

## **YABANCILARIN KENDİLERİNE YASAK İŞLERDE VEYA ÇALIŞMA İZİNİ ALMADAN ÇALIŞMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ**

Araş. Gör. Dr. Mustafa CİN  
KTÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

### **GİRİŞ**

Ülkemizdeki yabancı işçi sayısının son yıllarda hızlı bir şekilde arttığı görülmektedir. Ancak, bu işçilerin bir kısmı yasal şekilde çalıştırılmakta; milyonlarla ifade edilen büyük bir kısmı ise, yasadışı yani, kaçak çalışmaktadır. Kaçak çalışma, hem devlet hem de yabancı işçiler açısından önemli sorunlar doğurmasına rağmen önlenememektedir.

Yabancıların Türkiye'de çalışabilmesi için, yapacakları işin kanunlarla Türk vatandaşlarına saklı tutulmamış olması dışında çalışma vizesi, çalışma izni ve ikamet izni alması gerekir<sup>1</sup>. Bu şartların yerine getirilmeden çalışılması durumunda, hem yabancı işçiyi çalıştıran işverenler, hem de bu işçiler için cezaî müeyyideler öngörülmektedir. Ayrıca, yapılmış olan iş sözleşmeleri geçersiz sayılarak yabancı çalışanlar işçilik haklarından yararlandırılmamaktadır. Ancak, bu sonuçtan çoğu kez yabancı işçiyi çalıştıran işverenlerin haksız menfaat sağlayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu sebeple, yabancıların kendilerine yasak işlerde veya çalışma izni almadan çalışması durumunda, yapılmış olan iş sözleşmesine bazı hukuki sonuçlar bağlamak gerekebilir. Nitekim, bazı hukuklarda yasal düzenlemelere aykırı olarak çalışan yabancıların işçi sayıldığı ve işçilikten doğan haklardan yararlandıkları görülmektedir.

---

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003, 121 vd.; Aysel ÇELİKEL/Günseli (ÖZTEKİN) GELGEL, Yabancılar Hukuku, 11. Bası, 2004, 114 vd.; Mustafa CİN, "Yabancıların Türkiye'de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2004, 84 vd.

Bu çalışmada, yabancıların çalışmasına ilişkin bir yasağın varlığına rağmen veya çalışma izni alınmadan çalışılmış olmasının iş sözleşmesine etkisi, bu hükümlerin nitelikleri ve farklı durumlar göz önünde bulundurularak incelenmeye çalışılmıştır.

### **1. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Yabancıliğin Etkisi**

Geçerli bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için, öncelikle tarafların buna ehil olması gerekir. İş sözleşmesinde ehliyet, tarafların geçerli bir iş sözleşmesi yapabilme yeteneğini ifade eder<sup>2</sup>. İş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulup hüküm doğurabilmesi için, kural olarak, tarafların tam fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir<sup>3</sup>.

Yabancıların belirli işlerde çalışmasını engelleyen yasaklar, Türk doktrininde<sup>4</sup> genellikle, hak ehliyeti-fiil ehliyeti ayırımı yapılmaksızın, "ehliyet" meselesi kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yabancıların Türkiye'de çalışmasının yasaklandığı durumlarda, iş sözleşmesi yapabilme noktasında ehliyetleri ortadan kaldırılmıştır. Ancak bazı yazarlar<sup>5</sup>, yabancıların çalışmasına yasak getiren yasal düzenlemelerin, iş sözleşmesi yapma haklarını ellerinden alarak, "hak ehliyetleri"ni sınırlandırdığını açıkça ifade etmektedir. Doktrindeki bir başka görüş<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, İstanbul, 2003, 77; Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, 81; Tankut CENTEL, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1994, 104; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, 2004, 105.

<sup>3</sup> İş sözleşmesi yapma ehliyeti konusunda, kural olarak, Medeni Kanun'daki ehliyetle ilişkin genel esaslar uygulanır (m. 9 vd.). Ancak, iş sözleşmesi yapma ehliyeti, iş hukukunun özellikleri nedeniyle, ayrı ve özel bir konum içinde, önemli bazı hükümlerle sınırlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, 105 vd.; CENTEL,105; TUNÇOMAĞ, Esaslar, 81; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 77; Turhan ESENER, Türk İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1992.146; H. Kemal ELBİR, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 1987, 65; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir, 1998, 147.

<sup>4</sup> ÇELİK, 107; ESENER, 146; ELBİR, 69; TUNÇOMAĞ, Esaslar, 83; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 78; NARMANLIOĞLU, 151; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 2002, 406.

<sup>5</sup> Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Ankara, 1995, 51; F. Hakkı SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, 460. Ayrıca bkz. M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY, Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 200233; Mustafa DURAL/ Tufan ÖGÜZ, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2002, 42; Abdülkadir ARPACI, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul, 2000, 13.

<sup>6</sup> Münir EKONOMİ, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, 96; CENTEL,109; Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, 122; Günter SCHAUB, Arbeitsrecht, Handbuch, 8. Auflage, München, 1996, 192; Wolfgang HROMADKA/Frank MASCHMANN, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Band, I, Berlin, 1998, 127; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Genel Esaslar, İş Akdi, İstanbul, 2002, 262. Ayrıca bkz. Ercan AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, 1990, 15-16; Zeki OKUR: "Türkiye'de Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1993, 17.

ise; yabancıların çalışmasına ilişkin yasakların iş sözleşmesi yapma ehliyeti ile ilgili olmadığı, bu yasaklar ile iş sözleşmesi yapma serbestisinin sınırlandırıldığı yönündedir.

Kanaatimizce, yabancıların belirli işlerde çalışmasına ilişkin yasakların ehliyet meselesi kapsamında ele alınması doğru değildir. Kamu yararı düşüncesiyle kabul edilen söz konusu hükümler, kanunlarla belirtilen istisnalar dışında, Türkiye’de çalışmak isteyen bütün yabancılara uygulanır<sup>7</sup>. Bu hükümlere uyulmadığı takdirde, yapılmış olan iş sözleşmesi, yabancıların sözleşme yapma ehliyeti bulunmadığı için değil, kanuna aykırılıktan dolayı hükümsüz olacaktır.

Yabancıların çalışması bakımından herhangi bir yasağın söz konusu olmadığı durumlarda ise, iş sözleşmesi yapma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı genel hükümlere göre tespit edilecektir<sup>8</sup>.

## **2. Yabancıların Türk Vatandaşlarına Saklı Tutulmuş Bir İşte Çalışması**

Yabancıların Türkiye’de bazı iş veya mesleklerde çalışması kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve ekonomik açıdan vatandaşları koruma düşüncesiyle kanunlarla yasaklanmıştır<sup>9</sup>. Örneğin; Tababet ve Şuâbatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>10</sup> ile (m.3 vd.) yabancıların Türkiye’de doktorluk, dişçilik,

<sup>7</sup> Yabancıların çalışmasına yasak getiren hükümler, bir kanunlar ihtilâfi kuralına gidilmeden doğrudan uygulanır. Nuray EKŞİ, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan, İstanbul, 1997, 140; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001, 143. Doğrudan uygulanan (müdahaleci-emredici) hukuk kuralları, yabancı unsurlu olay veya hukukî ilişkide bir kanunlar ihtilâfi kuralına ihtiyaç olmadan uygulanabilen hükümlerdir. Bir başka ifadeyle bu kurallar, akit statüsünden bağımsız olarak uygulama alanına girmektedir. Türk hukukunda, diğer bazı hukuklardan (örneğin; Alman ve İsviçre hukukları) farklı olarak “doğrudan uygulanan (müdahaleci)” kurallara ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Bundan dolayı, hangi hükümlerin bu nitelikte olduğu, bizzat ilgili hükmün amacından hareketle tespit edilebilir. Sadece kamu hukukunun değil, özel hukukun bazı kuralları da bu niteliktedir. Bkz. Gülören TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 7. Bası, İstanbul, 2002, 41 vd.; Ergin NOMER/Cemal ŞANLI, Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2003, 61, 299-300; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 8 vd.; Vahit DOĞAN, İş Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tesbiti, Ankara, 1996, 98 vd.; EKŞİ, 137 vd.

<sup>8</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a (Kabul Tarihi: 20.05.1982, K. No: 2675, RG: 22.05.1982 - 177701) göre; “Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye’de yaptığı hukukî işlemlerle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkedeki taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır” (m. 8/1-2).

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 119 vd.; ÇELİKE/(ÖZTEKİN) GELGEL, 111 vd.; CİN, 114 vd.

<sup>10</sup> Kabul Tarihi: 11.4.1928, K. No: 1219 (RG: 14.4.1928-863).

**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

ebelik, hastabakıcılık yapması; Avukatlık Kanunu<sup>11</sup> ile (m.3), avukatlık yapması; Kabotaj Kanunu<sup>12</sup> ile (m.3) de, dalgıçlık, kaptanlık, tayfalık gibi işlerde çalışması yasaklanmıştır.

Türk hukukundaki yabancıların çalışmasına ilişkin yasaklara rağmen, ülkede yasal olarak bulunan veya yasadışı yollardan ülkeye girmiş olan yabancılar, kendilerine yasak işlerde kaçak olarak çalışıyor olabilir<sup>13</sup>. Böyle bir durumda, yapılmış olan iş sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ve bu çalışmaya hukukî sonuç bağlanıp bağlanamayacağı önemli bir meseledir. Bu meseleyi çözebilmek için de öncelikle, yasak getiren söz konusu hükümlerin niteliği üzerinde durmak gerekir. Acaba bu hükümler, kamu yararını koruma amacı ile kabul edilmiş "kamu düzenine ilişkin hükümler" midir, yoksa emredici nitelik taşıdıkları halde birer "düzen hükmü"<sup>14</sup> niteliğinde midir? Zira, bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilirse, iş sözleşmesi "kesin hükümsüz" (batıl) sayılacaktır. Buna karşılık, söz konusu hükümler "düzen hükmü" olarak kabul edilecek olursa, yapılmış olan sözleşme kesin hükümsüz olmayacak, sadece yabancıların çalışmasına ilişkin yasaklara aykırı hareket edenler için kanunların öngördüğü cezaî müeyyideler (örneğin; Kabotaj Kanunu m. 5/2, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun m. 24) uygulanacaktır.

Doktrinde, yabancıların bazı işlerde çalışmasını yasaklayan hükümler genellikle kamu yararını korumaya yönelik bir "kamu düzeni hükmü" olarak görülmekte ve bunlara aykırılık durumunda iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı (BK m. 20/1) kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Kabul Tarihi: 19.3.1969, K.No: 1136 (RG: 7.4.1969-13168).

<sup>12</sup> Kabul Tarihi: 16.4.1926, K. No: 815 (RG: 28.4.1926-358)

<sup>13</sup> Yabancı kaçak işçilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım KOÇ, Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçilik, Ankara, 1999, 5 vd; Oğuz KARADENİZ, "Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçilik", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Nisan-Haziran, 1999, Yıl, 2, sy. 4, 20 vd.; Kuvvet LORDOĞLU, "Türkiye'de Yabancıların Kaçak Çalışmaları ve Bağlantılı Sorunlar Üzerine Bir Tartışma", TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.17, sy. 6, Kasım 2002, 31 vd.; Hakan KESER, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı İşçi Altında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik", İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu-İş, Prof.Dr. Kâmil TURAN'a Armağan, C.7, sy. 2, 2003, 323 vd.; Ayhan GENÇLER, "Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçilik Gerçeği ve Türkiye Örneği", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 17, sy. 3, Şubat 2002, 28 vd.

<sup>14</sup> "Düzen hükümleri", emredici nitelik taşıdıkları halde, bunlara aykırılık taşıyan hukukî işlemin batıl sayılmadığı hükümlerdir. Aksine davranış başka bir müeyyideye, örneğin; ceza verilmesine yol açar. M. Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul, 2003, 145, dn. 227.

<sup>15</sup> TUNÇOMAĞ, Esaslar, 84; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 76; EKONOMİ, 161; NARMANLIOĞLU, 153; ÇENBERCİ, 107; CENTEL, 121; EKŞİ, 141; SCHAUB,192; Manfred REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern, 2002, 50; Peter GAUCH/ Walter R.SCHLUEP/Pierre TERCIER, La Partie Générale du droit des Obligations, Tome I, 2 éme édition, Zurich,1982, 455; Pierre TERCIER, la partie speciale du Code des obligations, Zurich, 1988, 223.

Kesin hükümsüz olan bir sözleşmeye dayanılarak çalışılmış olması, sözleşmeyi geçerli hale getirmez<sup>16</sup>. Ancak, iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde borçların ifa edilmeye başlandığı durumlarda, kesin hükümsüzlük kurallarının uygulanması çözümü güç bazı problemlere yol açar<sup>17</sup>. Bu sebeple, doktrindeki bir görüşe göre, ifa edilmeye başlanmış bir iş sözleşmesinde kesin hükümsüzlük, kural olarak, geçmişe etkili olarak (ex tunc) değil, geleceğe yönelik olarak (ex nunc) sonuç doğurur<sup>18</sup>. Bir başka görüş ise, böyle bir durumda, yapılan işin karşılığının fiili sözleşme ilişkisi kavramından yararlanılarak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceği yönündedir<sup>19</sup>. Ancak, ifa edilmeye başlanan bir iş sözleşmesinin kesin hükümsüz-lüğünün yabancıların çalışma yasalarına uymamasından kaynaklandığı durumlar-da, sözleşme yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olacağından, hükümsüzlüğün geleceğe yönelik değil, geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Yine bu durumda, geçerli bir iş ilişkisinin doğmayacağı da

<sup>16</sup> Kesin hükümsüz olan bir sözleşme sonradan herhangi bir şekilde geçerlilik kazanamaz ve kesin hükümsüzlük herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir. Sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya veya bir beyana da ihtiyaç yoktur. Açılmış bir davada sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu anlaşılırsa, taraflar ileri sürmemiş olsa bile, hakim hükümsüzlüğü re'sen göz önünde bulundurmaya zorundadır. Bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesi ile kesin hükümsüz olan sözleşme geçerli hale gelmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Çev. Bülent DAVRAN, İstanbul, 1948, 366 vd.; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat EDEGE, 2. Bası, Ankara, 1983, 220 vd.; H. BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri (m.184-551), Çev. Suat DURA, Ankara, 1993, 319; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 2000, 131; OĞUZMAN/ BARLAS, 145; Seza REİSOĞLU, Hizmet Akdi: Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, Ankara, 1968, 135; Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, 2003, 301; Selâhattin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, 375 vd.

<sup>17</sup> İfa edilmiş bir iş sözleşmesinden doğan alacağın sözleşme yerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesi, iş sözleşmesinin sürekliliği ve iş ilişkisinin kendine has özellikleri sebebiyle, adalete ve işin gereklerine uygun bir sonuç doğurmaz. Zira, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iş ediminin değerini (tazminatı) tespit etmek kolay olmadığı gibi, iflas halinde masada işçinin alacağı tazminata imtiyaz tanımak mümkün olmaz. Ayrıca, ücret alacağının beş yılda zamanaşımına uğramasına karşılık sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep bir yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang ZÖLLNER/Karl Georg LORITZ, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München, 1998, 152; REHBINDER, 54-55; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, 136; EKONOMİ, 160-161; NARMANLIOĞLU, 190; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, 104.

<sup>18</sup> Bkz. REİSOĞLU, Hizmet Akdi, 135 vd; EKONOMİ, 160; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, 104 vd; CENTEL, 121; REHBINDER, 54. Bu görüşü savunan yazarlara göre; ifa edilmeye başlanmış bir iş sözleşmesi, ancak yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı ise geçmişe etkili olarak hükümsüz sayılacaktır. Buna göre, iş sözleşmesinin konusu ve amacı itibarıyla ahlâka aykırı olduğu veya cezai bir yasağın çiğnendiği (örneğin; bir kadının fuhuş yapmak, bir kişinin sahte para basmak ya da vatana ihanet için işe alındığı) durumlarda iş sözleşmesi kurulduğu andan itibaren geçersiz sayılacaktır. EKONOMİ, 161; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, 139; TUNÇOMAĞ, Esaslar, 88; CENTEL, 121.

<sup>19</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 136; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, 105.

<sup>20</sup> EKONOMİ, 161; CENTEL, 121.

belirtilmektedir<sup>21</sup>. Demek ki, yabancıların kendilerine yasak işlerde çalıştığı durumlarda, çalışmaya başlama ile meydana gelen fiili iş ilişkisinin<sup>22</sup> fiili sözleşme<sup>23</sup> sayılarak yabancı çalışanın sözleşmeden doğan haklardan yararlanması mümkün olmayacaktır<sup>24</sup>. Buna göre, kesin hükümsüz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışmış olan yabancı, "işçi" sayılamaz ve bu kişi işçilikle ilgili herhangi bir haktan (örneğin; ücret, sigortalılık) yararlanamaz. Sadece, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayanarak bazı taleplerde bulunabilir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> TUNÇOMAĞ, Esaslar, 88; AKYİĞİT, Hükümsüzlük, 39.

<sup>22</sup> İşçi ile işveren arasındaki hukukî ilişkinin kaynağı, kural olarak, iş sözleşmesi olmakla birlikte, doktrinde iş ilişkisi, iş sözleşmesinden ayrı olarak da ele alınıp incelenmektedir. Özellikle Alman hukukunda, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü durumunda, hükümsüzlüğe ilişkin genel kurallar uyarınca sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılmasının doğuracağı sakıncalar iş ilişkisine dayanılarak giderilmeye çalışılmıştır. Ancak, iş ilişkisinin ne zaman başlayacağı konusunda doktrinde görüş birliği sağlanamamış, bu konuda iki teori ileri sürülmüştür. *Sözleşme Teorisine* (Vertragstheorie) göre; hukukî bir ilişki olan iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yapılması ile doğar. Başka bir ifadeyle, iş ilişkisinin doğumu için iş sözleşmesinin yapılması gerekli ve yeterlidir. *Katılma Teorisine* (Eingliederungstheorie) göre; iş ilişkisi, işverenin işçiyi işe alması ve işçinin işyerinde fiilen işe başlaması ile meydana gelir. İş ilişkisi, iş sözleşmesinden bağımsız olarak, işçinin fiilen işverenin işyerindeki faaliyete katılmasıyla başlar. İş ilişkisinin kurulması konusunda katılma teorisi kabul edildiğinde, iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu durumlarda butlanın geçmişe etkili olmayacağını söylemek yerine, bu fiili ilişkiye hukukî sonuç bağlanabilecektir. Bununla birlikte, günümüzde, Alman ve Fransız hukukunda bu teorilerden "Sözleşme Teorisi" hâkim durumdadır. Türk hukukunda ise, kural olarak, iş ilişkisinin iş sözleşmesinin yapıp yürürlüğe girmesiyle başlayacağı kabul edilmektedir. Ancak İş Kanunu; kıdem tazminatında, kıdem başlangıç tarihi olarak (m.14/2 - 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu m.120 uyarınca, 25.8.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi yürürlükte kalmıştır) ve ücretli izin hakkının kazanılmasında dolması gereken sürenin hesabında (m. 53/1), işçinin fiilen çalışmaya başlamasını esas almıştır. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye "iş ilişkisi" denilmiş ancak, İş Kanunu Tasarısının madde gerekçesinde, "iş ilişkisi" ile "iş sözleşmesi" deyimlerinin özdeş olduğu ve AB müktesebatına uygun olarak "iş ilişkisi" tanımına da maddede yer verildiği açıklanmıştır. Bu teoriler hakkında ve Türk hukuku için ayrıntılı bilgi için bkz. ESENER, 148 vd.; ÇELİK, 70-71; NARMANLIOĞLU, 105 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, 105 vd.

<sup>23</sup> Fiili sözleşme ilişkisi teorisi, sözleşme yapmak ve böylece bir karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya sunulan hizmetlerden yararlanan kişinin, gerçekte böyle bir sözleşme yapmak istemeksizin karşılıksız olarak bu hizmetten yararlanmış olsa bile, dürüstlük kuralı uyarınca fiilen kurulmuş olan bir borç ilişkisi ile bunun bedelini ödemesi esasına dayanmaktadır. Böylece, sunulan bir hizmetten herhangi bir sözleşmeye dayanılmaksızın yararlanan kişinin, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme yerine, sözleşmeden doğan bir borçtan sorumlu olması sağlanmaktadır. Bu sonuç için, sunulan edimden yararlanmış olması yeterli görülmektedir. Alman hukukunda bu kurum, "toplumsal tipte davranıştan doğan borç ilişkisi" olarak ifade edilmektedir. Fiili sözleşme ilişkilerinde, edimden yararlanma iradesi bulunma dışında hiçbir işlem iradesi ve beyan aranmadığından; bu sayede bazı batıl sözleşmelerde de ifa borcu doğması sağlanmaktadır. OĞUZMAN/ÖZ, 41-42; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, 68-69; Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 1992, 312; REHBINDER, 55.

<sup>24</sup> EKONOMİ, 161; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 89; CENTEL, 121; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, 139.

<sup>25</sup> TUNÇOMAĞ, Esaslar, 84; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 79; EKONOMİ, 161; NARMANLIOĞLU, 153; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, 135; ÇENBERCİ, 107.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Yargıtay'a göre; "...ulusal çıkarları koruma amacıyla 2007 sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen San'at ve Hizmetler Hakkında Kanun çıkarılmış olup, bu Kanun kapsamına girmekle beraber bir hizmet sözleşmesi yapılmış ise, bu sözleşme BK m. 20'ye göre batıldır. Bu nitelikte bir sözleşmeye dayanan kişi kıdem tazminatı isteğinde bulunamaz (Ancak haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca bazı isteklerde bulunabilir)<sup>26</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de, 14.3.1984 tarihli bir kararında, yabancıların çalışmasına yasak getiren hükmün ifadesinden ve amacından hareket ederek, doğrudan iş sözleşmesinin konusu olan işe yönelik yasak getiren hükümlere aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını belirtmiştir<sup>27</sup>.

Kanaatimizce de Türk hukukundaki, yabancıların çalışmasını yasaklayan hükümlerden kamu düzenine ilişkin olanlara<sup>28</sup> aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır. Zira, bu yasaklar ile toplum için önemli yararlar korunmaktadır. Yasaklara uyulmaması durumunda, çalışmaya başlama ile kurulan fiili iş ilişkisi, fiili sözleşme olarak da kabul edilemez. Aksi takdirde, yabancıların çalışmasına ilişkin yasakların bir fonksiyonu kalmayacak ve bu kişiler sözleşme sona erdirilinceye kadar geçerli bir sözleşme varmış gibi işçilik haklarından yararlanacaktır.

Buna göre, kesin hükümsüz sayılan bir sözleşmeye dayanarak çalışan yabancılar, ücret, kıdem ve ihbar tazminatı, sigortalılık gibi işçilik haklarından yararlanamayacaktır<sup>29</sup>. Doktrin ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi,

<sup>26</sup> Y. 9. HD. E. 9950, K. 11992, T. 20.11.1980 (Mustafa KILIÇOĞLU, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1999, 1080). Y. 9. HD, E. 2940, K. 3326, T. 9.4.1965 (Baki ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1966, 363-364).

<sup>27</sup> Bu karara, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21.6.1988 tarihli bir kararında atıfta bulunmaktadır. Bkz. Die Praxis des Bundesgerichts, Februar, 1989, Heft, 2, Karar No: 37, 149.

<sup>28</sup> "Kamu düzeni" oldukça belirsiz ve değişik anlamlara gelebilen bir kavramdır. Anayasa Mahkemesinin bir kararına (E. 1976/27, K. 1976/51, T. 22.11.1976) göre, kamu düzeni, "...toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar (AYMKD, sy. 14, 363). Doktrinde yapılan tanımlara göre de, kamu düzeni; toplumun ekonomik, sosyal ve siyasî birliğinin sağlanması için kabul edilen kuralların bütünüdür. Buna göre, toplumun temel yapısını, birliğini ve çıkarlarını korumaya yönelik yasal düzenlemeler de "kamu düzenine ilişkin hükümler" olarak nitelendirilebilir. Bu hükümler hem kamu hukukunda, hem de özel hukukta bulunabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/ Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul, 2001, 745; S. Sami ONAR, İdari Hukukun Umumi Esasları, C. III, 3. Bası, İstanbul, 1966, 1479; Metin GÜNDAĞ, İdare Hukuku, 8. Bası, Ankara, 2003, 260; Oktay UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, 1992, 125-126; OĞUZMAN/ÖZ, 74; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 402; EKŞİ, 133.

<sup>29</sup> Yargıtay'ın E. 1958/29, K. 1958/9 ve 18.6.1958 T.'li İçtihatı Birleştirme Kararında; "Yaşlı veya kadın oluşu gibi sebeplerle her hangi bir işte çalışması yasak bulunan işçilerin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve İşçi Sigortaları Kanunlarının işçilere tanındığı

yabancılara yasaklanmış işlerde çalışan bir yabancı, çalışmasının karşılığı olan alacağını ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK m. 61 vd.) uyarınca isteyebilecektir<sup>30</sup>. Mahkeme, işçiye verilecek tazminat miktarını belirlerken, sözleşmede kararlaştırılan ücreti değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerini göz önünde bulunduracaktır. İş ediminin aynen iadesi mümkün olmayacağı için, tazminat miktarının tespitinde o sektörde çalışan aynı nitelikteki bir işçinin aldığı ortalama ücret esas alınmalıdır<sup>31</sup>. Çalışma esnasında bir iş kazası meydana gelmişse, uğranılan zararın tazmini, haksız fiil hükümleri<sup>32</sup> uyarınca mümkün olacaktır. Zira,

---

haklardan istifade edeceği" kabul edilmiştir. (RG: 30.9.1958-10020). Ancak, kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi, belli bir işte çalışması yaşı veya işin ağır işlerden olması gibi sebeplerle yasak olan bir kişinin işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılması ve işçiliğin sağladığı hak yetkilerden yararlanması İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygundur. Aksine düşünce, kanunun kabul edilmiş amacına ve sözleşmenin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kişinin aleyhine sonuçlar doğurur. 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.

- <sup>30</sup> Sebepsiz zenginleşmeden dolayı iade borcunu doğuran olaylar çok çeşitli ve birbirinden farklı görünümde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, sebepsiz zenginleşme hallerinin tümünü kapsayan nitelikte şartlar ve ilkeler ortaya koymak mümkün değildir. Doktrinde, sebepsiz zenginleşme halleri "edimden doğan zenginleşmeler" ve "edim dışı zenginleşmeler" diye iki ana gruba ayrılarak her birinin şartları ayrı ayrı incelenmektedir. Ancak, sebepsiz zenginleşmenin genel tanımından yola çıkarak, belirlenen şartlar şunlardır: 1- Borçlunun malvarlığında zenginleşme, 2- Zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaması, 3- Bu zenginleşmenin başkası aleyhine meydana gelmesi (fakirleşme şartı), 4- Zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağı. Ancak bu şartlar, değişik zenginleşme halleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Örneğin; özellikle Alman doktrininde sebepsiz zenginleşmenin fakirleşme şartına bağlı olmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut ÖZ, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, 21 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, 697 vd.; EREN, 851 vd.; Rona SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul, 1998, 184 vd.
- <sup>31</sup> Sebepsiz zenginleşmede, sebepsiz yere zenginleşmiş olan kişinin edindiğini "aynen" iade etmesi; aynen iade mümkün olmazsa, kazanımının "objektif zenginleşme" tutarını, yani herkes için geçerli nesnel piyasa değerini para olarak ödemesi gerektiği kabul edilmektedir. Zenginleşme konusu, zaten, daha baştan aynen iadeye elverişsiz bir iş sözleşmesi ise, iade borçlusu yararlanmanın objektif piyasa değerini karşılamalıdır. Bkz. SEROZAN, 281-282; OĞUZMAN/ÖZ, 149 vd.
- <sup>32</sup> Haksız fiil sorumluluğu için, hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması, bu fiil sonucu zararın meydana gelmesi ve failin kusurlu olması gerekir (BK m.41). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 475 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, 476 vd. Yabancılara yasak bir işte çalıştığı için "işçi" sayılmayan yabancı çalışan, iş kazası nedeniyle uğradığı zararın tazminini, haksız fiil şartları gerçekleştiği takdirde, işverenden talep edebilecektir. Buna göre, bir iş kazası durumunda, işverenin kusuru (kasit veya ihmali) bulunmuyorsa sorumlu olmayacaktır. İş kazası nedeniyle yaralanan veya sakat kalan kişi, yaptığı tedavi masraflarını ve tamamen veya kısmen çalışmamasından (çalışma gücünün kaybından) dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak, haksız fiil kuralları uyarınca tazminat miktarı belirlenirken, failin kusurunun derecesi ve olayın özelliklerinin dikkate alınacağı unutulmamalıdır (BK m. 43 vd.). Özellikle, mağdurun (çalışanın) müterafik kusuru bulunması (BK m.44), tazminat miktarının azaltılmasına veya hiç verilmemesine sebep olabilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 557 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, 594 vd .



kesin hükümsüz bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar, İş Kanunu (m. 2) anlamında "işçi" sayılmaz<sup>33</sup>.

Yabancıların çalışmasını yasaklayan kanunların bazılarında bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai müeyyideler gösterilmiş ise de (örneğin; Kabotaj Kanunu m. 5/2), yasak getiren bu hükümleri basit bir "düzen hükmü" olarak kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu yasaklara rağmen bir iş sözleşmesi yapılmışsa, sözleşme kesin hükümsüz (BK m. 20/1) sayılacaktır.

Yabancılara yasak olmayan bir işin sonradan yasaklanması halinde ise, iş sözleşmesi, Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği gibi<sup>34</sup>, "muteber olmayan bir akit" halini alır, yani kendiliğinden son bulur. Ancak doktrinde<sup>35</sup>, bu durumda sözleşmenin kendiliğinden son bulmayıp "kesin hükümsüz" olacağı da ileri sürülmektedir.

### **3. Yabancıların Çalışma İzni Almadan Çalışması**

Yabancıların Türkiye'de çalışmasını yasaklayan yasal bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde yabancılar, vatandaşlardan farklı olarak, işe başlamadan önce "çalışma izni" almak zorundadır. Çalışma izninin alınmaması sözleşmenin geçersizliğine yol açabilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, yabancıların esasen izin alıp çalışabileceği bir işte, izin almadan çalışmasının söz konusu

<sup>33</sup> İş Kanunu'nun 2. maddesine göre; "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiye işçi" denir. Kanunun ifadesine göre,"işçi" sayılabilmek için geçerli bir iş sözleşmesine dayanarak çalışmak gerekir. Buna göre, kesin hükümsüz olan bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişi işçi sayılmayacaktır. Ancak doktrinde, geçerli bir iş sözleşmesinin bulunmamasına rağmen işverenin bilgisi altında ve isteğiyle onun işyerinde çalışan kimselerin (fiili iş ilişkisi sebebiyle) işçi sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Maddedeki "iş sözleşmesi" terimi amaca uygun olarak yorumlandığında, "işçi" kavramının tespitinde önemli olanın iş sözleşmesi değil de, iş ilişkisinin olduğu kabul edilebilir. Çünkü, iş sözleşmesi, iş ilişkisini yaratan bir sözleşmedir. Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, 46; CENTEL, 55; Hamdi MOLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2004, 216.

<sup>34</sup> Y. 4. HD E. 1958/7336, K. 1958/5560, T. 11.9.1958. "Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetlere ait Kanunun 3. maddesinin verdiği selâhiyete dayanarak İcra Vekilleri Heyeti 3/10174 sayılı ve 24.11.1949 günlü kararı ile içki içilen ve yemek yenilen yerlerin hepsinde Türk vatandaşı olmayanların garson veya başka adlarla çalıştırılmalarının yasak edilmiş bulunması itibarıyla bu kararın yürürlüğe girmesi tarihinde taraflar arasındaki iş sözleşmesi muteber olmayan bir akit halini almış, yani infisah etmiş bulunmaktadır. Akdin kendi kendine sona ermesi halinde ise, İş Kanununun değişik 13. maddesi hükmünce kıdem tazminatı alacağı doğmaz ... Bu sebeplerle, kıdem tazminatı isteğinin reddi gerektiği düşünülmeksizin karar verilmiş olması İş Kanununun değişik 13. maddesinin 6. fıkrası hükmüne ve 2007 sayılı Kanunun 3. maddesi yoluyla Borçlar Kanununun 20. maddesi hükmüne aykırıdır. Mahkemenin yapacağı iş davayı derhal reddetmekten ibarettir" (Adalet Dergisi, Yıl: 51, sy. 2-6, 1960, 247-248; ORHANER, 364-365).

<sup>35</sup> Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, C. I, Genel Kavramalar, Hizmet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul, 1986, 171. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, bu durumda sözleşmenin geçersizliği değil, sonraki imkânsızlık nedeniyle kendiliğinden son bulması söz konusudur. Bkz. Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2001, 47.

olmasıdır. Yani, yapılan işin konusuna yönelik bir yasak değil; kamu otoritesi tarafından o işin yabancılar tarafından yapılabilmesi için aranan izin bulunmamaktadır.

Çalışma izni alınmadan yapılan iş sözleşmesinin geçerli olup olmadığı doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmış, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

#### **a. Doktrindeki Görüşler**

Çalışma izninin hukukî niteliği göz önünde bulundurularak, yabancıların çalışma izni almadan çalışmaya başladıkları durumlarda yapılan iş sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusunda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre; yabancıların belirli işlerde çalışmasının yasaklandığı durumlarda olduğu gibi, çalışma izninin alınmaması halinde de yapılan iş sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Zira, burada sözleşmenin hükümsüzlüğü, basit bir düzen kuralına uymamaktan değil, kamu düzenine ilişkin bir kuralın ihlâlinden kaynaklanmaktadır. Böylece, kesin hükümsüz olan sözleşme hiçbir hüküm ifade etmez<sup>36</sup>.

Doktrindeki bir başka görüş ise, çalışma izni almadan çalışan yabancıların yapmış olduğu iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olmayacağı yönündedir. Bu görüşteki yazarlara göre; çalışma izni almadan çalışılmış olması halinde, kamu düzeninin ciddi bir şekilde ihlâl edildiği söylenemez. Çünkü, çalışma izni zorunluluğunun amacı, yabancı işçilerin izin almadan yapmış oldukları iş sözleşmelerini geçersiz kılmak değil; ülkedeki yabancı işçi sayısını kontrol altında tutmaktır<sup>37</sup>. Ayrıca, bir hukukî işlemi sırf izin alınmadan yapıldı diye geçersiz saymak doğru olmaz. Yabancıların çalışmasına yasak getiren hükümler, sözleşmenin kurulması veya konusuyla ilgili değil, yabancıların sözleşmenin tarafı olmasını önlemeye yöneliktir. Bu hükümler, basit bir şekil kuralı olarak değerlendirilemezse de, yapılmış bir sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacak nitelikte de değillerdir. Bu sebeple, söz konusu düzenlemelere aykırılık ancak, idarî veya cezaî sonuçlar doğurabilir<sup>38</sup>.

Görüldüğü gibi, her iki görüş sahipleri de çalışma izninin niteliği üzerinde durarak sonuca varmıştır. Çalışma izni ile ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin

<sup>36</sup> Gerard LYON-CAEN/Lean PELISSER, Droit du Travail, Quatorzime ed., Paris, Dalloz,1988, 142; J. BRÜHWILER, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern, 1978, 342; EKONOMÍ, 161; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 89; TUNÇOMAĞ, Esaslar, 98; CENTEL, 121. TERCIER, 223; GAUH/SCHLUEP/TERCIER, 85; MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, Band, 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1–38), Internationales Privatrecht, Redakteur Hans Jürgen SONNENBERGER, 3. Auflage, München, 1998, 1703; REHBINDER, 47; SCHAUB, 192.

<sup>38</sup> Bruno von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, 113; HROMADKA/ MASCHMANN, 127; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, 85.

## **Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

olduğunu kabul eden yazarlar, bunlara aykırı olarak yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz olacağını, bu durumda geçerli bir iş ilişkisinin dahi doğmayacağını belirtmektedir. Buna karşılık, çalışma izni zorunluluğu getiren hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmadığını, bunların bir düzen hükmü olduklarını kabul eden ikinci görüş sahiplerine göre ise, böyle bir durumda sözleşme kesin hükümsüz olmayacak; taraflarca derhal feshedilebilecektir. Çalışma izni alınmaması, ancak idarî (örneğin; sınır dışı etme) veya cezaî (para veya hapis cezası) müeyyidelerin uygulanmasına sebep olur.

### **b. Yargı Kararları**

Çalışma izni almadan çalışan yabancıların yapmış olduğu iş sözleşmesinin geçerli olup olmadığı hususu çeşitli mahkeme kararlarına konu olmuştur.

İsviçre Federal Mahkemesi, 21.6.1988 tarihli bir kararında konuyu ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve sonuç olarak, "çalışma izni olmayan bir yabancıların yaptığı iş sözleşmesinin sırf bu sebeple kesin hükümsüz olmayacağına" karar vermiştir<sup>39</sup>. Federal Mahkeme'ye göre; "yasak getiren hüküm ile önemli bir kamu yararı güdülüyor ve yasak, işin görülmesine (konusuna) ilişkin ise, bu durumda iş sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Olayımızda ise, davacının müdür olarak atanabilmesi için gerekli olan çalışma izni, kamu yararını ilgilendiren bir izin değildir. Çalışma izni zorunluluğu, sırf davacının yabancı olmasından kaynaklanmaktadır". Federal Mahkeme söz konusu kararda, yabancıların "kamu hukuku tarafından zorunlu kılınan" çalışma iznine sahip olmamasının, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açmayacağını kabul etmekle beraber, "geçerli olarak kurulmuş sayılan bu sözleşmenin sona erdirilemeyeceği anlamına gelmediğini" de açıkça belirtmiştir. Buna göre, "yetkili makam tarafından çalışma izni verilmemesi halinde taraflar, İsviçre Borçlar Kanunu m. 337 uyarınca sözleşmeyi derhal (ihbar süresi gerekmeksizin) feshedebilir"<sup>40</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi bu sonuca varırken, çalışma izninin uzatılması sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasından, "zaten güçlü durumda olan işverenin yarar sağlayacağını" da göz önünde tutmuştur. Sonuç olarak, bu karara göre; ihbar tazminatı ödemeksizin sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahip olan işveren, sözleşme fesih anına kadar geçerli olduğu için, işçilikten doğan ücret ve kıdem tazminatı gibi yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

<sup>39</sup> Karar için bkz. Die Praxis des Bundesgerichts, Februar 1989, Heft 2, Karar No: 37, 148-151.

<sup>40</sup> İsviçre hukukunda çalışma iznini alma yükümlülüğü işverene ait olduğu için, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin işverenin temerrüdüne yol açabileceği ve işçinin Borçlar Kanununun 324. maddesi uyarınca, ücret isteyebileceği de doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. REHBINDER, 51.

**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre<sup>41</sup>; yabancıların Almanya'da çalışabilmesi için gerekli olan (AFG § 19/1) çalışma izninin (yenilenme veya iptal sebebiyle) bulunmaması iş ilişkisini kesin hükümsüz kılmaz. Ancak, işveren, geçerli olarak kurulmuş iş ilişkisini fesih yoluyla sona erdirilebilir. Çünkü, bu durumda işçi, sözleşmeden doğan iş görme borcunu yerine getirebilecek durumda değildir.

Çalışma izninin bulunmadığı hallerde iş sözleşmesi, BGB §134<sup>42</sup> anlamında kanuna aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmaz. Ancak, böyle bir ilişkinin sürdürülmesi hukuken mümkün değildir<sup>43</sup>. Eğer yabancı işçi, çalışma izni başvurusunda bulunmamış veya başvurusu reddedilmişse, hiçbir şekilde fiili iş ilişkisinin sürdürülmesini talep etme hakkı yoktur. Bu durumda yabancı işçi, ancak o zamana kadarki çalışmasının karşılığını isteyebilir<sup>44</sup>.

İşveren, farkında olmadan çalışma izni olmayan bir işçiyi çalıştırmışsa, bu iş ilişkisini, somut olayın özelliklerine göre (bildirimli veya bildirimli) fesih ile sona erdirebilir. Yabancı işçinin çalışma izni için başvuruda bulunmadığı durum-larda ise, hiçbir şekilde çalışmaya devam etme hakkı doğmadığından, o zamana kadarki fiili iş ilişkisi tek taraflı olarak, herhangi bir irade açıklaması gerekli olmaksızın, sona erdirilebilir<sup>45</sup>.

Alman Federal İş Mahkemesine göre<sup>46</sup> yabancı işçinin çalışma izni başvurusu hakkında kesin olarak karar verilmeden önce, işverenin, çalışma izninin bulunmaması sebebiyle (AFG §19/1) iş sözleşmesini feshetmesinin sosyal açıdan yerinde olup olmadığı tespit edilirken şu hususların göz önünde bulundurulması

<sup>41</sup> 7.2.1990 tarihli karar, Neue Zeitschrift Für Arbeitsrecht (NZA), 1991, Heft 9, 341. Bu kararda, Federal İş Mahkemesinin 13.1.977 tarihli kararına da (BAGE, 29, 1) atıfta bulunmaktadır. Söz konusu kararda da, yabancıların çalışma izninin süresinin dolmasının iş ilişkisini kesin hükümsüz kılmayacağı, bu ilişkinin fesih yoluyla sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesinin başka kararlarında da, çalışma izni olmayan yabancıların iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Andreas MARSCHNER, "Die Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer", 4 IWB Deutschland, Gruppe 10, Seite 131, 1995, 220; Mitarbeiter Marco NUÑEZ-MÜLLER, "Probleme des Arbeitserlaubnisrechts bei Aussiedlern und Vertriebenen", NZA, 1990, Heft 4, 133. Alman Federal İş Mahkemesinin 30.5.1969 tarihli bir kararında da; "Henüz çalışma izni almadan yapılan bir iş sözleşmesi geçersiz olmayıp askıda hükümsüzdür. Çalışma izninin alınması halinde iş sözleşmesi geçerli, aksi takdirde baştan itibaren hükümsüz olacaktır" denilmektedir (Seza REİSOĞLU, Yabancı İşçiler Yönünden Alman İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 1972, 5).

<sup>42</sup> BGB §134'e göre; "Bir kanuni yasağı ihlâl eden hukukî işlemler, kanunda aksi öngörülmedikçe kesin hükümsüzdür".

<sup>43</sup> NUÑEZ-MÜLLER, 133.

<sup>44</sup> NUÑEZ-MÜLLER, 133.

<sup>45</sup> NUÑEZ-MÜLLER, 133.

<sup>46</sup> 7.2.1990 tarihli karar, NZA, 1991, Heft 9, 341.

gerekir: İlk olarak, işverenin, feshin yapıldığı anda çalışma izni başvurusunun karara bağlanacağı tarihi öngörebilir durumda olup olmadığına bakılmalıdır. İkinci olarak, başvuru sonuçlanıncaya kadar o işin boş bırakılmasının, işletme için önemli bir zarar doğurup doğurmayacağı araştırılmalıdır. Eğer işveren, çalışma izni başvurusunun ne zaman karara bağlanacağını öngöremiyor veya objektif olarak bakıldığında işçinin yakın bir tarihte çalışma izni alamayacağı anlaşılıyorsa ve işin niteliği gereği mutlaka yeni bir işçi alınması gerekiyorsa, işverenin işçiyi işten çıkarması sosyal olarak yerindedir.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda, çalışma izninin yenilenmemesi durumunda, kural olarak, işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanınmamıştır. O ana kadar geçerli olan iş sözleşmesi, ancak feshi ihbar yoluyla sona erdirilebilir. Çalışma izni başvurusu hakkında kesin olarak karar verilmediği durumlarda ise, ayrıca, işverenin sözleşmeyi feshinin sosyal açıdan da yerinde olması şartı aranmaktadır.

Fransa'da ise, işverenlerin kaçak işçi çalıştırarak yarar sağlamalarını önlemek amacıyla İş Kanununda 17.10.1981 tarihinde değişiklik yapılmış ve izinsiz çalışan yabancı işçilerin bazı hakları yasal güvence altına alınmıştır (İş Kanunu m. 341-6-1)<sup>47</sup>. Bu değişiklikten önce, Fransız yargı kararlarında, çalışma izni almadan çalışan yabancıların iş sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu, ancak sosyal adalet anlayışı gereği, sözleşmenin feshinde olduğu gibi, işçinin çalışmasının karşılığı olan ücreti isteyebileceği kabul edilmekteydi<sup>48</sup>. Kanunda yapılan değişiklikten sonra Fransız Yüksek Mahkemesi, işverenin İş Kanunu m. 341-6-1'den doğan borçlarını yerine getirmemek için sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu iddiasında bulunamayacağına karar vermiştir. Ancak bu durum, kaçak çalışan yabancıların yapmış oldukları sözleşmelerin geçerli kabul edileceği anlamına gelmez<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Fransız İş Kanunu m. 341-6-1'de yapılan değişiklikte; kaçak çalışan işçiler ücret, sağlık, sosyal güvenlik, izin hakkı, kıdem tazminatının hesaplanması bakımından yasal olarak çalışan işçilerle aynı haklara kavuşmuştur. Ayrıca, kaçak çalıştırılan işçilerin fesih sebebiyle, kanunda daha lehe bir hüküm olmadıkça, altı aylık ücret tutarında tazminat isteme hakları vardır. İşçi bu tazminatın zararını karşılamadığını ispatlayabilirse ek bir tazminat da isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LYON-CAEN/PELISSER, 143; Pierre LYON-CAEN, "Un salarié, étranger en situation irrégulière, a-t-il droit à une indemnité de préavis?", Semaine Sociale Lamy, 2 Avril 2002, 6-7; Sylvie DURES/Malica SEGINEGUE/François MELIN/Audrey MEYER, "Travailleurs Étrangers", Memo Social, Travail et Emploi, Sécurité Social, Retraite Sous la Direction de Sylvie DURES, Paris 2002, 1056; Régine GÉNIN-MÉRIC, "Étranger", Encyclopédie Juridique, Répertoire du droit Travail, Tom II, Dalloz, Octobre 1999, 29.

<sup>48</sup> Fransız Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki 9.2.1966; 15.2.1978 ve 3.10.1980 tarihli kararları için bkz. GÉNIN-MÉRIC, 29. Ayrıntılı bilgi için bkz. LYON-CAEN/PELISSER, 142; DURES/SEGINEGUE/ MELIN/ MEYER, 1055.

<sup>49</sup> Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 3.6.1998 tarih ve 96-45.035 sayılı kararı (GÉNIN-MÉRIC, 29).

**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

Fransız Yüksek Mahkemesi, çalışma izninin hiç alınmamış olması veya süresi bittiğinde yenilenmemesi durumunda, işverenin iş sözleşmesini feshetmek zorunda olduğuna karar vermiştir. Sözleşmenin feshedilmesi durumunda, işçinin o ana kadarki çalışmasının karşılığı olan ücreti talep etme hakkı bulunmasına karşılık, ihbar tazminatı isteme hakkı yoktur<sup>50</sup>. Ancak, çalışma izninin yenilenmemesi, işverenin kusurundan kaynaklanıyorsa, fesih sebebiyle ihbar tazminatı da ödemek zorundadır<sup>51</sup>.

Fransız hukukunda yapılan değişiklik ile çalışma izni almadan çalışan yabancıların hakları yasal güvenceye bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle, kaçak işçilerin korunması ve işverenin kaçak işçi çalıştırmak suretiyle haksız menfaat edinmesi önlenmek istenmiştir. Çalışma izni alınmamış olması iş sözleşmesini kesin hükümsüz kılmamakla birlikte, kaçak işçilerin yaptığı sözleşme de hiçbir zaman geçerli hale gelmez. Bir başka ifadeyle, böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesinin geçerli olduğunu ileri sürerek çalışmaya devam etme hakkı bulunmamaktadır. İşveren, bu sözleşmeyi derhal feshedebilir. İşçinin bu fesihten dolayı özel bir zarara uğraması durumunda, işverenden bunu talep etme hakkı bulunmaktadır<sup>52</sup>.

Amerika'da da, gerekli izinleri almadan (kaçak) çalışan yabancıların işçi sayılıp sayılmayacağı ve tazminat haklarından yararlanıp yararlanamayacağı sorunu pek çok davaya konu olmuştur.

Pennsylvania Yüksek Mahkemesi *The Reinforced Earth Company v. Workers' Compensation Appeal Board (Astudlio)* kararında<sup>53</sup>, çalışma için gerekli belgeleri olmayan (kaçak yabancı) işçilerin de tazminat haklarından yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararını verirken, gerekli belgeleri olmayan yabancı işçilerin Pennsylvania İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanundan yararlanmasının kamu yararını ihlâl edip etmediği konusunu tartışmış ve sonuçta, gerekli izinleri olmasa bile, çalışırken iş kazası sonucu yaralanan işçilerin (geçici iş göremezlik sebebiyle) tazminat talepleri için, İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanunundan yararlanacaklarına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, davalının "bu kişinin, yabancı kaçak işçi olduğunu ve İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanun'dan yararlanamayacağı" iddiasını yerinde görmemiştir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> 14.10.1997 tarih ve 94-42.604 sayılı karar (DURES/SEGINEGUE/MELIN/MEYER, 1055).

<sup>51</sup> 20.6.1995 tarih ve 92-40.807 sayılı karar (DURES/SEGINEGUE/MELIN/MEYER, 1055).

<sup>52</sup> DURES/SEGINEGUE/MELIN/MEYER, 1056.

<sup>53</sup> T.11.6.2002 No: 124 MAP 2000. ([www.courts.state.pa.us/OpPosting/Supreme/out/J-113-2002\\_oaj.pdf](http://www.courts.state.pa.us/OpPosting/Supreme/out/J-113-2002_oaj.pdf)) (03.09.2004).

<sup>54</sup> Karara konu olan olayda, davacı Astudlio 1998 yılında Meksika'dan California'ya, oradan da Pennsylvania Eyaletine göç eden bir göçmendir. Astudlio, Amerika'da çalışabilmek için Amerikan Göç ve Vatandaşlık Bürosuna kaydını yaptırmamış, ancak sahte belgelerle *The Reinforced Earth* şirketinde çalışmaya başlamıştır. Davacı Astudlio, 20.5. 1994 tarihinde bir iş kazası geçermiş bunun sonucunda kısmen (%20-25 oranında) iş görme gücünü kaybetmiştir. Astudlio, bir daha işine geri dönmemiş ve 10.1994 tarihinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yerel Mahkeme, gerekli

**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

Pennsylvania Commonwealth Mahkemesi, *Jose Mora v. Workers' Compensation Appeal Board* kararında<sup>55</sup>; sözleşmenin taraflarından birinin "kaçak yabancı" olmasının, onun Pennsylvania İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanun uyarınca tazminat almasına engel olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, davacı işçiye iyileşinceye kadar geçici iş göremezlik tazminatı ödenmesine ilişkin alt mahkemenin kararını onaylarken, davalının "davacının kaçak yabancı olduğu ve onun işgücü kaybının iş kazasından değil (kaçak) göçmen statüsünden kaynaklandığı" itirazını reddetmiştir<sup>56</sup>.

Amerika'da, yukarıda belirtilen kararlar dışında da pek çok mahkeme kararında gerekli belgeleri olmadan çalışan kaçak yabancı işçilerin, ücret ve tazminat alacaklarından yararlanacağı kabul edilmekle birlikte<sup>57</sup> bazı kararlar aksi yöndedir. Wyoming Yüksek Mahkemesi *Worker's Compensation Claim of Felix v. State* kararında, İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanunun kaçak göçmenleri açıkça

---

belgeleri olmadan çalışan yabancı işçilerin, kaçak yabancı statüsünde olsalar bile, işçi tazminatları hakkındaki kanundan yararlanabileceklerine karar vermiş ve davalı şirketi, kaza tarihinden itibaren davacıya haftalık 384 \$ tazminat ve yapılan tedavi giderlerini ödemeye mahkum etmiştir. İstinaf Mahkemesi (The Commonwealth Court of Pennsylvania) bu kararı onaylarken, İşçi Tazminatları Hakkındaki Kanununda, "işçi", mevsimlik işçiler ve bağımsız çalışanlar dışında, bir kimsenin yanında ücret karşılığı çalışan "herkes" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, kaçak işçiler de bu tanıma dahildir. Mahkeme, "kaçak işçilerin bu Kanundan yararlandırılmasının kamu yararını ihlâl etmediğini aksine, kamu yararının iş kazası sonucu yaralanan bütün işçilere tazminat verilmesi gerektirdiğini; çünkü, kaçak yabancı işçilerin tazminat hakkından yararlandırılmamasının, işverenleri bu gibi masraflardan kaçmak için kaçak işçi çalıştırmaya teşvik edeceğini" belirtmiştir. ([www.courts.state.pa.us/OpPosting/CWealth/out/2796CD99.pdf](http://www.courts.state.pa.us/OpPosting/CWealth/out/2796CD99.pdf)) (18.8.2004)

<sup>55</sup> T. 24.4.2004 No: 323 C.D. 2002 ([http://www.courts.state.pa.us/opposting/cwealth/out/323cd02\\_3-24-04.pdf](http://www.courts.state.pa.us/opposting/cwealth/out/323cd02_3-24-04.pdf)) (01.09.2004).

<sup>56</sup> Karara konu olan olayda, davacı Jose Mora, davalıya ait işyerinde (haftalık 800 \$ ücretle) çatı ustası olarak çalışırken 14.2.1999 tarihinde yaralanmış ve 1.1.2000 tarihinde (iş kazasında parmaklarının kırılması sebebiyle) part-time olarak yeni bir işe (haftalık 140 \$ ücretle bir büroda temizlik işçisi olarak) başlamıştır. Yerel mahkeme, kaza tarihi olan 14.2.1999 tarihi ile, işçinin yeniden (part-time olarak) çalışmaya başladığı 1.1.2000 tarihleri arasında uğramış olduğu tüm kazanç kayıplarının tazminine hükmetmiş; ancak, davacının, kısmi geçici sakatlığından dolayı uğradığı tazminat talebini (1.1.2000 sonrası için), iş piyasasından uzak kalmasının iş kazasından değil, kaçak işçi statüsünde olmasından kaynaklandığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme kararında, işverenin, işçiye geçici sakatlık süresi için tazminat, tıbbi ve diğer harcamaların ödenmesine hükmedilmiştir. Kararın, bir üst mahkeme (*Workers' Compensation Appeal Board*) tarafından onaylanması üzerine taraflar temyiz yoluna gitmiştir. (Temyizde, alt mahkeme kararının tazminata ilişkin kısmı onaylanmış; tıbbi masraflara ilişkin kısmı ise bozulmuştur).

<sup>57</sup> Örneğin; Michigan Eyaleti Temyiz Mahkemesinin 07.01.2003 tarihli ve 238003 sayılı *David Sanchez v. Eagle Alloy Inc.* kararı (<http://www.lcle.org/michlaw/oview.cfm?casied023959221>), (15.8.2004). Aynı yöndeki New York, Pennsylvania ve Virginia Eyaleti mahkeme kararları için bkz. James P. O'CONNOR/Sam MAZEN "Illegal Aliens: Are They Entitled to Workers' Compensation Benefits?" [http://www.aascif.org/public/archive/summer01/3.2.7\\_summer01.htm](http://www.aascif.org/public/archive/summer01/3.2.7_summer01.htm) Ayrıca, yukarıda belirtilen, Pennsylvania Commonwealth Mahkemesi *Jose Mora v. Workers' Compensation Appeal Board* kararında pek çok diğer eyalet mahkemesinin bu yöndeki kararlarına atıfta bulunulmuştur.

kapsam dışı bırakması sebebiyle, bu kişileri "işçi" olarak kabul etmemiş ve tazminat alamayacaklarına karar vermiştir<sup>58</sup>. ABD Yüksek mahkemesi de, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board* kararında<sup>59</sup>, 1986 yılında Kongre tarafından kabul edilen Göç Reformu ve Kontrolü Kanununda da ifadesini bulan, federal göç politikasının, ABD'de yasal olarak çalışma hakkı bulunmayan kaçak yabancılara tazminat verilmesine engel olduğunu belirtmiştir<sup>60</sup>. Yüksek Mahkeme'ye göre; "Ulusal İş İlişkileri Kurulunun kaçak işçilere tazminat ödenmesine ilişkin kararı, Göç Reformu ve Kontrolü Kanununda da ifadesini bulan, kaçak göçle mücadeleye ilişkin federal göç politikasına açıkça aykırıdır. Bu karar, kaçak göçle mücadele ile görevli kişilerin görevlerini yerine getirmemesinin önemli bir bahanesi olarak gösterilecek, göçmen kanunlarının daha önceki ihlallerine göz yumacak ve daha sonraki ihlalleri de cesaretlendirecektir"<sup>61</sup>.

Bu kararlardan ortaya çıkan sonuç, Amerikan yargı kararlarında genellikle, kaçak çalışan göçmenler, iş kazasına uğramaları durumunda "işçi" sayılmış ve işçilik haklarından (özellikle geçici iş göremezlik ödeneğinden) yararlanmaları kabul edilmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Hoffman Plastic* kararında ise, bu

<sup>58</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/pennsylvannastatecases/supreme/j-113-2002oaj.pdf> (5.9.2004)

<sup>59</sup> T. 27.3.2002, No. 00-1595. (<http://supct.law.cornell.edu/supct/pdf/00-1595P.ZO>) (5.9.2004).

<sup>60</sup> Karara konu olan olayda, Meksika doğumlu olan Jose Castro, ABD'de çalışma izni olduğunu gösteren sahte belgelerle Hoffman Plastic Şirketinde çalışmaya başlamış; ancak, işyerindeki sendikal bir faaliyeti sebebiyle Ocak 1989'da işten çıkarılmıştır. Ocak 1992 tarihinde ise, Ulusal İş İlişkileri Kurulu, işten çıkarmanın Ulusal İş İlişkileri Kanununa (Bölüm 8/a-3) aykırı olduğuna ve Jose Castro'ya ücret ve diğer haklarının verilmesine karar verdi. Karara yapılan itiraz üzerine, Haziran 1993'te, İdare Mahkemesi hakimi kararını vermeden önce, Jose Castro ülkeye kaçak yollardan girdiğini, çalışma izni olmadığını ve Texas'ta doğan bir arkadaşına ait doğum belgeleri ile çalışma izni aldığını ve bunları işverene sunarak çalışmaya başladığını kabul etmiştir. İdare Mahkemesi, İş İlişkileri Kurulunun kararının 1986 tarihli Göç Reformu ve Kontrolü Kanununa aykırı olduğuna, şikâyetçi işçiye ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi de bu kararı onaylamıştır. Buna karşılık, Mahkemenin kararından dört, işten çıkarma kararından ise, yedi yıl sonra Ulusal İş İlişkileri Kurulu, 1995 yılında verdiği başka bir karara atıfta bulunarak, işverenin, Castro'nun sözleşmesini sona erdirdiği tarihten çalışma izni olmadığını öğrendiği tarihe kadar geçen 3,5 yıl için, toplam 66951 \$ ödenmesine karar verdi. İşveren Hoffman Plastic, Kurul'un bu kararına itiraz etti ancak Temyiz mahkemesi bu talebi görüşmeyi reddetti. Yüksek Mahkeme ise bu kararı oy çokluğuyla (5-4) bozmuştur.

<sup>61</sup> Bu karar, Amerika'da, işverenleri kaçak işçi çalıştırma konusunda cesaretlendireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Gabriela ROBIN, "Hoffman Plastic Compounds Inc. V. National Labor Relations Board: A Step Backwards for All Workers in the United States" [www.nesl.edu/intljournal/Vol9/Robin.pdf](http://www.nesl.edu/intljournal/Vol9/Robin.pdf) (6.9.2004). Ayrıca bkz. Arthur F. ROSENFALD "Memorandum" [http://www.nlr.gov/nlr/shared\\_files/qcmemo/qcmemo/qc02-06.asp?useShared=1](http://www.nlr.gov/nlr/shared_files/qcmemo/qcmemo/qc02-06.asp?useShared=1) (6.9.2004). Yüksek Mahkemenin karara muhalif üyelerine göre de; kaçak işçilere tazminat ödenmesi, Göç Reformu ve Kontrolü Kanunu ile çelişmez. Bu Kanunun amacı, çalışmak için ABD'ye gelecek yabancı işçileri caydırmaktır. Bu üyelere göre, kaçak yabancı işçilere tazminat verilmemesinin ABD'deki çalışmayı azaltacağına dair bir veri bulunmamaktadır. Bu kararın, çalışmak için ülkeye gelecek kaçak göçmenlerin kararını etkileyeceği de bir spekülasyondur.



**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

kişilerin işçi sayılıp sayılmayacağı konusu üzerinde durulmamış, kaçak göç ile mücadele edebilmek için, hukukî olmaktan ziyade siyasî sebeplerle, kaçak işçilerin işçilik haklarından yararlanamayacağı kabul edilmiştir. Amerika gibi kaçak göçün yoğun olduğu bir ülkede<sup>62</sup> kaçak işçilere bu tür hakların tanınması gerçekten önemli bir gelişmedir. Günümüzde de pek çok Eyalette, gerekli izinleri almadan çalışan yabancılar işçilik haklarından yararlanmaya devam etmektedir<sup>63</sup>.

Ülkemizde ise, Yargıtay'ın bir kararında<sup>64</sup>, diploma denklik belgesi alınmaması sebebiyle yabancı bir işçinin<sup>65</sup> Türkiye'de çalışabilmesi için gerekli olan çalışma izninin yenilenmemesi, İş Kanunu m. 25/III<sup>66</sup> kapsamına giren bir *zorlayıcı sebep* olarak değerlendirilmiş ve işverenin sözleşmeyi derhal feshedebileceği belirtilmiştir. Karara göre; böyle bir durumda, işçinin ihbar tazminatı hakkı doğmaz, ancak kıdem tazminatına hükmedilmesi gerekir.

Yargıtay'ın bu kararına göre; geçerli bir çalışma izni alarak çalışmaya başlayan ancak süresi biten iznin yenilenmemesi, yabancı işçinin yapmış olduğu iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü veya kendiliğinden son bulması sonucunu doğurmaz. Bu durum, işverene sözleşmeyi derhal sona erdirmeye hakkı verir. Yargıtay, yabancı işçinin çalışma izni alamamasını işverene sözleşmeyi haklı nedenlerle fesih imkânı veren bir "zorlayıcı sebep"<sup>67</sup> olarak görmüştür. Dolayısıyla, sözleşme, İş Kanunu m. 25/III uyarınca, feshedilinceye kadar geçerli olacağından işçi, ücretini ve işçilikten doğan haklarını isteme hakkına sahip olacaktır. Ancak, işveren sözleşmeyi derhal fesih hakkına sahip olduğu için, işçi ihbar tazminatı isteyemez. Kanaatimizce de, bu çözüm hem kanuna hem de adalete uygundur. Geçerli bir sözleşmeye dayanarak çalışan yabancı işçinin

<sup>62</sup> Amerikan Ulusal Göç Bürosu verilerine göre, 2002 yılı itibarıyla, ABD'de yaklaşık 5.5 milyon kaçak göçmen işçi bulunmaktadır (www.gao.gov/new.items/d02835.pdf) (15.9.2004).

<sup>63</sup> O'CONNOR/ MAZEN, 4.

<sup>64</sup> Y. 9. HD. E. 2001/15931, K. 2002/348, T. 17.01.2002. (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>65</sup> Dava konusu olayda Azerbaycan uyruklu ve makine mühendisi olan davacı işçi davalıya ait işyerinde 1.3.1997 tarihinde çalışmaya başlamış ve bu hizmeti 4.3.2000 tarihine kadar sürmüştür. İşe başlamadan önce çalışma ve ikamet izinleri ilgili mercilerden alınmıştır. Bu izinlerin süresinin bitmesi üzerine uzatma talep edilmiş ancak söz konusu şahsın Azerbaycan'dan aldığı diplomanın denklik belgesini sağlayamaması sebebiyle talebi reddedilmiştir. İşveren de, çalışma koşullarının gerçekleşmediğini vurgulayarak davacının sözleşmesini feshetmiştir.

<sup>66</sup> 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu (RG: 10.6.2003 – 25134) ile yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu (m.17/III).

<sup>67</sup> Zorlayıcı sebep kavramı doktrinde; "öngörülmesi veya kaçınılması mümkün olmayan ve dıştan gelen olay" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1003; EREN, 519 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, 345; Ferit H. SAYMEN/Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul, 1958, 732; ÇELİK, 224; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 212; EKONOMİ, 202; Tankut Centel, "Zorlayıcı Nedenle Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren, Mart 2002, sy. 267, 33-34.

sonradan, kendi iradesi dışında, çalışma izni yenilenmemesi o zamana kadarki çalışmasından doğan haklarının kaybına yol açmamalıdır.

### **c. Görüşümüz**

Çalışma izni almadan yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı ve fiili çalışmanın hukukî açıdan bir sonuç doğurup doğurmayacağına karar verebilmek için öncelikle, çalışma izni zorunluluğu getiren kanun hükümlerinin niteliği üzerinde durmak gerekir. Zira, bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilirse, bunlara aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin hükümsüz sayılacaktır. Yabancı şahsın fiilen çalışmış olması, "işçi" sayılması sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda, işçinin gördüğü işin karşılığı ya fiili iş ilişkisi teorisinden yararlanılarak ya da sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istenebilecek demektir. Buna karşılık, yasak getiren yasal düzenlemeler bir "düzen hükmü" olarak kabul edildiğinde, emredici hükümler olmalarına rağmen, sözleşme kesin hükümsüz olmayacak, bunlara aykırılık cezaî veya idarî müeyyideler doğuracaktır<sup>68</sup>.

Kanaatimizce, yabancıların çalışma izni alma zorunluluğunu düzenleyen hükümlere uyulmamasının kamu düzenini ciddi bir şekilde ihlâl edeceği söylenebilir<sup>69</sup>. Burada, yabancılar yasaklanan işlerde olduğu gibi, mutlak bir çalışma yasağı yoktur. Bu sebeple, çalışma izni alınmadan bir sözleşme yapılmış ve fiilen bir süre çalışılmışsa, sözleşme feshedilinceye kadar, fiili iş ilişkisini fiili sözleşme sayarak, işçinin ücret ve diğer işçilik haklarından yararlanması sağlanmalıdır. Fiili sözleşme ilişkisinin kabulüyle, işçi sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmaksızın ücretini isteyebilecek; geçici iş göremezlik durumunda, geçici iş göremezlik ödeneği alabilecektir. Ancak, izinsiz çalışan yabancıların bu iş ilişkisi sebebiyle sürekli iş göremezlik ödeneği alması mümkün olmayacaktır. Çünkü, sürekli iş göremezliği alamama durumu kaçak işçi olmasından kaynaklanmaktadır.

Yabancıların izinsiz çalışması, çalışma izni için hiç başvurulmamış olmasından veya alınmış bir iznin süresinin dolup yenilenmemesinden kaynaklanabilir.

Yabancı işçinin çalışma izni için başvurduğu, ancak bu iznin verilmesinden önce çalışmaya başladığı durumlarda ise, izin verildiği takdirde, yapılmış olan iş sözleşmesini, başlangıçtan itibaren geçerli saymak gerekir<sup>70</sup>. Eğer çalışma izni verilmezse, fiili sözleşme ilişkisinden yararlanılır<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, 145, dn. 227.

<sup>69</sup> Bkz. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2004, 337.

<sup>70</sup> EKONOMİ, 161; NARMANLIOĞLU, 108; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 337.

<sup>71</sup> Aksi görüş, EKONOMİ, 161.

## **Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

Geçerli bir çalışma izni alınarak çalışmaya başlanıldığı; ancak, daha sonra bu iznin süresinin uzatılmadığı durumlarda ise, iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilinceye kadar geçerli sayılmalıdır. Bu durum, Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, işverenin haklı nedenlerle derhal fesih hakkını doğuran bir zorlayıcı sebep olarak kabul edilmelidir. Zira, yabancı işçinin hukuken edimini yerine getirmesi mümkün değildir. Ancak, çalışma izni başvurusu hakkında kesin bir karar verilmeden önce işveren sözleşmeyi feshederken, bu hakkı kötüye kullanmaması gerekir. Kanaatimizce, yukarıda açıklanan Alman İş Mahkemesi kararında kabul edilen ölçütler Türk hukukunda da uygulanabilir. Yani, işverenin sözleşmeyi derhal feshedebilmesi için, izin başvurusunun ne zaman karara bağlanacağını öngörememesi ve söz konusu işi boş bırakmasının işletmesi için önemli zararlar doğuracak olması şartı aranmalıdır. Çalışma izninin yenilenmesi talebinin reddedildiği veya iznin iptal edildiği durumlarda ise, işveren sözleşmeyi haklı sebeplerle derhal feshedebilir. Ancak, fesih anına kadar sözleşme geçerliliğini devam ettirir. Eğer işveren sözleşmeyi feshetmez ve yabancı işçi çalışmaya devam ederse, çalışma izni için başvuruda bulunulmadığı durumlarda olduğu gibi, sözleşme sona erdirilinceye kadar, fiili iş ilişkisini fiili sözleşme saymak gerekir. Kaçak çalışmanın yetkili makamlar tarafından tespit edilmesi durumunda, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da<sup>72</sup> belirtilen (m. 18) para cezası uygulanır.

## **SONUÇ**

Günümüzde her devlet kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve ekonomik açıdan vatandaşları korumak amacıyla yabancıların belirli işlerde çalışmasını yasaklamakta veya sınırlandırmaktadır. Ancak, düşük maliyet, yerli işçilerin bazı işleri yapmak istememesi gibi sebeplerle işverenler yabancı kaçak işçi çalıştırma yoluna gitmektedir. Devletler yabancı kaçak işçi çalıştırılmasını önlemek için çeşitli idarî tedbirler almakta ve cezaî müeyyideler uygulamakta ise de, bu olguyu önleyememektedir<sup>73</sup>.

Kesin hükümsüz olan bir sözleşmede geçersizlik geçmişe etkili olarak (ex tunc) sonuç doğurur (BK m. 20/1). Ancak, kesin hükümsüzlüğün kurulduğu andan itibaren sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açması, ifa edilmiş veya ifa edilmekte olan iş sözleşmesinde tatminkâr olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Doktrinde bu durumlarda, hükümsüzlüğün geçmişe etkili olarak sonuç doğurmayacağı kabul edilmemekle birlikte, yabancıların Türk vatandaşlarına saklı tutulan bir işte veya çalışma izni olmadan çalışması hallerinde, hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırılık

<sup>72</sup> Kabul Tarihi: 27.2.2003, K. No: 4817 (RG: 6.3.2003-25040).

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. CİN, 153 vd.

**Kamu-İş; C:8, S: 1/2005**

sebebiyle iş sözleşmesi baştan itibaren hükümsüz olduğu ve sözleşmenin ifası ile geçerli bir iş ilişkisinin doğmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, yapılan işin karşılığı ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilecektir. Kanaatimizce, yabancıların kendilerine yasak işlerde çalışması ile çalışma izni olmadan çalışması arasında ayırım yaparak bir sonuca varmak daha doğru olacaktır. Yabancıların çalışmasını yasaklayan hükümlerden kamu düzenine ilişkin olanlara aykırı olarak yapılmış iş sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Çalışmaya başlama ile kurulan fiili iş ilişkisi fiili sözleşme olarak kabul edilemez. Ancak, çalışma izninin alınmamış olduğu durumlarda ihlâl edilen hükümlerin niteliği farklıdır. Çalışma izni alınmadan yapılan sözleşme, hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Yani, böyle bir durumda kamu düzeninin ciddi bir şekilde ihlâl edildiği söylenemez. İş sözleşmesi feshedilinceye kadar, fiili iş ilişkisi fiili sözleşme sayılarak, çalışma izni olmayan yabancı işçinin ücret ve diğer işçilik haklarından yararlanması sağlanmalıdır.

Görüldüğü gibi, fiili sözleşme ilişkisi teorisinden yararlanılarak çalışma izni olmadan çalışan yabancıların işçilik haklarından yararlanması sağlanabilmektedir. Ancak, Fransız hukukunda (İş Kanunu m. 341-6-1) 1981 yılında yapılan değişiklik gibi, Türk hukukunda yapılacak bir değişiklikte, çalışma izni olmadan çalışan yabancıların da bazı işçilik haklarından yararlanması kabul edilmelidir. Çalışma izni olmadan çalışan yabancıların işçilik haklarından yararlandırılması, kamu yararına aykırı bir durum değildir. Aksine, yabancı kaçak işçi çalıştıran işverenlerin ödüllendirilmesi kamu yararını ihlâl eder.