülmesine yönelik yasal çerçeveyi belirleyen 6235 sayılı Kanunun hükümleri ile karşılaştırmıştır.

Danıştay Dairesi’ne göre, mühendislik ve mimarlık mesleklerini Türkiye’de icra etmek isteyen yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri koşullarını belirleyen 6235 sayılı Kanunun hükümleri göz önüne alınmaksızın, bu meslek mensuplarını da

zuata göre verilmiş çalışma izinlerinin süresinin bir yıla kadar uzatılması sonucunu doğuran Yönetmelik düzenlemesi de hukuca uygun bulunmamıştır.¹¹

Normlar hiyerarşisi gereğince alt norm grubunda yer alan yasal düzenlemenin üst norm grubunda yer alan yasal düzenlemelere aykırı olmaması genel bir hukuk ilkesidir. Bu açıdan, yabancıların çalışma izinleri konusunu düzenleyen kanun düzeyindeki normların varlığına rağmen, bu alanda yabancı istihdamı için kolaylık getirmeyi amaçlayan yasal düzenlemelerin teknik mânâda kanunlarla değil de yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleri ile yapılması yapılan düzenlemenin iptaline netice verebilecektir.

Danıştay kararına konu olan Yönetmelik hükümlerinin iptali talebiyle açılan idari davadaki hukuksal sorun da esas itibarıyla bu noktada düğümlenmektedir. Yönetmelikle yapılan değişikliklerle yabancıların istihdamı ile ilgili sorunlara çözüm bulma arayışı gerek bireysel gerekse ülkesel fayda açısından yerinde olmakla birlikte, başvuru huku-

Uygulamada yabancı teknik personelin çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan meslekî yeterlilik ve denklik sürecinin tespiti ile ilgili odaya kayıtlarda uygulanan süreç, izinlerin zamanında verilmesini imkânsız hale getirebilmektedir.

kuksal mekanizma açısından isabetli olmamıştır. Benimsenen amaç doğru ancak seçilen araç yanlış olmuştur.

3. YÇİHK'da Değişiklik Yapan Kanun Tasarısında Geliştirilen Çözüm Yolları

Bu soruna çözüm olmak amacıyla “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır.¹² Tasarının YÇİHK'nın 2. maddesine yaptığı eklemeye, Savunma Sanayi Müsteşarlığı'nca yürütülen projelerde ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmeler gereğince veya konsorsiyumlar tarafından yürütülecek ulusal projelerde görev alacak yabancılar ile ülkemizin de taraf olduğu uluslararası nitelikteki projelerde ve uluslararası kuruluşlarda meslekî hizmetler kapsamı dışında çalışacak yabancılar, çalışma izin prosedürü dışında bırakılmaktadır.¹³

Yine mesleki hizmetler kapsamında görev alacak yabancılar için ön izin uygulamasına geçilmesi hedeflenmektedir. 4817 sayılı Kanununun 12. maddesine yapılan eklemeye, meslekî hizmetler kapsamında görev yapacak yabancılar akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin prosedürün tamamlanması sürecinde, meslekî unvanlar kullanmaksızın çalışmayı sağlamak amacıyla azami bir yıl süre ile ön izin verilmesi imkânı getirilmektedir.¹⁴

Ayrıca, Kanununun 13. maddesine, meslekî eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu yönetici veya kilit personel için ilgili mercilerden meslekî yeterlilik konusunda görüş alınmayacağına ilişkin düzenleme getirilmektedir.¹⁵ Böylece meslekî eğitim alanının dışında yöneticilik görevi

yapacak yabancılar ve kilit personel statüsünde istihdam edilecek yabancılarla ilgili çalışma izin işlemlerinin gereksiz yere uzaması engellenerek işlemlerin daha çabuk sonuçlanması ve uygulamada meydana gelen aksaklıkların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca, uygulamada yabancı teknik personelin çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan meslekî yeterlilik ve denklik sürecinin tespiti ile ilgili odaya kayıtlarda uygulanan süreç, izinlerin zamanında verilmesini imkânsız hale getirebilmektedir. Kanununun 23. maddesine getirilen yeni düzenlemeyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden veya Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek diğer ülkelerden gelecek yabancı mimar ve mühendislerin akademik ve meslekî yeterlilik tespit süreci kolaylaştırılmaktadır. Bu kişilerin, çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin denetimde, kendi ülkelerinden aldıkları diploma ve oda kayıt belgesine göre işlem yapılması öngörülmektedir.¹⁶ Ayrıca bu şekilde çalışma izni verilen kişilerin, izin verilmesini müteakip başkaca bir belge ve bilgiye ihtiyaç olmadan ilgili odaya geçici üyelik kaydının yapılması imkânı getirilmektedir.

Kanun Tasarısı'nda benimsenen bu düzenlemelere TMMOB'nin şiddetli itirazları olmuştur.¹⁷ Tasarının 23.5.2007 tarih ve 5665 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” adıyla Meclis'te kabul edilmiş ve onaylanmak üzere Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir. Söz konusu kanun dönemin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'nın 89. ve 104. maddeleri gereğince bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderilmiş ve bu zamana kadar henüz yeni bir yasalaştırma girişimi olmamıştır.

Sonuç

Bu kısa irdelemede esas olarak Danıştay'ın yabancıların çalışma izinleri ile ilgili muafiyetleri genişleten Yönetmelik hükümlerinin iptali inceleme konusu yapılmıştır. Danıştay kararına neden olan temel sorunun yabancı mühendis, mimar ve şehir plancılarının mesleki ve akademik yeterlilik prosedüründen kaynaklandığı görülmektedir. 6235 sayılı Kanun hükümleri karşısında Uygulama Yönetmeliğinde değişiklik yapan Yönetmelik hükümlerinin iptali dışında Danıştay'ın başka bir sonuca

ulaşması esas itibarıyla mümkün gözükmemektedir.

Önceki yasama döneminde Meclis onayından geçmesine rağmen dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edildiği için kanunlaşamayan tasarının buradaki sorunlara bir ölçüde çözüm oluşturabileceği belirtilmelidir. Mesleki yeterlilik konusu yakın zamanda çıkarılan “Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu”¹⁸ kapsamında da yeniden düzenlenmiştir. Bahse konu bu Kanunun yürürlüğe girmesi ve Mesleki Yeterlilik Kurumu’nun fonksiyonlarını yerine getirmesiyle uluslararası meslek standartlarını esas alan bir uygulamaya geçiş sağlanabilecektir.

Diğer taraftan, ABD’de olduğu gibi, diploma ve meslek denkliğinin belirlenmesinde gerek YÖK gerekse TMMOB tarafından akredite edilecek belirli özel firmalara yetki verilmesi önerisi desteklenebilir.¹⁹ Bu suretle, mesleki yeterlilik ve denklik prosedürünün çok kısılması sağlanarak bir taraftan yabancı uzman istihdam etmek isteyen firmaların haklı beklentilerine cevap verilmiş, diğer taraftan yerli mühendis, mimar ve şehir plancılarının haklı çıkarılarını korumayı hedefleyen TMMOB’un kaygıları korunmuş olabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 27.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Kanun (RG, 06.03.2003 – 25040).
- 2 Uygulama Yönetmeliği (UY) 4817 sayılı YÇİHK’nun 22. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır (R.G. 29.08.2003).
- 3 Bu Yönetmelik (YYY), 4817 sayılı YÇİHK’nun 23. maddesi ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3 (g) maddesi uyarınca çıkarılmıştır (R.G. 29.08.2003 – 25214).
- 4 Bu kanunla birlikte ortaya çıkan çalışma izinleri rejimini inceleyen bir çalışma için bkz. Bülent Çiçekli (2004) Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara: TİSK Yayınları.
- 5 “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”: bkz. İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 43, 01.06.2006; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 42, 22.06.2006.
- 6 Denklik ve mesleki yeterlilik prosedürünün Türkiye’de çalışmak isteyen nitelikli yabancı işgücü açısından neden olduğu zorluklar konusunda bkz. American Business Forum Turkey (ABFT) White Paper, Issues Concerning Work Permits for Foreigners in Turkey, December 2007.
- 7 Bkz. RG, 24.04.2004 – 25442.
- 8 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007.
- 9 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, ss. 7-8.
- 10 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, ss. 7-8.

- 11 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, s. 8.
- 12 “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”: bkz. İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 43, 01.06.2006; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 42, 22.06.2006.
- 13 Bkz. Tasarının 1. maddesi.
- 14 Bkz. Tasarının 7. maddesi.
- 15 Bkz. Tasarının 8. maddesi.
- 16 Bkz. Tasarının 14. maddesi.
- 17 TMMOB’un kanun tasarısı ile ilgili görüşleri için bkz. <http://www.tmmob.org.tr/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=1314> (erişim tarihi: 23.11.2008).
- 18 21.09.2006 tarih ve 5544 sayılı Kanun için bkz. RG. 07.10.2006 – 26312.
- 19 ABFT, 2007, White Paper