

CUMHURİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKUNDA HİZMET AKDİNE GENEL BAKIŞ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

GİRİŞ

Genel olarak iş hukukunun gelişmesi sanayi gelişmesine ve işçi sayısının artmasına bağlanmaktadır. Türkiye’de, Avrupa’dakine benzer sanayi kurulması ise çok yeni olduğu için, iş hukuku Cumhuriyet öncesi dönemde yeterince gelişmemiştir. Osmanlı Devleti’nin son zamanlarında ve hatta Cumhuriyetin başlarında, çalışma hayatının genellikle tezgah ve el işlerine dayanması ve çok sayıda işçinin çalışmasını gerektiren seri üretime dayalı sanayileşmenin değişik nedenlerle başlayamamış olması iş hukukunun da gelişmesini engellemiştir¹.

Türk İş Hukuku, genel kabul gören bir ayırıma göre, İslâmiyet’ten önceki dönem bir tarafa bırakılırsa, Tanzimat’tan Önceki Dönem, Tanzimat Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi başlıkları altında üç kısımda incelenmektedir². Bunlardan, konumuz itibarıyla, aralarında çok önemli farklar olmadığı için Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat dönemi de birlikte değerlendirilerek, Türk İş Hukuku, Cumhuriyetten önceki dönem ve Cumhuriyet dönemi şeklinde ikili bir ayırımla incelenebilir. Belirtilmesi gerekir ki, konumuz itibarıyla Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat dönemi arasındaki en önemli

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Nuri ÇELİK, *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. B., İstanbul 2000, s. 5; Kenan TUNÇOMAĞ, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 17; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, *İş Hukukunun Esasları*, 2. B., İstanbul 1999, s. 17.

² Bu konu için ayrıca bkz. Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. I, İstanbul 1990, s. 22-23; Coşkun ÜÇÖK / Ahmet MUMCU/ Gülnihal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. B., Ankara 1996, s. 2-3; M. Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 9-31, 421; Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, C. I, İstanbul 1987, s. 64; Kâmil TURAN, *İş Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1990, s. 103-215; Adil İZVEREN, *İş Hukuku*, C. I-II-III, Ankara 1974, s. 14-25; TUNÇOMAĞ, s. 15-18; ÇELİK, s. 5-6; Muammer Vassaf TOLGA, *İş Hukuku*, 2.B., İstanbul 1952, s. 27-34.

fark, ilkinde, çalışma ilişkilerini düzenleyen ve genellikle örf ve teamüle dayanan kuralların söz konusu olması; ikincisinde ise, mevzuat sistemine geçilmesidir³. Sözü edilen mevzuatın ilki de, Osmanlı Devleti'nin medeni kanunu kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'dir. Mecelle'nin dördüncü faslında düzenlenen hizmet akdi hükümleri "icâre-i âdemî" (insan kirası) başlığı altında ele alınmıştır.

Cumhuriyet öncesi Türk hukukunun genel anlamda temelini teşkil eden İslâm Hukukunun hizmet akdi konusundaki hükümlerini incelemek, bir yönden hizmet akdinin bin dört yüz yıllık tarihi seyrini de incelemek anlamına gelir. Bu seyir içerisinde, "ezmânın tagayyüriyle ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz" (Mecelle, m. 39) şeklinde ifade edilen genel kural gereği, zamanla örf ve âdete dayalı hangi hükümlerin değiştiği de önem taşır.

Çalışmamızda, kanun anlamında düzenlemeler olarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliye⁴ ile Kadri Paşa'nın Borçlar ve Eşya Hukuku Kodu olan Mürşidü'l-Hayran'ını⁵, doktrin eserleri olarak fıkıh kitaplarını, Yargıtay kararları yerine de fetva mecmualarını esas alacağız. Bunun yanı sıra konuyu incelerken, Hanefî fihhına ilişkin görüşleri temel alacak, yeri geldiğinde, diğer ekol hukukçularının görüşlerini de belirteceğiz. Asıl amacı, Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hizmet akdine genel bakış olan bu çalışmamızda, Cumhuriyet sonrası Türk hukukundaki durumu da genellikle dipnotta mukayese yaparak belirteceğiz. Burada, hizmet akdine genel bir bakış yaparken özellikle akdin tanımı ve unsurları üzerinde duracağımızı da belirtmemiz gerekir.

I. HİZMET AKDİNİN TANIMI

Toplumun büyük bir kesimini yakından ilgilendiren ve dolayısıyla sosyal önemi haiz bir akit olan hizmet akdinin tanımına değinmeden önce, Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hangi çatı altında düzenlendiğini ortaya koymak gerekir.

³ TOLGA, s. 30; İZVEREN, s. 16.

⁴ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin metni için bkz. **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, İstanbul 1305; Ali Himmet BERKİ, **Açıklamalı Mecelle**, İstanbul 1990; Osman ÖZTÜRK, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul 1973.

⁵ Kadri Paşa ve Mürşidü'l-Hayran hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet AKGÜNDÜZ, **Kadri Paşa'nın Eşya ve Borçlar Hukuku Kodu Mürşidü'l-Hayran, (Mecelle ve Günümüz Mevzuatıyla Mukayeseli)**, İstanbul 1987.

A. Genel Olarak İcâre Akdi

Mecelle'de⁶, dolayısıyla Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hizmet akdi, bireysel nitelikte⁷ bir akit olarak değerlendirilmiş ve "icâre akdi" genel başlığı altında düzenlenmiştir. İcâre akdi, eşyanın kullanımını konu alan "kira akdi" ile, insanın çalışmasını konu alan "hizmet akdi"nden oluşan bir akitlerdir. Bunu, halkın menfaatine yapılan icar (menkul ve gayri menkul mallarla, hayvanların icarı) ve amelin (emeğin) icarı şeklinde ifade etmek de mümkündür⁸. Hem kira hem de hizmet akitleri menfaat üzerine kurulduğu için, bunlara ortak kural ve çözümler getirilmiş ve bu da icâre akdi genel başlığı içerisinde sistematikleştirilmeye çalışılmıştır⁹.

Bununla birlikte kaynaklarda çoğu zaman, özellikle icâre akdinin sonuçları incelenirken, hizmet akdinin ayrıca ele alınması tercih edilmiştir. Çünkü işçinin çalışmasını konu alan hizmet akdi, gerek akit konusu, gerekse işçi ile akit konusu arasındaki sıkı ilişki açısından, aynı çatı altında değerlendirilen diğer akit türüne (kira akdine) göre, oldukça farklı bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, hizmet akdine kaynaklarda ve bu arada Mecelle'de "icâre-i âdemî" başlığı altında ayrıca yer verilmiştir¹⁰.

Sözlükte, himaye etmek, korumak, kurtarmak ve saptırmak gibi anlamlara gelen icâre, terim olarak, daha çok dünyaya ilişkin işler için kullanılan "ücret" ve ahirete ilişkin karşılıklar için kullanılan "ecr" sözcükleri ile eş

⁶ Mecelle'de, çalışma ilişkileri, serbest iş sözleşmesi esasına dayandırılmıştır. Mecelle'nin düzenlediği önemli esaslardan biri, işgücünün sömürülmesine çok uygun olan "aynî te-diye" (trucksystem) yöntemini yasaklaması (m. 566); diğeri de, günlük, çalışma süresini güneşin doğuşundan batmasına kadar olmak üzere sınırlamasıdır (m. 495). Bkz. İZVEREN, s. 16; TOLGA, s. 30.

⁷ Mecelle'ye göre, hizmet taahhüdünde bulunanın ücret alabilmesi için, sürekli olarak bu tür işleri gören (dolayısıyla işçi niteliğini haiz) bir kimse olması gereklidir (m. 563). Bu bakımdan Mecelle ile yürürlüğe giren düzen, o zamanın şartlarına uygun ferdiyetçi ve liberal bir görüşü esas almıştır. Bkz. Ferit Hakkı SAYMEN, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954, s. 47 vd.; TOLGA, s. 30.

⁸ TURAN, s. 127.

⁹ Ali BARDAKOĞLU, "İslâm Hukuku'nda İşçi ve İşveren Münasebeti", İslâm'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 190; Vehbe ZUHAYLÎ, *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmî'l- Mes'ûliyyeti'l-Medeniyyeti ve'l-Cinâiyyeti fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dimaşk ts., s. 163-164; Osman KAŞIKÇI, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s. 268; Servet ARMAĞAN, *İslâm Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987, s. 186.

¹⁰ Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C.II, İstanbul 1990, s. 256.

anamlı olup “iş karşılığı verilen şey, amelin ivazı” karşılığında kullanılır¹¹. Bununla birlikte “kiralamak” karşılığı olarak mastar şeklinde daha yaygın bir şekilde mecaz olarak da kullanılmaktadır¹². Hukuk dilinde ise icâre, önceki hukukumuzun muâmelât bahsinin önemli bir kısmı olan “icâre akdi”ni ifade eder¹³.

Hanefî fıkında icâre akdi hukukçularca değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bunları iki grupta toplamak mümkündür. Birinci tanıma göre icâre, “malûm bir menfaati malûm bir ivaz karşılığında satmaktır”¹⁴. Mecelle’de benimsenen tanım da budur¹⁵. İkinci tanım ise icâreyi, “menfaati ivaz karşılığında temlik”¹⁶ olarak kabul eder. Bu tanıma, “ivaz karşılığı menfaat üzerine akitir”¹⁷ şeklinde ifade etmek de mümkündür. Her iki tanım için de

-
- 11 Hamdi DÖNDÜREN, “İslâm’da İşçi İşveren Münasebetleri”, İslâm’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 373; Ali BARDAKOĞLU, **İslâm Hukuku’nda ve Modern Hukukta İcâre Akdi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 1982, s. 1; Şeref b. Ali eş-ŞERİF, **el-İcâretül Vâride alâ Amel’il-İnsan**, Suûdî Arabistan 1980, s. 28; Zeyn’üddin Ahmed b. Ahmed b. Abd’il-Latif ez-ZEBÎDÎ, **Sahib-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi**, Mütercim ve Şarihi Kamil Miras, C. VII, 7. B., Ankara 1984, s. 21; TURAN, s. 126.
- 12 Hoca Emin Efendizâde ALİ HAYDAR, **Dürrü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, C.I, İstanbul 1330/1912, s. 675; Orhan ÇEKER, **İslâm Hukuku’nda Akitler**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1980, s.164; Abdurrahman CEZİRÎ, **Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkı**, C.IV, 3. B., Çev. Mehmet Keskin, İstanbul 1991, s. 1699-1700; Ömer Nasuhi BİLMEN, **Hukuku İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu**, C. VI, İstanbul 1985, s. 156; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 13 CEZİRÎ, s. 1700.
- 14 İbrahim b. Muhammed el-HALEBÎ, **Mülteka’l-Ebhur**, İstanbul 1309/1891, s. 144; Osman KESKİOĞLU, **Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku**, 4. B., Ankara 1988, s. 185; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 15 Mecelle, m. 405, “İcâre, lügat-ı arabda ücret manasınadır. Fakat icar manasında dahi istimal olunmuştur. İstilah-ı fukahada menfaat-ı malûmeyi ivaz-ı malûm mukabelesinde bey’ etmek demektir” diyerek icâreyi, malûm menfaati malûm ivaz karşılığında satmak olarak tanımlamıştır. BERKÎ, s. 77; Ahmet AKGÜNDÜZ, **İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır 1986, s. 434; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 16 Temlik, aynın veya menfaatin temlikî şeklinde olur. Bir mala bir bedel karşılığında sahip olmaya bey’ (alış-veriş), ivazsız (bedelsiz) elde etmeye hibe veya sadaka denir. Menfaatin bedelsiz temlikine âriyet veya vasiyet, ivazlı temlikine ise icâre denir (Bkz. Adem ESEN, **Sosyal Siyaset Açısından İslâm’da Ücret**, Ankara 1993, s. 20).
- 17 Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-SERAHSÎ, **el-Mebsût**, C. XV, Beyrut 1989-1409, s. 74; Ali b.Ebî Bekir el-MERGİNANÎ, **İslâm Fıkından Tahkikî ve Tahricî El-Hidâye Tercemesi**, Çev. Ahmed Meylânî, C.III, İstanbul 1992, s. 399; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.

değişik itirazlar yapılmış olmakla birlikte¹⁸ yapılabilecek en derli toplu tanım, ikincisidir¹⁹.

Hanefi dışındaki fıkıh ekolleri de icâre akdini yukarıda verilen tanıma benzer veya yakın ifadelerle tanımlamışlardır²⁰. Aralarındaki farklılıklar, sahih (geçerli) bir icârenin tanımını verebilme gayretiyle, akdin sıhhat şartlarının da tanıma dahil edilmesinden kaynaklanmaktadır.

İcâre akdinde akdin konusu (ma'kûdunaleyh²¹), "menfaat" yani "yararlanma"dır²². Menfaat, kaynak bakımından, insan ve insan dışı olmak üzere ikiye ayrılır. Bu sebeple de icâre akdi, ilk olarak, akar (gayrimenkul) ve urûz (menkul)²³ yani fiziki sermaye malları üzerinde olabilir. Menkul ve gayrimenkul eşyanın kullanımını konu alan kira akdini oluşturan bu tür kaynaklardan sağlanan menfaatin bedeline kira adı verilir. İkinci olarak ise, bir iş yapmak veya herhangi bir sanat icra etmek için, zaman veya iş belirleterek belirli bir ücret karşılığında emeğin kiralanması da, icâre akdi kapsamındadır. Bu tür icâre, "icâre-i âdemî" olarak nitelendirilmiştir²⁴. İcârenin bu kısmına günümüzde "hizmet akdi" denilmektedir.

18 İtirazlar için bkz. Muhammed Emin eş-Şehir b. İBN ÂBİDÎN, *Hâşiyetü Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar*, C.VI, 2. B., Mısır 1979, s. 4.

19 ALİ HAYDAR, s. 677; ZEBİDÎ, C.VII, s. 21; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 2.

20 CEZİRÎ, s. 1700-1705, dn. 34.

21 Akdin konusu, eski hukukumuzda "mahall-i akd ve ma'kûdunaleyh" gibi kavramlarla ifade edilmekte idi. Terim olarak, akdin konusu, akdin üzerinde cereyan ettiği, akde konu teşkil eden nesne, menfaat, fiil gibi hususlardır. Bir araba satımında satım akdinin konusu araba, bir dükkan kiralanmasında akdin konusu dükkan (dükkandan elde edilecek menfaat), bir hizmet akdinde ise akdin konusu, ücret karşılığı çalışacak olan kişinin (yani işçinin) vereceği hizmettir. Bkz. Hayreddin KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, C. III, İstanbul 1986, s. 77.

22 Mecelle m. 420, "icârede ma'kudunaleyh menfaattir" sözcükleriyle, hizmet akdinin konusunun, işçinin çalışmasından elde edilen menfaat (yarar) olduğunu belirtmiştir. BİLMEN, s. 160; Menfaat (çoğulu menafi), sözlükte, nefsin isteğine uyan veya uymayan her hayra denir. Fıkıh literatüründe ise, bir ayının kullanılmasıyla hasıl olan fayda demektir (ALİ HAYDAR, s. 227). İktisadi anlamda menfaat, mal ve hizmetlerin ihtiyaçları karşılama özelliği veya tüketim sonucunda tüketicinin elde ettiği tatmindir. Yani iktisat-taki anlamıyla menfaat (fayda) subjektif ve ferdi bir kavram olup ahlaki, hukuki, felsefi veya siyasi bir özelliği yoktur (Şahabettin YİĞİTBAŞI, *Mikro İktisat*, Konya 1989, s. 11).

23 Bu hususta bkz. Mecelle m. 131, 129, 128.

24 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 256.

Görüldüğü üzere, icâre akdi, hem gayrimenkul ve menkul eşyanın kullanımını konu alan “kira akdi”ni, hem de insan emeğinden²⁵ elde edilen menfaat üzerine kurulan “hizmet akdi”ni içine almakta olup “menfaat” ve “ivaz” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır²⁶.

İcâre akdi, alış veriş gibi iki tarafa borç yükleyen akitlerdendir²⁷. Bunun sonucu olarak iki taraf da borç altına girmektedir. Taraflardan birinin borcu, karşı tarafa eşyanın kullandırılması veya işçinin çalışması suretiyle menfaat sağlamaktır. Diğeri ise buna karşılık olarak belirli bir bedel ödemek borcu altına girer. İki tarafa borç yükleyen akitlerin en önemli özelliği, karşılıklar arası denge bulunması ve akdin bağlayıcı nitelikte olmasıdır²⁸.

İcare çatısı altında ele alınan kira akdinin ve hizmet akdinin konusu menfaattir. Ancak, gerek menfaatin konularının eşya ve insan olması, gerekse menfaatlerin nitelikleri, aralarında önemli farklar bulunacağını ortaya koymaktadır. Ayrıca, hizmet akdinde akdin bir tarafı olan işçinin, aynı zamanda emeğinden hasıl olan menfaati itibariyle akdin konusunu da oluşturması, hizmet akdine ayrı bir özellik kazandırmaktadır²⁹.

Buna benzer bir ayırıma Roma Hukuku’nda da gidildiği söylenebilir. Roma Hukuku’nda hizmet ilişkisi “locatio conductio” denilen ve İslâm Hukuku’ndaki “icâre” akdine benzer bir nitelik gösteren akit türü içinde ele alınmıştır. Rızâî ve aynı zamanda tam iki taraflı bir hüsnüniyet akdi olan locatio conductio, doktrinde üç ayrı akde ayrılır. Bunlardan ilki olan “locatio conductio rei”, günümüzdeki kira akdini ifade eder. İkincisi olan “locatio conductio operarum” ile bir kimse, belirli bir ücret karşılığında bir işi gör-

25 Klasik iktisatçılarda mal kabul edilen emek, İslâm iktisat düşüncesine göre mal değildir. Kaldı ki, hizmet akdi ile değer kazanan emek değil, emekten hasıl olan “menfaat”tir. İşveren işçisinden emeği değil, ondan hasıl olan menfaati kiralamakta, satın almaktadır. Kaldı ki, insan emeğinden doğan menfaatler ile üretime katılan hammaddeler arasında da fark vardır. İlkinde “irade ve yetenek” unsuru bulunduğu için diğerdinden farklıdır. Menfaat ister mal kabul edilsin, isterse edilmesin, insan emeği ve işgücünün mal olmadığı ortak görüştür. Çünkü emek beşeri bir unsurdur ve insandan ayrılmaz bir parçadır. (ESEN, s. 20).

26 BARDAKOĞLU, İcâre, s.2; KESKİOĞLU, s. 185-186.

27 İki tarafa borç yükleyen (mu’âvaza) ifadesiyle, taraflardan her birinin akit gereği bir şey alıp buna mukabil diğeri tarafa bir karşılık (ivaz) verdiği akitler kastedilmektedir. BARDAKOĞLU, İcâre, s.3, 191, 305; Geniş bilgi için bkz. Abdurrezzâk es-SENHÜRÎ, *Masâdiru’l-Hakk fi’l- Fıkhî’l-İslâmî*, C.I, Beyrut, s. 79; Feyzi N. FEYZİOĞLU, *Borçlar Hukuku Umûmî Hükümler*, C.I, İstanbul 1967, s. 243.

28 SERAHSÎ, C.XV, s. 79.

29 Ali BARDAKOĞLU, “Hizmet Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, I. B., İstanbul 1990, s. 48.

meyi üstlenir. Bu akit de, günümüzdeki hizmet akdinin karşılığıdır. Üçüncüsü olan “locatio conductio operis” de ise bir kimse, iş sahibinin vereceği bir ücret karşılığında bir eseri (opus) meydana getirme borcu altına girer. Bu akitten gaye, bir işin yapılmasından ziyade belirli bir sonucun meydana getirilmesidir ki, bu da, günümüzdeki istisna akdini karşılamaktadır³⁰. Locatio conductio’nun bu son iki türü, hizmet ilişkisinin Roma Hukuku’ndaki yasal formunu oluşturmaktadır. İkinci tür akitte, süre üzerine kurulan hizmet akdi, üçüncü türde ise, bir işin görülmesi üzerine kurulan hizmet akdi veya istisna akdi söz konusu olmaktadır.

Mecelle’de, insan emeğinin kiralanması yani icâre-i âdemî tabirinin kullanılmasında, Roma Hukuku’ndaki sözü edilen ayırımın etkisinden³¹ başka Fransız Medeni Kanunu’nun tesirinden de söz edilebilir. Çünkü Fransız Medeni Kanunu m. 1779’da “le louage des gens de travail” hizmetin kiralanması, çalışanın, işçinin kiralanması tabirleri vardır. Ancak, sonradan Fransız İş Kanunu “contrat de travail” yani hizmet akdi ifadesine yer vermiştir³².

Mecelle’nin hizmet akdini icâre-i âdemî şeklinde ifade etmesi işçiyi “kendini kiraya veren kimse” (m. 413) olarak tanımlaması, bazı yazarların iddia ettiği gibi “kölelik ruh ve ananesinin devam etmesinden”³³ veya “çok basit ve zavalılıca”³⁴ oluşundan değil; belki hukuk sistematığının ve mantığının korunması amacıyla menfaatin ivazlı temlikini konu alan akit türlerinin bir çatı altında toplanmasından kaynaklanmaktadır³⁵.

30 Türcan RADO, **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, C.III, İstanbul 1969, s. 116-125; SAYMEN, s. 48.

31 Önceki hukukumuz açısından, işçinin emeğinin kira, işçiye verilen ücretin de bir kira bedeli olarak kabul edilmesi, Roma hukukundaki düşünceden farklıdır. Roma hukukunda, işçinin emeği bir maldır. İslam hukukunda ise işçi (ecir) bir başkasının malını muhafaza etmeye ve korumaya memur edilmiş kimsedir. Devlet memurları da devletin bir eciridir. Emeğin üretime tahsisi, önceki hukukumuzda ve Mecelle’de ‘icare-i âdemî’ (insan kirası) kavramı ile ifade edilmektedir. Bkz. TURAN, s. 120-126.

32 Cevat AKŞİT, **Tartışmalar, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri**, I.B., İstanbul 1990, s. 90-91.

33 İfade A.Fuat Başgöl’e ait olup (Türk İşçi Hukuku, Ad.Cer. 1936, s. 1285) çoğu hukukçu tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Bkz. SAYMEN, s.48; ÇELİK, s. 7.

34 SAYMEN, s.48-49.

35 “İslam Hukukunda, kölelik anlayışı kısırlaştırılmış, emeğin kutsallığı kabul edilmiş, ücret vazgeçilmez haklardan birisi olarak değerlendirilmiş, çalışanın emeğinin eşya hukuku kapsamı içinde muamele görmemesi için “insan kirası”, İslam’ın hürriyet, eşitlik, sosyal adalet ve sosyal dayanışmayı emreden kurallarına göre tanzim edilmiştir. Koyduğu ana ilkeler sayesinde İslam hukuku, günümüz iş hukuku anlayışına birçok alanda ışık tutma niteliğine sahip bulunmaktadır.” Bu konu hakkında bkz. TURAN, s. 128.

Bu arada, önceki hukukumuzdaki hizmet akdi ile istisna (eser) akdi arasındaki yakınlığa da değinmek gerekir. Mecelle'nin "bir şeyi yapmak üzere ehl-i sanat ile sözleşme akdetmek" (m.124) olarak tanımladığı istisna akdi, hammaddenin (ayn, malzeme) ve işin (amel) ikisinin birden ustadan olması şartıyla gerçekleşir. Aksi takdirde yani malzemenin iş yaptırandan (işveren-den) olması durumunda hizmet akdi söz konusu olur³⁶. Denilebilir ki, istisna akdinde akit konusu eşya (ayn) olup iş eşyaya tabidir. Hizmet akdinde ise, durum tersinedir. Örneğin, kumaş terziden olmak üzere elbise diktirmek istisna akdine girmekte iken, terziye kumaşı vererek bir ücret mukabili elbise diktirmek hizmet akdidir³⁷. İstisna akdinde akit konusunun yapılan mal (ma'mûl ayn) olması sonucudur ki, istisna akdi kaynaklarda ve Mecelle'de alım satım akdinin çeşitleri içinde ele alınmışken, hizmet akdi, akit konusunun menfaat olması sebebiyle icâre akdi içinde değerlendirilmiştir³⁸.

Cumhuriyet sonrası Türk Hukukunda ise istisna (eser) akdi, "bir tarafın (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam ettiği" bir akittir (TBK.m.355). Buna göre, istisna akdinde müteahhit adı verilen taraf, işveren (iş sahibi) tarafının ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında bir şey yapmak borcu altına girer. Bu açıdan, malzemenin iş sahibi tarafından temininde de işçi tarafından temininde de istisna akdi söz konusu olabilir. Burada önemli olan, bir şeyin imalinin üstlenilmesi (işin ifasının borçlanması)dır. Oysa ki Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda, istisna akdinin söz konusu olabilmesi için, malzemenin mutlaka işçi tarafından sağlanması gerekir. Eğer malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, ortada istisna akdi değil, hizmet akdi vardır³⁹.

Görüldüğü üzere, önceki hukukumuzda, bir işin görülmesini veya bir şeyin imalini konu alan hizmet akdi, günümüz hukukunda istisna⁴⁰ veya vekâ-

36 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 258.

37 Mecelle m. 421; SERAHSÎ, C.XV, s. 85; ALİ HAYDAR, s. 691; FETAVAYİ HİNDİYYE, Terc. Mustafa Efe, C. IX, 1.B., Ankara 1986, s. 503-504.

38 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 258.

39 ALİ HAYDAR, s. 657.

40 TBK.m.355'e göre, istisna akdinde bir taraf (müteahhit) ücret karşılığında öteki tarafa (iş sahibi) bir şeyin yapılmasını taahhüt ettiği için, konusu, ücret karşılığı bir şeyin (eserin) yapılmasıdır. İşin sahibi için önemli olan ise, işin yapılarak teslim olunmasıdır. Bunun tamamlanmasında geçen zaman ve çalıştırılan kişiler iş sahibini ilgilendirmez. Müteahhit, işin sonucundan sorumludur ve işi yapma borcu altındadır. Buna karşılık, hizmet akdinde işçi bir işin sonucundan, bitirilip bitirilmemesinden sorumlu tutulamaz. İşçi işi, belirli veya belirsiz bir sürede, işverenin talimatına bağlı olarak yapar. Dolayısıyla, çalışma yöntemini serbestçe belirleyemez. Hizmet akdinde işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir. Bkz. ÇELİK, s. 73-74.

let⁴¹ akdi içinde ele alınmaktadır⁴². Başka bir deyişle, günümüz hukukundaki istisna akdi, önceki hukukumuzdaki bir şeyin imali veya bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi türünü de kapsamaktadır. Bu sebeple günümüz hukukçuları, süreli hizmetin varlığı halinde hizmet akdinden; belli bir iş sonucu veya imalâtı ortaya koymayı üstlenme halinde ise istisna akdinden söz ederek belli bir kriter ortaya koymaya çalışmaktadırlar⁴³.

Şu halde hizmet akdi, önceki hukukumuzun klasik kaynaklarında, “icâre akdi” başlığı altında, karşılıklı rızaya dayanan, bireysel bir akit olarak ele alınmıştır. Menfaat üzerine kurulan icâre akdi, günümüzdeki ifadeyle kullanma ve faydalanma hakkı veren kira veya bir iş görme borcu doğuran hizmet akdinden oluşmaktadır.

B. Tanımı

Yukarıda belirtildiği gibi, eski hukukumuzun kaynaklarında günümüz hukuku anlamında sistematik yapıya kavuşturulmuş bir hizmet akdine yer verilmemiş; hizmet akdi, icâre akdi sistematığı içerisinde ele alınmış ve incelenmiştir. Dolayısıyla hizmet akdinin tanımına, bu kaynaklarda açıkça rastlanmaz.

Mecelle'nin 562. maddesi icâre-i âdemî hususunda şu ifadeye yer vermektedir: “Hizmet ya icra-i sanat için ... müddet beyaniyle yahut diğer surette ameli tayin ile icâre-i âdemî caizdir”. Buna göre, hizmet akdi işçinin ya belli müddet çalışması ya da belli bir işi yapması üzerine kurulmaktadır⁴⁴. Bu ifadeye ücret unsuruna yer verilmemiş ama gerek bir sonraki maddede gerekse 404 ve 405. maddelerde ücret⁴⁵ unsurundan söz edilmiştir. Mürşidü'l-Hayran'ın 586. maddesinde de hizmet akdi şu şekilde açıklanmaktadır: “Süre açıklanmak yahut yapılacak işin miktarı ve keyfiyeti tayin

41 TBK.m.386'ya göre, vekalet akdinde vekil, kendisine akitle yükletilen işi yönetme veya kabul ettiği işi yapma borcu altındadır. Kararlaştırılan iş, hizmet ya da istisna akdi çerçevesine sokulamıyorsa vekalet hükümleri uygulanır. Vekilin sorumluluğu genel olarak hizmet akdinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesindedir. (TBK.m.390/I). Vekalet akdinde mukavele veya teamül varsa ücret söz konusudur. (TBK.m.386/III). Oysa ücret hizmet akdinin zorunlu bir unsurudur. (TBK.m.313, İş K.m.1). Ancak genellikle vekalet akitlerinin çoğunda ücret kararlaştırıldığından ve iki akdin konularında benzerlik bulunduğundan, bu gruba girenlerle hizmet akitleri arasındaki sınırı çizmek istisna akdine göre daha zordur. Bkz. ÇELİK, s. 74-76.

42 Ayrıca bkz. Turhan ESENER, *İş Hukuku*, 3.B., Ankara 1978, s. 129- 131.

43 SAYMEN, s.412, 413.

44 Bkz. ATIF BEY, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavaidi Külliyye-i Fikhiyyenin İzahı*, İstanbul 1309, s. 220-221; ZUHAYLÎ, s. 241.

45 Mecelle m. 404, ücreti, kira yani bedeli menfaat olarak tanımlamaktadır.

edilmek şartıyla, belli bir hizmeti ifa yahut herhangi bir iş veya sanatı icra gayesiyle insanları belli bir bedel karşılığında çalıştırmak (icâre-i âdemî) câizdir". Bu tanımda ücret unsuruna da yer verildiği görülmektedir.

Mecelle ve Mürşidü'l-Hayran'daki hizmet akdi tanımları bir arada değerlendirildiğinde hizmet akdi, "işçinin ücret karşılığı belli bir işi görmesi veya belli bir süre çalışması üzerine kurulan akittir" şeklinde tanımlanabilir.

Tanımdan anlaşılacağı üzere, önceki hukukumuzda hizmet akdi, işçinin emeğinden hasıl olan menfaat üzerine kurulmaktadır. Dolayısıyla, işçinin belli bir süre içerisindeki çalışması ve süre kaydı olmaksızın belli bir işi yapması, hizmet akdinin konusunu meydana getirmektedir⁴⁶. Tanımda aynı zamanda işçiden söz edebilmek için bulunması gerekli olan iş (menfaat) ve ücret unsurlarına yer verilmiş; ancak bağımlılık unsuruna açıkça değinilmemiştir⁴⁷.

Günümüzde İslâm ülkelerinin⁴⁸ yürürlükte bulunan Medeni Kanun ve İş Kanunlarının hizmet akdini tanımlamaları da, İsviçre-Türk Hukuku'ndan

46 Cumhuriyet sonrası Türk Hukuku'nda, eski ve yeni iş kanunları hizmet akdinin bir tanımını vermemiş olup bunu Borçlar Kanunu'na bırakmışlardır. TBK. m. 313, "hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder". Fakat bu tanımın sadece iş ve ücret unsuruna yer verip üçüncü ve en önemlisi olan "bağımlılık" unsuruna yer vermediği ifade edilmiş, Anayasa Mahkemesinin 26-27.9.1967 t., E.1963/336, K.1967/29 sayılı bir kararında yaptığı tanımla bu eksiklik giderilmiştir (RG. 19.10.1968, S. 13031). İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer bir düzeltme yapılmıştır. Buna göre hizmet akdi; "bir kimsenin ücret karşılığında, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin emrinde bulundurmayı ve iş sahibinin de ona ücret vermeyi üstlenmesidir". Bu konuda bkz. Münir EKONOMİ, *İş Hukuku*, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 73 vd.; Ünal NARMANLIOĞLU, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Ankara 1988, s. 129; Aydın ZEVLİLER, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3.B., Ankara 1987, s. 137; ESENER, s.126; ÇELİK, s. 67-68; SAYMEN, s. 391-395; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65-67.

47 Bugünkü hukukumuzda ise, bağımlılık unsuru üzerinde ısrarla durulmakta ve bu unsur hizmet akdini, özellikle istisna ve vekalet akitlerinden ayıran bir kriter olarak değerlendirilmektedir. Halûk Hâdi SÜMER, *İş Hukuku*, Güncelleştirilmiş 7. B., Konya 2000, s. 34, 36; ZEVLİLER, s. 139-140; Tankut CENTEL, *İş Hukuku*, C. I, İstanbul 1994, s. 81-82; ESENER, s. 129-131; ÇELİK, s. 71-76.

48 Günümüz İslâm ülkelerinin iş kanunları, genelde Batı toplumlarının iş kanunlarından birer tercüme mahiyetindedir. Dolayısıyla İslam ülkeleri iş kanunlarının İslâm Hukuku'nu ihtiva ediyor bir tarzda kabul edilmemesi gerekir. Bu konuda bkz. Ali ŞAFAK, *Tartışmalar, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri*, I.B., İstanbul 1990, s. 88-89; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi, Tartışmalar*, s. 98.

farklı değildir. Hizmet akdi, sözü edilen kanunlarda da her üç unsura yer verilerek benzer şekillerde tanımlanmıştır⁴⁹.

Hukuki niteliği itibariyle, hizmet akdinin karşılıklı ve bağlayıcı bir akit olması, önceki ve bugünkü hukukumuz arasında ortak özelliktir. Bununla birlikte bugünkü hukukumuz, akdin işçinin kişiliğine bağlı olması ve bağımlılık unsuru yönünden önceki hukukumuzdan kısmen ayrılır. Çünkü önceki hukukumuzda “belirli süreli hizmet akdi”, bu son iki özelliği taşımakla birlikte, süre kaydı olmaksızın belli bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi, bu özelliği göstermez⁵⁰.

Şu halde, önceki hukukumuzun düzenlemesi içerisinde hizmet akdinin kapsamına, işçinin hem belirli bir süre çalışması hem de belirli bir işi üstlenmesi ve görmesi girer. Bunun yanısıra hizmet akdinin bağımlı ve bağımsız işçiler için söz konusu olabilmesi, bağımlılık unsurunun da mutlaka bulunması gerektiği anlamına gelir. Oysa, bugünkü hukukumuzda belirli bir işin görülmesinin üstlenilmesi, genellikle istisna ve vekalet akitleri içinde ele alınır ve bağımlılık unsuru hizmet akdinin bu akit türlerinden ayrılmasında temel bir kriter kabul edilir. Bu açıdan eski hukukumuzdaki hizmet akdi bugünkü hukukumuzdaki hizmet akdinden daha kapsamlıdır.

Sonuç olarak, önceki hukukumuzun düzenlemesi içinde hizmet akdi, “işçinin belirli bir işi görmeyi veya belli bir süre çalışmayı ve işverenin de ona ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir akittir” şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, akdin tarafları işçi ve işverendir. Akdin unsurlarına değinmeden önce, hizmet akdinin tanımında yer alan bu iki temel kavramı açıklamak uygun olacaktır.

⁴⁹ Örneğin, Suûdî Arabistan İş ve İşçi Kanunu (NA)m. 2/a bu kanunun hükümlerinin uygulanacağı halleri gösterirken, “bir işverenin sorumluluğu altında, onun emir ve direktifleri veya denetimiyle bir ücret karşılığında çalışmayı taahhüt eden kişilerle ilgili akitler” ifadesiyle bireysel hizmet akdini (ayrıca m.70) tanımlamaktadır (Suûdî Arabistan Krallığı, Nizâmül Amel ve'l-Ummâl, Riyad 1978, s. 9).

Mısır-Suriye Birleşik İş Kanunu (BİK) m. 42, hizmet akdini her üç unsura da yer vererek tanımlamaktadır: “Ferdî hizmet akdi, işçinin ücret karşılığı işverenin idaresi veya nezareti altında iş görmeyi üstlendiği bir akittir” (Edvar HAŞVE, *Şerhu Kanunü'l Amel'il Muvahhid*, Suriye 1967, s. 52; Salahuddin en-NAHHAS, *Mebâdiu Esâsiyye fi Şerhi Akdi'l-Amel ve Kânûni'l-Amel'il-Muvahhad*, Dimaşk 1969, s. 90-96).

Irak Medeni Kanunu'nda ise (m.900/I) hizmet akdi, “hizmet akdi, öyle bir akittir ki, onunla taraflardan biri çalışmasını diğerinin idaresi ve nezareti altında ona tahsis eder. Diğer taraf da ona ücret vermeyi üstlenir. Bu durumdaki işçi de, ecîr-i hâs olur” şeklinde tanımlanmıştır (NAHHAS, s. 48). Görüldüğü üzere, bu tanım önceki hukukumuzda benimsenen tanıma paraleldir.

⁵⁰ BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

1. İşçi

Hem hizmet akdinin tarafı hem de akit konusu işi yapacak şahıs olması yönüyle, akdin en önemli unsuru “işçi”dir. Kaynaklarda genellikle “ecîr” ve bazen “âmil”, “sâni”, şeklinde ifade edilen işçi, “ücretle iş gören kimse”dir⁵¹.

Mecelle’de işçi, “kendini kiraya veren kimse” (m. 413) olarak tanımlanmıştır. Mürşidü’l-Hayran’da ise, “ecîr (işçi), iki kısımdır, özel işçi (ecîr-i hâs) ve serbest işçi (ecîr-i müşterek)” (m. 587) denilmekte ama işçinin tanımı verilmeden kısımlara ayırıp onların tanımı yapılmaktadır⁵². Mecelle’nin tanımı, icâre akdi sistematığı içinde düşünülürse yerindedir. Çünkü, ücret karşılığı başkasına iş gören işçi, bir bakıma evinin kullanımını kiracıya bırakan kiralayan gibidir. İşçi, ücret karşılığı çalışmasını (menfaat) işverenin emrine tahsis etmektedir⁵³.

Yukarıda söz edilen ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek’in tanımlarını yapmadan önce, buna “belirli bir süre üzerine kurulan hizmet akdi” ve “belirli bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi” ayırımının neden olduğunu belirtmekte yarar vardır⁵⁴. Tabiidir ki yapılan bu ayırım, aynı zamanda onların işçiyi “ecîr-i hâs” ve ecîr-i müşterek” şeklinde ikili bir ayırım içinde incelemelerine paraleldir.

a. Ecîr-i Hâs

Bağımlı işçi⁵⁵ olarak isimlendirdiğimiz ecîr-i hâs Mecelle’de, “yalnız müstecire işlemek üzere tutulan ecîrdir; aylıklı hizmetkâr gibi” (m. 422) sözcükleriyle tanımlanmış; Mürşidü’l-Hayran’da ise, daha açık bir ifade tarzıyla kaleme alınmıştır⁵⁶: “Ecîr-i hâs, bir veya daha fazla işveren hesabına süreli olarak çalışan, başka bir iş yapmama ve belirtilen süre içinde sadece

51 Ali ABDURRASUL, *el-Mebâdi’ül-İktisâdiyye fi’l- İslâm*, Kahire 1968, s. 8; Ahmed TABAKOĞLU, “İslâm Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslâm’da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s.85; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

52 AKGÜNDÜZ, *Mürşidü’l-Hayran*, s.120.

53 ALİ HAYDAR, s. 682; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

54 Bu hususta geniş bilgi için bkz. Murat ŞEN, *İslam Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1994, s. 41-48; TURAN, s. 127.

55 Ecîr-i hâs’a, özel işçi denildiği gibi, bağımlı ücretli de denilmektedir. Fakat işverence kişisel bağımlılık içinde bulunması yani işverenin emir ve talimatlarına uygun biçimde ve onun gözetim ve denetimi altında işini gördüğünden dolayı “bağımlı işçi” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

56 AKGÜNDÜZ, *Mürşidü’l-Hayran*, s. 120.

işverene ait işleri yapma şartı bulunan işçidir. Özel işçi, işe hazır olduğu takdirde çalışmasa da ücretine hak kazanır; aylıklı hizmetkâr gibi” (m. 588).

Mecelle’deki ve Mürşidü’l-Hayran’daki ifadelerden anlaşıldığına göre, işçinin belirli bir süre çalışmasını konu alan hizmet akdinde işçiye, “ecîr-i hâs” (özel işçi, bağımlı işçi) denir ve işçi akitte belirlenen süre içerisinde emeğini işverenin emrine tahsis eder, başkası için çalışmaz⁵⁷. Bu düşünceden hareketle ecîr-i hâs, “yalnız bir gerçek veya tüzel kişiye⁵⁸ çalışan kimse” olarak tanımlanabilir. Yapılan hizmetin özel veya kamu hizmeti niteliğinde olması da sonucu etkilemez⁵⁹. Dolayısıyla, bir akitle ve ücret karşılığı çalışan, fabrika, inşaat, tarım gibi işyerlerindeki işçilerle, memurlar bu gruba girer⁶⁰. Sadece bir kişiye ait koyunları güden çoban da, başkasının aracını kullanan şoför de bu statüde kabul edilerek ecîr-i hâs olarak nitelendirilir⁶¹.

İşverenin tüzel kişi veya birden fazla olması, iş kapsamı bir akit ile sınırlandırıldığı için sonucu değiştirmez. Örneğin, bir köy halkı, öğretmen, imam, müezzin ve köy çobanı ile hizmet akdi yapsa, bunlar da, belirli işleri yapmakla yükümlü tutuldukları için, “özel işçi” sayılır⁶². Din görevlileri Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre, İslâm’ın çıkışından; Hanefi hukukçulara göre ise Miladî 13. yüzyıldan itibaren emeğini ücret karşılığı kiralayan başka bir ifadeyle, hizmet akdine göre çalışan sınıf içinde yer almıştır⁶³.

Mürşidü’l-Hayran m. 589, “özel işçi, hizmet akdi süresince işverenin dışında kimseye çalışamaz. Başkasına çalışırsa, çalıştığı kadar ücretinden tenkis edilir. Farz namazlar dışında başka bir şeyle de meşgul olmaması gerekir;

57 Mecelle m. 422; ALİ HAYDAR, s. 692; BİLMEN, s. 161; CEZİRİ, s. 1763; BARDAKOĞLU, Hizmet Akdi, s. 49; TURAN, s. 150; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256; TABAKOĞLU, s. 85.

58 İslam Hukuku’nda tüzel kişilik için bkz. Süleyman AKDEMİR, **Toplu Tenkitler, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi İşveren Münasebetleri**, İstanbul 1990, s. 305-310; Hüseyin HATEMİ, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, C.I, İstanbul 1979, s. 35-53.

59 Hamdi DÖNDÜREN, **Delilleriyle Ticâret ve İktisat İlmihali**, İstanbul 1993, s. 454; DÖNDÜREN, **İşçi-İşveren**, s. 371; TABAKOĞLU, s. 85; BİLMEN, s. 161; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256. Mecelle m. 423, “Ecîr-i hâs’ın müsteciri bir şahıs olduğu gibi şahs-ı vâhid hükmünde olan müteaddit şahıslar dahi olabilir” hükmüyle, işverenin gerçek veya tüzel kişi olması durumunu düzenlemiştir.

60 ESEN, s. 24.

61 ALİ HAYDAR, s. 696.

62 ALİ HAYDAR, s. 697; DÖNDÜREN, **İşçi-İşveren**, s. 371.

63 Mecelle m. 423, 570; BARDAKOĞLU, **İcâre**, s. 197-209; ALİ HAYDAR, s. 919, 920.

hatta nafile namaz da kılamaz”⁶⁴ diyerek işverenin, akit süresince işçinin işgücünden yararlanma hakkı olduğunu belirtmiştir. İzinsiz olarak başkasının işinde çalışır ve bu nedenle de kendi işverenin işi eksik kalırsa, bu eksikliği işvereni dikkate alarak ücretinden düşer⁶⁵.

Yukarıdaki açıklamalara göre, İslâm Hukuku’nda bağımlı işçi (ecîr-i hâs) tanımına, öncelikle, bedeni faaliyeti zihni faaliyetine üstün olan vasıflı, yarı-vasıflı ve vasıfsız işçiler, sonra, fikri çalışması daha ağırlıklı olanlar ve nihayet, devlet memurları dahildir. Ancak, devlet memurlarının hukuki statüleri ve ücretleri daha çok idare hukukunu ilgilendiren eserlerde ele alınmış⁶⁶, diğer işçilerin durumları ise, fıkıh kitaplarının “icâre” bahislerinde değerlendirilmiştir.

Görüldüğü üzere, önceki hukukumuzdaki bağımlı işçi, bugünkü iş hukukumuzdaki işçi kavramı ile özdeşdir. Zira günümüz iş hukukundaki işçi kavramının temel nitelikleri ile bağımlı işçi arasında tam uyum denilebilecek bir benzerlik bulunmaktadır. İş, ücret ve işverene hukuki bağımlılık unsurları, ecîr-i hâs kavramında da, diğer bir ifadeyle işverenle işçinin oluşturdukları hizmet akdinde de mevcuttur⁶⁷. Günümüzde ise devlet memurları, hukuki statüleri itibarıyla işçi değildirler; bunların devletle aralarında kamu hukuku ilişkisi söz konusudur ve idare ile aralarındaki hukukî ilişki, yasama organı tarafından, hizmetin gereklerine uygun olarak düzenlenmektedir. Bugünkü anlayışa göre, idare ile memur arasındaki ilişki, yasal bir durum olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Devlet memurları, ücretle iş gördükleri için, önceki hukukumuzda işçi kavramı içinde değerlendirilmektedir.

b. Ecîr-i Müsterek

Bağımsız işçi⁶⁹ olarak isimlendirdiğimiz ecîr-i müsterek ise Mecelle’de, “müstecirden başkasına işlememek şartıyla mukayyet olmayan ecîrdir” (m.

⁶⁴ AKGÜNDÜZ, Mürşidü’l-Hayran, s. 120; KESKİOĞLU, s. 186; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455.

⁶⁵ DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 372.

⁶⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için Maverdi’nin “Ahkam’üs-Sultaniyye” isimli kitabına bakılabilir.

⁶⁷ Aynı görüş için bkz. Tahsin SINAV, “İş Hukuku ve Temel Kavramlar”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, I.B., İstanbul 1990, s. 27; TABAKOĞLU, s. 85.

⁶⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Tekin AKILLIOĞLU, Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6.B., Ankara 1993, s. 153 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 47-48.

⁶⁹ Ecîr-i müsterek’e, ortak işçi, serbest işçi denildiği gibi bağımsız ücretli de denilmektedir. Biz, bağımlı işçi karşılığı olarak, işverene hukuki bir bağımlılığının olmaması yani onun

422/II) şeklinde tanımlanmıştır. Mürşidü'l-Hayran ise daha açık bir ifadeyle, “ecîr-i müşterek, belli bir işverene yahut işveren topluluğuna bağlı olmadan çalışan yahut belli bir şahıs yahut topluluk adına süre kaydı olmaksızın veya süre kaydı bulunup da başkası adına çalışmama şartı bulunmaksızın çalışan işçidir” (m. 590/I) şeklinde tanımlamıştır⁷⁰.

Buna göre, işverenden başkasına çalışmaması için kayıt konulmayan veya süre belirtilmeden yalnız belli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akdinde işçiye, ecîr-i müşterek (bağımsız işçi) denir⁷¹. Bağımsız işçi olarak nitelenebilecek olanlar, belirli gerçek veya tüzel kişiye değil de, herkese iş yapan boyacı, terzi, marangoz gibi zanaatkârlar, doktor, avukat, muhasebeci gibi serbest meslek sahipleridirler⁷². Bunlar, işi yapmadıkça ücrete hak kazanamazlar⁷³.

Ecîr-i müşterek (bağımsız işçi), bir kimsenin işini yaparken diğerinin işini de alıp yapabilir. Mesela, yalnız bir fabrikanın muhasebe işlerini yapmak üzere hizmet akdi yapılan kimse “ecîr-i hâs (bağımlı işçi)” sayılırken, bu muhasebeci ücret karşılığında başkalarının muhasebe işlerini de yürütebiliyorsa, “ecîr-i müşterek (bağımsız işçi)” kabul edilir. Akitte herkese iş yapabileceği belirtilince, piyasadan başka iş almasa bile, “ecîr-i müşterek (bağımsız işçi)” sayılır. Çünkü istediği takdirde, iş alması mümkündür⁷⁴.

Görüldüğü üzere, ecîr-i müşterek çalıştırılmasında, işçi ile işveren arasında bir bağımlılık unsuru söz konusu değildir. Başka bir deyişle, işçi işverenden işin yapılması hususunda emir ve talimat almamakta tamamıyla bağımsız olarak hareket etmektedir.

Teknolojik gelişmelerle birlikte, hizmet akdinde katı bir şekilde bağımlılık unsuru uygulamasından, önceki hukukumuzdaki uygulamaya yaklaşıldığı görülmektedir. Buna göre, işçinin işi görmesindeki bağımlılık unsuru, yer ve zaman itibarıyla daralmaktadır. Örneğin Almanya’da bağımlı hizmet akdi

emir ve talimatları ile bağlı bulunmaması sebebiyle “bağımsız işçi” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

⁷⁰ ZUHAYLÎ, s. 241; AKGÜNDÜZ, Mürşidü'l-Hayran, s. 120.

⁷¹ ALÎ HAYDAR, s. 688; CEZİRÎ, s. 1762; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256; ARMAĞAN, s. 187.

⁷² SINAV, s. 28; BİLMEN, s. 238; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455; TABAKOĞLU, s. 85.

⁷³ Mecelle m. 424; Mürşidü'l-Hayran m. 590/II; BİLMEN, s. 161; ALÎ HAYDAR, s. 693, 694; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 372.

⁷⁴ ALÎ HAYDAR, s. 693, 694; FETAVAYİ HİNDIYYE, C. X, s. 72-73.

yanında, mesleki açıdan güçlü bağımlılık ilişkisi olmayanlar için, bağımsız hizmet akdi kavramı iş hukukuna girmiştir⁷⁵.

Şu halde denilebilir ki, önceki hukukumuz işçi kavramını, bugünkü hukukumuzdan daha geniş tutmuştur⁷⁶. Bugün ülkemiz uygulamasında, memurlar, zanaatkârlar ve serbest meslek sahipleri işçi sayılmamakta, her biri ayrı bir düzenleme (kamu hukuku ilişkisi veya özel hukuk ilişkisi) ile farklı niteliklerde yer almaktadırlar⁷⁷.

c. İşçi Niteliğinin Tespiti

Günümüz iş hukukunun en önde gelen sorunlarından biri, işçi niteliğini tespit etmek suretiyle, kimlerin işçi statüsüne girdiğinin belirlenmesidir. Bu sadece Türk İş Hukuku'nda değil, birçok Batı ülkesinde de sorunlar ortaya çıkarmıştır⁷⁸. Günümüz İslâm ülkelerinde de, işçi niteliğini tespitinde Batı ve Türk Hukuku'ndakine benzer gelişme ve tartışmalar olmuştur. Nitekim 279 sayılı ve 1946 tarihli Suriye eski İş Kanununun 2. maddesinde işçi niteliğini tespitinde hizmet akdi esas alınmışken, halen yürürlükteki 1959 tarih ve 91 sayılı Birleşik İş Kanunu m.2 ve Suûdi Arabistan İş Kanunu m.7, işçiyi, "ücret karşılığı işverenin işinde, onun idare ve denetimi altında çalışan kimse" olarak tanımlayıp bağımlılık unsuruna ağırlık vermiştir⁷⁹. Bu tespite rağmen, kimlerin işçi sayılacağı tartışması kesilmiş olmayıp, mesela Suriye'de, çıkarılan çeşitli kanun ve kararlarla devlet ve kamu kurumları işçi ve hizmetli-

⁷⁵ Münir EKONOMİ, *Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Orhim-Görüşler-2, (Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemi), İstanbul 1986, s. 177 vd.; CENTEL, s. 59, 82.

⁷⁶ ABDURRASUL, s. 8-9.

⁷⁷ SINAV, s. 28; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455.

⁷⁸ Cumhuriyet sonrası Türk Hukuku'nda, işçi niteliğini belirlemede "hizmet akdi" kıstası kabul edilerek, halen yürürlükte bulunan 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu m.1/1, "bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir" tanımını benimsemiştir. İşçi niteliğini tespit yönünden İş Kanunu yansınra diğer kanunlar da hizmet akdini esas ve ölçü almakla birlikte farklı hükümler getirmişlerdir. Bkz. ESENER, s. 41, 66-69. Bu kıstas, işçi-hizmetli ayırımına son vererek tartışmayı bir alanda sona erdirmiş olmakla birlikte işçi-memur ayırımı üzerindeki tartışmaları yoğunlaştırmıştır. Bütün ihtilaflara rağmen İş Kanununun işçi niteliğini tespitinde şu üç unsur esas aldığı söylenebilir, 1- Hizmet akdine göre çalışma, 2-Bir işte çalışma, 3-Ücret karşılığı çalışma. Bu unsurlar kanunun işçi tanımından çıkmakta olup doktrinde "bağımlılık" unsuruna da yer verilmektedir.

⁷⁹ Bkz. HAŞVE, s.26; NAHHAS, s. 62 vd.; Nizâm'ül-Ameli ve'l-Ummâl, 3.B., Riyad 1978, s. 11.

leri, kapıcılar, memurlar, kısa süreli işçiler, işverenin aile fertleri ve gemi personelinin durumları açıklığa kavuşturulmak istenmiştir⁸⁰.

İşçi niteliğini tespitte, işin niteliğini ölçü almanın yanlışlığı günümüz hukukçularınca da kabul edilmiş gözükmektedir. Önceki hukukumuzun işçi anlayışı hizmet akdini ve bağımlılığı da kıstas almayı mümkün kılmamaktadır. Çünkü akitsiz yapılan işlerde ve işçi-işveren bağımlılığının olmadığı “bir işin görülmesi üzerine” kurulan hizmet akdinde, işçi niteliği yine mevcuttur. Bu ölçülerin kabul edilmemesinin belki de en büyük sebebi, önceki hukukumuzda işçi tanımının günümüze göre daha kapsamlı düşünülmesidir⁸¹.

Sonuç olarak denilebilir ki, önceki hukukumuzda işçi niteliğini tespitte, “ücretle iş görme” unsuru kıstas alınmıştır. Buna göre; gerek belirli bir süre hizmeti söz konusu olan kamu görevlileri (memurlar) veya hizmetli ve işçiler, gerek belli bir işi işverenin verdiği malzemeyle görmesi istenen esnaf ve zanaatkârlar ve gerekse iş görmekte olan avukat, doktor gibi serbest meslek sahipleri işçi statüsünde kabul edilir⁸².

Toplumda değişik yetkilerle ayrı ayrı fonksiyonları olan ve hepsi de ücret karşılığı iş gören kişilerin tek bir statüde toplanmasının, günümüzde şikayet edilen birçok problem ve tartışmalara da son vermesi itibariyle, büyük önemi vardır. Ayrıca hukukçular, işçileri ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek şeklinde iki ana gruba ayırarak akdin işleyişi, tarafların görev ve sorumlulukları yönünden her grup için farklı, hatta özel meslek grupları için istisnâî hükümler koymuşlardır. Böylece, eşit durumda olanlara eşit işlem yapılarak, doğabilecek mahzurlar âdil bir çözüme kavuşturulmuştur.

2. İşveren

Hizmet akdi, bir tarafta işçinin, diğer tarafta da işverenin yer aldığı bir akittir. İşveren karşılığı olarak önceki hukukumuzda, “müstecir” (işçi çalıştıran) veya “sâhibül-amel” (iş sahibi) gibi ifadeler kullanılmıştır⁸³.

Mecelle 404. maddesinde, isticarı, kira ile tutmak olarak açıklarken, maddenin başında kirayı da, bedel-i menfaat yani ücret olarak tanımlamaktadır. 410. maddesinde ise, müstecirin, isticar eden kimse olduğunu belirttiğine göre, daha geniş olarak, işverenin “ücret karşılığı işçi çalıştıran kimse” olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Şu halde, başkasını bir ücret karşılığı çalış-

⁸⁰ Daha geniş bilgi için bkz. NAHHAS, s. 62-70; HAŞVE, s. 32-33.

⁸¹ ABDURRASUL, s. 8-9.

⁸² BARDAKOĞLU, İcâre, s. 163-164; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 371.

⁸³ BİLMEN, s. 157; ŞERİF, s. 63; ALİ HAYDAR, s. 681; SINAV, s. 35; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 370.

tiran kimseye “işveren” denir. Bu, gerçek kişi olabileceği gibi, devlet, vakıf, şirket gibi tüzel kişi de olabilir⁸⁴.

II. UNSURLARI

Yukarıda tanımını verdiğimiz hizmet akdi; kural olarak, iş, ücret ve bağımlılık unsurlarından meydana gelmektedir.

A. İş (Çalışma) Unsuru

Hizmet akdinin konusu, işçinin çalışması olup, bu da kendini, herhangi bir işin yapılması şeklinde gösterir. Önceki hukukumuzda emek (çalışma), başlı başına ekonomik bir değerdir. Hizmet akdi açısından emek, akdın konusu olup bu da işçinin belirli bir süre çalışması veya belirli bir işi görmesi şeklinde ortaya çıkar. Hizmet akdinin belki de en önemli unsuru, işte bu akit konusu olan menfaat, yani işçinin çalışmasından elde edilen yarardır⁸⁵.

Hukukçular, işçinin, işverenin emir ve yararına tahsis edeceği emeğini hizmet akdinin konusu olarak tanımlayıp, akdın geçerliliği için bu emeğin mahiyeti ile ilgili olarak bir takım şartlar ileri sürmüşlerdir. Bilindiği gibi, akitlerin kuruluşunda en önemli husus, akitlerde açıklık ve netliktir. Başka bir deyişle, tarafların ne üzerinde anlaşacaklarını bilmeleri, bilerek ve farkında olarak borç altına girmeleri, akitlerin kuruluşundaki en önemli hususlardır. Bu sebeple hizmet akdinde, işçinin işverenin emrine tahsis edeceği emeğinin, iki tarafça da bilinir olması, hizmet akdinin emekle (çalışmayla) ilgili ilk sıhhat şartıdır⁸⁶. İşçinin emeğinin bilinirliği ise, ya işçinin belli bir işi görmesi, ya da belli bir süre çalışması şeklinde gerçekleşir.

İşçinin çalışmasını değerlendirmenin en başta gelen ölçüsü, şüphesiz ki zaman ölçüsüdür. Zaman dilimi, elde edilecek menfaatin belirli olmasını sağlayacağından, tarafların anlaşmasını da mümkün kılar. Alışverişte satılan mal için ölçü ve tartı ne ise, çalışma süresinin belirlenmesi de, akitten beklenen menfaat (yarar) için odur. Bu sebeple çalışma süresinin önceden tespiti,

84 Türk İş Kanunu m. 1’de yer alan, işverenin “işçi çalıştıran tüzel veya gerçek kişi” olduğu tanımı önceki hukukumuzdaki düzenlemeye paralel bir tanımdır. Suûdi Arabistan İş Kanunu m.7/VIII, “işveren, ücret karşılığı işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye denir” diyerek işvereni tanımlamaktadır.

85 Mecelle m. 420; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256.

86 Kadı Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid İBN RÜŞD, *Bidâyetü’l Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid (Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Hukuku)*, C.III, Terc. Ahmed Meylânî, İstanbul 1991, s. 318; Hayreddin KARAMAN, *İslâm’da İşçi-İşveren Münasebetleri*, İstanbul 1981, s. 40; Celâl YENİÇERİ, *İslâm İktisadının Esasları*, İstanbul 1980, s.117; BİLMEN, s. 171; CEZİRİ, s. 1711-1712; KARAMAN, *Anahatlarıyla*, s. 77-78, 87.

hizmet akdinin sıhhati için şart kılınmış olup, bu konuda doktrinde görüş birliği söz konusudur⁸⁷. Akdin süre üzerine kurulması genellikle ecîr-i hâs çalıştırılmasında söz konusu olur.

İşçinin emeğini değerlendirmenin ikinci yolu ise, yapılacak işin önceden belirlenmesidir. Çünkü bu, netice itibariyle işçiden elde edilecek menfaatin bilinirliği demektir⁸⁸. Bununla birlikte bir işin görülmesini konu alan hizmet akdinde, sürenin de tespit edilmesi söz konusu olabileceği gibi, işçinin belli bir süre çalışmasını konu alan hizmet akdinde de görülecek işin belirlenmesi gerekebilir. Fakat bu durumlar, akdin kuruluşundan daha çok, işçinin yükümlülüğünün ve çalışma şartlarının bilinmesi açısından önem taşır.

Ecîr-i hâs çalıştırılmasında, çalışma süresinin bilinmesi yanında, akit konusu işin ifasının mümkün olması, işçinin gücü ve kontrolü altında bulunması, meşrû yani hukuken mümkün olması da emekle ilgili önemli şartlardır⁸⁹. Bu sebeple, ustanın bir sanatı, öğretmenin bir ilmi öğretmesini hizmet akdine konu yapmak uygun görülmediği gibi, alacağın tahsili, husûmet ve davanın kazanılması üzerine hizmet akdi yapılması da aynı şekilde değerlendirilmiştir. Çünkü bu tür akitlerde söz konusu işin tamamlanması, tam olarak işçinin gücü ve kontrolü altında değildir. Çünkü ayrıca, çırak ve öğrencinin öğrenmesi, borçlunun ödemesi ve hâkimin de lehte kararı gibi sonuçlar da gereklidir. Bunlar ise, işçinin gücü dahilinde değildir. Aynı şekilde, doktorla, hastayı iyileştirmek üzere hizmet akdi yapılması da bu sebeple uygun görülmemiştir⁹⁰. Bu sebeple bu tür akitler, maksadın gerçekleşmesi üzerine değil, ya mücerret ifa ya da süre üzerine kurulmalıdır⁹¹. Verilen bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Fakat bu şart ile asıl güdülen gaye, hizmet akdinin, ifası muhtemel olan işler üzerine kurulması önlenerek, tarafların özellikle işçinin korunmasıdır. Aldatma veya aldanmaya yol açabilen, tarafları beklenmedik bir zararla karşı karşıya bırakabilecek veya ileride anlaşmazlık doğurabilecek olan her türlü kapalılık, risk, hile ve bilinmezlik hizmet akdinin hukuken sağlıklı bir şekilde kurulmasına engeldir. Ayrıca, hukuken ya-

⁸⁷ İBN RÜŞD, s. 318 vd.

⁸⁸ Alaaddin Ebû Bekr el-KÂSÂNÎ, *Bedâiy'üs-Sanâyi fi Tertibi's-Şerâif*, C. IV, Beyrut 1974, s. 184.

⁸⁹ Mecelle m. 457; SERAHSÎ, C.XV, s. 115; el-KÂSÂNÎ, C. IV, s. 187; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi*, s. 65.

⁹⁰ BİLMEN, s. 216-217; BARDAKOĞLU, *İşçi-İşveren*, s. 204.

⁹¹ KARAMAN, *Ana hatlarıyla*, s. 154.

sak olan⁹², başka bir ifadeyle dinen haram sayılan fiillerin ifasını konu alan hizmet akdi de geçerli değildir⁹³.

B. Ücret

İşveren açısından hizmet akdinin en başta gelen gayesi işçinin emeği olduğu gibi, işçi açısından da akdin en önemli unsuru, çalışması karşılığı alacağı ücrettir. Sözlükte, “amelin mukabili olan ivaz” anlamına gelen ücret, hukuk dilinde de aynı anlamda olarak “bir işçiye çalışması karşılığı verilen ivaz” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁴. Hukukçular, öteden beri hizmet akdinin ücret unsuru üzerinde durmuşlar, tarafların mağduriyetini önlemek için ücretle ilgili şart ve hükümleri ayrıntılarıyla tespit etmeye çalışmışlardır.

Doktrinindeki görüş birliğine göre, alış verişte bedel olabilecek her şey, hizmet akdinde ücret olabilir⁹⁵. Bunun yanısıra, satış bedeline uygulanan hükümlerin, emeğin bedeli olan işçi ücretlerine de uygulanacağı doktrinindeki çoğunluk tarafından mümkün görülmektedir⁹⁶. Ayrıca, menfaatlerin de ücret olabileceği belirtilmiştir⁹⁷.

Bir malın ücret olabilmesi için, iki şart aranır. Birincisi; hukuken muteber bir mal olmasıdır⁹⁸. Bu açıdan, ücretin hem mal sayılması hem de kendisinden faydalanmanın, hukuken helal ve serbest olması gerekir. Böyle olunca şarap ve domuz gibi, hukukî tabiriyle gayri mütekavvim mallar⁹⁹,

⁹² Bugünkü hukukumuzda da iş gören kişinin işçi sayılabilmesi için, yapılan işin niteliği önemli değildir. Akit ile belirlenen işin bedeni veya fikri olması sonucu değiştirmez. Ancak akit konusunun kamu düzenine, mevzuatın emredici hükümlerine, ahlak ve âdaba, şahsiyet haklarına aykırı olmaması gerekir. (TBK.m.19, 20).

⁹³ SERAHSÎ, C.XVI, s. 38; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 87-89.

⁹⁴ *Türk Hukuk Lügati*, 3. B., Ankara 1991, s. 350; Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1985, s. 758; Muhammed Enis UBADE, *Akdü'l-Bey'i ve'l-İcâre fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, byy, ts, s. 52, 59; ALİ HAYDAR, s. 675.

⁹⁵ Mecelle m. 463, 464; BİLMEN, s. 183; ZUHAYLÎ, s. 238; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi*, s. 65.

⁹⁶ DÖNDÜREN, *İşçi-İşveren*, s. 377.

⁹⁷ Mecelle m. 463; BİLMEN, s. 183; CEZİRÎ, s. 1708 vd.

⁹⁸ İmam GAZALÎ, *İhyâu Ulûmiddin*, C.II, Terc. Ahmet Serdaroğlu, İstanbul 1987, s.184; Ebu Musa Muhammed b. İsa b. es-SEVRE, *Sünen-i Tirmizi Tercemesi*, MütERCİM: Osman Zeki Mollamehmetoğlu, C.II, İstanbul ts., s.418-419; CEZİRÎ, s. 1717, 1722-1723.

⁹⁹ Mecelle m. 127, “mal-i mütekavvim, iki manaya istimal olunur. Biri intifai mubah olan şeydir. Diğer mal-i mührez demektir” diyerek hukuken kullanılması serbest ve mümkün olan mala mütekavvim mal denildiğini belirtmiştir. Gayri mütekavvim mal ise, kullanılması hukuken mümkün olmayan veya yasaklanmış olan mala denir.

hizmet akdinde ücret olarak kararlaştırılmazlar. İkincisi ise; ücretin belirlenmiş veya bilinir olmasıdır¹⁰⁰. Bu husus hizmet akdi kadar, tarafların hak ve sorumluluklarını da yakından ilgilendirir. Çünkü taraflar arasında ihtilaflar, muhtemel haksızlık ve mağduriyetler, genelde ödenecek ücretin başlangıçta etraflıca ve açıkça tespit edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Önemli olan ihtilafı çözmek değil, anlaşmazlığa düşmeyi önceden önlemektir. Hukukçuların kaynaklarda yer alan, konuyla ilgili uzun uzun tartışmaları hep bu maksadın gerçekleşmesini hedef almıştır.

Ücret para olarak tespit edilebileceği gibi, menfaat veya ayn (eşya) olarak da¹⁰¹ kararlaştırılabilir¹⁰². Bazı hukukçular, yeme ve içmenin ücret veya ücretin bir parçası olarak kararlaştırılmasını, ücretin bilinmezliğine yol açacağı endişesiyle kabul etmemişlerdir¹⁰³. Çünkü bu durumda işçinin mağdur olması mümkün ve muhtemeldir. Fakat yeme ve içmenin, işçi ücretine dahil edilmesi yönünde örfün bulunması ve yeme içmenin ana hatlarıyla önceden bilenebilmesi durumlarında bunda bir mahzur olmayacağı, akdin geçerli olacağı belirtilmiştir¹⁰⁴.

Ücretin, üretimden veya kârdan bir hisse şeklinde tayini uygun görülmezken de¹⁰⁵ yine tarafları beklenmedik zarar ve mağduriyetlerden koruma gayesi söz konusudur. Bunun sonucu olarak, örneğin, dokumacıyla dokuyacağı yarısı karşılığı kumaş dokuması için hizmet akdi yapmak, etten bir kısmını vermek üzere hayvan kesmek için kasapla hizmet akdi yapmak, kalkacak mahsulün belli bir oranı karşılığı tarlada çalışması için işçi ile hizmet akdi yapmak uygun görülmemiştir.

Ücretin tespiti konusundaki bu sınırlamalar, konuya dair hadislerdeki mevcut yasağa dayanır. Zira Hz. Peygamber, “çıkacak undan bir kısmı karşılığı buğday öğütmeden ve çiftleşmek üzere boğa kiralanmasından” Müslümanları yasaklamıştır¹⁰⁶. Ücretin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan bir takım sonuçların gerçekleşmesine bağlanması, her şeyden önce

¹⁰⁰ İBN RÜŞD, C.III, s. 318; YENİÇERİ, s. 118.

¹⁰¹ Ali ŞAFAK, “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, İslâm'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 117; BİLMEN, s. 183; TUSİ, s. 443.

¹⁰² Bugünkü hukukumuzda, ücret para şeklinde (nakdi) bir karşılık olabileceği gibi, mal şeklinde (ayni) de olabilir. Ancak, asıl ücretin mutlaka para şeklinde ödemesi gerekir (İş K.m.26/1). Sosyal ücret denilen asıl ücret dışında kalan çıkarlar için mal olarak ödeme yapılabilir. Bkz. SÜMER, s. 34, 62; CENTEL, s. 146-147.

¹⁰³ SERAHSÎ, C.XVI, s. 34; İBN RÜŞD, C.III, s.318; SEVRE, s.416-417.

¹⁰⁴ İBN ÂBİDİN, s.47.

¹⁰⁵ SERAHSÎ, C.XV, s. 89; BİLMEN, s. 215; CEZİRÎ, s. 1741; SEVRE, s. 385-386.

¹⁰⁶ SEVRE, s.385-386; BARDAKOĞLU, İşçi-İşveren, s. 199.

işçiyi mağdur edecektir. Bilhassa bu tür ücretlerin, asıl ücret sayılmasında mahzur daha da artmaktadır. Bu konuda en isabetli gözükten usul, ücretin bilinmezliğinin veya ödenmeme tehlikesinin söz konusu olduğu ödeme tarzlarına imkan vermemek, ücretin tahakkukunda bilinirliği ve açıklığı yeteri ölçüde sağlayacak usul ve ölçüleri esas almak olacaktır. Buna göre, ücretin yapılan işten üçte bir, onda bir gibi bir hisse olarak tespiti uygun olmadığı gibi; yine yapılan işten belirli bir miktar olarak tespiti de uygun görülmemiştir¹⁰⁷.

Hanefi fikhındaki çoğunluk görüşü ve Şafii fikhına göre, beldelerin örfüne dayanarak, bir yükün taşınan malın bir kısmı karşılığı taşınması, dokumacının dokuyacağı kumaşın bir kısmı karşılığı çalıştırılması istishanen¹⁰⁸ hukuka uygun görülmüştür¹⁰⁹. Maliki fikhına göre ise, kural olarak, üretim ve kazançtan hisse karşılığı yapılan hizmet akdi hukuka uygun görülmez¹¹⁰ ancak aldanma tehlikesinin olmadığı ve ücretin yaklaşık olarak tahmin edilebildiği durumlar bunun istisnasıdır¹¹¹. Hanbeli fikhına göre ise, ücretin ana hatlarıyla bilindiği ve bilinmeyen kısmın da anlaşmazlığa ve aldanmaya sebep olmayacak derecede önemsiz olduğu durumlarda, bu tür hizmet akdi geçerlidir. Nitekim Ahmed b. Hanbel, meyveleri mesela 1/6 sı karşılığı toplamaları için işçi ile hizmet akdi yapmayı uygun görmüş ve bu durumda işçinin işi görerek bilgi sahibi olduğunu, bir şeyin tamamını bilen, o şeyin şâyî cüzünü de tahmin edebileceğini ifade etmiştir¹¹².

Sonuç olarak denilebilir ki, ücretin büyük ölçüde bilinmezliğini gerektiren, elde edilmesini başka şartların gerçekleşmesine, daha doğrusu ihtimale bağlayan ve çoğu defa tarafların anlaşmazlığa ve mağduriyete düşmesine sebep olabilen hisse şeklindeki ücret, hukukçuların çoğu tarafından uygun görülmemiştir. Aralarındaki görüş ayrılıkları da, taraflar arasında bir aldan-

¹⁰⁷ BİLMEN, s. 215-217.

¹⁰⁸ İslâm Hukuku'nun tâlî kaynaklarından biri olan istihsân, hukuki bir mesele hakkında, haklı bir gerekçeye dayanarak, benzerlerine uygulanan genel hüküm yerine istisnâî bir hükmün uygulanmasıdır (CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s. 154-155; M. Akif AYDIN, s. 39).

¹⁰⁹ SERAHSÎ, C. XV, s. 90; İBN ÂBİDÎN, s. 58-59; BARDAKOĞLU, İşçi-İşveren, s. 200.

¹¹⁰ Bugünkü hukukumuzda da "kârdan pay alma"nın asıl ücret olarak tespiti mümkün değildir. Çünkü işletmenin belirlenen dönem sonunda kâr edeceği konusunda kesinlik yoktur. Bu nedenle kârdan pay alma ancak bir ücret eki olarak kararlaştırılabilir. Bkz. Seza REİSOĞLU, *Hizmet Akdi Mahiyeti- Unsurları- Hükümleri*, Ankara 1968, s. 48-49; SÜMER, s. 63-64.

¹¹¹ Enes b. MALİK, *el-Muvatta*, C.II, Mısır 1951, s. 100.

¹¹² Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed İBN KUDAME, *el-Muğni*, C.V, Mısır 1969, s. 328.

manın olmasını engelleme gayretinden doğmaktadır. Hukukçuların uygun gördüğü durumlar ise, genellikle ücretin bilinmezliğinin ve dolayısıyla aldanmanın bulunmadığı durumlardır.

C. Bağımlılık

Hizmet akdinde bağımlılık unsuru, işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesi anlamına gelir. Bir diğer ifadeyle, işçinin, işverenin yönetim ve gözetimi altında onun emir ve talimatlarına uyararak ve hatta onun cezalandırma yetkisini de kabul etmek suretiyle iş görmesidir¹¹³. Bağımlılık unsurunun temeli, işçinin işletmenin ekonomik riskini üzerine almamasıdır¹¹⁴.

Bilindiği gibi önceki hukukumuzda hizmet akdi, işçinin çalışması üzerine kurulduğundan gerek işçinin belirli bir süre içinde çalışması, gerekse süre kaydı olmaksızın belli bir işi görmesi, hizmet akdinin konusunu meydana getirmektedir. Her iki tür hizmet akdi tanımında ortak olarak, iş ve ücret unsurlarına yer verilmiş olmakla birlikte, bağımlılık unsuru ancak belirli bir süre üzerine kurulan hizmet akdinde söz konusu olmaktadır.

Günümüz hukukunda bağımlılık unsuru üzerinde ısrarla durulmakta ve bu unsur hizmet akdini özellikle istisna ve vekâlet akitlerinden ayırıcı bir kriter olarak değerlendirilmektedir¹¹⁵.

Ecîr-i hâs'ın söz konusu olduğu süre üzerine yapılan hizmet akdinde bağımlılık, akdin unsurlarından biridir ve işçi diğer tarafın yönetim ve gözetimi altında, onun emir ve talimatlarına uyararak iş görmektedir. Ancak, ecîr-i müşterek'in söz konusu olduğu, bir işin görülmesi üzerine kurulan hizmet akitleri yalnızca iş ve ücret unsurlarına dayanmakta, bağımlılık unsuru ise söz konusu olmamaktadır. Burada işçinin asıl borcu, akit konusu işi kararlaştırılan tarzda yerine getirmek olduğundan, işverene bağımlılığından söz edilemez. Bu tür hizmet akdi, günümüz hukukundaki istisna ve vekalet akitlerini içine alır. Başka bir ifadeyle, bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi türü, günümüz hukukunda daha çok istisna ve vekalet akdi içinde ele alınmaktadır¹¹⁶.

¹¹³ CENTEL, s. 81-82; SÜMER, s. 34.

¹¹⁴ ESENER, s. 127.

¹¹⁵ Halid Kemal ELBİR, *İş Hukuku*, 9. B., İstanbul 1987, s. 61; CENTEL, s. 82. İşverenin emir ve talimat verme yetkisi vekalet ve istisna akitlerinde de görülebilir. Bu yetki sonucun alınmasına ilişkin olabildiği gibi, başvurulacak vasıtalara ilişkin de olabilir. Burada bağımlılığın teknik karakteri söz konusu olmaktadır. Hizmet akdinin özelliği işçinin işverene iş unsurunun muhteva ve biçimini tayin etme yetkisini terk etmiş olmasıdır. Daha geniş bilgi için bkz. ESENER, s. 127-128.

¹¹⁶ BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 159-160.

SONUÇ

Bu çalışmada, Cumhuriyet öncesi Türk Hukuku dönemindeki hukuki düzenlemeler göz önünde bulundurularak hizmet akdine genel bir bakış yapılmış, akdin tanımı ve unsurlarına yer verilmiş, işçi ve işveren kavramları açıklanmış, bu arada işçi türleri olarak bağımlı ve bağımsız işçi kavramlarına da değinilmiştir.

Görüldüğü üzere, Cumhuriyet öncesi Türk Hukuku'nun kanun tarzındaki ilk düzenlemesi olan Mecelle, hizmet akdine, icare akdi çatısı altında yer vermiştir. Hizmet akdinin icare akdi kapsamında kira akdiyle beraber ele alınmasının ortaya çıkarabileceği sıkıntı, bu konuya özgü "icare-i âdemî" başlığı altında ayrı bir düzenleme getirilerek ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Öncesi hukukumuz hizmet akdini, bugünkü hukukumuzdan daha kapsamlı tarzda düzenlemiştir. İşçinin yalnızca belirli bir süre çalışması değil, aynı zamanda bir şeyin imalini üstlenmesi, belirli bir işi görmesi de (malzeme işverenden olduğu sürece) hizmet akdi kapsamında değerlendirilmiştir. Bugünkü hukukumuzda istisna akdi kapsamında yer alabilecek bu ikinci tür işin görülmesi, önceki hukukumuzda ancak hizmet akdi kapsamında olabilmıştır. Zira önceki hukukumuzda istisna akdi, malzemenin ve hammaddenin ancak işçi tarafından sağlandığı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Eğer hammadde ve malzemeyi işveren sağlıyorsa önceki hukukumuz açısından ortada bir istisna akdi değil, hizmet akdi söz konusudur.

Bunun yanısıra, hizmet akdi, işverenden başkasına çalışmama kaydıyla yapıldı ise, bağımlılığın da bulunduğu bir ilişki söz konusudur. Bu tür hizmet akitlerinde işçi ecir-i has (bağımlı işçi) adını almaktadır. Ama akitte işverenden başkasına çalışamaz kaydı bulunmuyorsa, bağımlılık unsuru geri plana itildiği için, işçi birden çok işverene iş görebilir, sanatını icra edebilir. Bu tür hizmet akitleri ile iş gören işçilere ise ecir-i müşterek (bağımsız işçi) adı verilmektedir. Hizmet akdinin ücret ödeme borcu altında bulunan tarafı olan işveren ise, işçi çalıştıran bir gerçek veya tüzel kişidir.

Hizmet akdinin söz konusu olabilmesi için en az iki unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar, iş (çalışma) ve ücret unsurlarıdır. Bunun yanısıra, sadece belirli bir işverene çalışabilecek olan işçilerin (bağımlı işçiler) yapmış olduğu hizmet akitlerinde bağımlılık unsuru da söz konusudur. Buna göre de işçi işverenin emir ve talimatı altında iş görmek durumundadır. Ancak, belirli bir işverene çalışma zorunda bulunmayarak, belirli işleri herkese yapan genellikle sanat erbabı olan işçilerin (bağımsız işçi), işverenle yaptıkları hizmet akitlerinde ise bağımlılık unsurunun bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.